

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADO

PUBLICIDAD ENGAÑOSA

**Un análisis crítico de la regulación en el ordenamiento
jurídico argentino**

Nahir Ceredin

Abogada

AÑO 2019

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 para determinar si es suficiente para tutelar los derechos de los consumidores y prevenir este tipo de conductas ilícitas. También se analizará la conveniencia de sancionar una ley especial que regule la publicidad.

Palabras claves: Publicidad engañosa, defensa del consumidor, publicidades ilícitas, derecho de información

ABSTRACT

Misleading advertising is defined as that which, by its presentation or information (or lack of it), can lead to misleading the consumer and / or user about the product or service, its qualities, price, nature, origin, quantity, use, etc. This definition is included in art. 9 of Law N ° 22.802 of Commercial Loyalty, where it is established its prohibition.

One of the main problems facing consumers is that advertising takes the place of information, and ends up nullifying the right to be informed. This added to the fact that the scarce information present in advertising is often false, constitutes a great risk for the consumer (for their economy, their health or safety); so it is important to protect it from misleading advertising.

This research examines the legal regulation of misleading advertising in Argentina to determine if it is sufficient to protect consumers' rights and prevent this type of illegal conduct. It will also analyze the advisability of sanctioning a special law to regulate advertising.

Keywords: Misleading advertising, consumer protection, illicit advertising, information law.

ÍNDICE

1.	Conceptualizaciones generales previas.....	12
1.1	Introducción	12
1.2	Conceptos y diferencias entre relación de consumo y contrato de consumo.....	12
1.3	Definición y caracterización de consumidor - usuario y del proveedor.....	14
1.4	Noción de publicidad comercial.....	18
1.5	Concepto y caracterización de publicidad ilícita	20
1.5.1	Publicidad engañosa.....	20
1.5.2	Publicidad desleal.....	21
1.5.3	Publicidad abusiva, discriminatoria o inductora de hábitos perjudiciales.....	24
1.5.4	Publicidad subliminal.....	25
1.6	Conclusiones parciales	26
2.	Marco regulatorio	28
2.1	Introducción	28
2.2	Breve reseña de la evolución histórica en el ordenamiento jurídico argentino de la protección al consumidor.	28
2.3	Constitución Nacional: Relación de la publicidad engañosa con el derecho de información del art 42 C.N.	34
2.4	Tratados internacionales: Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial	37
2.5	Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario y sus modificatorias.....	38
2.5.1	Relación del deber de información del art. 4° y la publicidad engañosa	39
2.5.2	Efectos de La publicidad.....	42
2.6	Ley N° 22.802 y resoluciones complementarias.	45
2.6.1	Identificación y rotulado de mercaderías.	45
2.6.2	La publicidad comercial irregular.	47
2.6.3	Promoción mediante premios.....	49
2.7	Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia	50
2.8	Resolución 7/2002 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor	50
2.9	Resolución 789/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería.....	54
2.10	Código Civil y Comercial.	55
2.10.1	Art. 1097. Interpretación y prelación normativa	55

2.10.2	Art. 1100. Información dirigida a los consumidores.	56
2.10.3	Art. 1101. Publicidad	56
2.10.4	Acciones.	57
2.10.5	Efectos de la publicidad.....	58
2.11	Normativa complementaria	58
2.11.1	Ley N° 26.104 de publicidad con fines turísticos.....	58
2.11.2	Ley N° 26.687 de regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco.....	60
2.11.3	Ley N° 24.788 de lucha contra el alcoholismo.	62
2.11.4	Código Alimentario Argentino.....	63
2.11.5	Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual.	66
2.11.6	Código de Ética y Autorregulación Publicitaria del CONARP.	67
2.12	Novedades legislativas: Resolución 915-E/2017	71
2.13	Derecho comparado.....	73
2.13.1	Chile.....	74
2.13.2	Perú	75
2.13.3	Reino Unido.....	76
2.13.4	España	77
2.14	Conclusiones parciales	77
3.	Responsabilidad civil por publicidad engañosa.....	83
3.1	Introducción	83
3.2	Responsabilidad en las relaciones de consumo. Características	83
3.3	Presupuestos y condiciones.	84
3.3.1	Jurisprudencia	87
3.4	Sanciones para los infractores.	88
3.5	Legitimación	90
3.5.1	Legitimación activa. El papel de las asociaciones civiles como legitimadas	90
3.5.2	Legitimados pasivos	94
3.6	Daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor	95
3.6.1	Jurisprudencia	96
3.7	Conclusiones parciales	97
4.	Sanciones Administrativas	100

4.1	Introducción	100
4.2	Organismo con facultades para sancionar a los que realizan publicidades engañosas..	101
4.3	Legitimación para denunciar una publicidad engañosa.....	102
4.4	Sanciones administrativas y criterios para su gradualidad	103
4.4.1	Caso ejemplificador en cuanto a quantum de la multa.	106
4.5	Mención y análisis de multas ejemplificadoras impuestas por publicidad engañosa	107
4.6	Daño directo en la Ley de Defensa del Consumidor	113
4.6.1	Caso de daño directo.....	114
4.7	Conclusiones parciales	115
5.	Problemas actuales y recomendaciones.....	118
5.1	Introducción	118
5.2	Educación para el consumo en la sociedad actual. Acciones que pueden llevarse cabo en este campo.....	118
5.3	Ley especial de publicidad: ventajas	121
5.4	Recomendaciones y propuestas para mejorar la protección al consumidor frente a la publicidad engañosa.	122
5.5	Conclusiones parciales	123
6.	Conclusiones finales	126
7.	Bibliografía	129
7.1	Doctrina.....	129
7.2	Legislación	131
7.3	Jurisprudencia	132

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Cada día son más las empresas sancionadas por realizar publicidades engañosas o ilegales. Así lo demuestran los numerosos fallos dictados sobre esta materia a lo largo de las últimas décadas, donde se pueden ver cientos de abusos que se repiten con habitualidad. Falta de información en los anuncios, tamaño de la letra muy pequeña, abuso de la cláusula “hasta agotar stock”, entre otros, son las faltas más comunes y que muchas veces pasan desapercibidas por el público.

Como primera aproximación, se puede definir a la publicidad engañosa como aquella que, por su forma de presentación o por su información, puede inducir al error o engaño al consumidor y/o usuario sobre el producto o servicio, sus cualidades, precio, naturaleza, origen, cantidad, uso, etc. El engaño también se puede dar por la omisión de algún dato relevante del producto o servicio o de la oferta en sí.

La publicidad engañosa, tema del presente Trabajo Final de Grado, se encuentra regulada en nuestro país en varias leyes y normas dispersas que conforman una base jurídica pero no existe una ley especial de publicidad como sucede en otros países.

Si bien existen normas que regulan lo que se puede considerar un ocultamiento o engaño para el consumidor, y se prevén sanciones para los incumplidores, no dejan de ser numerosos los casos de publicidad engañosa sancionados diariamente.

Esto lleva a preguntarse si la regulación de la publicidad engañosa en el ordenamiento jurídico argentino es suficiente actualmente para tutelar los derechos de los consumidores y cumplir con el objetivo de prevenir este tipo de conductas ilícitas, y si sería conveniente sancionar una ley especial que regule la publicidad.

El principal y más importante instrumento de protección al consumidor es la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario, sancionada en 1993, y modificada en múltiples ocasiones que veremos en el transcurso del TFG. Este cuerpo normativo, hace mención al derecho/deber a la información y a la publicidad en varios artículos.

La ley 22.802 de Lealtad Comercial, sancionada en 1983, es la que define el concepto de publicidad engañosa, y junto a sus resoluciones complementarias, son la base legal para multar a los que incurren en ella.

Estas normas se integran con la Ley 25.156/1999 de Defensa de la Competencia, donde la publicidad comercial engañosa y la comparativa pueden ser incluidas como actos que distorsionan la competencia (art. 1).

Tiene fundamental importancia el art. 42 de la C.N., incorporado en la reforma de 1994, donde se consagra el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a una información adecuada y veraz. Este derecho a la información tiene su correlativo deber de informar por parte de los proveedores de bienes y servicios, y se relaciona directamente con la información contenida en la publicidad comercial.

El objetivo de este trabajo es determinar si la regulación jurídica de la publicidad engañosa vigente en nuestro país es suficiente para proteger a los consumidores y usuarios y si sería conveniente la sanción de la una ley especial de publicidad, a partir del análisis de la legislación vigente y de jurisprudencia en la materia.

Todas las cuestiones descriptas llevan al planteo de las siguientes hipótesis: la regulación jurídica de la publicidad engañosa en el ordenamiento jurídico argentino es insuficiente para prevenirla y para tutelar los derechos de los consumidores de manera eficiente; y, el dictado de una ley especial sobre publicidad comercial puede contribuir a disminuir las infracciones que cometen las empresas diariamente en sus publicidades.

Para llegar a una conclusión final acerca de lo planteado hasta el momento, se utilizará un método descriptivo y cualitativo ya que se busca profundizar el conocimiento de una institución jurídica, por medio de la interpretación y crítica de las normas que regulan la publicidad engañosa y del derecho comparado, valorando el fenómeno estudiado de manera descriptiva y analítica, sin tener en cuenta estadísticas de publicidades engañosas, patrones de conducta de los consumidores, como tampoco se realizarán experimentaciones. Se recurrirá a la información brindada por sentencias y fallos nacionales, provinciales y locales sobre publicidad engañosa que hayan tenido un aporte fundamental en la materia. Se analizará la legislación existente sobre publicidad engañosa, principalmente la Ley N° 24.240 y sus leyes modificatorias; Ley N° 22.802 y sus resoluciones y decretos complementarios; Código Civil y Comercial y Constitución Nacional.

Se recurrirá además a las principales revistas jurídicas, como Diario Judicial, La Ley, entre otras, como así también artículos de las principales asociaciones civiles encargadas de la defensa del consumidor, como PADEC, ADECUA, Consumidores Argentinos, etc. Se

consultarán también libros de autores especializados en publicidad engañosa, responsabilidad por daños, defensa de los consumidores y demás que traten el objeto del presente trabajo.

El Trabajo Final de Grado se dividirá en cinco capítulos. El capítulo I abarcará los conceptos y nociones fundamentales de la problemática elegida y se relacionará a la publicidad con el derecho a la información. El capítulo II del trabajo tiene como objetivo analizar el marco regulatorio de la publicidad en nuestro país. Además, se analizará un conjunto de normas que complementan a la normativa general, como las leyes que regulan la publicidad de productos específicos, la ley que regula el acuerdo arbitrario obligatorio, entre otras. En último lugar, se verá la regulación jurídica de la publicidad en distintos países de América y de Europa. En el capítulo III se analizará la responsabilidad civil por publicidad engañosa, los presupuestos y condiciones de la misma. Se verán las posibles sanciones para los infractores y se desarrollará la legitimación activa y pasiva para demandar daños y perjuicios por publicidad engañosa. El capítulo IV contiene el desarrollo de las sanciones administrativas que tienen lugar por publicidad engañosa. Por último, el capítulo V comprenderá los problemas que existen actualmente en materia de defensa del consumidor - especialmente en publicidad engañosa- y las recomendaciones que posiblemente puedan llevarse a cabo para mejorar o completar la protección al consumidor frente a esta práctica ilegal, y así prevenir de manera eficaz la problemática en estudio. Las propuestas se basarán en la educación para el consumo de la sociedad, en el control de las publicidades, en los vacíos legales que pudieren existir en la normativa vigente y fundamentalmente se analizarán las ventajas de la sanción de una ley especial de publicidad.

CAPÍTULO 1: CONCEPTUALIZACIONES GENERALES PREVIAS

1. Conceptualizaciones generales previas

1.1 Introducción

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.

1.2 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, y 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 usuario¹”.

¹ Art. 3°, Ley 24.240.

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 LDC² 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 Comercial³ dice en la primer 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”⁴.

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

² Art. 3° Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 22/09/1993.

³ Art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación. Promulgado según decreto 1795/2014.

⁴ Art. 1093 del Código Civil y Comercial de la Nación.

jurídica y de negociación que suele presentarse entre los contratantes en los contratos de consumo.

1.3 Definición y caracterización de consumidor - usuario y del proveedor

Consumidor y/o usuario

El consumidor y/o usuario es un sujeto inserto en el mercado que adquiere bienes o usa servicios para satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares (Carranza Torres; Rossi. 2009). Lo que busca el consumidor es hacerse con el valor de uso de lo adquirido, y no emplearlo para obtener otros bienes o servicios, por lo que resulta la última fase del proceso económico.

La LDC define al consumidor en su art.1° como:

“La persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social⁵”.

El art. 1092 del CCyC brinda una definición casi idéntica.

Pueden ser consumidores tanto personas físicas como jurídicas, y tampoco hay limitaciones acerca de la causa del vínculo jurídico. Puede tratarse de bienes nuevos o usados y de actos a título oneroso o gratuito.

Esta definición pone el acento en que el consumidor es un destinatario final del bien o servicio adquirido, es decir, no usa ese bien o servicio para seguir produciendo. Explica Farina (2004), que el art. 1° al describir qué entiende por consumidor o usuario, tiene en cuenta el destino final de los bienes o servicios adquiridos, pero no exige de ningún modo que este destino final sea servir como alimento, vestimenta, medicina o cualquier efecto para ser utilizado en forma personal exclusivamente. Así, por ejemplo, la noción de consumidor incluiría el caso de quien compra un vehículo y luego lo usa para remis. Lo que importa es que lo adquiera como destinatario final y no para revenderlo.

⁵ Art. 1° Ley 24.240 sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la Ley 26.994. B.O. 08/10/2014. Texto según el art. 1° de la Ley 27.077. B.O. 19/12/2014.

¿Qué pasa con los consumidores – empresarios que adquieren bienes o servicios para su utilización en procesos productivos? Explica Sigal (2014) que los criterios a seguir para determinar la inclusión o exclusión en el régimen protectorio deberían ser los siguientes:

- a) Exclusión en caso de bienes adquiridos para integrarlos directamente al proceso productivo (Rusconi; Lorenzetti, 2009);
- b) Inclusión en caso de bienes adquiridos cuando sean ajenos a la actividad profesional específica del adquirente. Ejemplo, empresa que compra comida para sus empleados, siempre que haya agotamiento con el uso.
- c) Inclusión en caso del uso mixto de los bienes: en los supuestos de integración parcial, en los que una empresa adquiere un bien que integra el proceso productivo y también lo usa para otras finalidades, se presumirán actos de consumo.

Las personas que no fueron parte de un contrato o una relación de consumo, serán equiparadas a consumidores, cuando como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo adquiere u utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Aquí estarían incluidos, por ejemplo, los consumidores potenciales, que son los sujetos pasivos y destinatarios de las acciones de marketing y/o comercialización que realizan los proveedores.

Se incluyen también los consumidores que no se han vinculado directamente con el proveedor o los terceros beneficiarios de algún derecho comprendido en el contrato de consumo celebrado por otro; como así también, los terceros que contratan con un consumidor sobre un producto que fue adquirido por este último a un proveedor.

El CCyC produjo un cambio muy importante al modificar la Ley de Defensa del Consumidor, y eliminar su aplicación a sujetos expuestos a una relación de consumo.

¿Por qué se protege al consumidor? Básicamente porque las modalidades de la relación de consumo implican una desigualdad negocial en perjuicio del consumidor. Mayormente los contratos de consumo se llevan a cabo mediante cláusulas de adhesión, que consisten en condiciones generales predispuestas, las que el consumidor solo puede aceptar o rechazar, y previa publicidad por parte del proveedor oferente.

En la relación de consumo nos encontramos por un lado con una parte (el profesional), que preestableció las condiciones y modalidades del negocio que propone y, con la otra parte (el consumidor), que carece de similar conocimiento y de posibilidades para

modificar el negocio propuesto. Tanto en la etapa precontractual, como en la contractual, se evidencia que el consumidor es un débil jurídico. Y es esa presunción de debilidad la que tiene en cuenta el ordenamiento jurídico a la hora de proteger al consumidor y/o usuario.

Los derechos básicos del consumidor reconocidos en nuestra ley de Defensa del Consumidor N °24.240 son, según la Asociación PROCONSUMER (2011)⁶:

- Derecho a la información, sobre las características, modo de uso, precio, financiación, riesgos, etc. del producto o servicio que se ofrece. El derecho a la información gratuita es un derecho fundamental. El hecho de que se nos proporcione información adecuada y veraz (como lo dice el art. 4° de la LDC), nos permite actuar, adoptar o posibilitar una correcta decisión.
- Derecho a la protección de la salud (art 5°): antes, durante y después de contratar.
- Derecho a la seguridad (art 6°): protege y garantiza que todo producto o servicio ofrecido en el mercado para uso o consumo, esté exento de riesgos para la seguridad, la salud o la vida del consumidor; y además, que no signifiquen un daño al medio ambiente;
- Derecho de elección: consiste en la libertad individual del consumidor de acceder a una amplia variedad de productos o servicios para elegir aquel que más le convenga a sus deseos y necesidades, a precios competitivos. Para ello es necesario asegurar la libre competencia;
- Derecho de retracto (art 34): nuestra ley dispone, restringidamente, el derecho que todo consumidor puede ejercer a efectos de reflexionar se desea aceptar o cancelar su compra. Es muy poco aplicado en nuestro país; se circunscribe a las ventas domiciliarias, por correspondencia y otras.
- Derecho de acceso al consumo (art 8 bis): es el derecho a no ser discriminado en la relación de consumo arbitrariamente por parte de proveedores y servicios. El Estado asegura a todos los usuarios consumidores un trato igualitario en el mercado, de manera que no pueden ser menoscabados en sus atributos esenciales como seres humanos. No pueden ser excluidos u objeto de tratos inadecuados en razón de su edad, credo religioso, sexo, condición económica o social, tipo racial, etc.;

⁶ Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur. Extraído de www.proconsumer.org.ar

- Derecho a la protección de los intereses económicos: es la protección de los legítimos intereses económicos y sociales del consumidor. Su contenido alcanza desde la exigencia de calidad y eficiencia de los productos y servicios, hasta la existencia de organismos administrativos y judiciales que apliquen, sin demora, una verdadera justicia contractual y, además, a mecanismos de compensación idónea en casos de reparación de daños;
- Derecho de acceso a la justicia: posibilidad cierta y efectiva de ser resarcido por los prejuicios económicos y morales que padezca o sufra en caso de infracción a sus derechos.

Frente a las modernas relaciones de consumo, los derechos del consumidor deben interpretarse y adecuarse en forma amplia y desarrollada.

Debe tenerse en cuenta que usuario es quien contrata un servicio. Si bien la ley se refiere a consumidor de manera amplia a todo aquel que adquiere una cosa en general para su consumo o uso, usuario es quien utiliza servicios sin ser comprador de bienes. Igualmente, queda claro que cuando se habla de defensa del consumidor no se intenta excluir al usuario.

Proveedor.

El proveedor puede ser una persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada. Su propiedad distintiva es su profesionalidad en la actividad que desarrolla, la que lo coloca en una situación de ventaja con relación al consumidor, ya sea técnica, de información o jurídica. Quedan comprendidas como proveedoras las entidades sin fines de lucro, ya que no es el afán de lucro, sino la profesionalidad lo que tiene en cuenta la LDC (Sigal, 2014).

En su art. 2° la Ley 24.240 define al proveedor:

“Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios...”⁷

Y luego agrega que no están comprendidos en la ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Quedarían

⁷ Conf. Art. 2° de la Ley 24.240 con las modificaciones de la ley N° 26.261 B.O. 7/4/2008.

comprendidos los profesionales universitarios que ejerzan independientemente la profesión pero no se encuentren matriculados y los matriculados que ejerzan su actividad en forma de empresa, lo que diluye la figura del profesional liberal para dar paso a la de proveedor (Lorenzetti, 2009).

1.4 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.

1.1 Breve análisis del impacto social y económico de la publicidad

La publicidad tiene como fuente el “marketing”, que consiste en el conjunto de operaciones que transcurren desde la creación de un producto o servicio hasta su destrucción o término de vida útil en manos del consumidor final. El marketing tiene como objetivo captar la voluntad y atención del consumidor, utilizando técnicas de publicidad muchas veces engañosas o inductivas.

Se vive actualmente en una sociedad de consumo, donde se dirige sobre el consumidor toda la potencia de la publicidad, llevándolo a comprar sin reflexión. El desarrollo de los medios de comunicación (donde se inserta la publicidad) ha tenido gran importancia en el surgimiento de esta sociedad de la información, porque ha hecho posible el acceso inmediato y masivo a la información.

Hoy en día, en muchos casos, el consumidor accede a un contrato de la mano de intensas campañas publicitarias (en medios gráficos, televisivos, radiales, en Internet, SMS, etc.) destinadas, no a brindar información sobre el producto o servicio a adquirir, sino a generar en el público receptor un estado emocional inconsciente tendiente a que éste adopte la conducta querida por el emisor. Entonces, la publicidad, más que informar, buscar inducir una conducta.

Siguiendo a Carranza Torres y Rossi (2009), se puede decir que las técnicas de captación de clientes son cada día más refinadas y se valen de distintas ciencias como la psicología, la sociología y la estadística para lograr sus objetivos.

Las publicidades tienen como uno de sus objetivos crear en el público la sensación de que tener una tarjeta de crédito, un Smartphone, un remedio para bajar de peso, un televisor, etc. equivale a estar “dentro del sistema”. Se busca generar temor por estar “fuera del sistema” y deseo por ingresar al mismo.

Cuando el receptor de la publicidad celebra finalmente el contrato, suele suceder que la realidad es diferente a lo que se mostraba en la publicidad. La información brindada en esta última no forma parte luego del contenido del contrato.

Por otro lado, el mensaje publicitario engañoso tiene idoneidad para producir en el consumidor una falsa creencia, inducirlo a un dato equivocado, e inclinarlo a una elección económicamente perjudicial para él (Santarelli, 2001). El engaño publicitario constituye un óbice a las condiciones de transparencia en la contratación, promoviendo la concertación de

operaciones que perjudican al adquirente en sus derechos económicos, ya que su decisión de asignación económica, por consecuencia del engaño se ha visto sin causa, ni razón suficiente. Por otra parte el competidor que a partir de tales prácticas concierne operaciones perjudica al competidor leal quien queda marginado de la elección de los consumidores que caen en el engaño (Andorno, 1994).

1.5 Concepto y caracterización de publicidad ilícita

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.

1.5.1 Publicidad engañosa

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 servicio⁸”.

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

⁸ Art. 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación. Promulgado según decreto 1795/2014.

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 servicios⁹”.

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).

1.5.2 Publicidad desleal

La publicidad desleal se clasifica en tres vertientes:

⁹ Art. 9° de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial.

- 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 apoye 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 licitud de la publicidad comparativa, es el que se dictó en “Cervecería y Maltería Quilmes c/CASA Isenbeck s/incidente de apelación¹⁰” 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 degenera 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/DNCP”¹¹ 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.

¹⁰ CApel.Civ. y Com.Fed., Sala I, “Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A c/ C.A.S.A. Isenbeck s/incidente de apelación” (19/05/2005) recuperado el 20/05/2016 de <http://www.derechocomparado.org/sentencias/argQuilmesIsenbeck.html>

¹¹ CNACont. Adm. Fed., Sala I, “Unilever de Argentina S.A. c/DNCP s/Defensa del Consumidor” 18/09/2015

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.

1.5.3 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 exagera 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 productos¹²...”

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.

¹² Art. 81 incs. h, i, j) Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. B.O. 10/10/2009.

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.

1.5.4 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 licenciatarios 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 absoluto¹³. Esta publicidad no ha sido incluida en el art. 1101 del CCyC.

1.6 Conclusiones parciales

Analizando los conceptos vistos en este capítulo se puede afirmar que el consumidor está protegido jurídicamente desde antes de celebrar un contrato, ya que este no es la única fuente del vínculo jurídico entre consumidor y proveedor. Justamente, la publicidad es una fuente extracontractual de obligaciones y el proveedor debe responder por el contenido de la misma.

Sin dudas la modificación al Código Civil significó un aporte muy importante para reglar y regular un mercado más justo para el consumidor frente al proveedor, y por qué no, también para los proveedores ayudando a que exista armonía y equilibrio entre ellos.

La publicidad engañosa se sintetiza en una actividad persuasiva, atentatoria de las libertades humanas. Y de allí la necesidad de establecer normas protectoras del consumidor para el efectivo ejercicio de sus derechos. Normas que analizaremos en el siguiente capítulo.

¹³ Art. 81 inc. f) Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. B.O. 10/10/2009.

CAPÍTULO 2: MARCO REGULATORIO

2. Marco regulatorio

2.

2

2.1 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.

2.2 Breve reseña de la evolución histórica en el ordenamiento jurídico argentino de la protección al consumidor.

Gherzi (2005) explica que la expresión sociedad de consumo es una terminología surgida desde la modernidad, pero la situación de consumo es tan vieja como la historia misma del hombre. Alude luego a la situación de dominación que ejerce el sistema y la empresa sobre el consumidor como individuo y como categoría y a la imprescindibilidad del mismo para la integración del ciclo como estructura en el sistema y que su situación de minusvalía frente al mercado constituyó la base para que desde la década de los cincuenta se desarrollaran las denominadas leyes o códigos de defensa del consumidor.

Con el auge del sistema capitalista de producción, nacieron grandes concentraciones de capitales para la explotación de los servicios públicos así como también para la elaboración de productos a introducir en el mercado. Surge paralelamente la figura del consumidor, sujeto al cual aquellos productos se encuentran dirigidos y parte débil de la relación de consumo, cuya protección comienza a plantearse en forma insistente luego de la Segunda Guerra Mundial (Ekmekdjian, 1997).

El proceso que generalizó los contratos de adhesión (modalidad de los contratos de consumo) se inició en la Revolución Industrial y ante la asimetría de poder que este tipo de contrataciones genera, intervino el derecho con el fin de producir un equilibrio de eficacia económica, a través de institutos contenidos en el Código Civil como la teoría de la lesión, el abuso del derecho y la buena fe contractual.

Pero siendo el contrato de consumo una categoría autónoma y diferente de los contratos comunes, fue necesaria una protección más específica para la parte más débil que se concreta en la Ley de Defensa del Consumidor que vino a ampliar y profundizar la tutela ya garantizada de alguna forma por el C.C.

Explican Hernández y Frustagli (2003), que dicha ley significó un gran avance sobre la legislación existente, por cuanto reconoció en favor de los usuarios y consumidores un conjunto de valiosos derechos, algunos de contenido económico y otros de raigambre extrapatrimonial. La entrada en vigencia de esta norma indudablemente marcó el inicio de un nuevo rumbo en el tratamiento de las relaciones de consumo, caracterizado por un cambio de los paradigmas imperantes, ya que un amplio sector de la contratación fue sustraído del campo del derecho común (Código Civil y Código Comercial) para sujetarlo a normas especiales sustentadas en el orden público económico social de protección.

Es importante aclarar que la época que sirvió a la consolidación de la tutela jurídica del consumidor en el derecho comparado encontró a la Argentina sumida en un triste intervalo de la vigencia del Estado de Derecho. En esas circunstancias no era de esperar una actuación pública protectora de los derechos del consumidor, ya que éstos quedan incorporados en sus diferentes manifestaciones en la pretensión de dignidad de la persona (Stiglitz, 1990).

Antes de la sanción de la Ley 24.240, la única normativa que se aplicaba a las relaciones de consumo, como se dijo antes, era el derecho común emanado de los Códigos Civil y de Comercio. Éstos, no contemplaban las características especiales que presentan aquellas relaciones, como por ejemplo, la desigualdad en que se hallan consumidor y proveedor al momento de celebrar un contrato. Así, dos temas centrales como el control de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y la responsabilidad por productos elaborados, encontraban su solución en las normas generales sobre la autonomía de la voluntad y sus restricciones, y sobre los actos ilícitos, respectivamente, sin que exista

disposición especial alguna. Estos códigos fueron emanados a fines del siglo XIX en un contexto en que las normas que los conformaban eran creadas por la empresa para proteger sus propios intereses (Stiglitz, 1990). El cuadro normativo se completaba con una serie de leyes especiales (de abastecimiento, de defensa de la competencia, de lealtad comercial), que ofrecían una gama de valiosas soluciones, pero sin abarcar la materia completa y sin tutelar de manera directa los intereses de los consumidores. Finalmente, existía un amplio conjunto de reglamentaciones dictadas por las autoridades administrativas en ejercicio del poder de policía sobre el funcionamiento del mercado de consumo. Para el ejercicio de los derechos de los consumidores, eran aplicables las leyes adjetivas ordinarias, sin existir competencias especiales ni procedimientos típicos.

La reforma constitucional del año 1994 profundizó la tutela al consumidor, al otorgarle raigambre constitucional a los derechos del mismo a través de los artículos 42 y 43. La declaración y reconocimiento de los derechos de usuarios y consumidores implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la Constitución de 1853 – 1960 y hasta en la concepción social de la C.N. incorporada en 1957 con los derechos sociales del art. 14 bis. (Gelli, 2008).

Sin embargo, todo este proceso de evolución no fue parejo. Al momento de promulgar la Ley 24.240, el Poder Ejecutivo decidió hacerlo parcialmente y vetar algunas normas trascendentes, tales como la que imponía la responsabilidad de todos los integrantes de la cadena de comercialización por los defectos de cualquier índole que pudiera presentar la cosa adquirida, o por el daño que sufriera el consumidor en su persona o en sus bienes por el vicio de la cosa o servicio contratado. Más allá de los vetos, la norma significó un avance positivo y fue aplicada por la jurisprudencia en números fallos que enriquecieron el contenido de la ley.

Todos los esfuerzos realizados para lograr una efectiva defensa se han visto consolidados a través de las sucesivas reformas introducidas por el Congreso a la ley 24.240:

- 1995: mediante la Ley N° 24.568 se modifica el art. 31 de la LDC, referido a la facturación de servicios públicos domiciliarios;
- 1997: la Ley N° 24.787 agrega al art. 8 el último párrafo, que establece como obligación, en la oferta de bienes y servicios realizados mediante el sistema de

compras telefónicas, por catálogos o por correos, la publicación del nombre, domicilio y CUIT del oferente. Otro aporte importante es la incorporación del art. 10 bis donde se enumeran las opciones disponibles para el consumidor en caso de incumplimiento del contrato o de la oferta por parte del proveedor. Esta opción no estaba incluida en la ley original, por lo que los consumidores no podían rescindir el contrato en caso de incumplimiento. En los arts. 25 y 30 bis se incorporan obligaciones para las empresas prestadoras de servicios públicos.

- 1998: Ley 24.999: modifica el plazo de garantía por los defectos o vicios de cosas muebles no consumibles del art. 11 que pasa de 6 a 3 meses. Se extiende la responsabilidad de esta garantía a los productores, importadores, distribuidores y vendedores y se modifica el contenido del certificado de garantía (art. 14). Por último, se incorpora el art. 40 que establece la responsabilidad solidaria del productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio por los daños derivados del vicio o riesgo de la cosa de la prestación del servicio. Esta reforma fue de gran trascendencia ya que dejó sin efecto los vetos más significativos que había recibido la ley 24.240.
- 2008: la ley 26.361 introdujo numerosas novedades, incorporando institutos y modificando otros. Incorpora dos importantes figuras: daño directo y daño punitivo; extiende la tutela a productos o servicios adquiridos en forma gratuita; reconoce garantía a productos usados, entre otras cosas. El art. 1° es modificado, agregando que la ley protege también a los que adquieran bienes o servicios en forma gratuita y se incorporan otras contrataciones, como tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera también consumidor a quien como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo, adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. También se redefine el concepto de proveedor, agregándose otros proveedores de servicios que monten, creen, construyan, transformen o concesionen marcas (como las franquicias). Se sustituye el art. 3°, donde se define que la LDC se integra con las leyes de defensa de la competencia y de lealtad comercial, y se reafirma el principio “favor consumidor”: en caso de duda se estará a favor del

consumidor. Otro cambio significativo, en cuanto al tema de este trabajo, fue el del art. 4° que al definir las cualidades de la información que se le debe brindar al consumidor, establece que esta será “cierta, clara y detallada”. Además agrega que la información debe ser siempre gratuita y proporcionada con claridad necesaria para su comprensión. El art 7° incorpora que la no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de sanciones como multas de hasta cinco millones de pesos. Se incorpora el art. 8° Bis, que define el derecho de los consumidores a recibir trato digno y equitativo y prohíbe el ejercicio de prácticas abusivas. Se reemplaza el art. 10, estableciendo el contenido del documento de venta, como el precio final a pagar por el adquirente para evitar cargos ocultos o desconocidos por el consumidor al momento de contratar. También se obliga al proveedor a entregar un original del contrato al consumidor. Otro artículo importante que se incorpora a la LDC es el 10 ter, que establece que la rescisión de los contratos celebrados en forma telefónica, electrónica o similar podrá ser realizada mediante el mismo medio utilizado en la contratación, si así lo desea el consumidor. El art. 11 extiende la garantía legal nuevamente a seis meses (había sido reducido el plazo en la reforma de 1998) de todo producto nuevo, y agrega una garantía de tres meses para los bienes muebles usados. El art. 25 obliga a las empresas de servicios públicos a colocar en toda facturación que se extienda al usuario y en las oficinas de atención al público carteles con la leyenda: “usted tiene derecho a reclamar una indemnización si la facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas”. El nuevo art. 27 establece que los reclamos de los usuarios podrán efectuarse por nota, teléfono, fax, correo o correo electrónico, o por otro medio disponible, debiendo extenderse constancia con la identificación del reclamo. Dichos reclamos deben ser satisfechos en plazos perentorios. El art. 32 explica los derechos de los consumidores respecto a las ventas domiciliarias y el art. 34 amplía el plazo del derecho a revocar la aceptación en este tipo de ventas a 10 días corridos desde la entrega del bien o desde la celebración del contrato. Se establecen en el art. 36 nuevos requisitos para las operaciones de venta de crédito, sobre la información que debe proveerse al consumidor. Se agrega el art. 40 bis, que incorpora la indemnización en concepto de

daño directo, por todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor como consecuencia de la acción u omisión del proveedor. Antes de esta reforma no se preveía indemnización alguna a favor del consumidor o usuario. La redacción de esta norma ha recibido muchas críticas por parte de la doctrina, que exceden el objeto de este trabajo, pero que han sido el fundamento para reformar este artículo mediante la ley 26.999 que veremos a continuación. En el art. 47 se imponen las sanciones a los proveedores que violen la ley: apercibimiento, multa, decomiso, clausura o suspensión, etc. Se incorpora el daño punitivo en el art. 52 bis, que consiste en una multa civil a favor del consumidor para el proveedor que no cumple sus obligaciones legales o contractuales. Se regulan las acciones de incidencia colectiva en los arts. 54 y 55. Se sustituye el texto del art. 60 donde se menciona el deber conjunto del Estado nacional, la Ciudad de Buenos Aires, las provincias y municipios de formular planes de educación para el consumo y arbitrar las medidas necesarias para incluir dentro de los planes de educación inicial, primaria, media, terciaria y universitaria los preceptos y alcances de la LDC. También fija el deber de fomentar la creación y funcionamiento de las asociaciones de consumidores y usuarios y la participación de la comunidad en ellas. El art. 61 regula las pautas sobre la formación educativa que se le debe dar al consumidor. Estos son solo algunos de los artículos reformados por la Ley 26.361. Como podemos ver, ha sido la reforma más grande y significativa que ha recibido la Ley 24.240.

- 2015: el punto 3.1 del Anexo II de la Ley 26.994 ha introducido cambios en los arts. 1º, 8º, 40 bis y 50. En el primero de ellos, se quita la figura del consumidor expuesto y la mención de otras figuras como tiempos compartidos, clubes de campo, etc. En el art. 8º solo se cambia el modo de redactar el contenido. La definición de daño directo del art. 40 bis no sufre modificaciones pero sí se establecen requisitos que deben reunir los organismo de aplicación para fijar las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Se deja claro que esta figura no se aplica a las consecuencias no patrimoniales (daño moral). El art. 50 se mantiene el plazo de prescripción de tres años pero se modifica el modo de redacción del artículo.

- Junio de 2016: la Ley 27.250 sustituye el segundo párrafo del art. 4º, determinando que la información brindada al consumidor, además de ser siempre gratuita y clara, debe ser proporcionada en soporte físico, salvo que el consumidor o usuario optase de forma expresa por otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a su disposición.
- 17 de Agosto de 2016: Mediante la Ley 27.265 se incorpora el art. 10 quáter que prohíbe el cobro de preaviso, mes adelantado y/o cualquier otro concepto, por parte de los prestadores de servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, en los casos de solicitud de baja del mismo realizado por el consumidor ya sea en forma personal, telefónica, electrónica o similar.
- Agosto de 2016: juntamente con la modificación anterior, se sustituye el art. 38 de la LDC sobre contratos de adhesión mediante la Ley 27.266, agregándose los últimos dos párrafos. El primero de ellos establece que cualquier persona que preste servicios o comercialice bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir. El segundo párrafo introduce además la obligación de entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. Esto se debe comunicar también en un cartel visible dentro del local.

De modo que hoy contamos con un régimen que se va completando a través de los años y se va acercando a los modelos más avanzados del derecho comparado.

2.3 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 control¹⁴. (La negrita es del autor).

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

¹⁴ Art. 42 C.N. después de la reforma de 1994.

parcial, contradictorio o engañoso, o de cualquier otro idóneo para inducir a error a los potenciales interesados¹⁵.

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.

¹⁵ CNPE – Sala A, “Arcos Dorados S.A. s/ Ley 22.802”, 09/08/2004.

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 adquiriera 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.

Sostiene Stilgitz (1990):

“La salud y la seguridad de los individuos suele quedar expuesta a serios perjuicios cuando, aun no conteniendo vicios los productos adquiridos, su manejo se torna peligroso, en cuanto acontece la violación de normas de prudencia impuestas al empresario para la promoción de su producción. Así resulta que la actividad publicitaria, necesaria en la economía de mercado aparece a la vez corrientemente nociva para el público (ps.15/17)”.

De esta manera, se frustran las expectativas que el sujeto adquirente pudo haberse generado por haber sido víctima de anuncios desleales, engañosos o incompletos.

En conclusión, la información adecuada y veraz a que se refiere este artículo, implica que los bienes o productos deben contener todas las indicaciones e informaciones técnicas a efectos de que los consumidores puedan analizarlas antes de llevar a cabo la adquisición de aquéllos.

2.4 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 elección¹⁶”. 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 mercancías¹⁷**”. (La negrita es del autor).

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.

2.5 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,

¹⁶ Art. 13.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en Argentina mediante la Ley N° 23.054 sancionada y promulgada en marzo de 1984.

¹⁷ Art. 10 bis del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, aprobado en Argentina mediante la Ley N° 17.011, sancionada y promulgada en noviembre de 1966.

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 específica¹⁸”.

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.

2.5.1 Relación del deber de información del art. 4° y la publicidad engañosa

Como ya se dijo, la publicidad tiene como principal objeto vender un determinado producto o servicio. Para alcanzar este objeto, muchas veces el proveedor pone el acento en forma exagerada sobre las bondades y cualidades del producto o servicio, estando al límite

¹⁸ Artículo sustituido por el art. 3° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008

de la inexactitud o la falsedad. Esas inexactitudes afectan a un derecho importantísimo como lo es el derecho a ser informado, consagrado en el art. 4° de la LDC, que dice:

“El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a su disposición¹⁹”.

El objeto del derecho de información versa sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de negociación y las características de los productos comercializados. El fin concreto es el conocimiento de los derechos y obligaciones por el público, y la posibilidad de utilizar los productos comercializados con plena seguridad y de modo satisfactorio para sus intereses.

El derecho a la información gratuita es fundamental. La ley asegura al consumidor la obtención gratuita de datos, características y demás conocimientos reales al momento de adquirir un bien o contratar un servicio.

La información se debe suministrar en forma cierta (verdadera, segura, indubitable); clara (fácil de comprender) y detallada (indicada de manera minuciosa). Debe reunir estos caracteres todo lo que se refiera a características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización.

La jurisprudencia señaló que: “la publicidad puede ser persuasiva pero debe informar”; “no se permite el abuso de las técnicas de la publicidad”; “la información brindada debe resultar suficiente²⁰”.

Información y publicidad, dice Tambussi (2015) deben ser aspectos del mismo fenómeno, y la segunda contener necesariamente a la primera, por ello se debe hacer hincapié en que la publicidad genera una gran expectativa en el consumidor y es el Estado quien debe resguardar que ésta no sea forzada ni frustrada, mediante normativa protectoria ante la vulnerabilidad de las expectativas generadas y garantizando la libre elección.

¹⁹ Artículo sustituido por el art. 1° de la Ley N° 27.250 B.O. 14/6/2016.

²⁰ Cám. Cont. Adm., Sala 2. Causa 3.993/07. “Danone Argentina SA C/ DNCI – Disp. 31/07”.

Publicidad e información tienen elementos comunes pero persiguen fines diferentes. En un precedente²¹ de 1999, se debatió el carácter informativo o publicitario de una revista que distribuía periódicamente una empresa de videocable. Se dijo en este caso que la vinculación entre información y publicidad es incontestable. La publicidad contiene y transmite información, y en lo que en rigor difiere de esta última es en que los datos transmitidos a través de la publicidad son seleccionados con una finalidad que combina comunicación con persuasión. Desde el momento en que la información integra la publicidad, carecería de precisión lógica sostener que los datos transmitidos en forma publicitaria no deben necesariamente participar de los caracteres de la información. Por el contrario, la publicidad en función de su natural “tendenciosidad” debe comulgar aún más con rasgos tales como la veracidad y la completitud. Luego afirma, acerca de la revista de publicación mensual, que a largo de sus páginas se publican avisos de distintos anunciantes, información específica de sus servicios, información de interés general e información seleccionada de ciertos programas o eventos a transmitir. Sigue diciendo el fallo que sin duda alguna, el usuario, al recibir esta revista con anticipación a la fecha en que debe pagar el abono del mes siguiente, y por lo tanto, decidir si renueva la relación con el prestador del servicio de televisión por cable, evalúa el contenido de la futura prestación en función de la programación ofrecida en general, pero además en dicha evaluación influirán los estímulos especiales provenientes de la información seleccionada. Concluye la sala afirmando que como la revista es un medio de difusión, las precisiones formuladas por su intermedio participan de los efectos que el art. 8 de la Ley 24.240 considera.

Afirman Hernández y Frustagli (2003), que el deber de información adquiere en materia de defensa del consumidor el rango de derecho fundamental en tanto constituye una valiosa herramienta prevista para conjurar la superioridad económica-jurídica que generalmente detentan los proveedores.

A pesar de estar consagrado el deber de información tanto en la C.N. como en la Ley 24.240, se puede ver como los proveedores, comerciantes o distribuidores de productos o servicios responden a nuestras consultas mediante ambigüedades, artilugios, información tendenciosa, etc. Estas actitudes se utilizan para no otorgar la información que les corresponde a los consumidores como tales. Una publicidad engañosa, al ocultar

²¹ Cám. Fed. Rosario, Sala A, 9/9/1999, “Bordachar, Hugo L. v. Galavisión”. JA, 2000III384.

determinadas características esenciales del producto o servicio, o al exagerar acerca de otras, está violando el derecho a la información cierta y clara del art. 4°.

Cuando la obligación es incumplida por la empresa, surge la necesidad de que el Estado asuma una actividad supletoria, que eficientemente pueda encarar mediante el empleo de los mismos medios de comunicación de masas que persuasivamente utiliza la empresa. También pueden desempeñar un papel muy importante las asociaciones de consumidores, mediante la contrapublicidad como medio de lucha.

2.5.2 Efectos de La publicidad

La regulación de la publicidad en la LDC se concreta en los arts. 7° y 8°. El primero decreta el carácter obligatorio de la oferta dirigida a consumidores potenciales e indeterminados:

“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 revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer.

La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el art. 47 de esta ley²²”.

Por lo tanto, por la sola emisión de la oferta, el proveedor de productos o servicios, queda obligado. Esto implica que carece de derecho para retirarla y que cuando el consumidor la acepta, el oferente está precisado a cumplir en especie la prestación ofrecida. Además, la oferta debe contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones.

El art. 8° incorpora las precisiones formuladas en la publicidad al contrato de esta manera:

“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.

²² Art. 7° Ley 24.240. Último párrafo incorporado por el art. 5° de la Ley 26.361 B.O. 7/4/2008

En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogo o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente²³”.

Así ambas normas enderezan el contenido de la publicidad hacia propuestas concretas, determinadas en el tiempo, capaces de crear precisas expectativas en el destinatario de la publicidad, en donde el emisor se ve compelido a cumplir (Santarelli, 2013).

Como se observa, las propuestas a consumidores potenciales indeterminados tienen valor vinculante, y más considerando que en este tipo de contratos (de consumo) la publicidad puede constituir una oferta. Son requisitos formales de la oferta:

- Contener la fecha precisa de comienzo y de finalización. Salvo en la oferta de bienes o servicios realizada en el lugar donde los mismos se comercializan, donde se podrán omitir las fechas de comienzo y de finalización, en cuyo caso obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice (art. 7º, dec. 1798/94).
- Contener las modalidades, condiciones y limitaciones a que esté sujeta. Cuando el proveedor limite cuantitativamente su oferta de productos o servicios, deberá informar la cantidad con que cuenta para cubrirla (art. 7º, dec. 1798/94). Cuando por cualquier causa en una oferta se hubieren incluido precisiones contradictorias, se estará siempre a la más favorable para el consumidor. Un ejemplo de incumplimiento a esta norma se configuraría cuando en una oferta publicitaria de un supermercado se incluye la leyenda “hasta agotar stock”, sin indicar la cantidad de mercadería disponible para cubrir esa promoción. E inclusive, por integración con el principio del art. 4º de información suficiente, se debería indicar también en qué sucursales se encuentran disponibles los productos promocionados y qué cantidad dispone cada sucursal.

Si estos requisitos formales faltan, igual hay oferta, con efecto vinculante para el proveedor, pero la falta de estos requisitos constituye infracción a la ley de Defensa del Consumidor, por lo que el proveedor puede ser sancionado. Dice Lorenzetti (2003) que “si lo que faltan son elementos referidos a las limitaciones, condiciones, etc., que no hacen a la existencia de un contrato, sino a la comprensión del consumidor, habrá oferta y contrato,

²³ Art. 8º

con incumplimiento del deber de informar”. Se trata de una infracción formal que no requiere la existencia de perjuicio concreto alguno en terceros, bastando para su configuración el mero incumplimiento.

Como se dijo, el art. 8° sienta el principio por el cual la publicidad será tomada como parte integrante de la oferta y su contenido como parte del contrato, una vez celebrado. Esto quiere decir que todo lo que se exprese en la publicidad acerca de la naturaleza, características del bien y condiciones de contratación integran el contenido del contrato, lo cual no significa que las publicidades deban contener obligatoriamente tales precisiones pero sí que debe tener veracidad.

Las precisiones contenidas en la publicidad, no importa el medio utilizado para su difusión, integran el contrato con el consumidor. El consumidor tiene la facultad de exigir las prestaciones propias de cada producto o servicio, tutelando de esta manera las expectativas económicas jurídicamente razonables generadas por la publicidad (Kemelmajer de Carlucci, 1994). Por esto podemos decir que para el derecho del consumidor es tan contrato un papel con cláusulas como una publicidad televisiva. Las precisiones que aparecen en los anuncios, por parte de aquellos que pretenden colocar sus productos o servicios en el mercado, se integrarán al contrato que se celebre con el consumidor, sin importar su transcripción o no en el correspondiente documento. El oferente deberá responder indefectiblemente por aquello a lo que se ha obligado a través de la publicidad.

¿Cuál es el fundamento de la normativa? Sigue expresando Kemelmajer de Carlucci (1994), que la misma se funda en estos razonamientos:

- la publicidad atrae al usuario o consumidor potencial;
- entra, penetra, es internalizada, puesto que se usa una técnica de captación, de sugestión, de convencimiento;
- el bien o servicio se quiere sobre la base de lo mostrado, de lo escuchado, de lo percibido por los sentidos.

Si de la publicidad y del instrumento del contrato surgen contradicciones o superposiciones acerca de un mismo supuesto, hay que ceñirse a la solución que resulte más favorable al consumidor, por lo que el contenido expreso del contrato sólo será

exigible cuando no sea superado por prestaciones más favorables contenidas en la publicidad.

2.6 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 motivos²⁴ 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.

2.6.1 Identificación y rotulado de mercaderías.

El art. 1° establece las indicaciones obligatorias que todo producto envasado debe contener para ser comercializado en el país. Deben llevar impresos, en forma y lugar visibles sobre sus envases, etiquetas o envoltorios, los señalamientos atinentes a su denominación, país de origen, medidas netas y calidad, pureza o mezcla²⁵.

²⁴ Publicado en el Boletín Oficial del 11/05/1983.

²⁵ Art. 1° Ley N° 22.802 05/05/1983

La resolución 100/83 de la Secretaría de Comercio reglamenta la ley con el fin de asegurar que se brinde al consumidor toda la información que pueda resultarle indispensable, como la calidad de los productos cuando no responden a la normal. Los arts. 18 y 19 de esta resolución imponen consignar, en su caso, las instrucciones que los productos requieran para su uso. Los productos que por su naturaleza o modo de uso pueden ocasionar daños en las personas o cosas, deben contener las precauciones o cuidados que se deben observar para preservarse del daño que pueden originar (ejemplo, un producto corrosivo), a excepción de aquellos cuya potencial peligrosidad sea conocida (como una navaja, por ejemplo).

En cuanto al engaño proveniente de los proveedores, la ley presenta un desdoblamiento según que su exteriorización tenga lugar mediante el rotulado del producto, o bien de la publicidad propiamente dicha de él. Cabe destacar que las advertencias formuladas mediante las técnicas de identificación de mercaderías (etiquetas, rótulos, prospectos, envases, etc.), participan de la naturaleza de la publicidad comercial (Stiglitz, 1990).

El art. 5° tipifica como conducta punible el engaño en el rotulado de los frutos o productos:

“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 producción²⁶”.

El fundamento de este artículo radica en la necesidad de evitar que ingresen en el mercado productos con deficiencias en su calidad o contenido, que perjudiquen al consumidor. Por esta razón el art. 6° extiende la responsabilidad por la veracidad de las indicaciones consignadas en los rótulos y demás formas de identificación de la mercadería, a los productores y fabricantes, envasadores, fraccionadores e importadores, e incluso a los comerciantes minoristas y mayoristas que los comercialicen, cuando no exhiban la documentación que individualice fehacientemente a aquellos otros sujetos²⁷.

²⁶ Art. 5° Idem

²⁷ Art. 6° Ley 22.802

2.6.2 La publicidad comercial irregular.

Contra el carácter persuasivo de la publicidad comercial como técnica de distorsión de la decisión del consumidor, reacciona la Ley 22.802 por medio de su art. 9, que establece:

“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, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios²⁸”.

En los casos de violación de la prohibición contenida en el art. 9º, el art. 20 del mismo cuerpo legal faculta a las autoridades de aplicación a ordenar, si la gravedad del caso lo hiciera conveniente, la publicación completa o resumida del pronunciamiento sancionatorio, por cuenta del infractor.

El fin perseguido por el legislador ha sido que se adopten todas las medidas para que cada objeto de comercialización salga de su órbita conforme a la normativa que tutela la lealtad comercial, sancionando la conducta de quien deliberadamente incumple sus dictados. Se intenta proteger a los consumidores frente a las publicidades de oferta o promociones de bienes y/o servicios que presenten imprecisión o inexactitud de su contenido y que pueden lesionar al derecho constitucional de usuario y consumidores a una información adecuada y veraz y a la protección de sus intereses económicos en relación al consumo.

Análisis del artículo:

- “*Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda...*”: esto implica que la prohibición de inducir a engaño abarca al envase, etiqueta, presentación, etc. del producto; a la publicidad con fines comerciales; y a la propaganda, que puede definirse como la difusión o divulgación de información, ideas u opiniones de carácter político, religioso, comercial, etc., con la intención de que alguien actúe de una determinada manera o piense según determinadas ideas.

²⁸ Art. 9 Idem

- “...que mediante inexactitudes u ocultamientos...”: se puede engañar mediante acción u omisión. Las infracciones pueden ser tanto por exceso en la descripción o ponderación de las propiedades de un producto, como en la ocultación, omisión intencional o insuficiencia de la información necesaria para el consumo de un producto o sobre sus características (Shina, 2010).
- “...pueda inducir a error, engaño o confusión...”: Tomando como base definiciones de la Real Academia Española, se puede dar una definición de estos términos que utiliza el art.9: el error es un concepto equivocado o juicio falso. Constituye un vicio, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial del mismo o de su objeto. El engaño consiste en dar una apariencia de verdad a algo falso; inducir a otro a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas. La confusión se da cuando se mezclan cosas de manera tal que no pueden reconocerse y se toma una cosa por otra.
- “...respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción...”: esto quiere decir que el error o engaño puede recaer sobre múltiples aspectos del producto o servicio; a saber:
 - Características, propiedades, naturaleza, calidad: son el conjunto de atributos que el consumidor considera para adquirir el producto. Por ejemplo: el color, tamaño, utilidad, durabilidad, diseño, peso, marca, envase, etc.
 - Pureza y mezcla: Se refiere a que el envase o paquete del producto debe anunciar si se trata de una materia prima pura o si tiene aditivos.
 - Origen: determina la procedencia del producto; dónde fue fabricado. Por ejemplo, si es nacional o importado.
 - Cantidad: este engaño se produce cuando el producto adquirido no incluye la cantidad que anunciaba el paquete o envase. Por ejemplo si se vende un litro de agua y en realidad el envase incluye 960 ml.
 - Uso: es la manera en que funciona el producto o servicio y es esencial que esté explicado de manera correcta y completa, ya sea en el envase o en manuales, instrucciones, etc. para proteger la seguridad e integridad del consumidor.

- Precio y condiciones de comercialización: al contratar un servicio de telefonía celular, por ejemplo, el consumidor tiene derecho a que se le informe de manera adecuada sobre las características del plan contratado, cantidad de minutos libres, precio del minuto para hablar a otro celular, etc. También tiene derecho a ser informado sobre todos los gastos, comisiones y/o importes que se le cobren.
- Técnicas de producción: las técnicas de producción son el conjunto de actividades llevadas a cabo para la elaboración o creación de bienes y/o servicios.

2.6.3 Promoción mediante premios

La Ley 22.802 regula también las promociones de bienes o servicios mediante la entrega de premios sujetos al azar (art.10°) obligando a que exista una forma alternativa de participación, sin obligación de compra, buscándose así evitar la distorsión del mercado, y que los productos se vendan por sus propias características.

El artículo en cuestión establece:

“Queda prohibido:

- a) El ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar.
- b) Promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o la contratación de un servicio”.
- c) Entregar dinero o bienes a título de rescate de envases de medios de acondicionamiento, de partes integrantes de ellos o del producto vendido, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos rescatados o el que éstos tengan para quien los recupere²⁹”.

Este artículo fue reglamentado por el decreto 1153/97³⁰ que precisa los alcances de la prohibición del art. 10. Al regular los concursos y sorteos, se tiene en consideración principalmente el derecho de los consumidores a una información exhaustiva y clara. Esa información acerca de las características de los premios y la probabilidad de acceder a ellos, así como el completo conocimiento de las condiciones de participación, resultan

²⁹Art. 10° Ley 22.802

³⁰Decreto 1153/97. B.O. 10/11/97

esenciales en este tipo de eventos de participación masiva, como lo son los concursos, certámenes y sorteos.

Los participantes deben tener la posibilidad de informarse acerca del resultado de este tipo de sorteos a través de los mismos medios por los cuales fueron incentivados a participar.

2.7 Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia

La ley 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...”³¹.

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

2.8 Resolución 7/2002 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor

La resolución 7/2002 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 tarifas³².

³¹ Art. 1° Ley 25.156 de Defensa de la Competencia.

³² Resolución 7/2002. Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor. Considerandos.

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 rigen³³.

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 consumidores³⁴. 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

³³ Secretaría de Comercio – “List Sandra Melisa c/DNCl-Disp 100/13 (Expte. S01:45709/11) s/R.Directo Secret. Comercio”. 04/12/2014

³⁴ CNAPen.Econ., Sala B, “Bompassy S.A.”, sentencia del 08/09/05, “La Ley” 2005- F, 295.

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)³⁵;

- 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 lo 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 lo 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

³⁵ Secretaría de Comercio – “List Sandra Melisa c/DNCl-Disp 100/13 (Expte. S01:45709/11) s/R.Directo Secret. Comercio” 04/12/2014.

en el mercado afectando su libertad e intereses económicos y la transparencia de la contratación³⁶.

- 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 oferente³⁷.

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 usuarios³⁸.

La indicación de una página web u otras formas de comunicación como el número “0800” no sustituyen los requisitos legales exigidos. La reglamentación impone, de conformidad con los propósitos de la ley de lealtad comercial, que la publicación de los precios de productos o servicios sea realizada con un conjunto de precisiones que faciliten a los consumidores la información necesaria, y que den sustento al ofrecimiento. La ausencia de indicaciones obligatorias, como la razón social del oferente y su domicilio en el país,

³⁶ CNACont. Adm: Fed., Sala I, “Mario Korn Propiedad S.A. c/DNCI-DISP 40/13. 03/10/2015”.

³⁷ CNACont. Adm: Fed., Sala I, “Mario Korn Propiedad S.A. c/DNCI-DISP 40/13. 03/10/2015”

³⁸ CNACont. Adm: Fed., Sala I, “Mario Korn Propiedad S.A. c/DNCI-DISP 40/13. 03/10/2015”

afectan el derecho del consumidor a estar informado debidamente, y a saber quién es el oferente de los bienes publicitados³⁹.

2.9 Resolución 789/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería

La resolución 789/98 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 legible⁴⁰.

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 segundos⁴¹.

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

³⁹ CNACont. Adm: Fed., Sala I, "Mario Korn Propiedad S.A. c/DNCI-DISP 40/13. 03/10/2015"

⁴⁰ Art. 2° Resolución 789/98. Secretaría de Industria, Comercio y Minería. B.O. 27/11/98

⁴¹ Art. 3° Resolución 789/98. Secretaría de Industria, Comercio y Minería. B.O. 27/11/98

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 tamaño⁴².

2.10 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)

2.10.1 Art. 1097. Interpretación y prelación normativa

“Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor⁴³”.

Las normas deben interpretarse y aplicarse de acuerdo al principio de protección del consumidor. Este principio alcanza todas las relaciones en las que intervienen los consumidores y se justifica en la situación de desventaja y vulnerabilidad estructural en que se encuentran con relación a los proveedores en el mercado. La asimetría de información; la inferioridad de conocimientos técnicos; el menos acceso a asesoramiento jurídico; la falta de poder de negociación; y la necesidad de adquirir ciertos bienes y servicios básicos; tornan necesario el principio protectorio (Sigal, 2014).

El derecho de acceso al consumo es una prerrogativa primaria de los consumidores, frente a los empresarios y al propio Estado, pues es menester, previo a todo, que los gobiernos garanticen a todos los sectores de la población su participación en el mercado (Lorenzetti, 2009). Acceso al consumo sustentable hace referencia a la posibilidad de satisfacer necesidades básicas usando servicios y productos que traigan una mejor calidad

⁴²⁴² Juzg. Munic. De Def. del Consumidor de La Plata N° 2, “Telefónica de Argentina S.A. s/Publicidad Engañosa”, 04/02/2009.

⁴³ Art. 1094. Código Civil y Comercial de la Nación

de vida, minimizando el uso de los productos naturales y materiales tóxicos y la emisión de desperdicios y contaminantes durante el ciclo de vida del servicio o producto, de manera de no poner en peligro la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras (Perez Bustamante, 2015). La vulneración al derecho de acceso al consumo puede presentarse en diferentes situaciones, tales como: interrupción de un servicio básico para quien ya resulta consumidor, exclusión de ciertas personas del mercado por razones de discriminación, etc.

La segunda parte del artículo en análisis establece un criterio de prelación normativa para casos de duda en la interpretación del CCyC y las leyes especiales, prevaleciendo la aplicación o interpretación de la norma más favorable al consumidor. El principio general de interpretación in dubio pro consumidor es de aplicación tanto en caso de conflicto normativo como ante situaciones de vacío legal (Rusconi, 2009).

2.10.2 Art. 1100. Información dirigida a los consumidores.

“El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión⁴⁴”.

El deber de información es fundamental debido a la asimetría que existe entre el proveedor y el consumidor. Se encuentra receptado casi en los mismos términos que los establecidos en el art. 4° de la LDC. Este deber de información, excede el ámbito del contrato de consumo y se expande hacia toda la relación de consumo, abarcando tanto la etapa precontractual, de ejecución del contrato, y post contractual. La información debe ser gratuita y accesible para el consumidor, ya que se vulneraría el principio de gratuidad si se impusieran cargas que implicaran costos al consumidor para hacerse de la información.

2.10.3 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;

⁴⁴ Art. 1100. Código Civil y Comercial de la Nación.

- 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 seguridad⁴⁵”.

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.

2.10.4 Acciones.

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

Este artículo encuentra su antecedente en los arts. 14, inc. e) de la ley 22.802 y el art. 47, inc. f) de la ley de Defensa del Consumidor, que se analizarán en el Capítulo 3.

⁴⁵ Art. 1101. Código Civil y Comercial de la Nación.

La acción puede ser planteada por el afectado o por asociaciones que defiendan derechos involucrados, tanto en acciones individuales como colectivas.

Los remedios que podrá pedir el accionante son:

- Cesación de la publicidad ilícita;
- Publicación, a cargo del demandado, de la sentencia condenatoria;
- Publicación de avisos rectificatorios.

2.10.5 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 oferente⁴⁶”.

Esta norma es similar al art. 8° de la LDC. Las informaciones suministradas por los proveedores, vendedores, o las contenidas en los mensajes publicitarios crean en el receptor legítimas expectativas porque ha creído en la veracidad de esa información. En consecuencia, dicho ofrecimiento compromete y vincula a quien lo emite en esa misma medida

2.11 Normativa complementaria

2.11.1 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 ofrecido⁴⁷.

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

⁴⁶ Art. 1103. Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁷ Art. 1° Ley 26.104 de Publicidad con Fines Turísticos. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 07/06/2006.

equivalente al de la imagen reproducida, debiendo ser fácilmente legible⁴⁸. Lo mismo rige para las publicidades contenidas en medios electrónicos⁴⁹.

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 segundos⁵⁰.

Los que infrinjan lo dispuesto por esta ley, serán sancionados conforme a la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial⁵¹.

2.11.1.1 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.

⁴⁸ Art. 3° Ley 26.104 de Publicidad con Fines Turísticos. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 07/06/2006.

⁴⁹ Art. 4° Bis. Ley 26.104 de Publicidad con Fines Turísticos. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 07/06/2006.

⁵⁰ Art. 4° Ley 26.104 de Publicidad con Fines Turísticos. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 07/06/2006.

⁵¹ Art. 6° Ley 26.104 de Publicidad con Fines Turísticos. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 07/06/2006.

2.11.1.2 Jurisprudencia

En “Pedraza viajes y turismo S.A. c/ DNCI s/DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 45” la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal ratificó una multa impuesta por la Dirección Nacional de Comercio Interior de \$30.000 por publicidad engañosa sobre una empresa de turismo por consignar en un anuncio “ofertas febrero últimos lugares”, sin indicar la cantidad precisa de lugares disponibles con los que la firma contaba para cubrir la oferta.

La Cámara recordó que este tipo de infracciones revisten el carácter de formal por lo que no se necesita la comprobación de un daño concreto para imponer la sanción. Señaló que de la Ley de Defensa del Consumidor “surge la obligación del productor, distribuidor o comerciante de brindar toda la información necesaria a los usuarios o consumidores con respecto a las características esenciales de los productos o servicios ofrecidos”⁵². Sigue diciendo que “la importancia de la norma se halla en la necesidad de suministrar al consumidor los conocimientos de los cuales legítimamente carece”.

2.11.2 Ley N° 26.687 de regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco

La ley N° 26.687, 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).

⁵² CNACont. Adm. Fed., Sala III, “Pedraza Viajes y Turismo S.A. c/DNCI s/Defensa del Consumidor – Ley 24240 – Art. 45”. 02/05/2017.

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 otros⁵³.

El artículo 13 estipula:

“En los paquetes y envases de productos elaborados con tabaco no podrán utilizarse expresiones tales como "Light"; "Suave", "Milds", "bajo en contenido de nicotina y alquitrán", o términos similares, así como elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o frases, que tengan el efecto directo o indirecto, de crear la falsa, equívoca o engañosa impresión de que un determinado producto elaborado con tabaco es menos nocivo que otro o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones⁵⁴”.

A través de estas normas, mediante la incorporación obligatoria de cierta información, y la prohibición de introducir ciertos mensajes, la ley 26.687 da un contenido específico al modo en que debe cumplirse el deber de informar en este ámbito.

La Ley 26.687 prohíbe la publicidad, promoción y patrocinio de los productos elaborados con tabaco, en forma directa o indirecta, a través de cualquier medio de difusión o comunicación (Art. 5^o⁵⁵). Seguidamente, el art. 6^o dispone una serie de excepciones:

⁵³ Art. 7° Ley 26.687. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 01/06/2011.

⁵⁴ Art. 13 Ley 26.687. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 01/06/2011

⁵⁵ Art. 5° Ley 26.687. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 01/06/2011

- “a) En el interior de los lugares de venta o expendio de productos elaborados con tabaco, conforme a lo que determine la reglamentación de la presente ley;
- b) En publicaciones comerciales destinadas exclusivamente a personas o instituciones que se encuentren involucradas en el negocio del cultivo, fabricación, importación, exportación, distribución, depósito y venta de productos elaborados con tabaco;
- c) A través de comunicaciones directas a mayores de dieciocho (18) años, siempre que se haya obtenido su consentimiento previo y se haya verificado su edad⁵⁶”.

Pero en todo caso, la publicidad deberá incluir algunos de los mensajes sanitarios mencionados en el art. 7°, cuyo texto estará escrito en forma legible, prominente y proporcional.

Uno de los motivos de regular la información y la publicidad de productos elaborados con tabaco, es la demostrada relación causal entre la exposición a publicidad de estos productos y la iniciación del hábito de fumar. La prohibición que introduce la ley 26.687 busca eliminar una causa principal de inicio temprano de consumo.

2.11.3 Ley N° 24.788 de lucha contra el alcoholismo.

La ley 24.788, 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 años⁵⁷".

⁵⁶ Art. 6° Ley 26.687. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 01/06/2011

⁵⁷ Art. 6° Ley 24.788. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 05/03/1997

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 productos⁵⁸.

2.11.4 Código Alimentario Argentino

El Código Alimentario Argentino (Ley N° 18.284) incluye un capítulo denominado “Normas para la rotulación y publicidad de alimentos”, que contiene las siguientes disposiciones referidas a la publicidad de alimentos:

"En la publicidad que se realice por cualquier medio deberá respetarse la definición, composición y denominación del producto establecidas por el presente Código⁵⁹".

"Queda prohibida la rotulación y publicidad de los productos contemplados en el presente Código cuando desde el punto de vista sanitario-bromatológico las mismas sean capaces de suscitar error, engaño o confusión en el consumidor⁶⁰".

"En los rótulos o anuncios, por cualquier medio (propaganda radial, televisiva, oral o escrita) queda prohibido efectuar indicaciones que se refieran a propiedades medicinales, terapéuticas o aconsejar su consumo por razones de estímulo, bienestar o salud⁶¹".

⁵⁸ Dec. 149/2009. Reglamentación de la Ley N° 24.788

⁵⁹ Art. 221. Código Alimentario Argentino

⁶⁰ Art. 222. Código Alimentario Argentino

⁶¹ Art. 235 Código Alimentario Argentino

Por disposición N° 2335/2007 de la ANMAT se creó la Comisión de Fiscalización y Control de Publicidad de las especialidades medicinales de venta libre, suplementos dietarios, productos odontológicos reactivos de diagnóstico, productos cosméticos, dispositivos de tecnología médica, productos domisanitarios (destinados a la limpieza, lavado, desinfección, etc.) y productos alimenticios, cuyas funciones son: evaluación de las publicidades emitidas en los medios de comunicación que correspondan a cualquiera de los productos anteriormente mencionados; proponer las intimaciones a los responsables de las publicidades que se consideraren emitidas en infracción a las normas, a fin de que cesen en las conductas violatorias; la emisión de informes técnicos.

Si prendemos la televisión o navegamos por internet, se puede ver que son frecuentes las publicidades de alimentos o bebidas de bajo o nulo valor nutricional. La población, sobre todo infantil, se encuentra expuesta a innumerables anuncios de alimentos y bebidas diariamente. Por lo tanto, la regulación que efectúa el Código Alimentario Argentino es necesaria para que no se produzcan engaños al consumidor acerca de los valores nutritivos, beneficios, componentes, calorías, etc. de estos productos.

No existe en nuestro país una regulación para reducir la exposición de los niños a la promoción y publicidad de alimentos con alto contenido de grasas, azúcares y sal a fin de reducir los riesgos para la salud. Dicha política debería cubrir la publicidad dirigida a los niños en todos los medios de comunicación y establecer sanciones para los incumplimientos. Esto es importante considerando que la mayor parte de los anuncios de alimentos y bebidas suelen ser de baja calidad nutricional, calóricos, altos en azúcar, etc. (bebidas azucaradas, comida rápida, comida “chatarra”, alfajores, entre otros).

Tratándose de publicidades de alimentos, se debe tener especial cuidado y protección al consumidor, ya que las mismas son un factor que influyen en las preferencias alimentarias y patrones de consumo. Más aun hablando de niños y adolescentes, que se encuentra expuestos constantemente a una importante cantidad de publicidad, cuyo mensajes es reforzado a través de diferentes medios de comunicación.

La publicidad de alimentos debe evitar generar confusión respecto a su calidad, valor calórico, características de sabor, tamaño, contenido, y beneficios nutricionales y para la salud. La publicidad destinada al consumidor en general de alimentos no debería alentar ni

incentivar el consumo excesivo; debería fomentar una alimentación saludable, o al menos no menoscabarla; abstenerse de fomentar el sedentarismo; no debería relacionar el consumo a la popularidad, status o éxito social, desempeño deportivo, entre otros; ser clara con relación a las características de los productos, etc.

2.11.4.1 Jurisprudencia

En autos “Johnson & Johnson de Argentina SACEI c/DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 – Art. 22⁶²” consideró engañosa una publicidad al no cumplir con el atributo “sin calorías” promocionado. La publicidad resultó violatoria de las disposiciones de la ANMAT, ya que el producto contenía calorías a pesar de que la publicidad declaraba no tenerlas. La firma Johnson había realizado la publicidad del producto “Edulcorante dietético de mesa en polvo” marca “Splenda” en el diario La Nación, anunciando “Llegó Splenda endulzante sin calorías”, resultando que la composición completa del producto no cumplía con el atributo sin calorías, según las exigencias del Código Alimentario Argentino sobre uso de la información nutricional complementaria, por lo que no correspondía tal designación en su rotulado y publicidad. La inclusión de la frase objetada en la pauta publicitaria inducía a error, engaño o confusión en el consumidor, por cuanto las afirmaciones contenidas en el aviso gráfico presentaban inexactitudes u ocultamientos.

Relacionado al C.A.A., se encuentra el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en los autos caratulados “Pepsico de Argentina S.R.L. s/inf. Ley 22.802”, contra la resolución de la DNCI N° 580/200663, donde se consideró engañosa una publicidad del producto H2Oh! – 7UP en el diario Clarín, que consignaba “Llega H2Oh! De 7UP. Suavemente gasificada. Cero azúcar. Con el sabor lima limón de 7UP...”; y, al pie de aquel aviso, en caracteres menos destacados: “Bebida sin alcohol dietética con 5% de jugo de limón, fortificada con vitaminas B3, B5 y B6 y de sabor lima limón. Con 50% menos de gas que Seven Up y Seven Up Light...”. El tribunal consideró que por la expresión “H2Oh!” se advierte una similitud marcada con la fórmula química del agua (H2O) y que el sonido correspondiente a la pronunciación de la expresión H2Oh! Es idéntico al de la fórmula química del agua. Por otra parte, el C.A.A. establece las

⁶² CNACont. Adm. Fed., Sala III, “Johnson & Johnson SACEI c/DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 – Art. 22”. 11/11/2014.

⁶³ CNAPen.Econ., Sala B, “Pepsico de Argentina S.R.L. c/DNCI s/inf. Ley 22.802”. 14/09/2007

características y las propiedades que deben reunir los productos denominados agua en sus diversas variedades, que se diferencian de aquéllos denominados bebidas sin alcohol o analcohólicas, y el producto en cuestión había sido inscripto con la denominación bebida sin alcohol dietética. Por lo tanto, sostuvo la Cámara, dado que, por un lado, por el rótulo del producto se destacaba la expresión “H2Oh!” y que este término posee una gran aptitud para producir una asociación inmediata a la fórmula química del agua (H2O) y, por otra parte, el producto representado por el rótulo era una bebida sin alcohol dietética con 5% de jugo de limón, correspondía considerar acreditada la infracción al art. 5° de la Ley 22.802, pues por la etiqueta se consignó una palabra o una marca que podía inducir a error, engaño o confusión respecto de la naturaleza del producto. El fallo también afirmó que el hecho que los rótulos hayan sido aprobados por el órgano de aplicación del C.A.A. no obsta a que por aquellas etiquetas se incumpla con lo previsto por el art. 5° de la Ley 22.802.

2.11.5 Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual.

El capítulo VIII de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual N° 26.522, conocida como Ley de Medios, se dedica a regular la publicidad, definida en la misma ley como “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 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 obligaciones⁶⁴”.

El inc. f) del art. 81 prohíbe la publicidad subliminal, entendida por tal “la que posee aptitud para producir estímulos inconscientes presentados debajo del umbral sensorial absoluto”⁶⁵. También se establece en el inc. h) que la publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra de productos explotando su inexperiencia y credulidad⁶⁶.

⁶⁴ Art. 4° Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 10/10/2009.

⁶⁵ Art. 81, Inc. f) Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 10/10/2009.

⁶⁶ Art. 81, Inc. h) Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 10/10/2009.

Se hace referencia expresamente a las publicidades discriminatorias, prohibiendo todo aviso publicitario que importen discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio-económicos o nacionalidad, entre otros, y además, los que menoscaben la dignidad humana, ofendan convicciones morales o religiosas, induzcan a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes⁶⁷.

2.11.6 Código de Ética y Autorregulación Publicitaria del CONARP.

Como herramienta destinada a regular la publicidad, se puede mencionar el Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP).

La autorregulación publicitaria colegiada es un sistema adoptado por la misma industria, en la mayoría de los países del mundo, con el objeto de preservar la ética profesional y la práctica de una publicidad responsable en defensa de la libertad de expresión comercial.

El CONARP promueve la práctica de la autorregulación publicitaria, por parte de los anunciantes, las agencias de publicidad y comunicación, los medios de comunicación y cada uno de los profesionales de la industria, en defensa de la ética y el ejercicio responsable de la libertad de expresión comercial. La entidad fue fundada en noviembre de 2001, por iniciativa de la Asociación Argentina de Publicidad (AAP) y la Cámara de Anunciantes (CAA), sus actuales miembros activos. Ambos miembros acordaron la redacción del Código de Ética y Autorregulación Publicitaria.

La intervención del CONARP en un conflicto entre partes privadas implica por parte de los involucrados el reconocimiento de la autoridad del CONARP en la materia, la adhesión a los principios del Código y el conocimiento de sus normas así como el compromiso del fiel cumplimiento de sus resoluciones y que la elección del CONARP para la resolución del conflicto será previa a cualquier otra actuación de órganos estatales de cualquier nivel, ya sean administrativos o judiciales. Cuando exista un recurso previo de la parte solicitante requiriendo la intervención de órganos estatales, administrativos o judiciales, se interpretará que se ha preferido optar por tal vía omitiendo recurrir al CONARP por lo que éste se

⁶⁷ Art. 81, Inc. i) Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Honorable Congreso de la Nación. Sancionada el 10/10/2009.

abstendrá de intervenir. Asimismo el CONARP se reserva la posibilidad de ampliar los cargos cuando del análisis de un caso surgieran otras contravenciones al Código más allá de la objetada por la parte solicitante.

La tarea del CONARP se limitará a lo atinente al contenido publicitario y su relación con los principios del Código de Ética y Autorregulación Publicitaria, sin considerar aspectos ajenos a la comunicación comercial. Se analizarán mensajes publicitarios que se transmitan a través de soportes específicos (cine, gráfica, Internet, televisión, punto de venta, radio, vía pública).

Los considerandos y resoluciones de los casos tratados por el CONARP podrán ser publicados, mediante Internet o el medio que se considere adecuado, transcurridos tres meses desde que hubiera quedado firme la resolución del mismo, exceptuando sólo aquellos casos en los que estuvieran de algún modo involucradas empresas no asociadas al CONARP.

El Comité analizará el contenido de la comunicación objetada y decidirá por simple mayoría si el mismo está enmarcado en los principios del Código, dentro de las 24 horas hábiles de recibida la solicitud. El debate del Comité, ya sea presencial o virtual, será siempre de carácter confidencial.

Si analizado el contenido de la comunicación objetada, el Comité concluye que el mismo no contraría los principios del Código, informará su conclusión al solicitante de la intervención dentro de las 24 horas hábiles siguientes, dando de esta manera por finalizada su actuación.

Si por el contrario surge que existen motivos para profundizar el análisis de la comunicación objetada, el Comité del CONARP definirá una fecha de reunión dándose traslado de la misma a las partes responsables, que serán invitadas a efectuar personalmente y por escrito las consideraciones que estimen corresponder sobre el contenido de la comunicación. En atención a la particular naturaleza del contenido de un mensaje y tomando en debida consideración su impacto en la comunidad, el Comité podrá solicitar al anunciante, agencia de publicidad y/o quien se determine, la discontinuidad del mensaje de manera preventiva, en cualquier instancia del proceso. Cuando se disponga la discontinuidad preventiva de los mensajes publicitarios cuestionados y la parte responsable

solicite una prórroga para la presentación de los elementos probatorios de su argumentación más allá de los plazos establecidos por las normas de procedimiento, la discontinuidad se prolongará hasta tanto sea posible arribar a la resolución del caso. Los integrantes del Comité ante los cuales se efectuará la presentación deberán ser los mismos que analizaron previamente el contenido de la comunicación.

Si el Consejo hubiera determinado - con el material disponible hasta ese momento - que el contenido del mensaje contraría los principios del Código, se solicitará al anunciante y a la agencia responsable la modificación, la discontinuidad o la difusión finalizado el horario apto para todo público, de la comunicación analizada dentro de las siguientes 24 horas hábiles. En el caso en que la difusión y/o vigencia de la comunicación/mecánica bajo análisis hubiera finalizado, el Comité podrá emitir una recomendación hacia el futuro, propiciando alternativas que se ajusten a las normas del Código. Se notificará a las partes involucradas el detalle de los considerandos y la resolución en primera instancia, dando de esta manera por finalizada su actuación.

En caso de comprobarse que los responsables no han acatado la resolución en tiempo y forma, se les enviará un llamado de atención. Además podrá proceder de la siguiente forma: a) Comunicar la actuación del CONARP a los organismos oficiales pertinentes y entidades de la industria relacionadas, en los casos en que correspondiere; b) A través de los medios de comunicación masiva, dar estado público a la decisión sobre la comunicación cuestionada y la no aceptación de la resolución por parte del anunciante y/o la agencia⁶⁸.

Los aspectos más importantes que establece el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria son los siguientes:

- La publicidad debe respetar los principios de la moral y las buenas costumbres⁶⁹;
- La publicidad debe ser honesta, veraz y digna de confianza⁷⁰;
- La publicidad debe evitar todo aquello que lesione los conceptos y valores esenciales de la sociedad (personas, familia, patria, religiones, autoridades, entre otros)⁷¹;

⁶⁸ <http://www.conarp.org.ar/>

⁶⁹ Art. 1° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁷⁰ Art. 2° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁷¹ Art. 4° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

- La publicidad debe evitar lo inmoral (todo aquello que contenga expresiones, actitudes o insinuaciones indecentes, obscenas o escabrosas), lo truculento (que contenga o provoque expresiones o actitudes de violencia, morbosidad, temor, etc.), lo grosero (que signifique una manifestación de mal gusto, en cualquiera de sus formas, y toda situación, imagen o expresión desagradable)⁷²;
- La publicidad debe hacer un adecuado uso del idioma, con decoro y buen gusto⁷³;
- La publicidad debe evitar el uso injustificado y/o denigratorio del nombre, símbolos institucionales o marcas de productos o servicios de terceros; todo aquello que implique descrédito o menosprecio a la competencia⁷⁴;
- La publicidad debe ser veraz y evitar todo engaño o exageración que atente contra la buena fe del público; abuse de su confianza o explote la falta de cultura, conocimiento o experiencia de los destinatarios⁷⁵;
- Ningún mensaje, directa o indirectamente, puede contener descripciones, imágenes o textos que contribuyan a confundir al público o hacerle creer que el producto que publicita hace algo que no está dentro de sus posibilidades, salvo que se empleen exageraciones evidentes para divertir o llamar la atención⁷⁶;
- La publicidad debe ser cuidadosa del medio ambiente⁷⁷;
- Ningún mensaje puede incluir técnicas dirigidas a inducir su percepción subliminal por parte del receptor sin que éste pueda reconocer que se trata de un aviso⁷⁸;
- Los mensajes no deben contener declaraciones o presentaciones visuales que directamente o por implicación, omisión, ambigüedad, minimización o exageraciones, puedan inducir a error⁷⁹;
- Los mensajes que contengan comparaciones de precios u otras características deben: Respetar los derechos de propiedad intelectual e industrial; tener como finalidad informar al consumidor sobre las ventajas comprobables del producto anunciado; referirse a productos y calidad equiparables; ser exactos y reflejar la verdad, bajo las

⁷² Art. 6° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁷³ Art. 7° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁷⁴ Art. 10° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁷⁵ Art. 11° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁷⁶ Art. 12° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁷⁷ Art. 14° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁷⁸ Art. 15° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁷⁹ Art. 16° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

mismas condiciones; ser presentadas en forma objetiva de manera que la comparación sea comprobable⁸⁰;

- Toda publicidad que haga uso de investigaciones debe estar respaldada por fuentes identificables, verificables y disponibles⁸¹;
- Toda publicidad deberá tener especial cuidado de la credulidad de los niños y la falta de experiencia de las personas jóvenes⁸²;
- La publicidad dirigida a los niños o adolescentes: Debe evitar inducirlos a realizar actos que resulten física, mental o moralmente perjudicial a los mismos; no se debe aprovechar de la natural credibilidad infantil ni de la inexperiencia de los jóvenes, ni deformar el sentido de lealtad de los mismos; no debe mostrárselos en lugares inadecuados, ni en situaciones de riesgo o peligro para su edad, ni contener declaraciones o presentaciones visuales que puedan llevarlos a ellas; no debe ofrecerse productos que no sean apropiados para ellos⁸³.

La autorregulación tiene un rol importante al generar los mecanismos para que sea la propia industria la que genere una Publicidad Responsable partiendo de la observancia de la ética profesional y del cumplimiento de los parámetros legales que corresponda aplicar.

2.12 Novedades legislativas: Resolución 915-E/2017

Durante la redacción de esta tesis, la Secretaría de Comercio, dictó la resolución 915-E, más precisamente el 01 de diciembre de 2017.

La Secretaría de Comercio tomó en consideración lo establecido por los arts. 1100, 1101 y 1103 del Código Civil y Comercial; el contenido de los arts. 4 y 36 de la Ley de Defensa del Consumidor; el art. 9 de la Ley de Lealtad Comercial; los artículos 1 y 2 del Decreto N° 1153, reglamentario del art. 10 de la Ley N° 22.802; la resolución N°89 de la Ex – Secretaría de Industria, Comercio y Minería; la Resolución N° 789 de la misma Secretaría; los artículos 4 y 8 de la Resolución N° 7 de la Ex – Secretaría de la Competencia, la Desregulación y Defensa del Consumidor, y a partir de ello simplifica y

⁸⁰ Art. 19° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁸¹ Art. 28° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁸² Art. 33° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. 05/2004

⁸³ Art. 34° Código de Ética y Autorregulación Publicitaria

uniformiza la normativa que regula las publicidades, con el objetivo de que éstas sean claras, comprensibles y útiles para el receptor de la información. Se derogan para ello, la resolución N° 789 de 1998⁸⁴, el artículo 7° de la Resolución N° 89 de 1998⁸⁵, y los artículos 8° y 10° de la Resolución N° 7 de 2002⁸⁶

La resolución, también reglamenta los artículos 4° y 36 de la Ley de Defensa del Consumidor, para establecer qué información a la que se refieren dichas normas debe ser incluida en las publicidades, y el artículo 3° del Decreto N°961/17, a fin de indicar el medio dónde estará disponible la información que se indica en dicha norma.

El artículo 4 establece los requisitos para las publicidades incluidas en los artículos 9° y 10° de la Ley N° 22.802 y en los artículos 4° y 36 de la Ley N° 24.240:

“Toda publicidad de bienes y/o servicios permitida por el Artículo 9° de la Ley N° 22.802 y los Artículos 4° y 36 de la Ley N° 24240, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a. No contendrá inexactitudes u ocultamientos en los términos del Artículo 9° de la Ley N° 22.082.
- b. Las leyendas y/o advertencias establecidas como obligatorias por leyes nacionales o provinciales así como también por sus reglamentaciones, deberán ser incluidas en la mencionada publicidad.
- c. La información requerida para las publicidades establecida por los Artículos 4° y 36 de la Ley N° 24240 y la Resolución N° 7/02 de la ex SECRETARÍA DE LA COMPETENCIA, LA DESREGULACIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR y sus modificatorias, relativa a las características esenciales de los bienes y servicios que se publicitan, así como también las condiciones de su comercialización, será proporcionada a los consumidores través de una página web y/o línea telefónica gratuita, debiendo consignarse dicha circunstancia en la publicidad correspondiente. La información referida al sitio de Internet será brindada a través de la siguiente frase: “Para más información consulte en.”, en tanto que la mención a la línea telefónica será: “Para más información comuníquese gratuitamente al teléfono.”. En ningún caso dichas frases podrán superponerse con otras, ni con música, ni otros sonidos que pudieran dificultar su escucha. La información contenida en la página web y/o la proporcionada telefónicamente no podrá desnaturalizar el objeto o contenido de la publicidad. De optarse por

⁸⁴ Artículo 1° - Resolución 915/2017. Secretaría de Comercio.

⁸⁵ Artículo 2° - Resolución 915/2017. Secretaría de Comercio.

⁸⁶ Artículo 3° - Resolución 915/2017. Secretaría de Comercio.

la opción de una línea telefónica, la misma deberá estar disponible, como mínimo, en los días y horas en los que el proveedor comercialice sus bienes y servicios.

Adicionalmente, se deberán cumplir con los siguientes requisitos, dependiendo del medio por el cual la publicidad sea difundida:

i. Medio gráfico: La referencia a la página web y/o línea telefónica deberá ser proporcionada con caracteres tipográficos no inferiores a DOS MILÍMETROS (2 mm) de altura o, si ésta estuviera destinada a ser exhibida en la vía pública, el DOS POR CIENTO (2 %) de la altura de la pieza publicitaria. La letra será legible, clara y no deberá confundir al lector.

ii. Medio televisivo y cinematográfico: La referencia a la página web y/o línea telefónica deberá consignarse con caracteres tipográficos de altura igual o mayor al DOS POR CIENTO (2 %) de la pantalla.

iii. Medio radial: La referencia a la página web y/o línea telefónica deberá proporcionarse en forma clara y audible.

iv. Medio digital (Internet): La referencia a la página web y/o línea telefónica deberá proporcionarse con caracteres tipográficos que sean fácilmente legibles, acorde con el dispositivo utilizado.

2. Toda publicidad de bienes y/o servicios permitida por el Artículo 10 de la Ley N° 22.802, deberá cumplir con los requisitos establecidos por el Artículo 3° del Decreto N° 961/17 y no deberá inducir a error, engaño o confusión en los términos del Artículo 9° de la Ley N° 22.082⁸⁷.

El artículo 5, establece los requisitos de las publicidades comerciales que incluyen precios, siendo los mismos que exige la resolución N°7/02 de la Ex – Secretaría de la Competencia, la Desregulación y Defensa del Consumidor.

Se puede decir que la resolución en comentario, no establece nuevos contenidos relevantes en lo que refiere a regulación de publicidad, sino que unifica los de otras normas legales en un solo cuerpo, e incorpora a las páginas webs y líneas telefónicas gratuitas como medios de información obligatorios para el proveedor, debiendo estar contenidas en la publicidad.

2.13 Derecho comparado

⁸⁷ Artículo 4° - Resolución 915/2017. Secretaría de Comercio

2.13.1 Chile

En este país, para prevenir la publicidad engañosa, se utiliza la “Información Básica Comercial”, IBC, como herramientas e instrumento para la implementación operativa de la estructura de información comercial de bienes y servicios.

Su origen se encuentra en la Ley N° 19.496⁸⁸ y contiene los datos, instructivos y antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor.

El tercer párrafo del artículo 1° de esta ley reza:

“Tratándose de proveedores que reciban bienes en consignación para su venta, éstos deberán agregar a la información básica comercial los antecedentes relativos a su situación financiera, incluidos los estados financieros cuando corresponda.

En la venta de bienes y prestación de servicios, se considerará información comercial básica, además de lo que dispongan otras normas legales o reglamentarias, la identificación del bien o servicio que se ofrece al consumidor, así como también los instructivos de uso y los términos de la garantía cuando procedan. Se exceptuarán de lo dispuesto en este inciso los bienes ofrecidos a granel.

La información comercial básica deberá ser suministrada al público por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno. Respecto de los instructivos de uso de los bienes y servicios cuyo uso normal represente un riesgo para la integridad y seguridad de las personas, será obligatoria su entrega al consumidor conjuntamente con los bienes y servicios a que acceden⁸⁹”.

Como novedades respecto a nuestro sistema legal, se pueden mencionar dos artículos de la Ley 19.496 referidos a la publicidad:

“La información que se consigne en los productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor.

Expresiones tales como "garantizado" y "garantía", sólo podrán ser consignadas cuando se señale en qué consisten y la forma en que el consumidor pueda hacerlas efectivas⁹⁰”.

⁸⁸ Ley 19.496 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile. Sancionada el 07/03/1997

⁸⁹ Artículo 1°, 3° párrafo, Ley 19.496 de Chile.

⁹⁰ Art. 33 Ley 19.496 de Chile.

“Como medida prejudicial preparatoria del ejercicio de su acción en los casos de publicidad falsa o engañosa, podrá el denunciante solicitar del juez competente se exija, en caso necesario, del respectivo medio de comunicación utilizado en la difusión de los *anuncios* o de la correspondiente agencia de publicidad, la identificación del anunciante o responsable de la emisión publicitaria⁹¹”.

2.13.2 Perú

Como lo explica Súmar Albújar (2013), existen dos tipos de regulación de la publicidad en Perú. El “régimen general” está compuesto por normas dirigidas a cualquiera que publicite un servicio o producto. Dichas normas se encuentran repartidas entre el Código de Protección y Defensa del Consumidor y otras leyes generales. El “régimen específico”, contiene regulaciones de productos o servicios específicos y se encuentra en un gran número de normas y reglamentos.

Son ejemplos de normas generales el principio de veracidad (decir la verdad y suministrar información) y el principio de lealtad (no denigrar a los competidores). Por otra parte, la prohibición de publicidad del tabaco, alcohol, servicios profesionales, medicamentos sujetos a prescripción médica, son ejemplos de prohibiciones específicas.

En el caso de las prohibiciones generales, buscan reducir problemas de asimetría informativa (cuando una de las partes en un contrato tiene más información que la otra) o simplemente proteger supuestos derechos subjetivos de otros proveedores (por ejemplo, el derecho a la buena reputación o a no ser insultado).

En el caso de las prohibiciones específicas, las justificaciones habitualmente se identifican con el paternalismo. Por ejemplo, se cree que es malo que las personas se auto-mediquen, entonces se les quita información acerca de los medicamentos –que sería dada a través de la publicidad- para que no puedan tomar decisiones por sí mismas acerca de qué medicamentos comprar.

Perú cuenta con un Código de Protección y Defensa del Consumidor y con una Ley de Represión de la Competencia Desleal, que contienen disposiciones sobre publicidad engañosa o confusa. Como disposiciones relevantes y no incluidas en nuestra normativa, se

⁹¹ Art. 34 Ley 19.496 de Chile.

pueden transcribir los siguientes artículos del Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú:

“La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores. Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido⁹²”.

“Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor⁹³”.

2.13.3 Reino Unido

En Reino Unido funciona la Autoridad de Estándares de Publicidad (ASA por sus siglas en inglés). Consiste en un regulador independiente de la publicidad en todos los medios. Su trabajo incluye actuar sobre las quejas de manera proactiva y ejerciendo un control de los medios de comunicación para tomar medidas contra la publicidad engañosa, perjudicial u ofensiva.

El ASA ofrece apoyo a los anunciantes para ayudarlos a crear publicidades responsables. Publican informes anuales y semestrales sobre su actuación.

El Consejo de la ASA es el jurado que decide si los anuncios denunciados han violado los códigos de publicidad. Si juzga un anuncio por estar en violación de los códigos de publicidad de Reino Unido, el mismo debe ser retirado o modificado y el anunciante no debe utilizarlo nuevamente. Cada año, reciben más de 30.000 quejas sobre alrededor de 20.000 anuncios.

⁹² Artículo 16 del Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú. Ley 29.571

⁹³ Artículo 18 del Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú. Ley 29.571

Además de actuar sobre las quejas, el ASA lleva a cabo muchas otras actividades de regulación de publicidad. Por ejemplo, chequea los anuncios de todos los medios y regularmente realiza encuestas de los anuncios publicados en sectores donde existen preocupaciones de la sociedad. Trabaja también para apoyar a la industria a conseguir que sus anuncios sean justos antes de que se publiquen.

El ASA publica en su página web la lista de comerciantes que siguen incumpliendo con las normas de publicidad, a pesar de las solicitudes de cambios en sus anuncios.

Entre las sanciones que aplica ASA, se puede mencionar la “mala publicidad”, donde la reputación de un anunciante puede ser dañada si persiste en la infracción de las normas destinadas a proteger a los consumidores.

2.13.4 España

En España, a diferencia de nuestro país, existe la Ley General de Publicidad N° 34/1988, pero al igual que en Argentina, se rige también por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulan determinadas actividades publicitarias.

En esta ley se hace expresamente referencia a las publicidades que atentan a la dignidad de la mujer, estableciendo la ilicitud de las publicidades “que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados”⁹⁴.

Lo característico de la Ley General de Publicidad es que unifica en un cuerpo normativo la regulación de la publicidad, desde la definición de conceptos claves hasta los contratos de publicidad, responsabilidad de cada agente interviniente en el proceso de la publicidad, etc.

2.14 Conclusiones parciales

En nuestro país el movimiento de protección a los consumidores recién se consolida en 1993. Antes de la sanción de la Ley 24.240, las relaciones de consumo se regían por el Código Civil y el Código de Comercio, dictados sin tener en cuenta la situación de debilidad jurídica e informativa en la que se encuentran los consumidores. La reforma de la

⁹⁴ Art. 3° Ley General de Publicidad N° 34/1988 de España.

C.N. de 1994 fue muy importante en este proceso, ya que introdujo la tutela constitucional de los derechos de consumidores y usuarios en su art. 42. Ese reconocimiento constitucional es entendible por el hecho que todos los derechos que reconoce la Ley 24.240 son en vano si el consumidor no está suficientemente informado y educado para formar su propio criterio.

Como se puede observar en lo expuesto en este capítulo, la LDC vive en un continuo proceso de mejora y completitud. Esto no significa que el proceso de tutela haya llegado a su fin, dado que existen aún algunos aspectos que necesitan ajustes, pero la defensa de los usuarios y consumidores constituye hoy una innegable realidad.

Se puede concluir que la publicidad engañosa atenta contra el estándar informativo que toda persona debe poseer para decidir contratar un determinado servicio o adquirir un producto, conforme lo establece el art. 4° de la ley 24.240, derecho que alcanza la estatura de garantía constitucional en el art. 42 C.N. Este derecho de información se presenta, mayormente, escaso e insuficiente en comparación a la cantidad de información que poseen las empresas.

Se debe afirmar, de manera incuestionable, que el derecho a ser informado es esencial y primordial y debe ser respetado para que todos los consumidores puedan tener completa libertad a la hora de elegir un producto o servicio. Lamentablemente, muchos consumidores carecen de conocimientos necesarios e información suficiente.

Es fundamental conocer nuestros derechos, sobre todo en la etapa pre-contractual, donde es importante saber por ejemplo las características básicas de los productos y servicios, la obligación de entregar información esencial comercial en idioma castellano, etc.

La Ley 22.802 de Lealtad Comercial ha significado un valioso aporte a lo que hace a la regulación de la publicidad, ya que su fin principal es evitar que los consumidores, mediante presentaciones o publicidades poco precisas, que contengan inexactitudes u ocultamientos, sean inducidos a error, engaño o confusión en la adquisición de productos o mercaderías o en la contratación de servicios. Las resoluciones complementarias a esta ley han hecho un aporte significativo para hacer completa y detallada la información que los proveedores de bienes y servicios deben brindarle al consumidor de forma obligatoria. La protección a los consumidores en esta etapa de formación de su voluntad de contratar o

adquirir bienes o servicios, reviste importancia en tanto les posibilita tomar decisiones de consumo en base a sus reales necesidades y de forma informada, evitando así sufrir menoscabos como consecuencia de prácticas comerciales engañosas o desleales.

La de Defensa de la Competencia, si bien no es aplicada para sancionar a los emisores de publicidad engañosa, puede ser importante al analizar la legalidad o ilegalidad de una publicidad comparativa.

El Nuevo Código Civil y Comercial ha incorporado pautas concretas sobre la publicidad. Las soluciones adoptadas reflejan un realismo y un criterio de equidad, con base en la opinión doctrinaria y jurisprudencia mayoritarias. El texto del art. 1103 es casi similar al que contiene el art. 8 de la Ley 24.240, y es concordante con el art. 42 de la C.N. Este artículo se complementa con los arts. 1100 (obligaciones del proveedor en el suministro de la información), 1101 (publicidad prohibida) y 1102 (acciones a promover por parte de los consumidores afectados). Esta incorporación es de suma importancia para la protección del consumidor o usuario de bienes y servicios y sigue los lineamientos impuestos en la gran mayoría de las legislaciones en el derecho comparado.

Las normas sobre defensa del consumidor, que se añaden a través del Código mejoran notoriamente el sistema de protección jurídica. En particular, regulaciones pormenorizadas, novedosas y progresivas en materia de contratos por adhesión, cláusulas abusivas, prácticas abusivas (en general), publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios, conexidad contractual, comercio electrónico, etc., de las que adolece el régimen especial de la ley 24.240.

Las resoluciones complementarias de la Ley de Lealtad Comercial, completan y detallan la información que debe ser brindada al consumidor de manera obligatoria, como el precio, la letra chica, las condiciones de sorteos y promociones, etc.

La Ley 26.687 con el objetivo de reducir los daños o costos que provoca el consumo de cigarrillos, utiliza las técnicas de brindar información al consumidor y la prohibición de publicitar estos productos. La prohibición genérica de publicitar se da por la ineficacia de solo brindar información al consumidor, frente al influjo de la publicidad engañosa o inductiva, para evitar la iniciación en el consumo. Esta ley, junto a la Ley N° 24.788 de lucha contra el alcoholismo, si bien fueron creadas para disminuir el consumo de alcohol y

tabaco, sirven para proveer al consumidor de información que permitan tomar una elección consiente, sabiendo de todos los daños que producen estos productos.

El Código Alimentario Argentino es de gran importancia para la protección de la salud del consumidor, prohibiendo los anuncios que puedan inducir a error sobre el alimento o bebida. Sin embargo, no se protege especialmente a los niños y adolescentes, que están expuestos a anuncios y publicidades de alimentos no nutritivos, lo cual sugiere la necesidad de establecer regulación sobre los mismos, como por ejemplo los horarios para anunciar productos no saludables o la información que deben contener los anuncios.

La autorregulación publicitaria colegiada es un sistema adoptado por las entidades representativas de la industria de la publicidad en la mayoría de los países del mundo con el objeto de preservar la ética profesional y la realización de una publicidad responsable en defensa de la libertad de expresión comercial. El sistema ofrece una respuesta dinámica, estando a disposición del consumidor, del público en general, de las autoridades y de la industria, actuando frente a pedidos de análisis sobre piezas publicitarias específicas en relación con las normas y principios del Código.

La ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, brinda importantes definiciones sobre las diferentes clasificaciones de publicidad ilegal y es la única normativa que hace referencia a la protección de los niños y adolescentes.

La resolución 915/2017 es producto de la dispersión de las normas que regulan la publicidad en numerosas leyes, decretos y resoluciones que tutelan intereses diversos y que no se encuentran armonizadas, lo que obstaculiza el cumplimiento efectivo de éstas e impide a los consumidores el acceso a una información simple, clara y expedita.

Se advierte que existe cierta dificultad en la determinación, por parte de los anunciantes, de la información que debe ser incluida en los anuncios publicitarios, y, asimismo, es fácilmente comprobable la difusión de avisos publicitarios que si bien cumplen con la normativa vigente son poco claros para los consumidores y usuarios por la cantidad de información no esencial o irrelevante que es incorporada en las piezas publicitarias, desvirtuando la finalidad pretendida por las normas. Aún es temprano para saber si esta resolución ha cumplido con el objetivo de ayudar a los consumidores a tener una información más clara y de más fácil acceso.

De los sistemas legales y organismos del derecho comparado escuetamente descritos, es destacable la labor realizada por el ASA (Inglaterra), cuyo control de publicidades está presente en todos los medios de comunicación: radio, redes sociales, televisión, etc., tomándose muy en serio la violación a las normas que regulan la publicidad, llevando a cabo constantemente acciones para erradicar anuncios ilegales y disponiendo medidas estrictas para los infractores.

CAPÍTULO 3: RESPONSABILIDAD CIVIL POR PUBLICIDAD ENGAÑOSA

3. Responsabilidad civil por publicidad engañosa

3.

3

3.1 Introducción

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.

3.2 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. 7° y 8° 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.

Sigue diciendo Shina (2016), que conforme lo establece el art. 53, párr. 3° de la LDC, el proveedor demandado en un juicio debe colaborar con el expediente, aportando toda la prueba e información relevante para el debate que tenga en su poder. Esto se traduce en la posibilidad concreta de intimar al propio actor de un juicio a que aporte documentación que puede ser fundamental para el dictado de una sentencia contraria a sus propios intereses (principio de carga probatoria dinámica).

3.3 Presupuestos y condiciones.

La real o potencial causación de engaño debe verse, según la doctrina, de acuerdo con los parámetros de un consumidor medio, conforme a las personas a las que la publicidad va

destinada, rigiendo en caso de duda el principio *in dubio pro consumidor* (Lorenzetti, 2009).

Si en la publicidad e información median engaños (por acción u omisión), que inducen a error al consumidor llevándolo a prestar un consentimiento viciado, son aplicables las reglas sobre nulidad del contrato, y en su caso, la reparación del perjuicio causado por la anulación, o sea una hipótesis tipificada de responsabilidad precontractual, que recaerá sobre el empresario. La falsa representación inducida por la información o publicidad puede lisa y llanamente frustrar la formación del contrato que el consumidor esperaba, generando responsabilidad (López Cabana y Alterini, 1995).

En el caso de producirse la frustración de las expectativas de los consumidores, a causa de la publicidad engañosa, el consumidor goza de una acción de cumplimiento del contrato, o puede rescindirlo con derecho a restitución de lo pagado con más los daños y perjuicios. Esta solución constituye una reparación *in natura* por los daños causados al consumidor engañado. Resulta aplicable la expansión de la legitimación pasiva a que se refiere el art. 40 de la Ley 24.240, en tanto hace responsables por los daños sufridos por el consumidor al productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio (Ameal y Tanzi, 2001).

El II Congreso Argentino de Derecho del Consumo efectuado en Rosario en mayo de 1994, asentó algunos conceptos importantes en la materia. En relación concreta a la publicidad engañosa, ponen de resalto Sandra Frustagli y Ariel Ariza, que la publicidad engañosa, además de estar prohibida por la Ley de Lealtad Comercial N°22.802, configura un supuesto de violación al deber de información, correspondiéndole al consumidor el derecho de plantear la nulidad total o parcial del acto (art. 37 ley 24.240), no siendo necesario para ello que se configure vicio al consentimiento. Puntualizan además que cuando medió publicidad engañosa, el juez debe integrar el contrato reconociendo como contenido aquellos que razonablemente debía esperarse del producto o servicio en condiciones normales.

Es importante destacar las conclusiones a las que se ha arribado en el IV Congreso Internacional de Derecho de Daños, celebrado en abril de 1995 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el mismo se afirma que la publicidad irregular, en cuanto sea causa

adecuada de daños al consumidor, genera el deber de reparar, tanto en el ámbito contractual, precontractual o extracontractual. La falsa representación inducida por la publicidad engañosa es causal de nulidad del contrato y el incumplimiento de las precisiones publicitarias genera responsabilidad civil contractual. También se afirma en el Congreso que en el supuesto de que exista divergencia entre los términos de la publicidad y los estipulados posteriormente, prevalecerán aquellos que resulten más favorables al consumidor (arts. 3 y 37 LDC). Asimismo, es nula la cláusula por la cual se pretenda liberar al anunciante del cumplimiento de las precisiones formuladas en la publicidad.

En la práctica consumeril abundan los casos de publicidad engañosa y/o exagerada que inducen a error al consumidor, y que en reiteradas ocasiones contraen la responsabilidad precontractual o contractual del proveedor (Gómez Calle, 1995).

Para que el reclamo judicial por daños y perjuicios prospere, el actor deberá reunir, y acreditar debidamente, el cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil (hecho antijurídico, daño, relación causal, y factor de atribución), no siendo suficiente que el infractor se haya beneficiado patrimonialmente con la publicidad engañosa.

Para el caso de los consumidores damnificados por la publicidad engañosa podemos estar en presencia de un caso de responsabilidad precontractual o contractual. En el primer caso, en donde se frustra el perfeccionamiento del contrato a raíz de la toma de conocimiento por parte del consumidor de la publicidad engañosa, se puede demandar el reintegro de gastos debidamente acreditados, así como la pérdida de concreción de otras posibilidades de negocios/viajes ventajosos (daños al interés negativo o de confianza) a raíz de la expectativa que la publicidad le había generado, y ello con motivo del incumplimiento del deber precontractual de información (Zurueta, Mariano Ramiro, 2012). Si se tratara de responsabilidad contractual también el consumidor afectado podría reclamar el resarcimiento de los perjuicios causados, incluso el daño moral.

Hay jurisprudencia mayoritaria que prescinde de una intencionalidad determinada en el proveedor para que resulte condenable la publicidad engañosa, y en materia de responsabilidad precontractual la doctrina predominante atribuye un factor objetivo de responsabilidad.

3.3.1 Jurisprudencia

Caso “M.M y otro c/ Carrefour Argentina S.A⁹⁵”.

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.

⁹⁵ C. Nac. Civ., Sala F, “M.M. y otro c/Carrefour Argentina S.A.” (30/08/2007).

3.4 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 correspondan⁹⁶”.

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.

⁹⁶ Art. 10 bis. Ley 24.240 de Defensa 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 necesario⁹⁷.

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.

⁹⁷ Art. 37. Ley 24.240 de Defensa del Consumidor

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.

3.5 Legitimación

3.5.1 Legitimación activa. El papel de las asociaciones civiles como legitimadas

La legitimación para iniciar acciones judiciales, según el art. 52 de la LDC corresponde:

“...al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas...⁹⁸”.

En principio, el legitimado para iniciar demanda por daños y perjuicios es el consumidor o usuario –definido en el artículo 1° de la Ley 24.240- que ha sido sufrido un daño patrimonial o extrapatrimonial a causa de la publicidad engañosa o falsa. No es requisito que exista un contrato de consumo, sino que basta que haya una relación de esa índole.

Como lo expresa el art. 1° antes mencionado, queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

⁹⁸ Artículo 52 – Ley 24.240 de Defensa del Consumidor

La noción de contrato de consumo (especie) es más restringida que la de relación de consumo (género), ya que en el marco de esta última quedan protegidos no sólo los consumidores o usuarios vinculados convencionalmente con los proveedores, sino también aquellos que sin haber sido partes en el contrato, son alcanzados por los efectos del mismo⁹⁹.

Con respecto a las asociaciones de consumidores o usuarios, la condición es que estén autorizadas por la autoridad de aplicación según los requisitos del art. 56 de la LDC. Específicamente, el art. 55 reza:

“Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley.

Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita¹⁰⁰”.

3.5.1.1 Jurisprudencia

En autos caratulados “P.A.D.E.C. Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Cablevisión S.A. s/ cumplimiento de contrato”¹⁰¹, la asociación civil procura que se condene a la empresa prestataria de servicios accionada –CABLEVISIÓN S.A.- al cese de todo tipo de publicidad engañosa suministrada durante los años 2005 y 2006 respecto de sus eventuales clientes promocionando servicios de internet por banda ancha (FiberTel) a los que deberá brindarles un trato digno y equitativo. Solicita también respetar durante la vigencia del contrato el precio ofertado en la publicidad y reintegrar las sumas percibidas indebidamente, y pide declarar la nulidad de prórroga de competencia y de jurisdicción impuesta en el contrato en desmedro de los derechos de los usuarios.

Cablevisión al rechazar el planteo de la parte actora afirmó que ésta no está legitimada para incoar las pretensiones de autos en tanto los objetos pretendidos no son de incidencia colectiva, sino individuales de cada cliente del servicio “Fibertel”; y dejó planteada la

⁹⁹CAp. CC de Junín – “Uazzi Cristina Mabel y otros c/ E.D.E.N. Empresa Dist. de Energía Norte s/ daños y perjuicios .imcump. contractual”, 05/02/2009.

¹⁰⁰ Art. 55 – Ley 24.240 de Defensa del Consumidor

¹⁰¹ C.Nac.Civ., Juzg. N°71, “PADEC Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Cablevisión S.A. S/Cumplimiento de Contrato”. 29/03/2010. Expte.N°84.791/06.

inconstitucionalidad del art. 55° de la Ley de Defensa del Consumidor por contradecir el art. 43° de la C.N.

Sostiene la Cámara que intentar reputar “contra legem¹⁰²” la legitimación de la actora arguyendo que cada damnificado debió deducir personalmente el reclamo por afectar la órbita de un derecho subjetivo implica –lisa y llanamente- desnaturalizar el sistema de amparo establecido expresamente por la reforma constitucional del año 1994, que no gira en derredor de una estricta noción de indivisibilidad y con el esquivo significado que solo deberían considerarse comprendidas bajo su órbita aquellas reivindicaciones cuyo objeto sea materialmente indivisible.

Tratándose de acciones tendientes a la tutela de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos es perfectamente aceptable, dentro del esquema de nuestro ordenamiento jurídico positivo, que determinadas asociaciones deduzcan una acción agrupada, asumiendo su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los derechos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y equivalentes a todo el conjunto o componente de damnificados que se trate.

La condición de orden público de los derechos inherentes a los consumidores y usuarios impone a los magistrados una interpretación amplia, extensiva, realista y sistemática de la normativa vigente. Dentro de la categoría de derechos de incidencia colectiva derivados de intereses individuales homogéneos, se encuentran los derechos patrimoniales de los usuarios y consumidores.

La ley N° 24.240, sigue diciendo el fallo, su análoga n° 24.999, y su modificatoria n° 23.361 consagran obligaciones específicas en cabeza del proveedor de servicios y cuya tutela normativa procura asegurar la eficaz protección de los derechos de los usuarios. Entre tales obligaciones está la de prestar el servicio en los términos que han sido publicitados, ofrecidos o convenidos y el de suministrar información adecuada, veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales del producto, de modo tal que el consumidor pueda fácilmente acceder pleno del producto o del servicio que va a adquirir, evitando la inclusión de prácticas abusivas.

¹⁰² Contra la ley.

En autos caratulados “Tejerina, Eduardo Raúl C/Honda Motor de Argentina S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios”¹⁰³, se le imputó a la demandada responsabilidad a título de culpa, dolo o malicia por publicidad engañosa e información errónea invocando como derecho aplicable el art. 9 de la ley 22.802 y el art. 4 y 8 de la ley 24.240.

La campaña publicitaria en cuestión, se realizó en canales de aire, cable y en distintos medios gráficos de todo el país desde el año 2003 hasta el mes de mayo de 2005. El actor sostuvo que el automóvil publicitado y adquirido por el mismo, no consumía el combustible que prometía la publicidad, y en realidad la unidad no supera la performance de entre 12 y 13 km por litro, es decir 2/3 de lo prometido.

La demandada negó los hechos afirmados por el accionante y sostuvo que la publicidad del vehículo Honda Fit no fue avasallante ni difundida por canales de aire y cable, simplemente fue de dimensiones similares a las realizadas por otras automotrices del mercado cuando presentan un nuevo automóvil al público. Negó también que la estrategia de venta de Honda esté centrada en el consumo de combustible por kilómetro recorrido.

Luego de las pericias técnicas, se concluyó que los resultados dependen de una serie de circunstancias variables (circuito recorrido, velocidad, pasajeros a bordo, método utilizado para el cálculo, etc.) demostrándose que el consumo de combustible no es algo que pueda rotularse a valores estáticos y constantes. Por eso se considera que la información publicitada por Honda respecto al consumo del Honda Fit no es veraz o suficiente. Si la información divulgada del rendimiento de combustible –sólo 19 km por litro- es parcialmente inexacta, sin dudas la información es escasa o insuficiente, porque el consumidor no puede tener una percepción real de lo que consume el automóvil.

Por lo tanto, afirman los magistrados, si el rendimiento publicitado es “excepcional” porque depende de tantas variables, el mensaje dirigido al consumidor es engañoso. Es obvio que la publicidad está destinada a estimular el consumo: mediante la propaganda, la demandada como cualquier fabricante o proveedor de bienes o servicios promueve la contratación. Ello es lícito. Pero si la contratación es inducida mediante la difusión de caracteres o calidades que no sean verificables o el anunciante no está en condiciones de probar con exactitud, esa publicidad es engañosa porque indujo a confusión o error.

¹⁰³ C. Ap. Civ. Y Com. De la ciudad de Santa Fe, Sala II, “Tejerina, Eduardo Raúl c/Honda Motor de Argentina S.A. s/Indemnización de Daños y Perjuicios” – 10/08/2011.

Tampoco puede soslayarse que el mensaje llegó tanto al público experto como al no conocedor porque no se hizo en una revista especializada, de modo que no puede calificarse de representación o significación publicitaria del actor como ingenua o exagerada, y sí puede calificarse a la publicidad de engañosa o potencialmente engañosa por tener varios significados a partir de información incorrecta por insuficiente.

Para el derecho del consumidor, se afirma en el fallo, es tan contrato un papel con cláusulas como una propaganda televisiva; por ello todo usuario o consumidor es titular de una acción judicial de índole contractual para exigir aquello que se le ha prometido mediante un anuncio publicitario, cualquiera sea el bien o servicio de que se trate y cualquiera sea el medio elegido por el anunciante.

Respecto al daño moral invocado, debe ser probado por el demandante, aunque su demostración descansa en presunciones “hominis” o “iuris tantum” a partir de determinadas situaciones objetivas que permiten inferir la existencia y magnitud de la lesión a bienes extrapatrimoniales. Trasladando esto al caso, los jueces consideraron que la decepción que tuvo el actor o las molestias de lidiar con un pleito no alcanzan para configurar una lesión que amerite la reparación solicitada, en defecto de prueba que acredite un perjuicio mayor a la simple frustración por la promesa no cumplida y el rendimiento no obtenido.

Por todo lo expresado, se admite parcialmente el recurso de apelación condenando a la demandada a abonar al actor \$5262 más intereses.

3.5.2 Legitimados pasivos

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 del proveedor del bien o servicio en cuestión (definido en el artículo 2° de la Ley de Defensa del Consumidor). La misma ley, en el capítulo X establece la responsabilidad solidaria del productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio cuando el daño resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan, librándose total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Art. 40 Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

3.6 Daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor

El daño punitivo fue incorporado a la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor en el artículo 52 bis- en abril de 2008. El precepto dispone que:

“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”¹⁰⁵.

El daño punitivo consiste en determinadas sumas de dinero que se condena a pagar por parte de los jueces, a un sujeto que ha incurrido en una grave conducta y se tornan procedentes básicamente en casos de gravedad, que denotan -por parte del dañador- una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando netamente aspectos económicos. Esta institución tiene como función principal prevenir futuros daños similares provocados por inconductas graves y socialmente intolerables. Y como función accesoria la sanción al dañador, ínsita por definición en toda multa civil; y además, dismantelar los beneficios subsistentes de actos ilícitos lesivos ya perpetrados¹⁰⁶.

Para la imposición de la multa civil no basta la acreditación de las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose¹⁰⁷.

La reprochabilidad de la conducta de una parte, su intencionalidad o el grado en el que refleja su indiferencia frente a los usuarios es el punto central a tener en cuenta para la

¹⁰⁵ Art. 52 bis Ley 24.240. Artículo incorporado por art. 25 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

¹⁰⁶ CNApel. Civ. Y Com., Sala F, “Cañadas Pérez María c/Bank Boston N.A.” (18/11/2009).

¹⁰⁷ CApel. CC. Salta, Sala III “F.,R.A. vs. BBVA Banco Francés S.A.; Lantours S.A. – Sumarísimo o Verbal”.

fijación de la sanción prevista en la norma¹⁰⁸. Probado el beneficio ilícitamente obtenido, que fue percibido a costa del consumidor, y la relación de causalidad adecuada entre ambos extremos, debe proceder el daño punitivo en la medida del enriquecimiento indebido, este es un factor objetivo que funda la restitución de dicha ganancia.

El juez podrá condenar por daños punitivos a instancia del damnificado, por lo que se encuentra impedido de hacerlo de oficio. La procedencia a petición de parte es coherente con el destino de la multa a favor del consumidor.

Respecto a la publicidad engañosa, el instituto del daño punitivo puede ser eficiente para disuadir esta conducta, ya que se trata de prevenir –por el temor que provoca la misma– la reiteración de hechos similares en el futuro. La función preventiva consiste en desalentar la conducta sancionada y disuadir al agente de incurrir en la misma conducta.

A pesar de las deficiencias en su redacción que pueda presentar el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, su inclusión en el sistema es positiva para la protección de los consumidores.

Como dice Shina (2009), el daño punitivo trata de proteger a víctimas hipotéticas antes que castigar daños concretos.

3.6.1 Jurisprudencia

La Justicia de Salta condenó a BBVA Banco Francés y a Lantours por realizar publicidad engañosa en la venta de pasajes aéreos. El Tribunal admitió el reclamo de daño punitivo con la “finalidad ejemplificadora respecto de conductas que no deben concretarse en el comercio”¹⁰⁹. La Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta hizo lugar a un recurso de apelación y, en consecuencia, condenó a la entidad bancaria y a la agencia de viajes a pagar \$6.043 en concepto de daño punitivo a un particular. En el caso, el actor entró al comercio buscando la promoción que le ofrecía la entidad bancaria – financiación en 18 cuotas y un 20% adicional de descuento- en la compra de pasajes, pero sin especificar la clase. El consumidor se agravió al considerar que las demandadas recurrieron a “ardides publicitarios para la venta de sus productos,

¹⁰⁸ CApel. CC. Salta, Sala I, “Paganetti, Daniel H. c/Telecom Personal S.A. s/Sumarísimo” – Expte. N| 272.295/09. (13/04/2011).

¹⁰⁹ C. Apel. Civ. Y Com. De Salta, Sala III “F.,R.A. vs. BBVA Banco Francés S.A.; Lantours S.A. – Sumarísimo o Verbal”.

ofreciendo promociones bajo condiciones de imposible o de arbitrario cumplimiento por lo que no sólo han transgredido normas de protección al consumidor sino que han actuado deliberada y sistemáticamente en desmedro de sus legítimos derechos debiendo entonces considerarse como dolosas sus conductas”.

Al contestar la demanda, la entidad bancaria afirmó que “los alcances de la promoción realizada por la empresa LAN incluían sólo a las clases de pasajes O y Q, y no a las clases S y L”, que son las que había comprado el actor.

Los jueces consignaron que “el punto en cuestión es, entonces, decidir si la letra chica de la publicidad, que por cierto resulta de muy dificultosa lectura, podría tener un efecto restrictivo de la oferta que –en gráfica cien veces más grande- se realiza, diciendo que los consumidores que adquieran pasajes a Miami o Nueva York con tarjetas Mastercard del Banco Francés reciben un 20% extra de descuento”. Asimismo, los magistrados señalaron que “la publicidad realizada por las demandadas y el proceder subsiguiente fue, cuanto menos, engañoso”, y añadieron que “el contrato celebrado –ante la falta de información adecuada y veraz por parte de los proveedores-, sea interpretado a favor del actor”.

3.7 Conclusiones parciales

Las informaciones suministradas por los proveedores, vendedores, o las contenidas en los mensajes publicitarios crean en el receptor legítimas expectativas porque ha creído en la veracidad de esa información, y compromete y vincula a quien lo emite en esa misma medida. El art. 8 de la Ley de Defensa del Consumidor, por ello integra la publicidad al contrato, confiriendo una tutela a la confianza, que determina la obligación de cumplir con las expectativas razonables suscitadas por la publicidad en el consumidor. Su incumplimiento afecta la indemnidad patrimonial, porque quien apuesta a una publicidad determinada, invierte en confianza, es decir, paga un plus por las calidades ofrecidas y no satisfechas.

Frente a precisiones luego incumplidas, es decir, formulaciones directamente relacionadas con las características del producto ofrecido, su precio o cualquier otra especificación relevante de la contratación, que se ve frustrada al momento de contratar, el consumidor goza de una acción de cumplimiento del contrato, o puede rescindirlo con

derecho a restitución de lo pagado con más los daños y perjuicios. Resulta aplicable la expansión de la legitimación pasiva a que se refiere el art. 40 de la ley 24.240. El sistema vigente, en lo atinente a los daños producidos por la publicidad engañosa, coopera en la consecución del derecho a accionar directamente contra el productor.

Debemos pretender del Derecho Civil no solo la reparación del daño, sino también otras funciones importantes, como la prevención y la realización de la justicia y de la equidad. El daño punitivo permite prevenir futuras lesiones a las personas y hacer desaparecer el enriquecimiento obtenido ilícitamente –y a costa de los consumidores- por parte de las empresas. Si bien esta figura apareció en Argentina en el 2008 a través de la Ley 26.361, todavía no hay una jurisprudencia consolidada que aplique correctamente los daños punitivos respetando su naturaleza jurídica, que es preventiva y sancionatoria. Sin perjuicio de considerar el instituto como una herramienta beneficiosa en defensa de los derechos de los consumidores, la doctrina mayoritaria sostiene la mala redacción del artículo 52 bis. A través de la figura de daño punitivo, se podrían evitar decisiones de proveedores y empresarios (perjudiciales para el público consumidor), que en sus análisis económicos tienen en cuenta por un lado el mínimo porcentaje de consumidores que acceden a la justicia, y por otro lado las ganancias obtenidas provenientes de acciones contrarias a la ley (como la publicidad engañosa) que dejan grandes sumas de dinero y alcanzan para pagar multas, indemnizaciones, costas y gastos judiciales, eligiendo asumir esta última actitud. Ante las deficiencias del art. 52 bis de la LDC, adquiere fundamental importancia el rol del juez al aplicar el instituto, y una correcta reglamentación de la ley, que permita eliminar las incertidumbres que genera la aplicación de un instituto como el daño punitivo que redundan en efectos positivos para la sociedad.

Los artículos 52 y 55 de la LDC les otorgan legitimación a las asociaciones civiles de defensa de los consumidores y usuarios para iniciar acciones de incidencia colectiva. Para tornar procedente la acción colectiva en defensa de intereses individuales homogéneos es preciso que, el hecho generador que lesiona los derechos individuales del grupo sea único, provoque efectos comunes en todos y cada uno de sus integrantes y que, la extensión del interés singular afectado no justifique la promoción de una demanda individual. Es una herramienta esencial para los casos en que, si bien el perjuicio patrimonial considerado

individualmente no es significativo, sí lo es el perjuicio causado colectivamente a una masa de consumidores.

CAPÍTULO 4: SANCIONES ADMINISTRATIVAS

4. Sanciones Administrativas

4.

4

4.1 Introducción

Por empezar, la vía administrativa, que puede iniciarse por denuncia o de oficio, es independiente de la vía judicial. La vía administrativa busca investigar y en su caso, sancionar una infracción a las disposiciones de la LDC y demás normativa dictada en su consecuencia.

La finalidad de la sanción administrativa busca satisfacer el interés general de la comunidad, afectado por la conducta del infractor, castigando a este último. (Carranza Torres – Rossi, 2009).

En los caps. XI y XII de la ley 24.240 (arts. 41 a 51) se regula lo relacionado a la autoridad de aplicación en materia de derecho al consumidor. En primer lugar, se establece la existencia de una autoridad del orden nacional y autoridades para el orden provincial. Tanto la Dirección Nacional como las direcciones provinciales tienen a su cargo tomar denuncias de todo tipo (siempre que ellas sean quejas de usuarios o consumidores contra proveedores de bienes y servicios), abrir una instancia de conciliación obligatoria, dictar autos de imputación por presuntas violaciones a la LDC, correr traslados, dictar medidas cautelares, abrir la causa a prueba, convocar a pericias técnicas y –finalmente y si así correspondiera- debe dictar resoluciones condenatorias que pueden alcanzar los cinco millones de pesos. A todo ello se agrega que el art. 40 bis de la LDC faculta a las respectivas autoridades de aplicación a fijar, a favor de los consumidores y usuarios, una indemnización (daño directo), que puede llegar al valor del equivalente a cinco canastas

básicas, de acuerdo con las mediciones que de ellas haga el Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec) (Shina, 2016).

El control administrativo de los deberes del empresario en materia de publicidad comercial, se regula en la Ley 22.802, de lealtad comercial. El art. 12 faculta a la autoridad de aplicación para establecer los requisitos mínimos de seguridad que deberán cumplir los productos o servicios; las indicaciones que deberán colocarse en ellos o en sus envases; y los recaudos atinentes a quienes ofrezcan servicios, en cuanto a la obligación de informar claramente al consumidor sobre sus características (incs. b, c y k). Los poderes de control se efectivizan también mediante la facultad del órgano administrativo para extraer muestras de mercaderías, etc.; intervenir productos cuando aparezca manifiesta la infracción o cuando existiendo fundada sospecha de ésta, su verificación pueda frustrarse por la demora; y para ordenar incluso el cese de la rotulación, publicidad o cualquier conducta de que se trate, en infracción de las normas (incs. a, b y e).

4.2 Organismo con facultades para sancionar a los que realizan publicidades engañosas

El art. 41 de LDC determina que la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, es la autoridad nacional de aplicación de la ley. Cada provincia puede establecer un procedimiento administrativo para vigilar, hacer cumplir, juzgar y sancionar los incumplimientos de la ley nacional 24.240.

En materia de publicidad engañosa, el art. 11 de la Ley de Lealtad Comercial, establece que la Secretaría de Comercio Interior también es la autoridad de aplicación de esta ley. El artículo 12 enumera sus facultades, entre las cuales es importante mencionar las de: establecer las tipificaciones obligatorias requeridas para la correcta identificación de los frutos, productos o servicios, que no se encuentren regidos por otras leyes; establecer los requisitos mínimos de seguridad que deberán cumplir los productos o servicios que no se encuentren regidos por otras leyes; obligar a exhibir o publicitar precios; obligar a quienes ofrezcan garantía por bienes o servicios, a informar claramente al consumidor sobre el alcance y demás aspectos significativos de aquella; y a quienes no la ofrezcan, en los casos de bienes muebles de uso durable o de servicios, a consignarlo expresamente; obligar a quienes ofrezcan servicios a informar claramente al consumidor sobre sus características;

disponer, por vía reglamentaria, un procedimiento y la organización necesaria para recibir y procesar las quejas de las personas físicas y jurídicas presuntamente perjudicadas por conductas que afecten la lealtad comercial, y darle la difusión necesaria para que cumpla debidamente su cometido, entre otras.

Para el cumplimiento de su cometido las autoridades de aplicación a través de los organismos que determine podrán:

- “a) Extraer muestras de mercaderías y realizar los actos necesarios para controlar y verificar el cumplimiento de la presente ley.
- b) Intervenir frutos o productos cuando aparezca manifiesta infracción o cuando existiendo fundada sospecha de ésta, su verificación pueda frustrarse por la demora o por la acción del presunto responsable o de terceros. La intervención será dejada sin efecto en cuanto sea subsanada la infracción, sin perjuicio de la aplicación de las penas que establece la presente ley.
- c) Ingresar en días y horas hábiles a los locales donde se ejerzan las actividades reguladas en la ley salvo en la parte destinada a domicilio privado, examinar y exigir la exhibición de libros y documentos, verificar existencias, requerir informaciones, nombrar depositarios de productos intervenidos, proceder al secuestro de los elementos probatorios de la presunta infracción, citar y hacer comparecer a las personas que se considere procedente pudiendo recabar el auxilio de la fuerza pública si fuere necesario.
- d) Sustanciar los sumarios por violación a las disposiciones de la presente ley y proceder a su resolución, asegurando el derecho de defensa.
- e) Ordenar el cese de la rotulación, publicidad o la conducta que infrinja las normas establecidas por la presente ley, durante la instrucción del pertinente sumario. Esta medida será apelable. El recurso deberá interponerse en el plazo de CINCO (5) días de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 22 y se concederá con efecto devolutivo.
- f) Solicitar al juez competente el allanamiento de domicilios privados, y de los locales a que se refiere el inciso c) del artículo en días y horas inhábiles”¹¹⁰.

4.3 Legitimación para denunciar una publicidad engañosa

Cualquier persona que invoque un interés particular puede denunciar ante la autoridad competente una publicidad o propaganda engañosa o confusa por su inexactitud u

¹¹⁰ Art. 14 Ley de Lealtad Comercial

ocultamiento de información. No se exige la efectiva afectación de un derecho subjetivo para instar la vía administrativa, bastando la mera amenaza. El trámite es gratuito y sólo se necesita tener una copia de la pieza publicitaria, propaganda o promoción que se quiere denunciar¹¹¹.

4.4 Sanciones administrativas y criterios para su gradualidad

El objetivo de las sanciones administrativas es evitar que se reiteren prácticas ilícitas.

Las sanciones por infracción a la LDC se establecen en el art. 47:

“Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso:

- a) Apercibimiento.
- b) Multa de PESOS CIEN (\$ 100) a PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000).
- c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción.
- d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta TREINTA (30) días.
- e) Suspensión de hasta CINCO (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado.
- f) La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

En todos los casos, el infractor publicará o la autoridad de aplicación podrá publicar a costa del infractor, conforme el criterio por ésta indicado, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en un diario de gran circulación en el lugar donde aquélla se cometió y que la autoridad de aplicación indique. En caso que el infractor desarrolle la actividad por la que fue sancionado en más de una jurisdicción, la autoridad de aplicación podrá ordenar que la publicación se realice en un diario de gran circulación en el país y en uno de cada jurisdicción donde aquél actuare. Cuando la pena aplicada fuere de apercibimiento, la autoridad de aplicación podrá dispensar su publicación

¹¹¹ <https://www.argentina.gob.ar/denunciar-publicidades-y-promociones-enganosas>

El CINCUENTA POR CIENTO (50%) del monto percibido en concepto de multas y otras penalidades impuestas por la autoridad de aplicación conforme el presente artículo será asignado a un fondo especial destinado a cumplir con los fines del Capítulo XVI — EDUCACION AL CONSUMIDOR— de la presente ley y demás actividades que se realicen para la ejecución de políticas de consumo, conforme lo previsto en el artículo 43, inciso a) de la misma. El fondo será administrado por la autoridad nacional de aplicación.¹¹²”.

Las sanciones pueden aplicarse independiente o conjuntamente.

Por otra parte, el artículo 18 de la Ley de Lealtad Comercial establece:

“El que infringiere las disposiciones de la presente ley, las normas reglamentarias y resoluciones que en su consecuencia se dicten, será pasible de las siguientes sanciones:

- a) Multa de pesos quinientos (\$ 500) a pesos cinco millones (\$ 5.000.000);
- b) Suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado;
- c) Pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare;
- d) Clausura del establecimiento por un plazo de hasta treinta (30) días.

Las sanciones establecidas en el presente artículo podrán imponerse en forma independiente o conjunta según las circunstancias del caso¹¹³”.

El perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario sólo se tiene en cuenta para graduar la sanción, pero no significa que si la infracción no ocasiona un daño a un usuario concreto no se pueda sancionar. Lo que sancionan estas leyes son las omisiones o incumplimientos de las obligaciones a cargo de los proveedores de bienes y servicios. Se trata de infracciones formales donde la verificación de tales hechos hace nacer por sí la

¹¹² Art. 47 Ley de Defensa del Consumidor. Artículo sustituido por art. 21 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008

¹¹³ Art. 18 Ley 22.802 de Lealtad Comercial. Artículo sustituido por art. 62 de la Ley N° 26.993 B.O. 19/09/2014

responsabilidad del infractor. No se requiere daño concreto sino el incumplimiento de lo prescripto por la ley. (Carranza, Torres – Rossi, 2009).

El procedimiento administrativo no impide que se tramite un proceso judicial paralelamente. Es posible hacer reclamar por las dos vías al mismo tiempo, aunque también se puede esperar hasta el fracaso de la instancia conciliatoria para iniciar el trámite judicial.

El procedimiento puede servir como un medio para recolectar prueba para ser utilizada en un proceso judicial posterior. Usualmente los proveedores aclaran mucha información en estos procedimientos, para intentar evitar la sanción lo más posible. Esta información eventualmente puede ser utilizada en un posible futuro proceso judicial.

Se pueden obtener medidas protectorias que dé una respuesta rápida y efectiva al reclamo del usuario.

En cuanto a la gradualidad, la Ley de Defensa del Consumidor¹¹⁴ sigue los siguientes criterios:

- Posición en el mercado del infractor: para lo que corresponderá remitirse al concepto de posición dominante que surge de la Ley de Defensa de la Competencia;
- La cuantía del beneficio obtenido: es la diferencia entre lo obtenido por el infractor y lo que hubiese podido obtener de haber adecuado su conducta a la ley;
- El grado de intencionalidad: sólo se tiene en cuenta para graduar la sanción, pero no significa que haya que evaluar dolo o culpa para sancionar;
- La gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización: tiene en cuenta la “extensión” de los riesgos o perjuicios y su impacto en la sociedad;
- La reincidencia: es reincidente el que habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley incurra en otra de similar naturaleza dentro del término de 5 años.

La Ley de Lealtad Comercial considera reincidente a quien habiendo sido sancionado por una infracción, incurra en otra de igual especie dentro del término de 3 años. Para estas personas, ordena la aplicación de una agravante en la sanción duplicándose los límites mínimo y máximo de la misma¹¹⁵.

¹¹⁴ Artículo 49 Ley de Defensa del Consumidor.

¹¹⁵ Artículo 19 Ley de Lealtad Comercial.

4.4.1 Caso ejemplificador en cuanto a quantum de la multa.

“List Sandra Melisa c/ DNCI-DISP 100/13 s/Recurso Directo Secret. Comercio”¹¹⁶

En esta resolución se detallan los criterios a tener en cuenta para establecer el quantum de la multa.

La DNCI aplicó a la señora Sandra Melisa List una multa de \$25.000, por infracción al art. 7° de la ley 24.240 y multa de \$25.000, por infracción al art. 8°, en concordancia con el art. 2°, de la resolución 7/2002, de la Secretaría de la Competencia, de la Desregulación y la Defensa del Consumidor, reglamentaria de la ley 22.802. La misma fue impuesta por una publicidad realizada en la revista “Para Ti”, que consignaba, entre otras, la siguiente frase: “...List centro médico... Celulitis – Flaccidez en entrepiernas, brazos y abdomen – Estrías 3 sesiones + 3 sesiones sin cargo: Antes U\$S 1600 Ahora U\$S 890...”. Analizando el aviso, se observó que se publicó voluntariamente el valor de los servicios sin indicar el precio de contado en dinero en efectivo, que corresponde al importe total que deba abonar el consumidor final expresado en moneda de curso legal y forzoso en la República Argentina (pesos) y tampoco indicó la razón social del oferente y su domicilio en el país. Tampoco consignó la fecha precisa de comienzo y finalización de la promoción. Es decir que, la publicidad es engañosa y atenta contra la finalidad de la reglamentación vigente, o sea, proteger al público consumidor permitiéndole la comparación de precios y productos en forma inmediata.

La sancionada interpuso recurso directo contra la resolución de la DNCI aduciendo, entre otros, agravio por el monto de la sanción establecida. La Secretaría de Comercio afirmó que la sola verificación de la omisión de la conducta impuesta es motivo suficiente para hacer nacer la responsabilidad por la violación de las normas invocadas en la causa y tampoco se requiere un daño concreto. La graduación de las sanciones, afirmó, pertenece en principio al ámbito de las facultades discrecionales de la autoridad administrativa y solo son revisables por los jueces en el supuesto de ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta. La facultad de graduación de la multa entre el mínimo el máximo no escapa al control de razonabilidad que corresponde a los jueces con respecto a los actos de la administración. La razonabilidad implica congruencia, proporción, adecuada relación de medio a fin. En el caso, la DNCI no ponderó suficientemente la situación de la sumariada, respecto de la

¹¹⁶ Secretaría de Comercio – “List Sandra Melisa c/DNCI-Disp 100/13 (Expte. S01:45709/11) s/R.Directo Secret. Comercio”. 04/12/2014

facturación que acreditó mediante las declaraciones juradas; el alcance de los efectos de la publicidad engañosa, que no es general sino que está limitada a un público acotado, con interés en los servicios de estética ofertados y, además, que haya tenido acceso a la revista “Para Ti”; no registra antecedentes por infracción a las leyes 24.240 y 22.802.

La ausencia de motivos suficientes que sustenten la aplicación de las multas en cuestión configura un caso de exceso de punición. Desde esta perspectiva, se afirma en la resolución del recurso, debe tenerse en cuenta la naturaleza y los alcances de la infracción, la proyección de la conducta de la firma actora en los usuarios y en el público general, la capacidad económica de la sumariada y la falta de antecedentes por infracción a las leyes 24.240 y 22.802. En razón de estos puntos, se redujo el quantum de la multa a la suma de \$5000.

4.5 Mención y análisis de multas ejemplificadoras impuestas por publicidad engañosa

“Cervecería y Maltería Quilmes SAICA c/DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 – art. 22”¹¹⁷

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, decidió en el fallo que correspondía aplicar multa a una empresa (Cervecería Quilmes) por efectuar una publicidad de una bebida, dado que el término principal del rótulo tenía características tipográficas para que se lo asocie al conocido cóctel Mojito, cuando en realidad, era otro tipo de bebida diferente; a lo que se sumaban ilustraciones de rodajas de limón y hojas de menta en la bebida que no se encontraba en la lista de ingredientes del producto en cuestión.

La DNCI fiscaliza las publicidades efectuadas por la firma con el fin de proteger al potencial consumidor de la oferta de productos que contengan inexactitudes que puedan inducir a un posible error, engaño o confusión con respecto a las propiedades, naturaleza, pureza o mezcla de la bebida publicitada, aplicándole una multa de \$250.000, por haber incurrido en infracción al artículo 5° de la Ley 22.802 y a la resolución n° 100 de la Secretaría de Comercio.

¹¹⁷ CNACont. Adm. Fed., Sala I, “Cervecería y Maltería Quilmes SAICA c/ DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 – art. 22”. 16/05/2017.

La Sala confirmó la sanción impuesta, aduciendo que el producto pertenece a la categoría “bebida alcohólica mixta o coctel” y la expresión “Mojito” en forma destacada es engañosa como denominación del producto y lleva a confusión y/o engaño, ya que no es su denominación propia, más allá de ser su nombre de fantasía. El término tiene caracteres tipográficos que lo destacan en el rótulo para que se asocie al conocido cóctel cuando en realidad, es una “bebida fermentada a base de cereales con aroma natural de mojito y menta”.

La multa se fija en el caso considerando: la posición que ostenta en el mercado la empresa; la calidad de productora y distribuidora de bebidas de marcas reconocidas por los consumidores; que la firma se desenvuelve en un ámbito con alto grado de concentración con pocas empresas competidoras de dimensiones similares; que la falta se ha constatado respecto a una gran variedad de productos; antecedentes.

Causa N° 1278/2011 – “Cablevisión S.A. c/ DNCI – Disp 743/10 (Expte: S01:198797/10) s/ recurso directo Secretaría de Comercio” – CNACAF – SALA I – 16/09/2014¹¹⁸.

Cablevisión S.A., interpone recurso contra la Disposición N° 473/2010 de la DNCI, que imponía la sanción de multa de \$5.000.000, por infracción al art. 4° de la Ley 24.240, y 1° de la resolución de la Ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería, por haber suministrado información a los clientes del aumento de cargo del servicio de TV por cable, utilizando caracteres tipográficos inferiores a 1,8 mm de altura.

Para resolverlo así, la DNCI, sostuvo entre otras cosas que el incumplimiento verificado de las disposiciones de la resolución N° 906/08, violenta el deber de información, que establece el Art. 4° de la Ley 24.240. Como correlato del deber del proveedor, existe el derecho inalienable de información de los usuarios y consumidores, que goza de garantía constitucional (Art. 42 C.N.).

Los Jueces de la Cámara de Apelaciones destacaron al resolver el recurso, que la Resolución n° 906/08, expresa en sus considerandos que el derecho de información tiene estrecha relación con la tipografía y demás caracteres de los textos contractuales y resultan de importancia para la fácil lectura y comprensión del contenido negocial. La tipografía,

¹¹⁸ CNACAF – SALA I Causa N° 1278/2011 – “Cablevisión S.A. c/ DNCI – Disp 743/10 (Expte: S01:198797/10) s/ recurso directo Secretaría de Comercio” 16/09/2014

añadieron, es importante por el eventual perjuicio que puede significar para los consumidores.

Siguen diciendo los camaristas que, admitido que la información es una herramienta esencial para el comportamiento que debe asumir el usuario frente a los cambios o modificaciones de precios del servicio y que existe el deber legal del proveedor de informar a los clientes de dichas modificaciones con arreglo a las disposiciones reglamentarias, lo cierto es que, tanto la ausencia de información, como su cumplimiento defectuoso, son actos violatorios de dicha obligación.

A la sumariada se le aplica la multa porque la DNCI pudo verificar que había incumplido los requisitos reglamentarios, al utilizar en el texto caracteres tipográficos de menor altura; y no exime su responsabilidad que la autoridad de aplicación haya reconocido que existió la información, ya que la infracción la configuró lo poco legible del texto utilizado, que implicó un quiebre de confianza y colocó al consumidor en una situación de riesgo. Tampoco se requiere un beneficio al proveedor, ya que se le imputa una infracción administrativa, para cuya configuración se requiere comprobar que el infractor no cumplió con la conducta que le fue impuesta jurídicamente.

La intencionalidad o la falta de ella, afirmaron en el fallo, tampoco influye en la configuración de la infracción, y la sola verificación de los hechos, hizo nacer su responsabilidad, pues se trata del incumplimiento de lo prescripto por la ley.

En este caso, para establecer la razonabilidad del cuántum de la sanción, cabe considerar: el perjuicio ocasionado a los usuarios, que es relevante ya que se encuentra vinculado el aumento del cargo del servicio de TV por cable; la posición en el mercado de la empresa –que es conocida-; y la reincidencia relativa a la ley 24.240; y las multas anteriormente impuestas a la empresa.

Por estas razones, la Sala I, si bien confirmó la imposición de la multa, redujo la misma a \$1.000.000.

Cabe destacar que las presentes actuaciones fueron iniciadas con la denuncia de “PROCONSUMER” (Asociación de Protección de Consumidores del Mercado Común del Sur).

Causa “Compañía Argentina de Marketing Directo S.A. c/DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 – Art. 22”¹¹⁹

La sanción se aplicó por la Dirección Nacional de Comercio Interior, a la firma Sprayette S.A., por haber incurrido en infracción al artículo 9° de la ley 22.802. El motivo de la misma fue una publicidad aparecida en la revista “Viva” del diario Clarín, donde la firma mencionada promociona el producto “Zapatillas Perfect Step” y contiene frases como: “ayuda a la pérdida de peso”, “ayuda a corregir la postura corporal”, “ayuda a quemar calorías”, “colabora con la circulación sanguínea”, “ayuda a aliviar el impacto de las articulaciones”, “ayuda a disminuir dolores del pie”, “colabora disminuir dolores de espalda”, “ayuda a esculpir los vientres flácidos y pocos tonificados” y “ayuda a perder peso con el uso constante”, que induce a error, engaño o confusión respecto de las características, propiedades y uso del producto ofrecido, toda vez que aduce tener propiedades terapéuticas o estéticas no reconocidas ni autorizadas.

Contra la disposición de la DNCI, la firma Compañía Argentina de Marketing Directo S.A. (continuada de la firma Sprayette S.A.) interpuso recurso de apelación. La Cámara Contencioso Administrativo Federal, no dio lugar al recurso confirmando la multa de \$400.000.

Los camaristas expresaron que la finalidad del artículo 9° de la ley 22.802 es la protección de los consumidores frente a las publicidades de oferta o promociones de bienes y/o servicios que presenten imprecisión o inexactitud de su contenido. El fin de la norma es evitar la lesión al derecho constitucional de usuarios y consumidores a una información adecuada y veraz y a la protección de sus intereses económicos en relación al consumo.

Las expresiones utilizadas en la publicidad de Sprayette, afirmó la Cámara, exaltan las propiedades del producto cuya efectividad está relacionada con la salud, pero que no están respaldadas por pruebas científicas. En consecuencia, la publicidad resulta engañosa para el consumidor en tanto no cuenta con una información científica de las propiedades del producto promocionado y desconoce las recomendaciones que deben hacerse a las personas que presenten factores de riesgo, lo que puede generar un riesgo para su salud.

¹¹⁹ CNACont. Adm. Fed., Sala I Causa N° 46.577/2015 – “Compañía de Marketing Directo S.A. c/DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 – Art. 22” – 05/05/2016.

Causa “Tito González Automotores S.A. c/DNCI S/Defensa del Consumidor – Ley 24.240 – art. 4°”¹²⁰

Esta causa se inició en virtud de una publicidad de la empresa actuante, en el diario La Nación, donde se realizó una oferta “hasta agotar stock”, sin indicar la cantidad de unidades con las que contaba para cubrir la oferta, como así tampoco su fecha de comienzo y finalización. La DNCI impuso a la firma una multa de \$80.000 por infracción a los artículos 7° de la ley 24.240 y 7° del decreto 1798/94.

Contra esa decisión, la sancionada interpuso recurso sosteniendo que el aviso no había causado perjuicio a consumidor algunos; que no intervino en la elaboración de la publicidad; que consignó toda información requerida por las normas; y que el monto de la multa resultaba excesivo y arbitrario.

La Cámara Contencioso Administrativo sostuvo que el derecho a la debida información y el correlativo deber impuesto al proveedor tiene carácter de principio general del derecho del consumidor y usuario como consagra el artículo 42 de la C.N. La finalidad que persigue este deber de informar al consumidor, es permitir que el consentimiento que presta al comprar un producto o adquirir un servicio haya sido formado reflexivamente. Este deber de información, explican los camaristas, además de proteger el consentimiento del consumidor, también recae sobre aspectos importantes de la ejecución del contrato. Adquirido el producto o contratado el servicio, el consumidor o usuario debe ser informado por el comerciante sobre su empleo, peligros y variaciones.

En relación con la falta de responsabilidad de la empresa en los contenidos de la publicidad, afirmaron que aquella dedica su giro comercial a la oferta y venta de rodados al público, por lo que no puede alegar su falta de conocimiento o desacuerdo en el contenido de la publicación.

También alegaron que del texto de las normas surge que resulta de carácter obligatorio la inclusión en todo mensaje publicitario a través de la cual se difunda una oferta limitada de stock, de la cantidad precisa de productos con la que se cuenta para cubrirla, así como también de su fecha de inicio y finalización. De esta forma, el derecho del consumidor tiene

¹²⁰ C. Cont.-Adm. Fed., Sala IV, “Tito González Automotores S.A. c/DNCI s/Defensa del Consumidor-Art. 4°”. Causa 29.471/2014/CA1 (2015)

por objetivo evitar que, mediante indicaciones poco claras y engañosas o inexactitudes, los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías o en la contratación de servicios, protegiéndose, de este modo, el derecho de aquéllos a una información adecuada, completa y veraz. Esta información debe ser expresa, de modo que el consumidor no realice ninguna interpretación acerca de los alcances de la publicidad en los aspectos que la norma prevé. Por ello, se afirma en el fallo, tampoco es viable el argumento de la recurrente cuando señala que la fecha de comienzo de la publicidad era el día en que se publicó.

Respecto a la falta de perjuicio a los potenciales consumidores, la Cámara recordó que este tipo de infracciones son formales, y su verificación supone por sí la responsabilidad del infractor, sin que requiera la producción de un daño concreto sino simplemente “pura acción” u “omisión”; por ello, su apreciación es objetiva y se configuran por la simple omisión. En tal sentido, no se requiere un daño concreto a los derechos de los consumidores sino la posibilidad de su existencia.

Basándose en estos argumentos, se confirmó la disposición apelada y se aplicó la multa de \$80.000 más costas y honorarios.

Causa “INC SA c/ DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 - ART 22”¹²¹

La firma actora interpuso recurso directo contra la disposición n° 543/2016, emitida por la Dirección Nacional de Comercio Interior (DNCI), en virtud de la cual se aplicó una multa de \$200.000, por la presunta comisión de la infracción prevista en el art. 9° de esa ley. Los inspectores de la Dirección de Lealtad Comercial se constituyeron en el local de la firma recurrente, y constataron que el producto “Rollo de cocina blanco, 3 rollos por 60 paños, marca Carrefour, origen Argentina” que se ofrece en los listados del “Programa Precios Cuidados” a pesos quince con 40/100 (\$15,40), al pasar por la línea de cajas el precio asciende a pesos diecisiete (\$17), en oposición a los establecido en el art. 9° de la ley 22.802, toda vez que mediante inexactitudes se induce a error y/o engaño respecto del precio de los productos.

¹²¹ C. Cont. Adm. Fed., Sala I Causa N° 43.768/2017 – “INC S.A. c/DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 – Art. 22”

La empresa sostuvo que la conducta reprochada no configura la acción típica descripta en el art. 9º de la ley 22.802, dado que el precio de los productos no constituye una presentación, una publicidad, ni una propaganda, por lo que se torna necesario considerar las circunstancias del caso para verificar si realmente la conducta tuvo por finalidad inducir a “error” o “falsedad” a los consumidores en la adquisición de mercadería.

La Cámara afirma en el caso que el art. 9º de la ley 22.802 tiende a la protección de los consumidores frente a las publicidades de ofertas o promociones de bienes y servicios que presenten imprecisión o inexactitud de su contenido, por lo que el recurso no puede prosperar. La firma recurrente, sostiene que la conducta reprochada por la DNCI no se encuentra descripta en el “tipo” previsto en el art. 9º de la ley 22.802 y, en consecuencia, no resulta pasible de sanción. Sin embargo, no niega que la inspección actuante verificó que el producto detallado en el acta, al ser pasado por la línea de cajas, arrojó en el ticket de compra un precio superior al convenido en el programa “precios cuidados”, a pesar de que la correcta publicación del precio en las góndolas es un deber de su exclusiva responsabilidad. Tampoco explica de qué manera la discordancia entre ambos precios — programa y línea de caja— no induce a “error” en los consumidores en la adquisición de los productos, ni justifica por qué su conducta no vulnera la norma que da sustento a la sanción -siguió argumentando la Cámara-.

En cuanto a la multa, se confirmó la misma, no considerándose irrazonable ni arbitraria. Fue ponderada la actividad desarrollada por la recurrente, la posición que ocupa en el mercado, el grado de responsabilidad de la sumariada en la infracción imputada, el interés comprometido y el informe de antecedentes, del cual surge que registra un gran número de sanciones firmes por infracción a las normas de la ley de lealtad comercial.

De esta forma, se rechaza el recurso y se confirma la disposición de la DNCI.

4.6 Daño directo en la Ley de Defensa del Consumidor

El daño directo es, según el artículo 40 bis de la Ley 24.240, aquel perjuicio o menoscabo, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre los bienes o persona del consumidor o usuario, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios, permitiendo que sea determinado por la autoridad administrativa cuando resulte de infracciones a la ley, y tomando como base

para su resarcimiento la canasta básica que publica el INDEC. Abonada la suma, la misma se deducirá de otras indemnizaciones que pudieran corresponder.

La figura del daño directo configura una ventaja para el usuario o consumidor ya que evita que el mismo continúe su reclamo en tribunales y que el resarcimiento del daño sea deducido en sede administrativa, procediéndose a fijar la reparación sin necesidad de recurrir a la justicia en un procedimiento más breve y económico.

4.6.1 Caso de daño directo

“R. Y., Laura Mónica c/ Advance Speedy de Telefónica de Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A s/Denuncia Ley de Defensa del Consumidor”¹²²

La Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew, Provincia de Chubut, se expidió sobre una decisión de la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de esa provincia. Si bien no dieron lugar al daño directo, es un importante precedente al reafirmar una de las condiciones para su procedencia: debe existir daño patrimonial.

La controversia se originó en una denuncia por las condiciones de prestación de un servicio de Internet y telefonía y, finalmente, la Dirección impuso a las empresas denunciadas una multa por diversas infracciones a la LDC. Al mismo tiempo, ordenó resarcir a la usuaria con \$5.000 en concepto de daño directo, que fue descripto por la Dirección como “padecimientos, molestias y pérdida de tiempo que supone hacer reclamos que, inevitablemente, ocasionan un estado de irritación y estrés en la persona”.

La Cámara de Apelaciones consideró que el perjuicio sufrido por la usuaria, tal como había sido descripto por la Dirección, consistía en un daño puramente moral y revocó la condena por daño directo.

Lo novedoso del fallo es que al afirmar que el resarcimiento del daño moral no forma parte del daño directo previsto por la LDC, la Cámara adhirió a la opinión de la doctrina mayoritaria, que entiende que se trata de un daño inmediato ocasionado al consumidor sobre sus bienes o su persona y “susceptible de apreciación pecuniaria”, es decir, un daño patrimonial.

¹²² C. Ap. De Trelew, Provincia de Chubut, Sala A, “R. Y., Laura Mónica c/ Advance Speedy de Telefónica de Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A s/Denuncia Ley de Defensa del Consumidor”

La Cámara de Apelaciones agregó que el daño moral no puede ser determinado por un funcionario administrativo, ya que para su fijación se requiere de un procedimiento judicial.

Sin perjuicio de que la cuestión fue declarada abstracta, en el fallo también se trató la constitucionalidad del daño directo. En efecto, la Cámara parece inclinarse por su inconstitucionalidad debido a que no se cumplirían las condiciones establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el ejercicio de actividades jurisdiccionales por parte de entes administrativos.

Tres días después del referido fallo, la misma Sala dictó otra sentencia en la cual trató nuevamente al tema (“A., I. M. c/ B. C. S.A. s/ contencioso administrativo”). En este último caso, el actor fue a un cajero automático, efectuó una extracción de dinero que se generó en el sistema informático, pero no obtuvo el dinero. La Dirección fijó una multa de \$5.000 para el banco, más \$3.000 para el consumidor por los daños directos sufridos. La Cámara volvió a sostener que la Dirección había incurrido en un error al identificar el daño directo con el daño moral. No obstante, la Cámara comprobó la existencia de daño directo configurado por la no entrega del dinero (\$580) del cajero automático, otorgándole al actor dicho monto por tal concepto.

De esta manera, la jurisprudencia comienza a convalidar la posición de la doctrina mayoritaria, en cuanto a que el daño directo sólo puede resarcir perjuicios inmediatos y de naturaleza patrimonial.

4.7 Conclusiones parciales

La vía administrativa se puede iniciar por denuncia ante la oficina de defensa del consumidor o de oficio. Para instarla es suficiente invocar un interés particular.

El procedimiento administrativo tiene una serie de ventajas y desventajas. Entre las primeras se pueden mencionar su gratuidad (no se paga por la denuncia, ni por las notificaciones que deban cursarse, ya que las realiza la Autoridad Administrativa); el consumidor no necesita patrocinio letrado para realizar la denuncia; se aplican sanciones para evitar reiteración de prácticas ilícitas; no impide que se tramite un proceso judicial paralelamente; se suelen obtener respuestas más efectivas que las que se consiguen reclamando por teléfono o en los centros de atención; el procedimiento puede servir como

un medio para recolectar pruebas para ser utilizadas en un proceso judicial posterior; existe la posibilidad de pedir medidas preventivas urgentes para dar una respuesta rápida y efectiva al reclamo del usuario. Las desventajas o problemas que puede presentar el sistema son: demoras (en la tramitación, fijación de audiencias, aplicación de sanciones, etc.); falta de protección a los consumidores por parte de la autoridad administrativa; falta de eficacia por las demoras, la falta de impulso por parte de la autoridad, falta de rigor para los proveedores; falta de actuaciones de oficio; entre otros.

El organismo con facultades para aplicar sanciones en materia de publicidad engañosa es la Secretaría de Comercio Interior. Para su gradualidad se tienen en cuenta diversos criterios, como la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción, la reincidencia. El perjuicio de la infracción sólo se tiene en cuenta para graduar la sanción, pero no significa que si la infracción no ocasiona un daño a un usuario concreto no se pueda sancionar.

La figura de daño directo en la LDC configura una ventaja para el consumidor pudiendo obtener una reparación de manera más breve y económica. Reparación que satisface sólo perjuicios inmediatos y de naturaleza patrimonial. Sin embargo, el instituto no cumpliría las condiciones establecidas por la Corte Suprema de Justicia para el ejercicio de las actividades jurisdiccionales por parte de entes administrativos.

CAPÍTULO 5: PROBLEMAS ACTUALES Y RECOMENDACIONES

5. Problemas actuales y recomendaciones

5.

5

5.1 Introducción

Si bien la regulación del derecho sustantivo en materia publicitaria en nuestro país es bastante completa, también lo es dispersa e insuficiente para proteger al consumidor íntegramente.

Entre las diversas materias donde aún la protección que se concede a los consumidores y usuarios necesita ser afianzada, puede mencionarse la estructuración de un régimen jurídico integral en materia publicitaria que contemple acabadamente los supuestos de publicidad lesiva de los derechos del consumidor como lo son la publicidad engañosa, ilícita o abusiva; la obligatoriedad de incluir en los programas de estudio educación al consumidor para que desde niños se tengan los conocimientos básicos para defenderse ante engaños, etc.

Procesalmente, además, la publicidad es de control dificultoso. Por ejemplo, en el caso de las publicidades efectuadas los fines de semana, donde no hay autoridad administrativa ni judicial; si se libra una orden de cese de publicidad se llega tarde; el comercio que realiza la publicidad tiene derecho a defensa – de cinco a diez días -, entre otras situaciones.

Algunas veces la publicidad engañosa es una actividad totalmente intencional que resulta de un cálculo económico de la ilicitud, por lo que la regulación jurídica efectiva de la publicidad debe comprender los cálculos económicos de la misma.

A continuación se verán los distintos aspectos a mejorar en el campo de la protección al consumidor; especialmente ante la publicidad engañosa.

5.2 Educación para el consumo en la sociedad actual. Acciones que pueden llevarse cabo en este campo.

El objetivo principal de la educación del consumidor ha sido siempre preparar a niños, jóvenes y adultos para trabajar activamente en la solución de los problemas de seguridad, calidad y accesibilidad, que se les presentan en su relación cotidiana en el mercado de bienes y servicios; problemas que surgen en el marco de una determinada realidad de la cual las personas, en su carácter de consumidores, forman parte.

Para enfrentar y resolver adecuadamente los problemas señalados, las personas deben informarse acerca de costos, calidad y seguridad de bienes y servicios, así como de los mecanismos, instancias y procedimientos existentes, a fin de hacer valer sus derechos como consumidores.

Además, la educación del consumidor debe posibilitarle distinguir entre las necesidades reales y las inducidas, cuestionando el consumo irracional y fomentando el necesario sentido asociativo entre consumidores para participar en todas aquellas instancias donde se toman decisiones que afectan a los consumidores.

La educación del consumidor, tradicionalmente excluida del sistema educativo formal, ha comenzado a ser considerada entre las necesidades básicas de aprendizaje que toda persona requiere satisfacer, para desempeñarse eficazmente en la sociedad.

Actualmente, la situación no es satisfactoria para el consumidor; por la carencia de conocimientos necesarios y de información suficiente; así como de otros apoyos para sus iniciativas, de cara a la creciente complejidad de los problemas técnicos, económicos, jurídicos, sociales y culturales del medio; y a la presión a que es sometido por los productores y distribuidores, especialmente a través de la publicidad.

Es necesario saber cómo y dónde se obtiene la información que necesitamos para nuestros actos de consumo. Esta información no es siempre fácil de obtener, ni su comprensión resulta simple.

Al conocimiento general de los derechos y de las normas que los consagran, es necesario añadir una actitud asertiva y un manejo del funcionamiento de las instituciones y de los procedimientos. Por ejemplo, dedicarse a reclamar y saber cómo y dónde hacerlo.

Se hace necesaria la concientización generalizada de la sociedad, sobre la trascendencia de su rol en las relaciones comerciales con una empresa proveedora de bienes y servicios. O sea, la exigencia de adoptar los conocimientos indispensables para actuar seguro, en su

calidad de sujeto principal del mercado. Conocimientos, que deberían brindarse ya al niño/adolescente, ya que pueden absorber las enseñanzas básicas de consumo y negocios, que han de fortalecer la posición de las futuras generaciones de consumidores.

Aparece indispensable para la efectiva realización de los intereses generales, el requerimiento de una actitud asociativa de los consumidores destinada a reaccionar grupalmente, frente a ciertos comportamientos de la empresa, cuyos efectos nocivos se difunden del mismo modo, a los distintos miembros de la colectividad. Las organizaciones de consumidores constituyen un elemento valioso para materializar, en acción coordinada con los poderes públicos, los derechos colectivos (como el de la educación) a la información, expresión, asesoramiento, asistencia y representación.

Para una verdadera educación del consumidor, se debe de poner a disposición de niños, jóvenes y adultos, los medios educativos idóneos para permitir su comportamiento como consumidores informados. Para ello deben esencialmente conocer los principios básicos de la economía, a cuyo fin deberían ser incorporados en los programas de enseñanza en escuelas y universidades. Así estará el individuo capacitado para efectuar una prudente elección entre los bienes y servicios ofrecidos, y de asumir conciencia de sus derechos y obligaciones.

Los proyectos educativos a desarrollar en las escuelas, teniendo el objetivo de que los alumnos tomen conciencia de su rol en la sociedad como consumidores y de los derechos que le corresponden como tal, podrían comenzar con conocimientos básicos: analizar la Ley de Defensa del Consumidor de una manera sencilla y accesible; sus derechos y obligaciones; reglas que los comerciantes, transportistas, fabricantes, importadores, deben cumplir; qué se entiende por consumidor y usuario; qué es un proveedor de bienes y servicios; en qué consiste la relación de consumo de los derechos de los consumidores; conocer el art. 42 de la C.N. Se puede también analizar casos de quejas de consumidores, intercambiar experiencias vividas, etc.

Los derechos a la educación del consumidor, se contemplan en el Título III, Capítulo XVI, art. 60:

“Incumbe al Estado nacional, las provincias y municipalidades, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, fomentando la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas,

debiendo propender a que dentro de los planes oficiales de educación primaria y media se enseñen los preceptos y alcances de esta ley.”

Los objetivos a que tiende la educación al consumidor, se prescriben en el art. 61:

“La formación del consumidor debe tender a: hacerle conocer, comprender y adquirir habilidades para ayudarlo a evaluar las alternativas y emplear sus recursos en forma eficiente; facilitar la comprensión y utilización de información sobre temas inherentes al consumidor; orientarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios; impulsarlo para que desempeñe un papel activo que regule, oriente y, transforme el mercado a través de sus decisiones”.

Es el Estado, ya sea nacional, provincial o municipal, afirma Surín (2003), el que debe ejecutar campañas de difusión y enseñanza de los derechos de los consumidores y usuarios, orientándolos a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios, e impulsándolos para que desempeñen un papel activo que regule, oriente y transforme el mercado a través de sus decisiones. Especial importancia tiene el rol participativo que se les debe asignar a las Asociaciones de Consumidores reconocidas por el Estado, en lo atinente a la elaboración de políticas y resoluciones complementarias a la ley que puedan fortalecer el ejercicio de los derechos a los consumidores.

5.3 Ley especial de publicidad: ventajas

Como medida para acabar con la dispersión de normas reguladoras de la publicidad y sus efectos, se puede proponer la sistematización de las mismas en un solo cuerpo normativo específico en esa materia, que contemple entre otras cosas todos los supuestos y tipos de publicidad ilícita, como son la publicidad engañosa, abusiva, desleal, subliminal, etc. definiendo a cada una, y prevea distintas acciones posibles en el plano administrativo y judicial para combatir estos fenómenos, como pueden ser acciones preventivas de cesación de la publicidad engañosa, acciones correctivas que permitan dismantelar los efectos engañosos, aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas para prevenir actos de esta naturaleza, como la contra publicidad, rectificación publicitaria o publicidad correctiva. Todos estos procedimientos deberían ser sumarios, articulándose con la máxima celeridad posible.

Una legislación especial facilitaría los reclamos de los consumidores y usuarios, contemplaría criterios propios de la materia, y les permitiría conocer con claridad las

acciones y procedimientos contra la publicidad engañosa o información insuficiente. Además podría incluir la exigencia de un contenido mínimo para la oferta publicitaria.

La ley 24.240 no tiene una regulación específica sobre publicidad, siendo la misma la principal fuente para dar a conocer bienes y servicios y mediante las cuales se llevan a cabo las tratativas previas a un contrato.

5.4 Recomendaciones y propuestas para mejorar la protección al consumidor frente a la publicidad engañosa.

Se puede mencionar como propuesta para mejorar el régimen de defensa de los consumidores a nivel judicial, un mayor control jurisdiccional, aplicando remedios preventivos, de tipo inhibitorio, para una adecuada defensa del consumidor, que exige la previsión de mecanismos que neutralicen y detengan las prácticas comerciales ilegales. Es necesario que con las herramientas legales, la jurisprudencia futura ayude a depurar el estigma por el cual la eficacia persuasiva de la publicidad es directamente proporcional a la escasez de información. Contará para ese fin con acciones preventivas y medidas eficientes que los jueces pueden dictar para que toda la comunidad tome conocimiento de los errores o engaños publicitarios y a la vez, sean sancionados debidamente los responsables tanto con medidas pecuniarias como con la contra publicidad, mucho más efectiva como medida persuasiva.

Las acciones preventivas, como la cesación de la publicidad son primordiales para la protección del consumidor. De otra manera, la protección estatal siempre llegaría tarde, en tanto de nada serviría que estas actuaciones terminen con una sanción al infractor, ya que mientras tanto, hasta que dicha medida adquiera firmeza, posiblemente miles de usuarios podrían adquirir el servicio o bien sin la información debida y suficiente.

Resulta necesario que los organismos oficiales actúen de forma preventiva y efectiva junto con las asociaciones de consumidores; que se incorpore la educación para el consumo en todos los niveles y ámbitos sociales a efectos de poder evaluar en forma acabada al momento de consumir aquellos productos o servicios que el mercado nos ofrece, efectuando una libre decisión. Se debe tomar conciencia de la necesidad de denunciar los abusos que sufrimos a fin de lograr una correcta tutela de los derechos de los consumidores.

Es fundamental el rol que debe cumplir el Estado como garante de políticas tendientes al cumplimiento de la Ley 24.240 y 22.802. La Subsecretaría de Defensa del Consumidor, en coordinación con todos los organismos provinciales y municipales, deberá tener como prioridad ejecutar políticas para evitar la inequidad en las relaciones de consumo y la competencia desleal entre comerciantes.

A nivel legislativo, se propone la reforma del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor sobre daños punitivos, salvando las numerosas críticas efectuadas por la doctrina nacional, para así poder aplicar esta disposición a los daños causados por los proveedores a través de publicidades engañosas o falta de información a los consumidores y usuarios, y de esta forma desalentar el uso de estos tipos de publicidad.

Otra propuesta es establecer la obligatoriedad legal para las empresas de la autorregulación de las publicidades, tomando como ejemplo el CONARP (Consejo de Autorregulación Publicitaria), afianzando así una verdadera conciencia de la responsabilidad social empresaria, un buen criterio de autorregulación, y un compromiso de publicidad honesta, verdadera y respetuosa de las leyes.

Por último, las autoridades administrativas competentes deberían aplicar con verdadera efectividad las normas vigentes de control de la publicidad, y sancionar a los infractores con multas que realmente repercutan en el patrimonio de los infractores, para que no seas más conveniente en términos económicos, seguir publicando anuncios engañosos.

5.5 Conclusiones parciales

Para prevenir y disminuir el engaño a consumidores y usuarios es fundamental que conozcan sus derechos y las respectivas obligaciones de los proveedores. Esto se logra poniendo a disposición de niños, jóvenes y adultos, los medios idóneos, en todos los niveles educativos para permitir su comportamiento como consumidores informados.

El Estado, además, debe ejecutar campañas de difusión y enseñanza de los derechos de los consumidores y usuarios, orientándolos a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios, y a cuidar sus intereses económicos. Es fundamental la participación activa de las Asociaciones de Consumidores reconocidas por el Estado, en lo atinente a la elaboración de políticas y resoluciones complementarias a la ley que puedan fortalecer el ejercicio de los derechos a los consumidores.

Una legislación especial en materia publicitaria facilitaría los reclamos de los consumidores y usuarios, contemplaría criterios propios de la materia incorporando definiciones esenciales, y les permitiría conocer con claridad las acciones y procedimientos contra la publicidad engañosa o información insuficiente.

Las acciones preventivas, como la cesación de la publicidad son primordiales para la protección del consumidor.

El Estado debería propender a establecer la obligatoriedad para las empresas de la autorregulación de las publicidades, afianzando así una verdadera conciencia de la responsabilidad social empresaria, un buen criterio de autorregulación, y un compromiso de publicidad honesta, verdadera y respetuosa de las leyes

CONCLUSIONES FINALES

6. Conclusiones finales

El objetivo principal de esta tesis, era analizar si la regulación actual de la publicidad engañosa en nuestro país tutela de manera adecuada los derechos de los consumidores y si cumple con el fin de prevenir este tipo de conductas y si sería conveniente la sanción de la una ley especial de publicidad, a partir del análisis de la legislación vigente y de jurisprudencia en la materia.

Se planteó la siguiente hipótesis: la regulación jurídica de la publicidad engañosa en el ordenamiento jurídico argentino es insuficiente para prevenirla y para tutelar los derechos de los consumidores de manera eficiente; y, el dictado de una ley especial sobre publicidad comercial puede contribuir a disminuir las infracciones que cometen las empresas diariamente en sus publicidades.

Del marco normativo señalado y analizado en el Trabajo Final de Grado, se advierte que, en lo que respecta a la regulación de la publicidad comercial, el interés protegido por la normativa vigente consiste en asegurar que ésta no induzca a error, engaño o confusión sobre las características o propiedades del bien o servicio ofrecido, así como también asegurar a los consumidores y usuarios el acceso a la información esencial relativa a los bienes y servicios que se publicitan, y que pueda ser comprendida por éstos con facilidad.

La prohibición de la publicidad engañosa tiene su fundamento en la necesidad de proteger a todos sus destinatarios, entre los que están comprendidos los usuarios y consumidores, competidores y el público en general.

La regulación jurídica argentina contra la publicidad engañosa que tutela a los consumidores es aún insuficiente para resguardar sus derechos y contrarrestar sus efectos perjudiciales. Si bien la normativa de defensa del consumidor exige que la información brindada en la relación de consumo debe ser clara, cierta y detallada sobre las condiciones

esenciales de los bienes y servicios que se ofrecen (art 4), regula la oferta (art. 7) y los efectos de la publicidad sobre el contrato (art. 8), estas disposiciones resultan insuficientes para combatir la publicidad engañosa. Resulta necesario elaborar nuevas disposiciones y completar las existentes para ampliar la tutela frente a sus destinatarios.

La acción de cesación publicitaria es un recurso idóneo para combatir la publicidad engañosa. Esta acción permite poner fin de manera provisoria o definitiva a la difusión de un aviso engañoso. Esta medida debería ir acompañada de la contrapublicidad, es decir un aviso rectificatorio que permite una reparación en especie (publicidad correctiva). Las medidas autosatisfactivas también se ven como un medio procesal idóneo para articular las acciones de cesación, porque resulta una solución urgente y definitiva frente a una amenaza de daño contra el derecho colectivo a la información. Estos recursos deberían aplicarse con más frecuencia por su gran eficiencia.

La educación para el consumo tendría que incrementarse y mejorarse, por parte del Estado, en los establecimientos educativos, en los medios de comunicación y en la vía pública, a fin de que todos conozcan a pleno la normativa vigente. Aun hoy, a más de 20 años de vigencia de la Ley de Defensa del Consumidor y a más de 30 de la sanción de la Ley de Lealtad Comercial, existen muchos ciudadanos que desconocen sus derechos como consumidores, y las obligaciones de los comerciantes o proveedores de servicios.

Falta todavía una concientización más amplia de la población respecto a los derechos que tenemos como consumidores y usuarios. Para ello, el Estado Nacional, las Provincias y los Municipios deberán esforzarse para una mayor difusión de la Ley de Defensa del Consumidor y de Lealtad Comercial, con campañas de difusión en medios de comunicación, vía pública y en colegios.

En el desarrollo de este trabajo se puede advertir que la regulación jurídica de la publicidad engañosa en Argentina es insuficiente para contrarrestar sus efectos perjudiciales, y que resulta necesario elaborar nuevas disposiciones para ampliar la tutela a consumidores y usuarios y aplicar con más firmeza las sanciones administrativas.

BIBLIOGRAFÍA

7. Bibliografía

6.

7.

6

7

7.1 Doctrina

- Ameal, Oscar J. (dir.) – Tanzi, Silvia Y. (coord.). (2001). “*Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI*”. Bs.As., Argentina. Editorial LexisNexis – Abeledo Perrot.
- Barbieri, Pablo C. (28/11/2013). “*Algunos efectos de la publicidad en el proyecto de unificación*”. Infojus. Recuperado el 13/11/2017 de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130391-barbieri-algunos_efectos_publicidad_en.htm
- Cohen Sabban, Judith. (16/07/2010). “*Publicidad engañosa*”. Diario judicial. Recuperado el 20/05/2016 de <http://www.diariojudicial.com/nota/20743>.
- Farina, Juan M. (2004). “*Defensa del Consumidor y del Usuario*”. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Frustagli, S y Ariza A. (1994, mayo). Ponencia presentada en el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. Rosario, Argentina.
- 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.
- López Cabana, Roberto M. (dir.) – Alterini, Atilio A. (dir.). *“La responsabilidad (Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg)”*. Buenos Aires, Argentina. Ed. LexisNexis.
- Lorenzetti, Ricardo L. (2009). *“Consumidores”, 2º Edición*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, Ricardo L. *“Tratado de los Contratos”, Tomo III* (2000). Buenos Aires, Argentina. Ed. Rubinzal Culzoni Editores.
- Márquez, José F., *“La responsabilidad por daños producidos por el tabaco. Dudas y propuestas”*, SJA 17/08/205 – JA 2005 – III – 290, Lexis n° 0003/011595.
- Mercuriali, Carlos E. y Giay, Gustavo. *“Publicidad Comparativa. Un aporte al debate de su legalidad o ilegalidad”*. LL. T. 2005 – B.
- Motluk, Alison (26/04/2006). *“Subliminal advertising may work after all”*. New Scientist. Recuperado y traducido el 17/06/2016 de <https://www.newscientist.com/article/mg19025494.400-subliminal-advertising-may-work-after-all/>
- Ríos, Guillermo Cristian. (04/2012). *“Cigarrillos, publicidad e información al consumidor. Un comentario a la ley 26.687”*. Infojus. Recuperado el 20/05/2016 de <http://www.saij.gov.ar/guillermo-cristian-rios-cigarrillos-publicidad-informacion-al-consumidor-comentario-ley-26687>.
- Shina, Fernando E. (2016). *“Sistema legal para la defensa del consumidor”*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Astrea.
- Stiglitz, Gabriel A. (1990). *“Protección Jurídica del Consumidor”*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.
- Stiglitz, Gabriel A. (1991). *“Derecho del Consumidor”*. Santa Fe, Argentina: Ed. Juris.
- Wajntraub, Javier H. (2004). *“Protección Jurídica del Consumidor”*. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis - Depalma, Lexis N° 3201/000981.

7.2 Legislación

- Art. 13 inc. 1° Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- Art. 42 de la Constitución Nacional.
- Arts. 5 y 6 Ley 26.687 de Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco. Honorable Congreso de la Nación.
- Arts. 5, 9, 18 y 20 y resoluciones complementarias de Ley de Lealtad Comercial N° 22.802 del 05 de mayo de 1983. Honorable Congreso de la Nación.
- Arts.1 y 2 Ley 26.104 de Publicidad con Fines Turísticos (2006). Honorable Congreso de la Nación.
- Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú. Ley 29.571.
- Dec. 149/2009 Presidencia de la Nación Argentina. Reglamentación de la Ley 24.788. 03/03/2009.
- Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile. 07/03/1997
- Ley 26.993 de Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo Honorable Congreso de la Nación.
- Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y leyes modificatorias N° 23.361 y 24.999. Honorable Congreso de la Nación.
- Ley N° 18.284 Código Alimentario Argentino.
- Ley N° 19.798 de Telecomunicaciones. Poder Ejecutivo Nacional (1972).
- Ley N° 24.788 de Lucha Contra el Alcoholismo. Honorable Congreso de la Nación.
- Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Honorable Congreso de la Nación.
- Res. 3729/2015 AFIP. Regulación de publicidad en la vía pública.
- Res. 7/2002 Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor. Defensa del Consumidor, forma de exhibición de los precios.
- Res. 789/98 Secretaría de Industria, Comercio y Minería. Requisitos a los que se deberán ajustar, quienes publiciten bienes y/o servicios por cualquier medio.
- Res. 915-E/2017. Secretaría de Comercio. Defensa del consumidor. Anuncios publicitarios. Requisitos legales.

- Título III, Arts. 1092-1122 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

7.3 Jurisprudencia

- C. Ap. Civ. Y Com. De la ciudad de Santa Fe, Sala II, “Tejerina, Eduardo Raúl c/Honda Motor de Argentina S.A. s/Indemnización de Daños y Perjuicios” – 10/08/2011. Rescatado de <https://www.iprofesional.com/legales/144675-Sancionan-a-Honda-Argentina-por-publicidad-enganosa>
- C. Ap. De Trelew, Provincia de Chubut, Sala A, “R. Y., Laura Mónica c/ Advance Speedy de Telefónica de Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A s/Denuncia Ley de Defensa del Consumidor” – 27/07/2010. Rescatado de <https://www.marval.com/publicacion/ley-de-defensa-del-consumidor-novedoso-fallo-sobre-da%C3%B1o-directo-12486>.
- C. Apel. Civ. Y Com. De Salta, Sala III “F.,R.A. vs. BBVA Banco Francés S.A.; Lantours S.A. – Sumarísimo o Verbal”. (julio de 2016). Rescatado el 02/07/2018 de <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/069/952/000069952.pdf>
- C. Civ. y Com. Santa Fe, Sala I, “Escudero, Eduardo y otro v. Nuevo Banco Santa Fe”, (2006).
- C. Cont. Adm. Fed., Sala I Causa N° 43.768/2017 – “INC S.A. c/DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 – Art. 22” - 05/2018. Rescatado de <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/078/908/000078908.pdf>
- C. Cont.-Adm. Fed., Sala IV, “Tito González Automotores S.A. c/DNCI s/Defensa del Consumidor-Art. 4°. Causa 29.471/2014/CA1 (2015).
- C. Cont-Adm. Y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Coto C.I.C.S.A. S.A. c. G.C.B.A. y otros s/otras causas con trámite directo ante la cámara de apelaciones”. (12/07/2011). Rescatado el 09/07/2016 de <http://thomsonreuterslatam.com/2012/04/10/fallo-del-dia-multa-a-supermercado-por-incumplimientos-en-publicidad-de-sus-productos/>.
- C. Nac. Civ., Sala D, “Ferola, Karina A. v. Sola Argentina S.A. y otros” (19/9/2006).
- C. Nac. Civ., Sala F, “M.M. y otro c/Carrefour Argentina S.A.” (30/08/2007).
- C. Nac. Com., Sala C, “Barzola, Gervasio y otros v. Siembra Seguro de Retiro y otros”, 02/02/2007.

- C.Nac.Civ., Juzg. N°71, “PADEC Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Cablevisión S.A. S/Cumplimiento de Contrato”. 29/03/2010. Expte.N°84.791/06. Rescatado el 10/07/2016 de <http://www.padec.org.ar/boletin/archivo/item/2391-sentencia-fibertel.html>.
- CAp. CC de Junín – “Uazzi Cristina Mabel y otros c/ E.D.E.N. Empresa Dist. de Energía Norte s/ daños y perjuicios .imcump. contractual”, 05/02/2009.
- CApel. CC. Salta, Sala I, “Paganetti, Daniel H. c/Telecom Personal S.A. s/Sumarísimo” – Expte. N| 272.295/09. (13/04/2011).
- CNACAF – SALA I Causa N° 1278/2011 – “Cablevisión S.A. c/ DNCI – Disp 743/10.(Expte: S01:198797/10) s/ recurso directo Secretaría de Comercio” 16/09/2014. Rescatado de <https://www.adelaprat.com/2015/01/la-camara-confirma-la-multa-impuesta-a-una-empresa-prestataria-del-servicio-de-tv-por-cable-por-haber-informado-a-los-consumidores-un-aumento-de-cargos-con-caracteres-tipograficos-inferiores-a-18-mil/>
- CNACont. Adm. Fed., Sala I Causa N° 46.577/2015 – “Compañía de Marketing Directo S.A. c/DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 – Art. 22”. – 05/05/2016. Rescatado de <http://www.diariojudicial.com/nota/75129>.
- CNACont. Adm. Fed., Sala I, “Cervecería y Maltería Quilmes SAICA c/ DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 – art. 22”. 16/05/2017. Rescatado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/07/27/aplicacion-de-multa-a-una-empresa-como-consecuencia-de-contener-informacion-enganosa-en-el-rotulo-de-una-de-las-bebidas-que-fabrica/>
- CNACont. Adm. Fed., Sala I, “Mario Korn Propiedad S.A. c/DNCI-DISP 40/13. 03/10/2015”. Rescatado de <http://www.diariojudicial.com/nota/58136>
- CNACont. Adm. Fed., Sala III, “Johnson & Johnson SACEI c/DNCI s/Lealtad Comercial – Ley 22.802 – Art. 22”. 11/11/2014. Rescatado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/02/02/competencia-del-anmat-para-imponer-sanciones-por-publicidad-enganosa-al-fabricante-de-un-producto-que-no-cumple-con-el-atributo-sin-calorias-promocionado/>

- CNACont. Adm. Fed., Sala III, “Pedraza Viajes y Turismo S.A. c/DNCI s/Defensa del Consumidor – Ley 24240 – Art. 45”. 02/05/2017. Rescatado de <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/074/473/000074473.pdf>.
- CNApel. Civ. y Com. Fed., Sala I, “Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A c/ C.A.S.A. Isenbeck s/incidente de apelación”. (2005)
- CNApel. Civ. Y Com., Sala F, “Cañadas Pérez María c/Bank Boston N.A.” (18/11/2009).
- CNAPen.Econ., Sala B, “Bompassy S.A.”, sentencia del 08/09/05, “La Ley” 2005- F, 295.
- CNAPen.Econ., Sala B, “Pepsico de Argentina S.R.L. c/DNCI s/inf. Ley 22.802”. 14/09/2007. Rescatado de <http://www.iprofesional.com/notas/58196-Fallo-PEPSICO-DE-ARGENTINA-SRL-sinf-ley-22802>.
- CSJN, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”. 27/10/2015. Rescatado de <https://aldiaargentina.microjuris.com>
- JPICiv. y Com. De Rosario N°3, “Gastaldi, Miguel Antonio c/AMX Argentina S.A. s/incumplimiento contractual”. 11/08/2014. Rescatado de <http://www.saij.gob.ar/juzgado-civil-comercial-nro-3-local-santa-fe-gastaldi-miguel-antonio-amx-argentina-sa-incumplimiento-contractual-fa14090010-2014-08-11/123456789-010-0904-1ots-eupmocsollaf?>
- Secretaría de Comercio – “List Sandra Melisa c/DNCI-Disp 100/13 (Expte. S01:45709/11) s/R.Directo Secret. Comercio”. 04/12/2014. Rescatado de <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/056/939/000056939.pdf>.