

INTRODUCCIÓN

La publicidad en el comercio encuentra su mayor utilidad al posibilitar a las empresas anunciar públicamente las ofertas de sus productos o servicios. Precisamente, los beneficios derivados de la práctica publicitaria se destacan al permitir a los anunciantes resaltar las cualidades positivas de lo ofertado y, de esta forma, se atraen a los clientes y se los inducen a la compra.

Sin embargo, uno de los aspectos neurálgicos del problema generado por la tendencia que la industria publicitaria ha tomado en las últimas décadas, radica en que su única finalidad consiste en generar la mayor cantidad de ventas posibles de los productos o servicios anunciados, esto provoca que la sugestión en el mensaje publicitario alcance niveles despiadados y en numerosas ocasiones, el público se encuentre intencionalmente desinformado.

En consecuencia, se hace social, legal y económicamente necesario poder identificar cuándo las ofertas comerciales se encuentran viciadas por un contenido informativo falso, incompleto o impreciso, pues existe un interés superior de evitar una cadena de fraudes en perjuicio de los consumidores y del comercio mismo.

Ahora bien, no obstante los diversos instrumentos legales destinados a amparar los derechos de los consumidores y/o usuarios, es preciso señalar que el tema de la regulación publicitaria en la actualidad amerita de una detenida organización, profundización y esclarecimiento. Puesto que la sociedad en su generalidad desconoce los límites y las responsabilidades a que se encuentran sujetos los proveedores anunciantes de las ofertas hechas por cualquier medio publicitario.

Por ende, la presente tesis pretende disipar las dudas sobre las diferentes modalidades de publicidades ilícitas existentes, identificando sus características y revelando los fundamentos legales y constitucionales aplicables para hacer valer los derechos de los consumidores y/o usuarios; todo esto con la ulterior finalidad de presentar mejores propuestas para equilibrar la desigualdad existente entre los

destinatarios finales de los productos o servicios y los proveedores con quienes se contrata.

De esta forma, con este trabajo de investigación, pretendo contribuir en el marco teórico con las batallas diarias acumuladas originadas por las desvergonzadas e ilícitas prácticas a que se presta la publicidad comercial en la actualidad, donde reina el poder del más fuerte en perjuicio de quienes alimentan su hegemonía.

Por todo lo establecido, es preciso adelantar que entre los puntos a analizar se encuentran: (i) el marco histórico y teórico de la actividad publicitaria comercial, (ii) la viabilidad y los desaciertos de la legislación y la jurisprudencia orientada a regular la publicidad comercial ilícita, (iii) las dificultades presentadas al momento de reclamar, en instancia judicial o sede administrativa, los derechos de los perjudicados por la publicidad comercial y, (iv) la prevención y las demás herramientas legales para obtener resultados efectivos.

CAPÍTULO I.

PUBLICIDAD COMERCIAL: ANÁLISIS HISTÓRICO, SOCIAL Y ECONÓMICO.

Se buscaba el ingenio, el truco efectista, el golpe de suerte, la frase feliz y, en definitiva, el <arte> de persuadir basado en la imaginación creadora del hombre. Por consiguiente, al considerarla un arte, la publicidad apareció configurada como una actividad y no como un conocimiento, como una técnica y no como una ciencia.¹

1. 1. Concepto

La publicidad como forma de comunicación masiva, ha adoptado numerosos cambios desde sus inicios, esto ha provocado que sobre su concepto pesen transformaciones y expansiones a niveles significativos.

A continuación, presentaré una definición concertada de la publicidad, entiéndase, la actividad utilizada por las empresas para ofertar sus productos y servicios a un número indeterminado de personas, con el objetivo de atraer o mantener el mayor porcentaje posible del mercado consumidor.

Ello sentado, el Consejo de las Comunidades Europeas (1984) la define 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”*.

Por su lado, la Real Academia Española (2010) define la publicidad como la *“Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”*

¹ Sánchez Guzmán, 1993, p. 71.

Asimismo, es dable destacar que la finalidad principal de la publicidad consiste en captar la mayor la atención posible del público, con el objetivo de persuadirlos a comprar los bienes o servicios publicitados. A esto se debe, que las grandes corporaciones inviertan elevadas sumas millonarias para que, con la ayuda de la publicidad, los potenciales clientes sientan sus vidas identificadas con los productos y marcas anunciadas, incitando de esta manera a crear una necesidad de compra.

En el pasado, la falta de reglamentación de esta actividad provocó múltiples consecuencias que hemos arrastrado hasta hoy en día. Estos frutos heredados, consisten básicamente, en engañar la masa consumidora, por medio de mecanismos desleales y deplorables, con el sólo objetivo de aumentar las ventas a todo nivel. Estos mecanismos fueron desarrollados a lo largo de los años, haciéndose uso complementario de las ciencias ligadas a la comunicación y por supuesto, a la sugestión, en ese sentido, me refiero a las ciencias de la psicología, sociología, semiología, economía, historia, etc..

Entre las tácticas más efectivas utilizadas por la publicidad, se encuentran: En primer lugar, la que parte del hallazgo sobre cómo las personas comúnmente responden mejor a los signos que a las palabras, lo que trae como consecuencia que las empresas se hagan representar por símbolos que ayudan a los clientes a identificar y reconocer mejor las marcas; y, en un segundo lugar, la afirmación de que las personas responden mejor a las motivaciones que a los análisis, por lo tanto, el sentido de motivación es tomado como un elemento estratégico dentro de todo proceso de creación publicitario.

Los hallazgos mencionados en el párrafo precedente, constituyen puntos elementales para el presente trabajo. Por ahora, basta con reconocerlos, ya que más adelante serán examinados minuciosamente.

Por último, entiendo importante resaltar el concepto que define a la publicidad como el resultado de “un proceso complejo de comunicación a través del cual se emiten mensajes motivantes a un receptor mediante unos canales de difusión seleccionados” (Sánchez Guzmán, 1993, p. 79).

1.2 Tipos de publicidad

Podemos encontrar distintos fines de la actividad publicitaria que provocan, a su vez, múltiples divisiones en los tipos de publicidad existentes.

En el presente trabajo, considero importante examinar dos grandes tipos de anuncios publicitarios.

El primero, parte desde el interés de las nuevas empresas para abrirse paso en el mercado: enunciaré las dificultades que se presentan, los altos costos a que se encuentran sujetos, la presencia del escepticismo inicial del público para cambiar de marca, entre otras particularidades.

En el segundo tipo, analizaré la lucha permanente de las empresas ya conocidas por mantener y aumentar sus ingresos, también advertiré sobre las barreras publicitarias que se imponen los competidores y las demás actuaciones que, muchas veces, pueden desencadenar efectos perjudiciales para los consumidores.

Dicho en otras palabras, “la publicidad se convierte en barrera de protección para las posiciones conseguidas por cada empresa en el mercado, en instrumento de ataque a las posiciones de las demás y en arma de reconquista de las posiciones perdidas” (Sánchez Guzmán, 1993, p. 358).

1.2.1 Publicidad de presentación

La publicidad de presentación es aquella introducida por una nueva empresa con el objetivo de presentar el producto al público y de esta manera hacer a la marca identificable.

Es aquí donde nacen diversas modalidades de presentación de los productos y éstas dependen del estudio del mercado realizado por el departamento del *marketing* de las empresas. Pueden presentarse por medio de

campaññas de expectativas, actividades de posicionamiento de la empresa, entre otras.

Hago un paréntesis en este punto para entender mejor de donde provienen estas funciones del *marketing*. Recuerda Sánchez Guzmán (1993) que:

En su origen, el marketing nació de la necesidad de adaptar la actuación de la empresa capitalista en economías basadas en el predominio de la oferta (economías de producción, donde se fabrica sin pedido previo) a otras fundamentadas en el predominio de la demanda (economías de distribución, donde se fabrica en función de los gustos y preferencias del consumidor). (p. 74)

Habiendo afirmado esto, notamos que la estrategia utilizada por las empresas para presentar su producto, varía conforme al público a que se encuentra dirigido y, a la vez, depende de la intensidad publicitaria ejercida por las empresas competidoras.

Ahora bien, es necesario mencionar que para iniciar sus actividades y promocionar determinadas ofertas, las empresas necesitan invertir sumas importantes en publicidad; en este sentido, el presupuesto publicitario de un proyecto empresarial ambicioso requiere de inversiones monetarias elevadas, que la mayoría de las empresas ordinarias le resulta imposible de costear.

Más aún, si los productos sujetos a planificación se enfrentan ante un gran reto en el mercado, esto es: competir con empresas que tienen gran influencia en los medios masivos de comunicación.

Esto quiere decir que, para ganar parte del mercado, se necesite presentar una batalla publicitaria, lo que implica mayormente incurrir en gastos excesivos. Y al mismo tiempo, se deba combatir con la posibilidad de que la empresa competidora ya establecida, se esfuerce por descalificar estos intentos de la nueva empresa para evitar la pérdida de beneficios.

Esta situación no es necesariamente del todo negativa para las nuevas empresas, puesto que el ingenio humano ha encontrado la manera de sacar

ventaja. Es aquí, donde intervienen múltiples métodos para hacer que el público conozca la nueva marca, naciendo así la publicidad comparativa y la publicidad adhesiva, entre otras figuras que serán objeto de estudio en su momento.

Por otro lado, las competencias mediáticas de las grandes empresas producen un incremento significativo en la inversión en publicidad para alcanzar un doble objetivo, primero para crear un comercial de gran impacto en el público consumidor y segundo, para difundir ese mensaje una elevada cantidad de veces, por diferentes medios y por período prolongado de tiempo. Como sabemos, estos gastos recaen en el precio del producto que naturalmente terminan pagando los consumidores.

1.2.2 Publicidad calificativa

La publicidad calificativa pretende promocionar continua y renovadamente los productos que gozan de reconocimiento popular, destacando sus características y los diferentes motivos para adquirirlo.

Considero que dentro del sistema capitalista, las actuaciones de las grandes empresas se encuentran influenciadas por las palpables diferencias entre los distintos grupos sociales existentes. Esto lo confirman las teorías de segmentación del mercado, que consisten en analizar las diferentes características de cada grupo social y de esta manera identificar los comportamientos de cada grupo, para así crear un producto y luego una publicidad compatible con el estilo de vida del público al que se quiere motivar.

“La acción publicitaria, consistirá en averiguar previamente el problema del consumidor, en llegar a conocer sus necesidades, sus motivos de compra y sus actitudes frente a los diversos productos que satisfacen esos deseos, para, posteriormente, ofrecérselos convenientemente adaptado a ellos” (Sánchez Guzmán, 1993, p. 278).

Es importante mencionar que la dirección de este tipo de comunicación se guía conforme a la naturaleza misma del producto y puede variar de acuerdo al

nivel de madurez en que se encuentra la empresa patrocinadora. En síntesis, lo que se busca es conquistar el agrado del cliente y con el paso del tiempo, su fidelidad.

1.3 Sistemas económicos y publicidad

No existen investigaciones científicas cuyas conclusiones confirmen un momento histórico donde toma inicio la publicidad, lo único cierto es que la comunicación escrita ha contribuido a evidenciar que en el pasado eran utilizadas distintas técnicas para dar a conocer al público información de interés comercial².

No obstante estas referencias históricas me parece razonable afirmar que la publicidad ha demostrado su expansión y poderío a partir de la Revolución Industrial, consolidándose paralelamente con la hegemonía capitalista.

El principal fundamento de dicha posición, se encuentra en el hecho de que la Revolución Industrial trajo consigo la creación de productos por medio de maquinarias, novedad que redujo costos, hizo el trabajo en menos tiempo y cada vez con menos intervención humana. Esto produjo la fabricación de productos en masa sin demanda previa.

Estas prácticas modernas, no eximían a las empresas del riesgo de no vender la totalidad de la mercancía, por lo que desde ese momento el sobrante pasó a llamarse: *excedente de producción*.

Cuando se evaluaba la manera de disponer del excedente de producción, surgieron diferentes teorías para dar salida a la cantidad de productos que fabricaban las empresas y que temían que se almacenaran creándose una pérdida. Karl Marx llamó a esta forma de absorber el excedente como “gastos de circulación de mercancía” (Sánchez Guzmán, 1982, p. 11).

² “Algunos se remontan a los relatos bíblicos viendo la primera muestra publicitaria en el pasaje en que la serpiente incita a Eva y ésta a Adán, o bien encuentran el primer signo publicitario con la aparición del arco iris en el cielo tras el Diluvio, otros identifican el primer vestigio publicitario con el obelisco de Luxor o citan al célebre papiro de Tebas, que se encuentra en el *British Museum*, en el que se ofrece una recompensa por un esclavo perdido” Ravenne citado por Sánchez Guzmán. (1982). p. 11.

La publicidad desde entonces es calificada como un gasto de circulación de mercancía y ha demostrado plena efectividad hasta nuestros días.

1.3.1 Modelos económicos de mercado

El mercado es comúnmente conocido como todo lugar donde se intercambian ofertas y demandas con el fin de llevar a cabo un acuerdo comercial. Teóricamente, el mercado se clasifica de acuerdo al número de oferentes con el que cuenta y conforme a la homogeneidad o heterogeneidad de los productos ofrecidos.

Esto, se debe a que en la medida en que el sistema económico capitalista creció, cada vez más las empresas observaban a la población como un gran mercado. Cada sector económico percibía a la sociedad en su totalidad como el objetivo de sus ventas, es por ello que debido a esta circunstancia, se realizaron varios estudios para conocer el razonamiento del consumidor y saber cómo respondía ante diferentes situaciones.

Así fue iniciada la compenetración de la sociología con la publicidad y así notaron que el comportamiento del conjunto de consumidores no siempre es uniforme, por lo tanto, varía conforme al tipo mercado de que se trate.

En consecuencia, fueron creados distintos modelos económicos de mercado, afirmando que, ante cada modelo, la publicidad cumple con distintas funciones.

1.3.1.1 Mercado de competencia perfecta

El mercado perfecto o mercado de competencia perfecta supone la existencia de productos iguales o muy parecidos, tanto así que a los consumidores les resulta indiferente comprar de un oferente u de otro.

En teoría, este tipo de mercado, se compone por un número infinito de vendedores y de compradores; en la práctica, existen un gran número de ambos, pero no infinito, lo que provoca un acercamiento entre la teoría y la práctica pero nunca una similitud completa.

Otra característica a destacar es la inexistencia de barreras de entrada para la compra o para la venta, por tanto, cualquier interesado puede participar. Ergo, el enorme número de oferentes y demandantes involucrados hacen imposible que una de las partes pueda influir considerablemente sobre el precio. Ello es así, porque, si un oferente vende a menor precio que la competencia, cuando éstos últimos se enteran, van a tomar la misma medida y todo volverá a la normalidad de vender por lo mismo.

Por lo tanto, si para el comprador todos los productos ofrecidos son iguales o muy semejantes y a la vez son vendidos a un mismo precio, utilizar publicidad para promocionar un producto en este mercado, ayuda tanto a quien anuncia como a la competencia. Tanto es así, que la inversión en publicidad dentro de la competencia perfecta, es nula o muy reducida y si es llevada a cabo, se puede considerar como un gasto innecesario.

1.3.1.2 Monopolio

El monopolio se establece en los casos en que existe un sólo oferente dentro de todo el mercado, por lo tanto, cualquier persona interesada en adquirir el producto o servicio ofrecido por esa única empresa, debe acudir obligatoriamente a ella.

Esto, provoca que la empresa monopólica imponga el precio y las condiciones de venta, administrando unilateralmente la calidad y la cantidad ofrecida al público.

Ello sentado, dichos casos se han ido reduciendo ante el interés de los Estados por crear una igualdad de oportunidades en todos los sectores; de esta

manera, también se crea un ambiente competitivo que puede desencadenar en mayores beneficios para el público consumidor.

En el ámbito del tema tratado, la publicidad utilizada por los monopolios, no consiste en atraer clientes, sino en crear una imagen positiva de la empresa, presentándola como interesada en los problemas sociales, del medio ambiente, etc. Esta publicidad se encuentra “...encaminada a crear una corriente favorable de opinión hacia la propia empresa con el fin de paliar los posibles efectos negativos de carácter social que siempre conllevan” (Sánchez Guzmán, 1993, p. 353).

1.3.1.3 Oligopolio

Existe oligopolio cuando un pequeño número de oferentes abarcan la totalidad de un mercado. En estos casos, la competencia puede llegar a ser intensa y las ofertas de cada empresa estarán influidas, en mayor o menor medida, por las ofertas de los demás.

Generalmente, las empresas que participan en este mercado están conformadas por grupos económicos, cuya fuerza puede llegar a ser medida con los demás grupos, precisamente, por medio de guerras publicitarias.

Por lo tanto, el efecto de la publicidad en el oligopolio, debe orientarse a distinguir y exaltar los beneficios que adquieren los consumidores cuando eligen los productos publicitados, de esta manera, buscan sobresalir ante el pequeño grupo de fuertes competidores.

No obstante, puede darse el caso donde las sumas monetarias invertidas resulten excesivas y por ende, contraproducentes; en base a esto, se han tomado medidas para evitar gastos innecesarios que perjudiquen a todas las partes competidoras en el oligopolio.

Estas medidas se hacen a través de un órgano imparcial que defiende los intereses de todas las empresas involucradas en el mercado de que se trate. Sus

funciones principales, en cuanto a la publicidad, consisten en fijar límites comunes a todas las empresas para la inversión en publicidad evitando gastar así sumas superfluas, así como también crear campañas conjuntas para mejorar la imagen del sector y la calidad de los servicios o bienes ofertados.

1.3.1.4 Mercado de competencia monopolística

La competencia monopolística se presenta cuando, dentro de un mismo mercado, se encuentran un gran número de oferentes y cada uno de ellos, ofrece productos distintos.

De esta descripción, se toma el nombre de “competencia monopolística”, pues, cada empresa ofrece productos con características únicas y bajo su propia marca. Pero, a pesar de que cada producto es susceptible de ser diferenciado, el mercado se encuentra llenos de sustitutos perfectos. Por lo tanto, es en la competencia monopolística donde la publicidad debe generar mayor efecto, porque es donde más se presenta la necesidad de diferenciar y promocionar mejor cada producto ofrecido.

Es aquí también en donde se cumple mayormente con las teorías de segmentación en la que el público es previamente elegido por el proveedor y en base a ello, se establece una estrategia de posicionamiento. Dicha situación, genera que la protección de la imagen externa de la empresa, conjuntamente con la promoción de la marca, se encuentre entre los principales desafíos de los empresarios en la competencia monopolística.

Así, dentro de la competencia monopolística se encuentra el mayor número de competidores, lo que genera que se destaque una marca frente a las demás, y pueda requerir de un esfuerzo e ingenio superior en comparación con los demás tipos de modelos económicos de mercados.

1.4 Sistema de protección social

En los inicios del sistema capitalista, las empresas concentraban todos sus esfuerzos en fabricar sus productos de manera masiva. Su principal interés, consistía en acumular altos niveles de venta para seguir produciendo a bajo costo y de esta manera aumentar al máximo sus ganancias. Esta situación presentó algunos cambios, primero, ante la exigencia de los consumidores que contaban cada vez más con el discernimiento necesario para descalificar los productos que no satisfacían sus necesidades, y segundo, se impuso la necesidad de proteger al grupo consumidor, porque a pesar de todo, estos cedían parte de su salario para que los grandes empresarios continuaran su acumulación de riquezas y poder.

En base a ello, se crearon las diferentes medidas que buscan fijar normas que organizan la competencia de las empresas, promover un mercado cuyas actividades se enmarquen en un plano de lealtad y asegurar a los consumidores un contexto comercial libre de engaños y decepciones. Asimismo, dichas medidas se han presentado como las reglas del juego en los negocios locales e internacionales. A pesar de que no se puede atribuir en ellas un cumplimiento inmediato o automático, éstas han servido para mejorar la situación del mercado, principalmente respecto a los consumidores. Veamos un ejemplo a continuación:

En la Comunidad Económica Europea, el Tratado de Roma de 1957 aseguró la economía de mercado y la libre competencia, prohibiendo el establecimiento de barreras al comercio (art. 30), pero a pesar de ello el Tribunal de Justicia de la Comunidad, en la causa “Casis de Dijon” del 10-II-1979, consideró que la creación de tales barreras es posible si, mediante ellas, se satisface la protección de los consumidores. (Alterini, 1999)

No obstante, así como se han mostrado avances en la actualidad respecto a la protección social de los consumidores, también se deben reconocer algunos aspectos pendientes, como el mencionado a continuación:

Lo esencial para Galbraith es darse cuenta de que el sistema capitalista ya no se caracteriza por la libre competencia de productores que intentan atraerse a consumidores también libres, ni que el trabajo y el capital compitan libremente por salarios y

beneficios. Las sociedades industriales se caracterizan hoy por la existencia de un reducido número de grandes empresas, en las que la planificación a largo plazo es su centro neurálgico, de tal modo que es esa planificación la que gobierna el funcionamiento económico en detrimento de las leyes del mercado. (Sánchez Guzmán, 1993, 481).

1.5 Medios publicitarios

Las empresas ofrecen sus productos a través de la publicidad, es por esto que para conectarse con sus destinatarios, éstas construyen todo un esquema que indica como quieren ser vistas. Esto se debe a la importancia que tiene dar una buena impresión, principalmente, en la etapa previa a la venta.

El medio escogido constituye la ruta en que transita el mensaje publicitario con el fin de cumplir con su misión de comunicar y persuadir. Este medio, no es menos importante que el contenido y debe cumplir con su principal función de ser efectivo.

Para llegar al destinatario podemos notar el interés del anunciante de atrapar al potencial cliente en momentos y lugares claves. Si nos fijamos en los productos considerados exclusivos, al estar dirigidos específicamente a personas con alto poder adquisitivo, los medios escogidos para difundir el mensaje se encuentran en lugares especiales y estratégicos.

Por otro lado, mientras el producto publicitado es considerado menos exclusivo, los medios de comunicación elegidos no estarán sujetos a ningún tipo de discriminación por los anunciantes, pues lo importante es que la publicidad capture la atención del mayor número de personas.

Un consumo masivo permite, desde el punto de vista cuantitativo, integrar a la comunicación publicitaria dentro de la comunicación de masas y contemplar ya una de sus peculiaridades: la cuantificación del receptor proviene de la naturaleza primordialmente comercial de la publicidad, de su carácter de comunicación para la venta masiva que obliga al productor a dirigirse a cuantos más individuos pueda para

venderles cuantos más artículos pueda. (Sánchez Guzmán, 1993, p. 100).

Afirmado esto, es importante mencionar que ante cualquiera de los medios elegidos para publicitar un producto, ya sea oral, escrito, audiovisual, informático o cualquier otro, deben ser revisadas y cumplidas las disposiciones impuestas por las leyes de Lealtad Comercial, del Derecho del Consumidor, Defensa de la Competencia y cualquier legislación referente a la difusión de anuncios comerciales y comunicación masiva.

A continuación, detallaré cada uno de esos medios para conocerlos con mayor detenimiento.

1.5.1 Medio Oral

En los inicios del comercio, la técnica utilizada por los mercaderes consistía en vociferar las cualidades de cada producto ofertado. De esta manera, se obtenía la atención de los transeúntes provocando su interés en la compra.

Los griegos a partir del siglo VIII a. C., hacían uso de la figura del *heraldo*, quien era un comunicador encargado de informar al pueblo sobre todas las decisiones públicas, así como también de las noticias de los mercaderes. Esta misma figura fue usada en Roma con el nombre de *praeco* o *pregonero*. (Sánchez Guzmán, 1982, 19).

“En Francia se ha conocido hacia 1141 un escrito del rey Luís VII invitando a los habitantes de Berry a continuar con la vieja costumbre de vocear la venta de vino; y hacia 1258, Felipe Augusto reglamentó el oficio del *pregonero*”. (Muguillo, 2005, p. 27).

Aunque hoy en día vemos el personaje que publicita sus diferentes mercaderías haciendo uso de su propia voz, por altavoz o bocinas; el uso de la técnica oral publicitaria ha evolucionado sustancialmente. En consecuencia, la tecnología ha permitido llevar esta publicidad a una audiencia cuantitativamente

mayor, en lugares lejanos y de forma más efectiva, por medio de la radio. De esta forma, resulta más factible elegir el público a quien se pretende dirigir el comercial, buscando el horario preciso con el programa adecuado.

La legislación encargada de velar por el correcto funcionamiento de la radio fusión, es la ley No. 22.285, la cual desarrollo a lo largo del presente trabajo.

Ahora bien, existen otras maneras de promoción oral para llegar al público con el fin de ofrecer sus productos, servicios o promociones. A pesar de que unas veces son aceptadas y otras no. Un ejemplo de esta última, es el “telemarketing”, donde las empresas contactan al cliente por teléfono, para ofrecerles sus productos o servicios.

En este sentido, las ventas domiciliarias, por correspondencia y otras, encuentran su regulación en los artículos 32 al 35 de la Ley sobre Defensa del Consumidor No. 24.240 (modificada por la Ley 26.361).

Para concluir en este mismo sentido, cito el caso en el que las autoridades han intervenido en la creación de registros que consisten en brindar la posibilidad a los consumidores de inscribirse, y de esta manera establecer su interés de no recibir llamadas telefónicas ni mensajes de texto sobre ofertas, promociones o cualquier actividad afín.

1.5.2 Medio escrito o gráfico

El medio escrito y gráfico constituyó un avance para los comerciantes en cuanto a su modo de hacer publicidad. Esto, se atribuye a la permanencia del mensaje y al impacto que puede crear sobre las personas expuestas.

Este método, históricamente también encuentra su expansión con los griegos, quienes venían ampliando su estructura comercial, y presentaron por primera vez la comunicación masiva, por medio de *áxones* (postes de piedra

tallados en su parte superior) o en *hyrbos* (columnas cilíndricas). (Sánchez Guzmán, 1982, p. 19).

Posteriormente, de acuerdo a la practicidad requerida para hacer publicidad por los comerciantes, su utilizó como medio gráfico “el afiche” considerado como “el primer y único medio masivo que actúa como soporte de un solo mensaje, el suyo y específico, sin compartir espacio con otro tipo de comunicaciones, como es el caso del periódico, la radio, la televisión o el cine” (Anaut, 1990, pp. 14-15).

En épocas posteriores, se produjo un importante desarrollo en la comunicación a partir de la creación de la imprenta, que permitió emitir grandes cantidades de copias sobre cada ejemplar de folletos, carteles y libros (Muguillo, 2005, p. 29), todo esto vino acompañado con la publicidad que patrocinaba la impresión.

“Fue la Gazette de France también la primera en incluir en su edición número 6º, un aviso (claro que de neta forma de redacción), con lo que se inició de allí en más, una fuerte unión de interés entre la publicidad comercial y la prensa escrita”³.

En la actualidad, la publicidad escrita o gráfica pasa desde los diarios, revistas, vallas publicitarias, afiches, correo, la rotulación de productos, hasta donde el ingenio pueda alcanzar para destacar el uso o lo que representa la marca.

1.5.3 Medios audiovisuales e informáticos

Una de las características de la sociedad del siglo XX es la presencia e influencia que se obtuvo a través de los medios audiovisuales, entiéndase el

³ El aviso en cuestión, vale la pena rescatarlo, decía así: “La sequía de la estación ha aumentado los efectos de las aguas minerales, entre las que se usan predominantemente la de Forges. Hace treinta años que Monsieur Martin, gran médico, la puso de moda; la administración popular está con ella; en la actualidad Monsieur Bonnard, Primer Médico del rey, la ha llevado al más alto grado de la reputación que su gran fidelidad, capacidad y experiencia puede dar a aquello que lo merece ante Su Majestad que bebe de ella por precaución; ejemplo que imita toda la Corte”. (Anaut, N. 1990, p. 6).

televisor, el cine y posteriormente, los medios informáticos. Cada uno de las comunicaciones llevadas a cabo a través de estos medios, vino acompañado indefectiblemente de todo tipo de publicidad comercial.

En cuanto al televisor, una de sus conveniencias está en que permite distinguir mejor la clase de público al que va dirigida la publicidad, ya que se utilizan sondeos para conocer quienes ven determinados canales, la hora promedio en que son vistos, el nivel social de los espectadores, etc. Por ende, partiendo de esta investigación se logra conocer mejor las preferencias de quienes están expuestos a los comerciales publicitarios.

Empero, otra utilidad brindada por la publicidad está en la posibilidad de extenderse a nivel transnacional. Puesto que, mientras los programas nacionales reciben comerciales y patrocinios de las empresas locales; en la televisión por cable o satélite, se aprovecha la internacionalización de la publicidad de los productos que se encuentran en los diferentes países. (Anaut, N. 1990, p. 32).

En la industria cinematográfica, por su parte, se utilizan distintas técnicas de promoción publicitaria. En primer lugar, conocemos las publicidades normales y reconocibles, proyectadas directamente en la pantalla previo al inicio de la película. No es ocioso mencionar que en algunas ocasiones existen limitaciones de publicitar ciertos productos. Un ejemplo, se presenta cuando el público se constituye preferentemente por menores de edad, en estos casos esta prohibido presentar publicidades de cigarrillos (Conf. ley 23.344).

En segundo lugar, está la técnica catalogada como “relleno”, es la que se utiliza dentro de la historia de la película, con los fines de mostrar al protagonista o a los actores consumiendo determinado producto o representando determinada marca⁴. En estos casos, existe la dificultad de conocer si estamos ante la presencia de un comercial publicitario y por ende, si dicha publicidad contraviene alguna norma legal, resulta muy difícil combatirlo.

⁴ “Según Clark, un guión fue corregido para que su principal protagonista pudiera aconsejar a su hija que comiera un producto conocido como ‘el desayuno de los campeones’. En otro caso, el héroe del filme bebe cerveza de la marca que se promueve, en tanto que el villano bebe la de otra marca”. (Farina, 2005, p. 318)

Por último, presento la publicidad realizada por medios informáticos, como aquella que interviene dentro del campo del comercio electrónico y transita a través ciberespacio o Internet.

Su problema principal no consiste exactamente en la posibilidad de crear confusión o engaño al receptor, sino que muchas veces se considera empleadora de medios considerados invasivos a la privacidad del destinatario.

La legislación de Estados Unidos y Europa ha protegido de la práctica llamada *spamming* a todos los usuarios expuestos a recibir miles de anuncios publicitarios indiscriminados en su ordenador. Argentina no se ha quedado excluida de este debate jurídico y se ha pronunciado al respecto. Para Ricardo Luis Lorenzetti, “En el derecho argentino, el e-mail no deseado es una clara invasión a la privacidad, siendo aplicable el artículo 1071 bis del Código Civil que dice que viola la intimidad ‘el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, perturbando de cualquier modo su intimidad...” (Lorenzetti, 2003, p. 149)

CAPÍTULO II.

ESTRUCTURA DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL

La publicidad es información,
es comunicación y es poder.⁵

2.1 Comunicación publicitaria

Las empresas utilizan la publicidad como instrumento de comunicación para captar la atención del mayor número de personas posibles. Esta atención, se obtiene a través de un proceso, compuesto por factores internos y externos a la empresa, que se analizarán a continuación.

Entiendo, para ello, necesario explicar primero la palabra “estructura”, que conforme al diccionario de la Real Academia Española [RAE] (2010) significa: *Distribución y orden con que está compuesta una obra de ingenio, como un poema, una historia, etc.*

En el presente caso, la obra de ingenio es constituida por la publicidad comercial. Aclarado esto, a lo largo del presente capítulo explicaré el orden interno de la estructura publicitaria, léase las características y elementos, así como también las personas que intervienen en la formación del proceso de comunicación publicitaria. También, serán objeto de reflexión los factores externos a la empresa, que son estudiados y reproducidos por las agencias publicitarias, con el objetivo de adaptar el mensaje comercial al contexto social a donde va dirigido.

Ello sentado, existen dos razones principales por las que considero importante estudiar de forma separada las partes que conforman la estructura de la publicidad:

⁵ (Castellblanque, 2001, p. 25).

Primero, porque ayuda a comprender el enfoque que tienen las empresas y las agencias de publicidad al momento de crear y difundir sus anuncios publicitarios; y,

Segundo, porque delimitando cada segmento del proceso de comunicación publicitaria, se puede detectar mejor, y por ende combatir, la fuente tergiversadora o engañosa del mensaje.

No obstante este interés de combatir los casos en donde la publicidad está viciada por elementos desleales y engañosos, reconozco la importancia que la publicidad tiene para la actividad comercial y el manejo económico de los países. Para sellar la presente idea, concluyo este punto citando la opinión de Mariano Castellblanque (2001), cuando expresa sobre la publicidad que:

...es un fenómeno muy <potente>: es motor de la economía, es un arma de información, de seducción y de venta, contribuye en gran manera al cambio de hábitos de consumo de millones de personas, pero también a que disminuya el número de accidentes de tráfico, el consumo de drogas o a recaudar dinero y alimentos para causas humanitarias. (p. 25).

2.2 Características

Como ya he mencionado, el objetivo principal de la publicidad comercial consiste en incrementar las ventas de la empresa anunciante. De esto, se infiere que los comerciales publicitarios buscan únicamente convencer a la mayor cantidad de personas posibles sobre las virtudes de los productos anunciados y de los beneficios que se derivan de su compra.

Con el fin de identificar las características más destacadas del proceso de comunicación masiva, presentaré a grandes rasgos las etapas de su desarrollo, sin perjuicio de profundizar más adelante sobre algunas fases que considero de mayor trascendencia para el tema tratado.

En resumen, todo el proceso se inicia con una empresa que busca ofrecer sus productos “a un público vasto, heterogéneo, anónimo y geográficamente

disperso” (Sánchez Guzmán, 1993, p. 92); para esto, generalmente se requiere de los servicios de una agencia publicitaria; esta última, en base a un estudio del mercado, que indica las características del público objetivo de la empresa anunciante, construye una estrategia y realiza la publicidad. Tan pronto se perfeccione el comercial publicitario y luego de la aprobación de la empresa anunciante, éste se envía a los medios de comunicación correspondientes, quienes a su vez, se encargan de transmitirlo.

La empresa, necesita recibir una reacción del público, que se mide a través de las ventas. Esta respuesta recibe el nombre de “retroalimentación” porque “para que exista comunicación, debe existir necesariamente una respuesta del receptor al emisor, el receptor debe convertirse en emisor y enviar su aceptación, semiaceptación, rechazo, crítica o la respuesta que fuere, al emisor, si no hay respuesta no hay comunicación, sólo existió difusión”.(Billorou, 1998, p. 10).

La doctrina, por su parte, se ha encargado de presentar sus consideraciones sobre las características de la comunicación masiva, sosteniendo que:

Ésta se caracteriza por ser pública, rápida y transitoria. Lo primero porque, en tanto que el mensaje no va dirigido a nadie en especial, su contenido está abierto a la atención pública; rápida, porque los mensajes están dirigidos a grandes auditorios en un tiempo relativamente pequeño y simultáneamente; y es transitoria, porque, por lo general, se hace en vista a un empleo inmediato y no para un registro permanente (Wright citado por Sánchez guzmán, 1993, p. 97).

Conforme a la información precedente, han sido reconocidas las partes (empresa anunciante, agencia publicitaria, medios de comunicación, público objetivo); y ha sido resumido el proceso (determinación del público objetivo, investigación de mercado, creación del mensaje, seguido por su difusión y promoción, y por último, la aceptación o rechazo del público como grupo consumidor). Sumado esto con los elementos que caracterizan la comunicación masiva para fines publicitarios (elemento informativo y persuasivo), puedo concluir afirmando que la actividad publicitaria es un proceso complejo de

comunicación masiva, en donde intervienen distintos factores y numerosos actores, que gozan de una importante influencia a nivel social y político. Esto hace de la publicidad un poder económico y de medios, difícil pero no imposible de ordenar conforme a las disposiciones legales existentes.

2.3 Elementos

Para el tema abordado, la palabra elemento corresponde a cada componente tomado en cuenta y/o utilizado dentro del proceso creativo del mensaje publicitario. Sin embargo, resulta imposible nombrar cada elemento utilizado por la publicidad en general, y esto se debe en principio, a que cada campaña publicitaria se proyecta en base a un universo de datos que determinan la estrategia a seguir.

En palabras de José Ramón Sánchez Guzmán:

“Los elementos que componen el modelo del sistema publicitario abarcan un amplio repertorio de <factores> o <variables> que se relacionan entre sí: el entorno económico, sociocultural, legal, tecnológico de la comunicación de masas que influye en los planteamientos generales de la comunicación publicitaria; otros factores de orden externo influyentes, fundamentalmente los derivados de la conducta, las actitudes y las motivaciones del receptor de la comunicación en su categoría de consumidor” (Sánchez Guzmán, 1993, p. 110).

Como implícitamente confirma el autor, no pueden ser determinados de manera restrictiva los diferentes factores que influyen en la creación de los comerciales publicitarios. Desde mi punto de vista, esta particularidad conjuntamente con otras, sirve de estímulo a la división creativa en las agencias publicitarias para aumentar el nivel de originalidad.

No obstante lo expresado anteriormente, a continuación, presentaré dos elementos que resultan indispensables para la publicidad comercial: el elemento informativo y el elemento persuasivo.

2.3.1 Elemento informativo

La información constituye el contenido del mensaje. En el caso concreto de la publicidad, este elemento se toma como referencia al momento de evaluar objetivamente las conveniencias del producto.

Para Sánchez Guzmán, la información dentro de la publicidad cumple con una doble función. En primer lugar, transmite al público una perspectiva general del mercado al que pertenece el producto, por ejemplo: el canal de distribución donde se puede adquirir, las ofertas a que está sujeto, las garantías, las condiciones de venta, o incluso, el prestigio de la marca anunciante frente a la competencia. La segunda función, por su lado, consiste en enunciar las características propias del producto: cómo se compone, la forma de uso y cualquier otro dato relativo a su naturaleza.

La ley de Defensa del Consumidor No. 24.240, para evitar que la información dirigida a una cantidad indeterminada de personas sea utilizada de una forma engañosa, en el artículo 8 sostiene que: *“Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”*. Esta disposición encuentra su fundamento en que “para el consumidor, la publicidad es una importante fuente de información sobre el conjunto de bienes puestos a su disposición por la economía para la satisfacción de sus necesidades” (Sánchez Guzmán, 1993, 116).

Ahora bien, el elemento informativo de la comunicación publicitaria puede presentarse en distintas formas, todo depende del medio de comunicación escogido para emitir el mensaje. Puede ser por medio de palabras, letras, símbolos, interpretaciones o cualquier otro código que el receptor de mensaje pueda interpretar y comprender.

Para finalizar, aclaro que ante estas múltiples posibilidades en que puede presentarse la información, la publicidad ha tomado como una de sus ciencias

complementarias más importantes a la *semiología*, conocida como la ciencia que estudia los signos en la vida social. (RAE, 2010).

2.3.2 Elemento persuasivo

Para la publicidad, la persuasión es la herramienta empleada con el fin de crear una opinión favorable respecto a la marca y del producto anunciado. Para algunos, es una ciencia en sí misma, que contribuye a dirigir tendencias y a fortalecer reputaciones. Esto lo confirma la obra “Retórica” de Aristóteles y los estudios psicológicos acerca de las motivaciones o emociones relacionados con la publicidad.

En numerosas ocasiones, la persuasión es combinada con elementos graciosos, pintorescos o llamativos, pero siempre dentro de un contexto en donde la sugestión se encuentra presente. Y es que resulta difícil imaginar un mercado publicitario sin la persuasión, porque para la publicidad “es necesario dirigir la conducta de compra del receptor hacia el producto anunciado” (Sánchez Guzmán, 1993, 79). Esto encuentra su fundamento en el axioma al que he hecho referencia al iniciar el presente capítulo: *el interés de las empresas anunciantes en vender la mayor cantidad de productos posibles*.

No obstante, nada indica que la tarea de crear mensajes publicitarios, que implica persuadir a millones de personas para que adquieran un producto, se puede lograr sin mayores complicaciones. Una de las técnicas utilizadas para facilitar dicha tarea, yace de la segmentación, pues, por medio de ella se puede conocer con mayor precisión, la manera en que se puede producir un efecto emotivo en los distintos grupos sociales.

Cada edad, nivel socioeconómico, sexo, estado civil, grado de instrucción, etc., tiene su propia escala de valores en lo que a importancia de motivaciones se refiere. De allí que los avisos, al exponer una motivación, deben seleccionar aquella que sea realmente movilizadora porque es la más importante para el grupo de individuos que compone la audiencia objetivo (Billorou, 1998, p. 159).

Mientras que la persuasión puede ser considerada como el alma de la publicidad, la información representa el espíritu, unidas constituyen la piedra angular del proceso de comunicación publicitaria. Por tanto, resulta imprescindible afirmar la íntima relación que ambas guardan; a pesar de que persiguen fines distintos, pues “la información, en definitiva, aspira a dar a conocer; la persuasión aspira a influir” (Billorou, 1998, p. 159).

2.4 Mensaje

El mensaje en la publicidad es lo que se intenta transmitir a través de la información. Es el objetivo, la moraleja y la idea que se quiere crear en la perspectiva del cliente. Para que esto sea posible, son utilizadas imágenes, símbolos, música, personajes conocidos y todo aquello que logre edificar un ambiente atractivo para captar el interés del receptor.

En ocasiones, el mensaje publicitario está dirigido a crear un efecto exclusivamente emotivo y esto puede acarrear que el mensaje pueda verse desligado del producto mismo, no obstante, si el nivel de aceptación provocado en el público es alto, se puede considerar que el objetivo está siendo cumplido.

En otros casos, el mensaje cumple con una función estrictamente descriptiva del producto o de los productos que anuncia. Aquí se busca informar sobre la existencia del producto o de la empresa que se promueve.

Cada una de estas situaciones depende de múltiples factores que traen como resultado la estrategia publicitaria emprendida. Por lo tanto, todo puede variar dependiendo de las características propias del mercado, del producto o del objetivo fijado.

2.5 Anunciantes

La palabra anunciante dentro del presente trabajo se refiere a la empresa interesada en promover su marca y producto a través de la publicidad. Nada impide que esta pueda disponer de un departamento de marketing y otro de

publicidad, de esa forma se obtiene un resultado mejor identificado con la esencia misma de la empresa. Generalmente, éste no es el caso.

La comunicación publicitaria reposa sobre una organización de personas, fuertemente estructurada en una cadena de tres eslabones básicos: la empresa productora de bienes y servicios que encarga y financia la publicidad; las empresas de publicidad, es decir, los organismos dedicados a la creación y ejecución de las campañas publicitarias; y los medios de comunicación, que se convierten en soportes de difusión de los mensajes publicitarios (Sánchez Guzmán, 1993, 105).

A continuación, presentaré el tipo de empresas que suelen utilizar a la publicidad, algunas veces con el fin de atraer clientes y otras, para dar a conocer de su existencia y/o función dentro de la sociedad.

2.5.1 Empresas privadas y empresas públicas

Por empresa, se entiende toda agrupación creada con el fin de realizar una actividad por la cual se perciba beneficios económicos. A esta definición, no debe afectar que el capital utilizado para iniciar las actividades provenga de fondos privados, públicos o mixtos, puesto que la publicidad, en estos casos, busca exclusivamente anunciar los bienes o servicios brindados.

Son las empresas, en el mayor número de casos, las que hacen uso de la publicidad en sus diferentes presentaciones. Ello, se debe que las primeras normativas destinadas a regular la publicidad se encuentran dentro de la Ley de Lealtad Comercial. Esto, encuentra su explicación en el gran nivel de competencia que se encuentra presente en todo mercado comercial.

En cuanto a las empresas públicas, muchas veces éstas hacen uso de la publicidad para fortalecer su imagen frente a los usuarios, aclarar situaciones confusas respecto de los servicios que ofrece o para informar sobre alguna situación determinada. En este sentido, las leyes sobre publicidad comercial no se encuentran limitadas en su ámbito de aplicación por la naturaleza de las empresas públicas. Estas empresas se encuentran sujetas a la ley en cuanto a la veracidad

de la información que deben brindar; y, en este sentido, también pueden ser utilizadas las leyes sobre la libertad de acceso a la información pública.

Concluyo, aclarando que toda intervención legal utilizada para regularizar una publicidad se dirige específicamente a estos dos tipos de anunciantes, lo que obviamente se debe, a la naturaleza comercial de sus actividades.

2.5.2 Asociaciones privadas sin fines de lucro

A diferencia del tipo de anunciantes presentado precedentemente, las asociaciones privadas sin fines de lucro no persiguen ganancia económica. No obstante, entiendo necesario incluirlas en el presente capítulo debido a su alta participación en el mercado publicitario.

Generalmente, el objeto de sus mensajes consisten en campañas sociales que persiguen crear conciencia en la población sobre temas tan importantes como la prevención al cáncer de mama, advertir los efectos dañinos del consumo de drogas, promover la necesidad del uso de preservativos entre los jóvenes, entre muchas otras funciones que no omito por razones de importancia, sino de extensión.

Este uso de la comunicación publicitaria contiene similitudes importantes frente a las publicidades comerciales. Un ejemplo de ello, son sus elementos informativos y persuasivos. En ese mismo sentido, el esfuerzo altruista de las asociaciones privadas sin fines de lucro, ha sido seguido por diferentes empresas interesadas en hacer uso de la responsabilidad social empresarial.

2.5.3 Administración pública

Con el paso del tiempo y a medida en que se fue comprobando la efectividad de la publicidad, los Gobiernos han venido incrementando su inversión en este mercado.

En Argentina, se destaca el incremento de la publicidad oficial que en los últimos cinco años aumentó el 597%, en una tendencia que continúa. En 2003 fue de \$ 46,3 millones; luego, aumentó a \$ 99,8 millones en 2004; al año siguiente pasó a \$ 127,5 millones; en 2006 se pagaron \$ 210 millones; y un año después, el gasto se incrementó en un 53%, hasta alcanzar los 322 millones (Alfil, 2008, Párr. 2).

Estos datos confirman el interés del Gobierno, en este caso el argentino, de utilizar los medios de comunicación para mantener informada a la población de su participación en las actividades públicas. Otro de los usos dado a la publicidad por parte de la administración pública, se encuentran al establecer una corriente de opinión favorable en beneficio de las políticas públicas ejecutadas.

En los casos de publicidad financiada por las administración pública, así como también en aquellos efectuados por asociaciones privadas sin fines de lucro, no se encuentra presente directamente el elemento de la oferta comercial, por lo tanto, resulta imposible aplicar las reglas legales de la publicidad ilícita en cualquier sentido.

2.6 Receptores

Como he sostenido anteriormente, para que pueda considerarse configurado el proceso de comunicación publicitaria es necesario que los receptores del mensaje emitan una respuesta; ésta puede ser afirmativa, negativa o parcial en cualquier sentido, en tanto que cumplan con la función de manifestar su consideración sobre el mensaje publicitario.

Puede parecer que las únicas personas que cubren la posición de receptores del mensaje son los consumidores, pero no es así. A continuación, haré referencia a los diferentes destinatarios de la publicidad comercial, y del mismo modo, resaltaré las diferentes características que puede presentar la publicidad, dependiendo de a quién va dirigida.

2.6.1 Consumidores

En su origen legal, el concepto de consumidor parte de todo aquel que se sirve de cosas consumibles, y conforme al artículo 2325 del Código Civil Argentino, “son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad”.

Hoy en día, el encuadre conceptual para las personas consideradas consumidores ha variado ampliamente. Pues, los sistemas económicos de los Estados han cambiado las prácticas comerciales y en consecuencia, el derecho se ha visto en la necesidad de adaptarse a la realidad social. Para Javier Wajtraub (2008) “El término consumidor proviene de la ciencia económica, aunque actualmente integre también el lenguaje jurídico. Para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares” (p. 41).

En el caso abordado, la importancia de esta definición está en reconocer al consumidor como el destinatario final del producto o servicio, o sea, aquella persona a quien va dirigido. En palabras de Juan M. Farina (2005), en los casos de publicidad dirigida específicamente al consumidor “la información es lo menos importante. Esta publicidad se ha convertido, lisa y llanamente, en la industria de la persuasión” (p. 309).

Por mi parte, no me parece correcto recurrir a los extremos y atribuir a este tipo de publicidad el uso exclusivo del elemento de la persuasión, puesto que las generalidades no siempre encajan con la realidad y mucho menos si consideramos la tendencia de utilizar el elemento informativo como consecuencia de la presencia de productos competidores. Asimismo, en la publicidad dirigida a los proveedores o empresarios, que presentaré más adelante, también existe un uso destacado aunque no dominante del elemento persuasivo.

Para terminar, resulta de cardinal importancia para este punto, la aclaración de José Ramón Sánchez Guzmán (1993), cuando explica que “El contenido del mensaje publicitario variará según la asociación del producto a las normas del grupo de pertenencia o de referencia en que se encuentra adscrito el receptor”⁶ (p. 395).

Por lo tanto, entiendo que resulta necesario aseverar cómo en los casos en que la publicidad se encuentra dirigida directamente a los consumidores, los mensajes se caracterizan por atacar a los detonadores emocionales del público para de esta manera influir en sus decisiones de compra.

2.6.1.1 Publicidad y Defensa del Consumidor

El artículo 1º de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor entiende como consumidor a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Se considera, asimismo, consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

Resulta ostensible que la configuración de la figura *consumidor* resulta de su adquisición o uso de productos o servicios como *destinatario final*, así como de la exposición a una relación de consumo. Ahora bien, Ricardo Lorenzetti (2003, pp. 88-89) realiza una clasificación de las personas llamadas a ser potenciales consumidores, las que divide en:

1. *Usuario*, es quien usa el producto o servicio sin contratar.
2. *Afectados o expuestos a prácticas comerciales* son aquellas personas que pudieren resultar víctimas de los casos de publicidad ilícita.

⁶ “El autor define a los grupos de pertenencias como a los que, de hecho, pertenece el individuo. Los de referencia son el conjunto de individuos, reales o imaginarios, a los que otros individuos, consciente o inconscientemente, toman como modelo identificándose con ellos”. (Sánchez Guzmán, 1993, p. 395).

3. *Legitimación para la defensa de bienes colectivos*, aún cuando éstos no han contratado, existe un interés colectivo de demandar corrección de acciones que afectan al grupo.
4. *Cesionario*, considerado contratando y goza de los mismos derechos que el cedente.
5. *Tercero beneficiario*, su discusión dentro del grupo de consumidores es debatible. Se trata de contratos a favor de terceros.

Comúnmente, vemos cómo se asocia la publicidad comercial exclusivamente con las personas físicas que adquieren como destinatarias finales los productos o servicios ofertados. Esto, se debe a que la publicidad comercial en principio se encuentra dirigida a estas personas aunque no lo sea así exclusivamente.

Otro punto interesante en la definición de consumidor que nos da la ley de Defensa del Consumidor, es cómo las personas jurídicas también pueden ser consideradas consumidores (siempre que utilicen los bienes o servicios como destinatario final). Al acudir a una interpretación jurisprudencial en este sentido, “la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor es aplicable respecto de la persona jurídica que adquirió a título oneroso un automotor para satisfacer las necesidades de su empresa comercial (en el caso, traslado de sus miembros y empleados), pues reviste el carácter de consumidor o destinatario final del bien” (CNCom., Sala A, 21-II-2000, “Artemio Construcciones SA c/ Diyón SA y otro” L.L. 2001-B-2-345 cit. por Wajtraub, 2008, p. 39).

Para concluir este punto, cito el artículo 3 de la referida Ley de Defensa del Consumir donde establece que las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley No. 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley No. 22.802 de Lealtad Comercial, las cuales trataremos más adelante.

2.6.2 Empresas

Cuando la publicidad esta dirigida a empresarios que buscan comercializar posteriormente los productos anunciados, nos encontramos con una publicidad hecha de un proveedor hacia otros proveedores. Y como se ha afirmado anteriormente, existe una diferencia en el vínculo contractual cuando el demandante del producto no posee la calidad de destinatario final.

En estos casos, la empresa anunciante se encarga de presentar una imagen fuerte de la marca y de resaltar todas las características útiles y beneficiosas del producto. Podemos afirmar que se destaca la presencia del elemento informativo. De esta manera, se intenta crear un interés común en las empresas distribuidoras “con el objetivo de lograr un contrato que seguramente será motivo de tratativas previas” (Farina, 2005, p. 309).

Me parece oportuno mencionar, que aún cuando este tipo de publicidad busca surtir efectos directos sobre los empresarios, no está sólo dirigido a ellos. Porque precisamente, si consideramos que los comerciales se exponen a un público indeterminado, éstos también son vistos y surten efectos en los consumidores. En consecuencia, si bien es cierto que esta publicidad incentiva a los empresarios minoristas en contratar con la empresa anunciante, también se crea un interés de compra en los consumidores una vez que estos conozcan la información expuesta en la publicidad.

Hecha esta aclaración, es dable reafirmar el énfasis que este tipo de publicidad hace en el uso del elemento informativo sobre el persuasivo, no obstante, ambos elementos encontrarse presentes. A continuación, relacionaré la publicidad con las leyes que intervienen en la regulación y promoción del mercado respecto al comercio y la competencia.

2.6.2.1 Publicidad y Ley de Lealtad Comercial

Las prácticas comerciales actuales y la competencia en la que se ven envueltas las empresas, han provocado en los proveedores la necesidad de

recurrir a métodos contrarios a las leyes y a los usos honestos del comercio, principalmente aquellos regidos por la lealtad comercial.

El interés de todos estos comerciantes gira en torno el acaparamiento de la mayor cantidad de clientes, sin importar las consecuencias legales a las que se encuentren sujetos. El inconveniente de esta avidez desmesurada, repercute en el debilitamiento institucional del sector privado que trae como consecuencia, un perjuicio para la cadena completa de producción y de consumo.

En consecuencia, esta situación creada por la falta de ligereza de las grandes empresas nacionales o multinacionales al incumplir con las leyes, exhibe el papel principal que debe jugar los organismos de aplicación de la Ley de Lealtad Comercial No. 22.802.

En lo concerniente a la publicidad, el artículo 9 de la referida Ley de Lealtad Comercial No. 22.802 establece que “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 servicios”.

En este sentido, el control que se impone para mejorar la actividad regular del mercado general y publicitario, requiere de la participación continua de la autoridades a través de la Secretaría de Comercio y los organismos que ella delegue la aplicación de la Ley 22.802. No obstante, extendiendo ésta y otras ideas en el próximo capítulo, especialmente en la parte dedicada a la publicidad ilícita.

2.6.2.2 Publicidad y Régimen de la Defensa de la Competencia

La ley llamada a proteger la competencia viene de la mano con la Ley de Lealtad Comercial, y así lo ha afirmado el artículo 3º antes citado de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Pues, es innegable la interconexión de sus objetivos y regulaciones. Ya que, en su aspecto teórico se busca incentivar y regular la práctica comercial de los países, al darle paso y proteger a la libertad de competencia, por encima de los intereses del pequeño grupo de grandes empresarios que pretenden acaparar la totalidad de la clientela.

Esta posición encuentra respaldo en diferentes fuentes, así Rafael Acevedo (1998) manifiesta que la competencia desleal se ha desarrollado hasta el punto en que protege tres partes directamente interesadas en la defensa de la competencia.

1. Consumidores: las acciones que afectan preferentemente a los consumidores están los actos de confusión, de engaño, de comparación, de denigración, la imitación que genera confusión, la explotación de los sentimientos y ciertos supuestos de venta a pérdidas. Aquí, el juicio de deslealtad se basa en que estos actos afectan negativamente el proceso racional de toma de decisiones de los consumidores.
2. Los competidores: se da fundamentalmente en los actos de aprovechamientos de la reputación ajena (medie o no imitación), de violación de secretos industriales o empresariales, de inducción al incumplimiento contractual, y en la imitación obstruccionista.
3. El Estado: atacan al mercado las ventas a pérdidas predatorias, las acciones desleales por violación de normas, como también la imitación obstruccionista.

La diferencia principal entre estas leyes radica en que los ilícitos sancionables por la Ley de Defensa de la Competencia No. 25.156, no nacen de límites positivos definidos dentro de la ley, sino que sus ilícitos nacen por la conducta que se imponen los mismos competidores entre sí. En otras palabras, este derecho “representa la posición del ordenamiento jurídico frente a las limitaciones impuestas a la competencia por parte de los propios competidores. No establece limitaciones a la competencia, sino que determina la licitud o

ilicitud de las impuestas por los mismos competidores, ya a través de una acción individual, bien mediante acciones conectadas entre varios” (Acevedo, 1998, p. 21).

En un aspecto más práctico, a mi entender la defensa de la competencia en la publicidad se interpone, entre otros casos, cuando se hace uso de la publicidad denigratoria o subliminal, de acuerdo al artículo primero de la ley No. 25.156, por esta “limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, de modo que puede resultar perjuicio para el interés general”.

CAPÍTULO III.

PUBLICIDAD COMERCIAL ENGAÑOSA.

La información publicitaria no es, pues, desinteresada, imparcial ni aséptica; es siempre, porque lo es necesariamente, una información tendenciosa.⁷

3.1 Generalidades

La publicidad sirve como carta de presentación de las empresas anunciantes quienes, para atraer a potenciales consumidores, buscan crear una corriente de opinión pública favorable respecto de su marca, de la calidad de su producto o del servicio brindado, así como también de las ofertas que propone.

En ese sentido, las prácticas comerciales pueden llegar a utilizar la publicidad de una manera indebida y en ocasiones, puede resultar contraria a principios Constitucionales⁸, legales y/o reglamentarios. Esto trae como consecuencia la intervención del legislador con el fin de evitar mayores perjuicios en contra del “interés individual de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado por preservar el mercado” (Acevedo, 1998, pp. 1-2). De esto, se deduce que cuando una empresa, mediante un comercial publicitario excede los límites impuestos por las distintas normas, puede llegar a vulnerar múltiples intereses de manera indirecta, por lo que es importante y necesaria, su regulación.

No obstante, el legislador actual se interesa principalmente en la protección de los derechos consagrados dentro del marco jurídico de la defensa del consumidor, porque, a medida en que han evolucionado las prácticas comerciales, en donde la oferta masiva precede la demanda y en donde los

⁷ (Sánchez Guzmán, 2003, p. 117)

⁸ “El abuso de las técnicas publicitarias –sea por información incompleta, tendenciosa o engañosa- vulnera el derecho del consumidor de jerarquía constitucional (art. 42, Ley Fundamental) afectando el consentimiento que puede prestar ese consumidor o usuario, parte débil de la relación de consumo”. CNFed. CAdm., sala II, 6-4-2000, “Aerolíneas Argentinas c/S. C. e I.”, L. L. 2001-B-505; R.C. y S. 2000-II-110 cit. por (Lorenzetti.2003, 163).

consumidores tienden cada vez menos a participar en la negociación de compra, las leyes han intentado proteger a estos últimos de las estrategias y astucias de los comerciantes.

Una de las soluciones propuesta por la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario se encuentra en el primer párrafo del artículo 8 “sobre los efectos de la publicidad”, donde reza: *“Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”*.

Para Stiglitz (1998), una sistematización de los recaudos suficientes para calificar como vinculante la publicidad comercial, es la siguiente:

A) La necesidad de que los medios publicitarios hagan referencia inequívoca al objeto (materia) del contrato al que se le relaciona.

B) Una indispensable claridad y precisión en la información relativa a los casos o servicios que se ofrecen.

En palabras de Ricardo L. Lorenzetti (2003), “El bien tutelado es la confianza del consumidor en la oferta pública que hace el empresario, y no la negociación competitiva”.

Esta situación que encuentra respaldo en la disposición legal del artículo antes indicado, busca mantener la palabra proporcionada por el oferente, evitando situaciones en donde se atraiga al cliente y posteriormente, éste sea decepcionado por un eventual engaño propiciado por la empresa anunciante.

3.2 Licitud e ilicitud de la publicidad

Ante la disyuntiva de establecer si un comercial publicitario es permitido o prohibido por el derecho argentino, considerando además que este país no dispone de una legislación íntegra que se refiera exclusivamente a la publicidad, es necesario acudir a los principios jurídicos en donde se explicita las conductas permisivas o vedadas dentro de la actividad comercial.

A mi entender, la publicidad debe considerarse legítima siempre y cuando no lesione los derechos de un tercero, no incumpla con normas específicas referidas al tema, ni emplee maniobras fraudulentas para eludir a su deber de información veraz.

Resulta interesante una interpretación jurisprudencial argentina que sentó los límites para establecer la licitud de una publicidad. En ese entonces, no se contaba con textos legales expresamente dirigidos a regular la actividad publicitaria comercial, por lo tanto, los jueces fundamentaron su posición conforme a los principios del Código Civil. Es necesario mencionar, que dichos fundamentos aún son tomados en consideración al momento de evaluar una la legalidad de una publicidad.

En este caso de publicidad comparativa “DESAFÍO PEPSI”⁹, “el tribunal sostiene que la publicidad comparativa leal, en cuanto no denigre ni menoscabe con falsedades los productos o servicios del competidor, no cae bajo la sanción de ningún precepto legal. Por el contrario, si tal tipo de publicidad incurre en afirmaciones u omisiones engañosas, esta conducta puede ser calificada de dolosa e incurrir en la sanción genérica del artículo 953, Cod. Civ., que comprende aquellos actos imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o que perjudiquen los derechos de un tercero. **Norma que no se refiere exclusivamente a la publicidad comparativa, sino a cualquier acto que encuadre en sus previsiones**”.

(Subrayado y negrita es mío).

El Juzgado en lo Civil y Comercial Federal No. 1, Sec. 1 citado, afirma que si una publicidad “incurre en afirmaciones u omisiones engañosas” está expuesta a ser considerada contraria al artículo 953 del Código Civil, así como también a las demás leyes que resulten violentadas. En este sentido, también es importante tener en cuenta el artículo 1066 del Código Civil Argentino.¹⁰

⁹ The Coca Cola Company y otros c/ Pepsi Cola Argentina SAIC y otros s/ varios propiedad industrial. Juzgado Civ. y Com., Fed. No. 1, Sec. 1, 21-10-98. Causa No. 7882/93

¹⁰ Art. 1066 Cód. Civ.: “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto”.

Ahora bien, estas indicaciones no pretenden apuntar hacia la declaración de una publicidad ilícita en todas las situaciones en que un tercero considere que sus derechos han sido afectados. Existe jurisprudencia donde se declara que “*no es considerado delito proclamar la superioridad de una lámpara; asegurando que no existe ninguna mejor*” (“Durz, Máximo y Tryan, Francisco” Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, 5/6/1936, LL-3-154, cit. por Otamendi, 1999, p. 42).

En estos casos, no se especifica un competidor que pueda reclamar por un daño sufrido por la publicidad. Igualmente, esta situación presenta una práctica aceptada dentro del comercio habitual y refleja, a su vez, la susceptibilidad de aplicación de la ley, por lo que el juez debe equilibrar su uso, evaluando cada caso en particular.

3.3 Publicidad ilícita *stricto sensu*

La publicidad adquiere la calificación de ilícita cuando resulta lesiva a los principios jurídicos salvaguardados por el Estado a través de la Constitución y de sus leyes.

Aquellos bienes jurídicos protegidos por la Constitución están orientados a promover un sistema de bienestar social, en el que se respete la dignidad humana, la igualdad de género, el derecho a la salud, el desarrollo económico, así como cualquier otro principio supremo que sea de interés preservar.

Expresa Aida Kemelmajer De Carlucci (1996) que “La publicidad ilícita es la que atenta contra los principios básicos del sistema de valores imperante, fomenta la discriminación social y religiosa, infringe el principio de igualdad social, económica o cultural de los sexos, explota la confianza, credulidad o falta de experiencia del consumidor” (p. 63).

Agrego a esto, que la regulación de la publicidad no sólo tiene fundamento en la interpretación y el resguardo de los principios Constitucionales mencionados. Existen un conjunto de leyes adjetivas que imponen límites

expresos a los anuncios publicitarios, con los fines de proteger esos y otros derechos en beneficio de la sociedad, de la competencia en el mercado y del comercio en general.

Resulta interesante la definición y clasificación hecha por la ley General de Publicidad Española No. 34/1988, que define la publicidad ilícita como: “a) la publicidad que atenta contra la dignidad de la persona, o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que refiere a la infancia, la juventud y la mujer; b) la publicidad engañosa; c) la publicidad desleal; d) La publicidad subliminal; e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios”.

Aún considerando la amplitud de la clasificación adoptada por la ley española para declarar la ilicitud de la publicidad, ésta no abarca todas las clases de publicidades ilícitas existentes ni creo que pueda existir una fórmula sacramental que así lo haga. Pues, nos encontramos ante una situación compleja, en donde la infinidad de escenarios que pueden presentarse, lo dificulta.

A continuación, desarrollaré cada una de las publicidades consideradas expresamente ilícitas, sus particularidades, así como diferentes interpretaciones jurisprudenciales, nacionales e internacionales, que se han pronunciado sobre el tema.

3.3.1 Publicidad engañosa

El consumidor, considerado la parte débil dentro de la relación de consumo, necesita una serie de parámetros que le permitan tomar la mejor decisión en su compra. Estos parámetros, se obtienen cuando se conocen las ofertas hechas por los anunciantes, quienes están obligados a cumplir con el

deber de información contemplado en el artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor, No. 24.240 (reformada por la ley 26.361) ¹¹.

Ahora bien, las empresas anunciantes para sobresalir ante la competencia y así, atraer una mayor cantidad de clientes, suelen utilizar publicidades viciadas con información falsa, incompleta, incierta y cualquier otro tipo de estratagema concebido para engañar al público. De esta forma, atribuyen a sus productos o servicios calidades, precios, características o bondades que no corresponden con la realidad.

Para abocarnos a un concepto preciso de la publicidad engañosa, la Unión Europea en su directriz 84/450 la entiende como aquella que “de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y, que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”.

Un aspecto importante para determinar la existencia de la publicidad engañosa, está en comprobar la influencia que el dato falso, la inexactitud o la omisión produjo en la decisión de compra del consumidor. Porque en definitiva, la motivación de compra nace de un error creado intencionalmente por el anunciante.

En el año 1944 la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (Federal Trade Comisión, FTC) consideró ilegal y ordenó el cese de una publicidad de crema de rejuvenecimiento de marca “*rejuvenescence*” porque afirmaba falsamente “que ella rejuvenecería a quien la utilizara y restablecería la elasticidad, sin importar la edad, ni la condición de la piel del usuario (United States Court of Appeal, Second Circuit, “Charles of the Ritz Distributors Corp. v. Federal Trade Com.”, 1944, registrado en 143 F.2d, p. 676. cit. por Muguillo. 2005, p. 227).

¹¹ Artículo 4º: Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.

La Corte entendió que “importaba un abuso utilizar la publicidad de la marca ‘Rejuvenescence’, pues ella por sí misma suponía el engaño sobre el producto, en tanto y en cuanto éste no producía el efecto que se publicitaba y que se implicaba en su propia designación marcaria” (Muguillo. 2005, p. 228).

Puede considerarse, que este caso citado constituyó uno de los primeros adelantos en beneficio del conjunto de consumidores, quienes entendían como ciertas cualquier declaración hecha a través de los medios de comunicación publicitarios.

En la República Argentina “se consideró engañosa la publicidad realizada por una universidad privada que ofrecía un descuento del 20% de los aranceles correspondiente a los turnos de la tarde y noche, sin aclarar que esa reducción alcanzaba sólo a los ingresantes al ciclo introductorio y no a los que se rematricularan” (CNPEcon., sala C, “Fundación Universidad Belgrano”, J.A. 1991-II-493. citado por Lorenzetti, 2003, p. 155).

Indiscutiblemente, dicha universidad al no informar de manera cierta, clara y detallada su oferta, faltó a su deber de información. En consecuencia, se produjo confusión y engaño en las personas que se vieron motivadas a contratar por la publicidad.

Otra práctica comercial distinta, muy utilizada y que por igual corresponde calificar de engañosa, se trata de los casos en donde un proveedor ofrece un producto prometiendo determinada calidad y precio; pero cuando los compradores se dirigen al establecimiento, los productos anunciados se encuentran “agotados”; el vendedor, en estos casos, reemplaza los productos con otros de menor calidad y a mayor precio. En Estados Unidos esta práctica se conoce como *bait and switch* (Muguillo, 2005, p. 221).

En Argentina ocurrió un caso similar, en donde la Secretaría de Comercio en sus funciones de inspector, al no encontrar el producto ofertado, así como tampoco uno similar o de calidad superior, consideró esa conducta contraria al artículo 7 de la Ley de Defensa del Consumidor No. 24.240 y a su decreto

reglamentario. El tribunal dispuso que “con el objeto de que se cumpla con el espíritu de la Ley de Defensa del Consumidor, es necesario que el producto de reemplazo sea ofrecido en igualdad de condiciones que el ofertado en la publicidad; esto es, que es (sic) equivalente en calidad y características, que se encuentre ubicado en el mismo lugar que el original, al mismo precio, como también que se informe del reemplazo ocurrido” (CNFed.CAdm., sala IV, “Cencosud SA c/ Secretaria de Comercio de Inversiones”, rev. Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, marzo – abril de 2001, p. 114. citado por Lorenzetti, 2003, p. 166).

Continuando con el análisis sobre la publicidad engañosa, es necesario mencionar que por vía de consecuencia esta es considerada desleal. Esta posición parte del argumento de que una empresa falta al principio de buena fé – lealtad que debe existir dentro de toda tratativa previa, cuando se engaña al público para atrapar clientes que de otra forma no se hubieran captado. El artículo 9 de la Ley de Lealtad Comercial No. 22.802, expresamente declara que 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 servicios.

Para concluir este punto, confirmo que la protección al público de la publicidad engañosa encuentra su interés en la preservación de la confianza en el comercio. Evitar que el conjunto de consumidores malgasten su dinero por la falta de veracidad en las informaciones publicitarias y por la violación al deber de información, supone corregir la actividad comercial, y a la vez se incentiva a una inversión sana, dinámica y satisfactoria a las necesidades de la sociedad.

3.3.2 Publicidad desleal

La actividad comercial presupone que cada empresa debe esforzarse por captar clientes en base a una estrategia propia. Esta estrategia debe definirse

pensando en las preferencias del público objetivo y conociendo las ofertas de la competencia.

Por consiguiente, para una empresa poder presentar ofertas atractivas que le permitan destacarse en el mercado, es común que evalúe las estrategias de los competidores. Sin embargo, cuando se denigra el producto de la competencia o se intenta confundir o engañar al público para atraer fraudulentamente a los clientes, estamos en presencia de una conducta desleal.

Una de las vías más utilizadas para ejecutar este tipo de acciones es la publicidad. Es por esta razón que el artículo 9 de la Ley de Lealtad Comercial No. 22.802 antes citado, sanciona expresamente toda publicidad que mediante inexactitudes u ocultamientos de información pueda inducir a error, engaño o confusión.

La legislación matriz, aún vigente, encargada de regular la competencia desleal, es el artículo 10 bis del Convenio de Paris donde la define como “todo acto contrario a los usos honestos en materia industrial y comercial”, y la castiga toda vez que sea capaz de crear confusión, descrédito o engaño respecto de los establecimientos, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

En el campo de la responsabilidad personal, el artículo 159 del Código Penal Argentino, declara ilegal la conducta de toda persona que “por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”.

Estas legislaciones que procuran normalizar la competencia, nacen de la necesidad de controlar los usos comerciales imprudentes y desleales; buscando en su aplicación, proteger a ese conjunto de comerciantes honestos que contribuyen a la generación de empleos, a las recaudaciones fiscales y a la actividad comercial en general.

En ese mismo tenor, también se ampara al grupo de consumidores influidos negativamente por las publicidades que les impiden tomar una decisión correcta sobre la conveniencia de los productos necesitados.

En el año 2000, se le impuso una multa a “Aerolíneas Argentinas S.A.” al publicar una oferta en donde el precio informado inicialmente no correspondía con la suma final a pagar. En la publicidad no se incluyeron impuestos, tasas, seguros ni otros conceptos que debían ser soportados por el usuario, por lo tanto el tribunal declaró que “... la Ley de Lealtad Comercial tiene como uno de sus objetivos que el consumidor conozca en forma inmediata el monto que deberá desembolsar por la adquisición del bien o servicio publicitado, así como también permitir una rápida comparación con los valores de otros oferentes del mercado” (CNFed. CAdm., sala II, 6-4-2000, “Aerolíneas Argentinas c/S. C. e I.”, L. L. 2001- B-505; R. C. y S. 2001-II-110. citado por Lorenzetti, 2003, op. cit., pp. 162-164).

Esta práctica publicitaria es utilizada iritantemente en el comercio cotidiano, pero en la actividad aérea aparece con más frecuencia. Entre las causas generadoras de este problema se encuentran la competencia agresiva que vive el mercado del servicio aéreo, así como las diferentes variables que producen una inconsistencia en la oferta.

Las soluciones a este problema internacional varían de acuerdo al país en que se lleve a cabo la transacción y al nivel de protección legal que tenga el usuario, pero definitivamente el desagravio inicia con un adecuado marco legal protector del derecho a recibir una información completa. En segundo lugar y lo más importante, es la necesidad de proveer una vía que le asegure a los perjudicados la aplicación efectiva de estas normas.

Antes de continuar, informo al lector que un encasillamiento restrictivo respecto a cada tipo de publicidad ilícita resulta imposible. Porque en general, aunque una publicidad sea considerada esencialmente desleal, no necesariamente lo es exclusivamente. Por lo tanto, a lo largo del trabajo continuaré presentando antecedentes jurisprudenciales que se refieren al aspecto desleal de la publicidad.

3.3.3 Publicidad subliminal

El desarrollo de la ciencia se ha visto influido y dominado por la sociedad consumista, hasta el punto de presentar anuncios comerciales subliminales, en donde el receptor se encuentra incapaz de defenderse de tales métodos o aún de reconocer conscientemente que existen.

En cuanto a su definición, podemos colegir en que “la publicidad subliminal es una técnica que, en teoría, se basa en utilizar estímulos visuales y auditivos de intensidad inferior a la requerida por el umbral de la conciencia (subliminal significa por debajo del <limen> o umbral) de tal forma que el organismo responde con respuesta discriminativas adecuadas, aunque no acompañadas de la conciencia correspondiente” (Sánchez Guzmán, 1993, 126).

Por su lado, la ley general de publicidad española No. 34/1988 en su artículo 7, la define como aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

En esta técnica se basó el famoso experimento de James Vicary en 1957 cuando proyectó, valiéndose de una máquina de su invención (el <taquitoscopio>) que permitía emitir mensajes cada cinco minutos a 1/3.000 de segundo, los anuncios “¿Hambriento? Coma palomitas” y “Beba Coca” introducidos en la película del film que se pasaba en un cine de Nueva Jersey; después de seis semanas de proyección, se afirmó que las ventas de palomitas y de Coca-Cola habían subido considerablemente (Sánchez Guzmán, 1993, 126).

La mayor problemática de la publicidad subliminal, reside en que el público receptor no reconoce el mensaje, pero su subconsciente sí, lo que genera una imposibilidad de discernir sobre la necesidad, conveniencia o no de un producto al que fue sugestionado a comprar. Por lo tanto, cuando una persona no está conciente a qué se está siendo manipulado, le resulta imposible defenderse.

Otro punto controversial, se presenta con la dificultad de su detección. La solución de controlar todas y cada una de las proyecciones audiovisuales transmitidas diariamente, acarrea una situación compleja cerca de lo imposible y potencialmente contraria a disposiciones legales y constitucionales que serán tratadas en el presente trabajo al hablar sobre la *prohibición de la difusión de la publicidad*.

Sobre la restricción de emitir la publicidad subliminal, Roberto Muguillo cita el artículo 1° de la Ley de Defensa de la Competencia, que prohíbe los actos o conductas relacionado con la producción e intercambio de bienes y servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Otra disposición legal argentina, que trata el tema explícitamente, es el decreto 286/81 reglamentario de la ley de radiodifusión No. 22.285, la cual dispone expresamente que se prohíbe la utilización del procedimiento llamado *percepción subliminal*.

A la vez, la Comunidad Europea, en su Consejo de fecha 3 de octubre de 1989, por medio de la directriz 89/552/CEE, en su artículo 10°, párrafo 3°, prohíbe expresamente utilizar técnicas subliminales.

Concluyo advirtiendo que la utilización de técnicas subliminales, por encima de encontrarse prohibida expresamente en distintas legislaciones ya mencionadas, tiene un aspecto ético a considerar, porque puede dar lugar a introducir temas que exceden al aspecto comercial y llegan al ideológico. Pero en lo que concierne al presente trabajo, se impone la intervención de los organismos dedicados a proteger la competencia, el consumidor y el mercado, así como aquellos instituidos para sancionar a quienes crean y ejecuten dichas prácticas.

3.4 Publicidad comparativa

El método elegido por algunas empresas para aprovechar el prestigio de su competidor, consiste en comparar directa o indirectamente sus productos o

servicios con una marca líder o predominante en el mercado, a los fines de atraer mayor atención del público para que adquiriera el bien promocionado.

En ese orden de ideas, nace la publicidad comparativa, que puede definirse como “aquella en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos” (Mercurialy y Giay, 2005, p. 1008).

Ello sentado, podemos notar que la comparación puede darse directa o indirectamente. La forma directa, nace cuando se hace una referencia explícita al competidor o de una forma implícita que lo haga identificable. A su vez, la referencia indirecta, se presenta cuando no se hace referencia a ningún competidor específico porque la comparación se hace en forma general (Mercurialy y Giay, 2005, p. 1008).

Para Ricardo Lorenzetti (2003) “La publicidad comparativa se caracteriza por dos elementos: se hace referencia a productos o servicios propios y a los de otro competidor, de la misma naturaleza. Se persigue la finalidad primordial de entablar una comparación entre ellos. La comparación consiste en resaltar las diferencias, a fin de mostrar las ventajas del producto o servicio propio, frente a los del competidor” (p. 155).

En la mayoría de las ocasiones, la empresa líder comparada no está conforme con el hecho de que un tercero utilice su marca, prestigio o fama públicamente. Esto, es completamente entendible porque en todos los casos el anunciante siempre sale mejor posicionado en la comparación, dejando al competidor en una mala situación.

Los tribunales argentinos han debatido por muchos años sobre la legalidad de esta estrategia publicitaria. Hoy en día, las posiciones encontradas persisten, sin embargo, la jurisprudencia más reciente se ha mostrado a favor de ésta, aunque presentando condiciones.

En resumidas cuentas, las condiciones consisten en prohibir el uso de la marca ajena como si fuera propia¹², tampoco es admisible la publicidad que trate de denigrar o desacreditar la marca del competidor, ni cuando es engañosa¹³. A esto se suma, que deben confrontarse productos y características homogéneas, y la confrontación debe ser leal y veraz¹⁴.

Para Javier F. Nuñez (2001) “La publicidad comparativa, resulta por esencia ‘veraz’ e incluso procompetitiva. Cuando los parámetros de comparación están falseados, no hay genuina publicidad comparativa, sino directamente una forma de publicidad desleal” (p. 4).

La posición opuesta al uso de la publicidad comparativa, afirma que ésta sólo funciona para las empresas interesadas en nutrirse de la popularidad de la marca ajena. Otro argumento contrario, se fundamenta en la confusión generada al público sobre el producto y su conveniencia, esto por la falta de objetividad con que se hace todo anuncio publicitario, tomando en cuenta el elemento persuasivo que lo acompaña.

El Código de Ética y Autorregulación Publicitaria, en su artículo 20, dispone que los mensajes comparativos no deben:

1. Crear confusión en la comparación.
2. Poner en ridículo o denigrar al otro producto o servicio.
3. Deformar la imagen de otros productos.
4. Atentar contra el buen nombre o prestigio de terceros.
5. Intentar crear una situación de rechazo hacia los productos o servicios de la competencia o sus usuarios.

Cabe destacar, el componente anti-monopólico generado por la publicidad comparativa. En los Estados Unidos y Europa, el uso asiduo de esta práctica ha llevado a sus autoridades a regularlo y a la vez incentivarlo, pues, se entiende

¹² “Bodegas Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agroindustria Cartellone S.A.”, causa 1407. Sala I. del 22/3/91.

¹³ Axoft Argentina S.A. c/ Megasistemas S.A., causa 6275/71, Sala I, del 30-12-93.

¹⁴ Unilever S.A. s/ medidas cautelares (año 2000) CNFed. Civ. y Com., Sala II.

beneficioso para el conjunto de consumidores y usuarios receptores de la publicidad cuando éstos reciben mayor información sobre los productos o servicios comparados; así como también se produce una motivación a comprobar sus ventajas.

En ese país, (EUA), sigue Thompson, la cadena NBC, que previamente había obtenido la autorización pertinente de la Federal Trade Comisión (FTC) anunció que televisaría avisos en los que se identificaría a los competidores por el nombre. De esta manera, la FTC estimuló la publicidad comparativa. La FTC consideró en ese entonces, que dicha publicidad invariablemente promocionaba la competencia y podía llevar a bajar los precios en el mercado. Esta agencia gubernamental vio a la publicidad comparativa como un medio efectivo de presentar información sobre el producto al público y permitir hacer compras más racionales”. (Lee, Jerome G. “Comparative Advertising, Commercial Disparagement and False Advertising. Trade Mark Reporter, volumen 71, página 621, citado por Otamendi, 1999, P. 20).

Comenta Arbizu citado por citado por Núñez (2001), que “en los EE.UU., el 80% de la publicidad realizada a través de los medios de comunicación resulta ser comparativa. En Canadá y Europa su uso como promoción de productos y servicios va en aumento”.

No obstante lo antes expuesto, llevar la publicidad comparativa al límite que declara permisible o abusivo el uso de esta publicidad, puede traer situaciones legales delicadas que corresponde a un tribunal analizar cada caso.

Un punto interesante en este sentido, está en la irrelevancia de la prueba del daño causado a la víctima para determinar si existió la publicidad comparativa ilícita. La jurisprudencia sostiene que “el sólo hecho de efectuar propaganda comparativa ilícita acarrea la presunción de que ocasiona daño mediante captación de clientela...” (Rolex S. A. c/ Orient S. A. y otros, Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II, 30-12-1971, LL 1147-233 citado por Otamendi, 1999, p. 25).

A continuación, presento dos ilícitos de publicidad comercial relacionados estrictamente con la publicidad comparativa, puesto que hacen un uso directo o

indirecto del nombre, la marca y/o el prestigio de su competidor. Estos son: *la publicidad denigratoria y la publicidad adhesiva*.

3.4.1 Publicidad denigratoria

La publicidad denigratoria se presenta cuando directa o indirectamente una empresa intenta influir de forma negativa en el público sobre el producto o servicio ofertado por el competidor. Esta práctica supone una deslealtad siempre que encuentre la posibilidad de generar un daño a la competencia.

Rafael Acevedo (2001) sostiene que “La publicidad denigratoria es un acto de competencia desleal si por su contenido, forma de presentación o difusión es idónea para generar descrédito en la persona, empresa, o prestaciones de su destinatario, de forma tal que pueda llegar a alterar las relaciones propias del mercado” (p. 8).

El mismo autor, sostiene que no importa que la información publicada sea falsa o resulte de comprobaciones que declaren su veracidad. El sólo hecho de que pueda ocasionar un daño a la reputación de la empresa referida, es pasible de ser considerada denigratoria.

Para citar un caso relacionado con la denigración, nos encontramos con una publicidad radial, en la que la parte demandada recrea lo que supuestamente ocurriría en una de las oficinas de “Buquebús”, donde el personal de esta empresa actora procede a mofarse y maltratar a una hipotética clienta. En tales condiciones, es razonable inferir que la vinculación que el público consumidor establecerá con la actora y, consecuentemente, entre ésta y el trato desconsiderado hacia el cliente (con la implicancia disvaliosa que de ella se deriva), es susceptible de lesionar los legítimos derechos del titular de la marca “Buquebús” (que resulta ser el competidor inequívocamente identificable) al intentar desacreditarla (Los cipreses S. A. c/ Lumary S.A. s/ medidas cautelares” de fecha 26 de junio de 2007).

Afirma otro antecedente, sobre el mismo tema, afirmando que “la divulgación pública por un medio eficaz de difusión, como son las transmisiones de radio, atribuyendo cualidades nocivas a productos individualizados por su clase y enseña; y anunciando al mismo tiempo la excelencia de productos similares, con indicación de su marca y lugar de fabricación y expendio, constituye un acto típico de competencia desleal” (Cuenca de Pons y otro v. Romero y otro” Cámara Civil y Correccional de la Capital Federal, 15-6-1931, J.A-6-1145.)

En este tipo de publicidad, el anunciante por encima de enaltecer el producto o servicio propio, concentra su esfuerzo en hacerle daño al competidor identificado o identificable, alterando la actividad regular de la competencia. Ergo, la intervención del legislador y la interpretación jurisprudencial han concluido en declarar reprochable dicha conducta y reprimirla por considerarla desleal.

3.4.2 Publicidad adhesiva

En la publicidad adhesiva, el anunciante se aprovecha del prestigio ostentado por una marca ajena, y atribuye a su producto las mismas o similares características de aquella marca objeto de la comparación.

En estos casos, aunque el anunciante no utiliza la marca ajena como propia, es preciso pensar que se está beneficiando de su uso. “Utilizando expresiones como ‘tan bueno como...’ ‘la misma calidad que...’ ‘del tipo de...’ ‘según el sistema de...’ etc.” (Acevedo, 2001, p. 11).

Es necesario aclarar, que mientras en la publicidad comparativa, se resaltan las cualidades positivas del producto anunciado sobre el producto comparado perteneciente al competidor; en la publicidad adhesiva la intención consiste “equiparar” el producto anunciado con el de la competencia.

Continuando con la publicidad adhesiva, “esta figura no requiere para su aplicabilidad que efectivamente se produzca un mejoramiento en la posición de

quien se aprovecha, sino que basta la utilización de cualidades positivas de otro que son las que precisamente le ha dado prestigio o reputación en el mercado. La publicidad adhesiva es un caso de aprovechamiento del esfuerzo o reputación ajena” (Acevedo, 2001, p. 7).

Una corriente doctrinal, entiende que ésta debe ser declarada legítima cuando no exista confusión ni aprovechamiento indebido, siempre que se haga en nombre de la defensa y protección de los intereses de los consumidores y la transparencia en el marco de la economía del mercado (Muguillo, 2005, p. 275).

Se dan otras situaciones, en los cuales se difunde información secreta de la competencia. En estos casos, el artículo 39º párrafo 2º del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio (TRIPS's) dispone que “tanto las personas físicas como jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente en su control, se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos...”

En consecuencia, tomando en cuenta las posiciones exhibidas y considerando el escenario para el que se presta la publicidad adhesiva, concluyo oponiéndome a su uso. Porque, el derecho a la explotación de una marca le pertenece exclusivamente a su dueño y por lo tanto debe ser protegido por la ley; salvo en el caso de publicidad comparativa, donde sí existe una conveniencia a favor del comercio y del público general. No obstante, la publicidad adhesiva no brinda un aporte en ningún sentido, y por consiguientemente, constituye un claro aprovechamiento injustificado del prestigio ajeno.

3.5 Sorteos y promociones

Las empresas con el objetivo de incrementar su flujo de clientes, así como también para estimular el impulso consumista de éstos, tienden a organizar distintas formas de sorteos, promociones o regalos. Para hacerlo posible, deben ser observadas y respetadas distintas normas encargadas de regular este tipo de

actividades, entre ellas se encuentra el artículo 1° del Decreto 588 del 20 de mayo de 1998, que reza:

Todo concurso, sorteo o competencia que implique una participación directa o indirectamente onerosa o promocional y que conlleve una elección aleatoria para determinar el ganador, que se efectúe mediante la utilización de un medio de comunicación de carácter masivo, ya sea gráfico, radial o televisivo, deberá contar con la previa autorización de LOTERIA NACIONAL SOCIEDAD DEL ESTADO.

Además de la autorización precedentemente señalada, distintas legislaciones marcan las reglas y los parámetros a los que se encuentran sujetas las empresas en estos casos. Por su lado, el artículo 7 de la citada ley 24.240 sobre Defensa del Consumidor, dispone 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 revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer.

(Párrafo incorporado por la Ley 26.361). La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley.

Este artículo pone de manifiesto nuevamente la importancia que tiene para el comercio mantener la palabra de quien formula las ofertas, y no sólo en razón del tiempo de vigencia, sino también de las modalidades, condiciones o limitaciones, por esta razón declara negativa la oferta de quien la incumpla o la considera como una restricción injustificada de venta, todo esto con las sanciones que el artículo 47 de la misma Ley de Defensa del Consumidor impone y que serán analizados más adelante.

Por otro lado, resulta indispensable respetar las prohibiciones impuestas por el artículo 10 de la Ley de 22.802 de Lealtad Comercial, que fija las pautas

cuando se promueve u organiza concursos, o se realizan ofrecimientos o entregas de premios y/o dinero¹⁵.

Para concluir, presento a continuación parte de un fallo que reflexiona sobre el espíritu de la normativa citada precedentemente:

El fin que se persigue con la ley 22.802 es evitar que los consumidores, mediante publicidad poco clara o engañosa, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o la contratación de servicios, protegiéndose, de este modo, el derecho de aquéllos a una información adecuada y veraz, en la relación de consumo (art. 42, Const. Nac.) (CNPEcon., sala B, 10-2-97, “Banco Nacional del Crédito Argentino SA”, J.A. del 28-1-98, No. 6074, p. 49, citado por Lorenzetti, 2003, p. 139).

3.6 Publicidad y la legislación argentina

En los puntos precedentes, he mencionado algunas legislaciones reguladoras de la actividad publicitaria en general. Entiéndase, aquéllas condenatorias de su uso por concebir prácticas engañosas, desleales, subliminales o cualquier forma genérica que pueda causar un daño a los consumidores, competidores o al mercado.

A continuación, citaré algunas leyes especiales, que moderan particularmente el contenido de los medios publicitarios.

En primer lugar, el Código Alimentario Argentino, aprobado por la ley No. 18.284, capítulo V, en su artículo 222 prohíbe la rotulación o publicidad de

¹⁵ Artículo 10 de la Ley 22.802.- 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 a 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 recupere.

los productos cuando desde el punto de vista sanitario-bromatológico, las mismas sean capaces de suscitar engaño, error o confusión en el consumidor.

Más adelante, su artículo 235 prohíbe por cualquier medio (propaganda radial, televisiva, oral o escrita), efectuar indicaciones que se refieran a propiedades medicinales, terapéuticas o aconsejar su consumo por razones de estímulo, bienestar o salud. Juan M. Farina, sostiene que los productos que lleven indicaciones de esta índole o se expongan a la venta asignándoles algún valor curativo, se considerarán especialidades medicinales y deberán tener la aprobación de las autoridades sanitarias correspondientes (Farina, 2005, p. 356).

Por otro lado, la ley sobre Medicamentos No. 14.463, exige la identificación de cada envase informando su naturaleza, la peligrosidad que conlleva su uso indebido, así como las condiciones de su venta, ya sea: libre, bajo receta, bajo receta archivada, etc.

Otra ley que rige el contenido presentado dentro de la publicidad, se trata de la No. 24.788 creada para combatir el alcoholismo. Su artículo 6º, prohíbe 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 intelectual de las personas;
- d) Utilice el consumo de bebidas alcohólicas como estimulante de la sexualidad;
- e) No incluya en letra y lugar visible las leyendas “Beber con moderación”. Prohibida su venta a menores de dieciocho (18) años.

Más adelante, en su artículo 7 prohíbe en todo el territorio nacional la realización de concursos, torneos o eventos de cualquier naturaleza, sea con o sin fines de lucro, que requieran la ingesta de bebidas alcohólicas desnaturalizando los principios de la degustación, de la catación o cualquier otra manera destinada a evaluar la calidad de los productos.

Por último, cito la ley 23.344 que declara la obligatoriedad de inscribir en los envases de cigarrillos, la leyenda: “Fumar es perjudicial para la salud”, así como además regula detalladamente la publicidad de este producto, sobre todo en cuanto pueda influir sobre personas menores de edad.

En su conjunto, todas estas legislaciones presentan un interés del Estado por preservar el uso de la publicidad en un marco donde se evite promover ciertos productos de manera inapropiada. Se trata de un esfuerzo del legislador, en reconocimiento del poder sugestivo de la publicidad, para proteger la salud y el bienestar de cada individuo integrante de la sociedad.

3.7 Prohibición de difundir la publicidad

Una vez que la publicidad es declarada ilegítima por cualquier causa, el juez debe ordenar su retiro inmediato de los medios de comunicación para así evitar la expansión del mal creado por el mensaje. Esta prohibición, encuentra límites que serán explicados a continuación.

En primer lugar, si consideramos que la publicidad es realizada con una finalidad informativa, que el proceso de creación del comercial es considerado un arte para los publicistas y que el mensaje es publicado por los medios masivos de comunicación, resulta factible entender que se encuentra amparada por el principio de libertad de expresión. Por lo tanto, el artículo 14 de la Constitución Nacional Argentina concede a todos los habitantes la prerrogativa de “publicar sus ideas sin censura previa”.

La jurisprudencia así lo ha confirmado, cuando sustenta que “*a los jueces les está vedado solicitar a los medios de prensa que les sea sometido el material en proceso de publicación para su control anticipado. Afirmó el tribunal que la intervención judicial siempre debe ser ex post facto*” (CSN in re: “Verbitzky, Horacio y otros” LL, 1989-D-185).

Así las cosas, toda acción destinada a impedir la publicación de un mensaje previo a ser emitido puede ser considerada contraria a los principios constitucionales de libertad de expresión, no obstante y atendiendo a que ningún derecho tiene un alcance absoluto, “la calificación como servicio comercial permite introducir severas limitaciones al mensaje publicitario, que serían inconstitucionales si sólo fuera un aspecto de la libertad de expresión” (Lorenzetti, 2003, p. 153). Ésta, ha sido también la postura de la Corte Suprema de los EE. UU., al sostener que si bien la publicidad comercial se halla amparada por la Primera Enmienda, tal protección es más restringida que la que disfrutaban las expresiones de carácter político (“Central Hudson Gas & Electric Corporation vs. P.S.C. of New York”, 447 US 557; “Metromedia Inc. vs. San Diego”, 453 US 49; entre otros citado por Juan Martín Perroto y Mariano A. Traini 1994, p. 21).

Para terminar, cito la posición de Miguel Ángel Ekmekdjian (1989), al analizar el caso “Servini de Cubría, M. R. s/ amparo”. Éste considera que sólo estima viable la censura previa cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1) Que sea ordenada por un juez en una acción de amparo o en un proceso penal, 2.1) Cuando el daño sea absolutamente irreparable, o 2.2) Cuando la lesión al derecho sea anterior a la divulgación de la noticia y 3) Contra la publicación de noticias, nunca contra la publicación de ideas u opiniones (p. 16).

CAPÍTULO IV.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ANUNCIANTES Y LAS ACCIONES DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LA PUBLICIDAD COMERCIAL ENGAÑOSA.

Si la publicidad es difundida, no caben dudas de que el anunciante deberá hacerse cargo de sus consecuencias dañosas.¹⁶

4.1 Introducción

A lo largo del presente trabajo, he planteado cómo la publicidad comercial provoca una serie de cambios en la manera en que se ofertan los productos y servicios. Pues, la expansión del comercio (incentivada por el sistema de economía capitalista) ha creado en las empresas la necesidad de adaptarse a los nuevos procesos de comunicación masiva; lo que trae como corolario, un ajuste del derecho a regir en las relaciones del mercado.

En razón de esto, el legislador se ha encargado de adecuar las leyes para fortalecer la posición del público consumidor, considerado parte débil en la relación de consumo y de esta forma, promover el equilibrio necesario para mejorar las prácticas comerciales. Por lo tanto, podemos afirmar que:

El consumidor debe estar protegido durante las tres etapas del proceso de adquisición de un producto; etapa previa, recibiendo una adecuada información sobre todo lo necesario del bien recibido, durante la contratación, escapando a su libertad contractual o cualquier cláusula abusiva y por último después de celebrado el contrato, y durante su ejecución, es menester tutelar su derecho a una garantía o servicio postventa adecuados y a exigir las responsabilidades oportunas (Pizarro, y Vallespino, 2000, pp. 12/13).

Asentado esto, es preciso acudir a las disposiciones legales caracterizadas por regular las relaciones comerciales en la etapa previa a la compra, así como a

¹⁶ Noverazco Elida Elsa c. Televisión Federal S.A. y Marcelo Tinelli s/ cese de uso de marcas. Daños u perjuicios”, CNFCC, Sala I del 30/9/2004, citado por Mercuriali y Giay, (2005), p. 1021.

las responsabilidades derivadas por su incumplimiento. Considerando, que durante esta fase es cuando la publicidad comercial se expone al público para intentar atraer un mayor número de clientes mediante ofertas que resaltan la conveniencia de los productos o servicios anunciados.

Pero antes de continuar, debemos recordar la tarea principal de la publicidad comercial: *influir en el público sobre su decisión de compra*. Por ende, en la actualidad vemos a la publicidad apartarse gradualmente del elemento informativo y conceder cada vez más espacio al elemento persuasivo, de manera que se le asigna mayor importancia a aspectos que nada tienen que ver con la calidad o las características del producto o servicio. En este sentido, una trascendente interpretación jurisprudencial ratifica lo antes expuesto, afirmando:

...que la vinculación entre información y publicidad es incontestable. Es que aunque parezca obvio decirlo- 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 (CNFed. CAdm., Sala IV, 19-11-96, “Modart SACIFeI c/ Secretaría de Comercio e Inversiones”, J.A. 2000-III, síntesis citado por Wajtraub, 2008, p. 98).

Aclarado esto, prosigo con el tema abordado destacando el artículo 42 de la Constitución Nacional Argentina¹⁷, que prevé la importancia de hacer valer cada derecho que asiste a los consumidores y usuarios en las relaciones de consumo, sin escapar al amparo de la norma sustantiva, el derecho a recibir una información adecuada y veraz; por lo que una decisión jurisprudencial ha asentado que:

¹⁷ **Art. 42.-** Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; **a una información adecuada y veraz**; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. (la negrita y el subrayado no es del original)

El derecho de información que el art. 42 de la Constitución Nacional reconoce al consumidor encuentra su correlato en el deber impuesto por la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 a los proveedores de bienes y servicios. La finalidad perseguida por el art. 4° de la ley 24.240 consiste en buscar la voluntad real, consciente e informada del usuario respecto de las ventajas y desventajas de los servicios que contrata y encuentra su razón de ser en la necesidad de suministrar a aquél conocimientos de los cuales legítimamente carece, con la finalidad de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto del bien o servicio que pretende contratar. El deber de información establecido en el art. 4° de la ley 24.240 a favor de los consumidores configura un instrumento de tutela del consentimiento, pues otorga a aquéllos la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de la celebración del contrato. (CNFed.CAdm., sala II, 10-8-2000, “Viviendas Rolón de Siteca SRL c/ S.C. e I.”, L.L. 2001-B-96; D. J. 2001-2-397 citado por Wajntraub. 2008. p. 65).

En términos del análisis jurisprudencial citado, al consumidor se le posiciona bajo un concepto de ignorancia legítima, lo que nos explica la naturaleza del desequilibrio contractual mencionado anteriormente y a la vez, denota la importancia para el comprador de tener presente la información necesaria al momento de adquirir un producto o servicio.

En consecuencia, este deber de informar enunciado no se circunscribe a suministrar la información que el proveedor estime conveniente o suficiente, sino que conforme al mencionado artículo 4 de la Ley 24.240, se obliga al proveedor a suministrar información de forma cierta, clara y detallada de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, así como las condiciones de su comercialización. “Esa carga de ‘hablar claro’ cobra importancia en el campo del contrato de publicidad, pues no sólo se traduce en la protección de los intereses de las partes, sino –en forma inmediata- también en los intereses del público, de la comunidad de usuarios y consumidores”. (CNCiv, Sala B, 24/9/86, “Konisberg, A. c/ Almagro Construcciones SA”, JA, 1987-IV-401. citado por Muguillo, 2005, p. 291).

Entonces, en los casos donde el deber de información es evadido, se presenta una situación que amerita ser analizada desde los principios de las obligaciones pre-contractuales. En este sentido, Ricardo Lorenzetti (2003) explica

que “en la dogmática jurídica puede indicarse que, siendo el contrato un acto jurídico, debe ser voluntario. Para que exista voluntariedad debe existir discernimiento, intención y libertad. La existencia de un desnivel informativo afecta los tres elementos” (p. 173).

En efecto, la parte proveedora de la información debe enmarcar su conducta bajo los principios de buena fe lealtad requeridos durante la etapa previa a la contratación, conforme al artículo 1198 del Código Civil Argentino. Stiglitz, sobre este aspecto asegura que “el deber de informar forma parte de un deber más amplio: el de cooperación. Este debe encontrarse presente a lo largo de la contratación, incluso durante la ejecución, mientras que el de información toma importancia en las negociaciones previas a la conclusión” (Stiglitz, 1998, p. 529).

Para complementar lo citado, remito a los diversos escenarios prácticos mostrados a lo largo del capítulo anterior, donde sostengo que la información falsa o incompleta genera un error en la decisión de compra del consumidor, y por lo tanto, compromete el libre consentimiento. Ya que, “la inobservancia de informar adecuadamente se considera como falta de buena fe y puede dar lugar a la nulidad de la contratación por error esencial” (Pizarro, y Vallespino, 2000, pp. 12/13). En ese orden, esta conducta antijurídica de la empresa proveedora vicia el consentimiento del comprador, generando así la posibilidad de demandar la nulidad de la contratación conforme al artículo 37 de la Ley 24.240¹⁸.

Resulta importante agregar, que la exigencia legal de presentar información por medios publicitarios, también puede hacerse en la etapa posterior a la contratación o a la introducción de los productos en el mercado, siempre que los proveedores de cosas o servicios, tengan conocimiento de su peligrosidad. En ese caso, el artículo 4 de la reglamentación del decreto 1798/94, expresa que “deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncio publicitarios suficientes”.

¹⁸ Art 37 Ley 24.240: “...En caso de 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 competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas...”

A continuación, explicaré quienes pueden ser declarados responsables por las conductas antijurídicas mencionadas precedentemente. Así, como las acciones judiciales y administrativas disponibles para las víctimas de las infracciones cometidas a la Ley de Defensa del Consumidor, principalmente a las relacionadas con la publicidad ilícita.

4.2 Responsabilidad del anunciante

Tan pronto una publicidad comercial es difundida por un medio de comunicación, existe la posibilidad de que genere algún tipo de responsabilidad. Ya sea, porque lo ofertado no satisface las necesidades, deseos o expectativas del público, o porque los productos o servicios anunciados producen algún daño en el consumidor o usuario.

Precedentemente, se determinó cuándo una situación puede ser generadora de responsabilidad, ahora es momento de identificar quienes deben responder por estas conductas. Pues como se ha señalado, en el proceso de comunicación publicitaria intervienen diversos copartícipes, ya sea en nombre propio o por representación, y esto, trae como consecuencia una composición de múltiples posibles responsables.

El artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor No. 24.240, se refiere expresamente a la responsabilidad por daños ocasionados por el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, y responsabiliza solidariamente al productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, así como al transportador por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión de servicio. Javier Wajtraub (2008), ciertamente, afirma que esta “enumeración es simplemente enunciativa, siendo el objetivo de la ley responsabilizar solidariamente a todos los que hayan formado parte de la cadena de comercialización y distribución del producto” (p. 234).

Me es justo informar, que no extenderé el tema de la responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa o prestación de servicio, en razón de que excede el

marco teórico del tema tratado. Pero en lo que respecta al objeto del presente trabajo, no hay duda de que el citado art. 40° encuentra aplicación en todos los que de alguna forma contribuyen en la colocación del producto o servicio en el mercado, incluyendo a los participantes en la creación y difusión del anuncio publicitario.

Por otro lado, el art. 8° de la Ley de Defensa del Consumidor (No. 24.240), obliga al oferente respecto de las ofertas hechas a través de la publicidad, anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión, y da por incluidas en el contrato de consumo, todas las precisiones formuladas. En consecuencia, de la oferta incumplida por el proveedor se evidencia un daño al interés positivo¹⁹, por lo que “el consumidor podrá exigir todo lo que se haya ofrecido en la actividad promocional o publicitaria, no pudiendo el empresario alegar que en el contrato relativo a la adquisición de los bienes o servicios no aparecen recogido, generando el incumplimiento en su caso, responsabilidad contractual” (Wajntraub. 2008, pp. 100-101).

A continuación, prosigo con la manifestación de motivos que permiten conocer los fundamentos jurídicos que hacen una fuente de responsabilidad a cada participante en la publicidad y/o comercialización de productos o servicios.

Para ello, sigo la clasificación hecha por el autor Roberto Muguillo (2005), quien divide los anunciantes en:

- 1 Anunciante - fabricante - vendedor; y
- 2 Anunciante - fabricante - no vendedor.

4.2.1 Anunciante – fabricante – vendedor

Para las situaciones en donde el consumidor adquiere directamente el producto o servicio del anunciante, se establece un innegable vínculo contractual por el cual se regirá una eventual acción de responsabilidad.

¹⁹ Daño al interés positivo: El perjuicio sufrido por el acreedor en términos de no realización de ganancias o ingresos esperados, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de su deudor. Osorio. 2006, p. 254.

En estos casos, la primera obligación resultante de la referida relación contractual, encuentra su fundamento en el artículo 5 de la Ley de Defensa del Consumidor, que declara una obligación de seguridad y protección al consumidor. La norma exige que “las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”. Es dable mencionar que, en la época anterior a la aprobación del texto legal citado, la obligación de seguridad formaba parte del contrato de manera tácita, a partir de la interpretación que se daba al artículo 1198 del Código Civil Argentino.

En la actualidad, la corriente jurisprudencial y doctrinal ha inferido que la protección al consumidor del artículo 5 de la Ley 24.240, se basa en el factor de atribución de garantía. Por cuanto, la empresa proveedora debe asegurar la inocuidad de los productos o servicios brindados. Continúa Wajntraub (2008), “se trata en definitiva de un deber contractual de resultado, cuyo incumplimiento traerá por ende aparejada la responsabilidad objetiva de la empresa deudora” (p. 54).

Un aspecto trascendente sobre este tema, lo constituye la prescripción. El artículo 50 de la referida Ley 24.240 dispone de un plazo de tres años para ejercer las acciones judiciales, administrativas o sanciones emergentes. Con la reforma hecha con la ley 26.361 en el año 2008, se añadió a este artículo: “cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario”.

Avanzo, desarrollando la segunda obligación que pesa sobre el vendedor de los productos consumibles. Entonces, nos topamos con el deber de garantía consagrado en el artículo 11 de la ley 24.240. El artículo en cuestión, fija los casos en los cuales la empresa proveedora debe responder una vez el producto no cumpla con lo propuesto en la oferta. La norma declara, “los consumidores o sucesivos adquirientes gozarán de garantía legal sobre los defectos o vicios de cualquier índole, aún cuando éstos hayan sido o no manifiestos al tiempo del

contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento”.

Bajo la aplicación de este texto, el legislador compromete al contratante a cumplir con lo ofertado o de lo contrario le obliga a prestar un servicio de reparación efectivo. “Así, mientras que los vicios redhibitorios dan acción para obtener el reajuste del precio o la resolución del contrato, la garantía de los artículos 11 y siguientes de la Ley de Defensa del Consumidor tiene en miras fundamentalmente la reparación de la cosa, como resulta claramente de los artículos 15 y 17” (Wajtraub, 2008, p. 129).

El segundo párrafo del artículo 11 de la Ley 24.240, manifiesta dos puntos trascendentes en interés del consumidor. Primero, declara un plazo de vigencia de dicha garantía de tres (03) meses a partir de la entrega, cuando se trate de bienes muebles usados; y de seis (06) meses para los demás casos, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En segundo lugar, declara que el traslado de la cosa objeto de reparación estará a cargo del responsable de la garantía, ya sean los gastos de flete y seguros o de cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo²⁰.

4.2.2 Anunciante – fabricante – no vendedor

Acorde a lo sostenido anteriormente, la multiplicidad de copartícipes que intervienen durante el proceso de comunicación publicitaria crea una situación de mayor complejidad para determinar la obligación de cada uno de ellos frente al consumidor o usuario. Máxime, cuando el consumidor no contrata directamente con el anunciante de la publicidad y posteriormente se produce un

²⁰ Art. 11 (Reglamentación del decreto 1798/94). Si la cosa debiera trasladarse a fábrica o taller para efectivizar la garantía, el consumidor deberá notificar al responsable de la misma para que en el plazo de cuarenta y ocho horas de recibida la comunicación realice el transporte. Cuando no se realice dentro de este lapso, el consumidor podrá disponer el traslado sin comunicación previa al responsable de la garantía, pero en tales casos éste no quedará obligado sino hasta los importes de flete y seguro corrientes en plaza. El traslado deberá hacerse al centro de reparación más próximo al lugar donde la cosa se encuentre, sino indicare otro el responsable de la garantía.

daño. En ese entonces, surge la necesidad de establecer si nos encontramos ante una responsabilidad de carácter contractual o extracontractual.

Primero, es de suma importancia señalar que la teoría de la responsabilidad por daños no escapa a las transformaciones bajo las cuales se encuentra la actividad comercial. En consecuencia, diferentes autores se han pronunciado al respecto, creando un amplio campo de disquisición sobre el tema en cuestión.

Básicamente, entre quienes sostienen en estos casos que nos encontramos ante una responsabilidad de tipo extracontractual, existe una división de posturas doctrinales en el aspecto relativo al factor de atribución aplicable.

Por un lado, se sustenta la teoría bajo el factor de atribución subjetivo, de acuerdo al artículo 1109 del Código Civil, en el cual “el daño hace presumir la culpa y sólo podrá eximirse el anunciante-fabricante no vendedor destruyendo aquella presunción de culpa, sea demostrando aquella ausencia de culpabilidad, un caso fortuito o fuerza mayor, la culpa de la propia víctima o la de un tercero por quien no le corresponde responder” (Muguillo, 2005, p. 296).

La otra posición, apunta hacia arrogar el factor de atribución objetivo, bajo el fundamento legal del artículo 1113 párrafo 2º del Código Civil²¹, donde se atribuye la obligación del anunciante por el riesgo o vicio creado, ratificando el deber de seguridad antes señalado de acuerdo al artículo 5 de la Ley 24.240.

Sin embargo, la corriente doctrinal que encuentra la mayor aceptación, se contrapone a las dos teorías anteriores. Esta tercera posición, entiende que, aún cuando el comprador no contrate directamente con el anunciante, se interpreta de las distintas disposiciones legales que nos encontramos ante una responsabilidad de tipo contractual.

²¹ Párrafo 2do. Del artículo 1113 del Código Civil: En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero sí el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Para fundamentar este enfoque jurídico, es necesario recordar el contenido del artículo 8 de la Ley 24.240, el cual afirma que “las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”, por lo tanto, como adelantamos anteriormente, el campo de las obligaciones se ha visto en la necesidad de adecuarse a la realidad comercial actual y en este sentido, la norma se ha encargado de responsabilizar a la “cadena completa de comercialización” en beneficio del consumidor o usuario.

En este contexto, Roberto Muguillo (2005) afirma acertadamente que “las precisiones apuntadas en la publicidad conforman claramente una conducta social típica, cuyo efecto no puede dejar de provocar consecuencias jurídicas y de orden contractual cuando el consumidor se liga en la adquisición del producto o servicio inducido por esa publicidad” (p. 299). Para abocarnos a un caso conocido en la República Argentina sobre el tema tratado, la Cámara Civil sostuvo:

La publicidad debe comprenderse como integrante de los primeros pasos del concierto contractual, debiendo responsabilizarse al laboratorio por presentar en su publicidad como inofensivo un producto que no lo es, aunque ello no se encuentre en la letra del contrato de compraventa, pues se hallan en juego principios superiores como el de buena fe – lealtad del art. 1198 del Código Civil (CNCiv, Sala A, 17/4/79, RDCO, 1980-127, con nota de Solari Brumana, Publicidad y responsabilidad. citado por Muguillo, 2005, p. 300).

Para concluir, sostengo que esta amplificación de la protección al público consumidor o usuario, se debe tomar como una respuesta a sus necesidades, principalmente, si quienes compran o usan los productos o servicios promocionados se vieron motivados por su publicidad.

4.3 Acciones judiciales

La necesidad de consagrar constitucionalmente derechos considerados neurálgicos para la organización social, económica y comercial de una Nación, proviene de la importancia de hacer efectivo el reconocimiento de ese derecho que le asiste a cada individuo integrante de la sociedad. Por vía de consecuencia, el hecho de incorporar los instrumentos procesales adecuados que permitan accionar en defensa de los derechos subjetivos individuales y/o colectivos de las personas, simboliza una evolución en la aplicación de la ley que recoge esas prerrogativas.

La Ley 24.240 ostenta características privilegiadas que asisten a quienes interponen acciones judiciales en defensa de los derechos de los consumidores o usuarios.

Para señalar algunas particularidades, el artículo 52 de la ley 24.240 establece quienes se encuentran legitimados para acudir a la justicia en reclamo del reconocimiento de los derechos dispuestos en dicha legislación. Naturalmente, el primer sujeto facultado a iniciar acciones judiciales es el consumidor o usuario, siempre que sean sus propios derechos o intereses que resulten afectados o amenazados. Subsiguientemente, el artículo abordado aprueba las acciones interpuestas por las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 del mismo texto legal. Luego, reconoce la posibilidad para accionar a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal.

Indudablemente, resulta útil otorgar legitimación para actuar a cada una de las personas señaladas en el párrafo precedente, más aún si consideramos que la propia norma reglamenta los casos en los cuales éstas pueden acudir a la justicia, ya sea en interés propio o en nombre del interés general.

Adelanto, señalando otro aspecto destacado en cuanto a las prerrogativas acreditadas a los demandantes en virtud de la aplicación de la ley 24.240; la primera parte del artículo 53, establece: “En las causas iniciadas por ejercicio de

los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado”.

Distintos autores merecidamente declaran, que el proceso más abreviado disponible en la legislación procesal argentina es el proceso sumarísimo (Wajntraub. 2008, p. 283). Para complementar el espíritu de la norma, Osvaldo Alfredo Gozaíni (2008) sostiene: “En consecuencia, si el juez tiene que actuar en este tipo de proceso, debe también controlar que la instancia se cumpla de acuerdo con el ritual preferido, pues a él se acondiciona el trámite y las solemnidades, implementando una suerte de ‘reglas de juego’ que de ser cambiada, alteran el principio de legalidad de las formas” (p. 387).

Sin embargo, el artículo 53 antes citado reconoce la posibilidad de desarrollar el proceso judicial “mediante un trámite de conocimiento más adecuado”. Indiscutiblemente, la decisión de cambiar a este procedimiento no puede convertirse en una dificultad contra la ventaja, del consumidor o usuario demandante, a que se conozca su reclamo de forma expedita y oportuna. Por lo tanto, en estos casos, el juez debe evaluar las situaciones particulares, tomando en cuenta las consecuencias dañosas que pudieren resultar a la (s) víctima (s), así como también, de ser solicitado por una de las partes, los motivos de dicha pretensión deben fundarse expresamente en virtud de causas válidas no dilatorias del proceso.

A continuación, para desarrollar la presentación acerca del procedimiento judicial llevado a cabo en virtud de los derechos de los consumidores o usuarios estipulados en la Ley No. 24.240, se impone la necesidad de dividir las acciones judiciales en individuales y colectivas.

4.3.1 Acciones individuales

Como he asentado con anterioridad, el artículo 52 de la Ley 24.240 autoriza al consumidor o usuario a iniciar acciones judiciales en defensa de un derecho subjetivo propio cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. Al encontrarse bajo la condición de afectado, el consumidor en su posición de demandante, puede requerir la restauración de su situación actual a la que se encontraba antes de sufrir el daño, mediante una “acción resarcitoria”; o, en el caso en que sus intereses se encuentren amenazados, está facultado a exigir el cese del peligro en su contra, mediante una “acción preventiva” (Lorenzetti, citado por Wajntraub, 2008, p. 276).

En palabras de Lorenzetti:

La entrada al proceso viene determinada por “alguien” a quien se conoce, se personaliza, y sobre el que se proyectan los requisitos de acreditar la pertenencia exclusiva del derecho invocado (legitimación *ad causam*). Por supuesto, también sobre él, los ordenamientos procesales requieren que la pretensión (el objeto del proceso) esté relacionada directamente con el que pide, de modo tal que se encuentre unida la causa y los hechos con el o los que reclaman (Gozáini, 2008, p. 347).

En la situación embarcada, existe un vínculo preestablecido entre el titular del derecho de acción y el responsable del daño, de donde se obtiene la legitimidad activa de la parte demandante.

Cabe añadir, que no existe diferencia alguna en cuanto al tema de las acciones judiciales iniciadas en ocasión de un daño producido por una publicidad comercial ilícita. Más bien, la ley extiende la protección al consumidor o usuario en el caso en que el proveedor incumpla con la oferta hecha, presentando la posibilidad de invocar las soluciones propuestas en el artículo 10 bis de la Ley 24.240.²²

²² **Artículo 10 bis Ley 24.240.- Incumplimiento de la obligación.** 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;

Resulta importante destacar que, cuando el demandante accione en nombre de un derecho o interés individual protegido por la Ley 24.240, el artículo 53 le favorece otorgándole la posibilidad de litigar judicialmente de manera gratuita, salvo que la parte demandada pruebe manera incidental la solvencia del consumidor o usuario. Con esta medida, se hace evidente la intención del legislador de garantizar el acceso a la justicia de todos los consumidores o usuarios víctimas de las prácticas comerciales prohibidas.

Más adelante, el párrafo segundo del artículo 53 impone una exigencia elemental en cuanto a la representación legal de quien inicia, en calidad de consumidor o usuario, una acción judicial en virtud de un derecho o interés individual. La ley manifiesta: “se podrá acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación”, por lo que a continuación cito la reglamentación correspondiente:

Art. 53 (Reglamentación del decreto 1798/94). El mandato se acreditará por medio del instrumento público correspondiente o con carta poder, con firma del otorgante certificada por autoridad policial o judicial o por escribano público. Podrá también otorgarse mandato mediante simple acta poder certificada por la autoridad de aplicación. La misma deberá establecer la identidad y domicilio del demandante y la designación, identidad, domicilio y firma del mandatario.

Bajo esta formalidad, el legislador procura dar la fe necesaria al acta que confiere la representación legal al mandatario, con el objetivo de que éste actúe bajo dicho mandato a lo largo del proceso. Mientras algunos autores afirman “que esta exigencia adicional, contenida en la reglamentación, desnaturaliza las ventajas del poder mediante simple acta, haciendo más compleja la tarea” (Bersten, citado por Gozáni, 2008, p. 392), a mi parecer, la situación presentada no constituye una desnaturalización del deber de representación consagrado por la Ley 24.240, pues las múltiples ventajas garantizadas a quienes accionan

b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;
c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.
Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

judicialmente bajo el beneficio de esta ley, deben encontrar sustento en una documentación oficial y confiable que recoja fielmente la voluntad del consumidor sobre el mandato delegado.

Otro punto procesal importante, dispuesto en la Ley de Defensa del Consumidor, lo constituye la carga probatoria. El citado artículo 53 obliga a los proveedores “aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”. A esto, se añade el artículo 37 del referido cuerpo legal, que declara no convenida cualquier cláusula contractual que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Para González Cano “el consumidor que presenta una reclamación sólo tiene que probar el uso o consumo, el daño y la relación de causalidad” (Gozaíni, 2008, p. 402). Así, observamos como el legislador continúa exigiendo durante el juicio una cooperación activa de los proveedores, sin perjuicio de las disposiciones legales en su contra que ordenan una interpretación en el sentido más favorable para el consumidor tanto al momento de evaluar los principios de la Ley (artículo 3), como en las cláusulas dentro de los contratos de consumo (artículo 37).

Para finalizar, reitero las libertades bajo las cuales accionan los beneficiarios de las acreencias legales derivadas de la relación de consumo, especialmente quienes actúan en nombre de un derecho individual propio. Pues como presentaré a continuación, para las acciones colectivas se erige una realidad procesal muy distinta al momento de reclamar ante la justicia el reconocimiento de los mismos derechos nacidos de la Ley de Defensa del Consumidor.

4.3.2 Acciones Colectivas

Las acciones colectivas son creadas para dar solución a diferentes situaciones en las cuales se lesiona o amenaza a un conjunto determinado o determinable de personas, cuyos derechos individuales resultan homogéneos e indivisibles. Conforme a lo dispuesto en la Ley 24.240, estos grupos deben estar representados por las asociaciones de consumidores debidamente acreditadas, por

la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo o por el Ministerio Público.

Un aspecto destacado, que denota la importancia de las acciones colectivas, se manifiesta con el grado Constitucional alcanzado a partir de la reforma realizada en 1994; en la que en su artículo 43, reconoce de manera expresa la aptitud de toda persona para incoar acciones judiciales rápidas y eficaces, con la finalidad de proteger sus derechos sustantivos, especialmente los relacionados con la discriminación, el ambiente, la competencia, el consumidor o usuario, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

En lo que respecta a los consumidores y usuarios, estas acciones encuentran su necesidad de implementación en las secuelas negativas generadas por la masificación de la producción, comercialización y oferta de los productos o servicios en el mercado. Puesto que, en la generalidad de casos, el elevado número de clientes encuentra lesionado su patrimonio personal en montos monetarios insignificantes o insuficientes para motivarlos a iniciar una acción judicial; pero, si se suma el total pagado por el conjunto de clientes, la cifra asciende a una cantidad importante, es entonces cuando las acciones colectivas permiten que sean representados y defendidos los derechos pertenecientes a todos los perjudicados. En otras palabras, “la usual escasa cuantía de los potenciales reclamos individuales (sobre todo si la relacionamos con el poder económico de las empresas proveedoras), en general, trae como consecuencia el desaliento y la resignación del consumidor al momento de iniciar un reclamo administrativo o una acción judicial” (Wanjtraud, 2008, p. 286).

Sobre este aspecto, el juez Petracchi por medio de su voto disidente emitido en ocasión del caso “Fernandez”, analiza la importancia de reconocer el derecho de los grupos a hacerse representar judicialmente, donde expresa:

...es menester destacar que la tutela expedita de los derechos del usuario de los servicios públicos que consagra el artículo 43, CN, reformada en 1994, sería letra muerta si, en el caso, se interpretase esa cláusula en el sentido de que ella se reduce a garantizar a cada usuario el derecho de demandar

individualmente el cobro de unos pocos pesos o centavos, pese a tener idénticos intereses y una misma causa para accionar que los demás. Toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de ellos podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva, una interpretación tal equivaldría lisa y llanamente a negar la efectividad de la tutela constitucional frente al acto manifiestamente lesivo, que significa una recaudación excedente de varios millones de pesos por año (Fernández, Raúl c/ P.E.N.”, LL 2000-A-179. citado por Maurino, Nino y Sigal, 2005, p. 176).

Ahora bien, resulta necesario determinar quienes pueden invocar un interés colectivo que abra las puertas a una acción judicial, pues “el problema a descifrar no es la existencia del mismo sino evidenciar la titularidad de quienes lo alegan para ver si tienen posibilidad jurídica de actuación procesal” (Gozaíni, 2008, 354).

En este sentido, recogiendo un resumen doctrinal de las decisiones emitidas por la Corte Suprema en sus atribuciones jurisdiccionales, se arriba a las siguientes caracterizaciones de lo casos impulsados por acciones colectivas en virtud de la Ley 24.240:

Los derechos de los consumidores y/o usuarios configurarían derechos de incidencia colectiva cuando se encuentra presente de modo simultáneo: (a) alguna relación de consumo definible, con carácter no individual, sino abierta, masiva o plural, cuya manifestación o impacto respecto de los integrantes de dicho grupo es homogéneo o uniforme, (b) algún acontecimiento fáctico o normativo que incide en los intereses tipificados y protegidos de los usuarios y consumidores en cuestión, en su calidad de tales, y que también presente las mismas características de proyección grupal o abierta y manifestación – o impacto – semejante o uniforme. (Maurino, Nino y Sigal, 2005, p. 184)

En cuanto a los consumidores o usuarios expuestos a la publicidad comercial considerada ilícita, podemos deducir que gozan de legitimidad activa siempre que, luego de probada su relación de consumo, prueben el sufrimiento de un daño por el que resulten vulnerados sus derechos a recibir una información “adecuada y veraz” y/o cualquier otra prerrogativa dispuesta en la Ley No. 24.240 de Defensa del Consumidor.

En otro contexto, si bien es cierto que a un individuo le resulta pragmáticamente difícil acudir a instancias judiciales en su calidad de afectado para sustentar una pretensión que beneficie a otros usuarios víctimas de los efectos de una publicidad comercial, una solución que resulta más viable consiste en denunciar el hecho dañoso por ante las entidades competentes (asociación de consumidores, la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público), con el fin de que éstas inicien una acción en nombre del grupo (si aplica) o del interés general.

Por último, resalto otro punto de relevancia procesal, como lo es el artículo 52 de la Ley 24.240, que expresa: “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 cualquier de los demás legitimados por el presente artículo”. En consecuencia, de la norma se interpreta la intención legislativa de propiciar una defensa que permita englobar adecuadamente al conjunto de damnificados bajo una misma acción, con la ulterior finalidad de contribuir a una decisión uniforme idónea.

4.4 Acciones Administrativas

Las acciones administrativas, constituyen un medio para agilizar y simplificar los reclamos hechos en nombre de los perjudicados por las violaciones de los proveedores a la Ley de Defensa del Consumidor No. 24.240. Por lo tanto, esta instancia procura resolver el impasse, aplicando las disposiciones legales en favor del consumidor, el usuario y el interés general. Sin embargo, la autoridad de aplicación velará por el derecho de defensa de las partes involucradas e impondrá, cuando corresponda, las sanciones pertinentes.

Para determinar la autoridad encargada de la aplicación de la Ley 24.240, su artículo 41 confiere estas funciones a nivel nacional a la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción. No obstante, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento

en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones.

Asimismo, resulta importante referirse al artículo 42 del mismo cuerpo legal, el cual afirma que tanto la autoridad nacional como local, podrán actuar en forma concurrente en el control y vigilancia en el cumplimiento de la Ley 24.240.

Antes de continuar con los aspectos prácticos que giran en torno a las acciones administrativas, me parece importante señalar dos de las funciones de la autoridad nacional (ambas funciones delegables a la autoridad local), que a la vez son aplicables a la defensa de los consumidores cautivos víctimas de la publicidad comercial ilícita. En este sentido, el artículo 43 les reconoce las facultades y atribuciones a la autoridad de aplicación: primero, de recibir y dar curso a las inquietudes y denuncias de los consumidores o usuarios; y segundo, de disponer de oficio o a requerimiento de parte la celebración de audiencias con la participación de denunciantes damnificados, presuntos infractores, testigos y peritos.

A continuación, desarrollo el proceso trazado por la legislación para conocer este tipo de procedimientos administrativos.

4.4.1 Sumario

A lo largo del presente contenido, marco los pasos fijados por la legislación de Defensa del Consumidor, para conocer el procedimiento relativo a las actuaciones administrativas.

En primer lugar, es necesario determinar la forma en que se apodera a la entidad encargada de conocer el proceso. El artículo 45 de la Ley de Defensa del Consumidor, dispone que se iniciarán las actuaciones por presuntas infracciones a la ley, a sus normas reglamentarias o a sus resoluciones, “de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores”.

Es importante señalar, el artículo 48 de la Ley 24.240 que castiga severamente a quien presentare denuncia maliciosa o sin justa causa ante la autoridad de aplicación, esto sin perjuicio de las acciones que pudieren corresponder por aplicación de las normas civiles y penales.

Es entonces, cuando se fija una audiencia conciliatoria, con la finalidad de evitar una prolongación del proceso y al mismo tiempo, promover un acuerdo entre las partes.

En el eventual caso, en que las partes lleguen a un acuerdo y éste sea homologado por la autoridad de aplicación, el decreto 1798/94 llamado a reglamentar el artículo 45 de la ley de Defensa del Consumidor, dispone la suspensión del procedimiento administrativo.

Por su parte, el incumplimiento de este acuerdo, es considerado como una violación legal, por lo que el infractor será pasible de las sanciones establecidas en el artículo 47 de la ley 24.240, sin perjuicio de la posibilidad de que sea demandado judicialmente en cumplimiento forzoso de lo acordado.

Por otro lado, cuando las partes no alcanzaren una solución conciliatoria, la autoridad de aplicación continuará el trámite, “librándose un acta en la que se dejará constancia del hecho denunciado o verificado y de la disposición presuntamente infringida, disponiéndose agregar la documentación acompañada” (Wanjtraub, 2008, p. 260).

El ya citado artículo 45, establece que “en el acta se dispondrá agregar la documentación acompañada y citar al presunto infractor para que, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles, presente por escrito su descargo y ofrezca las pruebas que hacen su derecho”. Este artículo, declara al acta en cuestión como prueba suficiente de los hechos comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuados por otras pruebas.

Otro aspecto trascendental, incorporado al procedimiento administrativo por el artículo 45, resulta de las medidas preventivas que puede tomar la

autoridad de aplicación durante la tramitación del sumario, pudiendo ordenar el cese de la conducta que se reputa en violación de la ley y sus reglamentaciones.

Para finalizar, el proceso administrativo concluye con una resolución definitiva que se tomará dentro del término de veinte (20) días hábiles, luego de concluidas las diligencias sumariales. Esta resolución será susceptible de apelación dentro de los diez (10) días hábiles de notificada, por ante la misma autoridad que la dictó y será concedido en relación y con efecto suspensivo. El organismo encargado de conocer el recurso será la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o las Cámaras Federales con asiento en las Provincias, según corresponda de acuerdo al lugar de la comisión del hecho.

4.4.2 Sanciones

Una vez concluido el proceso sumario, la autoridad de aplicación verifica la infracción a las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor No. 24.240. En el supuesto en que el proveedor juzgado sea declarado responsable de las infracciones, se le aplicarán, independiente o conjuntamente, las sanciones dispuestas en el artículo 47, que variarán según las circunstancias de cada caso. Estas sanciones son:

- a) Apercibimiento;
- b) Multa de cien pesos (\$100) a 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 (05) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado;
- f) La pérdida de las concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

Otras de las sanciones, consiste en la publicación de 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 circulación en el lugar donde aquella se cometió y que la autoridad de aplicación indique.

Por otro lado, una de las grandes novedades de la Ley 24.240, incorporada por la reforma de la Ley 26.361, consiste en destinar el cincuenta por ciento (50%) de los montos recibidos por concepto de multa y otras penalidades, a un fondo especial destinado a cumplir con los fines de la educación al consumidor, así como también para las actividades que se realicen para la ejecución de las políticas de consumo, conforme al artículo 43 inciso a) del mismo texto legal.

Para la aplicación y graduación de las sanciones, el artículo 49 de la Ley 24.240 exhorta al juzgador a tomar en cuenta: el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, 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 y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

Como último tema de análisis, me refiero el artículo 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, una figura controversial en materia de responsabilidad por daños. Esta disposición, obliga al proveedor a resarcir a los consumidores o usuarios por el daño directo resultante de la infracción a esta norma. La ley define el daño directo como “todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios”. El profesor Sebastián Picasso citado por Wanjtraub (2008, p. 246), en un acabado análisis afirma que:

La tortuosa definición proporcionada por el legislador se resume, en el mejor de los casos, en la facultad de la administración de ordenar al proveedor que indemnice al consumidor al valor de los bienes destruidos o deteriorados por un hecho u omisión suyos que constituya una infracción a la ley. Sólo a ese supuesto puede limitarse la intervención de la autoridad de aplicación, debiendo tenerse presente que, en tanto la norma en comentario importa conferir a esta última facultades

jurisdiccionales (que constitucionalmente corresponden al Poder Judicial) sólo cabe interpretar sus términos estricta y restrictivamente, en atención a su carácter de excepción.

Sin duda, la norma busca extender el derecho de los perjudicados a recibir una reparación del daño directo sufrido, por un medio rápido y eficaz, como lo es el procedimiento administrativo. En caso contrario, la aplicación de la ley perdería la practicidad, si consideramos las dificultades que se presentan a cada individuo al acudir a instancias judiciales por sumas ínfimas. Otro privilegio que confirma la legislación a favor del consumidor, surge cuando reconoce con carácter de título ejecutivo al acto administrativo firme.

No obstante esto, podemos afirmar que estos derechos encuentran algunas limitantes de acuerdo a la interpretación dada el mismo artículo 40 bis. En primer lugar, se obliga al proveedor a resarcir el daño hasta un monto máximo equivalente a cinco (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (Indec). En segundo lugar, limita a la autoridad administrativa a fijar indemnizaciones exclusivamente por los daños directos ocasionados, asignando la facultad de resarcir los daños mediatos o de otro tipo al Poder Judicial. Por último, la ley afirma que las sumas pagadas por concepto de daño directo en sede administrativa, serán deducidas de otras indemnizaciones que pudieren corresponderle por acciones incoadas judicialmente.

CAPÍTULO V.

SOLUCIONES PARA MEJORAR LA REGULACION PUBLICITARIA

Las formas de vida evolucionan conforme aparecen nuevos artículos que satisfacen de forma diferente las necesidades de los individuos, ocasionando nuevos deseos que permiten la absorción de la gigantesca oferta de la que es preciso informar.²³

5.1 Advertencia preliminar

La naturaleza propia de la publicidad comercial, exige ponderación y buen juicio al momento de proponer su regulación. Esto se debe en gran medida, a que la esencia de la actividad publicitaria consiste en motivar al público a ejercer la opción de compra sobre el producto o servicio anunciado, lo que permite introducir en su mensaje elementos fantasiosos, exagerados o quiméricos. Por lo tanto, al presentar una reglamentación para el uso de ésta, se debe evitar desencadenar retrocesos a una industria que contribuye a dinamizar la actividad económica de los países.

En ese orden, resulta admisible reconocer a la publicidad comercial como una actividad intrínseca al orden económico internacional contemporáneo. Pues, las grandes empresas dependen en gran medida de la práctica publicitaria para promocionar sus productos o servicios.

Sin embargo, el ejercicio de toda actividad amparada por derechos sustantivos también encuentra sus límites. Consecuentemente, la organización social e institucional de los pueblos debe estar protegida de los excesos cometidos por quienes la disturben.

Asentado esto, presentaré a continuación diferentes propuestas para mejorar la sustancia informativa en la publicidad comercial. Antes, afirmo que

²³ Sánchez Guzmán, 1993, p. 277.

para alcanzarse este interés efectivamente, se debe contar con la colaboración de todas las partes involucradas en el complejo proceso de comunicación publicitaria.

5.2 Autoridad de aplicación

En el primer plano, he manifestado la importancia de contar con un marco legal adecuado a las exigencias sociales en materia de defensa del consumidor. No obstante, dado los fundamentos legales que he venido citando a lo largo del presente estudio, opino que las normas encargadas de regir la materia de publicidad comercial son suficientes para proteger los derechos de los consumidores o usuarios.

Es por esto, que el problema abordado no se debe a una deficiencia legislativa, ni mucho menos a un tema de competencia de atribución sobre el apoderamiento de funcionarios para aplicar la Ley de Defensa del Consumidor No. 24.240. Sino, que se trata más bien de buscar el medio idóneo para ejecutar las acciones pertinentes en contra de cualquier empresa proveedora, anunciante de una publicidad ilícita.

A mi entender, se debe crear un departamento, dentro de la Secretaría de Comercio Interior, que trabaje exclusivamente en defensa del público expuesto a las informaciones difundidas con fines comerciales por los medios de comunicación.

De manera que, si una información publicitaria contradice las normas reguladoras de la materia, la autoridad departamental se encuentre en la mejor disposición y capacidad para actuar de oficio o recibir las denuncias de los afectados.

Sus facultades, deben ajustarse a la tarea de prevenir, educar, proteger y actuar de frente a la universalidad de situaciones que vulneran los derechos de las personas a recibir una información cierta, clara, detallada y veraz, en armonía con

el artículo 42 de la Constitución Nacional y el artículo 4 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, citado con anterioridad.

Por lo tanto, el departamento tendría las facultades para tomar medidas sobre:

1. La legalidad de los comerciales publicitarios;
2. El cumplimiento de las ofertas hechas por las empresas;
3. Las promociones anunciadas al público;
4. Los regalos ofrecidos;
5. La información y certificación necesaria en los rótulos de los productos;
6. La educación al público de sus derechos a recibir una información adecuada, así como de las acciones conferidas por la ley; y
7. Cualquier otra obligación de los proveedores consagrada para cumplir con su deber de información.

Finalmente, para desempeñar su importante labor, esta comisión departamental especializada, debe planificar y ejecutar programas que permitan prevenir y hacer valer los derechos del consumidor de las prácticas publicitarias prohibidas en el comercio. De manera, que se reconozca la importancia merecida a uno de los principios de grado Constitucional más importantes de la Ley de Defensa del Consumidor, como lo es el derecho a la información.

5.3 Empresas

De ejecutarse la propuesta hecha en el título anterior, sobre especializar a un departamento de la autoridad de aplicación en materia de información al consumidor, se introducirían cambios en la concepción empresarial sobre los comerciales publicitarios. En el entendido, de que esta medida compelería a las empresas a confeccionar sus prácticas comerciales conforme al ordenamiento jurídico en materia de Lealtad Comercial, Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor.

Ahora bien, cualquier cambio tendiente a mejorar la regulación publicitaria será repudiado por el sector empresarial, aún cuando la norma

aplicable se encuentre motivada en fundamentos legales provechosos para la mayoría del público y de libre competencia entre las empresas. Por esta razón, es necesario entender que una evolución real se logra sólo cuando cada parte involucrada en la comunicación comercial masiva, ya sea de manera forzosa o voluntaria, contribuye a la corrección publicitaria.

Es preciso afirmar, que la adecuación de la información en los comerciales publicitarios no interfiere en modo alguno con el proceso creativo, por lo tanto, el crecimiento sostenido de la industria publicitaria no deberá verse afectado ni suspendido por las medidas de renovación efectuadas.

En otro contexto, es imposible dejar de tomar en cuenta el entorno empresarial, que juega un papel fundamental en todos los aspectos de las empresas, principalmente en el publicitario, ya que es la herramienta utilizada para ser diferenciadas públicamente de sus competidores. Esta situación, produce las insistentes guerras publicitarias, que han demostrado la aprobación del público a través de la retroalimentación recibida.

Sin embargo, la modalidad publicitaria competitiva no se caracteriza por informar indebida o incorrectamente al público, sino más bien se concentra en atacar el producto o servicio del competidor. Sobre este punto, me he referido con anterioridad e hice oportunas aclaraciones de las conductas permisivas o vedadas para una empresa cuando se dirige directa o indirectamente a las marcas o empresas competidoras.

No obstante, es necesario reiterar la autoridad conferida al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, que consiste en conocer, aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia No. 25.156.

En definitiva, para aconsejar continuar con propuestas viables sobre el tema abordado, planteo la importancia de una periódica comunicación corporativa entre las grandes empresas anunciantes. De este modo, se proponen promover acuerdos que fijen límites a la inversión publicitaria; así se intenta

evitar un aumento excesivo en los costos de los productos o servicios de las empresas y consecuentemente, en el precio final pagado por los consumidores.

En segundo lugar, entiendo que cada empresa debe agotar un proceso interno de preparación y supervisión de su publicidad, con la finalidad de eludir una posterior sanción por los daños y perjuicios que pudieran causar las ofertas emitidas a través de los medios masivos de comunicación. La mejor previsión, consiste en componer la publicidad comercial de información adecuada, de manera tal que se cumpla con la veracidad legalmente requerida y posteriormente, se procure que el anunciante se encuentre en la posibilidad de cumplir con lo ofertado.

5.4 Consumidores y usuarios

Sobre este particular, se presentan graves dificultades al momento de elaborar propuestas para mejorar su posición frente a la publicidad comercial. Esto se debe, a que las medidas tomadas con la intención de enfrentar el problema de manera general o global, poseen baja efectividad en los múltiples y diversos individuos que ostentan la calidad de consumidores o usuarios.

Pues, así como las empresas definen sus estrategias publicitarias de acuerdo al público a quienes van dirigidas; de la misma forma, es necesario segmentar las propuestas para desarrollar herramientas que fortalezcan la situación de los consumidores o usuarios en la relación de consumo.

Ciertamente, para garantizar la formalidad de las proposiciones, éstas deben ser canalizadas a través de las asociaciones de consumidores, en su condición de ente encargado y autorizado para representar al conjunto de personas físicas o jurídicas encuadrados dentro del concepto expuesto en el artículo 1ero de la Ley de Defensa del Consumidor.

Potencialmente, una decisión encomiable se puede tomar de la citada Ley 24.240, que en su artículo 56 reconoce a las asociaciones de consumidores la tarea de realizar cualquier actividad tendiente a la defensa o protección de los

intereses del consumidor, entre ellas, la de promover su educación. De esta forma, el legislador posibilita el trabajo conjunto, entre la autoridad de aplicación y las asociaciones, con la intención de perfeccionar sus funciones e intervenir positivamente en el desenvolvimiento del mercado actual.

Asimismo, con la ejecución de un programa orientado a informar y educar directamente al ciudadano sobre sus derechos y acciones conferidas por la Ley, se busca incentivar la interposición de reclamos, denuncias y acciones administrativas o judiciales. Esto a su vez, incrementa el interés público de exigir a las empresas la veracidad y concordancia entre las ofertas hechas en los comerciales publicitarios y la realidad.

En otro tenor, las asociaciones de consumidores también se encuentran en la posibilidad de desarrollar actividades que aporten intelectualmente a la comunidad jurídica interesada en profundizar sobre la materia. Ya sea, promoviendo obras legales por medio de contribuciones financieras u organizando sus publicaciones, formando seminarios, efectuando investigaciones nacionales e internacionales y/o realizando cualquier otra cooperación académica en beneficio de los intereses de quienes representa.

De modo que, actividades como éstas puedan estimular una evolución cultural sobre la posición ocupada por el cliente frente a las ofertas masivas engañosas. Ahora bien, dicho objetivo puede considerarse alcanzado sólo cuando se demuestre la viabilidad de las denuncias o acciones, por medio de decisiones definitivas que sirvan de precedente.

CONCLUSIÓN

Durante la creación y redacción del presente trabajo académico fue preciso atender los orígenes históricos que dieron lugar a una práctica comercial tan común y a la vez tan vil como lo es publicitar bienes y servicios con información falsa o incompleta. Por lo tanto, los cambios en el tiempo de los fenómenos sociales, económicos y políticos produjeron variaciones en las conductas comerciales de los proveedores, lo que permitió conocer las causas que influyeron en la problemática abordada en el presente estudio legal de la publicidad.

Otro aspecto que resultó importante para conocer la naturaleza de la publicidad comercial y su influencia en la sociedad, resultó del detalle pormenorizado de los modelos económicos del mercado y del estudio de los medios de comunicación, los cuales a su vez dominan de manera irrefutable la opinión pública nacional e internacional en materia de consumo.

Asimismo, conocimos los diferentes elementos que conforman la estructura publicitaria como proceso de comunicación, los personajes que intervienen en su conformación y la naturaleza física, moral, pública, privada o mixta de quienes se encuentran amparados por las leyes defensoras del consumidor.

Estudiamos curiosamente, la línea divisoria entre la licitud e ilicitud de los comerciales publicitarios, además fueron presentadas las diferencias primordiales entre éstas. Fue manifestado cuándo la constitucionalidad del mensaje publicitario se ve comprometida, así como también fueron exhibidas las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias sobre el tema.

Vimos como aspecto importante del presente estudio, las diferentes clasificaciones a que se presta la publicidad comercial al momento de presentarse como una herramienta desleal de comercio, como un instrumento comprometedor de la legislación encargada de la defensa de la competencia y sobre todo cuando se utiliza como un arma para atentar contra los derechos del consumidor.

Fueron detalladas y comentadas las diferentes legislaciones reguladoras de la publicidad comercial en Argentina, las cuales se aplican sobre las diferentes ofertas de los productos y servicios brindados por los diversos sectores anunciantes de la información dirigida al público consumidor.

Mientras se dilucidaron las diferentes teorías relativas al régimen jurídico de las responsabilidades en la materia, resaltaron las características novedosas y complejas del tema, así como la necesidad imperiosa de aportar futuras soluciones a estos problemas específicos que nos aquejan a todos de forma continua.

Fueron desarrolladas e interpretadas las diferentes acciones legales y administrativas trazadas por la legislación argentina en materia de publicidad comercial. Destacando sus logros, así como sus precariedades y los inconvenientes que pueden encontrar las víctimas de la publicidad comercial al iniciar estos procedimientos.

Compusieron una parte primordial, las decisiones jurisprudenciales que constituyeron un avance en materia de acciones colectivas, tanto en defensa del consumidor como en otras materias, lo que permitió definir una postura posterior para proponer soluciones efectivas a los problemas que aquejan a un conjunto de personas en su totalidad.

En cuanto a las soluciones planteadas para mejorar la regulación o la corrección publicitaria, pueden destacarse el método de inducción elegido, con la finalidad de realizar las propuestas necesarias en miras de mejorar gradualmente su regulación y perfeccionamiento.

En conclusión, enfatizo en una característica especial de mi reclamo, el cual no se encuentra dirigido a los grandes grupos económicos, sino a los consumidores mismos, quienes reitero, conservan en sus manos las herramientas y los motivos suficientes para utilizarlas.

LISTA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Acevedo, R. (2001). El modelo de la competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones y la publicidad desleal. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 31, No. 181 a 184, Buenos Aires: Depalma.
2. Aerolíneas Argentinas c/S. C. e I, CNFed. CAdm., sala II, 6-4-2000, L. L. 2001-B-505; R.C. y S. 2000-II-110.
3. Alfil, A. (1998, Agosto). Cuestionan el uso de la pauta oficial para controlar contenidos. Periódico Clarín. Disponible en:
4. <http://www.clarin.com/diario/2008/08/15/sociedad/s-01738075.htm>
5. Alterini, A. (1999) Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
6. Anaut, N. (1990) Breve historia de la publicidad. Buenos Aires: Editorial Claridad S. A.
7. Arright, J. M., (2000). Los principios básicos de la defensa del consumidor y el panorama actual en América Latina. Revistas sobre Derecho del Consumidor, Rosario: editorial Juris.
8. Artemio Construcciones S.A. c/ Diyón SA y otro. CNCom., Sala A, 21-II-2000, L.L. 2001-B-2-345.
9. Axoft Argentina S.A. c/ Megasistemas S.A. [Caso Tango], causa 6275/71, Sala I, del 30-12-93.
10. Billorou, O. (1998) Introducción a la publicidad. (3ª ed.) Buenos Aires: Ateneo.

11. Bodegas Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agroindustria Cartellone S.A.
causa 1407. Sala I. del 22/3/91.
12. Castellblanque, M. (2001). La estructura de la actividad publicitaria. (3ª ed.)
Buenos Aires: Paidós Ibérica, S. A.
13. Código Civil Argentino. Ley 340 de fecha 25 de septiembre de 1869 y sus
modificaciones.
14. Cuenca de Pons y otro v. Romero y otro, Cámara Civil y Correccional de la
Capital Federal, 15-6-1931, J.A-6-1145.
15. Decreto 1798/94 de fecha 13 de octubre de 1994.
16. Ekmekdjian, M. A. (1989). ¿La publicidad comercial es una forma del
ejercicio de la libertad de expresión? El Derecho.
17. Farina, J. (2005). Contratos comerciales modernos. Tomo I. (3ª ed.) Buenos
Aires: Astrea.
18. Farina, J. (2005). Contratos comerciales modernos. Tomo II. (3ª ed.) Buenos
Aires: Astrea.
19. Gozaíni, O. A. (2008). Protección procesal de usuarios y consumidores.
Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.
20. Kemelmajer De Carlucci, A. (1996). Publicidad y consumidores. Revistas de
Derecho Privado y Comunitario, No. 5.
21. Ley 16.463 sobre control de drogas y productos utilizados en medicina
humana promulgada el 23 de julio de 1964.
22. Ley 18.284 o Código alimentario de la República Argentina promulgada el 18
de julio de 1969.

23. Ley 22.802 de Lealtad Comercial promulgada el 25 de mayo de 1983.
24. Ley 22.285 sobre radiodifusión de la República Argentina promulgada el 15 de septiembre de 1980.
25. Ley 24.240 sobre Derechos del Consumidor promulgada el 5 de julio del 1993 (modificada por la Ley 26.361).
26. Lorenzetti, R. L. (2003). Consumidores. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
27. Los cipreses S. A. c/ Lumary S.A. s/ medidas cautelares de fecha 26 de junio de 2007.
28. Núñez, J. F. (2001). La publicidad comparativa, se encuentra prohibida en nuestro derecho? Lexis Nexis, Argentina: JA 2001-II-321.
29. Maurino, G., Nino, E. y Sigal, M. (2005). Las acciones colectivas. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis.
30. Mercuriali, C. E. y Giay, G. (Marzo, 2005). Publicidad comparativa: Un aporte al debate sobre su legalidad o ilegalidad. La Ley.
31. Morillo, A. M., Stiglitz, R. S. y Stiglitz, G. A., (2000) Información al consumidor y contenido del contrato. Revistas sobre Derecho del Consumidor, Rosario: editorial Juris.
32. Mosset Iturraspe, J. y Lorenzetti, R. L. (1994) Defensa del consumidor-Ley 24.240. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni.
33. Muguillo, R. (2005) Publicidad. Buenos Aires: Editorial Astrea.

34. Osorio, M. (2006). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Argentina: Ed. Heliasta.
35. Otamendi, J. (1999). La competencia desleal. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 3, número 2.
36. Perroto, J. M. y Traini, M. A. (1994) Reflexiones en torno a un reciente fallo sobre propaganda comparativa. El Derecho.
37. Unión Europea, Consejo de las Comunidades Europeas. (1984). Directiva 84/450/CEE de fecha 10 de septiembre de 1984.
38. Pizarro, R. D. y Vallespino, C. G. (2000). Publicidad inductiva y engañosa. Derecho del consumidor. Rosario: Editorial juris.
39. Real Academia Española, 22ª ed., s.v. “Estructura” Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=estructura
40. Real Academia Española, 22ª ed., s.v. “Publicidad”. Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=publicidad
41. Resolución 100/83 Secretaria de Comercio del 10 de mayo de 1983.
42. Sánchez Guzmán, J. R. (1982). Breve historia de la publicidad. Madrid: Forja.
43. Sánchez Guzmán, J. R. (1993). La teoría de la publicidad. (4ª ed.) España, Tecno.
44. Stiglitz, R. (1998). Contratos civiles. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
45. The Coca Cola Company y otros c/ Pepsi Cola Argentina SAIC y otros s/ varios propiedad industrial. Juzgado Civ. y Com., Fed. No. 1, Sec. 1, 21-10-98. Causa No. 7882/93.

46. Unilever S.A. s/ medidas cautelares (año 2000) CNFed. Civ. y Com., Sala II.

47. Verbitzky, Horacio y otros. CSN in re: LL, 1989-D-185 del 25 de Julio de 1989.

48. Wajntraub, J. (2008). Ley de Defensa del Consumidor. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

CURRILUCUM VITAE DE JOAN MANUEL BATISTA MOLINA

EDUCACIÓN ACADEMICA

- 2007-2009 **Master en Derecho y Dirección de Empresas**
Universidad de Palermo, Buenos Aires
- 2002-2006 **Doctor en Derecho**
Universidad Iberoamericana (UNIBE), República Dominicana
- 1998-2002 **Bachiller en Ciencias y Letras**
Liceo de Prácticas y Experimental Pedro Henríquez Ureña,
República Dominicana

EXPERIENCIA PROFESIONAL

- 2010-ACT **LegalExport abogados, S. A. – Abogado**
República Dominicana
- 2009 **Méndez Risk, Fermín & Asociados - Abogado**
República Dominicana
- 2005-2006 **Russin, Vecchi & Heredia Bonetti - Paralegal**
República Dominicana
- 2003-2005 **Segunda Sala Cámara Penal del Juzgado de Primera
Instancia, Distrito Nacional, República Dominicana**

IDIOMAS

- 1994-2001 **Dominio escrito y oral Idioma Inglés**
Instituto Cultural Dominicano Americano

2002-2003 **Dominio básico Idioma Francés**
Alianza Francesa Santo Domingo

CURSOS Y SEMINARIOS REALIZADOS

Derecho del consumidor en las contrataciones bancarias. Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Perfeccionamiento en comercio exterior, contratos y solución de controversias comerciales. Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Diplomado de Tributación Corporativa. Instituto de Contadores Públicos Autorizados de la República Dominicana (ICPARD).

Aspectos prácticos de la Ley No. 479-08 de sociedades comerciales y empresas individuales de responsabilidad limitada. Seminario corporativo impartido por Russin, Vecchi & Heredia Bonetti.

I Jornada de Derecho Empresarial. *Conflictos societarios, Fideicomiso, Responsabilidad de la Administración, Sociedades extranjeras, convenio de sindicación de acciones.* Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Acciones de clase, situación actual. Necesidad de regulación. Universidad del Salvador, Argentina.

Diplomado sobre Comercio Internacional, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de Sto. Dgo.

Seminario de “Principios de Reaseguros”, Universidad de Palermo.

“Cuestiones álgidas de la realidad empresaria Argentina de nuestros tiempos”. Auditoria y fraudes. El fideicomiso. El acuerdo preventivo extrajudicial. Universidad de Palermo.

Seminario sobre el Nuevo Derecho Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de Sto. Dgo.