

Nieto, María Bibiana

Publicidad engañosa

Documento de Investigación

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Nieto, M. B. (s.f.). Publicidd engañosa [en línea] (Documento no publicado. Facultad de Derecho. Universidad Católica Argentina). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/publicidad-enganosa-maria-bibiana-nieto.pdf>

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

PUBLICIDAD ENGAÑOSA

María Bibiana Nieto

I. Introducción

La publicidad en sentido amplio es una actividad comunicativa que informa de manera creativa a públicos determinados sobre la existencia de bienes y servicios, invitando al mecenazgo, promoviendo la adhesión a una causa o suscitando el deseo de adquirir lo que se ofrece. Estos diferentes objetivos califican las actividades publicitarias determinando sus distintos tipos: publicidad comercial de productos y servicios; publicidad de servicios públicos en nombre de diversas instituciones, programas o causas comunes y publicidad política en interés de partidos y candidatos.¹

La publicidad comercial tiene por finalidad dar a conocer al potencial comprador las características de los productos que se ofrecen de la manera más favorable posible. Este tipo de actividad publicitaria apunta por una parte a informar acerca de la existencia de un producto en el mercado y, por otra, a persuadir provocando en el receptor el deseo de adquirirlo. “Información y persuasión se combinan, pues, en la comunicación publicitaria, dando lugar a una curiosa simbiosis entre objetividad y subjetividad, ya que mientras ²la información parece que, en sí misma, tiende a la objetividad fría, en cambio, la persuasión inclina a pensar en una apasionada subjetividad.³

Precisamente estas características de la comunicación publicitaria hacen necesaria una legislación que la regule, a fin de evitar conductas manipuladoras que lleven a provocar distorsiones en el mercado, con los consiguientes daño a los consumidores y lesión de los intereses de los empresarios que compiten de buena fe.

En el presente trabajo nos centraremos en el estudio de un tipo de publicidad comercial prohibida por nuestra legislación: “la publicidad engañosa”. Comenzaremos haciendo una breve exposición y análisis de los derechos protegidos por la norma que

¹ Cfr. PONTIFICIO CONSEJO PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES, *Ética en la publicidad*, Ciudad del Vaticano, 1997, p. 7.

² MUNNE, F.: *Hacia una publicidad social*. Art. en “Publicidad”. I.N.P., número 14, Madrid, 1969.

³ SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, *Teoría de la publicidad*, ed. 4º, Tecnos, Madrid, 1993, p. 114.

prohíbe la especie de publicidad que nos ocupa; en segundo lugar, analizaremos la legislación vigente a fin de dilucidar el significado y alcance de la prohibición; a continuación, transcribiremos el contenido de algunos fallos jurisprudenciales relevantes para un conocimiento más acabado del instituto; finalizaremos el trabajo con las conclusiones a las que hemos arribado.

II. Libre competencia, Derecho a la información de los consumidores y Publicidad comercial

II. 1 Derecho de libre competencia

El artículo 14 de nuestra Carta Magna asegura a todos los habitantes del suelo argentino la libertad de trabajar, comerciar y ejercer toda industria lícita. El ejercicio de estos derechos implican el derecho de libre competencia porque el número de actividades comerciales es limitado y es natural que se produzca la superposición en un mismo ramo de negocios.⁴ A su vez hay que tener presente que la Constitución Nacional no consagra derechos absolutos, por tanto deben ejercerse con los límites que establecen las leyes reglamentarias, teniendo en cuenta el interés general, el de los comerciantes y el de los consumidores.⁵ En este sentido, es importante la protección de la buena fe en el ejercicio de la libre competencia y la sanción de ciertas conductas, como la publicidad engañosa. Quienes introducen en el mercado bienes y servicios con información inadecuada o falsa, además de lesionar los derechos del consumidor, llevan a cabo una competencia ilícita que produce distorsiones en el mercado perjudicando los intereses de los empresarios que contienden lealmente con sus productos y servicios.

II. 2 Derecho a la información de los consumidores

La necesidad de proteger jurídicamente a los consumidores asegurándoles un mínimo de información adecuada y veraz en las relaciones de consumo aumentó debido a

⁴ Cfr. FONTANARROSA, R.O., *Derecho Comercial Argentino*, T. 1, Zavalía, Buenos Aires, 1976, p. 393.

⁵ Cfr. HALPERIN, *Curso de Derecho Comercial*, T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 192.

diversos factores que convergen en el mercado moderno: la abundancia de bienes y servicios que satisfacen las mismas necesidades, la complejidad técnica de muchos productos, la contratación en masa, la moderna sociedad del bienestar, que hizo posible el acceso al mercado de nuevas capas de población generalizando el crédito. Otra circunstancia, que por contribuir al debilitamiento de la posición del consumidor en el mercado, ha incrementado también la necesidad de su protección, es el hecho de que numerosos protagonistas del tráfico económico controlan los mecanismos de información y persuasión que llegan al gran público intentando manipular sus necesidades, sus preferencias, e incluso su disposición para pagar uno u otro precio. Precisamente, es frecuente que la información insuficiente o falsa lleve al consumidor a adquirir productos o servicios, o aceptar condiciones, que rechazaría si hubiera tenido una información más amplia y veraz.

Si bien ya existía en nuestro país desde diciembre de 1993 una ley que protegía jurídicamente al consumidor⁶, teniendo en cuenta la situación descrita anteriormente, la reforma constitucional de 1994 incorporó en los dos primeros párrafos del artículo 42 los derechos de los consumidores y usuarios determinando que:

“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.”

De este modo, al asegurar a los consumidores y usuarios una información adecuada y veraz se protegen también los demás derechos mencionados, especialmente sus derechos a la salud, seguridad e intereses económicos y a la libertad de elección, que podrían quedar comprometidos con una información deficiente.

En conclusión, podemos decir que el derecho de información de los consumidores, consagrado por nuestra norma fundamental, consiste en el derecho a conocer todos los datos relativos a los productos y servicios, y a sus suministradores que tengan relevancia a fin de realizar una elección racional entre aquellos que sean competidores entre sí, y utilizar de forma segura y satisfactoria dichos bienes.

⁶ Ley n° 24240 de Defensa del Consumidor (Adla, LIII-D, 4125).

II.3 Publicidad comercial

El artículo 14 de nuestra Carta Magna reconoce el derecho a la libertad de expresión dentro del cual se incluye la publicidad comercial.⁷

La publicidad comercial puede definirse como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.”⁸

El objetivo de la comunicación publicitaria comercial es dar a conocer al potencial comprador las características de la mercancía de la manera más favorable posible. Por tanto, es un *instrumento informativo* que da a conocer la existencia y la disponibilidad de bienes y servicios en el mercado, facilitando las decisiones de las personas, al tiempo que es una *técnica de persuasión* que impulsa a la compra: información y persuasión son las dos finalidades básicas de toda publicidad⁹.

De las afirmaciones precedentes se infiere que la publicidad constituye una herramienta de decisiva utilidad para el ejercicio de una competitividad responsable en la medida en que mantiene informado al consumidor y estimula el progreso económico a través de la expansión de los negocios y del comercio.

Además, la importancia de la comunicación publicitaria en la economía de mercado ha ido creciendo en consonancia con los avances tecnológicos que revolucionaron el mundo de las comunicaciones sociales debido a que los utiliza como vehículo de sus mensajes. Como consecuencia, en la actualidad toda actividad publicitaria que traiciona su papel como fuente de información y sana competencia debe ser sancionada con severidad porque su potencial de daño es mucho mayor que en épocas pasadas, en la distorsión del mercado, y en los consiguientes perjuicios para los competidores y los consumidores.

⁷ Vid. BIANCHI, Enrique T- GULLCO, Hernán V., *El derecho a la libre expresión*, Librería Editor Platense, La Plata, 1997, pp. 277-305.

⁸ LEY GENERAL DE PUBLICIDAD DE ESPAÑA (Ley 34/1988, de 11 de noviembre (BOE de 15 de noviembre).art. 2

⁹ Vid. SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, *Teoría de la publicidad*, ed. 4º, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 114- 128.

III. Publicidad comercial ilícita en el Derecho Argentino: la publicidad engañosa

Nuestro derecho positivo no posee una norma que regule en forma sistemática e integral la publicidad comercial, sino que existen diversas leyes que regulan aspectos de la publicidad. Las más importantes, por su carácter general, son la Ley de Lealtad Comercial¹⁰ y la Ley de Defensa del Consumidor.¹¹

III.1 Ley 22802 de Lealtad Comercial

El nombre con el que se conoce la ley 22802 sintetiza la finalidad perseguida: la de asegurar que quienes realizan actividades comerciales lo hagan actuando con honradez y buena fe. En efecto, la palabra “leal”, que proviene del latín *legalis*, es un adjetivo que significa “fidedigno, verídico y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo”; y “lealtad” hace referencia al “cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien.”¹² Es decir, que la ley que nos ocupa, apunta a garantizar un accionar honrado y veraz en el ámbito comercial reprimiendo conductas desleales,¹³ con la doble finalidad de proteger al consumidor respecto de posibles prácticas engañosas e insuficiencia de información y al comerciante honesto y veraz.¹⁴

Dentro del capítulo III, donde la ley regula la publicidad y promoción de productos y servicios que se ofrecen al público consumidor mediante premios, está contemplada la “publicidad engañosa”. En efecto, en su artículo noveno dice lo siguiente:

art. 9: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.”

¹⁰ Ley 22802 (Adla, XLIII-B, 1346)

¹¹ Ley 24240 (Adla, LIII-D, 4125/4135)

¹² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Voces: *Lealtad* y *Leal*, T. II, ed. 21°, Madrid, 1992. En adelante, lo citaremos DRAE.

¹³ Con ella no se agota la temática, ya que hay otras leyes que también castigan conductas desleales como por ejemplo la Ley de Marcas y Designaciones y la Ley de Defensa de la competencia.

¹⁴ Cfr. NAVARRO, Guillermo Rafael, Delitos de deslealtad en el comercio y la industria, Colección Temas Penales, Pensamiento Jurídico Editora, p.85, citado por Nora C. Luzi en “Ley de Lealtad Comercial” La Ley, 2000, p. XIV; Cfr. VELA, Carlos Indalecio, *Derecho Penal Económico*, Diario La Ley del martes 15 de julio de 2003, Buenos Aires, p. 1.

Pasamos a analizar el contenido del artículo.

La manera prevista para configurar la conducta vedada es mediante “inexactitudes u ocultamientos.”

-Inexactitudes: Inexactitud quiere decir “falta de exactitud” y “exactitud” proviene de “exacto” y significa “puntualidad y fidelidad en la ejecución de una cosa”. “Exacto” es un adjetivo que tiene su origen en el vocablo latino *exactus* y quiere decir “puntual, fiel y cabal”.¹⁵ Puntual: adjetivo proveniente del latín *punctum*, *punto*, y significa “pronto, diligente, exacto en hacer las cosas a su tiempo y sin dilatarlas”. Fiel: adjetivo que proviene del latín *fidelis* y significa “que guarda fe, o es constante en sus afectos, en el cumplimiento de sus obligaciones y no defrauda la confianza depositada en él; exacto, conforme a la verdad”.

-Ocultamientos: “Ocultar” del latín *occultare* es un verbo transitivo que significa, en las acepciones que nos interesa, “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista”; “callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad.”¹⁶

Estas inexactitudes u ocultamientos deben tener tal entidad que puedan “inducir a error, engaño o confusión.”

Error: “concepto equivocado o juicio falso; acción desacertada o equivocada. Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial del mismo o de su objeto.”

Engaño: “acción y efecto de engañar”. Engañar: “dar a la mentira apariencia de verdad; inducir a otro a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas”.

Confusión: del latín *confusio-onis*, “acción y efecto de confundir, mezclar; acción y efecto de confundir, perturbar, desordenar.” Confundir: del latín *confundere* verbo transitivo que significa “mezclar, fundir cosas diversas, de manera que no puedan reconocerse o distinguirse; perturbar, desordenar las cosas o los ánimos; equivocarse, tomar una cosa por otra.”¹⁷

La materia u objeto de las inexactitudes u ocultamientos que provocan la confusión o el engaño debe recaer en “las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad,

¹⁵ DRAE, T. I, voces: *inexactitud*, *exactitud* y *exacto*.

¹⁶ DRAE, T. II, Voz: *ocultar*.

¹⁷ DRAE, T. I, Voces: *error*, *engaño* y *confusión*.

pureza mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.”

En cuanto a los medios empleados, la ley no dice nada por lo que puede inferirse que se puede realizar por cualquier medio: radio, televisión, prensa escrita, internet, etc.

III.2 Ley de Defensa del Consumidor

En nuestro país la protección jurídica del consumidor está contenida sustancialmente en la ley nacional 24240, denominada Ley de Defensa del Consumidor. En su artículo primero además de señalar que su objeto es la defensa de los consumidores y usuarios, los define de la siguiente manera:

“Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:

- a) La adquisición o locación de cosas muebles;
- b) La prestación de servicios;
- c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminadas.”

El derecho a la información que tiene todo consumidor o usuario, reforzado en 1994 al ser incorporado a nuestra Carta Fundamental, está contemplado en el artículo cuarto de la ley que dice:

“Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.”

Los obligados a dar la información son los productores, importadores, distribuidores y comerciantes de cosas y los prestadores de servicios.

La forma de dar la información debe ser: “cierta y objetiva”.

-Cierta: adjetivo que proviene del latín *certus* y significa “conocido como verdadero, seguro, indubitable”.¹⁸

-Objetiva: adjetivo que significa “perteneciente o relativo al objeto en sí y no a nuestro modo de pensar o sentir.”¹⁹

Del significado de los adjetivos empleados, inferimos que la forma de dar la información no debe dar lugar a dudas ni crear confusión y debe hacer referencia a cualidades reales de los bienes o servicios. Ejemplo de información cierta y objetiva es informar que una prenda es de seda, de origen chino y hecha en Argentina y realmente es así. Ejemplo de lo contrario, es informar que una prenda es de pura lana, hecha en Alemania, pero en realidad es de lana mezclada con componentes sintéticos y hecha en Taiwan.

La información en cuanto al contenido debe ser: “veraz, detallada, eficaz y suficiente”.

Veraz: adjetivo que procede del latín *verax, -aci*. Significa “que dice, usa o profesa siempre la verdad.”²⁰

Detallada: pretérito perfecto de detallar. Detallar (de detalle) es un verbo transitivo que significa “tratar, referir una cosa por menor, por partes, circunstanciadamente”.

Eficaz: adjetivo que proviene del latín *eficax, -acis* y significa “activo, poderoso para obrar. Que logra hacer efectivo un intento o propósito.”²¹

Suficiente: adjetivo que procede del latín *sufficiens, -entis*. Bastante para lo que se necesita.²²

Del significado de las palabras se sigue que el contenido de la información debe ser verdadero, abarcando todos los datos disponibles y necesarios para que cumpla con el propósito de poner al consumidor en condiciones de hacer una elección libre y conveniente, sopesando las virtudes y defectos de los productos y servicios que se le ofrecen.

Para que eso sea posible, la información debe recaer sobre “las características esenciales de los productos o servicios.”

¹⁸ DRAE, T. I, Voz: *cierta*.

¹⁹ DRAE, T. 2 Voz: *objetivo, a*.

²⁰ DRAE, T. 2, Voz: *veraz*.

²¹ DRAE, T. 1, Voces: *detallada* y *eficaz*.

²² DRAE, T. 2, Voz: *suficiente*.

Características: adjetivo que significa “perteneciente o relativo al carácter. Aplicase a la cualidad que da carácter o sirve para distinguir una persona o cosa de sus semejantes.” A su vez, carácter: proviene del latín *character* y significa “conjunto de cualidades o circunstancias propias de una cosa, de una persona o de una colectividad, que la distingue, por su modo de ser u obrar, de las demás.”(6ta. acepción)

Esenciales: es un adjetivo que procede del latín *essentialis* y quiere decir “perteneciente a la esencia. El alma es parte esencial del hombre; Sustancial, principal, notable.”

Vale decir que la información debe contener aquellas cualidades y circunstancias principales, notables, que la distinguen de otros productos o servicios similares. En concreto, debe darse a conocer: el precio, la composición, las características y propiedades relativas al peso, medidas, fecha de fabricación, período de conservación, calidad, empleo y forma de utilización y condiciones de carácter jurídico para la adquisición.

Los medios a través de los cuales la información llega a los consumidores y usuarios son básicamente la publicidad, los datos que figuran sobre las mercaderías y ofertas de servicios, lo que dicen los promotores o quienes venden al público y las declaraciones en los contratos. Por esa razón, nuestra legislación contempla esos cauces, exigiendo determinadas informaciones y prohibiendo algunas conductas que puedan llevar a confusión o engaño.²³

IV. Doctrina judicial

IV.1 Bien jurídico protegido: La ley de Lealtad Comercial tiene por finalidad proteger la lealtad en las relaciones comerciales que abarca tanto los derechos de los consumidores como los de los competidores en las relaciones comerciales.

En forma reiterada y uniforme la jurisprudencia ha manifestado que el bien jurídico protegido por la Ley es la lealtad en las relaciones comerciales.

²³ En cuanto a la información que llega a través de la Publicidad el artículo ocho de la Ley de Defensa del Consumidor dice: “Efectos de la Publicidad. 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.”²³ De esta forma se desalienta el uso indebido de una herramienta que debe informar además de persuadir.

“El bien jurídico protegido por la ley 22802 es la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y los de los competidores, tutelando la libertad, la debida información y la transparencia en las actividades comerciales.”²⁴

“El fin que se persigue con la ley es evitar que los consumidores, mediante publicidad engañosa, sean inducidos a la adquisición de mercaderías o la contratación de servicios, protegiéndose el derecho de aquellos a una información adecuada y veraz en relación al consumo.”²⁵

“La ley 22802 procura garantizar la lealtad comercial mediante la tutela de los derechos de consumidores y competidores, especificando conductas exigibles para que aquéllos no sean burlados.”²⁶

“El fin que se persigue mediante la ley 22802, de Lealtad Comercial, es evitar que los consumidores, por medio de publicidades poco claras y engañosas, o inexactitudes, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías, o en la contratación de servicios protegiéndose, de este modo, el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz, con relación al consumo (art. 42 de la Constitución Nacional).

Asimismo, con la mencionada ley se pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y de los competidores; con una publicidad como la examinada se pueden producir desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a la lealtad en las relaciones comerciales (confr. Registro Nos. 24/97, 572/97, entre otros de esta Sala “B”).”²⁷

²⁴ CNPenal Económico, Sala B, 1997-02-26. Disco S. A., La Ley, 1997-D, 647. En el mismo sentido: CNPenal Económico, Sala A, 1996-06-12. Sprayette S. A., LL, 1997-C, 419.

²⁵ CNPenal Económico, Sala B, 1997-06-03. Promark de Argentina S.R.L., LL, 1997-F, 408.

²⁶ CNPenal Económico, Sala B, 1996-09-1996. C.S.A., LL, 1998-F, 864.

²⁷ CN Penal Económico de la Capital Federal, “Unilever Argentina S.A. s/infracción ley 22802” del 2 de diciembre de 2002 (causa n° 48.958).

IV.2 Condiciones para la configuración de la conducta tipificada por la ley como “publicidad engañosa”

1 La acción consiste en la realización de una publicidad con inexactitudes u ocultamientos capaces de inducir a error, engaño o confusión grave en el juicio del consumidor sobre la sustancia y los accidentes principales del producto comercial, apta para lesionar, de ese modo, su buena fe.

En “Massalin & Celasco S.A. C. I. s/inf. ley 19982” del 25 de marzo de 1982²⁸, la Corte Suprema de Justicia de la Nación si bien establece los criterios para determinar la configuración de la infracción “publicidad engañosa”, según el tipo previsto en la derogada ley 19982 que fuera reemplazado por el art. 9 de la Ley de Lealtad Comercial, pensamos que es aplicable analógicamente a ésta última.

El considerando 4to. del Fallo afirma que: “una interpretación adecuada de las figuras descriptas por el inciso a) del art. 12 de la ley 19982 lleva a la conclusión de que no es suficiente, para integrar el tipo, con que, en la “presentación, rotulación, publicidad o propaganda” de algún producto comercial se empleen “inexactitudes, exageraciones, ocultamientos, marcas registradas o no”, aún cuando tal utilización hubiera sido a favor de aquél, como podría conjeturarse que ocurrió en el caso, en que se ofreció un artículo – cigarrillos- a un precio menor que el oficial de venta al público.

Por el contrario, dicha norma contiene la exigencia de otros dos requisitos –aparte de la comprobación objetiva del empleo inadecuado- para que la conducta sub iudice quede abarcada por la descripción del tipo penal de que se trata.

El primero de ellos, según surge de la letra clara de la ley, es que las imprecisiones aludidas sean capaces de inducir a error, engaño o confusión. De tal modo, es incorrecto interpretar, como lo hace el a quo, que la omisión del anuncio del cambio de precio importa una infracción a la norma en cuestión sin determinar previamente que dicha circunstancia tiene la suficiente aptitud engañosa concreta para inducir a la compra del producto ofrecido y para burlar así la buena fe del consumidor, cuya tutela se procura.

²⁸ CSJN, Fallos, 304:403.

El segundo es que tampoco basta cualquier error, engaño o confusión sino que estos trastornos, provocados en la capacidad subjetiva de apreciación del consumidor, debe causar un yerro grave puesto que, según el inciso analizado, éste ha de estar referido, respecto del producto, a “su calidad, su cantidad, su origen, sus virtudes, su composición, elementos, mezcla o pureza; su técnica de producción o de comercialización”. En tales circunstancias, es necesario, según una adecuada hermenéutica del texto legal y de sus principios rectores, determinar en cada caso concreto la incidencia que pudo haber tenido el error, engaño o confusión provocados en la real apreciación y juicio del consumidor acerca de la sustancia y de los accidentes principales del producto comercial. Es decir, la figura punitiva exige que se establezca en cada caso si, de no haber existido aquellos vicios en la valoración del objeto, el consumidor potencial habría adoptado una actitud distinta optando, por ejemplo, por otro similar.

En conclusión, para que la figura en cuestión quede debidamente integrada, no es suficiente el empleo de alguna imprecisión de las descriptas sino que, además, ésta debe ser apta para inducir a un error, engaño o confusión de importancia respecto del producto que se ofrece al consumidor, lesionando de ese modo su buena fe.”

En el último considerando, el 5to., se afirma que “la inexactitud que se imputa a la firma sancionada es la diferencia entre el precio consignado en la propaganda periodística (\$650) (...) y el que al momento de publicarse ésta estaba vigente (\$700). Como puede advertirse de la simple observación del ejemplar glosado a fs. 5, la promoción que en él se realiza no tiende a vender el artículo por consideración exclusiva a su menor precio. En cambio, una apreciación lega de la promoción comercial de que se trata permite apreciar que lo que se pretende es realzar ciertas “calidades” o “virtudes” que se atribuyen a esa marca apetecibles al mercado consumidor. La consignación del precio, junto al diseño del envase, aparece como meramente circunstancial, no se hace referencia a ello en el resto del complejo texto publicitario y no guarda relación alguna con las demás referencias que en él se consignan.”

En “Unilever Argentina S.A. s/infracción ley 22802” del 2 de diciembre de 2002 la CN Penal Económico de la Capital Federal consideró configurada la infracción de publicidad engañosa por los avisos publicitarios y cortos publicitarios televisivos de la línea

de productos CIF con lavandina. Del análisis de las constancias aportadas dio por probado que la empresa utilizó en las publicidades imágenes y expresiones capaces de inducir a error o confusión grave en el juicio a los potenciales consumidores sobre la sustancia y los accidentes principales de los productos promocionados.

“La sumariada ha empleado imágenes y expresiones en las publicidades cuestionadas –como, por ejemplo, guantes colgados con la leyenda “Despedite de la lavandina como la conocías” v.fs.20/23) que sugieren la inocuidad de los productos de la línea CIF con lavandina en contacto con vestimenta y cuerpo humano y la innecesariedad de emplear guantes, botas o tomar determinadas precauciones cuando se manipulan dichos productos, lo cual se contrapone con lo que la propia sumariada informa en las etiquetas de los envases correspondientes, en las que resalta los recaudos imprescindibles que deben tenerse en cuenta en el uso de dichos productos, advirtiendo que ‘...deben manipularse con guantes de goma en áreas ventiladas; debe evitarse el contacto con ropa, animales, alfombras, tapizados, maderas y chapas pintadas’ (v.fs. 163/164).

Por lo tanto, de las constancias de la causa surge que la sumariada publicitó una línea de productos que, según ella misma admitió, para su utilización requieren ciertos cuidados, empleando expresiones e imágenes que dan a entender lo contrario, es decir, que este tipo de productos con lavandina no requieren ser usados con guantes u otras precauciones, pudiendo producir error, engaño o confusión a los eventuales adquirentes con respecto a las características, propiedades y/o uso de los mismos.”²⁹

2. Objetividad: la publicidad engañosa es una infracción de carácter formal, es decir, que para su configuración y posterior sanción sólo se requiere la simple constatación de la conducta prevista por la norma, sin necesidad de evaluar si hubo intencionalidad por parte del infractor ni tampoco la producción de un daño concreto.

En un fallo en el que se resolvió la apelación interpuesta por Disco S. A. para que se dejara sin efecto una multa que le había impuesto la Dirección Nacional de Comercio Interior debido a que algunos productos que comercializaba –planchas, tostadoras, secador de pelo, televisores, alarmas, hornos a microondas, etc.- se encontraban en oposición a

²⁹ CN Penal Económico de la Capital Federal, “Unilever Argentina S.A. s/infracción ley 22802” del 2 de diciembre de 2002 (causa n° 48.958)

determinadas resoluciones de la ex-Secretaría de Comercio, reglamentarias de la ley 22802, sobre identificación de mercadería, se dijo:

“Para que se configuren las infracciones previstas por la ley 22802, no es necesario evaluar si hubo, o no, intencionalidad por parte del infractor, y tampoco la producción de resultado alguno, pues –en principio- las infracciones como la examinada revisten el carácter de formales, para cuya sanción sólo se requiere la simple constatación, sin que se adviertan –en el caso- razones que justificarían un apartamiento de esta regla general.”³⁰

3. La culpabilidad: exigencia de culpa

Aunque la actual ley nada dice, de la conducta tipificada, se infiere que debe existir culpa o dolo. En efecto, difícilmente se pueda incurrir en una inexactitud u ocultamiento graves en la presentación publicitaria de un producto o servicio sin intención dolosa o, al menos, negligencia.

La Cámara Nacional Penal Económico, sala III, tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema en la causa Sarpe (Sociedad Anónima de Revistas, Periódicos y Ediciones). Esta empresa fue multada por infringir el art. 9 de la ley 22802 al publicitar la venta de la obra “Grandes del Jazz” en 100 fascículos, y luego poner a la venta sólo 75. Sarpe apeló a la justicia solicitando que se deje sin efecto la multa ya que problemas arancelarios imprevisibles determinaron un aumento de los derechos de importación de los fascículos que hicieron prohibitiva la importación.

La Cámara mencionada dijo al respecto: “La cuestión entonces se circunscribe a dilucidar si tales hechos así producidos pueden traer aparejada una sanción de multa como la que nos ocupa por infracción al art. 9° de la ley de lealtad comercial –22802-.

Cierto es que la ley de la materia está destinada en forma prevalente a tutelar la seguridad y confianza de los consumidores ante posibles prácticas engañosas, y que para la configuración de la hipótesis del art. 9°, no es menester que mediante inexactitudes u ocultamientos en la publicidad, en realidad se produzca error, engaño o confusión en algún adquirente determinado, sino que basta con que aquellas maquinaciones fueran idóneas

³⁰ CNPenal Económico, sala B, febrero 26-997.- Disco S. A., LL, 1997-D, p. 648. En el mismo sentido, CNPenal Económico, sala B, agosto 25-2000.-Cencosud S.A., LL, 2001-C, p.123; CNPenal Económico, sala B, diciembre 9-2003.- C. 50.454- Sinectis S. A. s/infraccion.

para producir tales consecuencias. Pero, de ello no se sigue que resulte irrelevante considerar la culpabilidad del agente para arribar a un pronunciamiento de condena, tal como ocurriera en el caso que nos ocupa.

Al respecto, tiene dicho la Corte Suprema al resolver sobre una infracción al art. 12, inc. a de la ley 19982 en la causa “Odol” de noviembre de 1977 (Rev. La Ley, t. 1978-B, p. 460), que torna indiferente que la inexactitud se produzca al envasar la mercadería o se origine en hechos sobrevinientes ‘salvo que los mismos sean imprevisibles’.

Porque el sentido de la norma es sancionar tanto la conducta de quien deliberadamente coloca un marbete inexacto, como la de quien no adopta las precauciones necesarias para evitar que el consumidor pueda ser llevado a engaño al momento de adquirir el producto (cfr. dictamen del Procurador General de la Nación en causa citada).

Ello es así, porque, mientras que en el derecho penal común, por regla, las conductas punibles deben estar teñidas de un contenido subjetivo de índole doloso, aludiéndose a la culpa solo expresamente al referirse al ‘incumplimiento de deberes a su cargo, a la impericia, a la imprudencia, a la negligencia, etc.’; en el ámbito infraccional se entiende que la regla es inversa, pero no existe una particular forma de culpabilidad infraccional.

De tal modo, será menester, ante cada figura de este tipo, determinar si de su redacción se desprende alguna mayor exigencia de índole subjetiva, para poder sostener que no basta la existencia de culpa sino que debe existir dolo en cabeza del agente. En tal sentido, la inclusión en la fórmula del art. 1° de la ley 11275 –que otrora rigiera idéntica materia-, de la exigencia de “gravedad o malicia” en la propaganda o presentación engañosa de mercadería, permitía sostener con abono de sólidas razones y en consonancia con la opinión del legislador de entonces, que sólo podrían ser castigadas las conductas dolosas –cf. “Tratado de derecho penal especial”, dirigido por Enrique Aftalión, t. I, ps. 582 y sigts.-

En la actualidad, en la ley que nos ocupa, se ha omitido aquella directa referencia a la intención. Pero, con todo, parece difícil imaginar alguna conducta que pudiera quedar aprehendida en alguna de las hipótesis del art. 9° de la norma vigente, en que el agente actuara solo culposamente, habida cuenta que deberán llevarse a cabo mediante ‘inexactitudes u ocultamientos’, las que parecen difícil de ser concretadas sin que exista en

cabeza del agente el conocimiento de tales extremos y la intención de, no obstante ello, publicitar de tal modo el producto.

Además, por definición, la idea de engaño, solamente puede ser pensada en tanto sea dolo –cf. Spolansky, “La estafa y el silencio”, p. 94-, extremos que no se modifican porque sólo se exija en el caso que nos ocupa la potencialidad engañosa de la conducta.”³¹

Finalmente la Cámara decidió absolver de culpa y cargo a Sarpe porque no se acreditó en la causa que la empresa, al momento de hacer la publicidad que se alegó engañosa, sabía que no podría cumplir con lo ofrecido. Además, tampoco se probó que lo acaecido haya sido consecuencia de la inobservancia de un deber de cuidado, ya que era imprevisible la posibilidad de que se modificaran los aranceles de importación cuando había importado el 75% de la colección ofertada.

4. Inaplicabilidad de la doctrina de la bagatela o insignificancia

En un caso en que se impuso una multa por haberse publicado un aviso publicitario consignando varias marcas de productos sin especificar el modelo del bien que se ofrecía por el importe que se publicaba como exige el art. 9° de la resolución 434/94 de la Secretaria de Comercio e Industria, reglamentaria de la ley 22802 (Adla, XLIII-B, 1346) el tribunal afirmó en su sentencia que:

“el artículo 9° de la resolución cuestionada exige que al publicitarse voluntariamente precios de bienes o servicios deberá especificarse entre otros datos, ‘el modelo, tipo o medida, y marca del bien’ ofertado, lo cual no se puede reputar cumplido cuando a una cantidad de productos, sólo identificados por su marca, le sigue un solo precio con la anteposición de la palabra ‘desde’. Por otra parte, entiendo que la doctrina de la bagatela o insignificancia esgrimida por la encartada no puede aplicarse a estos casos de

³¹ CNPenal Económico, sala III, diciembre 4-986.-Sarpe, LL, 1987-C, p. 418. En el mismo sentido: CNPenal Económico, sala A, noviembre 6-997 -Disco S. A, LL, 1998-D, p. 847. “Las infracciones a la ley de Lealtad Comercial (Adla, XLIII-B, 1346) son, en principio, de naturaleza culposa, lo que supone un deber de cuidado en cuya trasgresión se incurre aunque el resultado que se trata de evitar no haya sido intencionalmente procurado”.

naturaleza infraccional, en virtud de que aunque la infracción pueda parecer mínima, lo verdaderamente importante es el ordenamiento de la actividad comercial, la defensa de los derechos de los potenciales consumidores a estar debidamente informados de las características de los productos que se le ofrecen y de proteger a los comerciantes cumplidores de la competencia desleal. Por ello, de aplicarse esta doctrina, el cumplimiento de la ley de lealtad comercial sería utópico, al eximirse a los imputados del cumplimiento de la medida correctiva pertinente, que para estos casos es la multa. Finalmente, en cuanto a la inexistencia del aspecto subjetivo en la comisión de la infracción reprochada, no puede aceptarse la sola afirmación de la recurrente a los fines exculpativos.”³²

5. Las rectificaciones posteriores no eximen de responsabilidad, pero repercuten en la determinación del monto de la multa.

Diners Club Argentina S. A. y Ciadea S. A. fueron sancionadas por violar el art. 9° de la ley de Lealtad Comercial al haber enviado a sus usuarios una folletería en la que se omitió la información necesaria para hacer saber en forma clara a los participantes de una promoción cuáles eran los concesionarios automotrices habilitados para dicha promoción.. Las firmas apelaron la disposición del Director Nacional de Comercio Interior de la Secretaría de Comercio e Inversiones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos que dispuso una multa, alegando que posteriormente, la publicidad en cuestión, se había integrado y perfeccionado con una publicación en un diario de circulación masiva. El tribunal interviniente, dictaminó que:

“La publicación posterior de un aviso aclaratorio de las falencias detectadas, no exime a las sumariadas de su responsabilidad en la comisión de la infracción, aunque debe meritarse al momento de valorar el monto de la multa.”³³

³² CNPenal Económico, Sala A, diciembre 2-996.- V. Hnos. S. A, LL, t. 1998-B, 187.

³³ CNPenal Económico, sala A, septiembre 24-997.- Ciadea S. A. y otro, LL, t. 1998-B, p. 421.

Graduación de la pena: Los elementos a tener en cuenta para determinar el monto de la multa son las circunstancias del caso, los antecedentes y patrimonio de la sancionada.

“Los factores a contemplar en la graduación de las sanciones de la ley de lealtad comercial no son distintos de los que se deben tomar en cuenta en cualquier clase de delitos y se encuentran contemplados en los arts. 40 y 41 del Código Penal, a los que remite el art. 27 de la ley 22802.”³⁴

“Respecto al monto de la multa, considerando el valor de los productos que se ofrecen, el alcance masivo del medio utilizado para su promoción y el antecedente de la sumariada en el incumplimiento de la ley de lealtad comercial (Reg. 472/96, de esta sala), entiendo que el mismo resulta ajustado a derecho, conforme el art. 1º, p. 4 de la ley 24344, modificatoria del art. 18 de la ley 22802.”³⁵

“Con relaciones al agravio de la sumariada referente a monto desproporcionado y arbitrario de la multa, por la ley 22802 se establece los parámetros –máximo y mínimo- de la sanción de multa cuyo monto debe ser graduado por el juzgado atendiendo a las circunstancias del caso, a los antecedentes y al patrimonio del sancionado. Asimismo, en este caso, el monto de la sanción se encuentra dentro de los límites de puntuación que se establecen por el art. 1º p. 4, de la ley 24344, modificatoria del art. 18 de la ley 22802.”³⁶

³⁴ CNPenal Económico, Sala A, 2001-06-05.- Entretainment Deport S. A., LL, t. 2002-A, 483. Código Penal, art. 40: En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente; art. 41: A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

³⁵ CNPenal Económico, Sala A, diciembre 2-996.- V. Hnos. S. A., LL, t. 1998-B, 187.

³⁶ CN Penal Económico de la Capital Federal, “Unilever Argentina S.A. s/infracción ley 22802” del 2 de diciembre de 2002 (causa n° 48.958).

V. Conclusión

La prohibición y sanción de la “publicidad engañosa” por la Ley de Lealtad Comercial apunta a salvaguardar los derechos de los consumidores a una información adecuada y veraz, y los de los empresarios que contienden lealmente en el mercado con sus bienes y servicios. La infracción se configura cuando se realiza una publicidad con inexactitudes u ocultamientos capaces de inducir a error, engaño o confusión grave en el juicio del consumidor sobre la sustancia y los accidentes principales del producto comercial, apta para lesionar, de ese modo, su buena fe. Por ser una infracción de carácter formal, el infractor se hace pasible de la sanción por la mera constatación de la conducta prevista por la norma, sin necesidad de evaluar si hubo intencionalidad y/o si produjo un daño concreto. De todos modos, la acción prevista en la norma –publicidad con inexactitudes u ocultamientos capaces de inducir a error, engaño o confusión- difícilmente se configure sin la existencia de culpa o dolo por parte del agente. Por esa razón, para la determinación del monto de la multa, se deben tener en cuenta: las circunstancias del caso, entre las que está: la existencia de culpa o dolo en el obrar, además de sus antecedentes y su patrimonio. Por último, en este tipo de infracciones no es aplicable la doctrina de la bagatela o insignificancia porque aunque la infracción pueda parecer mínima, lo verdaderamente importante es el ordenamiento de la actividad comercial, la defensa de los potenciales consumidores a estar debidamente informados de las características de los productos que se ofrecen y la protección de los comerciantes cumplidores frente a la competencia desleal.

BIBLIOGRAFÍA

- BENITEZ, Elsa- LOVECE, Graciela I., *Las AFJP, la publicidad y la ley del consumidor (¿garantía de un futuro mejor?)* J.A., 1995-III-844.
- BIANCHI, Enrique T- GULLCO, Hernán V., *El derecho a la libre expresión*, Librería Editor Platense, La Plata, 1997.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, ed. 21º, Madrid, 1992.
- ETCHEVERRY, Raul Aníbal, “Publicidad engañosa, competencia y responsabilidad civil”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Bueres- Kemelmajer de Carlucci, dirs., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 773-796.
- HALPERIN, *Curso de Derecho Comercial*, T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1975.
- LITWAK, Martín Alexis, *Contenido y forma de los mensajes publicitarios*, ED, 190-818.
- LLUZI, Nora, *Ley de Lealtad Comercial*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2000.
- PONTIFICIO CONSEJO PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES, *Etica en la publicidad*, Ciudad del Vaticano, 1997.
- SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, *Teoría de la publicidad*, ed. 4º, Tecnos, Madrid, 1993.
- SCHVARTZ, Liliana, “Publicidad y Consumidor” en *Eldial.com, Suplemento consumidor*, 10 de noviembre de 2003, pp. 1-7.
- STIGLITZ, Gabriel, “Daños al consumidor: publicidad, información y cláusulas abusivas” en *Daño y protección de la persona humana*, Ed. La Rocca, 1993, pp. 213-231.
- VELA, Carlos I., *Derecho Penal Económico*, Diario La Ley del martes 15 de julio de 2003, Buenos Aires, pp. 1-2.

WAISMAN, Agustín, *Responsabilidad autónoma derivada de la publicidad*, El Derecho del martes 15 de abril de 2003, Buenos Aires, pp. 1-4.