

## **Publicidad engañosa\***

Por José I. Ondarcuhu

### **1. Introducción**

Mi inquietud en adentrarme en la temática que lleva el título de la presente parte de una experiencia personal. Y en este sentido bien cierto es aquello que dijera el presidente John Fitzgerald Kennedy en el año 1962 de que “todos somos consumidores”<sup>1</sup>, como también que en la sociedad moderna existen multiplicidad de casos en los que proveedores y prestadores de servicios publicitan de manera engañosa sus productos y servicios, vulnerando los derechos de los consumidores.

Este, a criterio de quien suscribe, es un caso más y no por ello menos importante de publicidad engañosa.

Para ello paso a comentarlo: Hace algún tiempo recibo entre mi correspondencia, en sobre cerrado, la factura por servicios de telefonía celular acompañado por un anuncio publicitario que señalaba, en lo sustancial, lo siguiente: “Ser parte de... (la compañía) es tener siempre los mejores beneficios... Ahora vas a poder elegir 3 números de otras compañías y hablar todo lo que quieras con un ¡50% de descuento! (así se anunciaba en negrita y en forma separada)... Además tenés 6 números Free: 3 para hablar y 3 para enviar SMS... Y también vas a disfrutar de crédito extra en ¡todos los planes!”.

Este ofrecimiento no pudo ser más tentador y aunque en el anuncio indicaba que me comunicara con un 0800, decidí dirigirme al local de mi empresa telefónica de confianza, ilusionado en obtener estos nuevos beneficios para mi plan de telefonía celular. Supuse que en la época actual de tanta competitividad entre proveedores de servicios de telefonía celular y de la “portabilidad numérica”, mi empresa se había decidido a emprender una campaña promocional para retener sus clientes ofreciéndole nuevos y mejores beneficios.

Nada más lejano a la realidad. Cuando le solicité los beneficios publicitados a un agente de la empresa, me contestó que aquellos iban dirigidos a un plan de telefonía distinto al mío. Ante tal circunstancia, le reclamé que había recibido dentro de mi correspondencia este anuncio y que el mismo consignaba que era para todos los planes. Lo cierto es que después de discutir largo rato e incluso conseguir hablar con el gerente del local, me fueron denegados los beneficios ofrecidos en el anuncio y esto motiva que deba recurrir a las instancias administrativas y/o judiciales para conseguir mi cometido.

---

\* Extraído del artículo publicado en AR/DOC/6130/2012. [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Conforme mensaje al Congreso de Estados Unidos dirigido por el presidente John Fitzgerald Kennedy del 15 de marzo de 1962.

## 2. La publicidad informa. El deber de información

Vinculado con el mensaje publicitario se encuentra la temática referida al deber de información. Es que ante la contradicción del contenido del mensaje con la verdad, se vulneran las expectativas razonables del consumidor, presentándose la publicidad engañosa cuando, a veces bajo maquillajes muy sutiles, ya en forma positiva, a través de lo que la publicidad “dice”; explícitamente o “sugiere”; a través de imágenes; ora en forma omisiva, por todo lo que aquella deliberadamente silencia, cuando se trata de aspectos relevantes que, de buena fe, deberían ser difundidos para una cabal información del potencial consumidor o usuario. En este último caso, la actitud silente debe estar referida a datos esenciales del bien o del servicio al punto de crear una imagen falsa de uno o de otro<sup>2</sup>. De este modo, mientras mejor sea transmitida la información contenida en el mensaje publicitario menos cabida tendría el supuesto de publicidad engañosa, y por esto se encuentra asociado íntimamente la publicidad con el consabido deber de información.

De este modo y ahondando sobre la cuestión atinente al deber de información, debe destacarse que se trata de un principio general o rector del derecho del consumidor<sup>3</sup>, en base al cual 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 (art. 4, ley 24.240, texto según ley 26.361).

Deber que, asimismo, se encuentra constitucionalizado en el art. 42 de la Const. nacional y art. 38 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires, los cuales señalan, en idénticos términos, que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a una información adecuada y veraz.

Además, se tiene dicho que conforme el art. 4 de la ley de defensa del consumidor el deber de información se trata de una obligación, y no de una mera carga del proveedor, de manera tal que pone en juego la responsabilidad de éste y la eficacia del negocio jurídico<sup>4</sup>; y que la información, para reunir los requisitos de la ley y, por ende, producir las consecuencias lógicas en la relación de consumo, deberá observar los requisitos de ser correcta, es decir, clara, no contener términos ambiguos, fácil de interpretar, directa y, sobre todo completa<sup>5</sup>.

En este punto, cuadra destacar, conforme lo tiene dicho la jurisprudencia, que a fin de interpretar el sentido que le ha dado el anunciante a los términos de la campaña publicitaria, no se debe recurrir a una consideración gramatical, sino a aquella que pudo darle el consumidor medio, en torno al nivel de la capacidad intelectual y condicionamiento psicológico de las personas a las que la publicidad va destinada, ello significa hacer una apreciación superficial del anuncio y ver el efecto que el mismo

---

<sup>2</sup> Pizarro, Ramón - Stiglitz, Rubén, *La publicidad como fuente heterónoma de integración del contrato*, LL, 2009-E-1082.

<sup>3</sup> Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 2009, p. 159; Mosset Iturraspe, Jorge - Wajtraub, Javier H., *Ley de defensa del consumidor*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 63.

<sup>4</sup> Junyent Bas, Francisco - Garzino, María Constanza, *El deber de información al consumidor*, LL, 2012-B-1159.

<sup>5</sup> Rinessi, Antonio, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Bs. As., Astrea, 2006, p. 143 y siguientes.

produce a primera vista<sup>6</sup>. En el mismo sentido se ha expedido Lorenzetti quien con toda claridad señaló que “en materia de interpretación del mensaje publicitario, no interesa la intención del autor, como en los contratos, sino la interpretación que le da el consumidor medio”<sup>7</sup>.

Tampoco puede dejarse de advertir, que para el caso de duda corresponde la aplicación del consabido principio *in dubio pro consumidor* que establece el art. 3 de la ley 24.240 y que el sistema de protección del consumidor, en torno al deber de información, se integra con diversas normas especiales y generales, como la referida a la ley de lealtad comercial, como también al principio general de buena fe (art. 3, ley 24.240 y art. 1198, Cód. Civil).

### 3. La publicidad persuade. Publicidad engañosa

Llegado a este punto resulta relevante remarcar también que la publicidad persuade o incita al consumidor a adquirir ciertos productos y servicios, lo cual no tiene nada de malo, aunque sí si se lo hace a través de una publicidad engañosa. En este sentido y aun cuando algo vine diciendo en el punto anterior, conviene remarcar que la publicidad engañosa se sustenta en la aptitud “de inducir a error a los destinatarios, quienes pueden elaborarse representaciones acerca de los beneficios o ventajas de la contratación con el anunciante que no se corresponden con la realidad”<sup>8</sup>; o dicho de otro modo, el mensaje publicitario resulta engañoso por la objetiva idoneidad que posee para producir en el consumidor una falsa creencia, inducirlo a un dato equivocado (error), e inclinarlo a una elección económicamente perjudicial para él<sup>9</sup>.

Sabido es, también, que el ordenamiento jurídico nacional carece de una regulación específica y orgánica de la publicidad –como así tampoco, obviamente de la publicidad engañosa–, manteniendo una serie de normas que regulan la materia en forma dispersa<sup>10</sup>, a saber: la ley de lealtad comercial 22.802, que conforma, juntamente con la actual ley 25.156 de defensa de la competencia y el propio estatuto del consumidor, cierto marco regulatorio sobre la cuestión (ley 24.240, art. 3). En tal contexto, contiene una definición de la publicidad engañosa el propio art. 9 de la ley de lealtad comercial 22.802 al señalar que “queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos puedan 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”<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> CC2, Sala 3, La Plata, 27/9/05, RSD-223-5 S.

<sup>7</sup> Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 189.

<sup>8</sup> Pizarro, Ramón - Stiglitz, Rubén, *La publicidad como fuente heterónoma de integración del contrato*, LL, 2009-E-1082, con cita de De la Cuesta Rute, José M., *Observaciones sobre la ley general de publicidad*, “Revista Jurídica de Catalunya”, 1989, p. 68.

<sup>9</sup> Santarelli, Fulvio, *Acciones contra la publicidad engañosa*, LLBA, 2005-928; DJ, 2005-3-565.

<sup>10</sup> Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto (dirs.), *Ley de defensa del consumidor*, Bs. As., La Ley, 2009, t. I, p. 103.

<sup>11</sup> La norma es de tal amplitud que abarca cualquier clase de presentación por medios gráficos, radio, televisión, internet, etcétera.

Diversos son los antecedentes de jurisprudencia en los que se hubo tratado la publicidad engañosa<sup>12</sup>, aunque creo muy esclarecedoras las conclusiones a que ha llegado la doctrina en el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, en los que se señaló que: a) “la publicidad engañosa frustra las legítimas expectativas generadas en el consumidor haciendo responsable al emisor no solo por el incumplimiento, sino también existe una responsabilidad autónoma por el quebrantamiento de la confianza depositada en la conducta a seguir”; b) “el contenido de la publicidad engañosa (aseveraciones, omisiones, errores, etc.) se encuentran incluidos en el contrato con el consumidor sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”; c) “el criterio protectivo de la ley de defensa del consumidor hace que frente a una publicidad engañosa por error prevalezca la consideración del error (vicio de la voluntad) al cual es inducido el consumidor por sobre la noción de error obstativo del proveedor”; d) “el error contenido en el publicidad la torna engañosa y el oferente debe respetar las condiciones en las cuales se ofertó pues tal circunstancia forma parte del riesgo propio de su actividad, sin perjuicio de las acciones de repetición contra el responsable del error”; e) “la doctrina de los propios actos basada en el principio de buena fe (art. 1198, Cód. Civil) impide volver contra sus propios actos y en virtud del carácter vinculante de la publicidad el oferente se encuentra obligado a cumplir aun cuando exista un error. De lo contrario deberá reparar el daño”, y f) “en las publicidades destinadas a grupos vulnerables, debe evaluarse con mayor estrictez la responsabilidad del emisor, dada la situación de especial debilidad del público al cual se hallan dirigidas”<sup>13</sup>.

#### **4. La publicidad obliga. Efecto vinculante de la publicidad**

La publicidad cumple una función de oferta contractual y como tal vincula obligacionalmente a quien lo formula en los términos manifestados en los anuncios. Se trata de proteger la confianza que los usuarios depositan en los datos consignados públicamente desde la oferta misma, en tanto generan razonables expectativas, con lo cual aparece una necesidad de protección jurídica, que en el derecho alemán se la define como la “defensa del interés de la confianza”<sup>14</sup>.

Ello fundamenta la exigibilidad o fuerza vinculante de la oferta publicitaria, tal como lo dispone el art. 8 de la ley 24.240 al establecer 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”. Esto quiere decir que las informaciones vertidas a través de la publicidad comprometen a su responsable a brindar aquello que ofrece, tal cual como lo ha publicitado y presentado a los posibles usuarios y consumidores, integrando el contenido del anuncio la trama obligacional y otorgando el derecho a exigir no solo las características propias del bien

---

<sup>12</sup> CNCiv, Sala K, 4/7/08, in re “Machuca, Augusto A. c/Pepsico de Argentina SRL”, LL, 2008-F-519; CNCCom, Sala B, 30/6/03, in re “Valdivia, María F. c/Sprayette SA”, RCyS, 2003-815, LL, 2003-F-626; CContAdmTrib CABA, Sala II, 27/8/04, in re “Galerías Pacífico SA c/Ciudad de Buenos Aires”, LLOnline.

<sup>13</sup> Celebrada en la Universidad Nacional de Buenos Aires en el año 2010 y en homenaje al profesor Roberto M. López Cabana.

<sup>14</sup> Ghersi, Carlos A. - Weingarten, Celia (dirs.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Defensa del consumidor*, Bs. As., La Ley, 2011, t. I, p. 282.

o servicio, sino además todo lo que haya ofrecido en la actividad promocional<sup>15</sup>. Esto último, incluso, se encuentra especialmente regulado en la ley de defensa del consumidor en el art. 10 bis, al establecer que el incumplimiento de la oferta (lo publicitado), faculta al consumidor, a su libre elección a exigir el cumplimiento forzado de la obligación –el menú es más amplio, incluso–<sup>16</sup>.

## 5. Breve referencia de la publicidad engañosa en el Proyecto de Código

Parece atinado en este marco hacer una referencia a la temática abordada, vista desde el Proyecto de Código Civil y Comercial en actual tratativa parlamentaria. Y esto en la medida que el Proyecto ha venido a complementar el sistema jurídico de protección del consumidor, en diálogo con el régimen especial vigente previsto en la ley 24.240 y normas concordantes. Así es que, como se señala en los Fundamentos del Proyecto, se establece un “diálogo de fuentes”, de manera que el Código Civil recupera una centralidad para iluminar a las demás normativas, que servirá al juez como intérprete de la ley a recurrir al Código para aquello que no ha sido regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor<sup>17</sup>.

En tal miramiento, cabe destacar que los arts. 1100 a 1103 vienen a regular a la información y la publicidad dirigida a los consumidores, conforme lo señala el título de la Sección 2<sup>a</sup>.

A partir de allí, advierto que los arts. 1100 y 1103, regulan sobre el deber de información y el efecto vinculante de la publicidad de manera prácticamente idéntica a como lo hacen los arts. 4 y 8 de la ley de defensa del consumidor. Por otra parte, en el art. 1101 se regula la publicidad engañosa –en el inc. a– y también otras formas de publicidad ilícita, a saber: la publicidad comparativa –inc. b– y la abusiva y discriminatoria –inc. c–. Finalmente, en el art. 1102 se prevé las acciones judiciales que cuentan los consumidores para hacer cesar la publicidad ilícita y para rectificar los efectos perniciosos de la publicidad.

En definitiva y a modo de cierre a esta cuestión, resulta destacable que estos últimos aspectos, relativos a la publicidad ilícita y la cesación y/o corrección publicitaria, que fueron omitidos en la ley de defensa del consumidor –incluso en su última e importante modificación por medio de la ley 26.361–, hayan sido incorporados al Proyecto de reforma, viniendo a plasmar lo que desde hace tiempo se viene impulsando en los congresos de derecho y la jurisprudencia<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Ghersi - Weingarten (dirs.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Defensa del consumidor*, p. 282.

<sup>16</sup> El texto del art. 10 bis. de la ley 24.240 establece que “El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso de caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”.

<sup>17</sup> Stiglitz, Gabriel A., *La defensa del consumidor en el Proyecto de Código*, DCCyE, 2012 (octubre), 1/10/12, 61, *LL*, 29/10/12, 1.

<sup>18</sup> A título ejemplificativo el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, celebrado en Rosario los días 11 al 13 de mayo de 1994, señalaba *de lege ferenda*; que se considera conveniente

## 6. Conclusiones

Me he sentido movilizado en analizar la temática en cuestión a partir del anuncio y/o mensaje publicitario recibido personalmente de parte de mi empresa proveedora de servicios de telefonía móvil y luego de haber sentido vulnerada mi legítima expectativa y/o confianza en que iba a recibir nuevos y mejores beneficios publicitados –luego denegados–, encontrando en el supuesto un típico caso de publicidad engañosa. Detenta tal connotación desde que tal presentación no ha cumplido adecuadamente con el deber de información (art. 4) que exigía al proveedor informar de manera cierta, clara, detallada, directa, completa y fácil de interpretar los servicios de telefonía móvil publicitados. De una lectura reiterada del anuncio y pese a contener distinto tipo de letra, tamaño y exaltación (en negrita) de ciertas partes de su texto, en ninguna parte aclara con suficiente claridad que los beneficios publicitados lo son para un nuevo plan de telefonía o diverso al mío –como se me dijo luego–; es más en el centro se aclara, entre signos de admiración, la referencia a que iba dirigido a todos los planes.

Constituye un supuesto claro de publicidad engañosa porque me encontré inducido a error o con la falsa creencia de que accedía, según el contexto explicado, a nuevos beneficios o ventajas como cliente que no se correspondían con la realidad. Dentro del marco tuitivo de defensa del consumidor, es esperable, que sea evaluada con mayor estrictez la responsabilidad del emisor del anuncio publicitario, debiendo asumir, como parte del riesgo de su actividad, el error en el anuncio y a otorgar, en caso de que le fuera exigido, aquello que ha ofrecido; dado que la publicidad cumple un rol de oferta contractual obligando al oferente en los términos en ella expresados, de acuerdo a la interpretación armónica del art. 42 de la Const. nacional, arts. 4, 7, 8 y 10 bis de la ley de defensa del consumidor y arts. 740, 742 y 1198 del Cód. Civil<sup>19</sup>.

Por último y quizás como una manifestación de deseo, es esperable que las empresas proveedoras de bienes y servicios ejerzan de manera regular con su derecho a publicitar, respetando debidamente con el deber de información y el principio general de buena fe (arts. 1071 y 1198, Cód. Civil; art. 4, ley 24.240).

© Editorial Astrea, 2020. Todos los derechos reservados.

---

el dictado de normas adecuadas para captar íntegramente los supuestos de publicidad abusiva, publicidad correctiva y publicidad comparativa.

<sup>19</sup> Conclusión emitida en el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, celebrada en la Universidad Nacional de Buenos Aires, en el año 2010 y en homenaje al profesor Roberto M. López Cabana