

“Valor Empresa” y publicidad

“La publicidad se basa en la observación de que un sujeto es en realidad dos: el que es y el que le gustaría ser”

William A. Feather

*Eliana Belén Tonetto**

Resumen

El trabajo parte de la base de considerar a la publicidad como la principal vía de comunicación entre los empresarios y sus consumidores. En primer lugar, se analiza conceptualmente el término publicidad, se destaca el carácter ambiguo de la palabra, se analiza su definición legal, se distingue la publicidad de la propaganda y se ubica a la publicidad dentro del derecho comercial, entendido como aquel que regula el tráfico jurídico. Luego, se exponen las razones que amparan constitucionalmente la actividad publicitaria. Seguidamente, se analizan las asimetrías informativas entre los actores de la cadena de comunicación publicitaria y los perjuicios que ello puede ocasionar en sus destinatarios. Por último, se exponen pautas para mitigar los efectos de las desigualdades informativas entre empresarios y destinatarios de la publicidad con especial consideración por la obligación social que recae sobre el emisor del aviso a consecuencia de la confianza ganada a los actores que intervienen en el mercado.

Palabras clave: publicidad, propaganda, empresa, información, consumidores.

* Abogada (UNLP - 2005). Doctora en Derecho (UCES -2012). Abogada adscripta a la materia Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Argentina; belentonetto@gmail.com.

Abstract

Advertising is considered the main means of communication between traders and consumers. In the present work, first we analyzed the concept of “advertising”, highlighting its ambiguous nature, and analyzed its legal definition, differentiating between “advertising” and “propaganda”, understanding that advertising is covered by business law about legal trading in the market. Then we explained the arguments that constitutionally protect the advertising activity. We also analyzed the information asymmetries that exist between the actors of the advertising communication chain, and the damages that that could cause to the receptors. Lastly, we presented guidelines to mitigate the effects of the information inequalities between businessmen and the receptors of the advertisements, giving special consideration to the social obligation that lies on the issuer of the advertisement given the confidence gained from the actors in the market.

Keywords: Advertising, propaganda, company, information, consumers.

I. Introducción

La publicidad es un fenómeno interdisciplinario, que ha tenido un crecimiento vertiginoso en las últimas décadas,¹ juntamente con el desarrollo de los medios masivos de comunicación. Esta actividad se ha convertido en

1. En nuestro país, la inversión publicitaria del año 2010 fue de 3.468 millones de dólares (con el tipo de cambio 1 USD/3,91 \$), y desde el año 2002 al 2010 la industria publicitaria pudo mantener un crecimiento sostenido del volumen publicitario (los mayores incrementos se dieron en los años 2003 (51%), 2005 (36%) y 2010 (39%), en todos los casos teniendo en cuenta los valores del año anterior). Debe aclararse que el aumento en las cifras se debe en gran medida a un ascenso en las tarifas de medios y no en el volumen de publicidad. Además, en 1998 se dio un pico histórico de 3.948 millones de dólares, que nunca volvió a repetirse. En 2011, la industria tuvo un incremento total en pesos del 33% respecto del año 2010, y por primera vez la inversión publicitaria ascendió a 4.369 millones de dólares, superando la cifra histórica alcanzada en 1998 (datos obtenidos de la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad. Informe oficial de inversión publicitaria Argentina 2010 y 2011) [<http://www.aaap.org.ar/inversion-publicitaria>, fecha de captura: 05/12].

el recurso más efectivo de las empresas para la venta de sus productos y servicios, y configura la principal vía de comunicación con el resto de los sujetos que intervienen en el mercado.

En este trabajo queremos abordar la publicidad en relación con el “valor empresa”, noción acuñada por Alegría² y que refiere a un concepto que no alude únicamente a la unidad económica que estas organizaciones representan, sino que involucra “elementos específicos [...] que tienen significación relevante en todos los ámbitos del quehacer humano, individual y social”. Es decir, esta noción resalta la empresa desde el punto de vista de los factores humanos que en ella intervienen y su repercusión social. Por ello analizaremos la publicidad teniendo en cuenta los que creemos resultan los dos actores principales relacionados con la empresa: los emisores de la publicidad (oferta), y los consumidores (demanda), principales destinatarios de la publicidad, destacando las facultades constitucionales y legales que implica el ejercicio de esta actividad, los efectos perjudiciales de la publicidad ilícita y las pautas a tener en cuenta para su control.

II. La publicidad y su ambigüedad

El término publicidad es ambiguo porque, como señala Cuesta Rute,³ “designa el qué se comunica (mensaje), el cómo se formula ese mensaje persuasivo (modo) y el vehículo por el que se difunde el mensaje (medio)”. Por su parte, Lovece⁴ destaca que es ambiguo y polisémico porque “permite un sinnúmero de interpretaciones diferentes (cadena flotante de significados), que se relacionan de manera directa con la capacidad cognitiva del receptor, careciendo en términos generales de precisiones pues de tenerlas quiebra el estado de fascinación que se intenta alcanzar”. Por último, Billorou⁵ argumenta que la publicidad: a) como mensaje, contiene un hecho

2. Alegría, Héctor, “La empresa como valor y el sistema jurídico”, 2006, publicado en www.laleyonline.com”.

3. Cuesta Rute, José María, “Observaciones sobre la ley general de publicidad”, en *Revista de Catalunya*, any LXXXVIII, 1989, N°4, Il·lustre Col·legi d’Advocats, Barcelona, p. 52.

4. Lovece, Graciela, “La fuerza vinculante de la publicidad. El daño moral en las relaciones de consumo”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2006, L. L., Buenos Aires, p. 417.

5. Billorou, Oscar Pedro, *Introducción a la publicidad*, Buenos Aires, El Ateneo, 1997, pp. 218 y 219.

comercial, y configura un hecho social y cultural; b) en cuanto a su modo, constituye un hecho técnico, la actividad publicitaria emplea a profesionales idóneos en la materia para llevar a cabo una tarea lucrativa; y c) en cuanto a los medios de comunicación, configura un hecho económico para los empresarios de la comunicación ya que resulta la principal fuente de sus ingresos.

Frente a esta característica de la publicidad, es comprensible que sea estudiada desde diversas disciplinas, tales como economía, psicología, sociología, comunicación y derecho. A su vez, en el plano jurídico tiene relación con los derechos de la competencia, la competencia desleal, del consumidor, administrativo, y penal, entre otros.

Creemos, sin embargo, que dentro del derecho comercial, entendido éste como aquella parte del derecho privado que se ocupa de regular el tráfico jurídico,⁶ es el ámbito donde el estudio de la publicidad puede desarrollarse de manera más completa, porque se ocupa de la finalidad primordial de la publicidad: favorecer y aumentar las actividades comerciales. La publicidad “es un actividad anexa a los operaciones mercantiles”,⁷ ya que fomenta el progreso del comercio y de la industria, incrementa la competencia en el mercado y facilita la concreción de negocios jurídicos.

La publicidad es un instrumento para atraer a las personas al consumo y en ello se “manifiesta su verdadero carácter al considerarse factor de manipulación del mercado de bienes y servicios. Y el empleo del término no entraña valoración peyorativa ni meliorativa alguna. Es simplemente la constatación de un hecho que entraña un singular relieve jurídico”.⁸

El estudio de la publicidad a través del derecho comercial no limita su campo de análisis, ya que pueden considerarse diversas temáticas sin perderse de vista su finalidad mercantil. Si la publicidad perdiera este carácter, estaríamos asimilándola a la noción de comunicación, con la única finalidad de informar y persuadir. Sostener tal postura es negar la importancia económica que tienen los anuncios publicitarios y el papel que juegan en el tráfico comercial. La publicidad cumple un importante rol en las comunicaciones

6. Cuesta Rute, José María, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 36.

7. Varangot, Carlos Jorge, “El contrato de publicidad”, en *E. D.*, 1966, Tº36, Buenos Aires, p. 963.

8. Cuesta Rute, José María, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 41.

colectivas y es un servicio a favor de todos sus destinatarios, pero sobre todo es lo que les permite poder concretar con mayor facilidad la contratación de bienes y servicios.

III. La redundancia de la expresión “publicidad comercial”

En Argentina, la ley 26.522/2009 de Servicios de Comunicación Audiovisual incluye una definición de publicidad⁹ que, si bien es amplia en cuanto a contenido, tiene el inconveniente de estar limitada al medio que regula la norma. La ley también contempla un concepto de publicidad no tradicional¹⁰ de manera innecesaria a nuestro entender, porque está alcanzada en la definición de publicidad.

Consideramos que debe entenderse por publicidad toda forma de comunicación que tiene por finalidad promover la contratación de bienes, servicios, derechos u obligaciones. Entendemos que lo más conveniente es omitir cualquier referencia a los sujetos y medios por los que se puede llevar a cabo, a fin de otorgar una noción amplia que pueda captar la mayor cantidad de casos posibles que no estén sometidos a una regulación especial. La publicidad tiene dos características definitorias: es un acto de comunicación con una intención negocial.¹¹ Pero de estos dos elementos, creemos que el definitorio es el segundo. El objetivo principal de la publicidad es la venta de un producto o servicio,¹² a pesar de que no siempre logre cumplir con esta finalidad. El objetivo comercial puede ser inmediato o estar presente de

9. En su art. 4 dice: “Toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones”.

10. Es definida en el art. 4 como: “Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar”.

11. Cuesta Rute, José María, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 149.

12. Colley, Russell H., “La definición de objetivos publicitarios”, en *Revista Administración de Empresas*, Año 3, N°33, Arindo S.A., Buenos Aires, pp. 873 y 874; y Varangot, op. cit., p. 956.

manera mediata, porque resulta muy común, especialmente en productos ya conocidos por consumidores y usuarios, que el anuncio consista en una imagen (generalmente de la marca), y a pesar de no contener otra información resulte suficiente para transmitir el mensaje de promoción.¹³

En definitiva, creemos que es redundante utilizar la expresión “publicidad comercial” toda vez que la publicidad tiene un contenido informativo con la finalidad de promover el consumo.

IV. Delimitación del término publicidad

La mayor parte de la doctrina a la que adherimos (Emery,¹⁴ Solari Brumana,¹⁵ Muguillo,¹⁶ entre otros) distingue entre *publicidad*, término al que confieren un objetivo comercial, y *propaganda*, que tiene un fin político. Otros autores prefieren considerar los términos como sinónimos por considerarla una distinción del pasado (Kemelmajer de Carlucci¹⁷ siguiendo a Zavala Rodríguez).¹⁸

13. “El punto de partida de la moderna teoría de la publicidad (*advertising as information*) es el siguiente principio: la decisión de compra de los consumidores no se orienta por el precio ‘nominal’ sino por el precio ‘total’, el que también contiene los así llamados costos de información; la publicidad que transmite información a los consumidores disminuye el precio total del producto. Según la moderna teoría de la publicidad –y éste es su enunciado central– es también una publicidad informativa la que no contiene datos (o casi no) sobre precios, características objetivas de calidad, fuentes de suministro, etc., pues esta clase de publicidad transmite al consumidor así denominadas informaciones indirectas y representa una así denominada señal de calidad” (Menke, Burkhart, “La publicidad comparativa (Una investigación de derecho comparado a la luz de nuevos conocimientos económicos)”, 1995, en www.laleyonline.com).

14. Emery, Miguel Ángel, “Los contratos de publicidad. Nociones. Cuestiones modernas”, 1984, publicado en www.laleyonline.com.

15. Solara Brumana, Juan A., “Publicidad y responsabilidad”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1980, año 13, Depalma, Buenos Aires, p. 127.

16. Muguillo, Roberto Alfredo, *Publicidad*, Buenos Aires, Astrea, 2005, pp. 11 y 12.

17. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Publicidad y consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1994, tomo 5, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 74.

18. Zavala Rodríguez, Carlos Juan, *Publicidad comparativa. Su régimen legal*, Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 4.

Coincidimos con Muguillo¹⁹ en que la distinción de conceptos es preferible para conservar la precisión terminológica, delimitar el área de exploración jurídico-legal, y posibilitar la sanción de los actos de publicidad comercial que se presentan con características de propaganda.

V. La tutela constitucional de los actores publicitarios

La libertad de expresión incluye la posibilidad de difundir ideas a través de cualquier medio de comunicación: verbal, escrito, gestual, etc. A su vez se complementa con la libertad de prensa y de imprenta, libertad de enseñar y aprender, libertad de culto, opinión, de asociarse con fines útiles y de peticionar ante las autoridades (art. 14 de la C.N.). Ekmekdjian y Bidart Campos²⁰ argumentan que el ámbito de ejercicio del derecho a la expresión pública de ideas y opiniones debe ser amplio, incluyendo todas las manifestaciones políticas, religiosas, éticas, técnicas, científicas, artísticas y económicas.

Bajo este concepto, coincidimos con los autores citados y la jurisprudencia²¹ en cuanto entienden que la publicidad como acto de comunicación con fines comerciales se encuentra acogida en la libre expresión. En cambio, en el derecho comparado todavía se debate si la publicidad debe ser considerada como derecho fundamental, o si en cambio debe ser incluida como un derecho de empresa.²²

Como bien señala Muguillo,²³ debe distinguirse entre la libertad de expresar ideas, noticias y opiniones y la actividad de vender espacio publicitario

19. Muguillo, op. cit., p. 11.

20 Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Tº1, 2000, p. 523; Bidart Campos, Germán: *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, Tº1, 1994, p. 14.

21 Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, Sala I, causa *Cervecería y Maltería Quilmes c CASA Isenbeck s/ medidas preliminares y prueba anticipada*, del 3/08/03 publicado en L. L., 2004-C, 516-520.

22 Ver por ejemplo: Martínez Pastor, Esther, “La publicidad ¿derecho fundamental o de Empresa? Una perspectiva jurídico informativa”, ISSN: 1988-2629. Nº8. Nueva Época. Diciembre-Febrero, 2012, [<http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3795425.pdf>, fecha de captura 12/2012].

23. Muguillo, op. cit., p. 15.

con la finalidad de promover la venta de bienes y servicios. Entendemos que la primera está tutelada en la libertad de expresión, pero la segunda se encuadra en la libertad de comerciar y el derecho de trabajar (art. 14 de la C.N.).

Por su parte, la C.N. también protege el derecho de los consumidores y usuarios a recibir información veraz. El Estado es el encargado de promover la tutela de sus derechos, la educación sobre el consumo y las asociaciones de usuarios y consumidores (art. 42). Estos derechos no tienen un propósito declarativo, sino que pretenden que los usuarios y consumidores gocen de manera efectiva de sus derechos.²⁴

Si bien los derechos consagrados en el primer párrafo del art. 42 de la C.N. son operativos, algunos de ellos consagran obligaciones de hacer y necesitan de una legislación porque afectan derechos de terceros. Su operatividad no resulta de obtener el bien objeto del derecho (por ejemplo, la relación de consumo), sino que permiten otro tipo de acciones como declaraciones de inconstitucionalidad o, en casos de urgencia, que se condene a la satisfacción material.²⁵

La publicidad, considerada como una forma de comunicación, y tanto cuando configura prácticas comerciales como cuando forma parte de la relación de consumo, tiene un contenido informativo que en todas las circunstancias debe respetar el derecho a la información garantizado constitucionalmente.²⁶ Esta protección alcanza a los derechos de incidencia colectiva de los consumidores y usuarios, e incluso dentro de la relación de consumo puede perjudicarlos en sus derechos individuales, por ello las normas no sólo deben protegerlo individualmente, sino fundamentalmente en forma grupal, atendiendo al rol que le corresponde en las relaciones jurídicas que se generan en el tráfico mercantil.²⁷

24. C.S.J.N., 6/03/2007, *Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros*, publicado en www.laleyonline.com, cita online: AR/JUR/102/2007.

25. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 46.

26. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala II, 06/04/2000, *Aerolíneas Argentinas S.A. c. S.C.* dispuso que: “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”.

27. Gutiérrez Falla, Laureano F., “La publicidad ilícita y la competencia desleal a la luz del derecho comunitario europeo”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, enero-junio de 1991, N°139/141, Depalma, Buenos Aires, p. 169.

VI. Asimetrías entre los actores publicitarios

La publicidad es elaborada y difundida generalmente por una variedad de sujetos que incluye la intervención de empresas publicitarias, anunciantes, comerciantes y medios de comunicación. Los receptores son los destinatarios de la publicidad, que en su mayoría comprende al público en general, que conforma un grupo heterogéneo, de límites difusos, que es inferior económica y socialmente. Dentro de esta última categoría incluimos también a los subconsumidores, un grupo de personas que se encuentra en una situación de vulnerabilidad mayor que el resto de los consumidores. Necesitan de un trato y protección especial²⁸ a través de la discriminación positiva, es decir con reglas tuitivas que les permitan superar las asimetrías económicas, técnicas y jurídicas en las que se encuentran. Los casos más comunes son: menores de edad, ancianos, analfabetos, enfermos graves, inmigrantes y aborígenes, entre otros.

Esta desigualdad provoca una asimetría en la información que manejan quienes intervienen en el mercado. En realidad se trata de una falla estructural que exige la intervención del Estado a través de normas protectorias que permitan garantizar igualdad de oportunidades para que los sujetos más vulnerables puedan expresarse jurídicamente.

La legislación sobre publicidad debe fijar límites precisos a fin de tutelar los derechos de los consumidores, pero a su vez esas normas deben funcionar como pautas mínimas a fin de no impedir el desarrollo de la publicidad como actividad creativa amparada por la libertad de expresión, toda vez que en ambos casos se trata de facultades tuteladas constitucionalmente.

VII. Perjuicios que provoca la asimetría informativa publicitaria a los consumidores

El proveedor es un profesional en cuanto al servicio o producto que ofrece, y es además quien determina el contenido informativo del mensaje publicitario. El usuario o consumidor recibe mediante la publicidad los datos de los bienes disponibles en el mercado, pero al encontrarse en una

28. Lovece, Graciela, “Una nueva base para seguir creciendo”, 2008, publicado en www.laleyonline.com.

situación de inferioridad técnica puede ver vulnerados sus derechos por avisos ilícitos.

La publicidad ilícita puede afectar los derechos y libertades de sus destinatarios, tales como:

- a) Derecho a la Información: a nuestro entender reviste la calidad de un derecho autónomo,²⁹ y conforma un proceso mediante el cual el anunciante presenta uno o varios datos relacionados con la empresa, la marca o los productos y servicios que ofrece con la finalidad de dar a conocer y/o captar la atención del público general para estimularlos a consumir. Consideramos que resulta un proceso por cuanto el aviso publicitario puede ser complementado por información adicional que el proveedor debe conservar a disposición de usuarios y consumidores. Este derecho se ve afectado cuando el mensaje publicitario contiene datos falsos, inexactos, omisiones, alteraciones y/o comparaciones engañosas, y cuando la publicidad, por su forma de presentación, lugar o duración induce a error al destinatario.
- b) Derecho a la Salud y Seguridad: la vida e integridad física de los destinatarios de la publicidad pueden ser perjudicadas si el mensaje induce a error sobre los riesgos o peligros que el bien o servicio puede ocasionar. El derecho a la salud y seguridad alcanza a la persona del consumidor y a los bienes y servicios objeto de la prestación (en cuanto no deben lesionar al consumidor y usuario) durante toda la relación de consumo. Así lo ha entendido la C.S.J.N. cuando señaló que el derecho a la seguridad “[...] abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados –en el caso, formulada por los organizadores de un partido de fútbol–, por lo que la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes”.³⁰

29. Urbina, Paola Alejandra, *El acceso a la medicina prepaga en Argentina y el MERCOSUR. Perspectivas del Derecho Privado ante las exigencias sociales y económicas del nuevo milenio*, tesis doctoral, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, noviembre de 2007, [http://www.uces.edu.ar/publicaciones/pdf/tesis/tesis_doctoral_paola_urbina.pdf2008], fecha de captura 09/09].

30. Conf. fallo *Mosca*.

- c) Derecho a la protección de los intereses económicos: el patrimonio de los usuarios y consumidores puede lesionarse cuando la publicidad induce a error sobre la naturaleza, calidad, cantidad, precio, intereses, gastos de entrega y mantenimiento, comisiones y garantía. Este derecho garantiza que la publicidad que se divulgue en los diversos medios de comunicación indique de manera clara y comprensible las condiciones de venta para que los destinatarios puedan analizar las consecuencias económicas de un eventual acto de consumo, y así puedan evaluar la conveniencia de adquirir el producto o servicio.
- d) Libertad de expresión: puede verse afectada cuando la publicidad se vale de estímulos subliminales y logra influir en la conducta del destinatario sin que éste pueda percibirlo conscientemente. Por el solo hecho de la emisión de publicidad ilícita, pueden ser amenazados y afectados los derechos de incidencia colectiva de sus destinatarios. Por ello, en esta materia es fundamental reglamentar recursos de tutela preventiva.³¹ Pero si cualquiera de estos derechos es vulnerado por la publicidad ilícita, y además provoca un perjuicio que reúna los requisitos para ser resarcible, también permite a los afectados reclamar una reparación, que consiste en el pago de una suma de dinero a cargo del proveedor.

La publicidad ilícita puede ocasionar reclamos civiles en las distintas etapas de la relación de consumo. En todos los casos se trata de acciones *ex post facto* contra la publicidad engañosa, y tienen por finalidad atacar las consecuencias dañosas de este acto ilícito.

VIII. Pautas para mitigar los efectos de la asimetría informativa

El proveedor debe cooperar al buen funcionamiento del mercado de buena fe (art. 1198 del Código Civil) y sus actos publicitarios deben configurar el ejercicio de prácticas leales (Ley 22.802 de lealtad comercial).

31. Acciones de cesación y rectificación publicitaria, previstas por ejemplo por el art. 74 de la ley 13.133 en la provincia de Buenos Aires, y por el art. 17 de la ley 757 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a nivel nacional está consagrada en el art. 1102 del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012.

La buena fe comercial aplicable a la relación de consumo, entendida como una de las especies del principio rector general de buena fe en el derecho, es diferente del estándar aplicable a una persona común; es la buena fe del comerciante. Debe exigirse con mayor intensidad porque se trata de personas que realizan una actividad comercial o industrial.

El deber de información también incluye una obligación de seguridad que se traduce en el deber de advertencia, en cuanto consiste en ofrecer datos y consejos sobre los peligros y daños, y en ciertos casos también incluye la posibilidad de reparar, sustituir y/o retirar productos del mercado.³² Creemos que en la publicidad hay un “deber de información agravado”,³³ por cuanto se debe hacer referencia a los posibles peligros o daños de los bienes y servicios que se ofrecen, y su error u omisión puede dañar en un mismo acto los derechos de información, salud, seguridad e intereses económicos de los usuarios y consumidores.

La doctrina ha considerado que el deber de información es accesorio al deber de conducta, con sustento en el principio de la buena fe, y obliga al oferente en virtud de la generación de confianza creada.³⁴

El deber de información no es sólo una obligación legal (art. 4 de la LDC) que debe respetar el emisor de la publicidad, sino sobre todo resulta una obligación social producto de la confianza ganada por el empresario, y que debe traducirse en el respeto hacia los derechos de los usuarios y consumidores. Cuanto mayor es la ausencia de información en el consumidor, mayor es la confianza que éste deposita en el proveedor, porque “la confianza cumple una función comunicacional; es un poderoso emisor de mensajes y constituye un puente entre el consumidor y el proceso de consumo”.³⁵

32. Conclusiones de la Comisión N°2, “La obligación de seguridad en el derecho de daños”, XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 22 al 24 de septiembre de 2005.

33. Quaglia, Marcelo Carlos, “La obligación de seguridad y el deber de información en la relación de consumo”, 2006, publicado en www.laleyonline.com.

34. Por ejemplo: Alterini, Atilio Aníbal, “Control de la publicidad y comercialización”, en *Revista Derecho del Consumidor*, 1994, N°5, Juris, Rosario, p. 25; Pizarro, Ramón Daniel y Vallespilos, Carlos Gustavo, “Publicidad inductiva y engañosa”, en *Revista Derecho del Consumidor*, 1991, N°1, Juris, Rosario, p. 43; y Farina, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94. Deber de información. Publicidad engañosa. Comercialización. Contratos de adhesión. Cláusulas abusivas. Tarjeta de crédito. Leasing*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 180.

35. Weingarten, Celia, *Derecho del consumidor*, Buenos Aires, Universidad, 2007, p. 73.

La confianza es lo que permite el funcionamiento eficaz de las relaciones jurídicas de gran complejidad,³⁶ pero no debe ser utilizada abusivamente contra el destinatario de la publicidad en perjuicio de sus derechos y libertades, sino que la confianza debe ser la base para construir relaciones jurídicas seguras, ágiles, sencillas, claras y con libertad de las partes intervinientes.

IX. La publicidad: comunicación eficaz entre la empresa y los consumidores

Explica Galeno³⁷ que para lograr una comunicación publicitaria eficaz, emisor y receptor deben estar en la misma “longitud de onda”, es decir utilizar el mismo léxico. Esto puede lograrse si se cumplen dos condiciones: que el anunciante y los destinatarios compartan un lenguaje común, y que el mensaje sea expresado en función del conjunto de experiencias de la comunidad.

La publicidad ha sido siempre acusada de manipular a las personas hacia el consumo. Según Weil,³⁸ luego de superar varios años de crítica ideológica hoy se ha reconocido la complejidad de esta relación comunicacional, y destaca tres conclusiones: 1º) hay una relación de interés recíproco y dialéctico entre el emisor y el receptor, 2º) el receptor participa activamente en la construcción del mensaje (decodificación), y 3º) en cuanto al consumo hay un doble interés: por un lado vender bienes y por el otro disponer de los productos y servicios de mejor calidad.

En beneficio de los consumidores, la legislación argentina debe proveer las condiciones mínimas que deben regir a la publicidad. No se trata de fijar estándares de conducta, sino de prescribir de manera concreta la base sobre la cual puede desarrollarse una actividad económica creativa y fundamental para el desarrollo del intercambio comercial, con respeto a los derechos de todos los sujetos que intervienen en el mercado.

Esta normativa publicitaria debe resultar más amplia que la que surge de un contrato de consumo (previsto en la ley 24.240), y alcanzar a la

36. Lorenzetti, op. cit. p. 63.

37. Galeno, Ernesto César, *Modelos de comunicación*, Buenos Aires, Machi, 1991, pp. 30-34.

38. Weil, Pascale, *La comunicación global*, Barcelona, Paidós, 1992, p. 153.

relación de consumo. Destacamos en este punto la inclusión que hace el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 en cuanto alude a la noción de “invitación a ofertar” (art. 973), expresión que busca dar un marco jurídico a la negociación que puede llegar a conformar la tratativa previa a un contrato de consumo. Sin embargo, advertimos que debe ampararse legalmente también al público general, en cuanto pueda resultar afectado por publicidad ilícita, a los competidores, y por último al interés general cuando puede verse afectada la competencia en el mercado.

Pero la legislación no resulta suficiente para lograr una publicidad eficiente si no está acompañada de un compromiso social por parte de sus emisores. En este ámbito destacamos la labor realizada por las empresas a través de la autorregulación publicitaria, expresión que alude a la acción de las compañías de dictar sus propias normas de conductas, que no están prohibidas por el ordenamiento jurídico donde desarrollan su actividad y cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad social. Implica la conformación de asociaciones que vinculan a los empresarios de la publicidad con el fin de fijar pautas de conducta que deben ser cumplidas por sus adherentes. Estas reglas son elaboradas por los interesados, quienes además deben someterse a un órgano de control que vela por la obediencia a las normas y aplica sanciones a quienes las incumplen.

En nuestro país funciona el Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP), asociación civil sin fines de lucro y con personería jurídica fundada en el año 2001, que promueve la autorregulación publicitaria por iniciativa de la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad y de la Cámara Argentina de Anunciantes, y dictó a través del Consejo Publicitario Argentino el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria.³⁹ El Comité de la CONARP⁴⁰ es el órgano encargado de velar por el cumplimiento del Código y establecer las sanciones en caso necesario.

39. Consejo Publicitario Argentino, “Código de ética y autorregulación publicitaria” [<http://www.conarp.org.ar/codigo.htm>, fecha de captura: 09/12].

40. El organismo ha recomendado la sanción de varias publicidades: por ser engañosas (un caso en 2008, dos casos en 2009, tres en 2010 y cuatro casos en 2011), por resultar publicidad comparativa ilícita (un caso en 2010, otro en 2011), por configurar publicidad denigratoria (dos casos en 2009, otros dos en 2010), y por resultar publicidad abusiva (tres casos en 2009 y dos en 2010), datos obtenidos de [<http://www.conarp.org.ar/ca-sos2012.htm>, fecha de captura: febrero de 2013].

Gómez Segade⁴¹ explica que los objetivos fundamentales de los sistemas de autorregulación publicitaria son: defender a los consumidores frente a todas las posibles formas de ilicitud publicitaria, proteger a los competidores, y mejorar la imagen social de la publicidad. Coincidimos con Cuesta Rute⁴² (1974: 265) cuando señala que la autorregulación publicitaria tiene un gran valor en cuanto resulta un factor de ordenación del sector, y porque conforma un sistema de control que es una herramienta de utilidad para comprometer a los empresarios a construir una publicidad lícita.

Las normas de autorregulación son pautas que los empresarios ambicionan respetar. Configuran el marco deseable dentro del cual debe desenvolverse la actividad publicitaria.

Creemos que debe fomentarse la conformación de entidades de autorregulación que nucleen a empresarios, pero que también admitan la participación de asociaciones de usuarios y del Estado para que funcionen como espacios de diálogo que operen como verdaderos centros de prevención de la publicidad ilícita.

X. Conclusiones

Llegado a este punto bosquejaremos algunas conclusiones:

- 1) La publicidad tiene dos elementos fundamentales, el mensaje que comunica datos y la finalidad comercial.
- 2) La finalidad comercial de la publicidad determina su inclusión dentro del derecho comercial, entendido éste como la materia que regula el tráfico jurídico.
- 3) La publicidad está amparada por la libertad de expresión, pero también debe respetar los derechos de los consumidores y usuarios.
- 4) La publicidad ilícita puede afectar los derechos de información, salud, seguridad y los intereses económicos, entre otros, y afectar la libertad de expresión de sus destinatarios.

41. Gómez Segade, José Antonio, "Sistemas de autorregulación publicitaria" en *Revista de Derecho Industrial*, mayo-agosto 1984, N°17, Depalma, Buenos Aires, p. 218.

42. Cuesta Rute, José María, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 265.

- 5) La confianza ganada por los empresarios en la publicidad no debe ser abusada en perjuicio de sus destinatarios, sino que tiene como contrapartida una obligación social de respeto a los derechos y libertades de los usuarios y consumidores.
- 6) La publicidad es la principal fuente de comunicación entre empresarios y consumidores, por ello es primordial que la legislación fije el marco dentro del cual pueda desarrollarse este intercambio de información, y dado el caso también de bienes y/o servicios.
- 7) El compromiso social de los emisores de la publicidad en el respeto de los derechos de los destinatarios es fundamental para lograr una comunicación publicitaria eficaz.