

*“La publicidad supone una cláusula implícitamente incorporada al contrato y por tanto perfectamente exigible por el consumidor.”*

**“Pase caserito, aquí hay... Perdón, se me acabó, pero tengo este otro. Es igualito...”**

## **La publicidad en los contratos y el derecho del consumidor**

69

Gustavo Nilo Rivera Ferreyros\*

*“Un fama es muy rico y tiene sirvienta. Este fama usa un pañuelo y lo tira al cesto de los papeles. Usa otro, y lo tira al cesto. Va tirando al cesto todos los pañuelos usados. Cuando se le acaban, compra otra caja.*

*La sirvienta recoge los pañuelos y los guarda para ella. Como está muy sorprendida por la conducta del fama, un día no puede contenerse y le pregunta si verdaderamente los pañuelos son para tirar.*

*-Gran idiota- dice el fama, no había que preguntar. Desde ahora lavarás mis pañuelos y yo ahorraré dinero”*

### **Pañuelos<sup>1</sup>**

*“Un cronopio se hizo una casa y siguiendo la costumbre puso en el porche diversas baldosas que compró o hizo fabricar. Las baldosas estaban colocadas de manera que se las pudiera leer en orden. La primera decía: Bienvenidos los que llegan a este hogar. La segunda decía: La casa es chica, pero el corazón es grande. La tercera decía: La presencia del huésped es suave como el césped. La cuarta decía: Somos pobres de verdad, pero no de voluntad. La quinta decía: Este cartel anula todos los anteriores. Rajá, perro”*

**HAGA COMO SI ESTUVIERA EN SU CASA<sup>2</sup>**

**HISTORIA DE CRONOPIOS Y DE FAMAS**

JULIO CORTAZAR

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de maestría en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad del Salvador de Buenos Aires y en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro nacional y profesor universitario. Socio del Estudio Villavicencio, Meza & Rivera Abogados S. Civil de R.L.

1 Este verso de alguna manera representa la avidez irracional del consumismo.

2 Por su parte este verso, nos trae como reflexión que debemos ser cuidadosos de los avisos que nos ponen a la vista y nos prometen muchas cosas, hay que actuar racionalmente y esperar que el contenido de los mismos sea veraz y nos lleven a adquirir lo que verdaderamente necesitamos.

## 1. COMPETENCIA, PUBLICIDAD Y MERCADO

Para la dinámica empresarial, sin duda, la competencia es su *leitmotiv* pues los empresarios entienden que, en un sistema de mercado, no hay otra forma que los consumidores los conozcan y prefieran sino a través de su concurrencia al mercado. Para esto, deben emitir una serie de señales a sus potenciales clientes y generar preferencias frente a sus competidores, debiendo no solamente “mostrar” el producto sino, sobre todo, “mostrarlo atractivo”, aun cuando no lo fuera, y para ello utiliza una herramienta que ha sido grandemente desarrollada en las últimas décadas: la publicidad comercial.

Para la gran mayoría de tratadistas la publicidad es una forma de comunicación pública que, mediante cualquiera de sus manifestaciones, promueve la adquisición de bienes y/o servicios<sup>3</sup> en potenciales clientes o consumidores, y supone, en la actualidad, la técnica de ventas que ha logrado milagros impensables desde hace 50 años pues, a través de la misma, muchos productos de escasa o nula demanda, e incluso dañinos para la salud, han logrado gran aceptación en los consumidores<sup>4</sup>; por ello se dice que la publicidad es vital para la colocación y mantenimiento de los productos en las mentes y corazones de los individuos. Al respecto Font Galán señala que:

*“(...) una mercancía que no tenga la demanda prevista o deseada (...) puede conseguirla si el empresario la ‘promociona’ por medio de una publicidad sugestiva o incluso anexionando a su oferta ventajas accesorias o promesas de carácter gratuito (primas o regalos) idóneas para inducir decisiva y decisoriamente a los consumidores a la contratación de esa mercancía promocionada”<sup>5</sup>*

En ese sentido, la publicidad se constituye en una herramienta imprescindible para el desarrollo de la competencia en el mercado y que posee no solamente esa cualidad de mejorar e impulsar la competencia entre los

empresarios, sino que -y probablemente la herramienta más importante- permite a los consumidores obtener información que de otra manera le resultaría muy costosa obtener. En consecuencia, desde el punto de vista más positivo, la publicidad sirve para disminuir la asimetría informativa existente en el mercado.

Ahora bien, pese a que podemos encontrar manifestaciones publicitarias comerciales casi desde la aparición del comercio, creemos que esta disciplina es un fenómeno propio de las sociedades modernas que tienen un sistema de asignación de recursos a través del mercado. Por ello, consideramos que cuando hablamos de publicidad es inevitable hablar de competencia y, por tanto, de mercado; quizás el motor del mercado sea la competencia, pero el aditivo más poderoso lo constituye la publicidad comercial.

## 2. UN POCO DE HISTORIA

Tal como lo hemos señalado anteriormente, la publicidad es un fenómeno presente casi desde la aparición del comercio -o quizá a la par de éste- y se hizo más evidente desde la aparición de las casas comerciales, donde surgieron los pregoneros<sup>6</sup> y algunos carteles publicitarios incipientes.

Natalia Abuín al respecto señala que

*“Si atendemos a la definición de la RAE de la Publicidad: “divulgación de noticias o mensajes de carácter comercial que buscan atraer un público, posibles compradores, espectadores o usuarios” entonces el origen sería remoto. Encontraríamos manifestaciones publicitarias en las primeras civilizaciones estables de Oriente Próximo. Sin embargo, si otorgamos a esas comunicaciones o mensajes el requisito de un carácter masivo, si consideramos que la publicidad para ser considerada como tal debe ser distribuida, comunicada, de forma masiva, entonces sólo podríamos hablar de publicidad a partir de la invención de*

3 Para los lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobado mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECO-PI de fecha 05 de julio de 2001, la Publicidad Comercial es *“una forma de comunicación pública que busca fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores”* al respecto ver: [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe).

Para el *Código Internacional de la Publicidad* de la Cámara de Comercio Internacional (París - Francia), *“se entiende generalmente que la publicidad, en su más amplio significado, es el acto de comunicación tendiente a la promoción de bienes, servicios o facilidades, por cualquier medio que fuere, destinado a individuos usuarios, consumidores o clientes de cualquier tipo”* citado por MUGUILLO, Roberto Alfredo, *Publicidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires 2005, p. 8.

Para Lorenzetti *“la publicidad es una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación o el suministro de productos o servicios”* LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires 2003, p. 153.

Según el diccionario Webster, publicidad es *“cualquier forma de anuncio público destinado a ayudar directa o indirectamente en la venta de un producto, en la obtención de empleo, etcétera”*. Se ha dicho también que *“un anuncio publicitario es una comunicación pagada destinada a informar o influir en una o más personas”* al respecto ver FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*, Editorial Astrea, Buenos Aires 2005, pp. 305-306.

La LGP. ex artículo 2. define la publicidad 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”* BOTANA GARCIA, Gemma y RUIZ MUÑOZ, Miguel, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw Hill-Interamericana de España S.A.U., Madrid 1999, pp. 82-83.

4 Ejemplos de estos productos abundan en nuestro cotidianidad, basta con observar la cantidad de bebidas gaseosas y golosinas que son ampliamente publicitadas y generalmente aceptadas por la población, aún cuando son innecesarios en nuestra nutrición y más bien generan serios problemas de salud como alergias, caries, obesidad, diabetes, malnutrición u otros males que cada vez son más comunes. Otro ejemplo de estos productos son los cigarrillos, los mismos que pese a los males que produce -incluido el cáncer- es visto aún en muchos grupos sociales como un producto que otorga status o da un cierto aire de aceptación, madurez, libertad o intelectualidad, estereotipos que son creados y explotados en los anuncios publicitarios.

5 FONT GALAN, Juan Ignacio, *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Editorial Tecnos S.A., Madrid 1987, p. 49.

6 Personas que a viva voz publicitaban los productos de la casa comercial y buscaban convencer a los transeúntes para que visiten la casa comercial y compren los productos que en ésta se comercializaban.

la imprenta en Occidente en el s. XV, y sobre todo a partir de la Revolución Industrial. Esto supone la configuración de grandes medios de comunicación (la Revolución Industrial). También podemos hablar más propiamente de publicidad por el desarrollo capitalista de grandes empresas e instituciones que demandan la divulgación de estos productos y servicios ya en el s. XIX. No obstante vamos a ir viendo la historia de la publicidad en el mundo antiguo, porque aunque no tuviera ese carácter masivo, si había manifestaciones en Egipto, Grecia, Roma... En Roma había gran variedad de soportes, formatos, etc... (...) En la antigüedad, las personas producían lo que consumían. Esta economía de subsistencia y la ruralización dificultaba la aparición de manifestaciones publicitarias. Sin embargo, van a darse en aquellas culturas que desarrollan el comercio y que desarrollan culturas urbanas. Por ejemplo, en Babilonia, (unos 2000 a.C.) había ya tablillas de barro cocido con anuncios, y no solo eso sino que había también voceadores (personas contratadas que gritaban las virtudes de los productos enfrente de los locales en los cuales se vendían). Además de esto, había una serie de productos, tejidos, determinadas especias, cuya fama trascendía las fronteras de los diferentes imperios. Había productos que adquirieron fama y eran demandados desde diferentes lugares, lo que dio lugar a las rutas comerciales. Estas rutas comerciales tenían incluso lugares de descanso, estaban protegidas (las autoridades cuidaban para evitar delitos, asaltos y demás). Estas rutas comerciales unían las grandes ciudad(es) y facilitaban los intercambios comerciales”<sup>7</sup>. (sic)

Ahora bien, sin duda la publicidad es un descubrimiento que desde las expresiones más antiguas en Egipto, Grecia y Roma<sup>8</sup>, se ha constituido en un fenómeno omnipresente de carácter socio-político-económico, transversal a casi todas las actividades humanas y que produce un influjo casi irresistible en las decisiones cotidianas y las más periódicas; habiéndosele utilizado tanto en época

de paz como de guerra como un arma socio-psicológica para modificar la voluntad y levantar la moral de los individuos o mellar la de los *enemigos*<sup>9</sup>. Así tenemos que la publicidad ha sido empleada desde los fines más sublimes hasta los más ruines o destructivos que podamos imaginar. De ahí que la “(...) importancia de la publicidad (...) impulsó a ciertos autores a expresar que el aire que respiramos es un compuesto de oxígeno, nitrógeno (...) y publicidad”<sup>10</sup>, pues la publicidad es parte de nuestras actividades, de nuestras ideas conscientes o inconscientes, de nuestra historia personal y recuerdos, de la vida misma de los pueblos. En ese sentido, Miguel Angel Asturias expresó:

“(...) a la luz de las marquesinas... la ciudad se hace comunicativa... las ciudades sin anuncios son como ciudades muertas, vacías, tan habitados estamos a dialogar con las paredes pintadas como las páginas de un libro ilustrado... El cartel es el paso de la pintura hacia la masa... Es el diálogo permanente de la imagen con la masa”<sup>11</sup>

En el mundo moderno, si bien es cierto la publicidad tiene su nacimiento y mayor expresión en las ventas, la mercadotecnia y el mercado<sup>12</sup>; ésta ha invadido los campos más insospechados como la política, la guerra, la cultura o la psicología. Sin embargo, queremos detenernos a revisar básicamente la denominada *publicidad comercial*, y es precisamente en este campo en donde encontramos los más serios problemas, en donde la ética y el ordenamiento legal reciben cotidianamente llamados de urgencia pues con la publicidad es posible doblar voluntades sin derramar sangre, sudor ni lágrimas; quizás la frase que más descarnadamente describa a la publicidad comercial sea la que se atribuye a Will Rogers<sup>13</sup>: “la publicidad es el arte de convencer a gente que gaste el dinero que no tiene, en cosas que no necesita”. En ese sentido, algunos tratadistas han señalado que la publicidad es el principal rasgo del tránsito de la sociedad de la producción a la sociedad de consumo, donde no interesa establecer la concordancia entre necesidad y consumo, sino entre publicidad y consumo; es decir, haciendo casi

7 ABUÍN VENCES, Natalia, *Historia de la Comunicación Publicitaria*, Facultad de Ciencias de la información, Universidad Complutense de Madrid. En: <http://es.scribd.com/idrilmar/d/55271797/25-la-publicidad-en-la-II-guerra-mundial>.

8 Probablemente el aviso publicitario más incipiente encontrado pertenece a la civilización Egipcia. En efecto, un papiro de hace casi tres mil años de antigüedad señalaba lo siguiente:  
 “Habiendo buido el esclavo *Shem* de su patrono *Hapu*, el tejedor, este invita a todos los buenos ciudadano de Tebas a encontrarle. Es un hitita, de cinco pies de alto, de robusta complexión y ojos castaños. Se ofrece media pieza de oro a quien dé información acerca de su paradero; a quien lo devuelva a la tienda de Hapu, el tejedor, donde se tejan las más bellas telas al gusto de cada uno, se le entregará una pieza entera de oro”.

En Grecia, las primeras manifestaciones publicitarias se realizaban a través de los denominados “axones (paralelepípedos) hechos de madera pintada de blanco en los que se inscribió el código de leyes de Solón, luego de la batalla de De Salamina contra los Persas. Para lo mismo servían los denominados “Kyrbos”, que eran unos cilindros de maderas en los que se incluía todo tipo de comunicados.

Por su parte en Roma encontramos los denominados “alba” que eran grandes tabloncillos de anuncios permanentes (quizá los antecesores de las gigantografías) y los “libelli”, que eran unos especie de afiches hechos en papiro que se adosaban a los muros. En ambos se efectuaban anuncios referidos a los avisos oficiales, la venta de esclavos, la realización de espectáculos, alquileres de casas y objetos encontrados.

Respecto a esto revisar a página web <http://www.promonegociosnet/mercadotecnia/publicidad-historia.htm>.

9 En la segunda guerra mundial, sobre las principales ciudades de los países en guerra, no solamente “llovían” bombas que causaban destrucción en la infraestructura y las vidas de los ciudadanos, sino también panfletos que buscaban destruir el espíritu y la moral de los ciudadanos de los países “enemigos”.

10 MUGUILLO, Roberto Alfredo, “Publicidad”, Editorial Astrea, Buenos Aires 2005, p. 1.

11 MUGUILLO, Roberto Alfredo, “Publicidad” Op. Cit., p.1,2.

12 La publicidad ha pasado de ser un auxiliar del comerciante para convertirse en un cuerpo autónomo, con vida propia y generador de problemas que la ética y el derecho buscan resolver.

13 Willian Rogers fue un humorista y actor norteamericano de origen Cherokee, a quien también se le atribuye la siguiente frase: “Si los anunciantes se gastaran la misma cantidad de dinero en mejorar sus productos de lo que se gastan en anunciarlos, ni siquiera necesitarían anunciarlos”.

un trabalenguas: *la “necesidad” de adquirir productos que la publicidad prescribe como necesarios, sin serlos necesariamente*<sup>14-15</sup>.

### 3. LA PUBLICIDAD COMO INSTRUMENTO

La publicidad como disciplina ha recibido distintos tipos de valoraciones y su evolución ha estado supeditada a los diversos enfoques jurídicos operados a través del tiempo; en ese sentido, siguiendo a Lorenzetti<sup>16</sup>, la publicidad ha pasado por tres fases o valoraciones históricas, a saber:

#### 3.1. La publicidad como instrumento de leal competencia

Esta es la fase en la cual lo más importante era proteger la leal competencia entre los empresarios; para estos efectos, se prohibía cualquier manifestación que pudiera resultar lesiva a la imagen del empresario que concurría al mercado. En esta etapa se prohíbe la llamada publicidad comparativa, aun cuando esta no fuera lesiva.

#### 3.2. La publicidad como instrumento de la libertad de expresión<sup>17</sup> de los empresarios

En este caso, se entendía que la publicidad era parte de la libertad de expresión del empresario y, por tanto, su protección era constitucional. En muchas ocasiones le hacía creer a quienes realizaban los avisos publicitarios que se les había otorgado facultades casi ilimitadas para publicitar sus productos o servicios sin importar los aspectos de denigración, de aprovechamiento de la reputación ajena o los atentados a la salud o seguridad de quienes eran los potenciales consumidores o usuarios. Este fue el

caso de los cigarrillos, que generó gran polémica en todos los países, cuando se empezaron a introducir algunas restricciones en el texto y los horarios de la publicidad. Esto produjo un gran debate que enfrentó el derecho a la libertad de expresión de los empresarios versus muchos otros derechos (la mayoría de ellos también de rango constitucional: a la vida, la salud, etc.). Esta discusión nos permitió establecer que los derechos constitucionales no son inatacables, estableciéndose que “(...) ninguna Constitución consagra derechos absolutos, como también que todo derecho debe quedar sujeto a su reglamentación y su ejercicio producirse dentro de los límites razonables que hacen a su reconocimiento”<sup>18</sup>. De esta manera, poco a poco se fue delineando esta función, primero a través de algunos pronunciamientos de los órganos de justicia y posteriormente con el cambio de las normas de protección a consumidor o de represión de la competencia desleal referidas a este tema.

#### 3.3. La publicidad como instrumento de la protección al consumidor

En esta valoración, resulta más importante la información que el empresario pueda brindar al mercado, al potencial consumidor, que la propia competencia; por ello, se señala que la publicidad se convierte en un instrumento de protección del consumidor pues éste sin casi ningún costo obtiene del mercado toda la información que necesita para una decisión de consumo óptima. Por ello, se señala que la mejor manera de proteger al consumidor es permitiéndole que ejerza verdadera soberanía sobre sus decisiones, lo que solamente consigue si posee toda la información relevante<sup>19</sup> que se requiere para una toma de decisión eficiente.

14 Al respecto Farina señala que “la publicidad comercial (e incluso la que no lo es) recibe fuertes críticas por quienes la consideran “un servicio maligno”, o bien que “degrada a la gente a la que apela, pues la priva de su voluntad de elegir”. Toynebe no podía “concebir ninguna circunstancia en que la publicidad no fuera un mal”.

En tal sentido, Muggerridge (citado por Clark) profetiza que la historia la verá “como uno de los verdaderos males de nuestra época. Constantemente incita a la gente a querer cosas, a querer esto, a querer aquello”, e incluso el papa Juan Pablo II ha advertido a los jóvenes que están amenazados “por el uso de técnicas publicitarias que estimulan la natural inclinación a eludir el trabajo empeñoso al prometer la satisfacción inmediata de todo deseo” FARINA, Juan M., *Contratos Comerciales modernos*, Editorial Astrea, Buenos Aires 2005, p. 305.

15 Actualmente existen diversas técnicas que buscan mejorar las ventas, incluso se habla de disciplinas como el neuromarketing, que no es otra cosa que la aplicación de mediciones biométricas a los consumidores, con las cuales es posible descubrir las emociones de los individuos y generar determinada publicidad que ayude a generar diversas sustancias en el cerebro que den al consumidor la sensación de felicidad al adquirir un producto o servicio.

16 Al respecto ver LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Op. Cit. p. 151.

17 Los lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del Indecopi, establecen como un principio de leal competencia, el denominado como *Libertad de expresión comercial* y señalan respecto a éste lo siguiente:

“La Constitución Política del Perú, en el inciso 4° del artículo 2°, así como en el artículo 59°, reconoce tanto la libertad de expresión como la libertad de empresa. Bajo el ámbito de ambas libertades, resulta protegida la libertad comercial, dentro de la cual se enmarca la publicidad. En efecto, la publicidad es la manera en que los proveedores dan a conocer u ofrecen sus productos y servicios en el mercado, enviando mensajes dirigidos a captar consumidores para ellos. Quienes concurren al mercado tienen el derecho de expresar libremente sus ideas a través de la publicidad, dentro de los límites establecidos por la legislación sobre publicidad comercial.

A través de la libertad de expresión comercial se fomenta mayor competencia, pues con ella se garantiza que los agentes del mercado hagan uso de la creatividad para difundir sus mensajes en la forma que consideren más adecuada a sus intereses, generando de esta manera un mayor flujo de información y más opciones para que el consumidor pueda satisfacer sus necesidades. Debido a este

superior nivel de información, los consumidores van a poder exigir una mayor cantidad de información

relevante a los proveedores, lo cual a su vez va a motivar a éstos a mejorar la calidad de los productos y servicios que ofrecen, contribuyendo de este modo al desarrollo de los mercados.

Las normas que regulan la publicidad comercial están inspiradas y se aplican en un sistema de libre mercado, el que por definición implica la libertad de circulación de ideas y de creaciones. Por tanto, al momento de supervisar la publicidad, la Comisión tendrá en cuenta el derecho a la libertad de expresión comercial y a su manifestación en el uso de la creatividad, teniendo presente las tres funciones de la publicidad: informar, persuadir y servir como mecanismo de competencia...”

al respecto ver: [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe).

18 MUGUILLO, Roberto Alfredo, *Ibidem*, p. 16.

19 Para los lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobado mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI de fecha 05 de julio de 2001, estamos frente a una información relevante de acuerdo a los siguiente:

“¿Cómo se determina si la omisión de una información es relevante?”

Con los siguientes criterios:

a) que, la información omitida no resulte previsible por un consumidor razonable según los usos y costumbres existentes en el mercado; y,

b) que la omisión de información desnaturalice las condiciones en las que se realiza la oferta en el anuncio”

al respecto ver: [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe).

Pero independientemente de la valoración que las legislaciones le otorguen a la publicidad, resulta indiscutible su enorme influencia en los hábitos actuales de las personas, en especial -de manera directa o indirecta- en las decisiones que adoptan en el mercado, pues la publicidad, sin perjuicio de su rol informativo, genera necesidades (la mayoría artificiales) e introduce incentivos para el consumo y por ello se dice que promueve o dinamiza la contratación sobre diversos bienes y/o servicios.

Para estos efectos, la publicidad cumple con variadas funciones, las mismas que, aunque interrelacionadas, destacan diversos aspectos de esta disciplina y permiten entender mejor su rol en el mercado, estas son:

1. Función de persuasión o seducción

Con esta función se busca convencer al consumidor de las bondades de un producto o servicio, sugiriendo que este producto o servicio conseguirá satisfacer sus necesidades. Por ello, se señala que es la función potencialmente más peligrosa pues en la medida que los empresarios pretendan que adquieran sus productos o contraten sus servicios un mayor número de veces (pues con ello se obtienen mayores ganancias), buscarán emplear diversas técnicas de “convencimiento o seducción”; sobre todo, aquellas que permitan manipular los deseos y decisiones de los potenciales consumidores, empleando entre otras disciplinas a la psicología, la neurociencia<sup>20</sup>, etcétera.

2. Función de comunicación o información<sup>21</sup>

Esta es, quizás, la función más importante en la publicidad pues a través de este acto de comunicación se brinda información del producto o servicio, pudiendo señalarse: datos, ejemplos, historia, calidad, cualidad, duración, forma de uso, precio, promociones, ofertas, cantidades

que contiene, etcétera; lo cual obviamente dependerá del tipo de producto o servicio frente al cual estemos, pero en todos los casos la información que se brinde debe tener carácter relevante<sup>22</sup> y sobre todo debe ser suficiente, verdadera y oportuna para que la toma de una decisión de consumo sea óptima<sup>23</sup>.

En los tiempos actuales, la obligación de informar en el mercado tiene dos justificaciones interrelacionadas que nos parecen muy importantes destacar:

- a) Las nuevas modalidades contractuales, que aparecen continuamente debido a la dinámica empresarial actual y a la contratación en masa, han hecho que el acto de información se torne cada vez más importante pues con esto se busca evitar que el consumidor adopte una decisión de consumo urgido por la vorágine marketera de las empresas.
- b) En muchas ocasiones, la posición de una de las partes (el consumidor) se encuentra en un nivel de inferioridad en la negociación del contrato e incluso, en la mayoría de veces, no tiene posibilidad de participar en la negociación, solamente debe decidir entre adquirir o no el producto o servicio, lo cual la convierte en la parte más vulnerable en el mercado; por ello, la función de información es vital para el consumidor pues solamente a través de ésta equi-para de alguna manera esa posición desigual.

3. Función de competencia o concurrencia al mercado

No hay duda en que la publicidad es una herramienta que utilizan los empresarios para competir entre sí y obtener las preferencias del consumidor; asimismo, la publicidad es un medio que poseen los empresarios para obtener tres objetivos muy marcados:

---

20 Se dice que la neurociencia hurga en las bases biológicas de la conducta humana, usando para ello los estudios sobre el sistema nervioso y la química cerebral, así como la aplicación de la farmacología en estos aspectos.

21 Muguillo diferencia el acto de comunicación como actividad en sí misma, del acto de información, que viene a ser el contenido del acto de comunicación. Ver MUGUILLO, Roberto Alfredo, *Ibidem*, pp. 12-13.

22 Al respecto el Código del Consumidor establece lo siguiente:  
*“Artículo 2 - Información relevante:*  
 2.1 *El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.*  
 2.2 *La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.*  
 2.3 *Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.*  
 2.4 *Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado.”*

23 Así lo establece el Código del Consumidor en diversos artículos, algunos en la parte general y otros en las referencia a productos o servicios específicos, los artículos de la parte general son los siguientes:  
 Artículo V.- Principios  
 El presente Código se sujeta a los siguientes principios:  
 (...)  
 3. Principio de Transparencia.- En la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente Código.  
 Artículo VI.- Políticas públicas  
 El Estado garantiza el derecho a la información de los consumidores promoviendo que el sector público respectivo y el sector privado faciliten mayores y mejores espacios e instrumentos de información a los consumidores a fin de hacer más transparente el mercado; y vela por que la información sea veraz y apropiada para que los consumidores tomen decisiones de consumo de acuerdo con sus expectativas.  
 Artículo 1º.- Derechos de los consumidores  
 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:  
 /../  
 b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

- a) Adquirir buena reputación empresarial: que no es otra cosa que la imagen que el empresario tiene o pretende tener en el mercado. Es lo que Farina llama la publicidad empresarial señalando que estos avisos publicitarios

*"(...) se destinan no a ofrecer directamente la venta de bienes y servicios, sino a fomentar una imagen benévola de la empresa, destacando las virtudes de su política mercantil, su repercusión en el ámbito social, cultural o científico (...) Según nos informa Bagdikian (...) describió así la finalidad de la publicidad empresarial: presenta a la empresa como héroe, como ciudadano responsable, como fuerza encaminada hacia el bien, dando información sobre el trabajo que la compañía está haciendo en pro de las relaciones con la comunidad, asistiendo a los menos afortunados, reduciendo al mínimo la contaminación, controlando las drogas, aliviando la pobreza"<sup>24</sup>.*

Una empresa posicionada como compañía confiable y cuya finalidad no se agota en el lucro, sino además en "ayudar a la comunidad", tiene asegurada la fidelidad de sus consumidores; mientras más generosas, mediáticas y globalizantes son estas "ayudas", más grande y expandido podrá ser su mercado. Este tipo de publicidad busca la adquisición de los bienes, pero de manera indirecta: introduciendo en los consumidores la idea de que deben preferir los bienes de una empresa "socialmente buena" antes que de una que solo busca el lucro.

- b) Posicionar el producto o servicio: esta publicidad supone una competencia directa porque le dice al consumidor claramente que su producto o servicio es mejor que el de su competidor, estableciendo las razones por las cuales considera es mejor. En esta modalidad, el empresario informa las bondades, calidades o cualidades de sus bienes para convencer al consumidor de adquirirlos.
- c) Obtener mayores ingresos económicos: en realidad todas las funciones de la publicidad de alguna

manera tiene como objetivo final la búsqueda de mayores mercados para la obtención de mejores ganancias empresariales; sin embargo, es precisamente en la función de competencia de la publicidad en donde se puede ver con mayor claridad este objetivo: desplazar al competidor para obtener mayores ganancias.

En virtud a las muchas funciones que tiene la publicidad es que el Derecho debe regular las actuaciones de quienes intervienen en la publicidad para cuidar que sus funciones se cumplan o para evitar que se tergiversen.

#### 4. PUBLICIDAD, CONTRATOS Y CONSUMIDOR

La creciente vorágine comercial, la industrialización y producción en masa, la internacionalización de los mercados y la globalización del comercio fueron obligando a los empresarios a establecer negocios cada vez más fluidos, por lo que requerían de instrumentos que dinamizaran los intercambios comerciales e hicieran más ágiles los negocios. Para ello, era necesario despojarse de ciertas concepciones jurídicas clásicas que retardaban el funcionamiento del nascente mercado; entre ellas se encontraba la institución del contrato, que ya no respondía a la dinámica empresarial moderna pues era imposible ponerse a negociar un contrato con cada uno de los consumidores cuando estábamos frente a descomunales cantidades de bienes a "colocarse" en el mercado (debido precisamente a la producción en masa de los productos), eso hubiera impedido el desarrollo del mercado<sup>25</sup>. De esta manera, empiezan a surgir figuras contractuales que si bien es cierto no respondían a todas las características del contrato clásico<sup>26</sup>, cumplían con facilitar el intercambio, que era y es el sustento del mercado; recordemos que sin intercambio no hay mercado.

De esta manera, se buscó estandarizar los intercambios comerciales en el mercado a través de los denominados contratos predispuestos<sup>27</sup>, donde la libertad de los contratantes no es la misma pues uno será quien elabore el

24 FARINA, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, t. I, Op. Cit. p. 315-316.

25 Diez - Picazo señala que "la idea tradicional de contrato no casa con la contratación en masa. No es posible que la empresa moderna utilice el mecanismo del contrato por negociación para acordar sus relaciones con cada uno de sus eventuales clientes. Un mínimo criterio de racionalización y de organización empresarial, que es también de reducción de costos, determina la necesidad del contrato único o del contrato tipo preestablecido por medio de formularios y de impresos. Las empresas mercantiles o industriales, mediante esos contratos en masa, imponen a sus clientes un clausulado previamente redactado, de suerte que la única posibilidad que a la otra parte le resta es la de prestar adhesión o rehusar (...) De hecho, la libertad de iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de ambos contratantes se encuentran en este tipo de contratos de algún modo restringidas. El contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes contratantes, sino que una de ellas tiene que limitarse a aceptar -o en su caso rechazar- el único contrato posible." DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volúmen primero Introducción teoría del contrato, Editorial Civitas, Madrid 1996, p. 131.

26 Al respecto Yuri Vega señala que "(...) Una de las vallas que había que saltar (dejar de lado) era el concepto de contrato, que era entendido (en la doctrina legal) como un acuerdo igualitario, libre, consensuado, determinado en sus alcances por las partes que lo concluían. Era fundamental estandarizar los procesos de comercialización de los bienes que salían en masa de las fábricas. Pero. Como suele ocurrir en estos hechos, nadie avizoró tan prontamente, que la figura del contrato celebrado con un "apretón de manos" estaba siendo radicalmente subvertida: la aparición de contratos con contenido predispuesto por empresas que ostentaban posiciones monopolísticas u oligopólicas (empresas de gas, de carbón, de electricidad, etc.) o por productores en serie de diversas clases de bienes y servicios, se imponía como el correlato de la organización de las empresas" VEGA MERE, Yuri, *Contratos de Consumo*, Editora Jurídica Grijley, Lima 2001, p. 31.

27 Carlos Soto opina al respecto lo siguiente: "Es sabido que en el campo jurídico y aun en el económico es imposible prever todas las formas de contratación, ya que el progreso de la sociedad, el avance de la ciencia y la tecnología, así como la producción estandarizada de los bienes y servicios, han generado que la contratación privada no sea única y uniforme en el tiempo. Sin lugar a dudas, desde hace varias décadas somos partícipes de un nuevo sistema de contratación: la contratación masiva o predispuesta. En este sistema de contratación las partes contratantes ya no elaboran conjuntamente el contenido del contrato: éste es predispuesto (total o parcialmente) en forma unilateral por una de ellas con anticipación a la celebración del contrato. Por tanto, el contrato tradicional, que crea relaciones jurídicas obligacionales producto de un consentimiento libre entre dos o más partes perfectamente identificadas y donde existe la participación de ambas en la elaboración del contenido contractual, es una forma de contratación excepcional; la regla, hoy en día, es la contratación en masa, donde los contratos están predispuestos por una de las partes contratantes" SOTO COAGUILA, Carlos, "Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos" en [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/17Soto.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/17Soto.pdf). p. 571.

contrato y otro quien deba aceptarlo. Con lo cual, asistimos a un fenómeno contractual que, por facilitar los intercambios comerciales, sacrifica una de las libertades que apuntalaban su concepción clásica: la libertad contractual<sup>28</sup>, dejando a salvo solamente la libertad de contratar (que resulta ser el sustento actual de la contratación moderna); es decir, la posibilidad de contratar o no, pues la idea es celebrar un mayor número de contratos en el menor tiempo posible<sup>29</sup>.

Sin embargo, para la celebración de gran cantidad de contratos era necesario generar, en un número de personas cada vez más grande, la necesidad de celebrarlos. La idea es “colocar” los bienes -producidos en masa- y el mejor vehículo para ello lo constituye la publicidad. Son como las tres patas del trípode del comercio actual o quizá un círculo virtuoso económico: producción en masa, publicidad de estos bienes, celebración masiva de contratos y nuevamente producción en masa, así *ad infinitum*. Al respecto opina Farina que

*“La presencia de la publicidad en el mundo actual constituye un fenómeno que otorga a la contratación mercantil de nuestros días aspectos ignorados hasta las primeras décadas del siglo XX. En efecto, a las condiciones generales de contratación, el contrato celebrado mediante formularios y cláusulas predispuestas, o por el empleo de aparatos automáticos, etc. Debemos agregar la influencia que ejerce la publicidad para imponer una marca, para orientar al público hacia determinado producto, incluso para hacer que la gente sienta necesidad de adquirir bienes o servicios que, de otro modo, habría ignorado (...) No se trata de simples anuncios, sino de verdaderos mensajes destinados a captar voluntades, y esto constituye un aspecto digno de ser considerado en el mundo de los contratos comerciales”<sup>30</sup>*

Si bien es cierto que a dicho fenómeno publicitario se le atribuyen algunos aspectos negativos, no cabe duda que en la economía ha significado un instrumento para el incremento de los negocios y en el Derecho ha supuesto la utilización, y en muchos casos la creación, de figuras contractuales diversas y definitivamente más ágiles que sus pares clásicos.

## 5. LA PUBLICIDAD ¿CLÁUSULA IMPLÍCITA EN LOS CONTRATOS?

Tal como ya lo señalamos anteriormente, en la sociedad del consumo<sup>31</sup> en la cual vivimos, la publicidad ha teni-

do y tiene una gran importancia en la celebración de los contratos; en tal sentido, los avisos publicitarios deberían tener alguna incidencia legal en la interpretación y ejecución de estos contratos pues si normalmente en este tipo de operaciones comerciales los consumidores adquieren bienes o servicios en virtud a unas características “informadas” a través de un anuncio publicitario, resultaría lógico que el Derecho incorpore la posibilidad de que se pueda exigir, también, el cumplimiento del contenido del aviso publicitario<sup>32</sup>. Lo contrario supondría que los consumidores deban recurrir a métodos costosos para comprobar la veracidad de la información contenida en la publicidad.

Cuantas veces en nuestra vida hemos tenido la sensación de frustración e impunidad en las promesas de los empresarios que se dejan atrapar por las ansias de ganancias sin freno, cuántas veces hemos soportado en carne propia el desengaño que trae consigo la frase con la cual se titula en parte este artículo: **“Pase caserito, aquí hay... Perdón, se me acabó, pero tengo este otro. Es igualito...”**; es decir, la atracción del cliente con promesas que después no se cumplirán pues, en estos casos, lo importante para el empresario no es introducir información veraz, suficiente y oportuna en su aviso publicitario, sino, en realidad, atrapar al potencial consumidor y abrumarlo después para consumir sus deseos de vender. En efecto, en todas las ocasiones, el consumidor adquiere el bien porque confía en la información que la publicidad le brinda y considera que al contratar (adquirir el bien o servicio), dicha información debe formar parte del contrato que celebrará y, aunque no lo expresa de esta manera, intuye que es así; en caso contrario, se sentirá engañado y de hecho lo está siendo.

Todo esto responde, sin duda, al principio de Buena Fe, pues el consumidor tiene la confianza de que el contenido publicitario revela la verdad y responde a la rectitud en la conducta del empresario, quien debe cumplir con las promesas vertidas en la publicidad, tornándose en exigible el contenido publicitario y plenamente ejecutable en caso de incumplimiento.

Algunos tratadistas, sobre este aspecto, han llegado a afirmar que en realidad la publicidad de alguna manera cumple las veces de modelador del futuro contrato pues en la publicidad se encuentra gran parte del contenido del futuro acuerdo comercial (características, modalidades, cantidad, calidad, cualidad, ofertas, promociones, precios, regalos, plazos, etc. siempre referidas al bien que se adquirirá) y normalmente será este contenido el que persuada al consumidor de efectuar la transacción. El

28 La libertad contractual consiste en la posibilidad de modelar o establecer el contenido del contrato.

29 A este respecto Carlos Soto opina que *“En definitiva, lo que se busca con este sistema de contratación es viabilizar y agilizar la celebración de numerosos contratos de tal forma que sin suprimir el consentimiento (elemento esencial para la existencia y validez de un contrato), pueda lograrse rápidamente el acuerdo contractual. Para ello, es necesaria la estandarización del esquema contractual a efecto de reducir o eliminar la negociación de cada una de las condiciones del contrato”* SOTO COAGUILA, Carlos, *“Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”* en [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/17Soto.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/17Soto.pdf). p. 573.

30 FARINA, Juan M., *Ibidem*, p. 304-305.

31 Es denominada Sociedad del consumo -en líneas generales- aquella que responde a las siguientes características: (i) gran desarrollo industrial capitalista, (ii) Producción en masa de bienes, (iii) consumo masivo de bienes.

32 Siempre existe el peligro de que cuando el consumidor celebre el contrato y adquiera el bien, se den con la sorpresa que éste no es el mismo o que carece de todas las cualidades o calidades expuestas en la publicidad. ¿El derecho debe permanecer impasible ante esta posibilidad altamente comprobable? Creemos que no.

consumidor no adquiere el bien por las demás cláusulas del contrato, sino específicamente por la promesa contenida en la publicidad; por tanto, se puede afirmar que el contenido del aviso publicitario funciona como una oferta para los consumidores, por lo que éstos están en el derecho de exigir el cumplimiento de este contenido como si se tratara de una cláusula inserta en el contrato. Al respecto Yuri Vega opina lo siguiente:

*“Sabido es que, en la relaciones masivas de consumo, se ha prescindido de la etapa de los tratos preliminares o pourparler. Las ventas a clientes y consumidores se realizan sobre la base de las condiciones generales predispuestas por el proveedor sin que exista, por lo general, espacio para negociar las estipulaciones del contrato individual sujeto a tales cláusulas. Se advierte la misma eliminación de la etapa de las tratativas o la negativa a permitir la influencia del adherente aun en los casos en que se trate de contratos usados para uno o algunos pocos casos por algún proveedor. En la contratación estandarizada esa fase ha sido reemplazada, en la mayoría de los casos, por la publicidad o, más ampliamente, por el marketing”<sup>33</sup>*

Idea con la cual coincidimos plenamente. Por lo que podemos afirmar que el clausulado de este tipo de contratos estará conformado por las cláusulas predispuestas más el contenido de la publicidad; y, en ese sentido, se debe interpretar este tipo de contratos ante eventuales conflictos. Es decir, la publicidad supone una cláusula implícitamente incorporada al contrato y por tanto perfectamente exigible por el consumidor.

En ese mismo sentido, agrega Vega Mere, al afirmar que

*“Si bien es cierto (...) la jurisprudencia abrió trocha a una nueva relación entre publicidad y contrato, la nueva disciplina de protección a los consumidores se encargaría de dar a la publicidad la condición de parte integrante de una oferta firme que obligaba a la empresa anunciante. De esa forma, tal como lo hemos sostenido en diversas ocasiones dado que la oferta a los consumidores se suele manifestar por medio de la publicidad, los destinatarios de ella podrán exigir el cumplimiento no solo de lo que figure en el contrato o en el comprobante extendido, sino también el de aquellas condiciones que estén contenidas en la publicidad”<sup>34</sup>;*

Es decir, el consumidor podrá exigir lo contenido en la publicidad, aún cuando ello no aparezca en el contrato predispuesto.

Con esta posición, lo que se busca es precisamente evitar y combatir el efecto nocivo que trae consigo la denominada *publicidad engañosa o falsa*<sup>35</sup>, donde la oferta contenida en el aviso publicitario no coincide con lo finalmente recibido por el consumidor<sup>36</sup>, doctrina que no solamente se defiende desde el punto de vista del derecho del consumidor, sino –además– desde el punto de vista del Derecho contractual, con lo cual se aboga por la eficacia jurídica contractual de la publicidad<sup>37</sup>.

Esta postura ha sido recogida por nuestra legislación, específicamente en la Ley N° 29571 -el Código de Protección y Defensa del Consumidor-, cuando en el artículo 46 prescribe lo siguiente:

**Artículo 46 - Integración y vinculación de la oferta, promoción y publicidad:**

*La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad.*

*El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.*

Con lo cual, no queda duda que para nuestra legislación la publicidad forma parte integrante de este tipo de contratos<sup>38</sup>.

Ahora bien, un tema importante es determinar si todo el contenido publicitario es exigible por el consumidor o solamente parte de este pues con ello se podrá establecer los alcances de dicha exigibilidad. Al respecto consideramos que esto parte de un análisis de razonabilidad; es decir, que el consumidor podrá exigir lo que razonablemente esperaría que se cumpla del contenido publicitario. Recordemos que el contenido de los avisos publicitarios está conformado por información objetiva e información subjetiva; e, incluso, la publicidad tiene la

33 VEGA MERE, Yuri, Ibidem, p. 145. Un adelanto de la posición al respecto del profesor Vega Mere, lo encontramos en la frase con la cual titula esa parte de su libro: “b. Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y ¡por supuesto! Por cuanto se diga en la publicidad”.

34 VEGA MERE, Yuri, *Contratos de Consumo*, Op. Cit. pp. 146-147.

35 El Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571) establece en su artículo 13° lo siguiente: “**Artículo 13°.- Finalidad**

*La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. Asimismo, atendiendo al impacto que la publicidad puede generar en las conductas sociales, la protección del consumidor frente a la publicidad persigue que los anuncios no afecten el principio de adecuación social, evitando que induzcan a cometer actos ilegales o antisociales o de discriminación u otros de similar índole”*

36 Es lo que se denomina como falta de idoneidad en el producto o servicio recibido. La idoneidad es concebida como la coincidencia entre lo ofrecido y lo efectivamente recibido.

37 En la doctrina esto se denomina como la integración de la publicidad en los contratos.

38 Incluso el INDECOPI lo ha incorporado a algunas resoluciones, un ejemplo de ello es la Resolución N° 603-2006/TDC-INDECOPI de fecha 27 de mayo de 2006, Expediente N° 995-2005- CPC, seguido por Elba Catalina Ramos López contra El Pacífico Vida Compañía de Seguros y Reaseguros. En la cual se establece claramente que el contenido objetivo del aviso publicitario formaba parte del contrato de seguro.

licencia de poder utilizar el humor y/o la exageración para buscar posicionar sus productos o servicios en el mercado, por lo que el consumidor no puede esperar que el contenido publicitario sea exigible de manera íntegra, sino solamente de aquellos aspectos que sean objetivos y no así de aquellos elementos que responden más bien a la apreciación, sentimientos, forma de ver el producto, etc. que el empresario plasma en la publicidad.

## 6. PUBLICIDAD Y ÉTICA

El avance actual de la publicidad ha hecho reflexionar a todos los tratadistas, de los alcances de ésta y de cómo la misma puede influir en nuestras vidas. El fenómeno publicitario actual tiene tres graves peligros muy marcados:

- a) La posible exacerbación de la función de competencia; por la cual, la publicidad se puede convertir en un arma despiadada para eliminar a nuestros competidores (a cualquier precio). Bien denigrando a los demás empresarios o a sus productos o bien aprovechándose de la reputación ajena, con la confusión que ello genera en el consumidor.
- b) El posible aprovechamiento o la tensión en las brechas sociales actualmente existentes generando una cultura del consumismo, que introduzca en las mentes y corazones de los consumidores la idea que solamente obteniendo los productos o usando los servicios que se publicitan pueden poseer determinado status social u obtener prestigio o reconocimiento.
- c) La creación de necesidades que realmente no lo son generando incentivos para el consumo de bienes que son innecesarios para nuestra vida. Atentando en muchos casos contra la salud de los consumidores al presentar como “buenos productos” aquellos que solamente generan daños a la salud.

Todo ello se debe a la actual cultura social que nos domina, mientras más objetos de determinadas marcas o procedencias adquiramos, mayor reconocimiento social tendremos; esa es la idea que a los empresarios les conviene enraizar en la sociedad pues entienden que a través de la publicidad po-

drán vender los bienes producidos en masa; es que, como bien se ha dicho, estamos ante una actividad económica fundamental derivada de la velocidad creadora de la vida mercantil, que motoriza la economía contemporánea<sup>39</sup>, o -como expusiera Huber- la lucha por el mercado nos enfrenta a un dilema: “publicitar o perecer”<sup>40</sup>.

En ese sentido, al convertirse la publicidad en un elemento importante de la economía de las empresas, del mercado mismo, poco a poco suele olvidarse que la principal función de la publicidad es informar a los consumidores y no solamente vender sus productos, persuadiendo bajo esquemas publicitarios que rozan lo ilegal y destruyen la ética que debe acompañar todo intento publicitario. Farina<sup>41</sup>, citando a otros autores, refiere que

*“lo que a las contrataciones mercantiles importa de la publicidad, sea lo que fuere, no es el arte de informar sino el arte de vender. H.G. Wells opinaba que es el arte de enseñar a la gente a necesitar cosas” señalando asimismo que “en medio de esta compleja trama, el consumidor aislado se halla compelido a adquirir productos y servicios; adquiere lo que no necesita; cree lo que el mensaje le dice; pierde capacidad de crítica y de elección, y es estas condiciones se celebran miles y miles de contratos”*

Por ello es que se hace imperiosa la intervención del Derecho castigando las prácticas publicitarias ilícitas<sup>42</sup>, a través de adecuadas normas de defensa del consumidor, de protección de la competencia o de responsabilidad civil. Sin embargo, también es importante la autorregulación que los intervinientes en la publicidad deben hacer para evitar no solamente las prácticas ilegales, sino sobre todo aquellas prácticas que no siendo ilegales son éticamente reprochables<sup>43</sup> por constituirse en actividades que afectan directamente la libertad y soberanía del consumidor.

## 7. ¿FUTURO O PRESENTE DE LA PUBLICIDAD? A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Es el año 2019, Rick Deckard un policía o “blade runner”<sup>44</sup> retirado, ex - cazador de humanos artificiales llamados “replicantes”, recorre las calles lluviosas de Los Angeles, una ciudad hiper-poblada con poco más de un centenar

39 GARRIGUES, Joaquín, citado por MUGUILLO, Roberto Alfredo, *Publicidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires 2005, p. 3.

40 HUBER, citado por MUGUILLO, Roberto Alfredo, *Publicidad*, Op. Cit. p.3

41 FARINA, Juan M., *Ibidem*, p. 306.

42 Lorenzetti citando a la ley brasileña señala una serie de “...prácticas comerciales ilícitas:

- *Un abuso del medio publicitario que obnubila el obrar del consumidor. La publicidad es abusiva cuando es discriminatoria, incita a la violencia, explota las supersticiones, aprovecha las deficiencias de juzgamiento o inexperiencia de los niños, no respeta los valores ambientales, induce al consumidor a comportarse contra sus intereses o seguridad / /;*
- *una seducción desmedida, que se hace preferentemente a través de la publicidad;*
- *una distorsión en la información sobre los productos o servicios. Esto incluye los servicios informativos dirigidos al consumidor particular por la vía del marketing directo y la publicidad engañosa;*
- *condicionar la adquisición de un producto a la adquisición de otro; no atender a las demandas de los consumidores cuando hay stock; enviar al consumidor un producto o servicio sin que lo haya solicitado; preñarse de la ignorancia para imponer los productos; exigir una ventaja manifiestamente excesiva; colocar en el mercado productos que no sea ajusten a las normas establecidas por los órganos competentes. Estos casos no son ofertas, sino conductas que tienden a condicionarla, a atrapar el asentimiento del consumidor.”* LORENZETTI Ricardo Luis, *Ibidem*, pp. 148-149.

43 Al respecto el Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria del Perú (CONAR) tiene un Código de ética publicitaria, con el cual intentan autorregular sus conductas al momento de crear o transmitir un aviso publicitario, incorporando los principios básicos de legalidad, decencia, veracidad y lealtad como la guía ética y deontológica de la actividad publicitaria. Al respecto ver la página web: [www.conarperu.org/web/index.php?option=com\\_content&view=article&id=16&Itemid=34](http://www.conarperu.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=16&Itemid=34).

44 “Blade runner” es una película de culto, considerada entre las mejores películas de ciencia ficción de todos los tiempos, es una versión libre del libro “¿sueñan los androides con ovejas eléctricas” publicada en 1968, del autor norteamericano nacido en Chicago, Philip K. Dick. En este

de millones de habitantes y contaminada al extremo luego de una hecatombe nuclear. Es una metrópoli en constante oscuridad, alumbrada permanentemente por avisos luminosos ubicados en todas las direcciones posibles; en ellos, las grandes corporaciones promocionan sus productos de consumo masivo. Rick camina alerta, una vieja costumbre de su época de “cazador de androides”, hacia la derecha se puede observar un aviso que estimula la compra de algún producto, hacia la izquierda otro aviso trata de convencer a los transeúntes de las bondades de un servicio; en el edificio frente a él se aprecia una proyección gigantesca de 10 o quizás 12 pisos, en el cual una modelo replicante llama a los habitantes de la ciudad a comprar una especie de cápsula o pastilla, sobre el cielo oscuro y lluvioso de la ciudad pasa lentamente un gran “zeppelin”<sup>45</sup> del futuro, que mediante grandes parlantes y pantallas gigantes impulsa a las personas a dejar la tierra contaminada e ir a colonizar otro lugar en el espacio, imaginamos haciendo uso de sus líneas de transporte interestelar; al llegar a una avenida grande se descubre de manera hipnotizante una fila inmensa y casi interminable de grandes edificios que se pierden en el horizonte y en ellos, incontables avisos multicolores que ofrecen productos y servicios de los más diversos. Al ingresar a un edificio las luces e imágenes se introducen por las ventanas y los resquicios de las puertas, así como por las almas de todos los individuos, como intrusos a quienes nadie ha invitado pues en esta ciudad los avisos iluminan no solamente sus calles, sino sobre todo, las mentes y corazones de sus habitantes.

Esta escena, que es una turbadora descripción de la ciudad en la que se desarrolla la película de ciencia ficción “Blade Runner”, nos describe ese aspecto invasivo de la publicidad que ha ido copando todos los matices de nuestras vidas, hasta convertirse en parte de nuestro quehacer cotidiano y de cómo la publicidad se convierte, en ocasiones, en el vehículo para encontrar la “felicidad” de los individuos, aunque artificial, en donde todo pasa por la publicidad y nada sucede sin ella; en una sociedad del consumo en el que “En el futuro... por donde mires, te verás asaltado por la publicidad”<sup>46</sup>.

De ahí, la importancia que la Ética y el Derecho deben tener como respuesta a esta probable escena futura, pero evitable, con la finalidad de establecer reglas que destaquen de la publicidad, no sus aspectos más desventurados: incitación o seducción desmedida, generación de necesidades artificiales (aún en desmedro de la salud física o mental del individuo), engaño, etc.; sino, por el contrario, que de estas reglas la publicidad emerja como un verdadero vehículo de información que esté destinado a disminuir la asimetría en el mercado y que propugne la formación de individuos (consumidores) que ejerzan su elección con verdadera soberanía. Es decir, que se adopte en la publicidad la transformación de su contenido, convirtiéndola en un verdadero instrumento informativo veraz, oportuno y suficiente para que podamos estar frente a decisiones de consumo absolutamente soberanas.

---

libro el autor pretende establecer las diferencias entre un humano y un ser solamente con aspecto humano (androide, ser artificial), pero carente de rasgos humanos; en el libro y la película se puede apreciar la diferencia de comportamientos entre ambos seres: el humano respondiendo a estímulos distintos a la mera lógica y los androides que solamente responde a un programa establecido y la lógica de lo exacto y lo más “eficiente” en las decisiones, sin considerar otros componentes, que si se encuentran en las decisiones humanas. Sin embargo, la pregunta que siempre flota cuando leemos el libro es ¿Cuándo estamos frente a lo real y cuando frente a lo irreal? y nos introduce el dilema ético de cuan humanos podemos ser los humanos.

45 Grandes dirigibles aerostáticos autopropulsados, que fueron usados con diversos fines entre inicios del 1900 hasta los años 30, en que fueron siendo reemplazados por los aeroplanos, que resultaban más seguros.

46 Esta es una frase pronunciada por el director de la película “Blade Runner”, Ridley Scott, famoso y galardonado cineasta.