

LA PUBLICIDAD PROHIBIDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL | PUBLICIDAD ENGAÑOSA. COMPARATIVA,  
CUANDO ENGAÑOSA. ABUSIVA, DISCRIMINATORIA Y PELIGROSA

Por Marcelo E. Gallo

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación trata sobre la información y publicidad dirigida a consumidores en la Sección 2ª, del Título III (Contratos de Consumo) del Libro Tercero (Derechos Personales).

En ese marco y en lo que aquí interesa, el Código prohíbe, en su artículo 1101, inciso a) la publicidad engañosa<sup>1</sup>, en su inciso b) la publicidad comparativa, cuando engañosa<sup>2</sup> y en su inciso c) la publicidad abusiva, la discriminatoria y la que induzca al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud.

Seguidamente, en el artículo 1102, dispone que los consumidores afectados por la publicidad prohibida en la norma precedente o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.

Las publicidades prohibidas por el Código Civil y Comercial son asimismo prohibidas por otras normas, generales, o particulares para algunos tipos de bienes o servicios - a algunas de las cuales me referiré en este trabajo - que asimismo prevén expresamente, en algunos casos y en otras al menos permiten, otras acciones judiciales – o denuncias administrativas – tendientes a su cesación y castigo y al resarcimiento de los daños generados por su difusión.

**a) Prohibición de la publicidad engañosa**

La norma del inciso a) del artículo 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación, que prohíbe la denominada publicidad engañosa, está – digamos - complementada por otras normas generales.

---

<sup>1</sup> Al proscribir la publicidad que “a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;”.

<sup>2</sup> Prohíbe la publicidad que efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor.

En primer lugar, por la llamada ley 17.011, que incorporó al ordenamiento jurídico argentino el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883.<sup>3</sup>

El artículo 10 bis del Convenio de París, en sus incisos 2) y 3), establece que constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial (inciso 2) y que principalmente deben prohibirse, en lo que aquí interesa: “1° Cualquier acto de tal naturaleza que cree una confusión, por cualquier medio que sea, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor... 3° Las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sea susceptible de inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de las mercancías.” (Inciso 3).

También reglamenta este tipo de publicidad ilícita el artículo 11 del decreto (de Necesidad y Urgencia) 274/2019, de Lealtad Comercial, que bajo el título “Publicidad engañosa” prohíbe la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

El inciso a) del artículo 10 del decreto 274/2019 establece a su vez que se consideran actos de competencia desleal el inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios.

El inciso b) del mencionado artículo 10 prohíbe inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde.

El inciso h) prevé otra forma de engaño, la imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

---

<sup>3</sup> Al momento de la incorporación, con las revisiones de Bruselas del 14 de diciembre de 1900, de Washington del 2 de junio de 1911, de La Haya del 6 de noviembre de 1925, de Londres del 2 de junio de 1934 y de Lisboa del 31 de octubre de 1958.

Finalmente, el inciso i), que prohíbe los actos de denigración cuando se basen en aseveraciones falsas.<sup>4</sup>

La norma general del primer párrafo del artículo 4º de la ley 24.240<sup>5</sup>, de Defensa del Consumidor, que establece el deber de información de los proveedores de bienes y servicios, podría asimismo ser utilizada por las Autoridades de Aplicación de la norma para reprimir la publicidad engañosa.

La publicidad engañosa en materia de alimentos está asimismo prohibida por varias normas del Código Alimentario Argentino y de la Disposición 4980/2005 de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT). Por ejemplo, los artículos 221 y 222 del Código Alimentario Argentino<sup>6</sup> y los artículos 2.9.e) y 2.9.k) del Anexo III de la Disposición ANMAT 4980/2005.<sup>7</sup>

#### **b) Prohibición de la publicidad comparativa, cuando engañosa**

La norma del inciso b) del artículo 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación prohíbe la publicidad engañosa cuando la comparación conduzca a error al consumidor.

La publicidad comparativa – ahora definida por el artículo 15, primer párrafo, del decreto 274/2019<sup>8</sup> - está asimismo regulada por el régimen de Lealtad Comercial. Para ser considerada lícita deberá cumplir con las siguientes condiciones:

---

<sup>4</sup> l) Actos de denigración: “Menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas.” En el mismo sentido, el punto 2º del inciso 3) del artículo 10 del Convenio de París prohíbe “2º Las alegaciones falsas, en el ejercicio del comercio, que tiendan a desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;”.

<sup>5</sup> “Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.”

<sup>6</sup> Que establecen, respectivamente que: Artículo 221 - (Resolución MS 2343, 19/4/80) (Ratificado por Resolución Conjunta MSyA 149/05 y SAGPyA 683/05) “En la publicidad que se realice por cualquier medio deberá respetarse la definición, composición y denominación del producto establecidas por el presente Código.” y Artículo 222 - (Resolución MS 2343, 19/4/80) (Ratificado por Resolución Conjunta MSyA 149/05 y SAGPyA 683/05) “Queda prohibida la rotulación y publicidad de los productos contemplados en el presente Código cuando desde el punto de vista sanitario-bromatológico las mismas sean capaces de suscitar error, engaño o confusión en el consumidor.”

<sup>7</sup> Que establecen, también respectivamente: “2- Toda publicidad o propaganda de productos alimenticios no deberá:... 2.9 Incluir frases y/o mensajes que:... e) Tiendan a enmascarar las propiedades específicas del producto... k) Utilicen vocablos, signos, denominaciones, símbolos, emblemas, ilustraciones u otras representaciones gráficas que tornen falsa, incorrecta y/o insuficiente a dicha información, o que puedan inducir a equívoco, error, confusión o engaño al consumidor en relación con la verdadera naturaleza, composición, procedencia, tipo, calidad, cantidad, duración, rendimiento o forma de uso del alimento.”

<sup>8</sup> Como aquella publicidad que alude, explícita o implícitamente, a un competidor o a su marca o a los productos o servicios ofrecidos por él.

- a) No deberá inducir a error, engaño o confusión entre el anunciante y un competidor o entre los bienes del anunciante y los de algún competidor.
- b) Deberá comparar bienes que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad.
- c) La comparación se deberá realizar en forma objetiva, entre una o más características esenciales, pertinentes, representativas y comprobables de dichos bienes (entre las que podrá incluirse el precio).
- d) La finalidad de la publicidad debe ser la de informar al público al cual se dirige sobre las ventajas de los bienes publicitados.
- e) La publicidad no deberá desacreditar ni denigrar los derechos de propiedad intelectual e industrial o circunstancias de algún competidor.
- f) La publicidad no deberá obtener indebidamente ventaja de la reputación de una marca de algún competidor.
- g) No deberá, tampoco, presentar un bien como imitación o réplica de un bien con una marca o un nombre comercial protegidos.
- h) En el supuesto de bienes amparados por una denominación de origen, indicación geográfica o denominación específica, la comparación sólo podrá efectuarse con otros bienes de la misma denominación.

### **c) Prohibición de la publicidad discriminatoria**

La norma del inciso c) del artículo 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación prohíbe – en lo que aquí interesa – la publicidad discriminatoria, a la cual no define.

La emisión de publicidad discriminatoria está asimismo prohibida por el inciso i) del artículo 81 de la ley 26.522, de Servicios de Comunicación Audiovisual, que establece – en lo que es materia de este punto – que: “i) Los avisos publicitarios no importarán discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio-económicos o nacionalidad, entre otros; no menoscabarán la dignidad humana, no ofenderán convicciones morales o religiosas...”<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Con invocación del artículo 81, inciso i) de la ley 26.522, la justicia federal en lo Civil y Comercial dictó, en octubre de 2018, una medida cautelar que ordenó en el cese de la campaña publicitaria de Burger King denominada Colorados, destacando en el fallo que: “Por su parte, el art. 81 de la ley 26.522, que regula a emisión de publicidad, establece en su inciso i, que los avisos publicitarios no importarán discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio económicos o nacionalidad, entre otros, no menoscabarán la dignidad humana, no ofenderán convicciones morales o religiosas, no inducirán a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes. En el caso, el contenido de la publicidad aludida resulta contrario a la previsión contenida en la norma, en tanto basa la promoción ofrecida en las características físicas de las personas y la vincula a situaciones de burla que tornan razonable la afectación mencionada en el escrito de inicio.” (JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL Nº 4, 9 de octubre de 2018, en autos “Arregger, Matías Daniel c/ Fast Food Sudamericana S.A. s/Amparo”).

La Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, N° 26.485, prohíbe también, con referencia al género femenino, la publicidad discriminatoria.

La norma, en su artículo 4º , segundo párrafo, considera violencia indirecta, a los efectos de la ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

Y en su artículo 5º define como un tipo de violencia contra la mujer, a la violencia simbólica, que define como aquella que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> A raíz de un comercial de la cerveza “Brahma Lime”, emitido brevemente en enero de 2020, que provocó encendidas críticas en la redes sociales y que Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G., luego de efectuar una poco convincente defensa decidió casi de inmediato dejar de emitir, pidiendo disculpas al público, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación habló precisamente de “violencia simbólica”, en los siguientes términos: “En estos días surgió un debate a raíz de una publicidad. Algunas personas se enojaron, otras se preocuparon y a otras no les pareció para tanto. Queremos usar esta excusa para charlar sobre la violencia simbólica, estereotipos y consumos que nos llevan a naturalizar conductas”, escribió el área conducida por Elizabeth Gómez Alcorta en su cuenta de Twitter.

El guion del comercial cuestionado era el siguiente: “Cerveza. Nos gusta a todos. Pero a vos, te parece amarga. Y te sentís afuera, tomando traguitos de colores. No desesperes. Este verano te trae Brahma Lime: una Brahma con un toque de Lima, menos amarga”, dice una voz en *off* mientras se ve a una joven en traje de baño tomando un “traguito de colores”, rodeada de chicos y chicas – también jóvenes - que toman cerveza Brahma en una playa. Seguidamente una de esas jóvenes le saca el “traguito” a la protagonista del comercial e inmediatamente varios jóvenes la toman de los brazos para “arrastrarla” hacia el mar, contra su voluntad, donde la espera un hombre, notoriamente mayor que ella y que el resto del grupo de jóvenes. “¡Vamos mi reina, ya es hora de que tengas tu bautismo birrero!”, dice ahora la voz en *off*, al tiempo que el hombre mayor que está en el mar toma de la cintura a la joven del “traguito de colores” y la sumerge – no sin cierta violencia - bajo el agua, mientras la fuerza a tomar, en el acto de la inmersión, un sorbo de la cerveza. Una vez salida del agua, la joven “bautizada” emite un gemido que expresa su placer, presumiblemente por haber probado la Brahma Lime y es recibida por sus amigos en la playa con claros gestos de algarabía y aprobación. Cierra el comercial con tomas de los jóvenes bailando, mientras la joven protagonista del spot sostiene en sus manos una lata de la nueva bebida.

El comercial puede ser interpretado, como se lo hizo en el blog de “Mujeres que no fueron tapa” (<http://www.mujeresquenofuerontapa.com/la-cerveza-nos-gusta-a-todos/>) como usando “... el viejo recurso de hacernos sentir unas nenas bobas para vendernos cosas... Y sigue, no alcanza con decirte que sos una tonta que no sabe divertirse por tomar juguitos de colores, y no tomar cerveza. No alcanza con mostrarte cómo una nena que “todavía” no se convirtió en mujer, que no sabe lo que le gusta, sino que para “convencerte” de que “te guste lo que les gusta a todos” te fuerzan, sos empujada y obligada a atravesar el rito de iniciación a “probar” lo que “cuando probas te gusta” ...”

La norma del artículo 6º de la ley 26.485 entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos.

Queda especialmente comprendida en la norma – entre otras modalidades que enuncia el mencionado artículo 6º - la “Violencia mediática contra las mujeres”, a la que define como aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

**d) Prohibición de la publicidad que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad**

La norma del inciso c) del artículo 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación prohíbe – en lo que aquí interesa – la publicidad que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

El inciso i) del artículo 81 de la ley 26.522, de Servicios de Comunicación Audiovisual, en la misma línea, establece que la publicidad no debe inducir a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes.

**e) Prohibición de la publicidad abusiva**

La norma del inciso c) del artículo 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación prohíbe – en lo que aquí interesa – la publicidad abusiva, a la que no define.

Se ha caracterizado a la publicidad abusiva como aquella que se basa e insiste en emociones, motivaciones y sugerencias directas, apela al vértigo y a la discriminación, a los miedos, creencias, genera o exacerba ansiedades, directamente o a través de mecanismos subliminales.<sup>11</sup>

En el derecho comparado, el Código de Derecho del Consumidor de Brasil, en su artículo 37, párrafo 2º, establece que es abusiva, entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, la que incite a la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la deficiencia de juzgamiento y experiencia

---

<sup>11</sup> Cfr. Pérez Bustamante, Laura, “Derecho Social del Consumo”, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 403.

del niño, no respete los valores ambientales, o que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

En España, la Ley General de Publicidad 34/1988, en su artículo 3, inciso a), la caracteriza como “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus arts. 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.”

La doctrina en Argentina ha considerado que la publicidad abusiva vulnera principalmente el derecho al trato digno y equitativo del consumidor, garantizado por el artículo 42 de la Constitución Nacional, el artículo 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, los arts. 1097 y 1098 del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>12</sup> y el conjunto de derechos, principios y valores reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional conforme el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.<sup>13</sup>

#### **f) Remedios legales contra la publicidad prohibida**

Nuestra legislación prevé diversos remedios legales para procurar el cese de la difusión de la publicidad prohibida, sancionar a quienes la lleven a cabo y resarcir los daños provocados por su difusión a competidores o a consumidores.

Algunos de ellos son:

(a) La acción judicial prevista en el artículo 1102 del del Código Civil y Comercial de la Nación, que

---

<sup>12</sup> Artículo 1097.- Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

Artículo 1098.- Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.

<sup>13</sup> Cfr. Barocelli, Sebastián, “La regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho del Consumidor – Número 1 – Noviembre 2016, IJ Editores, 30/11/2016.

mencionara al comienzo de este trabajo, que permite solicitar la cesación de la publicidad ilícita y la publicación de los anuncios rectificatorios.

(b) Las acciones judiciales del artículo 61 del decreto 274/2019, que habilitan a solicitar el cese de la publicidad o su prohibición, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal (que puede incluir la publicación de la sentencia) y el dictado de medidas cautelares.

(c) La acción de amparo, que requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

(d) La acción judicial preventiva del artículo 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación – aunque, tratándose de publicidad, se me antoja demasiado similar a la censura previa, prohibida por nuestra Constitución Nacional.

(e) La presentación de denuncias ante autoridades de aplicación del régimen de Lealtad Comercial (decreto 274/2019), que prevé la posibilidad de que en sede administrativa se decrete cautelarmente el cese de la conducta en presunta infracción y que, tramitado el sumario administrativo, se sancione al infractor.

(f) La presentación de denuncias ante autoridades de aplicación de la ley de Defensa del Consumidor, que asimismo prevé la posibilidad de que en sede administrativa se decrete cautelarmente el cese de la conducta en presunta infracción y que, tramitado el sumario administrativo, se sancione al infractor.

(g) La presentación de denuncias ante la autoridad de aplicación de la ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, cuando la publicidad se emita en uno o más medios audiovisuales.

(h) La presentación de denuncias ante la ANMAT | INAL, cuando se trate de publicidad de medicamentos, suplementos dietarios, domisanitarios u otros productos “médicos” o de alimentos o bebidas.

(i) La presentación de denuncias ante el INADI, cuando se trate de publicidad discriminatoria.

La enumeración precedente no es exhaustiva y la elección de la acción o denuncia adecuada dependerá - como nos gusta decir a los abogados – “de las circunstancias del caso.”

**Buenos Aires, 16 de abril de 2020.**