

LA INTEGRACIÓN DE LA PUBLICIDAD EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO



Rodrigo Antonio Gómez Rodríguez
Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología,
Panamá
rgomezr@yahoo.es

Fecha de recepción: 12/02/2018

Fecha de revisión: 20/02/2018

Fecha de aceptación: 01/04/2018

RESUMEN

Los consumidores son víctimas de muchas irregularidades y malas prácticas que los agentes económicos incurren para vender sus productos. Y una de ellas es la publicidad, la cual debe estar fundada en los principios de veracidad, y no inducir a engaños. En el presente trabajo tratamos de exponer este principio fundamental que juega un papel importante al momento de la formación del consentimiento y otras normativas que regulan todo lo concerniente a la integración de la publicidad en los contratos de consumo.

Palabras clave: Publicidad, oferta, promoción, principio de veracidad, engaño.

THE INTEGRATION OF ADVERTISING IN CONSUMER CONTRACTS

ABSTRACT

Consumers are victims of many irregularities and bad practices that economic agents incur to sell their products. And one of them is advertising, which should be based on the principles of truthfulness, and not induce cheating. In the present work we try to expose this fundamental principle that plays an important role at the time of the formation of consent and other regulations that regulate everything concerning the integration of advertising in consumer contracts.

Keywords: Advertising, offer, promotion, principle of truthfulness, deception

I. INTRODUCCIÓN

La publicidad juega un papel esencial en la formación del consentimiento del consumidor, consentimiento que no deber contener ningun elemento de error, toda vez que distorsiona el comportamiento económico de éste, razón por la cual, se hace necesario establecer medidas de protección que garanticen la información correcta sobre los diferentes bienes y servicios que se ofrece en la oferta, promoción y publicidad en el contrato.

Para CORRALES GARCIA (2000) la frustración que el consumidor siente tras comprar que una vez que ha elegido y ha contratado el producto anunciado, su calidad no se corresponde con la que cabria esperar en virtud del contenido del mensaje publicitario que influyó en su decisión de contratar ése y no otro bien o servicio, es lo que se pretende tutelar, a favor del consumidor, a fin de garantizarle sus expectativas.

Frente a este hecho, nuestro legislador contempló en la Ley 45/2007 los derechos del consumidor, en el que podemos distinguir el numeral 2 del artículo 35 que dispone recibir de los proveedores toda la información sobre las características del producto o servicio ofrecido, de manera clara y veraz, para poder tomar una decisión al momento de realizar la adquisición del producto o servicio, así como para efectuar el uso o consumo adecuado de éste, de conformidad con las leyes nacionales.

Sin embargo, si nos adentramos un poco más en la Ley 45/2007 encontramos en los artículos 58 y 59 dos preceptos que son reglas de alcance general, aplicable a cualquier tipo de contrato de consumo, en primer lugar, el principio de veracidad, no en el sentido de que la oferta, promoción, y publicidad deben ser objetivos e imparciales, como si respondieran a una política de información y educación del público, sino que no pueden ser engañosos y llevar a error al particular, y en segundo lugar, el principio de buena fe, que contempla nuestro Código Civil, en materia de contratos, y que impone a cada contratante que cumpla lo pactado. De estas dos premisas se desprende que el contrato queda completamente integrado con lo que el consumidor ha confiado por razón de la oferta, promoción y publicidad.

Nos referimos a que a pesar que estas disposiciones legales arriba descritas no son explícitas o claras en su redacción, en ellas se desprende que las afirmaciones publicitarias integran el contenido contractual y vinculan al empresario o profesional.

En otras palabras, estos dos preceptos, es el remedio para la represión de la publicidad engañosa, o más en general, para la afirmación del principio de veracidad.

Para García (2009) la integración de las declaraciones publicitarias en el contenido contractual, con independencia del modo en que se manifiesten (oferta, promoción y publicidad), significa que son exigible por el consumidor, aunque no se mencionen específicamente en el contrato celebrado; y tiene como principal propósito defender las expectativas del consumidor que se ha visto afectado por la publicidad engañosa.

II. FUNDAMENTO DE LA INTEGRACIÓN

El fundamento último de la integración del contrato mediante la publicidad no se encuentra en la intención presunta o tácita de las partes, sino en exigencias objetivas del ordenamiento jurídico, que impone esa integración contractual <<cumplir lo ofrecido en los términos contenidos en el aviso publicitario>> incluso en contra de la voluntad de una de las partes.

Es decir, que en el artículo 58 de la Ley 45/2007 y en el artículo 1109 del Código Civil, del que es derivación, refleja una axiología que va más allá de una concepción documentalista [las partes sólo están obligadas por el documento contractual], o voluntarista [las partes sólo están obligadas por aquello a que voluntariamente quisieron vincularse aunque no quedase plasmado] del contrato, de manera que éste obliga no sólo lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias, queridas o no, que se deriven la naturaleza del contrato, las prestaciones propias de los bienes o servicios objeto del mismo y las condiciones jurídica o económicas y garantías anunciadas en la oferta o publicidad, de acuerdo con la buena fe objetiva. (Camara, 2011)

En este sentido la incorporación de la publicidad al contrato no exige que ésta sea considerada como una oferta, pues la inserción de las declaraciones publicitarias en el programa contractual se produce, por imperativo legal, incluso aunque el empresario no tuviera voluntad de vincularse y hubiese realizado, por tanto, esas declaraciones [que no reproduce en el contrato] con ánimo de atraer clientes pero sin los requisitos propios de la oferta; la protección de las legítimas expectativas basadas en la confianza generada con las declaraciones publicitarias es el fin último tutelado por el artículo 58 de la ley 45/2007, de acuerdo con la exigencias de la buena fe objetiva en el ejercicio de los derechos subjetivos, establecida en el artículo 1109 del Código Civil.

III. PRINCIPIO DE VERACIDAD DE LA OFERTA, PROMOCIÓN Y PUBLICIDAD

El principio de publicidad, constituye el elemento clave en la reprobación de la publicidad engañosa. Es a partir de él, de su exigencia, de donde surge el concepto de engaño o inducción de error. Este criterio nos permite dilucidar cuando una oferta, promoción y publicidad, no respeta la verdad, y deforma la realidad de las cosas, convirtiéndose de este modo en uno de los principios más importantes de la publicidad.

En el contexto de la Ley 45/2007, este principio de veracidad regulado en el artículo 58 se conecta directamente con el denominado <<derecho de los consumidores>> que se encuentra estipulado en el artículo 35, numeral 2, que señala lo siguiente: “*Recibir de los proveedores toda la información sobre las características del producto o servicio ofrecido, de manera clara y veraz, para poder tomar una decisión al momento de realizar la adquisición del producto o servicio...*”. Por eso, el desajuste de la oferta, promoción, y publicidad con la naturaleza,

característica, utilidad o finalidad de los bienes o servicios supondrá infracción de los citados preceptos y, por consiguiente, generarán las consecuencias administrativas que tenga la infracción “...los consumidores afectados por publicidad engañosa tendrán derecho a resolver el contrato de venta, cada parte devolviéndolo que hubiera recibido.” (art. 58 de la Ley 45/2007).

No obstante, este desajuste de la oferta no sólo tiene como consecuencia jurídica la que se refiere el artículo 58 de la Ley 45/2007 por cuanto que una declaración no veraz sobre un bien o servicio vinculará al empresario por las características anunciadas, sino que el desajuste de la oferta o publicidad puede producirse por silencio, ocultación u omisión en la propia oferta o publicidad; también la omisión de información precontractual relevante tiene, por tanto, su sanción.

A respecto en la Sentencia de 2 de febrero de 2009 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo (caso United Cars, S.A.) concluyó que la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios se infringe evidentemente el principio de veracidad del artículo 58 de la norma de protección al consumidor, máxime cuando la publicidad contiene restricciones las cuales deben mostrarse de manera ininterrumpida, de igual forma, tiene que indicarse el periodo de vigencia o duración de la promoción, toda vez que es una información referida que tiene que estar de forma clara y veraz, para que no pueda inducir a error al consumidor.¹

Tengamos presente que si alguien perjudica de un modo especial el engaño publicitario es al consumidor o usuario sobre todo desde una perspectiva económica, cosa que no excluye el posible daño a los competidores-empresarios, aunque con otro carácter. Es el consumidor como destinatario final de la publicidad, el que ocupa una posición más débil en el mercado. Por lo tanto, habrá que garantizar sus intereses económicos, pero sin perjudicar la libre oferta y demanda (libertad comercial).

IV. INTEGRACION DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO

En el artículo 38 de la Ley 45/2007 encontramos el fundamento legal de la vinculación de la oferta, promoción y publicidad con el contrato. Al tenor del precitado artículo podemos observar que el legislador lo contempló en su cuerpo legal estableciendo: *“Toda información, publicidad u oferta al público, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación,*

¹Véase también la Sentencia de 10 de marzo de 2009 de la Sala Tercera Contenciosa Administrativa donde observamos otro caso de información inexacta y no veraz a la publicada por el agente económico Global

Alliances Group, S.A., el cual fue sancionado por estar promocionando en una feria de vivienda el P.H. Astoria los días 11, 12 y 13 de abril de 2005 unidades departamentales de tres recamaras cuando el proyecto que presentó para su aprobación en la Dirección de Obras y Construcciones Municipales contemplaba apartamento de una sola recámara. La demandante alegó que no incurrió en publicidad engañosa porque en la cláusula segunda del contrato de promesa de compraventa contemplaba la posibilidad de presentar modificaciones o alteraciones al proyecto. La Sala advierte que el agente económico no ajustó la publicidad mercadeada para la venta del Edificio Astoria, induciendo a error o confusión a los interesados en adquirir un apartamento en el P.H. Astoria, por lo que no se ciñó a las normas de veracidad en la publicidad que establece la Ley sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

en relación con los bienes ofrecidos o servicios a prestar, vincula al proveedor que solicite, autorice o pague la difusión correspondiente. Dicha información formará parte del contrato de venta que se celebre entre el proveedor y el consumidor.”

Ahora bien, de las líneas anteriores surge una interrogante, y es que ¿toda información, publicidad u oferta, es vinculante o no, y ésta debe integrarse al contrato o es una mera publicidad?

Ante esta situación, primeramente, debemos aclarar si los tres términos “oferta, promoción y publicidad” tienen un sentido técnico propio y autónomo o si suponen una suerte de reiteración generalizada del lenguaje jurídico. Pareciera que el legislador no emplea con ánimo de rigor técnico distintivo los apelativos promoción y publicidad.

Sin embargo, la distinción entre publicidad y oferta sí es relevante desde un punto de vista técnico jurídico y ayuda a comprender el auténtico alcance del artículo 38 de la Ley 45/2007, aunque el legislador, a los efectos de la integración contractual las equipare. La oferta supone una declaración de voluntad que propone la celebración inmediata de un contrato en los términos esenciales de éste que se recoge en aquélla, de forma que la aceptación del destinatario vincula al oferente y perfecciona el contrato. Por su parte, la publicidad, supondrá una forma de comunicación realizada por una persona en el ejercicio de su actividad empresarial para promover de forma directa o indirecta la contratación (Camara, 2011)

Es decir, que la publicidad puede contener o no información; si la contiene, puede comprender todos los elementos esenciales del contrato, que se recoge en el artículo 1112 del Código Civil², y siendo así, merecería en este caso el calificativo de oferta publicitaria, o bien puede develar solo alguno de esos elementos esenciales u otras informaciones sobre elementos accesorios.

Por su parte haciendo una comparación con el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007-TRLGDCU), de España, en ella encontramos la previsión de la integración de la publicidad en el contrato en el artículo 61, que señala “que la oferta, promoción, y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, característica, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación” y más adelante dispone también que “*serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tener en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato*”.

²Véase el artículo 1112 del Código Civil que señala: No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes; 2. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca.

Entiéndase como principio de conformidad en la venta de bienes de consumo como la obligación que tiene la persona del vendedor a entregar al consumidor un producto que sea conforme al contrato de compraventa y a responder de cualquiera falta de conformidad que pueda darse tras el momento de entrega del producto. Y esto es que no se cumple sólo entregando puntualmente lo pactado, sino que, además, lo entregado debe reunir las condiciones que ordinariamente le son propias. (Gómez, 2014)

Por consiguiente, en España, la oferta, publicitaria o no, que vaya dirigida al público en general o a cierto grupo de personas ya resultaría vinculante para el oferente conforme a los principios de formación del contrato del Código Civil Español; en cambio la mera publicidad, al no alcanzar el rango de oferta, no vincularía al anunciante conforme a la dogmática tradicional. Empero, este no es el caso que nos ocupa, toda vez que en esta materia rige el principio *pro consumatore*.

Por su parte, el TRLGDCU y la jurisprudencia española, el consumidor puede exigir la integración en el contrato de toda declaración publicitaria con genuino contenido informativo, aunque no alcance la categoría de oferta, por no contener todos los elementos esenciales del contrato o por excluir la voluntad de contratar a través de esas manifestaciones, puesto que dicha información, incluso parcial, ha generado expectativas concretas en el consumidor, a cuya satisfacción contractual tiene derecho por imperativo legal. (Camara, 2011) El contenido informativo exigible puede derivarse incluso, indirectamente, de la forma de presentación de la publicidad.

Así, por ejemplo, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado en reiterados fallos haciendo cumplir la Ley y preservando el interés superior del consumidor, como la Sentencia de 27 de noviembre de 2013 donde sanciona al agente económico YMCA SCHOLL PANAMA por no haber cumplido con lo plasmado en los afiches y vallas publicitarias; Sentencia de 19 de junio de 2007, donde se sanciona a la empresa Cerro Lindo S.A., por incurrir en publicidad engañosa al promocionar el proyecto residencial, y en consecuencia, infringir normas de protección al consumidor.

V. ACCIONES EJERCITABLES POR EL CONSUMIDOR

En el artículo 59 de la Ley 45/2007 no establece con claridad las acciones que puedan emprender el consumidor para obtener la integración del contrato, sino tan sólo expresa que “todo anunciante está obligado a cumplir lo ofrecido en los términos contenidos en el aviso publicitario” por él. Ante esta afirmación sucinta de la norma surgen dos dudas, primero a que acciones alude este precepto (art. 59 de la Ley 45/2007), y cuáles no; y, en segunda, cual es el régimen de compatibilidad de las acciones derivadas del art. 59 con las acciones estatuidas por otros preceptos.

En cuanto a lo primero, es claro que al declarar exigible los citados contenidos, el art. 59 da lugar a la integración del contrato con ellos, de manera que la negativa del empresario

a cumplir lo que se considera ex lege como parte del contenido contractual da lugar a un incumplimiento contractual y, por ende, el consumidor tendrá a su disposición los remedios contractuales generales para este caso: la acción de cumplimiento, la resolución contractual y, en su caso, la indemnización por daños y perjuicios.

En cuanto a lo segundo, la compatibilidad de las acciones por responsabilidad contractual derivada del artículo 59 de la Ley 45/2007 con estas otras acciones garantizadas por otros preceptos, cabe distinguir entre aquellas que el consumidor puede ejercitar a su elección, una u otra o subsidiariamente, pero no de forma cumulativa (anulabilidad por error o dolo), de las que son incompatibles con la exigencias de responsabilidad contractual (indemnización por culpa in contrahendo, si no se celebró el contrato), de las que son plenamente compatibles, por el interés distinto perseguido en lo penal o administrativo si fuere el caso para sancionar la publicidad ilícita.

Frente a esta situación en España, existen diversos ejemplos en la jurisprudencia en los que los consumidores actores optaron por anular el contrato por erro, en lugar de solicitar su integración, prosperando la reclamación de concurrir todos los requisitos, Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de abril de 2005; ocultación de que ya no se fabrica la cocina comprada, Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de noviembre de 1993 y una sentencia muy peculiar en donde el dolo se alegaba para obtener la nulidad del contrato pero la sentencia declara probada la actuación dolosa pero sin alcance anulatorio, sino tan sólo para graduar los efectos de la responsabilidad contractual, Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 17 de febrero de 1992. (Camara, 2011)

VI. CONCLUSIONES FINALES

Debemos tener presente que la publicidad susceptible de incorporación al contrato debe tener genuino contenido informativo, que es la única que puede generar expectativas concretas en el consumidor. Es decir, que no lo serán aquellas declaraciones publicitarias de contenido puramente sugestivo. García (2014) señala que para delimitar unas y otras habrá que atender al contenido y significado de las declaraciones publicitarias, que deberán referirse a las cualidades de la prestación o a las condiciones jurídicas o económicas del contrato, sin que sea imprescindible que estén plenamente determinadas. (Morales, 1999)

También es indiferente que el mensaje publicitario pueda considerarse como oferta de contrato (*ad incertam personam*) o como invitación a formular oferta (*invitatio ad offerendum*) o simple promoción. Esta indiferencia, aunque no explícita la vemos en el artículo 58, y serán, por consiguiente, exigibles su cumplimiento, entre otras, en etiquetas, anuncios, lista de precio, folletos o carteles.

De igual forma, el efecto de la integración o fuerza vinculante sólo se produce en el caso de que el contrato se celebre y no es necesario que exista una laguna sobre este asunto. Es más, en ocasiones el problema será de prevalencia entre el contenido contractual y las declaraciones publicitarias con un contenido distinto. Tampoco es necesario que se haya generado una confianza previa, puesto que la regla sigue en vigor, aunque el consumidor desconociera la publicidad antes de celebrar el contrato; propiamente se entiende a la situación típica de confianza. (García, 2009)

La regla general es la irrelevancia de las modificaciones sobrevenidas de la publicidad, de modo que la vinculación se establecerá sobre las declaraciones primeramente formuladas.

La confianza generada en el consumidor no puede destruirse así no más por la conducta contradictoria del empresario o del anunciante cuando es un tercero. Este es un problema aún más difícil, que en otro momento abordaremos, pero que no deja de ser interesante el régimen jurídico de la responsabilidad y del alcance que deberá aproximarse a la satisfacción del interés contractual del consumidor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cámara Lapuente, Sergio. (2011) “Contratos con los Consumidores y Usuarios”, Comentario a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007 y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea. Director Sergio Cámara Lapuente. Colex.
- Corrales García, E. (2000) “La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad” Actualidad Civil, La Ley, número 38.
- García Vicente, JR. (2009) “Contratos con los Consumidores y Usuarios”, Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), Coordinador Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Aranzadi Thomson Reuters.
- Gómez Rodríguez, Rodrigo Antonio. (2014) “El principio de conformidad en la venta de bienes de consumo”, Reflexiones de Derecho Privado Patrimonial, Universidad de Salamanca, directores María José Vaquero Pinto y Alfredo Ávila de la Torre, Ratio Legis, Volumen IV.
- Morales Moreno, Antonio Manuel (1999) “Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de Directiva), ADC.

LEYES

Ley 2 de 22 de agosto de 1916

Ley 29 de 1 de febrero de 1996

Ley 45 de 31 de octubre de 2007

Real Decreto Legislativo de 1/2007 de 16 de noviembre

SENTENCIAS DE LA SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sentencia de 19 de junio de 2007 (Caso Cerro Lindo S.A.).

Sentencia de 2 de febrero de 2009 (Caso United Cars, S.A.).

Sentencia de 10 de marzo de 2009 (Caso Global Alliances Group, S.A.).

Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Caso YMCA SCHOLL PANAMA)

SENTENCIAS EXTRANJERAS

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 17 de febrero de 1992.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de noviembre de 1993.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de abril de 2005.