

EFFECTOS DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA SOBRE LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

Fernando GARCÍA SAIS

RESUMEN: El mercado se caracteriza por la utilización de la publicidad para acercar al consumidor con los proveedores, y en cierta forma la actividad publicitaria determina el consumo con la información que provee. El autor sostiene que esto puede ser fundamental para que el consumidor otorgue su consentimiento para celebrar un contrato con un proveedor, y por lo tanto en los casos en que la “publicidad engañosa” sea determinante para el consentimiento del consumidor, estos contratos adolecen de nulidad relativa.

ABSTRACT: Publicity is used in markets to bring together consumers and producers, and sometimes, it is publicity itself that solely determines the consumption of certain goods due to its information. The author sustains that occasionally, it is determinant of the will of a consumer in entering into a contract with a producer, and that therefore, whenever “false publicity” determines the consent of the consumer, such contracts are void.

El mercado se caracteriza por la utilización de instrumentos para aproximar a los consumidores los productos o servicios ofertados por los empresarios. Esos instrumentos pueden quedar acogidos dentro del concepto “publicidad”. La publicidad es un modo de promoción a través de la cual el consumidor conoce, se motiva y decide sobre bienes y servicios existentes en el mercado. Como resultado de la actividad publicitaria, el consumidor determina su consumo con la información contenida en el mensaje publicitario, por lo que dicha información desempeña un papel fundamental en el otorgamiento de su consentimiento contractual.

Los actos jurídicos celebrados con consumidores se regulan, como acto jurídico civil, por la legislación civil. Además, las relaciones proveedor-consumidor encuentran una especial regulación en la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC). El denominado “derecho del consumo”, al ser una rama del derecho civil, obliga a que la LFPC sea interpretada a la luz de la legislación civil y, por su parte, los preceptos del Código Civil Federal (CCF)¹ pueden y deben integrarse a los avances alcanzados en el derecho del consumo. Esta tarea es debida no sólo para los juristas sino también para los juzgadores.

Sentadas las bases anteriores, debemos concienciar sobre la importancia jurídica de regular las actividades de divulgación de los productos y servicios. A nadie sorprende ni extraña que los intereses de los consumidores y proveedores no sean coincidentes: los proveedores dominantes fijan las reglas del mercado, concluyendo este sistema en un sometimiento del consumidor a las reglas establecidas por los más poderosos.

Pero ¿un contrato celebrado entre un proveedor y un consumidor puede ser objeto de un análisis que surja a partir del discurso civilista que incorpore principios del derecho del consumo? Es decir, si un consumidor interpone una demanda civil de nulidad de contrato por estimarlo precedido por publicidad engañosa, ¿debe el juez abordar el estudio de los efectos de los contratos celebrados con consumidores a la

¹ Hemos elegido, por uniformidad de criterio, el Código Civil Federal (Decreto de 29 de mayo de 2000).

luz de la regulación del CCF, pero basándose en la regulación de la publicidad engañosa, tal y como se concibe en la LFPC? En su caso, ¿cómo debe hacerlo?

El artículo 1o. de la LFPC establece que la misma es de interés público.² Esto, *prima facie*, nos conduce a estimar que los actos celebrados en contradicción a dicha ley son nulos. En la fracción VII del mismo numeral, se mencionan como principios básicos en las relaciones de consumo la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.³ En consecuencia, aquellos actos jurídicos que los proveedores hayan realizado en contravención de lo prescrito en el artículo 1o. de la LFPC adolecen de nulidad, pues los actos ejecutados contra el tenor de leyes de interés público son nulos, como se señala en el artículo 8o. del CCF.

Ahora bien, esta nulidad que tiene origen en la trasgresión al interés público tutelado por la LFPC, y en atención a que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público (1830, CCF), puede ser una nulidad absoluta o nulidad relativa. Para determinar ante qué tipo de nulidad nos encontramos en el caso de publicidad engañosa que trascienda en la celebración de contratos con consumidores, debemos definir a la publicidad engañosa, y ver las consecuencias legales que el orden jurídico le señala, sobre todo los efectos previstos en los artículos 2226 y 2227 del CCF.

¿Qué debemos entender por “publicidad engañosa”? La LFPC no aporta definición legal de la misma, sino que se limita a decir (artículo 32) que la información o publicidad debe ser veraz, comprobable y exenta de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión, por inexactitud.

² Sin embargo, en México no pocas leyes se declaran ser de “interés público”, por lo que hay que matizar e interpretar debidamente el ordenamiento jurídico.

³ El análisis y aproximación de este precepto se limita por el objeto de este ensayo a lo relativo a la *protección contra la publicidad engañosa*. El resto de los temas merece un tratamiento individual que por su extensión e importancia dejamos a un lado en esta ocasión.

Ante la laguna del derecho mexicano, y siendo indispensable, pues, saber qué cosa es la publicidad engañosa,⁴ en el derecho comparado encontramos el artículo 2.2 de la Directiva 84/450 de la Comunidad Económica Europea sobre Publicidad Engañosa (de 10 septiembre de 1984) la cual entiende por aquélla “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”.

En España, la Ley General de la Publicidad (34/1988, de 11 de noviembre), en adaptación⁵ del texto de la Directiva 84/450 dice:

Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.

La ley española contiene prácticamente y para nuestros propósitos una copia fiel de la Directiva 84/450.⁶

No pretendemos, *hic et nunc*, agotar el estudio ni del artículo 2.2 de la directiva europea ni de la Ley General de la Publicidad (LGP) española. Nuestra meta se limita a observar las características y elementos que nos proporcionen ideas sobre un concepto aplicable de “publicidad engañosa”,⁷ y que sea suficiente, al menos teóricamente, para colmar la laguna del derecho mexicano.

⁴ Para colmar esta laguna, nos remitimos a la Ley General de Salud y sus reglamentos, en especial el Reglamento en Materia Publicitaria y no hemos encontrado definición legal del concepto en cuestión.

⁵ Dicha adaptación es a consecuencia de la adhesión de España a las Comunidades Europeas y el consecuente compromiso de armonización.

⁶ En ambos ordenamientos se prevé una modalidad de *publicidad engañosa* que no tenemos prevista expresamente en la LFPC, se trata de la *publicidad engañosa por omisión*; *i.e.*, la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios (artículo 4, LGP, *in fine*), respecto de la cual no vemos problema alguno para considerarla implícita en el sistema jurídico mexicano.

⁷ Conforme a la definición ofrecida por el artículo 4 de la Ley General de la Publicidad española y por la directiva europea, serán afectados por la publicidad engañosa tanto los destinatarios de

De acuerdo con la doctrina europea mayoritaria, la finalidad tanto de la LGP como de la Directiva 34/1988 es la de someter las expresiones publicitarias al *test* de veracidad. Si tales expresiones poseen carácter informativo, son concretas y comprobables, se podrían establecer pautas objetivas que permitieran determinar su exactitud o inexactitud, y por lo tanto determinar el grado de vulneración del principio de veracidad.⁸

Quedan al margen del principio de veracidad, las expresiones triviales y de carácter general a través de las cuales se “ensalza” de forma general el producto o servicio, pues no contienen carácter informativo comprobable y son percibidas por el consumidor medio como una forma de llamar la atención. No son pues idóneas para inducir a error. De igual manera, los llamados juicios estimativos o apreciaciones subjetivas del anunciante, que consisten en meras opiniones del anunciante que no pueden ser comprobadas. Dentro de este grupo pueden incluirse las expresiones publicitarias que contienen juicios estéticos (“el automóvil más hermoso del mundo”); y las expresiones publicitarias de gusto personal (“la mejor cerveza”). Todas éstas carecen de base comprobable objetivamente. Finalmente, la llamada “exageración publicitaria”,⁹ técnica por demás habitual en el mundo publicitario, queda fuera de los supuestos de publicidad engañosa, y que parecen encuadrar dentro del llamado *dolos bonus*.

Los criterios para distinguir una publicidad que induzca a error debe comprender la valoración de elementos como la entidad y características de la empresa, su posición en el mercado, el valor de la información para la competencia, las características de los productos, el medio de difusión empleado. La jurisprudencia española ha seguido la línea de los tribunales alemanes, y ha destacado el siguiente criterio: para determinar el sentido y efecto de un anuncio, no deben emplearse exclusivamente criterios gramaticales o filológicos. De este modo, el anuncio induce a

la publicidad como aquellos que sin serlo puedan sufrir un perjuicio, como consecuencia de la actuación fraudulenta: me refiero a los empresarios competidores. Como este análisis rebasa los propósitos de nuestro ensayo, lo dejaremos a los expertos en derecho de la competencia.

⁸ Con dicho principio se pretende la protección del consumidor medio a través de acudir a un criterio objetivo-subjetivo, por medio del cual se logre determinar el grado de idoneidad para inducir a error.

⁹ La doctrina mercantil española parte de la definición ofrecida por la jurisprudencia alemana, en virtud de la cual la exageración publicitaria se conceptúa como “un elogio de tono altisonante carente de fundamento objetivo que el público no toma en serio ni al pie de la letra”.

error si la mayoría de los consumidores entienden la alegación en sentido distinto al gramatical. El anuncio debe ser imputado al empresario anunciante tal y como lo interprete el público destinatario del anuncio, acudiendo al criterio del consumidor medio.

En México, sobre la base del discurso civilista, los contratos celebrados con consumidores adquieren una importancia fundamental. La aplicación de la teoría general de las obligaciones se convierte en una herramienta indispensable para salvaguardar los derechos de los consumidores. Asimismo, la importación de principios y conceptos del derecho del consumo hacia la teoría de las obligaciones nos lleva a concluir, aunado a la posibilidad ratificatoria a favor del consumidor reconocida en el artículo 42 de la LFPC,¹⁰ que existe un vínculo indisoluble entre la publicidad engañosa generada en el consumir y el error en que éste se encontraba al momento de contratar, ya que el error de hecho, vicio de la voluntad procedente del dolo, invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad (artículo 1813, CCF), por lo cual, en los casos de publicidad engañosa que hayan trascendido a la celebración de un contrato con consumidores, estamos frente a contratos que adolecen de nulidad relativa (artículo 2227, CCF).

Una recta interpretación, integral y sistemática, del sistema jurídico (CCF y LFPC) conducirá al juez a la aplicación de los artículos 1813, 1823 y 2227 del CCF, cuando se materialice la publicidad engañosa concebida de manera primigenia en la LFPC. Queda pendiente para el legislador actuar positivamente, colmando las lagunas existentes en la LFPC.

¹⁰ La cual establece que el proveedor está obligado a entregar el bien o suministrar el servicio de acuerdo con los términos y condiciones ofrecidos o implícitos en la publicidad desplegada, “*salvo convenio en contrario o consentimiento escrito del consumidor*”.