

**XVII JORNADAS Y**

**VII**

**INTERNACIONAL DE  
COMUNICACIONES  
CIENTÍFICAS DE LA**

**FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES  
Y POLÍTICAS - UNNE**

**Compilación:**

**Alba Esther de Bianchetti**

**2021**

**Corrientes - Argentina**



**XVII Jornadas y VII Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad**

de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas-UNNE / Karen Alicia Aiub ... [et al.] ;  
compilación de Alba Esther De Bianchetti.- 1a ed compendiada.- Corrientes :  
Moglia Ediciones, 2021.  
552 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-393-1

1. Comunicación Científica. 2. Derecho. I. Aiub, Karen Alicia. II. De Bianchetti,  
Alba Esther, comp.  
CDD 340.072



ISBN N° 978-987-619-393-1

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

[moglialibros@hotmail.com](mailto:moglialibros@hotmail.com)

[www.mogliaediciones.com](http://www.mogliaediciones.com)

Noviembre de 2021

## EL DOLUS BONUS Y LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Company, Jaime

companyjaime@gmail.com

### Resumen

Con esta producción se intenta formular un aporte teórico, circunscripto a la publicidad como fenómeno pre-contractual, propio de las relaciones jurídicas de mercado, en donde se expone el carácter objetivo de la responsabilidad del anunciante. La objetividad mencionada se estudia bajo la óptica del receptor “medio”, teniendo como norte hermenéutico o de dilucidación a las “expectativas legítimas” creadas en éste último (con sustento normativo en la “confianza” como fuente obligacional), y, así también, a la diversa naturaleza de la relación jurídica (paritaria o de consumo).

### Palabras claves: Mercado, tratativas contractuales, oferta

Se puede entender por “publicidad”, “la actividad destinada a promover un bien, un servicio o una persona; y desde la perspectiva comercial ha sido definida como “la actividad de divulgación de un producto o servicio con el propósito de llegar al consumidor o usuario con finalidad comercial: es una acción de persuasión dirigida al público”<sup>1</sup>. Con respecto a la *información*, este deber tutela no sólo la *autodeterminación* (conf. art. 260, CCyCN), lo cual se corresponde con las características o propiedades de *veraz y adecuada* que debe reunir (art. 42, Const. Nacional) – y en forma más detallada aparecen los caracteres necesarios de certeza, claridad, detalle y gratuidad, conf. art. 4, LDC-, sino que tutela también la *seguridad* y la *dignidad humana* (arts. 51, 52, 1737 y ccs. CCyCN y arts. 5 y 6, LDC). La *publicidad* parecería no requerir ser detallada, so pretexto de superponerse ontológicamente con la información; en cuanto a la *claridad*, considerando las técnicas artísticas que rodean a la misma, tampoco parecería un presupuesto, conclusiones que se derivan de la ontología del instituto, y su función persuasiva.

La publicidad constituye una *declaración unilateral de voluntad* (conf. art. 1800, CCyCN), fuente jurigenética obligacional, en razón de la *situación jurídica de mercado* en la que se encuentra su autor. Su estudio no escapa a lo que la doctrina ha denominado “el paradigma de la sectorización”<sup>2</sup> o *fragmentación contractual*. Nótese que esta declaración de voluntad es vinculante sólo respecto de consumidores en potencia, integrando la *oferta* (conf. arts. 7 y 8, LDC), en tanto que en el marco de las relaciones paritarias, no tendría tal carácter, considerándose una *invitación a ofertar* (conf. art. 973, CCyCN). Así, de celebrarse el contrato de consumo, el contenido publicitario se tendrá por incorporado al reglamento contractual (conf. art. 8, LDC), en tanto que celebrado el negocio jurídico paritario, la publicidad sólo tendría fuerza obligatoria si cumpliera, en el caso, con los requisitos de la oferta (conf. art. 993, *in fine*, CCyCN).

La presencia de *jugadores fuertes* en un mercado imperfecto, justifica la necesidad de la vigencia del *principio protectorio* en las relaciones de consumo, no siendo procedente, en principio, la exorbitancia del derecho de consumo a otras relaciones jurídicas; se podría encontrar alguna excepción en la contratación de empresas oferentes monopólicas u oligopólicas, *circunstancias* negociales que, sumadas a la particular manera de formación del consentimiento (por adhesión), presentan un escenario negocial altamente dominante. Sin perjuicio de lo dicho, *a priori* no se comparten aquí, en principio, las conclusiones de CALDERÓN, sobre la viabilidad de la aplicación exorbitante de las normas de consumo<sup>3</sup>.

Según el *rol* que posean los distintos *participes del mercado*, existe una “*situación jurídica de mercado*”, en correspondencia con la conceptualización que dieran DÍEZ PICAZO y GULLÓN: “la situación jurídica es un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social, que el ordenamiento jurídico valora y regula”<sup>4</sup>, situación ésta en dónde se exhiben las prácticas publicitarias, mereciendo una lectura desde el diálogo de fuentes (en el complejo normativo que envuelve las distintas relaciones jurídicas, se encuentra, v.gr., las disposiciones de la Ley 27.441 de Defensa de la Competencia, del DNU 274/2019 de Lealtad Comercial, de la Ley 22.362 de Marcas y Designaciones, la Ley de Abastecimiento y una larga serie de etcéteras).

### Publicidad engañosa:

El artículo 11, DNU 274/19, reza: “Queda prohibida 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, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

Explica TAJAN DE SAA que “La publicidad engañosa es una infracción de carácter objetiva y formal, es decir, que para su configuración y posterior sanción solo se requiere la simple constatación de la conducta prevista por la norma, sin necesidad de evaluar si hubo intencionalidad por parte del infractor ni tampoco la producción de un daño concreto”<sup>5</sup>, afirmación que desemboca, en la *objetivación* en el caso de la responsabilidad, con bases ciertas en la *apariencia* y en la

<sup>1</sup> Nicolau, N. L., 2015

<sup>2</sup> Sozzo, G., 2020

<sup>3</sup> Calderón, M. R., 2019

<sup>4</sup> Díez-Picazo, L. y Gullón, A., 1998

<sup>5</sup> Tajan De Saa, G., 2019

*confianza*.

Se encuentra así robustecida una primera conclusión consistente en el carácter abstracto de la presencia de algún factor subjetivo de atribución, y por tanto, de la búsqueda de deslinde entre el *dolus bonus* y el *dolus malus*, tendiente a la *imputación* de la publicidad ilícita.

Respecto a la “**publicidad exagerada**”, es decir, aquella que extrema las virtudes o bondades de algún producto o servicio, no siempre caerá en la categoría de publicidad engañosa; será tarea del intérprete dilucidar, no si tal *exageración* se encuentra dentro de la órbita de lo que la doctrina ha denominado *dolo bueno*, o excede la misma, sino, lisa y llanamente, si la misma alcanza a generar error, engaño o confusión en el receptor, respecto del producto o servicio, constituyendo un ilícito, valorado *objetivamente*, y por tanto, sancionable.

Piénsese en el caso de la empresa Red Bull, que fuera condenada en un tribunal de Canadá por haberse considerado engañoso su eslogan “Red bull te da alas”. En verdad esa conducta constituiría una “Publicidad exagerada pero no engañosa”, en tanto, con base en la diligencia debida, la auto-información y la auto-responsabilidad (conf. arts. 9, 961, 991 y ccs., CCyCN), no debería considerarse, salvo casos de personas con capacidad restringida o vicios cognitivos que perturben su discernimiento, que podrían creer, realmente, en este caso que “red bull te da alas”.

#### **Sobre el *Dolus bonus* en la publicidad**

Explicaba BETTI que “el criterio de delimitación entre dolo ilícito (lo que los romanos llamaban *dolus malus*) y picardía lícita (que llamaban *dolus bonus*) se deduce de las ideas dominantes, para una sociedad como la actual, en la práctica común del tráfico. Según este canon han de calificarse como lícitas aquellas sutilezas, exageraciones y malicias que la opinión común tolera como inocuas y naturales en el tráfico, porque todos suelen emplearlas en el género de contratación de que se trate (por ejemplo, todo oferente las utiliza al ponderar sus mercancías) y, de otro lado, todo circunspecto contrayente, conociendo su práctica y guardándose la consideración relativa que puedan merecer. Según la misma regla social aplicada al género de relación de que se trate, debe también juzgarse la trascendencia del simple dolo pasivo, consistente en la reticencia, ya al no desengañar a la parte contraria sobre un error reconocible en que incurre, ya en no suministrarle las aclaraciones debidas cuando se está en el deber de hacerlo<sup>6</sup>”.

En el tema *sub examine*, interesa el *dolo-vicio* (soslayándose el dolo-delictual y el dolo-obligacional<sup>7</sup>), en tanto aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto (conf. art. 271, CCyCN). Esa fisonomía de la conducta dolosa, se condice con el denominado *dolus malus*. Los inconvenientes devienen de la valoración del *dolus bonus*, cuya naturaleza se haya más vinculada a la *culpa*, vista quizás, con independencia de su grado (grave, leve o levisima), pero sí en relación a su modalidad de *impericia* en razón de la profesionalidad del anunciante, conducta que debe ser evaluada a la luz del estándar jurídico del “Buen hombre de negocios” (conf. arts. 59 y 274, LGS).

En los confines entre el *dolus malus* y el *dolus bonus*, parecería de gran valor, en términos analíticos, la noción de “*expectativa*”, la cual necesariamente deberá apoyarse en la noción de “*garantía*”. Siguiendo en este tema a FERRAJOLI, vale traer a colación que “las garantías primarias están implicadas por las expectativas de prestación o de no lesión que constituyen el contenido de todos los derechos subjetivos, y las garantías secundarias están implicadas por las expectativas de sanción o de anulación que constituyen el contenido de la responsabilidad y de la anulabilidad<sup>8</sup>”.

La *expectativa* derivada de la publicidad, sancionable, debe ser susceptible de violar la *confianza* creada (conf. art. 1067); ambos términos se encuentran interrelacionados. Parecería que un método cognoscitivo adecuado, sería la dilucidación de la existencia de *incoherencia* con el “deber de información”.

Para una búsqueda de *parámetros objetivos* de identificación de la infracción a la *confianza* (y por tanto de las expectativas legítimas), coadyuvantes al fortalecimiento de la seguridad jurídica y del principio de previsibilidad en los negocios, es fundamental trabajar sobre la noción de “miembro medio del grupo”<sup>9</sup>; no obstante, pueden existir matices en razón del tipo de destinatario de la publicidad, como se señalara anteriormente. En tal sentido, con lucidez expone CHAMATROPULOS: “tampoco puede dejar de tenerse en cuenta que determinados consumidores hipervulnerables tendrán una mayor predisposición a sufrir el engaño que los denominados “consumidores promedio”. Esto incide lógicamente en la apreciación del carácter engañoso de las publicidades dirigidas a ellos. Así, verbigracia, quien está padeciendo una enfermedad muy grave tiene cierta tendencia a “creer” en las “bondades mágicas” de ciertos productos por más que un consumidor promedio las hubiese rechazado de plano. De igual manera, una persona poco instruida financieramente y con dificultades económicas seguramente no tendrá la lucidez necesaria para advertir el carácter engañoso de publicidades de préstamos de dinero “a la tasa más baja del mercado” o que utilizan expresiones similares<sup>10</sup>”. En el contexto reseñado, puede afirmarse, que si bien la diferenciación de *dolus malus* y *bonus* resulta abstracta en tanto factor de atribución, sí puede tener un peso específico significativo en lo que a la cuantificación del daño resarcible y de los daños punitivos se refiere, en tanto elemento sustancial de *valoración* de la conducta del anunciante (conf. art. 1725, CCyCN).

<sup>6</sup> Betti, E., 2018

<sup>7</sup> Trigo Represas, F. A. y López Mesa, J. 2008

<sup>8</sup> Ferrajoli, L. 2016

<sup>9</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11/5/02005, art. 5°

<sup>10</sup> Chamatropulos, D. 2019

## Introducción

Esta comunicación trabaja sobre la problemática propia de un sistema de mercado actual, en donde el principio decimonónico “res inter alios acta”, propio de los negocios jurídicos, se encuentra en manifiesto retroceso, exponiendo este fenómeno de la “situación jurídica de mercado”, y, trabajando en esta oportunidad sobre los límites de la tutela en cabeza de los receptores de los mensajes publicitarios.

## Materiales y método

Se utilizaron los métodos analítico y descriptivo, con anclaje en el método normativista.

## Resultados y discusión

Se pudo exponer que si bien la confianza y la apariencia, son reglas que sustentan las declaraciones unilaterales de voluntad, como fuente obligacional, de manera “objetiva”, el análisis de la diligencia y la conducta proba de los jugadores del mercado (oferentes y aceptantes) continúa siendo un elemento necesario de “valoración” de la “autodeterminación” y la “autorresponsabilidad” de los contratantes.

## Conclusión

Como corolario, se sostienen aquí la inidoneidad en materia publicitaria, del distingo entre *dolus malus* o *bonus* como factor de atribución de responsabilidad, dada la *objetividad* que recibe la imputación en la materia, siendo suficiente con la existencia de una publicidad contraria a las *prohibiciones* arriba destacadas (para lo cual es muy importante definir en el caso la dimensión y características del deber de información, respecto del cual la publicidad debe mantener coherencia); no obstante, y efectivamente esto del *dolus bonus* o *malus*, podría ser un indicador de importancia en la cuantificación de los daños resarcibles y los punitivos, denotando la necesidad de fortalecimiento de las sanciones en los supuestos de prácticas abusivas propias de jugadores inescrupulosos, sin soslayarse que los cánones de tolerancia, en materia de publicidad, con respecto a las propiedades de adecuada, detallada y clara, deberían encontrar una intensidad o rigurosidad muy distante con respecto a la *información*.

## Referencias bibliográficas

- Betti, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Ediciones Olejnic, Santiago de Chile 2018
- Calderón, Maximiliano Rafael, Aplicación Exorbitante De Normas De Consumo, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2019
- Chamatropulos, Demetrio, “La publicidad engañosa en el nuevo régimen de Lealtad Comercial”, en Dirs. Del Pino, Miguel y Chamatropulos, Demetrio, La ley, Suplemento Especial, Buenos Aires, Agosto 2019
- Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Instituciones De Derecho Civil, Volúmen II, Introducción. Parte general. Derecho de la persona, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998
- Ferrajoli, Luigi, Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia, T. 1, Teoría del derecho. Trotta, Madrid, 2016
- Nicolau, Noemí L., La influencia del marketing...”, cit., en Hernández, Carlos - Stiglitz, Gabriel (dirs.), Tratado de derecho del consumidor, La Ley, Buenos Aires, “, 2015
- Tajan de Saa, Guillermina, Vinculación entre lealtad comercial, defensa de la competencia y defensa del consumidor, publicado en Sup. Esp. Com. Desleal, DNI 274/2019, 2019 (agosto), 08/08/2019
- Trigo Represas, Félix. A. y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2008
- Sozzo, Gonzalo, Las relaciones contractuales en tiempos de emergencia, Contratos Resilientes, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2020

## Filiación

Integrante de PEI “Código Civil Y Comercial De La Nación Y relaciones Jurídicas Empresariales” bajo la dirección de la Mgtr. Luz Gabriela Masferrer.