

Título: Protección al consumidor ante la publicidad engañosa

Autores:

Lic. Iruma Alfonso González, Licenciada en Derecho, Especialista principal del área jurídica de la ONAT, Cuba.

Dr.C. Ariel Romero Fernández, Doctor en Ciencias Técnicas, Decano Facultad Industrial Economía

Email: ariel.romero@umcc.cu

Introducción:

La política publicitaria en Cuba está basada en dirigir, informar y educar a los consumidores, brindando información acerca de las características de los productos y en este sentido se manifiesta en dos caracteres, uno referencial – informativo y el otro en la publicidad propiamente dicha.

Al respecto se considera que la publicidad es un producto ideológico manifestado en cualquier forma de comunicación, realizado por persona natural o jurídica, efectuada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal, cuyo objetivo es promocionar la contratación de bienes, servicios, derechos y obligaciones. Con lo que se coincide en que la publicidad no es una ciencia pero su práctica sí afecta a los problemas que las ciencias sociales se cuestionan en torno al sujeto y a los modos en que éste y los grupos sociales constituyen sus modos de vivir e institucionalizan las conductas y las formas de organización social¹.

Lo cierto es que se utiliza un lenguaje generado a través de contextos que le confieren su estructura y significado. Ella no sólo informa sobre las características de un producto o servicio, sino que organiza un tipo de lenguaje. Tiene objetivos comerciales extrínsecos y objetivos políticos intrínsecos, en cualquier elemento comercial que se relacione se aporta parte de la personalidad, de la historia, de los principios y de la cultura. Es una oferta que puede o no ser recepticia, o sea, puede estar dirigida a persona determinada o al mercado, siempre es vinculante, sus alcances rebasan el mero acto contractual y es allí donde determina la situación de inferioridad del consumidor.

¹BENAVIDES, J., *Selección de lecturas sobre fundamentos de publicidad*, compilado por TOIRAC GARCÍA, Y. y R., MUÑOZ KIEL, Félix Varela, La Habana, 2005, p.49.

Desarrollo:

- Delimitación jurídico doctrinal de la publicidad comercial

En el lapso contractual en la relación jurídica de consumo, los comerciantes y empresarios realizan ofertas al mercado a través de mecanismos especiales y uno de ellos es precisamente la publicidad, o sea, ya de aquí se infiere que es esta un tipo especial de oferta. Jurídicamente es cuestionable si constituye una invitación a la oferta o si se trata de una oferta dirigida a persona incierta. En el primer supuesto el oferente debe reproducir su declaración de voluntad con el mismo contenido en el momento de la aceptación del destinatario. En el segundo, el oferente queda vinculado con la aceptación de la oferta.

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado considerando la publicidad como oferta contractual, tesis que se acepta sólo si la oferta reúne los requisitos esenciales del contrato, tales como consentimiento, objeto y causa y una verdadera intención de obligarse por parte del oferente, cosa esta bien difícil de comprobar en el caso del contrato de compraventa en establecimientos de comercio minorista, por lo que de ahí se entiende que reúne éste los antes mentados elementos y por ende entraña la intención de obligarse. No obstante hay que tener presente que no siempre es la misma persona el vendedor y el oferente, tal y como ocurre en el contexto nacional. En este supuesto la responsabilidad generada por la oferta o la publicidad no viene por la vía de los preliminares, sino por la relación de confianza generada a través de ella, de manera que se materializa en una culpa *in contrahendo*, dado que al no existir contrato entre proveedores, productores y distribuidores con el consumidor y el usuario, la responsabilidad se reconduce a la responsabilidad extra contractual, vendría avalada la anulabilidad por la presencia de vicios de la manifestación de voluntad, especialmente el error para el caso de la publicidad engañosa para la responsabilidad contractual exigible al vendedor.

Es importante que se piense que la oferta y dentro de esta la publicidad forma parte del contrato no porque sea contenido de una declaración de voluntad sino porque lo exige el ordenamiento jurídico y que son recogidos como criterio de interpretación del contrato en el artículo 1282 del Código Civil español, así también en la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios en su artículo 8, se considera exigible por éstos el contenido de la comunicación publicitaria, respecto de la naturaleza, características, condiciones, utilidad y finalidad de los productos o servicios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado. Igual pronunciamiento hace el Código Civil cubano en su artículo 311, cuando reconoce la presencia de consentimiento por el concurso de la oferta y de la aceptación por parte del adquirente y más adelante en el artículo 317.1 dispone que la promesa hecha mediante una oferta de contrato obliga a quien la hace, obviamente todo lo prometido, incluido el contenido de las informaciones publicitarias, obligan a quien las realiza; sin embargo es parco el texto legal que se analiza, en el articulado sobre la compra venta y en especial en la compraventa en establecimientos de comercio minorista, puesto que en el contrato de compra venta, a pesar de existir en el cuerpo legislativo que se analiza un enfoque en cuanto a la naturaleza consensual del mismo, sólo exige el acuerdo para la perfección sobre determinado contenido del negocio, tales como el bien objeto de la venta y el precio, sin hacer mención expresa, tal y

como debió hacerlo, de la naturaleza, características, vicios, cosas estas que fueron prometidas mediante las campañas publicitarias.

Asimismo en su artículo 348.2, dispone la posibilidad de exigencia de responsabilidad al vendedor pero sólo cuando este no conociera de la existencia de éstos y siempre con respecto a la restitución de precio y el abono de los gastos al comprador, lo que una vez más evidencia la carga subjetiva del precepto, que entra en contradicción con la tendencia moderna de objetivización de la responsabilidad.

Por su parte el artículo 355.1, contenido en el Título IV, Compra-venta en establecimientos de comercio minorista, ha tratado de brindar protección a consumidores y usuarios pero lo ha dejado desprotegido frente a los mensajes publicitarios que se realizan con gran fuerza en los establecimientos antes mentados, toda vez que ha dicho el legislador que los bienes que son objeto de venta deben ajustarse, tanto en su calidad como en su cantidad, medida y peso, a lo establecido en las regulaciones legales o, en su defecto, a la costumbre o uso de la localidad. Ha obviado que los consumidores y usuarios son inexpertos en el mercado, que concurren a satisfacer necesidades sin tener toda la información necesaria y por ello no lo ha protegido contra las informaciones falsas o deficientes que reciben en el proceso de consumo y que suelen ser más fáciles de probanza por el perjudicado.

Unido a ello, debido a su uso generalizado, la publicidad no agota su función en el ámbito que le es propio: la captación de clientes, sino que el mensaje publicitario actúa como medio de información de las características del producto o servicio, constituyendo parte del campo del derecho-deber de información. Lo esencial no es tanto la necesidad de información del consumidor, como la naturaleza de las informaciones y las vías y modos de comunicación empleados. Para que este proceso pueda desempeñar su adecuado rol debe cumplir al menos dos exigencias:

- Ser completa y exhaustiva: Debe tratar el conjunto de condiciones bajo las que el consumidor ejercerá la función de consumir y especialmente, el conjunto de circunstancias que rodean la relación de consumo, el precio, las prestaciones ofrecidas, la calidad y características de los bienes y servicios, los términos del intercambio y las obligaciones jurídicas, además de contener elementos de información negativa tales como los peligros, riesgos, entre otros muchos.
- Velar por la pluralidad de fuentes y vías de información: Podrá hacerse mediante negociaciones, el etiquetado del producto, el embalaje. También mediante sistemas colectivos de información, una red de centros informativos organizados, programas de certificación de calidad y campañas de promoción y divulgación.

En el orden socio económico contemporáneo los mecanismos de información son incompletos al existir prioridad de la información positiva sobre la negativa e ineficaces en cuanto a que la estructura del mercado no permite una elección real.

Desde el punto de vista del Derecho Privado General, la publicidad sólo se relaciona con el contrato en la medida que haya sido incorporada a la oferta y a la aceptación. Sin embargo, cuando de contratación con consumidores se trata,

debe tenerse en cuenta que las condiciones contractuales ofrecidas, se contengan o no en una oferta completa, identifican el producto del empresario y su calidad. Se convierte la publicidad en el escaparate de los servicios depositados en la trastienda. No se trata de la concurrencia entre la oferta y la aceptación, sino el de la identidad del producto.

En defensa de las expectativas del consumidor y del agravio que puedan sufrir los competidores, se asegura la identidad entre el producto publicitado (que es un contrato con determinado contenido) y el efectivamente entregado y esta identidad se logra mediante la integración de la publicidad al contrato.

Atendiendo al tratamiento hecho por el ordenamiento español, las partes no sólo se obligan a lo expresamente pactado (efectos voluntarios del contrato), sino también a todas las consecuencias (el enlace entre un efecto y su causa), que sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley (efectos necesarios del contrato). En este caso el análisis deriva en los terceros, en el supuesto de si un contrato puede generar algún tipo de obligación para un tercero. Se ha sostenido por autores como QUESADA SÁNCHEZ, que el tercero al celebrar un contrato, debe soportar los efectos de los contratos² celebrados con anterioridad por el transmitente, si influyen en aquel derecho.

Este criterio mantenido por muchos autores como DÍEZ PICAZO y que el legislador cubano ha obviado contemplar en su Código Civil, parte del tratamiento hecho por IHERING al plantear que los actos reflejos se caracterizan por no proceder de la voluntad del que realiza el acto, causa del efecto reflejo, o sea, que todo negocio produce un efecto reflejo para terceros. Entendiéndose en este punto que serían los consumidores y usuarios los que tienen que soportar los efectos de los contratos publicitarios realizados con anterioridad al contrato de consumo entre éstos y los vendedores o comercializadores de los productos. De ahí que también puedan soportar los efectos favorables y es precisamente aquí donde debe buscarse la equidad entre las partes en el contrato de consumo a través de la responsabilidad civil extracontractual exigible frente a los anunciantes.

Lo que no empece que puedan ir en sede contractual contra los vendedores, traduciéndose extensivamente a que también éstos deben asumir los efectos del contrato anterior; así se impondría un poco más de diligencia y pericia por parte de los comercializadores a la hora de ofertar en sus establecimientos, determinados artículos y servicios sin conocer los más insignificantes detalles.

- Tratamiento legislativo a la publicidad en Cuba

En estos momentos no se evidencia ánimo, en las autoridades competentes, en el análisis de una normativa sobre publicidad, sólo ha existido preocupación en proteger a consumidores y usuarios en relación con la publicidad discriminatoria y se han tomado medidas para la atención a la publicidad dirigida a niños, jóvenes y mujeres. Aunque todas resultan insuficientes atendiendo a la amplia gama de mensajes publicitarios que se emiten diariamente a través de todos los medios de comunicación.

En materia de promociones turísticas, existe la Resolución número 57 de fecha 23 de mayo de 2005, del MINTUR, que aprueba y pone en vigor la política de

²QUESADA SÁNCHEZ, Antonio J., "Aproximación a la figura del contrato en daño de tercero: Notas introductorias", en *Manual de estudios sobre Derecho de Consumo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 72.

comunicación promocional para el sistema del turismo y en virtud de ella se recogen los principales lineamientos para hacer publicidad en el turismo, tales como:

- * En Cuba la publicidad en cualquier medio y soporte se ajustará a los principios y normas establecidos en la Constitución, así como a las leyes de la República, a los principios socialistas y la identidad histórica y cultural del pueblo cubano. Cuidará los intereses económicos del país y el concepto de género y transmitirá los elementos que nos identifican como un destino de paz, salud y seguridad. Respetará los símbolos nacionales, sus próceres y sus dirigentes, así como la dignidad de las personas, especialmente la de la mujer, la juventud y la infancia.

Lineamiento este que queda sin aplicación práctica puesto que remite a un precepto constitucional que no existe y a leyes sobre la materia que son inexistentes igualmente, además sólo se proyecta en relación con la tutela de los intereses económicos del país sin que se preste especial atención al destinatario de tal información.

- * La publicidad de destino debe aplicarse en aras de lograr la sinergia en todos los mercados y atendiendo a que las acciones publicitarias respeten el plan de marketing elaborado.

Además ha dispuesto que la promoción del turismo se haga fundamentalmente a través de las siguientes acciones:

- * Ferias y bolsas internacionales de turismo.
- * Presentaciones de destino y de productos.
- * Seminarios.
- * *Workshops*.
- * Salones expositivos.
- * Caravanas, jornadas culturales y/o gastronómicas.
- * Patrocinios de productos nacionales.

En primer orden es válido se precise que se encuentra limitada el ámbito de las posibles acciones a verificar y por otro lado se viene incumpliendo con el enunciado objeto de hacer publicidad en el turismo, ya que ahora se incluyen, además de la promoción de Cuba como destino, la de productos nacionales.

Aunque se considera ha sido muy objetiva la antes mentada disposición cuando en la elaboración de los lineamientos para el sistema nacional de información al visitante ha creado tres subsistemas, donde autoriza a que brinden información las oficinas de inmigración, la aduana, los bancos, la Cámara de Comercio, las líneas aéreas, instituciones culturales, deportivas, de salud pública, entre otras (subsistema tributario). También los centros de información al visitante (INFOTUR), Oficinas de Turismo en el exterior, agencias de viaje, espacios públicos y otros convenidos al efecto (subsistema diseminador) y el subsistema técnico integrado por las agencias publicitarias, encargadas de diseñar y garantizar los medios para transmitir la información.

Por su parte el MINCIN en su Resolución número 334 de fecha 13 de diciembre de 2004, exige que se utilicen mensajes de salud contra el hábito de ingerir bebidas alcohólicas a través de los diferentes medios de comunicación, cuestión esta que, aunque meritoria, a juicio de la autora, debiera calzarse no con esta contrapublicidad sino con la eliminación de determinadas propagandas que incitan el consumo de estos productos y que en la mayoría de los casos se ofrece en él. En la Resolución número 335 de fecha 13 de diciembre de 2004 se realiza idéntico pronunciamiento, pero con respecto al

consumo de cigarrillos, es por ello que en su apartado undécimo se exige que se anuncie propaganda de alerta sobre los efectos del consumo de este producto para la salud.

También se ha diseñado un manual para la aplicación de la política comercial en el mercado interno en divisas, mediante la Resolución Número 201 de 2 de junio de 2003 del Ministerio de Comercio Interior, dedicándose un acápite a la publicidad, a la promoción, al mercadeo en el punto de venta, y por último otro a las relaciones públicas.

Recalca la importancia de la orientación al consumo, consecuente con los valores éticos y morales de las personas.³

La publicidad encuentra respaldo legal en el Decreto-Ley Número 203 sobre marcas y otros signos distintivos, el cual no hace mención expresa sobre la protección del consumidor sobre este particular, no obstante, de su lectura se infieren determinadas situaciones que de alguna manera contribuyen a que la parte más débil del contrato en la relación de consumo no se vea tan desprotegida. En este sentido y refiriéndose a la prohibición del registro de marcas, se ponen como ejemplos el artículo 16.1, inciso f, que estipula que no se puede registrar como marca aquel signo que pueda inducir al público a error sobre la procedencia geográfica, la naturaleza, el modo de fabricación de los productos o de prestación de los servicios, las cualidades, la aptitud para el empleo o el consumo, la cantidad o alguna otra característica del producto o servicio al cual se aplique.⁴

- Situación actual de las manifestaciones de la publicidad engañosa en las tiendas recaudadoras de divisas

Para conocer la situación actual de los actos de publicidad engañosa en el país se realizó un diagnóstico en las cadenas de tiendas recaudadoras de divisas del municipio Matanzas. Para ello se aplicaron entrevistas a directivos y personal encargado de las ventas y encuestas a clientes de dichos establecimientos.

Las cadenas escogidas para el estudio fueron: Panamericana, TRD Caribe y Sociedad Meridiano de Cubase. Después de un análisis se decidió incluir los productos de mayor consumo (alimentos, jabonería y perfumería y bebidas y cigarros) para conocer la cuantía y magnitud de la presencia de actos de engaño en la publicidad.

En una primera etapa se realizó una entrevista a gerentes, subdirectores comerciales y dependientes de cada área de venta relacionada con los productos anteriormente mencionados. Los resultados aparecen a continuación:

Omisión: Se utiliza fundamentalmente en los productos alimenticios para niños tales como compotas y cereales en cuanto al uso de letras pequeñas para señalar las edades de los menores, ambos de la línea Nestle que se comercializa en las tres cadenas de tiendas que se escogieron para esta

³1.5.-“La publicidad, en su función de orientación al consumo, debe ser consecuente con los valores éticos y morales de las personas, especialmente cuando se refiere a la mujer, la juventud y la infancia. No se debe utilizar en la publicidad los símbolos nacionales, ni imágenes de próceres y dirigentes de la Revolución, a no ser los que estén debidamente autorizados por los órganos competentes”

⁴Vid. Decreto-Ley 203/99 sobre marcas y otros signos distintivos.

investigación: TRD Panamericana, TRD Meridiano y TRD Caribe. Así también en todas predominó que se utiliza mayoritariamente en productos de perfumería y jabonería Súchel, sobre todo en champú, desodorantes, perfumes, observándose con mayor notoriedad en la línea Sedal en el tratamiento para el cabello y en la crema peinadora. Resultó unánime que no se observa el fenómeno en las bebidas y cigarrillos.

Negación: Es utilizada en los productos de jabonería y perfumería sobre todo por la firma Súchel Camacho, específicamente en los desodorantes, perfumes y jabones para indicar que no contienen alcohol y también en productos alimenticios tales como el aceite a la hora de indicar sin colesterol y en dos tipos de galletas que se promocionan sin sal y sin embargo la contienen, ejemplo de esto son las galletas Ducales y las Galletas Puig de México.

Ocultación: La generalidad de los entrevistados coincidió en que se observa este fenómeno en muy pocas oportunidades y casi siempre en productos de perfumería y jabonería muy específicos, es el caso de la acetona en relación con el bajo nivel del contenido que se oferta y en los casos de determinados alimentos donde no se especifica las condiciones de su uso y almacenamiento.

Ello es con respecto a las distintas manifestaciones en que se da la publicidad engañosa por actos de supresión, sin embargo esta se puede dar mediante actos de adición, arrojando las entrevistas realizadas, en toda su magnitud, que no se da salvo un caso muy particular realizado por Súchel, como pseudoacontecimiento, donde utilizó un desfile de modas en una de estas tiendas para promocionar diferentes aromas de perfumes.

Distinto comportamiento mostró el acto de engaño por deformación, tanto cualitativa como cuantitativa, y en función de ello hubo coincidencia en que esta se utiliza en todos los tipos de productos como práctica habitual sin que por ello ya se note su efecto, pero se agudiza en la línea Sedal para el champú anticasma y en las fragancias de los perfumes de la Súchel, específicamente Alicia Alonso.

Posteriormente se aplicó una encuesta a clientes que compran estos productos. Para la determinación del tamaño de la muestra se verificó la cantidad de clientes que como promedio acuden diariamente y efectúan compras de estos productos.

La fórmula utilizada fue:

$$n = \frac{N \cdot K^2 \cdot P \cdot Q}{e^2 (N-1) + K^2 \cdot P \cdot Q}$$

Donde:

P: Porcentaje de la población que reúne las características de interés para el estudio.

Q: Porcentaje de la población que no reúne las características de interés para el estudio.

Como no se conocen las características de la población se asume el supuesto de máxima variabilidad estadística $P=Q= 50\% = 0,5$

K: Coeficiente que tiene en cuenta el nivel de confianza con que se trabaja. Para nivel de confianza del 95% $K = 2$.

N: Tamaño de la población (se asumió el promedio diario de clientes). $N = 700$.

e: Error con que se trabaja, en este caso para poder arribar a conclusiones precisas se asumió el error menor del 10%. $e = 8\% = 0,08$

$n = 87$ encuestas.

Para seleccionar los elementos de la muestra que se encuestarían se utilizó un muestreo aleatorio, entregando las encuestas a los clientes seleccionados en la caja a la hora de efectuar el pago de las mercancías adquiridas.

Analizados los datos generales, es válido acotar que se escogió para la investigación tres grandes grupos de productos, encontrándose entre ellos los alimenticios, los de jabonería y perfumería y por último las bebidas y cigarros.

Arrojó el método empleado que en el caso de los actos de engaño publicitario por supresiones de la información los más utilizados por los productores y distribuidores son los de negación y ocultación puesto que en ambos casos 40 consumidores manifestaron haber sido víctimas de tal situación representando ello en ambos un 45 % del total de encuestados y 27 dijeron haber notado el uso de letras pequeñas para señalar informaciones importantes en los productos para un 30%. Ahora bien, en el caso de la omisión por el uso de letras pequeñas 9 se ubicaron en alimentos para un 10% y 18 en jabones y perfumes para un 20%, ninguno en bebidas y cigarros. En cuanto a la negación de componentes del producto en la promoción que se brinda de él se identificó que de los 40 casos referidos, 22 se le suman al área de jabonería y perfumería para un 25% y 18 a los alimentos para un 25%, cigarros y bebidas sigue comportándose en cero. Y por último la ocultación se mostró más creciente en el área de los alimentos con 36 casos para un 40% y en jabonería y perfumería en menor cuantía con 9 para un 10%, manteniéndose inalterable el resultado de cigarros y bebidas.

Existió criterio unánime en que no se utilizan los actos engañosos por adiciones de información ya que el 100% manifestó no haber notado tal situación. Cosa distinta ocurrió con las deformaciones informativas que aunque no fue abundante, sí en el caso específico de las deformaciones cualitativas 27 personas significaron haber sido afectados, fundamentalmente en el área de jabonería y perfumería con seis personas para un 30% y 4 por el área de alimentos para un 5%, quedando inmutable el área de cigarros y bebidas.

- Fundamentos para la adecuada protección de consumidores y usuarios ante la publicidad engañosa en Cuba

Debe traducirse lo dicho hasta aquí en que únicamente podrá lograrse la protección de los consumidores y usuarios partiendo de una estrategia multidisciplinaria que aborde el fenómeno en todos sus matices y a través de la regulación jurídica (por vía civil, administrativa y penal), de la autorregulación publicitaria, y mediante programas de educación a los consumidores y usuarios.

La fundamentación jurídica de todo tipo de protección debe basarse en el criterio que se ha venido manejando, en cuanto constituye la publicidad una oferta especial a persona indeterminada, por tanto integra ésta el contrato y debe el anunciante cumplir con lo prometido a través de su mensaje. En función de ello, la oferta debe verse como el momento primero necesario para

que el consentimiento se integre, con el objetivo de perfeccionarse el contrato. Cuando esta identidad entre lo ofertado y lo recibido no se corresponde, tendrán los sujetos perjudicados los instrumentos jurídicos que les ofrece el ordenamiento civil, encontrando su basamento doctrinal en la teoría general del contrato, pero además el contrato de compra venta en establecimientos de comercio minorista que es el más utilizado por éstos, se regula dentro de la materia contractual civil. De esta propia manera han enfocado el problema estudiosos del tema, tales como KINDELÁN ARIAS Y SAN PEDRO LÓPEZ, quienes se han pronunciado en sentido de concebir a la oferta como propuesta contractual que realiza una persona (oferente), a otra u otras, que al ser aceptada conlleva a la celebración del contrato, se trata de una declaración unilateral de voluntad del oferente en la que se manifiesta su intención seria de concluir un contrato.⁵ Por tanto, las precisiones formuladas en la publicidad obligan al oferente y por tanto se tienen como incluidas en el contenido del contrato que se ha llevado a cabo con el consumidor.

Al efecto, no debe protegerse a los consumidores y usuarios mediante una ley general que incluya todas las instituciones involucradas, sino que deben dictarse leyes específicas para los distintos ámbitos, porque de esta manera se respeta la sistemática del ordenamiento jurídico en su conjunto, así como el sentido de las instituciones. Precisamente se debe dictar una ley general de defensa de los consumidores y usuarios que contenga en capítulos los distintos ámbitos de protección (derecho a la salud, derecho a la información, derecho a la protección de los intereses económicos, entre otros) y leyes especiales para cada uno de éstos. Se impone que Cuba dicte una ley general donde dedique un capítulo a la publicidad, en el que la defina, refleje la relación de ésta con el contrato y sus consecuencias, y se dicte una ley especial sobre publicidad que desarrolle un mandato constitucional de garantía jurídica⁶, donde se consagre un principio general informador del ordenamiento jurídico público o privado, civil o mercantil, con superioridad normativa, contentiva de mecanismos efectivos, sin lagunas sobre responsabilidad y que contenga en sí misma normas de carácter procesal, ello por la propia operatividad que debe caracterizar a estos mecanismos.

Se considera que esta ley debe aplicarse preferentemente y sólo subsidiariamente la ley general de protección de consumidores y usuarios, lo cual ilustra que pudiera, aunque en Cuba no existe ley general, elaborarse la especial anticipadamente.

La ley de publicidad deberá contener una definición completa sobre publicidad y sobre las distintas manifestaciones de ésta y de la publicidad ilícita en

⁵SAN PEDRO LÓPEZ, S., Z. KINDELÁN ARIAS, "La perfección del contrato en la era digital", Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, *IV Jornada Internacional de Derecho de Contratos*, La Habana, 2005.

⁶*Vid.* OJEDA RODRÍGUEZ, N., "Del control de las condiciones generales de los contratos como forma de protección a los consumidores", *Tesis doctoral*, La Habana, 2001, p.83. Aquí la académica señaló "El fenómeno del consumo está latente en todas las sociedades, y cada día cobra mayor fuerza, es por ello que los consumidores, condición de todos los ciudadanos, a diario se encuentra siendo parte de las relaciones de este tipo y son en muchas oportunidades el lado más desvalido de las mismas; este fenómeno real y cotidiano y con tendencia a incidir cada vez con mayor fuerza en el curso de la vida, siendo éstas razones más que suficientes para que las constituciones en sus textos las tomen en consideración; en la actualidad muchas constituciones reconocen los derechos de los consumidores..."

particular, con definición exacta de cada una de sus formas. Además deberá especificar los mecanismos de protección que podrá utilizar el que ha sido víctima directa del engaño publicitario y los que podrá hacer valer aquél que sin haber sido víctima directa siente que determinada publicidad induce a error por sus características.

Cuando es efectivo y real el daño producido por la publicidad engañosa, se entiende que la protección debe brindarla la antes mentada norma a través de la responsabilidad jurídica civil, donde se consigne que el consumidor o el usuario podrá exigir la responsabilidad contractual contra el vendedor por la presencia de un vicio del consentimiento(error propio)que aunque no ha sido provocado por el vendedor, sí debe éste soportar los efectos del contrato anterior(contrato en daño de tercero), lográndose así la anulabilidad del contrato y que en el futuro los vendedores pongan más pericia y diligencia sobre el conocimiento de los productos y servicios que se ofertan en sus establecimientos y que la celebración del contrato con los anunciantes y distribuidores o productores, que en el caso del país son los mismos, les brinda. También les da la posibilidad de repetir la exigencia de responsabilidad contra éstos últimos. En este sentido se incluirá la institución del contrato en daño de tercero en el Código Civil cubano.

También debe contemplarse la posibilidad de ir directamente contra el anunciante reclamando la reparación de daños e indemnización de los perjuicios, basada en la responsabilidad extracontractual siempre objetiva, o sea, no es necesaria la intencionalidad del engaño, sino la existencia de un daño efectivo y real.

Amparados en el propio análisis anterior, podrá exigírsele al proveedor:

- * Respeto a los términos, condiciones y modalidades conforme a los cuales ha ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.
- * Informar al consumidor cuando expendan productos con alguna deficiencia, usados o cuando en su fabricación se hayan usado partes o piezas usadas.
- * Informar clara y visiblemente los precios.
- * En los productos durables, deberá hacer contar la garantía y en productos mejorados mediante trasplante de genes o manipulación genética, deberá resaltarlos en la etiqueta. En los alimenticios indicará nombre del producto, la marca, lote, razón social, contenido neto, registro sanitario, valor nutricional, fecha de expiración, ingredientes, precio, país de origen, y si se trata de alimento artificial, irradiado o genéticamente modificado. De igual forma en los medicamentos se indicará el nombre genérico, lista de componentes, país de origen, contraindicaciones, si son productos naturales, instrucciones para su uso, advertencias.

Pronunciamento distinto deberá hacerse para el caso de la publicidad engañosa que sin haber dañado directamente a sujeto alguno, se encuentra difundida. En estos casos los mecanismos antes mentados resultan irrelevantes. Debe la ley contener medios vindicativos (medidas administrativas), de prevención (medidas civiles) y de eliminación de las secuelas (medidas penales).

Medios administrativos: Al ser tutelada por la Constitución es necesario que la administración intervenga en materia publicitaria mediante sus prerrogativas y atribuciones en una triple dimensión: ejercicio de las potestades reglamentarias, es necesario que la administración autorice determinado tipo de publicidad (salud, alimentos), señalamiento de prohibiciones (emisión de normas reglamentarias con las características de la publicidad) y la imposición de sanciones y de servicio público (compatibles con acciones civiles y penales).

Medios Civiles: A través de un proceso especial, con competencia de los tribunales provinciales ya que en virtud del artículo 6.6 de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, el cual fue mantenido en la modificación del artículo verificada por el Decreto ley 241 de 2006, contenido en el apartado 7.⁷, este tribunal es competente para conocer los demás asuntos civiles que no estén atribuidos por esta ley a otro tribunal, momento este que se considera fue oportuno para introducir esta regla de competencia que se propone, donde se obligue al anunciante a suprimir los elementos ilícitos de la publicidad, concediéndosele un término para ello de 7 días hábiles, teniendo en cuenta que debe eliminarse lo más rápido posible en aras de reducir al máximo su efecto engañoso, ordenar la cesación o prohibición definitiva y la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del anunciante y exigir la difusión de la publicidad correctora.

En este proceso especial tendrá legitimación activa el consumidor y el usuario y las organizaciones colectivas con interés en el proceso. No será necesario que haya exigido previamente la acción de cesación y el sujeto pasivo será el anunciante. Siempre conocerá el juez, que no podrá de oficio, ni a instancia de parte interesada, dictar auto de inadmisibilidad por considerarla infundada, o sea, debe entrar al fondo del asunto. En estos procesos la carga de la prueba correrá a cargo del anunciante que tendrá que probar que no se dan en su publicidad los elementos que caracterizan a la ilícita y en especial a la engañosa.

El juez ponente, en todos los casos, aplicará medidas cautelares tales como cesación provisional y prohibición temporal. Dejará siempre la vía penal expedita y se podrán acumular pretensiones en un mismo proceso.

En atención a las medidas cautelares se impone acotar que la cesación provisional y la prohibición temporal se impondrán por el juez dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de la demanda, siempre por el propio ponente de la demanda principal y se conocerán éstas en pieza separada que se unirán a cuerda floja al expediente del asunto.

El demandado podrá oponerse a las medidas impuestas, bien, por estimar que no son procedentes o porque se comprometa a reparar los daños e indemnizar los perjuicios que puedan ocasionar al actor. Si esto ocurriera el juez podrá, si así lo considera, citar a las partes para comparecencia, donde las oír, admitirá pruebas y dentro de las 72 horas siguientes resolverá mediante auto definitivo.

⁷Decreto ley 241, de 26 de septiembre de 2006, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria número 33 de 27 de septiembre de 2006.

Los presupuestos materiales de las medidas, a juicio del catedrático OLIVA SANTOS, son:⁸

* Con carácter general, para la cesación temporal común y para la prohibición temporal: apariencia ilícita de la publicidad y riesgo serio de daño para los destinatarios, actuales o futuros. Es decir, *fumus boni iuris y periculum in mora* procesal.

* Con carácter singular:

-para la orden de cesación y las medidas para lograr ésta, que la publicidad se esté difundiendo.

- para la prohibición de que se difunda, que la publicidad esté preparada o en proyecto, pero no se esté difundiendo, sea o no inminente la difusión.

- para adoptar medidas que impidan la difusión, que la publicidad sea inminente.

- para ordenar la inmediata cesación, que la publicidad haya sido prohibida expresamente o que se refiera a productos, bienes y servicios potencialmente generadores de riesgos.

Los presupuestos procesales:

* Que esté pendiente un proceso sobre publicidad ilícita.

* Que se argumente la ilicitud de la publicidad

Medios Penales: Debe buscarse que el Código Penal cubano dedique un capítulo particular a la protección de consumidores y usuarios ante la publicidad ilícita y la engañosa, específicamente por ser la que más afecta el contenido patrimonial y moral del derecho a la información. La protección actual que brinda, más que todo, entraña la construcción de un barco en el desierto, pues no responde a la realidad ya que no existen otras normas que brinden una real protección.

Es imprescindible que el sujeto activo se extienda a las personas jurídicas y que se modifique el nombre del título o que se contemple este en otro título, entiéndase que la protección es al consumidor y al usuario y no a la economía nacional. Así mismo deberá modificarse el delito de estafa ya que tampoco logra abarcar la protección real y concreta, pues tal y como aparece redactado exige el propósito de obtener para sí o para otro, una ventaja o beneficio patrimonial ilegítimo, lo que deja fuera al publicista que realiza el anuncio publicitario legítimamente dentro de sus funciones, resulta muy subjetiva y difícil de probar, tal condición. Se entiende que en tal sentido el legislador se remitirá a antecedentes tales como el estelionato en Roma, donde existía una mayor defensa para el ciudadano perjudicado por el engaño de mala fe de un oferente.

Unido a ello deberá concebirse un programa educativo al consumidor y al usuario, basado en conocimientos esenciales sobre precios, calidad de los productos y servicios, con el fomento de organizaciones de consumidores y a través de diálogos entre consumidores y usuarios y productores y

⁸OLIVA SANTOS, A., "Procedimiento civil y medidas cautelares, publicidad y publicidad engañosa", *Universidad Complutense de Madrid*, España, 2003.

distribuidores, que podrá quedar a cargo de la Dirección de Protección al Consumidor y al Usuario del Ministerio de Comercio Interior.

Debe brindarse al consumidor mayor servicio de información, mediante centros de consultas, la difusión de estudios comparativos, difusión de la publicidad comparativa, que podrá quedar bajo la supervisión del propio ministerio, así como crearse mecanismos de mayor control e información en la etapa precontractual, unido a la elaboración de normas semi- imperativas, que sólo pueden ser modificadas en beneficio del consumidor y al fortalecimiento del derecho imperativo, según asevera la profesora NANCY OJEDA.

Se deben crear mecanismos de autorregulación que sigan promoviendo los valores morales y éticos que debe caracterizar a la publicidad en Cuba, pero de manera escrita, de obligatorio cumplimiento para todas aquellas agencias publicitarias que realizan la labor en el país. Para ello es necesario que:

- Se agrupen quienes realizan la actividad y tomen la decisión de promover su propia regulación ética y deontológica.
- Se establezcan los criterios que deben guiar las conductas publicitarias.
- Se creen comités que controlen y evalúen el cumplimiento de los lineamientos.
- Se estudie y discuta la actividad publicitaria por quienes la realizan de forma que favorezca la toma de conciencia y se aprenda más acerca de su dimensión moral.

La norma que establezca reglas de protección debe basarse en el Derecho Civil , pues, aunque no son los aludidos sólo personas como sujetos civiles, su concepción jurídica supera esta calificación por su rica pluridimensionalidad al concepto de esta figura en sentido jurídico civil; al consumidor y al usuario hay que verlos también como sujetos políticos, económicos, colectivos, públicos, que deben protegerse no como sujetos de una determinada rama, sino partiendo de su especialidad que los hace merecedores de un modelo de justicia también generalizado que le da una prioridad normativa sobre normas civiles y mercantiles que no están a tono con el tráfico actual, lo cual quiere decir que muchas normas de este nuevo Derecho, alterarán o corregirán las normas civiles y mercantiles tradicionales, implicando no su exclusión, sino su concurrencia y complementación.

Resulta imprescindible realizar una valoración de los elementos internos y externos que pueden facilitar u obstaculizar la aplicación futura de los referentes doctrinales propuestos para el tratamiento de la publicidad engañosa en el ordenamiento jurídico cubano.

En este análisis se utiliza la matriz DAFO, la que constituye un modelo conceptual que facilita igualar las amenazas y oportunidades externas con las fortalezas y debilidades internas de una institución de cualquier índole para ayudar a definir sus estrategias de forma más objetiva.⁹

Análisis externo

Amenazas

⁹SCHROEDER R., *Administración de operaciones. Toma de decisiones en las operaciones*. MC Graw Hill. 1998, pp. 171-175.

A1- No existe reconocimiento en el país de la publicidad comercial como actividad empresarial.

A2- No están delimitadas las funciones comerciales de las entidades que producen y comercializan en el mercado minorista.

A3- No existen antecedentes legislativos sobre protección al consumidor y publicidad comercial.

A4- Poco abordaje de la materia contractual en el Código Civil.

Oportunidades

O1- El poder legislativo se encuentra en manos del parlamento donde se representan intereses comunes.

O2- Incremento de la actividad comercial y publicitaria.

O3- La política comercial se define a nivel de Estado lo que facilita el control.

Debilidades

D1- Poco conocimiento sobre la protección al consumidor y los usuarios por parte de los operadores del Derecho.

D2- La protección al consumidor no se encuentra delimitada por una rama específica del ordenamiento jurídico.

D3- Poca cultura de los consumidores y usuarios sobre el derecho a la información.

D4- Deficiente variedad y oportunidades de compra de los consumidores y usuarios.

Fortalezas

F1- Existe una dirección nacional y provincial de protección al consumidor.

F2- El procedimiento civil está concebido para asumir sin dificultades dicho proceso.

F3- Se cuenta con jueces civiles con alta profesionalidad y nivel de conocimientos en la materia contractual.

F4- Los consumidores y usuarios han adquirido mayor cultura sobre sus derechos.

Problema estratégico general

Si se mantiene el nulo reconocimiento en el país de la publicidad comercial como actividad empresarial, siguen sin delimitarse las funciones comerciales de las entidades que producen y comercializan en el mercado minorista y no se amplía el tratamiento a la materia contractual en el Código Civil, aunque esté concebido el procedimiento civil para asumir dichos procesos, se cuente con jueces civiles de alta profesionalidad y nivel de conocimientos sobre la materia, no se podrá aprovechar que el poder legislativo se encuentre en manos del parlamento donde se representan intereses comunes y que la política comercial la defina el Estado para aplicar dichos referentes doctrinales.

Solución estratégica general

La estrategia de las instituciones jurídicas debe sustentarse en que existe una dirección nacional y provincial de protección al consumidor, en la alta profesionalidad y nivel de conocimientos en la materia contractual de los jueces civiles, maximizando las oportunidades de que el poder legislativo se encuentra en manos del parlamento donde se representan intereses comunes incluidos los de los consumidores, el incremento de la actividad comercial y publicitaria, atenuando el poco abordaje de la materia contractual en el Código Civil y que no existen antecedentes legislativos sobre protección al consumidor y publicidad comercial en Cuba.

Conclusiones

1.- A través de las bases doctrinales propuestas, contenidas en la regulación jurídica (civil, administrativa y penal), de la autorregulación publicitaria, y mediante programas de educación a consumidores y usuarios, se logra la protección de éstos frente a la publicidad engañosa.

2.- Es exigible la responsabilidad civil ante el engaño publicitario. Procede la responsabilidad civil extracontractual ante proveedores, productores, distribuidores y la responsabilidad civil contractual ante el vendedor.

3.- Los consumidores y usuarios tienen que soportar los efectos de los contratos publicitarios realizados con anterioridad al contrato de consumo, partiendo de la teoría de los actos reflejos y de la relación existente entre los contratos publicitarios y la figura del contrato en daño de tercero.

4.- La escasa legislación cubana que trata la publicidad es superficial y aborda sólo la publicidad discriminatoria, sin aportar medios efectivos para la tutela jurídica de consumidores y usuarios.

5.- Se demuestra que en Cuba aparecen actos de publicidad engañosa en las tiendas recaudadoras de divisas, fundamentalmente a través de actos de supresión de información, mediante omisiones, negaciones y ocultaciones, además, es frecuente, aunque no en igual magnitud, los actos de deformación en la generalidad de los productos escogidos para la investigación.