

Inmaculada HIGUERAS

Comunicaciones comerciales en España diez años después de la Ley General de Publicidad.

1. Introducción: la publicidad y su tratamiento jurídico

Al aproximarnos al fenómeno publicitario desde el punto de vista jurídico encontramos una considerable cantidad de normas muy diversas, Algunas de ellas se dirigen a regular la actividad publicitaria, otras hacen referencia a los sujetos que la desarrollan, las hay que tienen que ver con los medios que la difunden, algunas atienden al mensaje publicitario, otras al receptor, etc. Además, las referencias legales a los diferentes aspectos que conforman la realidad publicitaria no siempre van a aparecer en normas dirigidas de modo específico a sancionar conductas publicitarias. De hecho, contemplar únicamente la regulación especial de la publicidad supondría incluso falsear la realidad jurídica de este fenómeno. En muchos casos lo que aparece son referencias a alguno o algunos de los asuntos mencionados en diferentes normas que regulan distintas realidades y que de modo incidental o accesorio tratan el tema publicitario en cuestión.

Este entramado de normas viene a poner de manifiesto la complejidad del fenómeno publicitario, sus características específicas y su naturaleza mixta: comunicativa y mercantil al mismo tiempo.

Partiendo de la complejidad del fenómeno mismo, y por tanto de la complejidad de su regulación, se hace necesario mencionar algunos conceptos previos antes de seguir adelante.

En este sentido, es preciso establecer una primera distinción entre la actividad publicitaria y el resultado de esa actividad materializado en el mensaje publicitario[1]. EL término publicidad no es un término unívoco, más bien al contrario; y esto hace que, en ocasiones, sea utilizado tanto para hacer referencia a la actividad publicitaria como para describir el resultado o materialización de esa actividad: el mensaje publicitario.

Evidentemente, la actividad publicitaria en su conjunto plantea una serie de relaciones, negocios – e incluso problemas – jurídicos que exceden, en mucho, las pretensiones de este trabajo, puesto que nuestro interés no es exclusivamente jurídico, sino también comunicativo[2]. Por estos motivos he considerado necesario limitar este estudio al análisis de la regulación del mensaje publicitario en cuanto fenómeno de la comunicación pública y obviar otras cuestiones conexas referidas a la actividad publicitaria en su conjunto.

De este modo, será preciso tener en cuenta que la publicidad es una especie del género comunicación[3]. Sin embargo, se trata de un tipo específico de comunicación y ello hace necesario destacar las particularidades que la relación de comunicación publicitaria

presenta con respecto a los otros tipos de comunicación pública, ya que estas diferencias van a determinar, inevitablemente, la dimensión jurídica de este fenómeno.

En la relación publicitaria junto al emisor, el mensaje, el medio y el receptor, presentes en la descripción clásica de comunicación pública de Lasswell, encontramos además, unos nuevos sujetos: el anunciante[4] y el consumidor[5].

La aparición de estos dos sujetos tiene importantes consecuencias jurídicas. En el primer caso, porque el anunciante no se dedica profesionalmente a la comunicación. No es esta su ocupación principal, sino aquella actividad artesanal, profesional, industrial etc., para la que haya constituido su empresa o a la que se dedique[6]. Esto nos pone inmediatamente en contacto con la realidad jurídica de la empresa y el mercado; por tanto, con la regulación de una y otro, y en especial con el derecho de la competencia. Es decir, por una parte, el anunciante se nos presenta como un sujeto profesional específico en la actividad publicitaria; por otra, la publicidad se revela como una realidad más en el mercado, y en este contexto va a ser también contemplada, entendida y regulada.

Con relación al segundo sujeto mencionado, el consumidor, no se puede olvidar que en nuestro país, al igual que en el resto de Europa se ha venido desarrollando como rama específica del derecho, con una fuerza creciente, el derecho de los consumidores. Este aspecto habrá de estar presente en cualquier estudio acerca de la publicidad, sin que eso suponga identificar plenamente consumidor con audiencia[7] o destinatario de la publicidad.

Junto a las peculiaridades que presenta la publicidad, algunas de las cuales ya se han puesto de relieve, resulta imprescindible recordar que comparte determinados aspectos con otras formas de comunicación pública. Por eso algunas características de la configuración jurídica de la comunicación en general van a incidir sobre el mensaje publicitario. De esta forma, la publicidad no ha escapado al interés de distintas instancias normativas por regular la comunicación. Distintos órganos legislativos se han fijado desde sus ámbitos de competencias en este fenómeno y lo han regulado, y el interés ha ido creciendo paulatinamente al ritmo del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, En este sentido, el interés que ha mostrado la Unión Europea no es ni mucho menos una excepción, ya que tanto por su contenido como por su alcance resulta especialmente interesante la actuación de la Unión Europea en materia de comunicación, y de forma especial, en materia de comunicación comercial[8].

Queda todavía por reseñar un último apunte, antes de entrar en el estudio de la regulación jurídica del mensaje publicitario.

Hasta 1995 la regulación de las cuestiones publicitarias tenía naturaleza civil, En esa fecha, con la aprobación del nuevo Código Penal[9], la situación cambia y por primera vez se introduce la responsabilidad penal en materia publicitaria en nuestro país. Esta va a ser la razón por la que el presente trabajo se va a estructurar en tomo a los dos tipos diferenciados de responsabilidad, la civil y la penal.

Frente al delito publicitario, único, la regulación civil es mucho más abundante. A diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones comunicativas sí existe una norma específica para la publicidad: la Ley General de Publicidad cuyo articulado en lo

referente a la publicidad ilícita va a marcar el desarrollo del análisis que se desarrolla a continuación.

A pesar de seguir su articulado, dado que se trata de la norma especial, lo cierto es que a lo largo de las siguientes páginas se pondrá de manifiesto la necesidad de completar con un amplio abanico de normas esta ley si se quiere tener una idea de conjunto de la regulación del mensaje publicitario.

Esta necesidad de una interpretación más amplia sólo es el reflejo de la complejidad del fenómeno publicitario, como se ha apuntado previamente, y de las implicaciones que tiene la publicidad – comunicativas, pero también económicas y sociales – precisamente por las dimensiones que este fenómeno reúne.

2. El mensaje publicitario en el ordenamiento jurídico español

2.1. Introducción: Definición legal de publicidad

La existencia de una Ley General de Publicidad[10] hace que busquemos en ella, como punto de partida, cuál sea el concepto legal de publicidad, Aunque es cierto que su sola existencia no explica todos los pormenores del quehacer publicitario, puesto que es preciso completarla con muchas otras normas, sí es cierto que el citado texto legal, al igual que antes el Estatuto de la Publicidad [11], recoge los principios generales de la publicidad, es decir, una serie de exigencias que se derivan de la propia realidad publicitaria y que han de respetarse para que la actividad pueda ser calificada de lícita. Por ello tomaremos como punto de referencia la Ley General de Publicidad para avanzar, a partir de sus pautas, en el conjunto de la regulación.

La Ley General de Publicidad afirma en su artículo 2 que se entiende por publicidad "toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones". La publicidad es, por tanto, una forma de comunicación que se dirige a promover la contratación.

Ya se mencionaron antes, al referir la complejidad del fenómeno publicitario, algunas de sus diferencias con respecto a otras formas de comunicación. Me gustaría volver de nuevo sobre un rasgo esencial de la publicidad. La actividad publicitaria está siempre subordinada al ejercicio de otra actividad. Es decir, se trata de una actividad dependiente de aquella actividad principal que se quiere promover. La intencionalidad persuasiva, esencial a la publicidad, hace que ésta se nos presente con un valor instrumental determinante. En este sentido, entiendo que la definición acierta plenamente al concebir la publicidad como actividad de comunicación realizada en el marco del ejercicio de otra actividad, es decir, como tarea subordinada, sujeta a otra actividad o dependiente de ella.

Sin embargo, parece más criticable el hecho de que la definición se limite a entender por publicidad exclusivamente aquella actividad dirigida a promover la contratación. Resulta inadmisibles, como pone de relieve Santaella[12], entender por publicidad solamente aquellas actividades de comunicación cuyo fin es promover la contratación, cuando la propia ley entiende y reconoce que hay otros tipos de publicidad no

comprendidos en esta definición [13], y por tanto a los que no será de aplicación esta ley, excepto en lo referido a los contratos publicitarios[14].

No es este el lugar de avanzar en una nueva definición jurídica de publicidad. Por el momento, dejemos planteado el problema que suscita la definición del artículo 2 de la Ley General de Publicidad. Así, por tanto, la definición legal entiende la publicidad como actividad de comunicación al servicio de la actividad principal del anunciante, destinada a promover la contratación.

2.2. Publicidad ilícita

Al hablar de publicidad ilícita generalmente de lo que se está hablando es de mensajes publicitarios ilícitos, En la Ley General de Publicidad, publicidad ilícita equivale a mensaje publicitario ilícito[15].

La Ley General de Publicidad recoge como tipos de publicidad ilícita la publicidad engañosa, la publicidad desleal, la publicidad subliminal, la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer, y la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios [16]. Estos son los principales tipos de ilicitud que contempla la ley en torno al mensaje publicitario. A continuación, entraremos a analizar con más detalle cada uno de ellos.

2.2.1. Publicidad engañosa

La publicidad engañosa es, junto con la publicidad desleal, el centro de atención de todas las manifestaciones legislativas sobre la comunicación publicitaria en la mayoría de los países de nuestro entorno[17].

La publicidad engañosa se encuentra definida en el artículo 4 de la Ley General de Publicidad:

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 a los destinatarios.

La publicidad será engañosa, por tanto, no sólo si su contenido induce o puede inducir a error, sino también si el error se debe a su presentación o a cualquier otra circunstancia.

Esto nos lleva a pensar por una parte, que no es necesario que el contenido de la publicidad sea necesariamente engañoso, sino que bastará que el modo, la forma de decirlo, la presentación lo sean para que esa publicidad merezca el apelativo de engañosa. Y por otra, que de la calificación de engañosa de la publicidad no se hace depender un requisito objetivo sino subjetivo. Es decir, la publicidad no será calificada de engañosa únicamente por contener afirmaciones falaces, sino en la medida en que esas afirmaciones induzcan o puedan inducir a error al destinatario. La cualidad de

engañoso se hace descansar exclusivamente en el requisito subjetivo, y se olvida el requisito objetivo. De cualquier modo, la jurisprudencia comparada ofrece varios ejemplos de este supuesto ampliamente conocidos y citados.

Uno de ellos es el caso Tang que se produjo en Francia, Tang es una bebida del tipo refresco que se obtiene al mezclar productos químicos con agua. Tang no mentía en las indicaciones sobre datos del producto, que presentaba como "con gusto a frutas recién exprimidas", acompañándolo de la imagen de una naranja o un limón naturales. Tang no decía que se realizase con fruta fresca, sólo que tenía sabor a frutas. Sin embargo el Tribunal de Comercio de París va a entender que sí inducía a error a los consumidores, que creían adquirir un producto realizado con fruta fresca, y va a considerarlo como publicidad engañosa[18].

Otro caso de publicidad engañosa por la forma de presentación es el caso de las pastas alimenticias que se produjo en Alemania. En este caso se consideró que el cacareo de gallinas como fondo a un anuncio radiofónico para pastas alimenticias tenía como fin evocar una fabricación a base de huevos frescos, que no era cierta[19].

Del mismo modo, también podría considerarse engañoso el modo de presentar el tamaño de los productos, fácilmente manipulable en fotografías u otro material audiovisual, y que puede dar una impresión errónea del verdadero producto[20].

Volviendo a la definición, ésta afirma que la publicidad será engañosa tanto si induce efectivamente a error a los destinatarios como si simplemente es capaz de ello. Por tanto, y de acuerdo con el precepto legal, no sería necesario que hubiera de demostrarse que un solo consumidor ha sido efectivamente engañado para considerar que se está ante un caso de publicidad engañosa[21].

Ese error a que es inducido el consumidor puede afectarle en su comportamiento económico. No parece, sin embargo que se trate de un requisito exigible, si bien será lo habitual ya que la incidencia de la publicidad en el comportamiento económico del consumidor es considerable.

Además, tal como afirma el artículo 4, hay que tener en cuenta que la publicidad engañosa no sólo afecta a los consumidores, sino que también perjudica o es capaz de perjudicar a los competidores, y en este sentido podría ser calificada de desleal, aunque legalmente no esté contemplada como uno de los supuestos de publicidad desleal que luego recoge el artículo 6. El límite entre publicidad engañosa y publicidad desleal no siempre será claro, y muchas veces la distinción va a ser más teórica que real[22]: si de acuerdo con la citada definición la publicidad engañosa puede perjudicar a un competidor y por tanto distorsionar la competencia, del mismo modo la publicidad desleal puede, en ocasiones, inducir a engaño al consumidor[23].

En este sentido, la Ley de Competencia Desleal se refiere también a los actos de engaño como comportamientos susceptibles de constituir actos de competencia desleal. De este modo, habrá que ver cómo el engaño, y por tanto, la publicidad engañosa, constituye no solo un ilícito en materia publicitaria, sino también un ilícito concurrencial[24].

Evidentemente, es innegable que las formas de publicidad ilícita afectan, aunque sea de modo reflejo, a los competidores, porque en el fondo los distintos sujetos que

intervienen en el proceso publicitario – anunciantes, competidores, y consumidores – son inseparables y la interrelación que existe entre ellos hace que difícilmente se pueda afectar a uno sin que los otros resulten también afectados.

En el fondo, toda la regulación publicitaria gira en torno a la protección de los intereses jurídicos representados por cada uno de los sujetos intervinientes. En este sentido se puede apreciar la evolución legislativa, también en el caso de la publicidad, desde unas posturas en las que lo fundamental es la protección del empresario, según un modelo profesional[25], que aspira a proteger las posiciones adquiridas por la empresa en el mercado, hasta otras en las que la economía social de mercado da paso por una parte a una política de protección del consumidor, y por otra, a la flexibilización de las exigencias de los propios empresarios con respecto a sus competidores, en un modelo social de competencia.

El último inciso del artículo 4 añade aún otro matiz a la publicidad engañosa: la omisión. De este modo será engañosa aquella publicidad que silencie datos fundamentales cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios [26].

Esta especificación podría considerarse reiterativa, pues si el primer apartado de este artículo reputa engañosa toda publicidad que *de cualquier manera* induce o puede inducir a error, en principio se supondría incluida la omisión de datos fundamentales en esa afirmación, El legislador español, no obstante, ha preferido introducir esta puntualización de forma explícita.

A este respecto son interesantes las afirmaciones de M^a Josep Baró i Ballbé, quien sostiene que "en virtud del silencio del anunciante, se ocultan datos esenciales del producto o servicio anunciado, la omisión de los cuales provoca una falsa impresión en el consumidor o suscita en el expectativas razonables que los correspondientes bienes o servicios no pueden satisfacer"[27]. Según este autor, para que el silencio pueda calificarse como engañoso han de darse dos condiciones: que el anuncio provoque expectativas razonables en el consumidor (no podrán protegerse, por tanto, expectativas fantásticas o irracionales, sino expectativas lógicas) ; y que el engaño sea claro en el contexto del anuncio.[28]

2.2.1.1. Peligro de error subjetivo del consumidor y apreciación subjetiva de este peligro

En todo el concepto legal de publicidad engañosa hay de fondo un asunto que plantea problemas, La publicidad engañosa, tal como aparece definida en el artículo 4, no se limita al engaño efectivo, sino que se amplía a la posibilidad de que ese engaño se produzca. Nos enfrentamos a una cuestión delicada con la que la jurisprudencia ha tenido que trabajar: el peligro de error subjetivo del consumidor.

En este sentido, si estamos hablando no sólo de engaño real y efectivo, es decir, que alguien haya resultado lesionado en sus intereses debido a un mensaje publicitario ilícito, sino de que la publicidad sea calificada de engañosa únicamente porque existe la posibilidad de que ese engaño se produzca, hemos de enfrentarnos al hecho de que será necesario valorar esa posible inducción a error y en qué condiciones esa "posibilidad" va a constituir un caso de publicidad ilícita.

La Ley General de Publicidad no persigue tanto la falsedad misma en el mensaje publicitario como en la medida en que induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios. Dado que el destinatario es universal, resulta difícil la protección del consumidor o persona inconcreta, máxime cuando además, valoramos la posibilidad de inducir a error, sin que éste haya de ser necesariamente efectivo [29].

Esto nos lleva a cuestionarnos quién valora esa posibilidad de inducir a error a los destinatarios, interpreta, cómo se mide este peligro de error subjetivo del consumidor?

Las soluciones adoptadas en estos casos varían según los distintos países. En algunos casos, como ha ocurrido en alguna ocasión en Gran Bretaña, se utilizan encuestas de opinión[30]. En otros, se ha establecido como sistema de prueba que el juez pueda decidir según su propia experiencia (si él pertenece al círculo de destinatarios afectados) acerca del carácter engañoso o no del mensaje. Este es el caso de Alemania.

En el caso español[31], se introduce la subjetividad del juzgador, ya que es el juez quien ha de apreciar este peligro de error subjetivo del consumidor. En este sentido, existe un caso español especialmente significativo: El Caso Citroen. El mensaje central de ese anuncio venía constituido por la expresión "ni un duro hasta abril del 90", expresión con la que se pretendía aludir a la posibilidad de adquirir uno de los vehículos de la empresa anunciante sin tener que hacer frente al pago del vehículo hasta el mes indicado. Al lado de aquella expresión, sin embargo, aparecía un asterisco. Con él se remitía a una frase en la que, en letras mucho más pequeñas, se matizaba el mensaje central del siguiente modo: "excepto entrada inicial".

Básicamente, el tribunal de primera instancia considera engañosa la publicidad de Citroen en los siguientes términos:

La publicidad cuestionada responde al concepto legal de engañosa, por cuanto la frase utilizada para hacer atractiva ante el público la campaña divulgativa no se ajusta en modo alguno a la realidad de la oferta al no ser cierto que el pago del precio tuviese lugar a partir del mes de abril de 1990, toda vez que el eventual comprador de un vehículo venía obligado a satisfacer como entrada inicial un porcentaje del precio que tampoco especifica el anunciante.

Frente a tal conclusión, carecen de relevancia los argumentos esgrimidos por la parte demandada, ya que la frase "excepto entrada inicial" no sólo no complementa a la que sirve de llamada de atención a los destinatarios de la publicidad, sino que se opone radicalmente a ella y pone de manifiesto su falta de consistencia, pero dados el tamaño de sus letras – ostensiblemente más pequeñas que las del resto del anuncio y su propia ubicación, resulta inadecuada para cumplir de manera fiel la finalidad de toda publicidad, que es servir de manera veraz para promover la contratación de bienes, en este caso la venta de vehículos de la marca Citroen[32].

Se declara ilícita la publicidad de Citroén y condena a publicar la sentencia.

La sentencia de 7 de octubre de 1991, de la Audiencia Provincial de Madrid, por su parte, al cuestionar si el caso reúne las condiciones para ser entendido como publicidad ilícita sostiene en su fundamento jurídico tercero:

Puede declararse que la afirmación del primer párrafo, de que exista contraposición entre lo anunciado y las condiciones reales de compra, no pueden tenerse como cierto, pues, tras la frase 'ni un duro hasta abril del 90' existe un asterisco que remite a la frase de 'excepto entrada inicial', lo que motiva no haya contraposición entre lo anunciado y las condiciones reales de compra, ya que, en el propio anuncio se hace constar, expresamente, que existe una entrada inicial, (...) la segunda parte de la tesis demandante, para reputar engañosa la publicidad de la apelante, se basa en la diferencia de tamaño de las letras utilizadas, con lo que incide en un evidente contrasentido, pues si primero sostiene que el engaño se produce por no hacer constar las condiciones de la operación y luego admite que éstas sí constan, aunque sea en letra pequeña, ya no se puede entender producido el primer supuesto de la acción de demanda, siendo preciso determinar si esta frase, en letra más pequeña, puede ser constitutiva del engaño que se dice puede producir(...). El anunciante no está obligado a sujetarse en los mensajes publicitarios, a montarlos de acuerdo con unos esquemas predeterminados.

Igualmente, el fundamento jurídico cuarto continúa: "(...) el anuncio en los términos en que está concebido, no puede inducir a error ni puede interpretarse aisladamente una frase en él contenida, sino que debe serlo en la totalidad del contexto, (...) finalmente, puede añadirse que el mensaje debe motivar la decisión del comprador y, en el caso de autos, no se ha probado por la actora que haya habido un solo comprador engañado por el anuncio".

Por su parte, el Tribunal Supremo, al rechazar el recurso de casación, pone de manifiesto que el contenido del anuncio ya había sido objeto de ponderación y examen en la instancia, razón por la cual no se podía replantear en casación la apreciación que de la prueba se había hecho entonces. De lo contrario – afirma el Tribunal –, se convertiría el recurso de casación, de carácter extraordinario, "en una tercera instancia" en la que sería posible "una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el Tribunal a quo", En consecuencia, al no haber sido desvirtuada por la vía casacional adecuada la apreciación que de la prueba había hecho la Audiencia Provincial, la publicidad en cuestión no podía ser considerada engañosa y el recurso de casación debía ser estimado.

Lo dicho hasta ahora muestra la dificultad que existe a la hora de determinar si un mensaje publicitario es o no engañoso. Para superar en cierta medida esta dificultad, el artículo 5 de la Ley General de Publicidad recoge una serie de elementos que sirven como criterio para la posible calificación de engañosa de una publicidad determinada. El artículo 5 tiene carácter indicativo, no pretende ser una lista cerrada de condiciones determinantes de ilicitud, lo que deja abierta la puerta para que la jurisprudencia precise y concrete[33].

Además de lo dicho, hemos de tener en cuenta que la publicidad engañosa no sólo constituye un ilícito a efectos de Ley General de Publicidad: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, (ley 26/1984, de 19 de julio) también contempla como conducta contraria a los derechos de los consumidores, la publicidad engañosa. De este modo, la publicidad engañosa podrá ser, en virtud del artículo 8.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios perseguida y sancionada como fraude a los consumidores [34]. Además, recordaremos ahora, como ya se mencionó anteriormente, que la publicidad engañosa en virtud de la Ley de Competencia Desleal podrá constituir también un ilícito concurrencial[35].

2.2.2. Publicidad desleal

La publicidad constituye para la empresa una herramienta que puede contribuir al desarrollo de la competencia e incluso a veces avivarla hasta el punto de imprimirle un carácter desleal. El acto de publicidad resulta idóneo para elogiar los productos o servicios propios, pero también puede servir para atacar a la empresa del competidor, denigrar su persona, sus productos o servicios, o para aprovecharse ilícitamente del prestigio adquirido por éste.

En este sentido, una vez puesta de manifiesto la incidencia de la publicidad en el ámbito del mercado y el papel que juegan en la actividad publicitaria el anunciante y los competidores, es inevitable pensar en la regulación de la publicidad desleal. Una vez más, no será una sola la norma que regule este tipo de ilícito publicitario. En este caso los preceptos legales que habremos de analizar serán el artículo 6 de la Ley General de Publicidad y el capítulo II de la Ley de Competencia Desleal[36]. En este capítulo aparecen recogidas una serie de conductas que dan lugar a deslealtad concurrencial. Algunas de ellas pueden tener como vehículo la publicidad.

El artículo 6 de la Ley General de Publicidad distingue tres tipos de publicidad desleal, generalmente conocidos como publicidad denigratoria; publicidad adhesiva o parasitaria; y publicidad comparativa. Al análisis de estos ilícitos publicitarios dedicaremos las siguientes páginas.

2.2.2.1. Publicidad denigratoria

Según el apartado a) del artículo 6 de la Ley General de Publicidad será desleal la publicidad que tanto por su contenido como por su forma de presentación o de difusión provoque el descrédito o la denigración de una persona o empresa o bien de sus productos, servicios o actividades, ya sea de modo directo o indirecto[37].

La publicidad denigratoria incluye fundamentalmente dos tipos:

1) Publicidad denigratoria personal, es decir, la que desprestigia al competidor al referirse a circunstancias como su nacionalidad, raza ideología, religión, sexo, edad, condición social o cualquier otra circunstancia personal.

2) Publicidad denigratoria profesional: La que afecta a circunstancias de un competidor o de su empresa, que pueden tener trascendencia en el ámbito empresarial, así como la que pueda suponer un descrédito para sus productos, servicios o actividades.

Independientemente de la distinción que acabamos de establecer, en ambos casos se considera que existe publicidad desleal aun cuando las alegaciones publicitarias sean veraces. Es interesante destacar cómo la Ley General de Publicidad no exige que las alegaciones sean falsas para considerarlas denigratorias. Es decir, aunque la alegación publicitaria sea veraz, si sirve para desacreditar o menospreciar a una persona, empresa o a sus productos o servicios, merecerá el calificativo de desleal. Al prescindir del requisito de que las alegaciones denigratorias sean falsas, el artículo 6 a) dota de unos contornos muy amplios a la figura de la publicidad denigratoria.

Como contraste a este concepto de denigración publicitaria, la Ley de Competencia Desleal sí exige para considerar denigratorias las manifestaciones publicitarias el requisito de la falsedad^[38].

En principio, si el contenido es verdadero, parece que debería tenerse en cuenta, y probarse, la intencionalidad de causar ese resultado ilícito. No parece que debiera bastar con que efectivamente se llegue a un resultado denigratorio. De otro modo, sería fácil para los competidores ocultar la verdad que los consumidores tienen derecho a conocer^[39].

Lema Devesa pone de relieve aún otra diferencia entre ambos preceptos: "La Ley General de Publicidad exige, para que exista la denigración, que ésta sea efectiva: que realmente se desacredite al producto competidor. En la ley de competencia desleal basta la susceptibilidad de menoscabar el crédito de una empresa o producto ajenos, para que se considere la existencia de denigración."^[40]

2.2.2.2. Publicidad adhesiva o parasitaria

Se refiere a ella el artículo 6 b) de la Ley General de Publicidad y el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal, al reputar desleales los actos de confusión. Se trata de aquella publicidad que aprovecha la fama o el prestigio adquirido previamente por otra empresa, para, utilizando injustificadamente su denominación, siglas, marcas o distintivos, valerse de ese prestigio en beneficio propio y producir, de esta forma un perjuicio a la empresa afectada. Esta publicidad tiene como consecuencia, en la mayoría de los casos, el atraer la atención de los consumidores de la empresa perjudicada a la empresa que actúa deslealmente.

La Ley General de Publicidad considera adhesiva la publicidad en la que se utilicen marcas, signos, etc., parecidos, aun cuando no sean idénticos a los de otras empresas competidoras, induciendo a los destinatarios a confundirlos con los productos de éstas.

Normalmente, los actos de confusión se producen en materia de signos distintivos. En este sentido, el Tribunal Supremo ha ido elaborando una amplia jurisprudencia que prohíbe la confusión entre marcas, nombres comerciales o rótulos de establecimiento^[41].

Por lo demás, la Ley de Competencia Desleal introduce la figura del riesgo de asociación, tomada de la ley de marcas, para señalar que la existencia de este riesgo sobre la procedencia de los productos es suficiente para considerar desleal la correspondiente actividad.^[42]

2.2.2.3. Publicidad comparativa^[43]

La publicidad comparativa^[44] se encuentra regulada en nuestro país en la Ley General de Publicidad^[45] y en la Ley de Competencia Desleal^[46]. Además, en determinados casos en los que se alude explícitamente a una marca competidora, habrá que considerar también el Derecho de Marcas^[47]. Las diferencias que existen entre el texto de la Ley General de Publicidad y el texto de la Ley de Competencia Desleal son, fundamentalmente, diferencias terminológicas.

Para que la publicidad comparativa sea lícita deberá apoyarse en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, y deberán contraponerse los bienes o servicios a otros similares y conocidos o con una amplia participación en el mercado[48]. Además, y según establece la Ley de Competencia Desleal, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero cuando aquella se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.

Por otro lado, si la comparación publicitaria – como sucede generalmente – deja al producto competidor en una mala posición, esta circunstancia no puede considerarse como denigratoria, ya que la crítica que se pueda derivar de la comparación publicitaria va implícita en esta figura[49].

La regulación tiene su justificación última en la protección de los intereses que entran en juego en la comparación publicitaria, Se trata de proteger tanto los intereses jurídicos del empresario anunciante, como del empresario aludido, los consumidores o el interés general.

En el conflicto de intereses la doctrina[50] muestra su acuerdo en que el derecho de los consumidores y el interés general priman sobre el resto, puesto que la publicidad comparativa constituye una fuente de información para los consumidores, pero además, "estimula la competencia entre empresarios, ya que permitirá – en muchos casos – que nuevas empresas que accedan al mercado puedan poner de relieve características de sus productos o servicios, contraponiéndolos a productos ya existentes, beneficiando al consumidor"[51].

Resulta imposible pasar por alto en este estudio una norma recientemente aprobada por la Unión Europea en materia de publicidad: la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa [52]. La directiva, aprobada finalmente el 6 de octubre de 1997, responde al interés de la Unión Europea prácticamente desde la aprobación de la directiva de publicidad engañosa en 1984, de abarcar también la regulación de la publicidad comparativa. De cualquier modo, el texto final aprobado exigirá pequeñas modificaciones de detalle y en ningún caso una revisión global del régimen jurídico de la publicidad comparativa en España[53].

2.2.3. Publicidad contraria a valores constitucionales[54]

Resulta bastante claro que cualquier actividad publicitaria que atente contra valores y derechos constitucionales ha de ser considerada ilícita por su carácter anticonstitucional. En este sentido, no parecía necesaria la inclusión en la Ley General de Publicidad de este tipo de ilicitud [55], sobretodo si se tiene en cuenta que la Constitución misma es norma de aplicación directa en todo su articulado como el Tribunal Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia [56]. Dado que se trata de un presupuesto radical en lo que se refiere a cualquier conducta, lo será también en el caso de la publicidad. Se trata de un supuesto previo a otros tipos de ilicitud especiales, en este caso, el ilícito publicitario, puesto que la publicidad así descrita, será primero ilícita por oponerse a la Carta Magna, y después en cuanto publicidad ilícita, sancionada, además, en la norma especial.

El fundamento de la ilicitud de esta publicidad contraria a la dignidad de la persona y a los valores y derechos reconocidos en la Constitución se encuentra en un hecho tan evidente como que toda actividad publicitaria contraria a esos valores y derechos es ilícita por su carácter anticonstitucional[57].

El precepto citado destaca primero la dignidad de la persona. El derecho publicitario español, anterior a la Ley General de Publicidad[58], formulaba la misma idea, pero de forma más sintética, en el denominado "principio de legalidad". El atentado contra los derechos de la personalidad se incluye también aquí por ser estos derechos proyección de la dignidad de la persona y encontrarse entre los valores y derechos reconocidos en la Constitución.

2.2.4. Publicidad subliminal[59]

Lo fundamental en este tipo de publicidad, la nota definitoria, es la no percepción consciente del mensaje publicitario por parte del receptor. La prohibición de este tipo de publicidad supone llevar a sus últimas consecuencias el principio de autenticidad o de identificación publicitaria. El público tiene derecho a conocer de forma perceptible cuándo está recibiendo mensajes publicitarios. Si anunciantes y medios tienen la obligación de identificar los mensajes publicitarios como tales, es perfectamente coherente prohibir que la publicidad se propague o difunda mediante técnicas subliminales.

Por otra parte, la prohibición de la publicidad subliminal supone también una consecuencia lógica del respeto a la dignidad de la persona. Este respeto exige que cualquier comunicación, y especialmente una comunicación interesada como es la publicitaria, sea percibida conscientemente. Lo contrario supone una manipulación sobre la persona, incompatible con la dignidad y libertad de todo ser humano, principio clave del sistema de derechos humanos y de nuestro ordenamiento jurídico.

2.2.5. Publicidad contraria a ciertas normativas especiales [60]

La LGP distingue entre el régimen general y las regulaciones especiales para la publicidad de determinados productos. Estos regímenes especiales son los previstos en el artículo 8, de manera que la publicidad de determinados productos[61] podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran.

El artículo 8 establece una excepción a la regulación general de la publicidad ilícita al remitir a normas específicas que contemplen la publicidad de determinados productos, bienes o servicios. Esta regulación especial podría estar justificada por la especial naturaleza de los productos aludidos, ya que afectan o pueden afectar a determinados bienes jurídicos cuya protección asume el Estado (como puedan ser el derecho a la salud, la defensa del consumidor, etc.). Sin embargo, resulta difícilmente justificable la existencia de un régimen de autorización administrativa previa para la publicidad, En este sentido, suscribimos las palabras de Loreto Corredoira cuando afirma:

Resulta paradójico que una ley como ésta, que en su preámbulo invoca la jurisdicción ordinaria como garante del público frente a la publicidad ilícita, establezca a

continuación, primero un procedimiento administrativo previo, que resultará a la larga impracticable y, segundo, considere infracciones los cumplimientos de las normas especiales aludidas (...). La ley, pues, faculta al legislador a establecer en cualquier momento normativas especiales para ciertos productos, lo que no quiere decir que deba hacerlo siempre[62].

Por otra parte, el artículo 8.5. introduce la prohibición expresa de la publicidad de tabacos y bebidas alcohólicas con graduación superior a 20 centesimales, por medio de la televisión [63], así como en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo, La referencia directa de la Ley General de Publicidad a un medio concreto de comunicación, el televisivo, para prohibir la publicidad de determinados productos de consumo legal y cuya publicidad no ha sido prohibida en otros medios, pone de manifiesto el tratamiento específico que en virtud del medio por el que se difunde va a tener la publicidad en nuestro país.

2.3. Delito Publicitario

La publicidad engañosa había sido tradicionalmente considerada en España como un ilícito civil. Sin embargo, el Nuevo Código Penal recoge, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, el delito publicitario[64] en el artículo 282 en los siguientes términos:

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

Este artículo presenta una serie de problemas técnico – jurídicos nada desdeñables. Destacaremos, en primer lugar que el citado artículo tipifica lo que la doctrina penalista denomina un delito especial en sentido propio[65]. Es decir, aquel en el que la acción sólo puede ser cometida por personas que reúnan determinadas cualidades. En este sentido, serán considerados autores en sentido estricto del delito publicitario los fabricantes o comerciantes. Las agencias de publicidad y los medios de difusión que intervengan en el proceso publicitario no pueden ser considerados autores en sentido estricto.[66]

Pero en ocasiones, será muy difícil determinar quién es el fabricante o comerciante, porque el mundo mercantil puede ser bastante opaco en materia de sociedades. El denunciante o querellante puede perderse ante un complejo entramado de empresas, sin saber a ciencia cierta contra quién debe actuar penalmente. A lo anterior hay que añadir otras dificultades en materia de autoría: puesto que en Derecho penal las personas jurídicas no delinquen, será preciso determinar en la denuncia o querrela quién es la persona física que actúa como administrador o en nombre o en representación de la empresa anunciante, en virtud del artículo 31 del nuevo código[67].

El tipo delictivo lo constituyen las alegaciones falsas o inciertas sobre productos o servicios de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores[68]. El delito publicitario así tipificado no exige el daño, sino sólo su

posibilidad, lo que desde luego no va a favorecer la seguridad jurídica en materia penal y lógicamente va a incrementar la dificultad del tipo. De hecho este parece el principal problema que presenta este artículo y lo más criticable de su redacción.

La inclusión del delito publicitario en el proyecto de Código Penal llevó a las asociaciones profesionales del sector a iniciar una crítica que no terminó de dar resultados, a la vista del texto final. Paradójicamente, el citado artículo tampoco ha satisfecho a penalistas[69] ni a consumateristas[70]. Habrá que esperar a la aplicación del artículo 282 para ver si los miedos de unos y otros eran fundados.

3. A modo de conclusión

El repaso a la regulación del mensaje publicitario desarrollado en las páginas precedentes pone de manifiesto algunas cuestiones que, a modo de conclusión, se apuntan como cierre de este estudio.

1) La primera conclusión que podemos extraer de lo dicho es que la regulación de la actividad publicitaria ha dado lugar en nuestro país a un conjunto de normas muy diversas que distan de constituir un cuerpo unitario, estructurado y autónomo, de modo que no es fácil afirmar que exista un Derecho de la Publicidad propiamente dicho. Encontramos, al abordar la regulación de la publicidad todo un mosaico de diferentes normas que configuran el estatuto jurídico de la publicidad pero carente de sistematización, falto de una razón unificadora de fondo.

2) La complejidad de la regulación responde, en el fondo, a la complejidad del fenómeno publicitario mismo, asunto que quedó de manifiesto al señalar someramente las diferencias existentes entre el proceso de comunicación pública en general y el proceso de comunicación publicitaria.

3) El momento actual se presenta especialmente interesante para avanzar en la construcción de un derecho de la publicidad que responda a su naturaleza, puesto que se conjugan una serie de factores que nos hacen insistir en la necesidad de un cambio no muy lejano.

Los retos que la sociedad de la información está ya planteando afectan también a la publicidad y a su regulación. Asistimos a un momento en el que los nuevos medios y soportes tecnológicos plantean nuevos desafíos[71]. De ahí que la regulación de la publicidad está más necesitada que nunca de coherencia y sistematización.

[1] En palabras de DESANTES, "la publicidad es genéricamente Información en el doble sentido de actividad y resultado de tal actividad, que es a lo que llamamos mensaje" (DESANTES, José María, "La Ley General de Publicidad y la legislación protectora de los consumidores", *Comunicación y Sociedad*, Vol. IV, nº 2, 1991, p. 69). Otra división inicial típica es la que aborda el fenómeno publicitario desde la triple perspectiva compuesta por el medio, el modo y el mensaje. Véase, por ejemplo, AAVV,

Derecho de la Información, (II) Los mensajes informativos, Colex, Madrid, 1994, p. 11
1. No deja de ser una aproximación válida, aunque

entendiendo que es preferible limitamos a la apuntada en el texto, posiblemente más básica, pero suficiente a los efectos del presente trabajo, ya que no es este el lugar de profundizar en cuestiones ajenas al aspecto jurídico de la publicidad.

[2] Podríamos cuestionamos las relaciones jurídicas que se establecen entre el anunciante y la agencia, o entre estos y el medio de difusión; podríamos pensar también en la cuestión de la propiedad intelectual que rodea al resultado creativo de la publicidad, pensar en los conflictos que puede generar el uso de la imagen de las personas para fines comerciales o publicitarios, y así seguir con un largo etcétera. Sin embargo, estas cuestiones y otras que tienen que ver con la actividad publicitaria resultan accesorias en este trabajo, en el que nos limitaremos al marco jurídico del mensaje publicitario.

[3] Como gráficamente afirma DESANTES, "para nada serviría la publicidad si no se comunicase". (DESANTES, José María, "La Ley General de Publicidad...", *op. cit.*, p. 69).

[4] Desde el punto de vista del sujeto emisor, en la relación publicitaria, además de quien in-forma ("pone en forma" el mensaje publicitario), aparece la persona en cuyo interés se realiza la publicidad: el anunciante, esa es la principal novedad y diferencia con respecto a los otros modos informativos. La Ley General de Publicidad (art. 10) define al anunciante como la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad. Lo jurídicamente relevante es que la publicidad se realice en interés de esa persona. La Ley de Competencia Desleal (art. 3.1) va más allá al no exigir del anunciante la condición de empresario o profesional, sino "cualesquiera personas físicas o jurídicas que participen en el mercado". (Cfr. PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la ley de publicidad de 1988*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1991, p. 35).

[5] La definición de destinatario de la publicidad que da la Ley General de Publicidad (art. 2 "las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance") permite considerar por tales a un amplio espectro de personas, tanto físicas como jurídicas, de modo que serán destinatarios de la publicidad aquellas personas que sin pertenecer al colectivo específico que persigue el anunciante, reciben efectivamente la publicidad difundida por este (cfr. PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica en la actividad...*, *op. cit.*, p. 28). En este sentido en poco difiere la descripción del receptor o destinatario de la publicidad con la del receptor de la comunicación pública en general. Sin embargo, dentro de este amplio espectro de sujetos se encuentran los consumidores, como tipo específico de destinatarios del mensaje publicitario, ya se trate de consumidores potenciales o reales. A este respecto resulta muy interesante la distinción que establece Alberto BERCOVITZ entre la noción concreta y la noción abstracta de consumidor, ya que entiende que consumidores en sentido abstracto serán todos los ciudadanos (Cfr. BERCOVITZ, Alberto, "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores de la Ley General de Consumidores y Usuarios, Comentarios a la Ley General de Consumidores y Usuarios", *Estudios sobre Consumo*, n 6

[6] Lógicamente, la excepción a esta afirmación general será la publicidad realizada por empresas de comunicación.

[7] El hecho de contemplar la figura del consumidor no puede hacernos olvidar que la publicidad es un modo de comunicación específico, pero inserto en el esquema general de la relación de comunicación pública. Por tanto, el receptor de la publicidad es "receptor de comunicación publicitaria" además de consumidor, por lo que jurídicamente nos encontramos con un sujeto que reúne ambas cualidades.

[8] La Unión Europea ha evolucionado en sus planteamientos desde la Directiva de Publicidad Engañosa de 1984, Directiva 84/450/CEE (a la sazón inspiradora de nuestra Ley General de Publicidad junto con el Estatuto de la Publicidad, Ley 61/1964, de 11 de junio) en cuyo preámbulo sostiene que el interés por regular la publicidad en el ámbito comunitario se dirige a evitar distorsiones de la competencia en el mercado interno, hasta llegar al Libro Verde sobre las Comunicaciones Comerciales, de 1996, en el que se adivina una importancia creciente del aspecto comunicativo del fenómeno publicitario. Sobre la evolución de la regulación comunitaria en materia de publicidad, véase, HIGUERAS, Inmaculada, "La libertad de información comercial en el marco europeo: la publicidad en la Unión Europea y en el Consejo de Europa", Comunicación presentada al Congreso "Libertades informativas en el mundo actual", Universidad Complutense, Madrid, octubre 1997, en prensa.

[9] Ley Orgánica 10/1995, de 13 de noviembre, del Código Penal.

[10] Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

[11] Ley 61/1964, de 11 de junio. El Estatuto de la Publicidad constituyó en su momento una innovación legislativa no sólo en el derecho español sino en todo el ámbito europeo. La necesidad de actualizar esta norma, unida a la incorporación de España a la Unión Europea (y la necesidad por tanto de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva de publicidad engañosa de 1984,-vid. nota 8) son los factores que llevan a la redacción de la Ley General de Publicidad en 1988.

[12] Pero eso no supone, en nuestra opinión, que el concepto así definido sea el que se corresponde con la realidad socioeconómica de la publicidad, ni que, por otra parte, ese concepto definido de forma precisa sea el único relevante a efectos jurídico – publicitarios. Ello lo evidencia no sólo la realidad social y profesional de la publicidad, sino la misma ampliación que la Ley General de Publicidad realiza a las "actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2", respecto de la aplicación a las mismas de lo dispuesto en el Título III de la ley (de la contratación publicitaria) sobre ordenación de las relaciones contractuales en la materia" (SANTAELLA, Manuel, *El nuevo derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, 1989, p. 50).

[13] Art. 9 Ley General de Publicidad: "Los contratos publicitarios se regirán por las normas contenidas en el presente título y, en su defecto, por las reglas generales del derecho común. Lo dispuesto en el mismo será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2".

[14] En este sentido resulta revelador a los efectos de contrastar este cuasi – reconocimiento legal de varios tipos de publicidad en una ley que pretende ser general, poner en contacto la definición citada con el concepto de publicidad (televisiva, por ser ese el ámbito que se pretende regular) que adopta la Resolución de 17 de abril de 1990, de la Dirección General de Medios de Comunicación Social, por la que se hacen públicas las normas de admisión de publicidad, aprobadas por el consejo de administración del Ente Público Radiotelevisión Española. En su artículo 2 se afirma: "*Ámbito material*. A los efectos de las presentes normas se entenderá por publicidad toda forma de comunicación realizada a través de TVE por una persona física o jurídica, pública o privada, en ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirectamente la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. Se excluyen del ámbito de aplicación de estas normas, las formas de comunicación que, adoptando modalidades externas propias de los mensajes publicitarios, no tienen como finalidad la contemplada en el párrafo anterior."

[15] A pesar de que la ley no establece esta diferencia, es evidente que lo habitual será que la solicitud resida en el mensaje publicitario y de forma muy marginal en otros aspectos, como la forma de difusión, el medio, etc. Compartimos, por tanto la opinión de SANTAELLA (Cfr. SANTAELLA, Manuel, *El nuevo derecho de la felicidad*, Civitas, Madrid, 1989, p. 111).

[16] Vid. Artículo 3 de la Ley General de Publicidad.

[17] Cfr. SANTAELLA, Manuel, *El nuevo derecho de la publicidad, op. cit.*, p. 110.

[18] Cass. Crim. de 13 de marzo de 1979. Caso citado por DE CHANTÉRAC, V. y FABRE, R., *Droit de la publicité et de la promotion des eentes*, Dalloz Gestion-Marketing, París, 1986, p. 146.

[19] Sentencia del Bundesgerichtshof alemán, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. (GRUR), 1961, p. 544. Citado por HOFFMAN, "Publicidad engañosa, derecho comunitario y reglamentación nacional", *Cuadernos sobre Consumo*, n' 19, 1990, p. 14.

[20] Esta posibilidad concreta, que yo entiendo incluida en "la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación" y cuyo caso más típico se produce en la publicidad de juguetes, está específicamente considerada en el artículo 14. f) ("los juguetes deberán presentarse en el anuncio de modo que produzcan una impresión real de su tamaño") de las normas de admisión de publicidad de RTVE. Resolución de 17 de abril de 1990, de la Dirección General de Medios de Comunicación Social, por la que se hacen públicas las normas de admisión de publicidad, aprobadas por el consejo de administración del ente público radiotelevisión española.

[21] Sin embargo, en la práctica algún tribunal ha entendido que no se podía considerar engañosa una publicidad por no haberse acreditado ningún consumidor efectivamente engañado, a pesar de lo que dice la Ley General de Publicidad. Sentencia de 7 de octubre de 1991, (Caso Citroén) de la Audiencia Provincial de Madrid, Fundamento jurídico cuarto: "Finalmente, puede añadirse, que el mensaje debe motivar la decisión

del comprador y, en el caso de autos, no se ha probado por la actora que haya habido un solo comprador engañado por el anuncio".

[22] Piénsese, por ejemplo, en la publicidad adhesiva o parasitaria ("confusionista" para algún autor), en la que la deslealtad en la competencia consiste precisamente en buscar la confusión del consumidor al pretender atraer el prestigio de una marca competidora sobre la propia.

[23] Como dice CARLOS LEMA DEVESA, "debe superarse esta división artificial que ha introducido nuestro legislador entre publicidad desleal y publicidad engañosa. (...) La división que llevó a cabo el legislador de 1988 sólo tiene sentido en el marco de una protección corporativa de la competencia desleal. Esto es, dentro de una visión de la materia que considera publicidad desleal a aquella que vulnera los intereses de los competidores y publicidad engañosa la que atenta contra los intereses de los consumidores." (LEMA DEVESA, Carlos, *La publicidad desleal, modalidades y problemas*", *Revista General de Derecho*, n562 – 563, julio-agosto 1991, p. 6137).

[24] Artículo 7 Ley de Competencia Desleal Actos de engaño: "Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas". Basta que se induzca a error a los consumidores para calificar la publicidad de engañosa, siendo irrelevante la intencionalidad o negligencia del anunciante. Las dos leyes disponen que para que haya publicidad engañosa no es necesario que se induzca efectivamente a error al público. Es suficiente la susceptibilidad o, lo que es lo mismo, la potencialidad de inducir a error, para que la publicidad pueda sancionarse.

[25] Cfr. MENÉNDEZ, Aurelio, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, p. 27 y ss.

[26] Además, LEMA DEVESA sostiene que en el caso de la publicidad engañosa por omisión, no basta la susceptibilidad de engaño sino que debe inducirse a error de manera efectiva. Cfr. LEMA DEVESA, Carlos, "La publicidad desleal...", op. *cit.*, p. 6139.

[27] BARÓ I BALLBÉ, M^a Josep, *Publicitat il·lícita i la defensa dels consumidors*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1992, p. 187. Un ejemplo típico de publicidad engañosa por omisión es el caso "Minivacaciones Cepsa", (citado por GONZÁLEZ CASARRUBIOS, Carlos y FRUTOS ROSADO, Jesús, "Los procedimientos de publicidad desde la entrada en vigor de La Ley General de Publicidad. El asunto Citroen", *Directiva*, n' 2, 1990, p. 217). En un folleto publicitario se afirmaba que "se regalaban tres noches de hotel para dos personas por el cambio de aceite o la compra de 5 o más litros". Con posterioridad a la prestación del servicio se entregaba al cliente un catálogo con los hoteles en oferta. Además, para poder beneficiarse de la promoción habían de contratarse obligatoriamente unos servicios mínimos en los hoteles. Esta información se omitía en el folleto y así la información era incompleta y la publicidad engañosa. La UCE comunicó a CEPSA, el 28 de julio de 1989 que esta publicidad era

engañoso por omisión y la empresa respondió el 1 de agosto, expresando la intención de incluir en los folletos la información necesaria omitida.

[28] BARÓ I BALLBÉ, MJosep, *La Publicitat il·licita i la defensa dels consumidor*, op. cit., p. 187.

[29] Para determinar esta posibilidad de inducción a error Manuel Pino Abad considera que habría que tener en cuenta el criterio del consumidor medio, "un tipo ideal medio de destinatario, incluso distraído, desprevenido o de escasa educación" (PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica en la actividad...*, op. cit., p. 55). Además, este autor señala en este mismo sentido a DE LA CUESTA RUTE, José María, "Observaciones sobre la Ley General de Publicidad", *Revista Jurídica de Cataluña*, n4, 1989, p. 68, y a MADRENAS I BOADAS, Carme, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, Madrid, 1990, p. 191.

[30] Cfr. MADRENAS, Carme, *Sobre la interpretación de las...*, op.cit., p. 23.

[31] FERNÁNDEZ NOVOA considera que a la hora de interpretar un anuncio hay que tener presentes varios criterios: la exactitud gramatical de las alegaciones publicitarias que se entenderán inexactas si el público las entiende en sentido opuesto; al interpretar el anuncio lo que habrá de tenerse en cuenta es cómo el público interpreta las expresiones publicitarias; el juez prescindirá de su experiencia al interpretar las expresiones publicitarias salvo cuando pertenezca al sector de consumidores al que se dirige el anuncio. (este es precisamente el caso de Alemania); el sentido del anuncio viene dado por el efecto de conjunto que éste produce sobre el consumidor medio. Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias", *Revista de Derecho Mercantil*.

[32] Sentencia de 23 de marzo de 1990, Juzgado nº 3, Madrid (fundamento jurídico tercero)

[33] El artículo 5 recomienda tener en cuenta indicaciones como: origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad; calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación; modo y fecha de fabricación, suministro o prestación; resultados que pueden esperarse de su utilización; resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios; etc. Una serie de ejemplos de estos y el resto de los casos indicados en el artículo 5 de la Ley General de Publicidad puede verse en CORREDOIRA, Loreto, *Comentarios a la Ley de Publicidad*, Bosch, 1993, p. 39 y ss.

[34] Resulta interesante detenernos en el artículo 8 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios en su conjunto, puesto que la exigencia de veracidad en las afirmaciones publicitarias y demás tipos de oferta que realice el anunciante reviste la consideración de oferta pública, vinculante para el anunciante. Del mismo modo, el apartado 2 supone una manifestación más del principio pro *consumatore* que está inspirando toda la ley. (Cfr. DESANTES, José María, "La Ley General de Publicidad...", op. cit., p. 76). Por otra parte, resulta igualmente interesante poner en contacto el artículo 13 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios con el artículo 5 de la Ley General de Publicidad, puesto que si el primero, con el fin de asegurar una información veraz y suficiente para el consumidor exige que

se informe sobre una serie de aspectos, el artículo 5 de la Ley General de Publicidad presenta un listado coincidente en muchos puntos con aquel, acerca de las indicaciones que incluye la publicidad y a las que habrá que atender a la hora de determinar si el mensaje constituye un caso de publicidad engañosa.

[35] Sólo nos queda por señalar para cerrar el tema de la publicidad engañosa, la cuestión de la publicidad encubierta, cuando al público se le engaña en cuanto a la naturaleza de la comunicación, que no se revela como tal comunicación publicitaria aunque su contenido sea veraz. Hay quien la incluye en la publicidad engañosa (al afirmar la ley que "será engañosa aquella publicidad que, de cualquier modo, incluida su presentación..."), con lo que la publicidad encubierta se entiende incluida aquí. Hay también autores que la incluyen en el artículo 11 de la Ley General de Publicidad, y por tanto considerada separadamente por el legislador, pero incomprensiblemente no incluida entre los tipos de publicidad ilícita, sino en el título III, referido a la contratación publicitaria.

[36] Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

[37] Este texto contempla todas las posibilidades, recordando el "de cualquier manera" utilizado al abordar la publicidad engañosa, y refiriéndose en este caso al mensaje, el modo y el medio utilizados en la publicidad. SANTAELLA sostiene que en cuanto al medio, "cabe pensar en una hipotética utilización privilegiada de un medio público que discrimine entre los anunciantes que pretenden el acceso al mismo, aunque difícilmente se puede concebir que la utilización de un medio publicitario cualquiera pueda, por ese solo hecho, engendrar descrédito, denigración o menosprecio". (SANTAELLA, Manuel, *El nuevo derecho de la Publicidad, op cit.*, p. 115). Ciertamente resulta difícil imaginar este caso, aunque creo que en esta categoría serviría de ejemplo la disputa que se produjo entre Iberia y British Airways. La primera se quejaba de que la segunda había insertado un encarte (en el que se podía leer "Atención no se ha equivocado usted de avión?") en los periódicos que iban a ser repartidos a bordo al pasaje. Se da la circunstancia de que la citada inserción no se había realizado en el total de los ejemplares de esos periódicos, sino solamente en aquellos cuya difusión se realizaba en aviones de Iberia. "Iberia retira un encarte de British Airways en diarios de distribución en aviones", *Anuncios*, n' 631, 28 – IX – 1994 al 4 – XII – 1994, p. 6..

[38] Ley de Competencia Desleal. Artículo 9: "*Actos de denigración*: Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes".

[39] Parece que lo que el Derecho ha de prohibir no es tanto la revelación de actos o circunstancias poco gratificantes, sino el aprovecharse de estas para obtener una posición de ventaja personal, incidiendo así en el descrédito del competidor. La Ley de Competencia Desleal de 1991 responde básicamente a un modelo social, frente a la legislación anterior, y también frente a la consideración que tiene la Ley General de Publicidad acerca de la publicidad desleal. La anterior legislación de la competencia, sólo tiene en cuenta los intereses de los profesionales y empresarios, pero no los de los demás sujetos intervinientes en el mercado, como son los consumidores. La anterior legislación y también el artículo 6 de la Ley General de Publicidad imponen un modelo

profesional a la hora de regular la competencia desleal, contrastando así con lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal, que considera, en general, ilícito todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, con lo que se pueden invocar también las normas éticas surgidas en las relaciones empresarios – consumidores y no sólo las surgidas en las relaciones entre empresarios. La diferencia reside, básicamente en que "normas de corrección" se refiere sólo a la competencia y no a todos los participantes en el mercado. Además, esta expresión carece en nuestro ordenamiento jurídico de raigambre, por lo que su interpretación puede plantear muchas dudas. La expresión "buena fe" utilizada por la LCD se refiere tanto a las normas de corrección profesionales como éticas en general; por eso esta cláusula general nos parece más acertada. La parte positiva, sin embargo, de esta cláusula, está en el hecho de ser una cláusula general prohibitiva, es decir: los continuos avances que se producen en las técnicas utilizadas en la actividad publicitaria condenarían al fracaso cualquier intento de regular casuísticamente todos los supuestos de publicidad ilícita, ya que de ser así se tendría que estar constantemente modificando y actualizando la norma. Serán los Tribunales los que se vean obligados a aplicar esta cláusula general para reprimir nuevas modalidades de publicidad ilícita. Cfr. PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica en la...*, op. cit., p. 75.

[40] LEMA DEVESA, Carlos, "La publicidad desleal...", op. cit., p. 6146.

[41] Ahora bien, hay que tener en cuenta que la ley de competencia desleal va más allá y prevé la declaración de desleal, para la actividad que pueda generar confusión con los productos – en sí mismos considerados – de un empresario competidor. Dicho con otras palabras, pueden existir actos de confusión aunque no se imiten las marcas, si se imitan las formas o presentaciones del producto ajeno. Cfr. LEMA DEVESA, Carlos, "La publicidad desleal...", op. cit., p. 6144. Además, por lo que respecta a la marca registrada el nombre comercial y el rótulo de establecimiento es imprescindible considerar la ley de marcas Ley 32/1988.

[42] *Ibid.*

[43] Para un estudio de los problemas ético – jurídicos que plantea la publicidad comparativa, Véase mi trabajo con LÓPEZ MANERO, Cristina, "Ética en la publicidad comparativa: El caso Goldstar", Comunicación presentada a los VII Coloquios de Ética Empresarial del IESE, Barcelona, 1997, en prensa.

[44] En definición de TATO, Anxo, "aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado directo o indirecto de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos" (*La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 41).

[45] Ley General de Publicidad, Artículo 6, "es publicidad desleal: c): 'La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado'."

[46] Ley de Competencia Desleal, Artículo 10.1.: "Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propio o ajenos con los de

un tercero cuando aquella se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables. 2. Se reputa también desleal la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes". Para la doctrina, los dos complejos de regulación son aplicables el uno al lado del otro, Se puede optar, por tanto, por una u otra acción, o bien acumular ambas acciones en la misma demanda. Cfr. TATO, Anexo, *La publicidad comparativa...*, *op. cit.*, p. 217 – 220.

[47] Ley 32/1988, de Marcas, Art. 33. 1. Siempre que se haga de buena fe y no constituya uso a título de marca, los terceros podrán, sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el mercado: a) su nombre completo y domicilio; b) Indicaciones relativas a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, procedencia geográfica época de producción del producto o de prestación del servicio u otras características de éstos.

[48] Véase Art. 6 c) de la Ley General de Publicidad.

[49] LEMA DEVESA, Carlos, "La publicidad desleal...", *op. cit.*, p. 6147. De la misma opinión es TATO, Anexo, "Breves notas en tomo a la Directiva Comunitaria sobre la publicidad comparativa y su incidencia en el derecho español", *Autocontrol de la Publicidad*, n 1998, p. 25.

[50] Véase por ejemplo, TATO, Anexo, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

[51] LEMA DEVESA, Carlos, "La mención de la marca ajena en la publicidad", *La Ley*, 1993,

Vol. 4, p. 925.

[52] Vid. *DOCE*, nL290, 23 – X – 1997. Para un estudio del documento finalmente aprobado y las implicaciones que tiene para el derecho de la Publicidad en España, véase, por ejemplo, TATO PLAZA, Anexo, "Breves notas...", *op. cit.*, pp. 19 – 27.

[53] Suscribimos aquí el acertado punto de vista de TATO PLAZA: "En estas circunstancias, resultaría absolutamente innecesaria la promulgación de una nueva Ley por la que se procediese a un incorporación íntegra y literal de la directiva comunitaria. Una ley como la descrita, además, podría ser incluso desaconsejable, pues oscurecería aún más el ya confuso panorama del Derecho de la publicidad y de la competencia desleal en España" (TATO, Anexo, "Breves notas...", *op. cit.*, p. 27).

[54] Art. 3. Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

[55] De hecho, la inclusión de este punto en la Ley General de Publicidad ha sido muy discutida por la doctrina. Cfr. DE CASTRO MARTÍN, J. L., "Los supuestos de publicidad ilícita en la nueva Ley General de Publicidad", *ICADE*, nº 18, 1989, p.75 DE LA CUESTA RUTE, José María, "Observaciones sobre la Ley General de

Publicidad", *Revista Jurídica de Cataluña*, n4, 1989, p. 59; SANTAELLA, Manuel, "El nuevo derecho de la publicidad", *Civitas*, Madrid, 1989, p. 108.

[56] Vid. STC de 15 de junio de 1981; STC de 28 de abril de 1982; STC de 20 de diciembre de 1982.

[57] La ilicitud de estas manifestaciones publicitarias resulta de un hecho tan evidente que, como dice CUESTA RUTE, "el apartado a) del artículo 3 de la Ley General de Publicidad no era imprescindible, pues aunque no existiera su mandato resulta de los preceptos constitucionales que, es sabido tienen un valor normativo directo. Otra cosa hubiera sido si en lugar de contener una norma tan obvia, el art. 3 a) de la Ley General de Publicidad se hubiera

consagrado a establecer, como hacía el artículo 7 del EP unos estándares de conducta tales como el buen gusto y el decoro social y la moral y las buenas costumbres, porque estas cláusulas generales podrían suponer una mediación eficaz para el juzgador y, en general, el intérprete, entre los variados valores constitucionalmente reconocidos y la aplicación del caso. (Cfr. DE LA CUESTA RUTE, José María, "Observaciones sobre la Ley General de Publicidad", *op. cit.*, p. 59). También SANTAELLA considera que "en rigor, la proclamación del artículo 3a) de la Ley General de Publicidad (...) desde el punto de vista de su necesidad no puede considerarse rigurosamente imprescindible" (SANTAELLA, Manuel, "El nuevo derecho de la publicidad", *op. cit.*, p. 108).

[58] Estatuto de la Publicidad Ley 61/1964, de 11 de junio.

[59] Ley General de Publicidad Artículo 7: "A los efectos de esta ley, será publicidad subliminal la que, mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida."

[60] Ley General de Publicidad artículo "3e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios". El contenido de este precepto se desarrolla en el artículo 8 de la Ley General de Publicidad.

[61] Materiales o productos sanitarios y aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico – sanitarias, así como los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar. Cfr. Artículo 8.1. de la Ley General de Publicidad.

[62] CORREDOIRA, Loreto, *Comentarios a la Ley de Publicidad*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 55.

[63] Ya se han mencionado a lo largo del presente trabajo las normas de admisión de publicidad en RVTE. Junto a estas normas, cuyo ámbito de aplicación, lógicamente se restringe a la televisión pública, es imprescindible tener en cuenta la normativa que regula la televisión, especialmente la transposición de la Directiva de Televisión sin Fronteras de 1989, que en nuestro país está recogida en la ley 25/1994, de 12 de julio y que va a hacer referencia a

cuestiones publicitarias, sobre todo en cuanto al porcentaje de tiempo de emisión total que se destina a la publicidad. (Para un estudio en profundidad de la regulación de la publicidad en esta ley, vid. mi trabajo con AZURMENDI, Ana, "Razones a favor de una mayor flexibilidad en la normativa de publicidad televisiva: el caso de la televisión local", I Congreso Internacional Comunicación Audiovisual y desarrollo de las regiones, Universidad Pontificia de Salamanca, noviembre 1996). Sin embargo, desde julio de 1994, la Unión Europea ha revisado y modificado la Directiva de 1989 y el 30 de junio de 1997 aprobó la nueva Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica a aquélla. El 16 de febrero pasado el Consejo de Ministros aprobó el proyecto de ley de modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, para incorporar a nuestro ordenamiento la nueva Directiva. A la espera de la aprobación definitiva del proyecto de ley, éste en su preámbulo afirma tener un triple interés: adaptar la directiva; regular con mayor claridad la actividad televisiva; y garantizar los derechos de los usuarios frente a determinadas formas de publicidad abusivas o perniciosas para sus legítimos intereses. Entre los aspectos relacionados con la publicidad en televisión el proyecto de ley recoge la televenta (a la que da un tratamiento específico ya que la considera un fenómeno distinto de la publicidad por televisión) y el patrocinio. Es novedosa también la consideración como publicidad de los espacios de autopromoción de las cadenas, ya que en la regulación anterior a efectos de cómputos de tiempo de emisión no tenían tal consideración. De no producirse dilaciones imprevistas en la aprobación de esta ley, España será el primer país de la Unión Europea en incorporar esta norma a su ordenamiento interno.

[64] Creo que impropriadamente llamado delito publicitario, puesto que se trata del delito de publicidad engañosa y no de ningún otro tipo de actividad publicitaria que constituya este tipo penal. El Nuevo Código se limita a tipificar la publicidad engañosa y no otras figuras típicas de la publicidad ilícita.

[65] Cfr. LEMA DEVESA, Carlos y TATO PLAZA, Anexo, "Delito publicitario y empresas de publicidad", AEDE, n'21, 1996, p. 104; y CUERDA RIAZU, Antonio, "Contribución a la polémica sobre el delito publicitario", *Estudios sobre Consumo*, 1996, p. 77.

[66] Acerca de la cuestión de la autoría en el caso del delito publicitario, Vid. LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "Delito publicitario y empresas de publicidad", *op.cit.*

[67] CUERDA RIAZU, Antonio, "Contribución a la polémica...", *op. cit.*, p. 77 y ss.

[68] Parece excesivamente amplio e incluso indeterminado considerar delictivas las manifestaciones inciertas. Cfr. CUERDA RIAZU, Antonia, "Contribución a la polémica...", *op. cit.*, g 77 y ss.

[69] *ibid.*

[70] Cfr. DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Los delitos contra el consumidor en el nuevo Código penal de 1995*, Colex" Madrid, 1996.

[71] Uno de los problemas no resueltos y que está en el fondo de todo este planteamiento es el concepto mismo de publicidad. En 1984 la entonces Comunidad

Económica Europea sostenía esta idea de publicidad: "Toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones", (Artículo 2. 1), Directiva del Consejo 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984). En 1996 la publicidad entra dentro del concepto, más amplio, de comunicaciones comerciales: "La comunicación comercial puede definirse como 'todo tipo de comunicación que tenga como finalidad la promoción de los servicios, los productos o la imagen de una empresa u organización entre los consumidores finales o los distribuidores'. El término incluye todo tipo de publicidad, marketing directo, patrocinio, promoción de ventas y relaciones públicas" (Libro Verde de las Comunicaciones comerciales en la Unión Europea, p. 9). ¿Qué ha ocurrido en el lapso de doce años para que exista una diferencia tan clara entre la idea de partida – publicidad – y la última (por el momento) referencia de la Unión Europea – Comunicaciones Comerciales – ? ¿No estamos asistiendo al desarrollo de una nueva sociedad de la información en la que conceptos tradicionales empiezan a ver modificado su propio contenido? ¿y no es cierto que este es el punto de partida de toda la legislación?