La protección de los consumidores y usuarios frente a la publicidad falsa o engañosa

AUTOR: Jordi Mas Casasayas

TUTOR: Nélida Tur Faúndez

**ÍNDICE**

abreviaturas 3

[1. INTRODUCCIÓN 4](#_Toc328049361)

[2. puBlicidad en la constitución, ¿libertad de expresión? 5](#_Toc328049361)

[3. Publicidad ilícita y publicidad engañosa, distinción y regulación 6](#_Toc328049361)

[4. publicidad engañosa en el mercado y en los consumidores 8](#_Toc328049361)

[4.1. Acciones protectoras de los consumidores 9](#_Toc328049362)

[5. la definición de publicidad engañosa 10](#_Toc328049361)

[5.1. El engaño por omisión 11](#_Toc328049362)

[5.2. La delimitación de los destinatarios 11](#_Toc328049362)

[A. El concepto de “consumidor medio” 13](#_Toc328049363)

[6. integración de la oferta publicitaria en el contrato 13](#_Toc328049361)

[7. asociaciones de consumidores y publicidad engañosa 16](#_Toc328049361)

[7.1. Autocontrol 16](#_Toc328049362)

[8. Cómo frenar la publicidad engañosa 17](#_Toc328049361)

[9. conclusión 18](#_Toc328049361)

[Bibliografía 19](#_Toc328049364)

**Abreviaturas**

AP Audiencia Provincial.

Art. Artículo.

Cc Código civil.

CE Comunidad Europea.

FACUA Federación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía.

JPI Juzgado de Primera Instancia.

LGDCU Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

LGP Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

LCD Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

OCU Organización de Consumidores y Usuarios.

TRDCU Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

TS Tribunal Supremo.

UE Unión Europea.

# Introducción

Podría pensarse que la elección del tema de este trabajo ha sido una cuestión de puro azar. Nada más lejos de realidad. Sin embargo, siempre me ha llamado la atención lo desconocido, pues como dijo alguien anónimo: “*el saber no ocupa lugar*”.

Son muchos los temas de derecho que desconozco completamente. El de la publicidad engañosa, antes de empezar este trabajo, era uno de ellos. Por suerte, dicha publicidad afecta a un colectivo que no suele estar exento de interesantes polémicas: los consumidores.

El contenido del trabajo es variado, pero sin desviarse del asunto central. No contiene profundos razonamientos ni especiales reflexiones en cuanto al tema del elemento subjetivo del engaño, pues creo que la jurisprudencia sobre el mismo es pacífica.

 Como podrá observarse, el trabajo es breve, pero no por ello vacío de contenido. Un imprevisto de última hora me ha obligado a tener que reescribirlo apresuradamente y a prescindir de ciertos apartados. Aun así, la conexión entre las distintas partes del trabajo guarda la lógica inherente al hilo del tema central.

 Por último, he llegado a una conclusión en la que no aparece ningún aspecto jurídico concreto, pues opino que el problema de la publicidad engañosa no está en las leyes que la regulan ni en los jueces que deciden sobre cada caso concreto, sino en los mismos consumidores, que se conforman cuando les dan gato por liebre.

 Sin más dilaciones, termino esta introducción exponiendo un breve apartado sobre la publicidad en la Constitución, que servirá para adentrarnos en el trabajo.

# La publicidad en la constitución, ¿libertad de expresión?

La Constitución Española de 1978 establece, en su artículo 38, el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Podría decirse que este derecho faculta a los empresarios a informar a los consumidores acerca de sus productos o, dicho de otra forma, a exteriorizar el objeto social de su empresa.

 Por otro lado, la Constitución recoge el derecho a la libertad de expresión en su artículo 20, incluyendo el derecho a “*expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*” y el derecho a “*comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”. Este derecho “*significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático*”[[1]](#footnote-1).

 Visto de este modo, el derecho a la libertad de expresión protege los mensajes de diferentes contenidos políticos, filosóficos, religiosos y similares. Algo que, *a priori*, no parece encajar en los supuestos de publicidad comercial, industrial, artesanal o profesional, en los que se trata de alcanzar un provecho material promoviendo la contratación de determinados bienes o servicios. En este mismo sentido se pronunciaba el TS en su sentencia de 23 de septiembre de 1988[[2]](#footnote-2).

 Sin embargo, la postura que han mantenido durante las últimas décadas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[[3]](#footnote-3) y la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica[[4]](#footnote-4), entre otros, ha sido contraria a la opinión que tenía el Tribunal Supremo sobre este tema.

Posiblemente influenciado por las decisiones tomadas por estos tribunales, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de enero de 2010[[5]](#footnote-5), ha reconocido que la publicidad, como una manifestación de la libertad de expresión, debe estar incluida en la protección del art. 20. Esto significa que la publicidad estará amparada por una protección extraordinaria, al ser incluida como uno de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución.

 Para concluir, el Tribunal Supremo establece que la publicidad únicamente está sujeta a los límites y restricciones legales, que deberán ser razonablemente proporcionados y necesarios para el interés público.

# Publicidad ilícita y publicidad engañosa. Distinción y regulación.

La publicidad engañosa es una de las distintas formas de publicidad ilícita. Esta última, se entiende en un concepto más amplio, donde se engloban los distintos tipos de ilícitos publicitarios. Es fundamental tener clara esta distinción si queremos centrarnos en los actos publicitarios que perjudican a los consumidores y usuarios, siendo tales la publicidad falsa o engañosa de bienes y servicios. Ahora bien, para una mejor comprensión del estudio conviene hacer una breve referencia a la regulación de la publicidad ilícita en general, así como a sus distintas formas.

Una separación de la publicidad ilícita muy simple podría ser la de distinguir entre la que afecta a los consumidores (publicidad engañosa) y la que afecta a los empresarios (publicidad comparativa), sin embargo, estos no son los únicos cuyos derechos pueden ser vulnerados por la publicidad.

Desde la Unión Europea se ha dictado una directiva que sigue el esquema anterior: la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (de ahora en adelante Directiva 2006). En esta materia, también destaca la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (de ahora en adelante Directiva 2005).

Esta clasificación de la publicidad ilícita debe completarse con la regulación que hacen de la misma las leyes nacionales. Sin ser exhaustiva, pues podrían incluirse otras leyes como la de ordenación del comercio minorista o la de servicios de la sociedad de la información, esta es la lista con la normativa nacional que habrá que tener en cuenta a la hora de estudiar la publicidad ilícita y sus efectos en los consumidores:

* Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP).
* Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRDCU).
* Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).

Como venía diciendo, este marco jurídico nos sirve para concretar las distintas formas de publicidad ilícita, así como su definición legal:

* Publicidad que atente contra los derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 3.a LGP): Se trata de publicidad atentatoria contra la dignidad humana, discriminatoria o contra convicciones ideológicas. Se hace una especial referencia a la prohibición de anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria. Dentro de esta publicidad debe incluirse la que vulnere los derechos de los menores y la que atente contra el medio ambiente.
* Publicidad peligrosa o ilícita en cuanto a la salud o seguridad de los ciudadanos (art. 3.d LGP): “[Es ilícita] *la* [publicidad] *que* *infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.*” Se trata de proteger a los ciudadanos del peligro que supone una publicidad incontrolada de actividades y productos nocivos o peligrosos, como podrían ser el tabaco, alcohol, medicamentos y otros.
* Publicidad desleal o comparativa: No existe una definición legal de este tipo de publicidad, pues no siempre se considera ilícita. En este sentido, la Directiva 2006 establece: “*La publicidad comparativa, cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos y no es engañosa, es una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener*.”[[6]](#footnote-6) Ahora bien, podemos encontrar una aproximación a la definición de la publicidad comparativa ilegal en el art. 20 LCD[[7]](#footnote-7).
* Publicidad subliminal (art. 3.c LGP): La definición de la misma nos la da el artículo 4 LGP: “*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.*”
* Publicidad encubierta: Se diferencia de la subliminal en que los productos anunciados son captados conscientemente por el receptor. Los anunciantes y los medios tienen el deber de no encubrir la publicidad (art. 9 LGP): “*Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios.*”
* Publicidad engañosa: Obtenemos su definición legal relacionando en art. 3.e LGP con los arts. 5.1 y 7.1 LCD: “*Se considera* [publicidad] *engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico* […]”. “*Es también* [publicidad engañosa] *si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.”*

# Publicidad engañosa en el mercado y en los consumidores

Podría decirse que la publicidad engañosa perjudica directamente a los consumidores e indirectamente a los empresarios, y la publicidad comparativa perjudica directamente a los empresarios e indirectamente a los consumidores. Sin embargo, esta distinción se difumina cuando se piensa en el consumidor como lo que realmente es, es decir, como un elemento más del mercado, donde deviene imprescindible para su funcionamiento.

Si una publicidad engañosa induce a error a los consumidores, estos, cegados por el error, contratarán con el empresario que se publicita engañosamente, dejando de contratar con el que sí lo hace dentro de la legalidad y que también sale perjudicado. A su vez, si la publicidad comparativa tiene un efecto negativo en el empresario que esté en la competencia, también lo tiene sobre los consumidores, pues estos, engañados por la comparación injusta, dejarán de contratar lo que realmente ofrece el empresario de la competencia, que podría ser mejor que lo que ofrece quien hace la comparación injusta.

Esta imagen del consumidor integrado en el mercado ha sido el punto de partida para que, desde Unión Europea, se produzca una armonización de la legislación sobre la protección de los consumidores y usuarios en materia de publicidad engañosa y de la normativa del mercado encargada de regular la publicidad comparativa[[8]](#footnote-8).

De esta forma, se ha terminado con el problema que causaba una doble regulación de la publicidad ilícita: unificando la regulación que hacían de la misma la ley encargada de regular la competencia y la ley encargada de regular la publicidad[[9]](#footnote-9).

A su vez, al hacer realmente presentes a los consumidores en la regulación de la competencia desleal, se han protegido sus intereses, mejorando la competitividad para una mayor satisfacción del consumidor. Además y desde su posición privilegiada, el consumidor individual tiene más capacidad de actuación, en base a nuevas facultades en el ejercicio de acciones.

La discusión doctrinal que había sobre la unificación de la regulación de la publicidad ilícita no fue poca, especialmente en cuanto a la compatibilidad entre las acciones de una y otra ley. Afortunadamente, el Tribunal Supremo resolvió el asunto judicialmente en su sentencia de 4 de Julio de 2005[[10]](#footnote-10).

## Acciones protectoras de los consumidores

Las acciones que se pueden ejercitar frente a la publicidad ilícita, en un principio dispersas en la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, han sido unificadas en esta última desde que entró en vigor la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

En lo que interesa aquí, que es la protección de los consumidores y usuarios como colectividad, destacan las acciones que puedan ejercitar las asociaciones de consumidores y usuarios, cuya legitimación se encuentra el artículo 33.3 b) de la LCD. Estas acciones son las cuatro primeras del artículo 32.1 LCD:

1ª: Acción declarativa de deslealtad.

2ª: Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3ª: Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4ª: Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

En caso de que la demanda la interponga cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, también podrá ejercitar la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. También se podrá ejercitar la acción de enriquecimiento injusto, pero sólo por el titular de la posición jurídica violada.

Se tiene especialmente en cuenta a las asociaciones de consumidores al legitimarlas para interponer la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal cuando pretendan la tutela de los grupos de consumidores y usuarios perjudicados por un hecho dañoso y cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables[[11]](#footnote-11).

# La definición de publicidad engañosa

La normativa que regula la publicidad está claramente dirigida a la protección del consumidor, pues es a éste a quien perjudica. Pero los límites de la publicidad engañosa son tan difusos que, a la hora de decidir en cada caso concreto, se deben tener claras unas consideraciones que han sido perfiladas por la jurisprudencia a lo largo de los años. En concreto, y aunque anterior a la modificación, resultan muy claros los razonamientos que hace para la resolución de recurso la AP de Barcelona en su sentencia de 7 de mayo de 2001.

## El engaño por omisión

“*El engaño por omisión es una modalidad clásica del engaño publicitario. Aunque no sea obligación del anunciante informar a los destinatarios de todas y cada una de las características de los productos o servicios que oferta, debe desvelar aquellas que sean necesarias para no generar con el mensaje falsas expectativas en el público a que se dirige o alcanza*.”[[12]](#footnote-12)

 Definición que, sin duda, está inspirada en el antiguo artículo 4 de la LGP, anterior a la modificación efectuada por la ley 29/2009. Actualmente, la publicidad engañosa por omisión o silencio del anunciante[[13]](#footnote-13) se considera incluida dentro de las omisiones engañosas en general, del artículo 7 LCD, considerándose como tal “*la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa*”, así como “*si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua o no se ofrece en el momento adecuado*”.

Para determinar si la omisión es engañosa se deben tener en cuenta el contexto fáctico y todas sus circunstancias. Especialmente y cuando el medio utilizado para difundir la publicidad cuente con limitaciones de espacio o de tiempo, habrá que tener en cuenta “*todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios*”[[14]](#footnote-14).

## La delimitación de los destinatarios

“*No es posible afirmar el carácter engañoso de un anuncio de un modo abstracto o genérico, sin tener muy presente el tipo de personas a que se dirige, a fin de conocer la interpretación que las mismas den al mensaje.*”[[15]](#footnote-15)

El legislador no se complicó al definir el destinatario de la publicidad como “*las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o las que éste alcance*”(artículo 2 de la LGP), pues no es tarea suya, sino que corresponde a los jueces decidirlo en cada caso.

Los destinatarios de la publicidad son quienes reciben el mensaje y, por tanto, quienes lo interpretarán en cada caso. Se debe delimitar el círculo de destinatarios para conocer la interpretación que hagan los mismos del mensaje publicitario, pues deviene imprescindible en cada caso para poder reconocer si un anuncio puede producir engaño a sus destinatarios.

Del artículo 7 de la LCD se deduce que una publicidad será engañosa cuando el destinatario “*adopte o pueda adoptar*” comportamientos económicos inducidos por esta publicidad. De esta forma se establece que basta con la mera inducción a error que pueda causar una publicidad para calificarla de ilícita, sin que se requiera que el error producido por el engaño sea efectivo, centrándose la doctrina en el elemento subjetivo del engaño[[16]](#footnote-16).

### El concepto de “consumidor medio”

Otra de las novedades introducidas por esta importante modificación en materia de protección al consumidor es la definición de lo que debe entenderse por “consumidor medio”:

“*El concepto de «consumidor medio» ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no en términos estadísticos, sino como la reacción típica del consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. En consecuencia, no es un término que la ley haya de definir, sino que han de ser los tribunales los que van a efectuar su concreción en cada caso concreto.*”[[17]](#footnote-17)

# La integración de la oferta publicitaria en el contrato

Como hemos visto, la publicidad engañosa es un tema que ocupa muchas páginas de la doctrina, jurisprudencia y legislación en España y en el resto de la Unión Europea. Sin embargo, al referirme especialmente a la protección de los consumidores y usuarios frente a tales prácticas engañosas, cobra especial importancia el principio de la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato, contenido en el art. 61 TRDCU:

“*1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.*

 *2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.*

*3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.*”

Este artículo se complementa con el art. 65 del mismo cuerpo legal:

“*Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.*”

Como puede deducirse, el sentido de estas normas es proteger a la parte débil de la relación contractual, es decir, el consumidor. Este sistema es el que, a mi juicio, protege más claramente los intereses de los consumidores frente a las prácticas publicitarias engañosas. Si bien tradicionalmente los consumidores disponían de una serie de acciones para hacer efectivos sus derechos en sus relaciones contractuales con los empresarios, como la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, producido por error o dolo, o la resolución del contrato, la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato permite al consumidor exigir al empresario lo ofertado en la publicidad, proporcionando así la seguridad jurídica necesaria para que los consumidores actúen con tranquilidad en el mercado, al tiempo que se respecta su derecho a una información clara y veraz, contenido en el artículo 60.1 TRDCU:

“*Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.*”

Esta protección del consumidor en materia publicitaria, está dirigida, en palabras de Manuel Pino Abad, “*a preservar tanto la correcta formación del consentimiento negocial de los consumidores, con el fin de evitar que incurran en error o engaño, como a compensar la situación de desequilibrio contractual en la que, con frecuencia, se encuentran los consumidores frente a los empresarios suministradores de bienes o servicios*.”[[18]](#footnote-18)

Coincidiendo con la doctrina, el principio lógico-jurídico de la integración de la oferta publicitaria en el contrato se encuentra en el principio de buena fe, reconocido en el artículo 1258 Cc[[19]](#footnote-19):

“*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*”

No es el objetivo de este trabajo analizar las discrepancias que hay en torno al ejercicio de este derecho, sino simplemente, hacer una breve referencia a una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea[[20]](#footnote-20). Existe un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea»[[21]](#footnote-21) que dice:

“*5.2.2 El contenido de la normativa común de compraventa europea ha generado malestar y críticas por parte de las organizaciones de consumidores (que se quejan del escaso nivel de protección de los consumidores en relación con el artículo 169.4 del Tratado, de que la normativa se aplica sin tener en cuenta los verdaderos deseos de los consumidores, etc.), por lo que han solicitado que los contratos B2C se excluyan de la normativa.*

*5.2.3 Hay muchos ejemplos que muestran que la propuesta no ofrece la mayor protección de los consumidores:*

[…]

*— artículo 99.3 (disposición totalmente inaceptable);*

[…]”

El artículo 99.3 de la citada propuesta contiene una cláusula que podría ser una excepción a la integración de la publicidad en el contrato: permite que, habiendo acuerdo entre empresario y consumidor, se alteren las condiciones de los bienes de consumo respecto de las contenidas en la publicidad siempre que, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor conociese las condiciones específicas de los bienes y las hubiere aceptado como conformes con el contrato en el momento de su celebración. Personalmente y pensando en beneficio del consumidor, la aceptación por éste de condiciones peores que las publicitadas no debería ser un obstáculo a la hora de reclamar lo que se anuncia en la publicidad, pues tal aceptación podía haber sido por tolerancia, resignación o por el mero desconocimiento de lo que se ofertaba sobre esa condición específica en la publicidad. Sin duda, éste podría ser uno de los casos en los que la legislación nacional es más favorable para el consumidor que la que se pretende establecer en la Unión Europea.

Este problema podría plantearse en las compraventas con consumidores entre España y otros países de la UE a las que les sea de aplicación la regulación propuesta, por lo que habría que pedir a los eurodiputados españoles y demás, así como a los organismos encargados de la defensa de los consumidores y usuarios, que se hicieran oír para enmendar esta cláusula.

# Asociaciones de consumidores y publicidad engañosa

Las asociaciones de consumidores deberían tener un importante papel en la vida política del país, pues un consumidor individual podría verse empequeñecido a la hora de reclamar frente a una gran empresa multinacional. Tal es, la relevancia de las asociaciones, que incluso aparecen en el propio texto constitucional, en su artículo 51.2: “*Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.*”

En España hay muchas entidades encargadas de la defensa de los consumidores, como podrían ser la OCU, FACUA, o el Instituto Nacional de Consumo. Sin embargo, en materia de publicidad engañosa hay una asociación que destaca.

## Autocontrol

Autocontrol es una asociación formada por anunciantes, agencias y medios de comunicación que se encarga de gestionar el sistema de autorregulación publicitario español. Esta organización ha sido incluida en la RED ECC-NET[[22]](#footnote-22), de la Comisión Europea, por cumplir con los principios de la Recomendación 98/257/CE[[23]](#footnote-23).

Además, la asociación dispone de un órgano extrajudicial encargado de la resolución de controversias llamado el Jurado de la Publicidad[[24]](#footnote-24), ofreciendo un control a posteriori de toda la publicidad emitida. Ante este órgano pueden acudir para reclamar de forma gratuita los consumidores y sus asociaciones, la Administración y los asociados de Autocontrol, pudiendo presentar una reclamación contra cualquier anuncio emitido, publicado o difundido en cualquier medio, siempre que el reclamante entienda que infringe las normas éticas contenidas en los Códigos de Conducta.

Para cumplir este fin, Autocontrol ha elaborado varios Códigos de Conducta, entre ellos, un Código de Conducta Publicitaria[[25]](#footnote-25) basado en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional del Comercio y en sus principios básicos de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad de las comunicaciones comerciales.

# Cómo frenar la publicidad engañosa

Las leyes de protección a los consumidores y usuarios están vigentes y los tribunales las están aplicando; sin embargo, los casos que llegan a ser denunciados son muchos menos que los que deberían ser. Las ofertas publicitadas por compañías de seguros, bancos, cajas de ahorros y demás entidades de este tipo no suelen ser claras y veraces, y muchas veces se trata de confundir al consumidor para que contrate, de manera errónea, los productos que se publicitan. Nada nuevo en este asunto, pues es la práctica común de este tipo de empresas y solo hay una manera de frenarlas: reclamando.

Además, también destaca la poca formación o conocimiento que suelen tener los comerciales de dichas empresas, que ofrecen productos sin conocer todas las características del mismo. En este sentido, resulta clara la sentencia núm. 194/2004 de 15 noviembre del JPI núm. 15 de Palma de Mallorca (AC 2012\849):

“[…] *puesto que ni la propia persona encargada de la comercialización del producto, y, suministradora de la información necesaria al inversor, conocía dicha circunstancia, desconocimiento del producto financiero por parte del subdirector* […] *que* […]*, bien por desconocimiento, bien por anteponer los intereses de la entidad en la que trabajaba al del cliente-inversor, o bien por una mezcla de ambas circunstancias, omitió información esencial sobre el producto financiero ofertado denominado "participaciones preferentes "CAYMADRID"*”

Como decía, la protección al consumidor existe y es efectiva, pero no será eficaz si nosotros, los consumidores, nos limitamos a observar las injusticias que son cometidas día a día. Sólo si denunciamos tales prácticas ilícitas, reclamando nuestros derechos, podremos cambiar la concepción que estas empresas tienen del consumidor como alguien fácil de engañar y que normalmente no acude a reclamar. A tal fin y en caso de vulneración de estos derechos, se indican las principales vías para reclamar:

* Reclamaciones ante las organizaciones de consumidores u organismos de protección del consumidor de la administración: Mediante esta vía administrativa se puede presentar una Hoja de Reclamaciones en la Oficina Municipal de Información al Consumidor de cualquier localidad o en las asociaciones de consumidores.
* Recurrir al Sistema Arbitral de Consumo: Se trata de una herramienta extrajudicial de resolución de controversias en la que la reclamación es vista por un Colegio Arbitral, compuesto por un miembro de la administración, otro de asociaciones de consumidores y otro de organizaciones empresariales. En materia de publicidad engañosa, se suele acudir al Jurado de Autocontrol de la Publicidad, siempre que el anunciante esté sometido a dicho organismo.
* Jurisdicción civil ordinaria: Se puede interponer la acción de cesación para que se retire la publicidad engañosa. Esta vía suele ser la utilizada por las asociaciones de consumidores, siendo poco común que la acción de cesación sea ejercitada por un consumidor individual.

# Conclusión

 Sin duda, el lector experto en publicidad engañosa se habrá percatado de los muchos elementos que faltan por mencionar en este trabajo. Sin embargo, y lejos de pretender crear nuevas corrientes doctrinales sobre la materia, mi intención ha sido la de realizar un trabajo de fin de grado que sea fácilmente entendible para un lector con conocimientos básicos del derecho, como podría ser mi caso, pues en ninguna asignatura hemos tenido ocasión de estudiar la publicidad engañosa y, como suele decirse, “si te he visto no me acuerdo”.

Como opinión personal, y tras comparar la idea que se nos quiere transmitir en las directivas del 2005 y del 2006 del consumidor integrado en el mercado para su mayor beneficio y protección, con la de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre dicha propuesta, he concluido que, como suele pasar, “no es oro todo lo que reluce”, así como tampoco parece ser tan real la protección que desde la Unión Europea se pretende brindar al consumidor.

Precisamente por esto, porque siempre aparecen nuevos proyectos y propuestas que pretenden actualizar la legislación adaptándola a la sociedad, hay que actuar, reclamar, reaccionar y expresar nuestra voluntad de que se hagan leyes justas y realmente democráticas. Si no defendemos nuestros intereses como colectividad nos estafarán como individuos. Este debería ser el emblema de los ciudadanos, organizaciones de consumidores y poderes públicos, pues son las personas quienes crean el derecho y es hacia la protección de las personas donde éste debería dirigirse, no hacia el mercado, las empresas o sus productos, pues estos ya se ajustarán a las exigencias de las personas, lo mismo que debería pasar con el derecho.

.

Bibliografía

# REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por real decreto legislativo 1/2007.* Madrid: ed. Iustel, 2011. ISBN: 978-84-9890-153-5.

* BARÓ I BALLBÉ, Maria Josep. *La publicitat il·lícita i la defensa dels consumidors*. Generalitat de Catalunya, Centre d’Investigació de la Comunicació, 1993. Col·lecció: Estudis i Recerques, 8. ISBN: 84-393-2613-0.
1. TC: Sentencia núm. 12/1982 de 31 marzo (RTC 1982\12) y sentencia núm. 104/1986 de 17 julio (RTC 1986\104). [↑](#footnote-ref-1)
2. TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo): Sentencia de 23 septiembre 1988 (RJ 1988\7252). [↑](#footnote-ref-2)
3. Casado Coca *v.* España. Resolución de 24 de febrero de 1994. En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, nº 276. [↑](#footnote-ref-3)
4. Caso Virginia Pharmacy Board V. Consumer Council 425 U.S. (1976). [↑](#footnote-ref-4)
5. TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª): Sentencia núm. 860/2009 de 15 enero (RJ 2010\415). [↑](#footnote-ref-5)
6. Considerando (8), Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. [↑](#footnote-ref-6)
7. “[…] *se reputan desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios.*” [↑](#footnote-ref-7)
8. Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Considerando (6): “*Con la realización del mercado interior, la variedad de la oferta aumenta cada vez más. Dada la posibilidad y la necesidad de que los consumidores y los comerciantes obtengan el máximo beneficio del mercado interior, y que la publicidad es un medio muy importante para abrir, en toda la Comunidad, salidas reales a todos los bienes y servicios, las disposiciones esenciales que determinan la forma y el contenido de la publicidad comparativa deben ser uniformes y las condiciones de utilización de la publicidad comparativa en los Estados miembros deben armonizarse. Si se cumplen estas condiciones, contribuirán a demostrar objetivamente las ventajas de los distintos productos comparables. La publicidad comparativa también puede estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor*.” [↑](#footnote-ref-8)
9. ###  Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Preámbulo II: “*La Directiva 2005/29/CE viene a regular una serie de conductas encuadrables dentro del marco de la competencia desleal, poniendo el énfasis en sus efectos indeseables frente a los consumidores. Esta ley nace con el propósito de que la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado, constituida aquí por la Ley de Competencia Desleal, como forma de asegurar que aquella tutela sea la más efectiva y que la normativa del mercado no quede desintegrada. […]*”

 [↑](#footnote-ref-9)
10. ##  Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 515/2005 de 4 julio RJ 2005\5093: “*El ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables* […]*. En suma, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal, y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respeto a los requisitos legales, o ejercitarlas alternativamente.*”

 [↑](#footnote-ref-10)
11. Artículo 33.1 párr. 3º LCD en relación con el artículo 11.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. [↑](#footnote-ref-11)
12. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia de 7 mayo 2001 (AC 2001\1040). [↑](#footnote-ref-12)
13. A más abundamiento, véase la Sentencia de la A.P. Madrid 149/2011 de 6 de mayo: “*Además, la publicidad es también engañosa si silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios publicitados, cuando dicha omisión induzca a error a sus destinatarios (como se deriva del párrafo segundo del artículo 4 LGP en su redacción anterior a la reforma por Ley 29/2009, de 30 de diciembre). Se habla, así, usualmente, de publicidad engañosa en forma positiva y de publicidad engañosa en forma negativa, para hacer referencia, respectivamente, a las situaciones en que el error del destinatario viene inducido por la información suministrada y aquellas otras en que el error proviene de la información que no se suministra.”* [↑](#footnote-ref-13)
14. Artículo 7.2 *in fine* (Ley de Competencia Desleal). [↑](#footnote-ref-14)
15. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia de 7 mayo 2001 (AC 2001\1040). [↑](#footnote-ref-15)
16. En este sentido, la sentencia núm. 332/2011 de 19 octubre de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) AC 2011\1585: “[…] *para poder calificar de engañosa* [una] *determinada publicidad,* [se requiere] *la concurrencia de dos requisitos: 1º) la aptitud del mensaje publicitario para, de cualquier manera, incluida su presentación, inducir a error a sus destinatarios; y 2º) que el mensaje en cuestión sea idóneo para afectar al comportamiento económico de sus destinatarios o para perjudicar a un competidor. También se alega el artículo 6 alusivo a la publicidad desleal. Tal como recuerdan las SAP de Madrid de 29 de abril ( AC 2011, 1324)  y 6 de mayo de 2.011 ( AC 2011, 1218)  , "Debe precisarse, en relación con el primero de los requisitos señalados, que no resulta necesario, para calificar el supuesto de publicidad engañosa, que la información suministrada sea inexacta o inveraz, toda vez que también partiendo de datos verídicos puede inducirse a error. En cuanto al segundo requisito, es suficiente la capacidad potencial del mensaje publicitario para influir en el comportamiento económico de sus destinatarios, sin necesidad de prueba de que lo haya determinado efectivamente en el supuesto controvertido. A tenor de dicha normativa, en relación con el artículo 2.2 de la Directiva CE 84/450 del Consejo, de 10 de septiembre ( LCEur 1984, 540)  , no hace falta que se llegue a consumar un daño para que la publicidad deba ser reputada de engañosa, bastando que pueda inducir a error a los consumidores en relación con los productos o servicios anunciados. La potencialidad para ello resulta suficiente para justificar una orden judicial de cesación de una campaña publicitaria. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006 ( RJ 2006, 2201)  señala: "de la lectura del precepto se deduce que basta con que pueda afectar a su comportamiento económico (de los destinatarios) o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. De modo que no se exige la precisión, ni menos la prueba de que se haya producido efectivo perjuicio en los destinatarios o de que fatalmente se pueda producir., como tampoco resulta precisa ( sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 5 de noviembre de 2009 ( AC 2010, 26)  ) una voluntad dirigida a producir un perjuicio."”* [↑](#footnote-ref-16)
17. Párrafo quinto del Preámbulo II de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. [↑](#footnote-ref-17)
18. PINO ABAD, Manuel. Comentarios a los artículos 61 y 65. La relevancia negocial de la publicidad comercial: integración publicitaria del contrato celebrado con consumidores. A: REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por real decreto legislativo 1/2007.* Madrid: Iustel, 2011. Pág. 1107. [↑](#footnote-ref-18)
19. El antecedente directo del art. 61 del TRDCU es el art. 8 de la ya derogada LGDCU de 1984, que fue la plasmación directa en una ley de la doctrina que había sobre el art. 1258 Cc. [↑](#footnote-ref-19)
20. COM (2011) 635 final, de 11 de octubre de 2011. [↑](#footnote-ref-20)
21. COM (2011) 636 final, de 29 de marzo 2012. [↑](#footnote-ref-21)
22. Red Europea de Centros de Consumidores. [↑](#footnote-ref-22)
23. Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (D.O. L 115, 17/4/1998). [↑](#footnote-ref-23)
24. El Reglamento del Jurado de la Publicidad puede consultarse en la siguiente página web :

[www.autocontrol.es/pdfs/Reglamento\_Jurado.pdf](http://www.autocontrol.es/pdfs/Reglamento_Jurado.pdf) [↑](#footnote-ref-24)
25. El Código de Conducta Publicitaria puede consultarse en la siguiente página web :

[www.autocontrol.es/pdfs/Cod\_conducta\_publicitaria.pdf](http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdf) [↑](#footnote-ref-25)