

Manuel Pino Abad

**La disciplina jurídica
en la actividad
publicitaria en la
Ley de Publicidad
de 1988**



MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO
Instituto Nacional del Consumo



**La disciplina jurídica
en la actividad
publicitaria en la
Ley de Publicidad
de 1988**

Manuel Pino Abad

COLECCION: ESTUDIOS

Primera edición: octubre 1991



Ministerio de Sanidad y Consumo
Instituto Nacional del Consumo

© EDITA:

Instituto Nacional del Consumo
Príncipe de Vergara, 54. 28006 Madrid

MAQUETA: Luis Sobrino

IMPRIME:

HISPAGRAPHIS, S. A.
Salamanca, 23. 28020 Madrid

NIPO: 353-91-014-7

ISBN: 84-86816-40-8

Depósito Legal: M. 18.789-1992

Precio: 1.200 Ptas. I.V.A. no incluido

A Paqui, por lo que significas

PRESENTACION

El mercado de nuestros días se caracteriza por la concurrencia de un gran número de empresarios que presentan sus productos y servicios a unos consumidores y usuarios cuya demanda es menor que la oferta de aquéllos.

Las empresas, para captar clientes, emplean diversos modos de promoción. Entre ellos la publicidad, que es, en la gran mayoría de los casos, el primer contacto que el consumidor tiene con el producto en cuestión.

Es sabido que en ocasiones el ejercicio de esta técnica puede contravenir los derechos de los consumidores o de los propios competidores. Por ello el ordenamiento jurídico de los distintos países ha regulado este fenómeno con el fin de evitar la lesión de los intereses de los sujetos relacionados de un modo u otro con la actividad publicitaria.

En España la Ley General de Publicidad de 1988 regula las modalidades de publicidad ilícita.

Manuel Pino Abad nos presenta un trabajo en el que analiza esta Ley de una forma pormenorizada y en algunos puntos crítica, reflejando la opinión de la doctrina, así como la jurisprudencia y el derecho comparado.

Reconoce este autor la relación de esta Ley con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en lo que a derechos e intereses de los consumidores se refiere, y a la de Defensa de la Competencia en lo que a los intereses de los competidores afecta. Conexiones lógicas si se tiene en cuenta que ambas son las partes actuantes en cuanto a recepción y emisión de la publicidad.

Aunque el lector tendrá ocasión de comprobar el contenido del libro que con estas líneas se prologa, parece oportuno destacar algunos aspectos de este interesante trabajo.

Esta Ley, que si bien no puede afirmarse que constituya el desarrollo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sí que es una de las que en su preámbulo denomina «conexas», refleja en sí la necesidad de modificación de nuestra legislación en la materia a causa no sólo de la promulgación de nuestra Constitución y por nuestra entrada a formar parte de la Comunidad Europea, sino por la gran dinamicidad del mundo del consumo y del desarrollo de las relaciones propias del mismo, que ha hecho nacer un nuevo derecho ante la inadecuación de los derechos mercantil y civil para resolver las cuestiones planteadas por esas relaciones.

Este nuevo derecho ha hecho cambiar normas clásicas, como la que regía la carga de la prueba o el principio de responsabilidad, que también se han puesto de manifiesto en la norma que estamos analizando.

Nuestra Ley de Publicidad se encuadra dentro de las previsiones del Plan Comunitario de Actuación Trienal al hablar de la publicidad comparativa, que aumenta las posibilidades de realizar una buena elección al consumidor español, situándolo un paso por delante de los de otros países europeos donde este tipo de publicidad se había prohibido.

En cuanto a las vías de restitución de los derechos lesionados, la Ley vigente sólo recoge la Jurisdiccional. Desaparece la vía Administrativa que sí preveía el Estatuto de la Publicidad.

Manuel Pino critica esta previsión legal aludiendo a una cierta inadecuación de la jurisdicción ordinaria para resolver este tipo de conflictos.

Se produce en este caso una situación gemela a lo que ocurre ante cualquier reclamación en materia de consumo, en la que si bien hay ocasiones en los que acudir a los tribunales de justicia es preceptivo, otras necesitarán de un procedimiento más rápido y eficaz. El Sistema Arbitral de Consumo vendrá a cubrir este aspecto.

Desde el Instituto Nacional del Consumo siempre se acogen favorablemente todas las iniciativas que de un modo u otro allanan el camino de la defensa de los derechos del consumidor; por ello presentamos este estudio, esperando que ayude a un mejor conocimiento del contenido de la Ley General de Publicidad para su adecuada utilización en sentido favorable a los intereses del consumidor cuando sea preciso.

ANA CORCES PANDO
Presidenta del Instituto
Nacional del Consumo

PROLOGO

En pocos momentos de su ya larga historia ha mostrado el Derecho mercantil, y su artífice legislativo, tanta vitalidad y decisión ordenadora como en el presente histórico. No sólo por su abrumadora presencia y aplicación a las relaciones negociales o concurrenceales tratadas o suscitadas incesantemente por los operadores económicos en el mercado, sino por su extraordinaria autoexigencia y capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias y realidades socioeconómicas y políticas y a los nuevos imperativos normativos emanados de los vértices constitucionales (nacional y europeo) que comprometedoramente reordenan y orientan la actual arquitectura del Ordenamiento jurídico mercantil. En vértigo de los nuevos y torrenciales acontecimientos políticos, socioeconómicos y legislativos, su inmanente *sustancia histórica* —su *hiperhistoricidad*— ha quedado, una vez más, bien patente; es más, parece —cabe decir— que hasta ha sido *ejercitada* con fruición. Con razón se ha señalado que «en la década de los ochenta, nuestro legislador, comprometido en la tarea de actualizar el Derecho mercantil, ha reformado el ochenta por ciento de este Ordenamiento» (I. ARROYO, *Prólogo a la sexta edición del Código de Comercio y legislación mercantil*, Tecnos, Madrid, 1990).

También este alto y *metafórico* porcentaje de innovación o renovación normativa puede atribuirse al conjunto de normas que, dentro del Derecho mercantil, se ocupan de regular el ejercicio de la libertad de empresa en su dimensión concurrencial (libertad de competencia económica) y de proteger los derechos e intereses de *todos los que participa en el mercado* con diferentes funciones económicas (empresarios y consumidores) y finalidades, según justa ponderación de intereses e interesados objeto de protección jurídica conferida por la *Ley de Competencia Desleal* de 10 de enero de 1991 (art. 1.º).

En efecto, el Derecho de la competencia español ha sido objeto, en los últimos años, de una profunda reforma y construcción legislativa. No sólo se han promulgado leyes evocadas a regular directamente la actividad externa de la empresa en su dimensión concurrencial, esto es, la actividad desarrollada en el juego o lucha competitiva en el mercado (como la *Ley General de Publicidad*, la *Ley de Defensa de la Competencia* de 17 de julio de 1989, y la *Ley de Competencia Desleal* de 10 de enero de 1991), sino también Leyes que regulan y protegen bienes o instrumentos empresariales —como las patentes, modelos de utilidad, marcas, etc.—, de hecho, empleados para la atracción de la clientela y la lucha de la competencia (*Ley de Patentes* de 20 de marzo de 1986, *Ley de Marcas* de 10 de noviembre de 1988). Esto es, normas legales reguladoras de la *competencia económica* y la *empresa* misma, como bien u objeto patri-monial de explotación (propiedad industrial), todo ello dentro de un *sistema de mercado* donde se concentran y del que emanan los principios normativos que dan *unidad y orden* a ese conjunto de normas formalmente «descodificadas», pero en sustancia *constitucionalizadas* por el referente normativo superior estatal —la *Constitución económica* de 1978— y supraestatal —el *Tratado de Roma de la CEE* de 1957 y el *Derecho derivado europeo*—. De aquí que el *mercado*, la *empresa* y la *competencia* se proponen, en el nuevo Ordenamiento del sistema de economía de mercado, como los tres esquemas de sistematización y organización jurídica de la materia objeto de regulación.

Añádase a esta organización o sistematización jurídica de la «materia mercantil» el instrumento «ortopédico» (e interdisciplinario) de la legislación protectora de los derechos o intereses de los consumidores (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios*, de 19 de julio de 1984), la cual, a pesar de su notable ineficiencia técnica, viene a completar el «código ideológico» de la *constitucionalización del vigente Derecho de la competencia* y, por ende, *Derecho de la empresa y del mercado*.

Ante esta profusión de normas legales relativas a la competencia económica, habrá que reconocer que el Derecho de la Competencia vive un *tempo legislativo* de pujanza y de mudanza. Pero habrá que ver —y esto es verdaderamente importante— si este amplio movimiento de reforma e innovación legislativa en materia de competencia, compuesto por una pluralidad y diversidad de normativas legales, responde o no a una *unidad de sistema jurídico*: Esto es, si los criterios de ordenamiento y enjuiciamiento establecidos y utilizados en cada una de estas leyes se integran «centrípetamente» —de forma coherente y ordenada— en un *modelo general y paradigmático de ilicitud concurrencial*. Se trata del tema ca-

pital del fondo normativo del Derecho de la Competencia y de su modelo o sistema de justicia y ordenación de las conductas y del mercado.

El planteamiento de este tema viene exigido por la simple observación diacrónica y temática de esa lista de Leyes reguladoras de la competencia: orden cronológico y temático revelador —tal vez— de un «desorden normativo» preocupante, por cuanto reitera lamentablemente el carácter discontinuo y fragmentario de esta disciplina normativa en el pasado histórico.

La primera norma legal del movimiento de reforma del Derecho de Competencia se contiene en la Ley de Marcas, en la que se consagraba con carácter general la «cláusula general» de la competencia desleal de corte clásico ético-corporativo (art. 87: «Se considera desleal todo acto de competencia contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles»). Y en el art. 88 se contiene un catálogo de actos de competencia desleal exigüo y pobre (estos dos artículos de la Ley de Marcas han sido expresamente derogados por la Ley de Competencia Desleal de 1991 cuya disposición derogatoria señala: «A la entrada en vigor de esta Ley, quedarán derogados los arts. 87, 88 y 89 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas»). La técnica jurídica empleada no se diferencia de la utilizada en la Ley de Propiedad Industrial de 1902 (art. 131 y 132).

Se observa, aquí, una acusada impaciencia y apresuramiento del legislador, que ya era conocedor de otra Ley General de Publicidad, promulgada al día siguiente (11 de noviembre), aunque en ésta se establece idéntica cláusula general: Y precisamente por esta identidad de cláusula general, ¿por qué razón se reguló en la Ley de Marcas la deslealtad concurrencial incluso en la esfera publicitaria? He aquí una cierta «ansiedad» diacrónica por regular la deslealtad concurrencial causante de una descoordinación legislativa: lo cual ya se reveló en el LGDCU de 1984 en la que se dedican nueve artículos a temas concurrenceles. Y no se menosprecien las normas autonómicas reguladoras de determinadas estructuras o sistemas concurrenceles: rebajas, estructuras comerciales y ventas especiales.

En este panorama —ahora no languideciente, sino eclosionante, pero igualmente confuso, discontinuo y fragmentario de la legislación concurrencial— se promulga, no sin expectación, la *Ley de Defensa de la Competencia*, de 17 de julio de 1989, que ya desde su mismo *nomen iuris* parece albergar unas pretensiones generalizadoras de la patología y terapéutica concurrencial: «Defensa de la Competencia».

Pudiera parecer —a tenor, además, de los propósitos normativos de esta Ley expresados en su E. de M.— que es aquí donde se codifica la

disciplina general y fundamental de la competencia económica: defensa y garantía del orden económico-constitucional; ordenación de la libertad de empresa en su esencial dimensión de libertad de competencia; incluso control y sanción de ciertos actos de competencia desleal (art. 7.º).

Pero he aquí que el período de gestación legislativa de la LCD ha coincidido con el período de gestación de la *Ley de Competencia Desleal* de 10 de enero de 1991: Ocurre, sin embargo, que también esta Ley pretende ser una *Ley General de ordenación y enjuiciamiento de la competencia empresarial*, coronada por una innovadora «cláusula general» definidora de la ilicitud o deslealtad concurrencial: «Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» (art. 5).

Pues bien, a la vista de esta «costelación» de normas jurídicas concurrenceles, gestados coetáneamente, pero en «úteros legales» bien diversos, la cuestión de fondo sistemático antes apuntada cobra pleno sentido. Una cuestión preliminar que condiciona todo el debate de la LCD, en lo relativo al modelo de «ilícito concurrencial» y al ámbito objetivo de aplicación.

Esta es la gran cuestión a plantear: *Este amplio y apresurado —a última hora— movimiento legislativo de reforma e innovación del Derecho de la Competencia ¿responde a un orden y concierto ordinamental o normativo, esto es, a un sistema, a una unidad de sistema jurídico? ¿Se ha cohonestado en este movimiento legislativo un «modelo de ilicitud concurrencial», adecuado para la preservación y promoción del modelo de competencia prefigurado en el orden económico-constitucional? ¿Se han delimitado adecuadamente las diversas «patologías» concurrenceles, esto es, los «grupos de casos» o conductas concurrenceles ilícitas? Y las terapias jurídicas, ¿se han aplicado de conformidad con el diagnóstico correspondiente?*

Desde luego, la visión diacrónica de este reciente movimiento legislativo, nos sugiere, ya, que el legislador ha vuelto a caer en errores del pasado: la fragmentación de la disciplina; y, lo que es más grave, su incomunicación normativa en lo que es lo esencial: la integración y coordinación de los criterios de enjuiciamiento de la ilicitud concurrencial, y la delimitación nítida y simétrica del ámbito de aplicación de estos criterios.

En buena medida, se ha reproducido aquella misma situación de pluralidad, asistematisación y desconcierto de «cláusulas generales» del Derecho anterior: Se ha recurrido a la vieja, y hoy refractaria al Estado social y democrático de Derecho, «cláusula general ético-corporativa»

(acuñada en el siglo XIX, en el Convenio de la Unión de París): *Vid.* la Ley de Marcas (art. 87) y la Ley General de Publicidad (art. 6,b).

Pero esta crítica —siempre constructivamente intencionada— no empece otro reconocimientos saludables: fundamentalmente los de haberse construido una parte del ordenamiento del mercado y de la empresa tradicionalmente olvidada por el legislador y poco tratada por los estudiosos españoles del Derecho mercantil, cuya tarea habrá de estar, en adelante, en poner a prueba un Ordenamiento que, a pesar de sus «ajustes» constitucionales y europeistas, ha sido promulgado de modo desordenado y sin la debida comunicación o «comunión» normativa entre las distintas Leyes que componen su conjunto ordinamental.

Dentro de este conjunto normativo destaca sobre manera la *disciplina jurídica de la publicidad comercial* establecida por la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad*, cuyo análisis global (a excepción de los contratos publicitarios) constituye el cometido del libro que prologo de *Manuel Pino Abad*, que se inicia con esta primera publicación monográfica en el campo del estudio de una de las más atractivas parcelas del Derecho de la Competencia, y, en general, del Derecho de la empresa, cogido aquí de reojo por el llamado Derecho del consumidor. En efecto, el Derecho de la publicidad, por su dinamismo exuberante y su «agresividad» creadora en el mundo de la empresa, del mercado, resulta sumamente atractivo para los jóvenes estudiosos del Derecho mercantil, como *Manuel Pino Abad*, autor del libro y de la tesina de licenciatura que éste tuvo inicialmente por base o punto de partida.

Más que de un estudio monográfico de aspectos particulares del Derecho de la publicidad, el libro prologado pretende un análisis global o «general» de la *Ley General de Publicidad* que, orientado a facilitar al estudiante o práctico de la Ley el contacto con los problemas de interpretación más significativos, respeta o sigue la sistemática de la Ley: aspectos sustantivos o definitivos del ilícito publicitario; y aspectos adjetivos o procesales para combatir la ilicitud, formular la pretensión procesal, y obtener la defensa judicial oportuna.

Bien informado en la doctrina española, manejada por el autor con solvencia, el libro que prologo merece ser bienvenido por contribuir a alentar el círculo de estudios y estudiantes, aun exiguo, de temas jurídico-publicitarios necesitados, siempre de modo creciente, de nuevas aportaciones cuya valía permitirá ir sedimentando un cuerpo de doctrina y pensamiento jurídicos imprescindibles para su aplicación y desarrollo en un país, como España, tradicionalmente marcado por una átona competitividad en el mercado y un «descreimiento» social en el Derecho

regulador de toda manifestación de competencia, como es, rabiosamente, la publicidad. Un «descreimiento» social y jurídico que sólo parece combatir —en época navideña y por amor a los niños y a la paz— las asociaciones de consumidores. En este empeño plausible —sujeto a rigor y a estudio— se sitúa este libro y su autor.

Prof. Dr. JUAN I. FONT GALÁN.
Catedrático de Derecho Mercantil.
Universidad de Córdoba.

CAPITULO I:

Introducción y cuestiones preliminares

I. INTRODUCCION

El nacimiento de la revolución industrial en Inglaterra, entre los años 1760-1830, vino acompañado de una serie de cambios¹ que motivaron la transformación de la tradicional estructura de los mercados, así como del comportamiento en las relaciones entre productores y consumidores². Todos estos cambios trajeron consigo la aparición de la denominada producción industrial en masa³ que vino a originar un desequilibrio entre una oferta, muchas veces excesiva, y una demanda debilitada por el escaso poder adquisitivo de los consumidores. Esto generó una lucha enconada entre los competidores por la «conquista del cliente». En este «combate comercial» se utilizan ya, con demasiada frecuencia, todos los medios y métodos logísticos de competencia, leales y desleales, lícitos e ilícitos, sin atender ni prevenir, en muchos casos, los resultados injustos de los mismos para los empresarios competidores y para los consumidores⁴. Entre estos medios se encuentra la publicidad⁵ que se convierte no sólo en el principal «arma de lucha» entre competidores, sino también en el principal «puente de unión» entre los empresarios oferentes y sus potenciales clientes, como consecuencia del cambio que la revolución industrial produjo en las relaciones entre los productores-vendedores y los consumidores-usuarios, relaciones que dejan de ser personales y

¹ La revolución industrial trajo consigo la aparición del maquinismo, de nuevas invenciones tecnológicas, de las fábricas, de la división del trabajo y como colofón, a todo lo anterior, de la producción industrial en masa.

² Vid. FONT GALAN, Juan I. "Constitución Económica y Derecho de la Competencia". Tecnos, 1987, pág. 85.

³ Vid. ASCARELLI. "Produzione in massa e tutela della probabilitá". *Rev. Dir. Ind*, 1954, págs. 299 y ss.

⁴ Vid. FONT GALAN, J. I. "Constitución Económica...", *ob. cit.*, pág. 84.

⁵ Señala FONT GALAN que "las cualidades estimulantes y persuasivas que pronto se descubren en la publicidad la consagran como instrumento idóneo para crear y orientar, e incluso multiplicar y acelerar, aquella demanda de consumo que la nueva capacidad productiva requiere". Vid. FONT GALAN, J. I. "Constitución Económica...", *ob. cit.*, pág. 86.

directas para convertirse en unas relaciones impersonales e indirectas. Efectivamente, ya no existe entre el empresario vendedor y sus clientes un contacto directo y personal⁶, sino que ahora la producción industrial en masa determina que el empresario, productor de los bienes o servicios, no mantenga una relación personal y directa con sus clientes, sino mecanizada y a distancia con una masa impersonal de consumidores⁷.

La publicidad cobra ya una función preeminente en la formación y promoción de las relaciones mercantiles⁸. Pero esta predilecta «arma» de los empresarios⁹ es un peligro por cuanto idónea para atacar a los empresarios competidores (a través fundamentalmente de la publicidad desleal) y/o para atraer a los consumidores mediante engaños o mediante la utilización de otras técnicas prohibidas como por ejemplo a través de la publicidad subliminal o mediante la publicidad encubierta¹⁰. Este el peligro justifica la intervención del legislador mediante una adecuada ordenación jurídica de la actividad publicitaria¹¹, para evitar, de esta forma,

⁶ FERNANDEZ NOVOA considera que “el diálogo personal entre vendedor y comprador es característico a la época anterior a la moderna producción en masa, aunque ciertamente continua practicándose en la actualidad”. Vid. FERNANDEZ NOVOA, Carlos. “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”. *RDM*, núm. 107, 1968, pág. 16.

⁷ Producíendose aquí lo que FERNANDEZ NOVOA llama “mensaje mecanizado” debido a la aptitud pasiva de los receptores del mensaje y a la ausencia de diálogo. Vid. FERNANDEZ NOVOA, C. “La interpretación jurídica...”, *ob. cit.*, pág. 17.

Si bien, es cierto que hoy también existen mensajes publicitarios que “exigen” una contestación de sus receptores como por ejemplo los folletos publicitarios que incorporan tarjetas a rellanar por el consumidor para adquirir el producto o servicio deseado, las llamadas telefónicas publicitarias, etc.

⁸ Esta importancia es destacada por FERRER ROSELLO cuando dice que “la publicidad es uno de los medios más importantes que utilizan los fabricantes o distribuidores para que sus bienes y servicios sean conocidos y, en definitiva, se adquieran en el mercado”. Vid. FERRER ROSELLO, Clemente. “El consumidor frente a la publicidad”. *INDEX*, 1979, pág. 13.

⁹ Este peligro es destacado por FONT GALAN al decir que “el acto de publicidad se muestra especialmente idóneo para atacar a la empresa del competidor, denigrar su persona, sus productos o servicios; crear confusión entre establecimientos, productos o servicios; divulgar falsas alegaciones y atraer al público mediante engaños o, incluso, inducir a los consumidores a comportamientos económicos irrationales”. Vid. FONT GALAN, J. I. “Constitución Económica...”, *ob. cit.*, pág. 86.

¹⁰ Así afirma FERNANDEZ NOVOA que la publicidad “en ocasiones aviva la competencia económica hasta el punto de imprimirlle carácter ilícito o desleal”. Vid. FERNANDEZ NOVOA, C. “La interpretación jurídica...”, *ob. cit.*, pág. 20.

¹¹ Hasta la promulgación de la Ley 61/1964 de 11 de noviembre, no existía en nuestro Ordenamiento Jurídico ninguna norma que regulase de forma sistemática la actividad publicitaria. Con anterioridad a esa fecha, la actividad publicitaria se regía, fundamentalmente, por normas reguladoras de la competencia desleal (art. 10 bis del CUP, arts. 131 y ss. de la LPI de 1902) y por la labor judicial en aplicación del art. 1902 CC. Estos medios resultaban insuficiente para regular esta materia tan importante en la actividad externa de la empresa y se hizo, por ello, necesaria la promulgación de una norma que contemplase de forma específica la actividad publicitaria. El Estatuto de la Publicidad de 1964 (en adelante EP) vino a cubrir, de esta forma, una importante laguna de nuestro Ordenamiento Jurídico, aunque

que se puedan cometer abusos mediante la utilización de la denominada, por la reciente Ley General de Publicidad (en adelante LGP)¹², publicidad ilícita.

El presente estudio tiene por objeto fundamental el análisis del contenido de la LGP. Especial hincapié se hace en los medios de defensa que ésta prevé para la protección de los intereses de los sujetos que pueden verse afectados por la misma y, especialmente, de los previstos para la protección de los consumidores. Tal propósito aconseja abordar, con carácter preliminar, si quiera sea someramente, el ambiente contextual e histórico del denominado «movimiento de defensa del consumidor».

El punto de «arranque político» del denominado «movimiento de defensa del consumidor», se produce, según la opinión mayoritaria de la doctrina¹³, el día 15 de marzo de 1962, cuando el Presidente de los EEUU, John F. Kennedy pronunció ante el Congreso su famoso mensaje especial sobre la protección de los intereses de los consumidores¹⁴. Si bien, DE CASTRO considera que existían con anterioridad a este discurso político «emblemático» otros antecedentes, también muy significativos, propios del mo-

lo hizo olvidando casi por completo los intereses de los consumidores al concebir la actividad publicitaria como un asunto de competencia empresarial y no como una actividad en la que se ven involucrados otros intereses distintos a los de los empresarios. Esta insatisfacción normativa, entre otras causas, fue la que motivó, como ha señalado la doctrina (Vid. FONT GALAN, J. I. "El tratamiento jurídico de la publicidad en la LGDCU". *Curso sobre "El nuevo Derecho del consumidor"*. INC, 1990. Madrid, pág. 59 y ss.), el establecimiento en la LGDCU de 1984 de un bloque de normas reguladoras de la publicidad y la posterior aprobación de la LGP de 1988, norma legal, que se propone la vertebración de una disciplina general de la actividad publicitaria atendiendo a los requerimientos de tutela de todos los participantes en el mercado (empresarios y consumidores).

¹² Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad, de 11 de noviembre. *BOE* de 15 de noviembre de 1988. Y entró en vigor el 5 de diciembre de 1988.

¹³ Vid. REBOLLO PUIG, Manuel. "Potestad sancionadora, alimentación y salud pública". Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, 1989, pág. 69; DE CASTRO, Federico. "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor". *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, fascículo IV, 1982, pág. 1068; BERCOVITZ, Alberto. "La protección de los consumidores en el Derecho español". *ESC*, núm. 1, abril 1984, pág. 55.

¹⁴ Dicho mensaje comenzaba diciendo que "consumidores somos todos" y continuaba señalando cuáles son los derechos fundamentales del consumidor a garantizar por el Gobierno:

1. El derecho a la seguridad, a ser protegido frente a la puesta en el mercado de mercancías peligrosas para la salud o para la vida.

2. El derecho a ser informado, a ser protegido frente a información, anuncios, rotulación y otras prácticas fraudulentas, dolosas o engañosas.

3. El derecho a elegir, derecho a productos con precios competitivos y asequibles.

4. El derecho a ser oido, que los derechos de los consumidores se tengan en cuenta en la planificación de la política del Gobierno y que reciba un trato rápido y favorable en los Tribunales Administrativos.

Vid. DE CASTRO, F. "Notas sobre las limitaciones...", *ob. cit.*, pág. 1071.

vimiento de defensa del consumidor como fueron las Asociaciones de Consumidores de Alemania Federal de 1960 y en Gran Bretaña los trabajos de la Comisión para mayor protección de los consumidores que venía desarrollando sus funciones desde 1959¹⁵.

En todo caso, la consagración jurídica de la defensa de los consumidores es un fenómeno muy reciente que responde a una serie de causas, de marcado carácter negativo para el consumidor, que tienen su origen en las profundas transformaciones que se han producido en las relaciones entre el consumidor y el empresario con el que contrata y en el desamparo histórico de aquél en los Códigos del siglo XIX.

Entre estas causas, señala REBOLLO PUIG¹⁶, se encuentran las siguientes: En primer lugar, el consumidor se encuentra en una situación económica de inferioridad frente a los oferentes, considerándose que las leyes del mercado libre no garantizan por sí solas los intereses de aquél¹⁷; En segundo lugar, al consumidor le resulta muy difícil adquirir bienes o utilizar servicios con el indispensable conocimiento tanto de sus caracteres y cualidades, como de los sujetos con los que contrata; Y en tercer lugar, el consumidor no encuentra protección en un Derecho concebido para una realidad económica y social diferente a la actual.

A estas tres causas habría que añadir una cuarta, que es señalada por Eduardo POLO como origen de la protección del consumidor, consistente en la crisis del principio de la autonomía de la voluntad¹⁸. Este principio que tiene su origen en la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX, se consagra como principio jurídico del liberalismo, considerándose que el libre juego de las fuerzas económicas producirá siempre lo mejor y que por lo tanto habrá que otorgar a las partes contratantes la libertad suficiente para fijar el contenido del contrato. Pero, como señala POLO, esta exacerbada protección de la autonomía de la voluntad pronto se volvió

¹⁵ Vid. DE CASTRO, F. "Notas sobre las limitaciones...", *ob. cit.*, pág. 1068 (nota 290).

¹⁶ Vid. REBOLLO PUIG, M. "Potestad sancionadora...", *ob. cit.*, pag. 70.

¹⁷ De ahí que se hiciera necesaria una protección de los intereses de los consumidores, protección que, como dice DE CASTRO, puede ser directa, a través de la atribución de derechos concretos en favor del consumidor, o indirecta, a través de la ordenación del mercado interior, la libertad de competencia, regulación de monopolios, política de precios, etc. Señala, además, DE CASTRO, que esta protección indirecta es un "arma de doble filo" puesto que suele utilizarse también en defensa de la libertad de empresa y de las exigencias de la economía en general, pudiendo favorecer, con ello, la aparición de monopolios y ser perjudicial para el consumidor. Vid. DE CASTRO, F. "Notas sobre las limitaciones...", *ob. cit.*, pág. 1071.

¹⁸ Vid. POLO, Eduardo. "La protección del consumidor en el Derecho Privado". *Civitas*, 1980, págs. 24 a 26.

contra los propios principios para la que fue creada: la libertad de contratación y la libertad de competencia. La autonomía de la voluntad no contempla la desigualdad que, en algunas ocasiones, se produce entre las partes contratantes y que puede originar la imposición, por la parte económicamente más fuerte, de unas condiciones contractuales poco equitativas. Y en segundo lugar, la autonomía de la voluntad puede restringir la libertad de competencia por medio de pactos entre los empresarios contrarios a la misma¹⁹.

Todas estas causas motivaron la preocupación del Estado por la protección de los intereses del consumidor como parte más débil del contrato, dando lugar, en un primer momento, a su intervención para asegurar el principio de libre competencia prohibiendo los pactos contrarios al mismo y que pudieran originar abusos cometidos desde una posición de dominio, con lo cual se protegía, si bien indirectamente, a los consumidores²⁰.

La protección del consumidor de manera directa se produjo, como ya indicamos²¹, a partir de la segunda mitad del presente siglo, momento en el que se comenzaron a manifestar, con más intensidad, los fallos de nuestra sociedad de consumo que incidían negativamente en los consumidores, lo cual incitó a los legisladores de los países occidentales a atribuir a los consumidores derechos concretos por medio de la promulgación de disposiciones jurídicas de muy diversa naturaleza, pertenecientes no sólo al Derecho Civil y Mercantil, sino también, al Derecho Penal, al Procesal, al Administrativo, e incluso al Derecho Constitucional, todo lo cual determina que el que podríamos denominar Derecho del consu-

¹⁹ Vid. GARRIGUES, Joaquín. "La defensa de la competencia mercantil". *Sociedad de Estudios y Publicaciones*, 1964, págs. 18-19: "Otras veces los competidores suprimían la lucha entre ellos y la dirigían contra el consumidor por medio de alianzas con el fin de asegurarse el mercado no por el triunfo de la competencia, sino por la eliminación de la competencia... Mientras tanto de la lucha por el cliente se había pasado a la lucha contra el cliente. El régimen de la libre competencia se había devorado a sí mismo, resucitando la plaga secular de los monopolios".

Vid. Norbert REICH. "Mercado y Derecho". *Ariel*, 1985, págs. 178-183: "Dado que la competencia tiende a la larga a la imposición de restricciones y a la creación de posiciones de poder en el mercado, la política de competencia debe intentar en primer lugar la supresión de tales abusos con el fin de mantener, o en su caso, restablecer las estructuras competitivas".

²⁰ Vid. Norbert REICH. "Mercado y Derecho", *ob. cit.*, pág. 181; POLO, E. "La protección del consumidor...", *ob. cit.*, pág. 27; GARRIGUES, J. "La defensa de la Competencia...", *ob. cit.*, pág. 14; BERCOVITZ, A. "La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil". *Lecturas sobre la Constitución española*. UNED. Madrid, 1978, págs. 29-30; DARANAS PELAEZ, Mariano. "Defensa de la competencia y protección del consumidor". *Información comercial española*, núm. 532, 1977, págs. 42 y ss.

²¹ Vid. nota 13 del presente trabajo.

midor no pueda ser considerado como un cuerpo unitario y homogéneo de leyes²², e incluso que no representa una novedad en el campo del Derecho, puesto que como pone de manifiesto Federico DE CASTRO²³ «en los CC se encuentran reglas de protección teniendo en cuenta la condición de débil de ciertas personas (menores, mujeres, incapacitados)» por lo que, continúa diciendo, que «lo que se tiene en cuenta ahora es la condición de consumidor como parte presumiblemente débil de los contratos, dada la prepotencia actual de los empresarios²⁴».

Toda esta preocupación por la defensa de los consumidores quedó plasmada, en nuestro país, al más alto nivel normativo en el art. 51 de nuestra Constitución el principio de protección de los consumidores²⁵ como principio informador de «la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos»²⁶, con lo cual, como afirma BERCOVITZ²⁷, «en caso de duda sobre la interpretación de una norma determinada, cuando se pueda aplicar a una operación realizada con consumidores, deberá interpretarse de manera coherente con lo dispuesto en el art. 51 de la Constitución», es decir, que el principio de defensa del consumidor debe de prevalecer sobre otros intereses puestos en juego, como ya señaló nuestro Tribunal Supremo, con anterio-

²² Vid. REBOLLO PUIG, M. "Potestad sancionadora...", *ob. cit.*, pág. 73; POLO, E. "La protección del consumidor...", *ob. cit.*, págs. 21 a 23.; BERMEJO VERA, José. "Aspectos jurídicos de la protección del consumidor". *RAP* núm. 87, 1978, págs. 264 a 295.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la defensa de los consumidores tiene unos "contornos imprecisos". Vid. Sentencia del T. Const. 86/1982, de 30 de noviembre, fundamento jurídico segundo, (*BOE* de 29 de diciembre); y Sentencia del T. Const. 95/1984, de 18 de octubre, fundamento séptimo, (*BOE* de 31 de octubre).

²³ Vid. DE CASTRO, F. "Notas sobre las limitaciones...", *ob. cit.*, pág. 1068.

²⁴ Vid. BERCOVITZ, A. "La protección de los consumidores, la Constitución española...", *ob. cit.*, págs. 9-10; considera que "si bien hace ya mucho tiempo que pueden encontrarse en la legislación normas concretas para la protección de los consumidores (ej: control administrativo en materia de medicina o alimentos) lo que es absolutamente nuevo es la idea de llevar a cabo una política global dirigida a conseguir esa protección".

²⁵ Dispone el art.51 de nuestra Constitución que:

"1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

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.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales".

Un amplio comentario a este art.51 de la Constitución lo podemos encontrar en BERCOVITZ, A. "La protección de los consumidores, la Constitución...", *ob. cit.*, págs. 9 y ss.

²⁶ Según dispone el art.53,3 de la Constitución de 1978.

²⁷ Vid. BERCOVITZ, A. "La protección de los consumidores...", *ob. cit.*, pág. 68.

ridad a la Constitución de 1978, en su sentencia de 9 de junio de 1975²⁸, donde se consideró al interés de los consumidores como un interés público²⁹.

Este art. 51 de la Constitución al señalar que «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios... mediante procedimientos eficaces», están ordenando a los poderes públicos, en general, y al legislador, en particular, que promuevan la creación de medios que resulten eficaces para proteger los intereses del colectivo de consumidores. La aprobación de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³⁰, se presentó como el cumplimiento, por parte del legislador, de este mandato constitucional, si bien, no se puede considerar que con la aprobación de esta Ley, el legislador haya cumplido, totalmente, dicho mandato³¹, ya que el art. 51 sigue imponiendo la necesidad de dictar las leyes o disposiciones normativas que sean necesarias para proteger eficazmente a los consumidores, lo cual se hace necesario porque la LGDCU no contempla aspectos fundamentales para la protección de los consumidores como por ejemplo las ventas realizadas fuera del establecimiento del empresario, o la problemática del «crédito al consumo»³². Así pues, la LGDCU no excluye la posibilidad de dictar nuevas disposiciones legales dirigidas a conseguir la protección efectiva del consumidor, es decir, que tengan, incluso, como única finalidad el cumplimiento del art. 51 de la Constitución³³. Pero es que, además, la LGDCU no incluye todas las normas protectoras de los intereses de los consumidores existentes en nuestro Ordenamiento Jurídico, es decir, no es omnicomprensiva del Derecho de consumidores, puesto que existen en nuestro Ordenamiento Jurídico otras normas jurídicas entre cuya finalidad está la de otorgar protección a los intereses de los consumido-

²⁸ Vid. OTERO LASTRES, Manuel. "La autorización del anterior titular de la marca y la protección de los consumidores". *ADI*, tomo III, 1976, págs. 285 y ss. Donde se recoge un amplio comentario a la mencionada sentencia de la Sala Tercera del TS.

²⁹ BERCOVITZ señala que este art. 51 de la Constitución va a determinar que "cualquier disposición legal que afecte a los consumidores habrá de ser interpretada en la forma que más les favorezca". Vid. BERCOVITZ, A. "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios", *ESC*, núm. 3, diciembre, 1984, pág. 11.

³⁰ Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios. *BOE* núm. 176 de 24 de julio.

³¹ Vid. BERCOVITZ, A. "Ámbito de aplicación y derechos...", *ob. cit.*, pág. 11.

³² Vid. BERCOVITZ, A. "Ámbito de aplicación y derechos...", *ob. cit.*, pág. 13.

³³ Vid. REBOLLO PUIG, M. "Potestad sancionadora...", *ob. cit.*, pág. 77; BERCOVITZ, A. "Ámbito de aplicación y derechos...", *ob. cit.*, pág. 12.

res³⁴, que se aplicarán no sólo cuando no sea aplicable la LGDCU, sino que han de tenerse en cuenta, junto con el contenido de ésta, para regular los supuestos en ella contemplados, todo lo cual ha sido previsto por la propia LGDCU cuando en su Preámbulo dispone que la LGDCU «no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior», y en su art. 7 dispone que «los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán de ser respetados en los términos establecidos en la Ley, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto o servicio».

Entre estas normas que contemplan los intereses de los consumidores se encuentra, sin lugar a dudas, tal como en este trabajo se va a pretender demostrar, la LGP de 1988 en cuyo articulado se encuentra recogido el espíritu de defensa del consumidor cumpliendo, de esta forma, lo preceptuado en el art. 51 de nuestra Constitución³⁵.

Pero esta Ley se propone, además, y de modo más genérico, ordenar una dimensión importante de la actividad externa de la empresa: la actividad publicitaria. No obstante, hay que advertir que el régimen jurídico regulador de la actividad publicitaria está constituido no sólo por la LGP, sino que, además, habrán de tenerse en cuenta los bloques normativos que la LGDCU de 1984 (art. 4; 8; 9; 10; 13; 14)³⁶ y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD)³⁷ (art. 5; 6; 7; 9; 10; 12) dedican a la actividad publicitaria. A lo largo de este trabajo estudiaremos todos estos materiales normativos aunque centraremos, fundamentalmente, nuestra atención en el estudio de la LGP de 1988.

³⁴ Vid. BERCOVITZ, A. “La protección de los consumidores...”, *ob. cit.*, págs. 55 a 68; BERMEJO VERA, J. “Aspectos jurídicos de la protección...”, *ob. cit.*, págs. 264 a 295. Donde podemos encontrar un amplio comentario a estas normas entre cuyas finalidades se encuentra la de otorgar protección a los intereses de los consumidores.

³⁵ Entre los artículos, de la LGP, más significativos en este sentido encontramos al art. 2, art. 4, art. 7, art. 8, art. 25 y al art. 32.

³⁶ Vid. FONT GALAN, J. I. “El tratamiento jurídico...”, *ob. cit.*, págs. 61 y ss.

³⁷ Publicada en el *BOE* núm. 10, de 11 de enero de 1991.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

A) Concepto de publicidad, destinatario de la publicidad, consumidor y anunciante

El estudio de los conceptos de publicidad, destinatario de la publicidad, consumidor y anunciante lo consideramos como una exigencia ineludible previa al análisis del régimen jurídico regulador de la publicidad comercial en España, pues son los conceptos que constituyen, por una parte, el ámbito objetivo de nuestro trabajo (la publicidad) y, por otra parte, delimitan el ámbito subjetivo del régimen jurídico publicitario (destinatario de la publicidad, consumidor y anunciante).

1. CONCEPTO DE PUBLICIDAD

El término publicidad, en el orden social y jurídico, puede tener varios sentidos. Así en un sentido amplio se entiende por publicidad el acto de hacer público algo, conferir la situación de público a un hecho, acto o situación. Ya en un sentido estricto se entiende por publicidad la comunicación que se realiza a través de una serie de medios de difusión que tienen por finalidad promover la contratación de los bienes, productos o servicios publicitados.

Dado que es éste último el significado que le otorga el art. 2,1 de la Ley General de Publicidad de 1988³⁸, es, por ello, el que debemos darle al término publicidad, cuando nos refiramos al mismo a lo largo del presente estudio.

1.1. Significado técnico-comercial

En toda empresa se encuentra, como un instrumento importante de su proyección externa, el marketing, que comprende una serie de diferentes actividades con objetivos propios, pero que están interrelacionados estrechamente entre sí para servir a los fines de

³⁸ Dispone el art.2,1, de la Ley General de Publicidad de 1988: “A los efectos de esta Ley se entenderá 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”.

esa empresa³⁹. Dentro de esas actividades se encuentra, ocupando un lugar privilegiado, la actividad publicitaria que aparece, de esta forma, como un instrumento a disposición de la empresa para, con un hábil manejo de la misma, influir sobre la cifra de ventas intentando lograr su incremento.

Los empresarios no se limitan a colocar sus productos y servicios en el mercado bajo cierto precio y condiciones de presentación, sino que necesitan idear una estrategia comercial dirigida a dar a conocer esos productos y servicios tratando de promover la contratación de los mismos mediante la captación y persuasión de los consumidores. No basta con que exista una oferta sino que, además, se hace necesario dar a conocer su existencia a los consumidores y convencer a éstos de que es la mejor para ellos.

Este es, precisamente, el objetivo que persigue la publicidad, en la que aparecen, claramente diferenciadas, dos finalidades a alcanzar por la misma, la finalidad informativa y la finalidad persuasiva. La publicidad no se propone tan sólo informar a sus destinatarios de las cualidades o de las características de los productos o servicios ofertados, sino que al mismo tiempo, y de forma primordial, pretende persuadir o atraer al público para que adquiera o contrate la utilización de esos productos o servicios. De ahí que todos los conceptos de publicidad comercial que podemos encontrar en los diccionarios⁴⁰ y en los diferentes trabajos doctrinales⁴¹ coinciden en destacar las finalidades informativas y persuasivas de la publicidad.

³⁹ Vid. ORTEGA MARTINEZ, E. "Manual de investigación comercial". Ed. Pirámide, 1981, pág. 32.

⁴⁰ Así según el diccionario enciclopédico LAROUSSE la publicidad es el arte de llamar la atención sobre un hecho u objeto en vista de realizar una ganancia. Conjunto de técnicas de comunicación social con que se anuncia o se da a conocer un producto o un servicio para que se consuma o utilice. Anuncio, película, etc, destinados a dar a conocer a alabar un producto, un servicio, etc.(Vid. Gran enciclopedia LAROUSSE. Ed. Planeta, tomo XIX, 1990, pág. 8974).

Por su parte el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA entiende que la publicidad... es también el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender las noticias de las cosas o de los hechos (Vid. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Décimo novena edición, 1970, pág. 1078).

⁴¹ Para HAAS la publicidad es el esfuerzo realizado por productores o comerciantes privados en interés del producto o servicio que desean vender (Vid. HASS, C. R. "Teoría, Técnica y Práctica de la publicidad". ed. Rialp, 1966, pág. 11).

VARANGOT Incluye en su concepto de publicidad los elementos que, repetitivamente, se manifiestan en todas las definiciones anteriormente transcritas, así define la publicidad como "un hacer coadyugante a la ejecución de operaciones mercantiles por parte de quienes ofrecen productos o servicios destinados al público en general o especial, según lo que se procure negociar" (Vid. VARANGOT, C. J. "Publicidad mercantil". RDM, núm. 89, 1963, pág. 59).

Por último, conviene hacer notar que el término publicidad no puede ser confundido con otros, como el de propaganda o reclamo, con los que si bien presenta ciertas características comunes⁴², se diferencia en otras de gran importancia. Así la propaganda se asocia a la difusión de ideas políticas, sociales filosóficas o religiosas pero muy rara vez con la actividad mercantil, y pretende la adhesión de los destinatarios a esas ideas y no la promoción de la contratación de bienes o servicios sin tener, por ello, un fin económico. Por su parte el término reclamo hace referencia a toda una serie de procedimientos dirigidos a atraer la atención sobre una idea, un servicio, un producto, o un individuo, generalmente con fines comerciales, pero su significado original ha degenerado hasta llegar a designar un anuncio en una publicación, un catálogo, un cartel, una etiqueta, en suma, cualquier medio o vehículo publicitario⁴³. Hoy día el término publicidad ha sustituido al de reclamo en su significado original, quedando éste englobado dentro de aquél.

1.2. Concepto Legal

El primer texto legal que estableció en nuestro Derecho un concepto jurídico positivo de publicidad fue la Ley 61/1964 de 11 de junio, llamada también Estatuto de la Publicidad, en cuyo art. 2 definía la publicidad como «... toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación»⁴⁴.

SERRANO GOMEZ considera que la publicidad es “una forma de comunicación, dirigida a perceptores anónimos, utilizada por las empresas a fin de lograr que los compradores potenciales conozcan y respondan más favorablemente a su oferta” (Vid. SERRANO GOMEZ, F. “Marketing para economistas de empresa”. Ed. ESIC, 1990, pág. 79).

Según ORTEGA MARTINEZ “la publicidad es un proceso de comunicación que, a través de diferentes medios, pretende dar a conocer un producto, servicio o idea, con objeto de influir en su compra o aceptación” (Vid. ORTEGA MARTINEZ, E. “La dirección de marketing”. Ed. ESIC, 1987, pág. 465).

Para MARTIN ARMARIO “la publicidad es una fuerza de comunicación de la empresa que, a través de un complejo mecanismo de acción, modifica el comportamiento y/o actitudes de los consumidores” (Vid. MARTIN ARMARIO, E. “La gestión publicitaria”. Ed. Pirámide, 1980, pág. 15).

⁴² La publicidad, la propaganda y los reclamos tienen por finalidad la difusión de algo, hacer pública alguna cosa o acontecimiento, y, además, utilizan, para ello, los medios de difusión de la “mass media”, es decir, la prensa, radio, y Televisión.

⁴³ Vid. HASS, C.R. Teoría, Técnica..., *ob. cit.*, págs. 14-15.

⁴⁴ Vid, también la definición recogida en el art. 1 del Real Decreto 2198/1976 de 23 de junio, por el que se dictan normas para la aplicación del principio de autenticidad en materia publicitaria. Decreto que ha sido derogado por la Ley General de Publicidad de 1988.

Este concepto legal de publicidad contenido en el EP difiere, según CUESTA RUTE⁴⁵, del concepto recogido en el art. 2 de la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa de 1984⁴⁶ y de la LGP de 1988, puesto que, si bien se señala el aspecto finalista del mensaje publicitario (que debe ir dirigido a la contratación de bienes o servicios), no se hace referencia al elemento subjetivo de la publicidad, es decir, a la condición que debe reunir el anunciante. De esta forma, mientras que en el EP no se hacía referencia a este elemento subjetivo de la publicidad, la LGP y la Directiva comunitaria consideran que sólo podrá ser anunciante «toda persona física o jurídica, pública o privada», que se dedique a realizar una actividad comercial, industrial, artesanal, o profesional. De manera que, no tendrá la consideración de publicidad, a los efectos de la LGP o de la Directiva comunitaria, la realizada por particulares o por empresarios o profesionales cuando no favorecen su propia actividad⁴⁷.

Por su parte, la reciente LGP (Ley 34/1988 de 11 noviembre) reproduce, casi literalmente, la definición de publicidad contenida en la Directiva comunitaria de 10 de septiembre de 1984⁴⁸. Así la Ley en su art. 2 define la publicidad como «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».

En relación con esta definición se deben de hacer algunas precisiones, a saber:

⁴⁵ Vid. CUESTA RUTE, José María de la. “La Directiva de la CEE sobre la publicidad engañosa”. *ESC*, núm. 7, abril 1986, pág. 86. En contra se manifiesta LEMA DEVESÁ, Carlos. “Nuevas perspectivas del Derecho europeo de la publicidad”. *ADI*, núm. 6, 1979-80, pág. 81.

⁴⁶ Directiva 84/250/CEE sobre publicidad engañosa. *DOCE*, núm. L250/17, de 19 de septiembre de 1984.

⁴⁷ El ámbito subjetivo de la LGP de 1988 contrasta con el que el art. 3 de la LCD de 1991 establece en materia de competencia desleal. Según este art. 3 la LCD “será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado” sin que sea necesaria la “existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal”. De modo que los particulares podrán ser sujetos activos de un acto de competencia desleal, consistente en una actividad publicitaria desleal según la LCD, pero no sujetos activos de una actividad publicitaria ilícita, conforme a la LGP, al quedar excluidos, por el art. 2 LGP, del ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley.

⁴⁸ Dispone el art. 2 de la Directiva que: “A los efectos de la presente Directiva se entiende por:

1. Publicidad: toda forma de comunicación hecha en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con la finalidad de promover el abastecimiento de bienes o de servicios, comprendiendo los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”.

a) El art. 2 LGP define la publicidad como «toda forma de comunicación». De esta forma se logra que el concepto de publicidad sea un concepto muy amplio que comprende tanto los mensajes escritos o los hablados, como las imágenes o, incluso, los sonidos.

b) Por otro lado, el art. 2 LGP a la hora de definir la publicidad parece que se olvida de su función informativa para pasar a considerar como publicidad aquella forma de comunicación que tenga una finalidad persuasiva y promotora, es decir, que pretenda conseguir la contratación, por el destinatario de esa publicidad, de los bienes o servicios ofertados por el anunciante.

Ahora bien, opinamos, al igual que parte de la doctrina⁴⁹, que esta función persuasiva y promotora de bienes y servicios, que debe tener la publicidad al ser el principal «puente» que une los productos o servicios del anunciante con los consumidores, debería estar limitada por la función informativa que toda manifestación publicitaria tendría que cumplir en interés de los consumidores, estableciendo criterios para controlar la dosis de persuasividad de los actos publicitarios, y fijando reglas jurídicas que exigieran unos contenidos informativos mínimos⁵⁰.

c) La LGP, al contrario que el Proyecto de LGP⁵¹, veta la posibilidad de que los particulares puedan ser considerados como anunciantes y, por lo tanto, sujetos de la actividad publicitaria regulada por la misma.

Con lo cual, la actividad publicitaria realizada por los parti-

⁴⁹ Vid. FONT GALAN, J.I. "El tratamiento jurídico de la publicidad...", *ob. cit.*, págs. 99-100.

⁵⁰ Ni la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa de 1984, ni la LGP de 1988, abordan, claramente, la cuestión de la función informativa de la publicidad. Sí lo hace, en cambio, el art.13,2 de la LGDCU de 1984, al exigir que "los Reglamentos de etiquetado, presentación y publicidad de los productos o servicios habrán de atender a las exigencias concretas para garantizar siempre el derecho de los consumidores y usuarios a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva". También las diferentes normas jurídicas autonómicas sobre protección de los consumidores tratan de asegurar el derecho de los mismos que la publicidad les proporcione una información veraz y suficiente para garantizar su derecho a la libre elección de los productos y servicios ofertados en el mercado (Vid. art.19 del Estatuto del Consumidor del País Vasco, aprobado por la Ley 10/1981, de 18 de noviembre; art.23 del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, aprobado por la Ley 12/1984, de 28 de diciembre; art.13,b) del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, aprobado por la Ley 5/1985, de 8 de julio; art.12,b) del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, aprobado por la Ley 2/1987, de 9 de abril).

⁵¹ El Proyecto de LGP (Aprobado por el Consejo de Ministros el 13 de noviembre de 1987) consideraba que podrían ser anunciantes los particulares y no sólo aquellas personas que realizaran una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

culares no quedará sujeta a la Ley⁵². Esta exclusión nos parece injustificada, toda vez que, los particulares también pueden contratar anuncios para sus actividades económicas ocasionales, pudiendo constituir éstos una actividad publicitaria ilícita, que por no estar sometida a la Ley no quedará sujeta a los medios de defensa que la Ley reconoce en su articulado para luchar contra estas manifestaciones publicitarias ilícitas, produciendo, de esta forma, una indudable desprotección de los destinatarios de la publicidad, entre los que ocupan un lugar preferente los consumidores⁵³.

2. AMBITO DE APLICACION DE LA LGP

El estudio de los conceptos de destinatario de la publicidad, consumidor y anunciante, que a continuación realizaremos, está, en nuestra opinión, plenamente justificado si tenemos en cuenta que representan los sujetos que van a delimitar subjetivamente los diferentes supuestos de publicidad ilícita recogidos en la LGP de 1988.

2.1. Concepto de destinatario de la publicidad

La definición de destinatario de la publicidad la encontramos en el art. 2 de la LGP según el cual «a los efectos de la Ley, se entenderá por destinatario las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance».

Como podemos observar se trata de una definición que permite considerar destinatarios de la publicidad a un amplio espectro de personas, tanto físicas como jurídicas. Son destinatarios no sólo aquellas personas a las que específicamente vaya dirigida la publicidad, sino también todos aquellos a los que alcance de alguna forma (por ejemplo otros empresarios de la competencia). De manera que serán destinatarios de la publicidad aquellas personas que sin ser el colectivo específico expresamente querido por el anunciante, reciben efectivamente la publicidad difundida por éste,

⁵² Vid. nota 47 del presente trabajo.

⁵³ En opinión de CUESTA RUTÉ debe criticarse la exclusión de los particulares del concepto de publicidad, ya que si se aborda, jurídicamente, un tratamiento global del fenómeno publicitario, de este fenómeno no debe tomar la Ley, sólo, los aspectos que inciden en el proceso de comercialización de los productos y servicios, es decir, en el ámbito mercantil en el que interviene el anunciante como empresario, artesano o profesional (Vid. CUESTA RUTE, J. M. "Observaciones sobre la LGP", núm. 4, *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1989, pág. 53).

como ocurre por ejemplo con la publicidad dirigida a los niños y que también alcanza a sus padres⁵⁴.

A pesar de que parte de la doctrina⁵⁵ considera que no se puede estimar que los destinatarios de la publicidad sean, en cuanto tales, sujetos publicitarios, es decir, titulares de derechos y deberes derivados directamente de la norma publicitaria, de manera que puedan por ello ejercer las acciones de cesación y rectificación de una determinada actividad publicitaria, en nuestra opinión, la amplitud con que se define en el art. 25 de la LGP⁵⁶ a los sujetos legitimados activamente para interponer estas acciones, permite apreciar que todo destinatario de la publicidad puede considerarse dotado de tal legitimación activa. La razón está en que si bien no todo destinatario de la publicidad tiene que «resultar afectado» por la publicidad, ni ser titular de algún «derecho subjetivo», sí será en todo caso, titular de un «interés legítimo»⁵⁷ consistente en la preservación y tutela de su libertad de autodeterminación negocial, esto es, de su derecho a elegir libremente los productos y servicios ofertados en el mercado. La tutela de este interés jurídico explica y exige la represión de tal publicidad para lograr, de esta forma, una situación material o jurídica más beneficiosa para todos los destinatarios de la publicidad, pues su derecho a elegir libremente (su libertad psíquica proyectada en la libre autodeterminación negocial) resultará, de este modo, protegido⁵⁸.

⁵⁴ Opina SANTAELLA LOPEZ que «el concepto legal de destinatario de la publicidad engloba una doble situación:

1. La de las personas a las que se dirija el mensaje publicitario, independientemente de que éste sea recibido.

2. La de las personas a las que alcanza (efectivamente) el mensaje publicitario, que son aquellas a las que se puede denominar con propiedad receptores del mensaje.

(Vid. SANTAELLA LOPEZ, Manuel. «El nuevo Derecho de la publicidad». Ed. Civitas, 1989, pág. 89.)

⁵⁵ Considera SANTAELLA LOPEZ que un determinado destinatario de la publicidad sólo tendrá la condición de sujeto publicitario «cuando esa persona concreta resulte afectada en particular por la comunicación publicitaria o sea titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo». Para SANTAELLA LOPEZ, por lo tanto, no todo destinatario de la publicidad tiene un interés legítimo, en cambio, en nuestra opinión sí lo tiene, tal y como trataremos de explicar en este punto (Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. «El nuevo Derecho...», ob. cit., pág. 90.).

⁵⁶ Dispone el art. 25 LGP «1 Los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar del anunciente la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita».

⁵⁷ Tanto el concepto de derecho subjetivo como el de interés legítimo, es objeto de estudio en el apartado de este trabajo dedicado al análisis del art. 25 de la LGP (Vid. Capítulo III, apartado II: «Legitimación activa: análisis del art. 25 de la Ley General de Publicidad»).

⁵⁸ Tanto para los sujetos que sean destinatarios de la publicidad, por ser ellos a los que va dirigida la actividad publicitaria, como para aquellos que sin ser los sujetos a los que va

2.2. Concepto de consumidor: análisis del concepto legal y su aplicabilidad a la LGP

La Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), establece el concepto de consumidores o usuarios en su art. 1,2, que dice así: «A los efectos de esta Ley son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilizan o disfrutan, como *destinatarios finales*, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden»⁵⁹. A la vista de esta definición, podemos llegar a la conclusión de que la clave del concepto de consumidor está en que se trate de un destinatario final de bienes, productos, servicios, actividades o funciones, y no de un mero

dirigida la publicidad son considerados destinatarios de la misma porque ésta les alcanza, la represión de la actividad publicitaria ilícita produce, con relación a ellos, una situación jurídica o material mucho más beneficiosa, puesto que desaparece el elemento de ilicitud que podía vicir su libertad de elección y por ello hay que considerarlos como titulares de un interés legítimo.

FONT GALAN señala que los consumidores pueden verse sometidos a una presión o influencia psicológica, como consecuencia de la acción de la publicidad, que les impulsa a adquirir productos o servicios, ofertados en el mercado, de una forma irracional o irresponsable. Pone, este autor, con ello, de manifiesto la importante incidencia que la publicidad puede tener sobre la libertad psíquica de elección de los consumidores (Vid. FONT GALAN, J. I. "Constitución económica y Derecho...", *ob. cit.*, págs. 65, 66 y 86).

⁵⁹ Señala BERCOVITZ (Vid. BERCOVITZ, A. "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores...", *ob. cit.*, págs. 15 y ss.) que si bien la necesidad de proteger a los consumidores se centró en un primer momento en las personas particulares que adquirían bienes de grandes empresas, pronto se reconoció la necesidad de proteger también a los consumidores en general frente a la Administración Pública para exigir de ésta una actuación que asegure una adecuada calidad de vida, incluyéndose aquí, el interés por obtener la satisfacción de necesidades que no pueden satisfacerse en el mercado y que son indispensables para garantizar una buena calidad de vida (medio ambiente, servicios públicos en general, derecho a la educación, y a la información, etc.). Todo lo dicho, considera BERCOVITZ (*ob. cit.*), nos permite diferenciar entre una noción concreta y noción abstracta de consumidor. La primera se refiere a quienes adquieren o utilizan bienes o servicios para su uso privado, mientras que la noción abstracta de consumidor hace referencia al consumidor en cuanto persona que aspira a tener una adecuada calidad de vida. De esta forma, consumidores en sentido abstracto serán todos los ciudadanos, pues todos estamos interesados en mejorar nuestra calidad de vida, sin embargo, consumidores según la noción concreta de los mismos sólo serán los que adquieran o utilicen bienes o servicios. Así la noción abstracta de consumidor, señala BERCOVITZ (*ob. cit.*), servirá para atribuir derechos a los ciudadanos en general en cuanto consumidores, mientras que la noción concreta sirve para atribuir derechos a cada consumidor en concreto.

La LGDCU de 1984 ha optado por una noción concreta de consumidor al considerar como consumidor a la persona física o jurídica que adquiere como destinatario final bienes o servicios. No sigue, por ello, la noción abstracta de consumidor establecida en el número III de la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 14 de abril de 1975, relativa a un Programa preliminar de la CEE para una política de protección e información de los

intermediario, como queda demostrado a tenor de lo dispuesto por el art. 1,3 de LGDCU⁶⁰.

Por su parte, la Ley de los Consumidores y Usuarios de Andalucía⁶¹ (en adelante LCUA) aprobada el 8 de junio de 1985, define, igualmente, qué se entiende por consumidores o usuarios en su art. 3,1, que dice así: «A los efectos de esta Ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como *destinatarios finales*, productos, bienes o servicios, actividades o funciones, independientemente del carácter individual o social, público o privado, de quienes los produzcan, suministren o los emanen»⁶².

Podemos observar como se trata de una definición de consu-

consumidores (JOCE núm. C92 de 25 de abril de 1975; se puede encontrar el texto en castellano en: TORRES LANA, José Angel y CABANILLAS MUGICA, Santiago. “Código de Derecho de Consumo”. *Trivium*, 1989, págs. 5 y ss.) donde se dice que “de ahora en adelante, ya no se considera al consumidor únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que, como consumidor, puedan afectarle directa o indirectamente”.

⁶⁰ Dispone el art.1,3 de la LGDCU que “no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

⁶¹ Estatuto de los consumidores y usuarios de Andalucía (Ley 5/1985, de 8 de julio, *BOE* de 20 de julio de 1985)

⁶² En cambio, el resto de las CCAA han optado por una noción concreta de consumidor en la que se destaca la condición, de éste, como destinatario final de los bienes o servicios. Así el Estatuto Gallego del consumidor y usuario (Ley 12/1984, de 28 de diciembre, *BOE* de 11 de junio de 1985) define a los consumidores en su art.2 como “todas las personas físicas o jurídicas, que adquieran, utilicen, o disfruten bienes muebles, inmuebles o semovientes, medios, productos o servicios y actividades, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quien lo produce o interviene, directa o indirectamente, en su comercialización, siempre que su destino final sea para su uso personal, familiar o colectivo”.

Finalmente, el Estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana (Ley 2/1987, de 9 de abril, *BOE* de 29 de abril de 1987) define al consumidor o usuario en su art.3 como “toda persona física o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta, como destinatario final, bienes, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de quienes los produzcan, vendan, presten o distribuyan”.

Hasta el momento sólo han sido cuatro las CCAA (Andalucía, Valencia, País Vasco y Galicia) quien en cumplimiento del mandato constitucional recogido en el art.51 de nuestra Carta Magna han promulgado Leyes cuyo objeto es la protección jurídica del consumidor. En cada una de estas cuatro Leyes se recoge un concepto de consumidor que, básicamente, es idéntico al recogido en la LGDCU, con la excepción del concepto de consumidor recogido en el Estatuto del consumidor para el País Vasco que reproduce el concepto abstracto de consumidor, reflejado en el Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores al que ya hemos hecho referencia (Vid. nota 59 del presente trabajo). Así el art.2 del Estatuto del consumidor para el País Vasco (Ley 10/1981, de 18 de noviembre, modificada por el Decreto Legislativo 2/1986 de 9 de noviembre, publicada en el *BOPV* de 29 de octubre) define al consumidor como “toda persona física o jurídica que adquiera, utilice o disfrute bienes, medios o servicios, para su uso personal, familiar o colectivo y a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como tal consumidor”.

midor muy parecida a la dada por la LGDCU, en la que, igualmente, vuelve a exigirse la condición de destinatario final de los bienes, productos, servicios, actividades o funciones, de las personas físicas o jurídicas para que éstas o aquéllas puedan considerarse como consumidores.

Del estudio de estos dos artículos podemos deducir dos características que identifican a las personas, físicas o jurídicas como consumidores, a saber:

a) El consumidor puede ser, tanto una persona física, como jurídica.

b) Adquiere, utiliza o disfruta los bienes, productos, servicios, actividades o funciones, sin ánimo lucrativo, es decir, sin un interés comercial, utilizándolos para su uso propio y no para integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios, es decir, se tiene que tratar de un *destinatario final* de esos bienes, productos, servicios, actividades o funciones.

A la vista de todo lo dicho hasta ahora, cabe preguntarse si resulta contemplado el consumidor, en cuanto tal, en la LGP.

A esta cuestión, en nuestra opinión, hay que contestar afirmativamente, puesto que, dentro del amplio espectro de sujetos que protege la Ley estarán los consumidores⁶³, si bien habría que advertir que ese ámbito de sujetos protegidos no estará únicamente integrado por los consumidores, sino también, por aquellos sujetos que, sin ser consumidores, reciban el mensaje publicitario, (tal como dice el art. 2 de la LGP), y por ello, resulten afectados por la publicidad, o, puedan tener un interés legítimo o un derecho subjetivo, tal y como, dispone el art. 25 de la misma Ley. De forma que la LGP no sólo contempla en su cinturón de tutela al consumidor, sino que éstos son sólo un subgrupo de personas, que al igual que otros, no pueden ser considerados como consumidores,

⁶³ En cuanto que éstos resulten afectados por la publicidad ilícita en su esfera personal o patrimonial, o bien, sean titulares de un interés legítimo o de un derecho subjetivo lesionado por la misma. De manera que creemos que la LGP no contempla en general al consumidor, (al menos si adoptamos la noción concreta de consumidor) salvo que éste resulte afectado efectivamente por la publicidad. Tal vez podríamos considerar que sí contempla, de forma general al consumidor si seguimos la noción abstracta del mismo, puesto que, en este caso consumidores seríamos todos ya que todos estamos interesados en mejorar nuestra calidad de vida y para ello uno de los requisitos indispensables sería el evitar los engaños y demás abusos que se cometen a través de la publicidad. De ahí que podemos considerar, en este último supuesto, que todo ciudadano-consumidor tiene un interés legítimo en que se repriman los supuestos de publicidad ilícita.

por no reunir los requisitos exigidos por el art. 1,2 de la LGDCU y por el art. 3,1 LCUA, son protegidos por la LGP (ejemplo: los empresarios competidores).

En conclusión la LGP, ampara de forma específica, pero no exclusiva, a los consumidores, ya que protege a todas las personas físicas o jurídicas que resulten afectadas o sean titulares de derechos subjetivos o de un interés legítimo afectado por el mensaje publicitario, según dispone el art. 25 de la Ley.

Como pone de manifiesto FONT GALAN⁶⁴ el concepto de consumidor ha tenido tradicionalmente un marcado carácter contractualista, puesto que, se ha definido al consumidor teniendo presente sólo uno de los momentos en los que puede resultar implicado jurídicamente cuando acude al mercado, esto es, el momento contractual. Así ocurre en el concepto que se da de consumidor en la Carta de protección del consumidor del Consejo de Europa de 15 de mayo de 1973, en la que se considera como consumidor a la «persona física o moral a la que son vendidos bienes o suministrados servicios para su uso privado».

Pero el momento contractual es sólo uno de los momentos, de riesgo de indefensión, de los que se ocupa el nuevo Derecho del consumo. Existen otros momentos (precontractuales) en los que el consumidor debe ser tutelado aún cuando no pueda ser todavía considerado como la parte débil de un contrato de consumo, al no haberse celebrado, aún, este contrato. De la defensa del consumidor en esos momentos anteriores a la celebración del contrato se ocupa, en nuestra opinión, entre otros (como el Derecho de la competencia desleal), el actual Derecho de la publicidad, ya que, a la hora de definir las diferentes modalidades de publicidad ilícita, no exige que el destinatario de esa publicidad haya celebrado algún contrato de consumo como requisito de acceso a la tutela de ese Derecho, sino que basta con ser consumidor, para que puedan ser protegidos por la LGP⁶⁵.

⁶⁴ Vid. FONT GALAN, Juan Ignacio. "Constitución económica y Derecho...", *ob.cit.*, págs. 56-58.

⁶⁵ De la atenta lectura del art.25 de la LGP podemos concluir que el consumidor entendido en su noción abstracta resulta protegido aún antes de celebrar el contrato de consumo, ya que:

a) Si es titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que resulte afectado por la publicidad ilícita, no necesitará celebrar ningún contrato, de manera previa, para poder ejercer, por si mismo, las acciones de cesación y de rectificación que regula la LGP.

b) Si no es titular de ningún derecho subjetivo o interés legítimo que resulte afectado por la publicidad ilícita, tampoco necesitará, el consumidor, celebrar, de forma previa, ningún contrato de consumo para que sus intereses queden protegidos por la LGP, ya que, en nuestra

De esta forma, el consumidor podría ser definido como aquella persona, física o moral, a la que se le proponen, como destinatario de ofertas al público, contenidas en los mensajes publicitarios, la celebración de un contrato de adquisición, uso o disfrute de bienes o servicios ofrecidos por un empresario, para su consumición o utilización personal o familiar⁶⁶.

Todo lo visto, nos lleva a concluir que, como afirma A. BERCOVITZ⁶⁷, «no existe una noción legal única de consumidor, sino una pluralidad de nociones que sirven para delimitar el ámbito de aplicación de las distintas disposiciones legales y que se establecen atendiendo específicamente a la protección que la norma pretende ofrecer».

En conclusión, podemos considerar como objetivo fundamental de la reciente LGP el de lograr el equilibrio entre productores y consumidores ofreciendo al consumidor (entre otros sujetos⁶⁸) medios de «defensa» frente a la publicidad ilícita (acción de cesación, acción de rectificación, etc) (art. 25 y ss. de la LGP) que deben de complementarse con otros medios, que sin ser de naturaleza procesal, sin embargo, desempeñan una importante función sobre todo en cuanto que permiten que el consumidor pueda elegir los productos o servicios que va a consumir de una forma mucho más objetiva, y lograr así el cumplimiento del derecho a la información consagrado en la LGDCU de 1984 y en la LCUA de 1985 (análisis comparativos, libertad de crítica, y demás publicaciones destinadas a informar a los consumidores⁶⁹).

2.3. Concepto de anunciante

La LGP define al anunciante como la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad (art. 10 LGP). Puede, por tanto, ser anunciante toda persona natural o jurídica, pero el hecho jurídicamente relevante es que la publicidad se realice en interés

opinión, éstos podrán protegerse por medio del ejercicio de las acciones previstas en la Ley, aunque en este caso la legitimación activa para su ejercicio corresponda a las Asociaciones de consumidores o usuarios, y no al consumidor personalmente, al no resultar “afectado” o perjudicado económicamente por la publicidad, ya que aún no ha celebrado ningún contrato de consumo en virtud de esa publicidad.

⁶⁶ Vid. FONT GALAN, J. I. “Constitución económica y Derecho...”, *ob. cit.*, pág. 57.

⁶⁷ Vid. BERCOVITZ, A. “Ámbito de aplicación y derecho de los consumidores...”, *ob. cit.*, pág. 17.

⁶⁸ Vid. el análisis que se hace en este trabajo del concepto de consumidor (Capítulo I, apartado 2.2 “Concepto de consumidor”).

⁶⁹ Vid. Capítulo IV (art. 13 al art. 17) de la LGDCU, y Capítulo V (art. 13 al art. 20) de la LCUA.

de esa persona. De ahí que el anunciante deba ser considerado como el responsable de la campaña publicitaria al ser el más interesado en la misma y, por ello, le concede la LGP la facultad de controlar la campaña (art. 12 LGP) y, al mismo tiempo, le obliga a desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios (art. 11 LGP) y a cesar o rectificar la publicidad ilícita (art. 26 y 27 LGP).

Hay que advertir que el concepto de anunciante recogido en la LGP adquiere, en la misma, una doble dimensión, por cuanto que, puede ir referido al ámbito contractual publicitario (art. 9 a 24 LGP), o bien, al ámbito de la publicidad ilícita (Títulos I, II, y IV LGP). El concepto de anunciante referido a los contratos publicitarios es mucho más amplio que el referido a la publicidad ilícita. Así, en el ámbito contractual puede ser anunciante toda persona física o jurídica en cuyo interés se realice la publicidad⁷⁰, en cambio, a la hora de referirnos al anunciante como responsable de las diferentes modalidades de publicidad ilícita, parece que sólo puede ser anunciante la persona en cuyo interés se realice la publicidad y que, además, ejerza una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional⁷¹. La LDC de 1991 acoge una noción amplia de anunciante al no exigir, del mismo, la condición de empresario o profesional, sino que su ámbito de aplicación va mucho más allá al ser aplicable la Ley «a cualesquiera personas físicas o jurídicas que participen en el mercado» (art. 3,1 LDC), contemplando, también, al particular, en general, como posible anunciante de una modalidad publicitaria ilícita.

B) Orientación política de las normas reguladoras de la actividad publicitaria: hacia una mayor protección de los consumidores

Es a partir de la década de los años sesenta⁷² cuando va a ir penetrando una nueva concepción no «individualista», sino, social

⁷⁰ Así parece deducirse de la lectura conjunta de los arts. 9 y 10 de la LGP, ya que según el art.9 “lo dispuesto en el mismo (Título III LGP) será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el art. 2”, es decir, realizadas por personas físicas o jurídicas que no se dediquen a una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

⁷¹ Así parece deducirse de lo dispuesto en los arts. 2 y 10 LGP.

⁷² A partir de la década de los años sesenta empezaron a promulgarse una serie de disposiciones jurídicas que, aunque no protegían “directamente” los intereses de los consumidores, si los protegían aunque de una forma refleja. Entre estas disposiciones cabe citarse la Ley de ventas de bienes muebles a plazos de 17 de julio de 1965 (BOE de 21 de julio),

y colectiva, en virtud de la cual, se considera que no sólo es digno de protección el consumidor o usuario concreto que ha sufrido un daño cierto a consecuencia del incumplimiento de un contrato, también concreto, sino que, se va a considerar que igualmente es digno de protección el interés público de la masa de consumidores o usuarios en general, considerada como colectividad. De forma que, se van a proteger ya, no sólo, el interés particular y concreto de cada consumidor individualmente considerado, sino también, el interés general y abstracto que posee la masa social constituida por todos los consumidores.

Ese interés general y abstracto es protegido frente a múltiples agresiones y de entre ellas destacan las que provienen de la publicidad ilícita, en la que pueden incurrir los empresarios en su lucha por la «conquista» del consumidor.

Así pues, en relación con esas agresiones procedentes de la actividad publicitaria ilícita, hay que decir que las normas que reprimían dicha actividad eran normas que protegían; fundamentalmente, a los empresarios que se veían perjudicados por la llamada publicidad desleal y engañosa⁷³. Pero hoy, como ya se ha dicho, esas normas han sufrido un proceso de socialización que ha permitido la protección del interés difuso de los consumidores. De forma que, la primitiva orientación, según la cual, la normativa represiva de la publicidad desleal estaría dirigida, únicamente, a la protección jurídica de los empresarios amenazados o lesionados por la actividad ilícita de los competidores, ha sido progresivamente abandonada por la doctrina⁷⁴.

la Ley sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (*BOE* de 29 de julio), la Ley sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia de 20 de julio de 1963 (*BOE* de 23 de julio), El Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964 (*BOE* de 15 de junio), y el Decreto sobre disciplina de mercado de 17 de noviembre de 1966.

⁷³ Si bien es cierto que, como señala la doctrina (Vid. BERCOVITZ, A. “La protección de los consumidores...”, *ob. cit.*, págs. 58 y ss.; FERNÁNDEZ NOVOA, C. “La interpretación jurídica...”, *ob. cit.*, pág. 31; POLO, E., “La protección del consumidor...”, *ob. cit.*, pág. 49. Vid. nota 93 del presente trabajo), el Estatuto de la Publicidad de 1964 tuvo una “clara” finalidad protectora de los consumidores recogida en los artículos definidores de los principios generales de la actividad publicitaria, esa finalidad protectora no se refleja en absoluto en el resto del articulado, sino más bien todo lo contrario. Así los órganos encargados de hacer cumplir los principios generales (la Junta Central de Publicidad y el Jurado de Publicidad) estaban formados fundamentalmente por profesionales y el procedimiento administrativo previsto en el Estatuto favorecía claramente los intereses corporativistas de los empresarios discriminando los de los consumidores.

⁷⁴ Vid. NORBERT REICH. “Mercado y Derecho”, *ob. cit.*, pág. 181; POLO, E. “La protección del consumidor...”, *ob. cit.*, pág. 27; GARRIGUES, J. “La defensa de la competencia...”, *ob. cit.*, pág. 14; BERCOVITZ, A. “La protección de los consumidores, la Constitución...”, *ob. cit.*, págs. 29-30; DARANAS PELAEZ, M. “Defensa de la competencia y protección...”, *ob. cit.*, págs. 42 y ss.

Actualmente, la interpretación dominante ha sido orientada, cada vez más, hacia la idea de que los intereses protegidos por las normas restrictivas de la publicidad ilícita deben ser los de la colectividad en general, y los de los empresarios en particular⁷⁵. Esta idea queda plasmada en el hecho de que se les conceda legitimación activa a las asociaciones de consumidores o usuarios para interponer las acciones pertinentes destinadas a la represión de la publicidad ilícita, así como, los derechos de participación y audiencia en consulta en relación a todos los temas que afecten de alguna forma a los consumidores, todo lo cual queda contemplado tanto en el Derecho europeo⁷⁶, como en el Derecho español⁷⁷.

En España este proceso de socialización de las normas restrictivas de la publicidad ilícita, en nuestra opinión, tiene una doble explicación: En primer lugar, el desgraciado incidente del síndrome tóxico (originado, al parecer, por el aceite de colza) que abrió el camino del nuevo modelo de consumo basado en el predominio de los intereses de los consumidores sobre los intereses de los productores, queriéndose proteger así, a la parte más débil de esa relación consumidor-productor. Y, en segundo lugar, la concienciación por parte de los empresarios que advierten la necesidad de proteger el instituto publicitario, ya que una publicidad ilícita, no sólo daña los intereses de los consumidores, sino que al dañar a éstos, daña también los suyos, debido a que crea en los consumidores una desconfianza generalizada hacia la publicidad que de sus productos puedan hacer esos empresarios, de forma que, una proliferación de esa publicidad ilícita terminaría por acabar con la misma publicidad. Para evitar todo ésto, en algunos países han sido los propios empresarios los que han constituido asociaciones de autocontrol de la publicidad, elaborando códigos éticos de comportamiento en la actividad publicitaria⁷⁸.

⁷⁵ Vid. BACHARACH DE VALERA, Sol. "Legitimación activa de las asociaciones de consumidores para entablar la acción de cesación". *ADI*, núm. 9, 1983, pág. 162.

⁷⁶ En este sentido cabe resaltar el párrafo 13,1 a) de la Ley alemana de Competencia Desleal de 7 de junio de 1909; el art.10 de la Ley de Competencia Desleal suiza de 19 de diciembre de 1986; art. 57 de la Ley de Prácticas Comerciales belga de 14 de julio de 1971; los art.45 y 46 de la "Loi Royer" francesa de 27 de diciembre de 1973; art. 12 de la Ley portuguesa sobre defensa del consumidor de 22 de agosto de 1981.

⁷⁷ Vid. arts. 20, 21 y 22 de la LGDCU, así como los arts. 25 a 32 de la LCUA.

⁷⁸ Este método de control de la publicidad ha sido utilizado en numerosos países y, entre ellos, los más destacados son, Gran Bretaña, Estados Unidos, Alemania, y, también, en España, desde la constitución de la S.A. "Autocontrol de la publicidad S.A." el 17 de mayo de 1977.

C) El viejo Estatuto de la Publicidad de 1964 (Ley 61/1964 de 11 de junio)

El sistema implantado por el EP⁷⁹ para reprimir la publicidad ilícita prescindía, casi por completo, de los intereses de los consumidores, como a continuación comprobaremos⁸⁰.

El EP preveía para la represión de la publicidad ilícita dos vías: La vía administrativa y la vía judicial.

La vía administrativa estaba conformada por dos órganos que eran: la Junta Central de Publicidad (JCP) y el Jurado de Publicidad (en adelante JP).

La JCP⁸¹ tenía dos funciones⁸²: Cuidar del cumplimiento de las normas y principios contenidos en el EP. Y en segundo lugar, informar a la Administración Pública en las materias concernientes a la actividad publicitaria, con excepción de aquéllas que tengan naturaleza económica o laboral.

De estas dos funciones nos interesa, en este momento, sólo la primera de ellas, por cuanto que es la más directamente relacionada con la protección de los consumidores frente a la publicidad ilícita.

El contenido de esta función se concreta en el párrafo segundo del art. 67 del EP⁸³, que legitima a la JCP para incoar el correspondiente procedimiento ante el JP, ya sea por propia iniciativa, ya sea «por acuerdo de ésta a demanda o denuncia concreta de tres profesionales⁸⁴». Hay que advertir, según se puede deducir del art. 67,2, que sólo estaba legitimada para incoar un procedimiento ante el JP, la JCP, bien de forma voluntaria, o bien, necesariamente cuando así solicitaban tres profesionales, olvidando,

⁷⁹ Aprobado por la Ley 61/1964 de 11 de junio.

⁸⁰ Vid. nota 73 del presente trabajo.

⁸¹ Las resoluciones más importantes del Jurado Central Publicidad durante su corta vigencia (1964-1978) las podemos encontrar en las ADI del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela: Tomo II, 1975, págs. 665 a 684; Tomo III, 1976, págs. 663 a 692; Tomo IV, 1977, págs. 565 a 579; Tomo V, 1979, págs. 623 a 646; Tomo VI, 1979-80, págs. 401 a 407.

⁸² Ambas funciones las establece el art. 61 del EP y son reiteradas por la Orden de 27 de junio de 1974 por la que se reestructura la JCP (*BOE* de 16 de julio de 1974, núm. 169).

⁸³ Dispone el art. 67,2 del EP que «La incoación del procedimiento, en el que se dará audiencia al interesado o a su representante aceptado por el Jurado, se hará por iniciativa del la JCP o por acuerdo de ésta a demanda o denuncia concreta de tres profesionales».

⁸⁴ El sentido que la palabra «profesionales» tiene en este artículo viene aclarado por el Reglamento del JP, de 31 de julio de 1970, cuando en su art. 8 nos dice «Tres sujetos de la actividad publicitaria inscritos en el Registro General de Publicidad».

de esta forma, casi por completo, los intereses de los consumidores que para nada se tenían en cuenta.

Por su parte, el JP era el encargado de conocer «de las violaciones de los principios generales» contenidos en el Título II del EP y que son el de legalidad, el de veracidad, el de autenticidad y el de competencia lícita o leal, así como de «resolver las controversias que entre partes determinadas surjan como consecuencia de cualquier contrato de actividad publicitaria⁸⁵.

En el supuesto de que se infringieran los principios generales contenidos en el Título II del EP, el JP podía imponer «correcciones consistentes en amonestación o suspensión en el ejercicio de la actividad, que no podrá exceder de seis meses»⁸⁶.

Así pues, era la JCP la única legitimada para incoar un procedimiento ante el JP, según ésto, cabe preguntarse ahora cuáles eran las posibilidades que los consumidores tenían, bien individualmente, o bien por medio de sus asociaciones, de obligar a la JCP para que ésta incoara el correspondiente procedimiento.

De un total de 87 miembros que formaban parte de la JCP, sólo 3 representaban a las asociaciones de consumidores⁸⁷. Según ésto, fácilmente se podrá comprobar como eran prácticamente nulas las posibilidades que tenían estos tres representantes de las asociaciones de consumidores de poder influir en la formación de la voluntad de la JCP.

Esta debilísima posición de los consumidores contrastaba con la posición de los profesionales, porque bastaba con que tres de estos profesionales solicitaran a la JCP la incoación de un determinado procedimiento para que ésta debiera incoar necesariamente ante el JP el procedimiento solicitado⁸⁸.

⁸⁵ Vid. art. 66 del EP, así como, Vid. también art.1 del Reglamento del JP (Orden de 31 de julio de 1970, *BOE*, núm. 233, de 17 de septiembre de 1970).

⁸⁶ Según establece el art.67,1 del EP “En el supuesto del apartado a) del artículo anterior (El JP conocerá: a) de las violaciones a los principios generales de este EP), el JP podrá imponer correcciones consistentes en amonestaciones o en suspensión en el ejercicio de la actividad, que no podrá exceder de seis meses”.

⁸⁷ Vid. arts. 4 y 5 de la Orden Ministerial de 27 de junio de 1974.

⁸⁸ De la CUESTA RUTE afirma que “cuando la denuncia provenga de tres profesionales, la Junta no es libre de adoptar el acuerdo de incoación, sino que necesariamente deberá adoptarlo” (Vid. CUESTA RUTE, José María de la. “Régimen jurídico de la publicidad”. Tecnos, 1974, pág. 247).

Por su parte SÓBRAO señala que la JCP no está obligada a adoptar acuerdo de incoación, puesto que el art.10,2 del Reglamento del JP dice que “el acuerdo de incoación o denegación deberá dictarse en el plazo de 10 días” (Vid. SÓBRAO, F. “El Jurado Central de Publicidad”. Rev. de Administración Pública, núm. 71, 1973, págs. 498 y ss.).

Los consumidores también podían solicitar a la JCP la incoación de un determinado procedimiento, pero ésta era libre de incoar ante el JP el procedimiento solicitado, y todo ello con independencia del número de consumidores que lo hubieran solicitado. Además, en la propia composición del JP no se exigía la presencia de ningún representante de los consumidores⁸⁹.

En conclusión, para que los consumidores estuvieran representados en el JP tendrían que haberse dado todas las circunstancias favorables que a continuación se señalan:

- a) Que el Ministerio de Cultura decidiera incluir algún representante de los consumidores en la lista de 30 personas que presentara a la JCP.
- b) Que la JCP seleccionara algún representante de los consumidores, entre los que de esta lista de 30, debían entrar en sorteo.
- c) Y que, por último, en el sorteo de 7 miembros del JP saliese elegido algún representante de los consumidores.

Son demasiadas circunstancias las que debían de darse para que se pudieran considerar que, en el sistema de represión de la publicidad ilícita que preveía el EP, se protegiesen los intereses de los consumidores de una forma directa. Se trataba de un sistema en el que se primaban los intereses de los profesionales, con el consiguiente peligro para los intereses de los consumidores, pues, de todos es sabido, que aquéllos toleran ciertas formas de publicidad aunque sean ilícitas.

Con relación a la vía judicial, hay que comenzar diciendo, que el EP reconocía en su art. 64 y 65 la competencia de los Tribunales

En contra de la opinión de SOBRAO se manifiestan DE HUERTA y PALACIOS, Felipe. "Los principios jurídicos de la publicidad española: su protección". *Publitecnia*, núm. 63, 1984, pág. 32.

⁸⁹ Así cuando se trataba de infracciones de los principios generales reconocidos en el EP, el JP se componía de 7 miembros elegidos por sorteo por el pleno de la JCP entre "30 personas de acreditada honestidad e integridad profesional"; de las cuales 15 pertenecían a la lista de 30 que representaban a los profesionales, y otros 15 a la lista, también de 30, que presentaba el Ministerio de Información y Turismo (hoy Ministerio de Cultura).

Dispone el art. 62 del EP: "La JCP seleccionará, a la vista de las propuestas formuladas por el Ministerio de Información y Turismo y por los profesionales a través de la organización sindical, una lista de personas de acreditada honestidad e integridad profesional, a las que se les reconocerá la cualidad de posibles miembros del JP. Al menos la mitad de los miembros designados lo serán de entre los propuestos por la organización sindical. El JP conocerá de las cuestiones que se determinan en el art. 66 y actuará con los asesoramientos que reglamentariamente se señalen".

civiles, penales y laborales, con independencia de la intervención del JP⁹⁰.

También se podía acudir a la vía contenciosa administrativa como consecuencia de la vía administrativa prevista en el EP.

Antes de la LGP no se preveía por nuestro Derecho, la posibilidad de ejercer la llamada acción de cesación, lo cual constituía una grave deficiencia e implicaba que, ni tan siquiera, se planteara por la doctrina el cuestionarse si las asociaciones de consumidores poseían o no legitimación activa para el ejercicio de esta acción. Hoy, sin embargo, sí está reconocida en la LGP la posibilidad de ejercer la acción de cesación tal y como después veremos⁹¹.

Pero a pesar de esta importante deficiencia, la labor de nuestros Tribunales fue muy importante debiendo, además, considerarse como muy progresista al reconocer la posibilidad de ejercer la acción de cesación ante el JP, a fin de que éste prohibiera a la parte denunciada la repetición de la actividad publicitaria que infringía una norma del EP. A este respecto, hay que destacar la Sentencia del TS de 2 de febrero de 1974⁹², donde el TS reconoce la posibilidad del ejercicio de la acción de cesación con el fin, antes visto, al establecer en el Considerando cuarto de la mencionada Sentencia que la «amonestación» prevista en el art. 67 del EP «es una sanción cuyo contenido es prevalentemente de intimidación, a fin de evitar la repetición de la infracción, y, en consecuencia, el amonestado debe cesar en la actividad sancionada».

D) Necesidad de una nueva Ley General de Publicidad

La actividad publicitaria se desarrolló en España sin ninguna barrera que la limitase, al no existir en nuestro Ordenamiento

⁹⁰ Dispone el art. 64 del EP: “La jurisdicción penal competente enjuiciará, con arreglo a sus normas de procedimiento, los delitos que se cometan en el ejercicio de la actividad publicitaria.

Igualmente se respeta la competencia específica de la jurisdicción laboral”.

Asimismo el art. 65 dispone que: “La violación de los derechos individuales, la contravención de las normas sobre la competencia desleal en materia publicitaria y las demás cuestiones de naturaleza civil se dirimirán ante los Tribunales Ordinarios, sin perjuicio de que los interesados puedan previamente someterlas al JP”.

⁹¹ Vid. Capítulo III, apartado 2 “Sanciones de naturaleza civil”, del presente trabajo.

⁹² Sobre esta Sentencia, Vid. el extenso comentario que realiza sobre la misma FERNÁNDEZ NOVOA, “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad” en ADI de 1975, págs. 369 y ss. Asimismo, Vid. OTERO LASTRES, “La protección de los consumidores frente a la publicidad ilícita”, en ADI de 1977, pág. 126.

jurídico ninguna norma especial que la regulase⁹³. La imposición de un control específico, sólo se hizo efectivo a partir de la Ley 61/1964 por la que se aprobó el EP. El EP supuso, en principio, un valladar importante para la defensa de los intereses de los consumidores⁹⁴, y sobre todo, para la defensa de los intereses de los empresarios, quienes no querían ver sus productos comparados —con la intención de hacerles competencia desleal— o despreciados, por los competidores.

Para conseguir esta finalidad el EP consagraba una serie de principios generales que debían de ser respetados en la ejercicio de la actividad publicitaria:

- a) Principio de legalidad: toda publicidad deberá someterse a las leyes (art. 7 del EP).
- b) Principio de veracidad: la información publicitaria debe de ser veraz y no inducir a error (art. 8 del EP).
- c) Principio de autenticidad: la publicidad debe de identificarse fácilmente como tal actividad (art. 9 del EP).
- d) Principio de libre competencia: los mensajes publicitarios deben de estar sujetos a las leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal (art. 10 del EP).

El EP, al menos durante cierto tiempo, sirvió como cauce que evitaba, en la medida de lo posible, la publicidad ilícita. Sin embargo, aproximadamente diez años después de su entrada en vigor, comenzaron a darse una serie de circunstancias que deter-

⁹³ A pesar de ello, como señala Carme MADRENAS (Vid. MADRENAS i BOADA, Carme. "Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal". *Civitas*, Madrid, 1990, págs. 43 y ss.) "la historia jurídica española de la prohibición de la publicidad engañosa y desleal es inseparable de la historia doctrinal general de la disciplina de la competencia desleal". Las primeras normas que reprimieron la publicidad ilícita en España fueron normas represoras de las prácticas de competencia desleal, en concreto, nos estamos refiriendo al art. 131 de la LPI de 16 de mayo de 1902 (recientemente derogado por la Ley de Marcas de 10 de octubre de 1988; Se recoge un amplio comentario de este art. 131 de la LPI de 1902 en FONT GALAN, J.I. "Constitución económica...", *ob. cit.*, págs. 234 y ss.). El RDL de 26 de julio de 1929 derogó la LPI de 1902, pero tras la proclamación de la República, el decreto de 22 de mayo de 1931 derogaba las disposiciones penales del Texto refundido del RDL de 1929, arts. 233 a 243, y restableció el vigor de los "correspondientes artículos" de la LPI de 1902, declarando subsistente el resto del RDL con el nombre de Estatuto sobre propiedad industrial. Fue pues, este art. 131 de la LPI (junto con el art. 10 bis b) del CUP) la única norma represora de la publicidad ilícita, entendida ésta como una práctica de competencia desleal, hasta la promulgación del EP de 1964.

⁹⁴ Esta afirmación hay que hacerla con las reservas puestas de manifiesto en: Capítulo I, apartado C "El viejo Estatuto de la Publicidad de 1964" del presente trabajo.

minaron la crisis del EP, y que fueron denunciadas por parte de la doctrina⁹⁵ y por los propios operadores publicitarios.

Estas circunstancias, fundamentalmente, fueron cuatro, a saber:

En primer lugar, cabe señalar, el **desuso de las normas del EP de 1964**, debido a que, como señala la Exposición de Motivos de la LGP, carecían de la flexibilidad necesaria para adaptarse a un campo, como el de la publicidad, especialmente dinámico, y por responder a presupuestos políticos y administrativos alejados de los de la Constitución de 1978. A estas dos causas habría que añadir una tercera que vendría determinada por el Decreto de 1 de septiembre de 1978 por el que se suprimía, como después veremos, la estructura administrativa prevista en el EP para la represión de la publicidad ilícita. Pero, como ha señalado la doctrina⁹⁶, parece que la inaplicación de las normas estatutarias obedece a causas más profundas que las ya señaladas. La corporación empresarial creó sus propios órganos de autocontrol de la publicidad⁹⁷, representados en España por la Sociedad Anónima «Autocontrol, S.A.»⁹⁸ que compitió, con ventaja, con el sistema de control implantado por el EP⁹⁹.

⁹⁵ Vid. LEMA DEVESA, Carlos. "Problemas y perspectivas de la futura LGP". Conferencia pronunciada con ocasión de la Asamblea y Junta General de socios de Autocontrol de la publicidad el día 13 de junio de 1985. Autocontrol de la publicidad, págs. 2 y ss.; ALONSO DAVILA, Jesús. "La nueva LGP. Una Ley preocupante". La Ley, Legislación, núm. 5, febrero, 1989, págs. 46 y ss.; MONTON REDÓNDI, Alberto. "El proceso de la LGP". La Ley, núm. 2175, febrero, 1989, págs. 1 y ss.; LEMA DEVESA, C., FERNANDEZ NOVOA, C., GOMEZ SEGADE, J.A., BÓTANA AGRA, M., AREAN LALIN, M. "Líneas básicas de la futura LGP". *Publitecnica*, núm. 63, 1984, págs. 6 y ss.; Exposición de Motivos de la LGP. *BOE* de 15 de noviembre, núm. 274.

⁹⁶ Vid. CASTRO MARTÍN, J. L. "Los supuestos de publicidad ilícita en la nueva LGP". *ICADE*, núm. 18, 1989, pág. 72.

⁹⁷ Un amplio comentario al sistema de autocontrol de la publicidad lo podemos encontrar en: GOMEZ SEGADE, J.A. y LEMA DEVESA, C. "La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español". *ADI*, tomo VII, 1981, págs. 40 y ss.

⁹⁸ En el año 1976 la Administración española, a través de la JCP, se interesó en el tema de la autodisciplina publicitaria y en el pleno de la citada Junta que tuvo lugar el 20 de marzo de 1976 se aprobó un acuerdo por el que se recomendaba a los profesionales publicitarios el establecimiento inmediato en nuestro país de un sistema de autodisciplina publicitaria (Vid. CALVET, J.A. "El autocontrol publicitario". *Publitecnica*, núm. 38/39, 1976, pág. 99; HUERTA Y PALACIOS, F. "Los principios jurídicos de la publicidad española: su protección". *Publitecnica*, núm. 63, 1984, pág. 32). Unos meses más tarde, el 8 de noviembre de 1976, se reunían en Canarias la JCP y los representantes de las agencias y medios publicitarios españoles, acordando el inicio de los trabajos para el establecimiento en España de un sistema de autocontrol publicitario. Como fruto de estos trabajos, el 17 de mayo de 1977 se constituyó la Sociedad Anónima "Autocontrol de la publicidad, S.A." en la que iban a quedar representados los anunciantes, las agencias y los medios de publicidad.

⁹⁹ Al sentirse los sujetos implicados en la actividad publicitaria (anunciantes, agencias y medios) más identificados con este sistema de autocontrol, por ser el sometimiento al mismo totalmente voluntario, lo cual implica la existencia de una postura favorable de estos sujetos a respetar el código de conducta que, a su vez, es, normalmente, creado por ellos mismos.

En segundo lugar, la aprobación de la Constitución de 1978 hizo inaplicables algunos artículos del EP por ser necesaria una adaptación a esta norma superior de nuestro Ordenamiento Jurídico. Así hay varios artículos de la Constitución que influyen de forma decisiva en este punto, como son el art. 38 que consagra la libertad de empresa y, por lo tanto, determina la necesidad de reconocer la «libertad de publicidad»; y el art. 51 que consagra el principio de protección de los consumidores que ha sido desarrollado por la LGDCU de 1984 y por la LCUA de 1985, principio que hace necesaria la reforma del EP, sobretodo, de la llamada vía administrativa para la represión de la publicidad engañosa y desleal (art. 63 a 69 del EP). Esta causa se encuentra recogida en la propia Exposición de Motivos de la LGP de 1988¹⁰⁰.

La tercera causa que determinó la crisis del EP fue la inaplicación de sus normas, sobre todo, a partir del **Decreto de 1 de septiembre de 1978**¹⁰¹, que había creado la desaparecida Secretaría de Estado para la Información, y que suprimió a la antigua Subdirección General de Publicidad y Relaciones Públicas, con lo cual desaparecieron las Secretarías de la Junta y del Jurado Central de Publicidad, de forma que, la denominada «vía administrativa» para la represión de la publicidad engañosa y desleal se convirtió en una «vía muerta».

Como ya hemos visto¹⁰², junto a la vía administrativa se ofrecía al consumidor la «vía judicial» al reconocer los artículos 64 y 65 del EP la competencia de los Tribunales civiles, penales y laborales, para conocer de los casos de publicidad ilícita, y ello con independencia de la intervención del JP. Pero esta vía tampoco se ha utilizado, de forma suficiente, hasta el punto de que son muy escasas las Sentencias dictadas por los Tribunales en materia de publicidad en los últimos diez años.

Pero esta circunstancia no quiere decir que en materia publicitaria «todo esté en orden», ya que son muchos los abusos que se siguen cometiendo por medio de la publicidad ilícita.

¹⁰⁰ Cuando dice “la legislación general sobre la materia está constituida en España por la Ley 61/1964 de 11 de junio, por la que se aprueba el EP, norma cuyo articulado ha caído en gran parte en desuso... y, por responder a presupuestos políticos y administrativos alejados de los de la Constitución”.

¹⁰¹ El Decreto de 1 de septiembre de 1978 está publicado en el BOE del 15 de septiembre de 1978.

¹⁰² Vid. Capítulo I, apartado C “El viejo Estatuto de la Publicidad de 1964” de este trabajo.

Finalmente, como cuarta causa determinante de la necesidad de reformar el EP, hay que señalar **la integración de España a la CE**. el 1 de enero de 1986. Esta circunstancia hizo necesaria la acomodación de la legislación publicitaria al Ordenamiento jurídico comunitario, teniendo, para ello, especialmente en cuenta, la Directiva de la C.E. sobre publicidad engañosa, de 10 de septiembre de 1984¹⁰³. Así la Exposición de Motivos de la LGP, señala que, «la adhesión de España a la Comunidades Europeas implica, entre otros, el compromiso de actualizar la legislación española en aquellas materias en las que ha de ser armonizado con la comunitaria».

Pues bien, todo este cúmulo de circunstancias pusieron de manifiesto la necesidad de reformar el EP, exigencia recientemente reclamada por la doctrina y por los propios operadores publicitarios. Como fruto de estas presiones fue designada una Comisión de Expertos que comenzaron a trabajar en la redacción del Anteproyecto de LGP. De esta forma y, por encargo del Ministerio de la Presidencia, en el mes de octubre de 1984 se concluía la redacción del Borrador de Anteproyecto de LGP. Este Borrador fue elaborado bajo la dirección del Prof. Carlos LEMA DEVESA y en el mismo participaron un grupo de ilustres juristas¹⁰⁴. Constaba de 74 artículos, 2 disposiciones adicionales y 1 disposición final. Tras su estudio por el Ministerio de la Presidencia fue sustancialmente reformado, y como fruto de estas modificaciones, el 8 de enero de 1986, se presentaba el primer Anteproyecto de LGP, el cual fue objeto de algunas modificaciones introducidas por los Ministerios de Economía y Hacienda, y de Sanidad y Consumo. De esta forma, el 14 de febrero de 1986, se concluía el segundo Anteproyecto de LGP. Posteriormente, este Anteproyecto estuvo «aparcado» durante 1986 hasta el primer trimestre de 1987. Y, ya en el mes de marzo de 1987 se hizo público el tercer Anteproyecto de LGP que fue elaborado por el Ministerio de Relaciones con las Cortes, que modificaba, en aspectos importantes, el anterior Anteproyecto. Pero este tercer Anteproyecto fue, igualmente, modificado, y fruto de esta modificación apareció el cuarto Anteproyecto de LGP en el mes de octubre de 1987.

Finalmente, sobre la base de este cuarto Anteproyecto de Ley,

¹⁰³ Directiva 84/250/CEE. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L250/17, de 19 de septiembre de 1984.

¹⁰⁴ En concreto los Profesores FERNANDEZ NOVOA, C.; GOMEZ SEGADÉ, J.; BOTANA AGRA, M; y AREAN LALIN.

el 13 de noviembre de 1987, fue aprobado por el Consejo de Ministros el Proyecto de LGP, que fue remitido al Congreso de los Diputados, publicándose en el BOCG el 26 de noviembre de 1987¹⁰⁵, y que se convirtió, tras ser aprobado por el Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 1988, en la LGP de 11 de noviembre de 1988.

¹⁰⁵ Al Proyecto de LGP, que constaba de 34 artículos, se presentaron 156 enmiendas por parte de los diferentes grupos parlamentarios, si bien, ninguna de ellas se presentó a la totalidad del mismo. Tras examinar en Ponencia el Proyecto de Ley, el 26 de abril de 1988, se discutía por la Comisión de Justicia e Interior las citadas enmiendas, publicándose el dictamen de la Comisión el 29 de abril de 1988. Posteriormente, el Proyecto de Ley fue objeto de debate en el Pleno del Congreso de los Diputados, en el que apenas prosperaron las enmiendas que, anteriormente, ya habían sido rechazadas por la Comisión. Y, a este respecto, debe destacarse que únicamente se suprimió un artículo referido a los contratos publicitarios (art. 20 del Proyecto), permaneciendo el resto de artículos con algunas variaciones. El 16 de junio de 1988 entraba en el Senado el texto del Proyecto de LGP aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados. En el Senado se presentaron 45 enmiendas al Proyecto de Ley, sucumbiendo casi todas, a excepción de una enmienda hecha por la Coalición Popular, que fijaba la prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas en televisión, ampliándola a las bebidas con graduación igual o superior a 20 grados centesimales de graduación alcohólica.

Después de volver el texto del Proyecto de Ley al Congreso de los Diputados, fue aprobado por éste el 20 de octubre de 1988, siendo promulgado el 11 de noviembre de 1988 y publicado en el BOE del día 15 del mismo mes, convirtiéndose, de esta forma, en la reciente LGP de 1988.

CAPITULO II:

Los supuestos de publicidad ilícita en la Ley General de Publicidad de 1988

En primer lugar, debemos advertir que este análisis de la LGP se va a centrar, de manera principal, y casi exclusiva, en el régimen de la actividad publicitaria en cuanto actividad externa de la empresa de carácter concurrencial. Queda fuera del propósito de este trabajo el régimen de los contratos publicitarios (art. 9 a 24), al que nos vamos a referir sólo tangencialmente.

La LGP se divide en cuatro Títulos. En el Título primero, bajo la denominación de «Disposiciones Generales», se determinan cuáles son las fuentes legales de la publicidad, en su art. 1, definiéndonos en el art. 2, qué se entiende por publicidad, a los efectos de la Ley, y a quiénes debemos considerar como destinatarios de esa publicidad¹⁰⁶.

El Título II de la Ley, denominado «De la publicidad ilícita» (art. 3 a 8), establece las definiciones de las diferentes modalidades de publicidad ilícita, articulándose, asimismo, las diferentes modalidades de intervención administrativa, en los casos de productos, bienes, actividades o servicios susceptibles de generar riesgos para la vida o la seguridad de las personas.

En el Título III, denominado «De la contratación publicitaria» (art. 9 a 24), se establecen aquellas especialidades de los contratos publicitarios que ha parecido al legislador interesante destacar. Se han recogido las principales figuras de contratos y de sujetos de la actividad publicitaria que la práctica del sector ha ido consagrando.

No vamos a realizar un estudio pormenorizado de este Título III de la Ley, por considerar que, sólo indirectamente, puede la materia regulada en el mismo, afectar a los intereses de los consumidores en cuanto tales¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Vid. Capítulo I del presente trabajo, donde se estudian los conceptos de publicidad y de destinatarios de la publicidad.

¹⁰⁷ Tan sólo, dentro de este Título III, el art.13 de la LGP puede afectar a la protección de los intereses de los consumidores, al prohibir que en los contratos publicitarios se incluyan

Y finalmente, el Título IV, denominado «De la acción de cesación y rectificación y de los procedimientos» (art. 25 a 33), establece las normas de carácter procesal que han de regir en materia de sanción y represión de la publicidad ilícita.

Así pues, a continuación, vamos a realizar un estudio más exhaustivo de los Títulos II y IV de la Ley, por ser los que de una forma más directa están relacionados con el régimen concurrencial de la actividad publicitaria y con la defensa de los intereses de los consumidores. El mencionado estudio, va a estar basado, fundamentalmente, en la LGP, y en la Directiva de la CEE. de 1984 sobre la armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE.

I. LA PUBLICIDAD ILICITA: SUPUESTOS LEGALES

El art. 3 de la LGP, define a la publicidad ilícita de una forma casuística, es decir, estableciendo cuáles son los supuestos que se pueden considerar como constitutivos de publicidad ilícita, y así dispone: «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 ¹⁰⁸.

- b) La publicidad engañosa.
- c) La publicidad desleal.
- d) La publicidad subliminal.
- e) La publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.»

cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en la que puedan incurrir las partes del contrato (anunciante, agencia o medio) como consecuencia de la publicidad.

¹⁰⁸ La regulación de esta modalidad publicitaria ilícita tiene un antecedente en el Decreto 917/1967 de 20 de abril, por el que se dictan normas sobre publicidad exterior, y cuyo art. 10 disponía: “Se considerará ilícita toda manifestación de actividad publicitaria que utilice la persona humana con la sola finalidad de ser soporte material del mensaje o instrumento de captación de la atención”.

A. La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o que vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución

Nuestra Constitución de 1978 recoge a lo largo de su articulado una serie de derechos y de valores que constituyen los principios inspiradores en los que habrán de basar su labor nuestros legisladores y nuestros Jueces y Tribunales¹⁰⁹. Además, estos derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos tanto en su relación con el Estado como en sus relaciones mutuas, teniendo, por lo tanto, como fin fundamental tutelar la libertad, autonomía y seguridad de las personas no sólo frente al poder estatal, sino, también, frente a los abusos procedentes de los demás ciudadanos¹¹⁰. De ahí que, toda actividad procedente tanto de los poderes públicos como de los particulares ha de respetar estos valores y derechos fundamentales¹¹¹ reconocidos en nuestra Carta Magna. Esta exigencia explica, en nuestra opinión, la inclusión en la LGP del art. 3,a) donde se prohíbe la actividad publicitaria contraria a esos valores y derechos que el legislador ha incluido en nuestra Constitución al estimar que deben ser considerados como los presupuestos básicos sobre los que ha de construirse el Estado de Derecho¹¹². Sin embargo, la inclusión de esta norma

¹⁰⁹ Según nuestro Tribunal Constitucional “los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que han de informar todo nuestro Ordenamiento Jurídico” (Vid. STC de 15 de junio de 1981, en *BJC*, núm. 4, 1981, pág. 265).

¹¹⁰ Los derechos fundamentales se concebían inicialmente como instrumentos de defensa de los particulares frente al poder del Estado, y se consideraba que no tenían razón de ser en las relaciones entre particulares al encontrarse éstos en un plano de igualdad formal. Pero esta igualdad formal no se corresponde, en la sociedad capitalista, con la existencia de una igualdad material entre los particulares, con lo cual, se hace necesaria la protección de estos derechos fundamentales también en el ámbito de las relaciones entre particulares.

¹¹¹ Según PEREZ LUÑO “el término de derechos humanos aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los derechos fundamentales. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los Ordenamientos Jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el Ordenamiento Jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (Vid. PEREZ LUÑO, A. E. “Los derechos fundamentales”. Ed. Tecnos, 1984, pág. 46).

¹¹² Señala PEREZ LUÑO que “se da un estrecho nexo de interdependencia entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que, el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos implican para su realización al Estado de Derecho” (Vid. PEREZ LUÑO, A. E. “Los derechos fundamentales”, *ob. cit.*, pág. 19).

en la LGP ha sido muy discutida por la doctrina¹¹³ por entender que se trata de una norma inútil, o carente de sentido en el contexto de la LGP, ya que, entiende este sector doctrinal, la publicidad debería, también, respetar los derechos y valores reconocidos en la Constitución porque, la Constitución misma, es una norma jurídica que tiene un valor normativo directo, o, como ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional en sus sentencias¹¹⁴ es de aplicación inmediata. En nuestra opinión, a pesar de que existen derechos reconocidos en nuestra Constitución¹¹⁵ cuya tutela está sólidamente basada en el propio texto constitucional según su art. 53,2¹¹⁶, este art. 3,a) LGP no está carente de utilidad por existir, diseminados por el texto constitucional, una serie de derechos¹¹⁷ de enorme actualidad y alcance que, sin embargo, al no hallarse su garantía prevista en el art. 53 de nuestra Constitución —o al hallarse prevista pero careciendo de la posibilidad de ser directamente alegados ante los órganos de la jurisdicción ordinaria (Derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I)— pueden presentar serias dudas sobre su tutela frente a cualquier acto contrario a los mismos, en general, o frente a la actividad publicitaria, en particular. De ahí la necesidad de que se dicten normas como la del art. 3,a) de la LGP, que pretendan la tutela de estos derechos constitucionales.

El fundamento de la ilicitud de esta publicidad contraria a la dignidad de la persona y a los valores y derechos reconocidos en la Constitución¹¹⁸ se encuentra en un hecho tan evidente como que

¹¹³ Vid. CASTRO MARTIN, J.L. “Los supuestos de publicidad...”, *ob. cit.*, pág. 75; CUESTA RUTE, J. M. “Observaciones sobre la LGP”, *ob. cit.*, pág. 59; SANTAELLA LOPEZ, M. “El nuevo Derecho...”, *ob. cit.*, pág. 108.

¹¹⁴ Nuestro Tribunal Constitucional ha dicho en numerosas sentencias que todo el contenido de la Constitución es de aplicación inmediata (Vid. STC de 15 de junio de 1981; STC de 28 de abril de 1982; STCde 20 de diciembre de 1982).

¹¹⁵ En concreto los denominados por el propio texto constitucional como derechos fundamentales y que se encuentra recogidos en el Título I, Capítulo II, Sección I de nuestra Constitución (arts. 14 y 15 al 29).

¹¹⁶ Dispone el art. 53,2 de la Constitución de 1978: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30”.

¹¹⁷ De esta forma pueden citarse el derecho a la iniciativa legislativa popular (art. 87,3); el derecho de los ciudadanos a participar en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten (art. 105); el derecho a la indemnización por errores judiciales (art. 121); el derecho para ejercitar la acción popular y participar en la Administración de justicia a través de la institución del Jurado (art. 125); etc.

¹¹⁸ “Los valores y los derechos reconocidos en la Constitución son bienes jurídicos de muy diversa entidad, si bien muchos de ellos se pueden catalogar como Principios Generales del Derecho en su triple dimensión de Principios de Derecho natural (la libertad, la justicia),

toda actividad publicitaria contraria a esos valores y derechos es ilícita por su carácter constitucional¹¹⁹.

En estos supuestos el elemento determinante de la ilicitud de la publicidad podemos encontrarlo no sólo en el contenido del mensaje, sino también en la forma utilizada para comunicar ese mensaje publicitario¹²⁰.

Por lo que se refiere al último inciso de este art. 3,a) de la LGP, es decir, la protección especial que otorga la Ley a la infancia, la juventud y a la mujer, hay que dar la razón, en nuestra opinión, a la doctrina¹²¹ cuando critica la referencia expresa que se hace a la mujer, dando a entender como si la mujer quisiera estar adscrita a un grupo social especialmente desprotegido frente a la publicidad. Si la LGP habla, con carácter general, del respeto a la dignidad de la persona y, además, nuestra Constitución consagra el principio de igualdad ante la Ley de hombres y mujeres sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo (art. 14 de la Constitución), no entendemos la razón de la referencia expresa que este art. 3,a) hace de la mujer cuando la actividad publicitaria puede incidir de la misma forma sobre hombres y mujeres.

de Derecho histórico español (la dignidad de la persona) o de carácter político-constitucional (pluralismo político)". Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. "El nuevo Derecho...", *ob. cit.*, pág. 108.

¹¹⁹ La ilicitud de estas manifestaciones publicitarias resulta de un hecho tan evidente que como dice CUESTA RUTE "el apartado a) del art. 3 de la LGP no era imprescindible, pues aunque no existiera su mandato resulta de los preceptos constitucionales que, es sabido (Vid. CUESTA RUTE, José María de la. "Los principios generales de la publicidad ante la reforma del Estatuto". *Publitecnia*, núm. 63, 1984, pág. 20), tienen un valor normativo directo. Otra cosa hubiera sido si en lugar de contener una norma tan obvia, el art. 3,a) de la LGP se hubiera consagrado a establecer, como hacía el art. 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 interprete, entre los variados valores constitucionales reconocidos y la aplicación del caso". (Vid. CUESTA RUTE, J. M. de la. "Observaciones sobre la LGP", *ob. cit.*, pág. 59).

También SANTAELLA LOPEZ considera que "en rigor, la proclamación del art. 3,a) de la LGP... desde el punto de vista de su necesidad no puede considerarse rigurosamente imprescindible".(Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. "El nuevo Derecho...", *ob. cit.*, pág. 108).

¹²⁰ Así se puede atentar contra la dignidad de la persona o contra sus derechos fundamentales, reduciéndolos a un mero objeto erótico, a una situación de inferioridad o de pasividad, o a cualquier otra situación denigrante para la condición humana, tanto por medio del contenido como a través del propio continente o forma del anuncio publicitario.

¹²¹ Así, CASTRO MARTIN considera que "la norma que examinamos (art. 3,a) de la LGP) no es más que una concesión legislativa a la demagogia feminista. Se trataban de evitar los anuncios que discriminan a la mujer en relación con el hombre. Se aprecia aquí, como en muchas leyes modernas, un afán periodístico del legislador" (Vid. CASTRO MARTIN, J. L. "Los supuestos de publicidad...", *ob. cit.*, pág. 76); Para CUESTA RUTE la mención expresa que este art.3,a) hace de la mujer "favorece poco la consideración de igualdad y dignidad de las personas" (Vid. CUESTA RUTE, J.M. "Observaciones sobre...", *ob. cit.*, pág. 58).

B. La publicidad engañosa

El art. 4,1 de la LGP define a la publicidad engañosa como «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».

Este art. 4,1 de la LGP reproduce casi literalmente al art. 2,2 de la Directiva comunitaria 84/450, según el cual, será publicidad engañosa «toda publicidad que, de manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta, y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar a su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor».

Conviene ahora hacer una serie de consideraciones referentes a ambos artículos, a fin de comprender mejor qué es lo que la LGP y la Directiva comunitaria consideran publicidad engañosa.

En primer lugar, ambos artículos comienzan con expresiones prácticamente idénticas, «la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación...» esta expresión nos viene a poner de manifiesto la irrelevancia del medio por el que se difunda la publicidad, de forma que tan engañosa puede ser la publicidad escrita, como la realizada por medio de imágenes, sonidos, etc. La amplitud con la que se define a la publicidad engañosa, en los art. 4,1 y 2,2 de LGP y de la Directiva comunitaria, respectivamente, concuerda, perfectamente, con la amplitud con la que se define a la publicidad en el art. 2,1 de la LGP y de la Directiva comunitaria¹²².

En segundo lugar, tanto la LGP como la Directiva comunitaria, advierten que es publicidad engañosa «la que induce o puede inducir a error», poniendo de manifiesto, de esta forma, que no es necesario que la publicidad sea falaz, es decir, que será publicidad engañosa aquella que siendo exacta en un plano abstracto, es engañosa por inducir a error a sus destinatarios, por ejemplo cuando induce a los destinatarios a creer que se trata de un producto de marca prestigiosa, cuando en realidad el producto anunciado no pertenece al fabricante de esa marca prestigiosa, sino que pertenece a un anunciante que ha utilizado una marca idéntica, o muy

¹²² Vid. Capítulo I, apartado 1 “Concepto de publicidad”, del presente trabajo.

parecida, a la del fabricante cuya marca se ha utilizado ilícitamente. Por todo ello, consideramos que es publicidad engañosa la sancionada en el art. 6, b) de la LGP como publicidad desleal¹²³, puesto que, si bien perjudica o puede perjudicar a los competidores, y en cuanto tal ser calificada como desleal, también, puede inducir a error a los destinatarios de la publicidad, y por ello, ser engañosa¹²⁴.

Por otra parte, el concepto de publicidad engañosa que recogen los art. 4,1 de la LGP y 2,2 de la Directiva comunitaria, conllevan otras dos consecuencias, a saber: la no necesidad de un daño a efectos de la calificación de la publicidad engañosa y, en segundo lugar, una inversión de la carga de la prueba.

Así, si tenemos en cuenta la expresión «induce o *puede* inducir a error», comprenderemos, fácilmente, que tanto la LGP como la Directiva comunitaria no exigen, para calificar la publicidad como engañosa, que se produzca un engaño efectivo, sino que basta para calificar a la publicidad como engañosa, que ésta pueda inducir a error a sus destinatarios, es decir, basta con que exista la mera posibilidad de engañar, aunque el engaño efectivo no se produzca¹²⁵. Este hecho merece ser acogido muy favorablemente, por cuanto permitirá a los consumidores reclamar a la autoridad judicial la prohibición de la publicidad que pueda inducir a error, evitando así, que llegue a consumirse un perjuicio real —un engaño—, en la persona de cualquier consumidor¹²⁶.

¹²³ Como dice MADRENAS i BOADAS, Carme: “en la LGP la publicidad engañosa no constituye una subcategoría de la publicidad desleal, sino una categoría independiente de la misma. Sin embargo, ambos supuestos no son independientes, sino que se hallan estrechamente relacionados” (Vid. MADREÑAS i BOADAS, C. “Sobre la interpretación de las prohibiciones...”, *ob. cit.*, pág. 186).

¹²⁴ Así dispone el art.6,b) de la LGP: “Es publicidad desleal la que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores”.

¹²⁵ De esta forma el concepto de publicidad engañosa se ha subjetivizado en relación con el concepto de publicidad que contenía el art. 8,1 del EP, según el cual, para que la publicidad no fuera engañosa debía de “respetar la verdad”. Hoy según el art. 4 de la LGP una publicidad puede ser considerada engañosa, aun cuando respetando la verdad, pueda ser susceptible de inducir a error. (Vid. MADRENAS i BOADAS, C.”Sobre la interpretación de las prohibiciones...”, *ob. cit.*, pág. 191).

¹²⁶ Para determinar esta posibilidad de inducción a error habría que tener en cuenta el criterio, en tal sentido, del consumidor medio, un tipo ideal medio de destinatario, incluso distraído, desprevenido o de escasa educación. (Vid. CUESTA RUTE, J. M. de la. “Observaciones sobre la LGP”, *ob. cit.*, págs. 68 y ss.; MADRENAS i BOADAS, C. “Sobre la interpretación de las prohibiciones...”, *ob. cit.*, págs. 191 y ss.).

Por su parte FERNANDEZ NOVÓA considera que a la hora de interpretar un anuncio hay que tener presente varios criterios:

a) En primer lugar las alegaciones publicitarias gramaticalmente exactas, deben considerarse inexactas cuando la mayoría de los consumidores entienden la alegación en sentido distinto al gramatical.

b) Al interpretar el anuncio se debe dejar a un lado la significación que la expresión

Y por último, implícitamente el régimen de la publicidad engañosa, recogido en el art. 4,1 y 2,2 de la LGP y de la Directiva comunitaria, establecen una importante innovación jurídica relativa a una inversión de la carga de la prueba de la veracidad de los extremos afirmados por la publicidad¹²⁷. Esto se puede deducir de un análisis comparativo de los artículos ya mencionados, con los art. 6,a) y b) de la Directiva comunitaria y 29, b) y c) de la LGP¹²⁸, donde se permite a los órganos judiciales o administrativos competentes pedir a los anunciantes que aporten los datos necesarios para probar la veracidad de los extremos afirmados por la publicidad, considerando dicha publicidad como engañosa si no se aportan esas pruebas, o las aportadas se consideran, por el Juez u órgano administrativo, como insuficientes. Así pues, es el anunciante el que deberá probar que los extremos afirmados por su publicidad son ciertos, lo cual, es digno de elogio, ya que, si tuviera que ser el destinatario de la publicidad el que tuviera que probar la falsedad de las afirmaciones publicitarias, ello constituiría, poco menos, que una «probatio diabólica»¹²⁹, pues, en muchos

publicitaria tiene para el anunciante ya que el anuncio y demás expresiones publicitarias son imputables al anunciante tal y como el público las interpreta, no en el sentido en que el anunciante las entiende.

c) El juez ha de prescindir de su experiencia y criterios personales en el momento de fijar el sentido jurídico relevante de las expresiones publicitarias, salvo cuando forme parte del sector de consumidores a los que se dirige el anuncio controvertido.

d) El sentido jurídico relevante del anuncio viene dado por el efecto de conjunto que el anuncio produce sobre el consumidor medio. Debiendo prescindir de la opinión de las personas particularmente dotadas y expertas, así como, de las particularmente inexpertas o ignorantes. (Vid. FERNANDEZ NOVOA, C. "La interpretación jurídica.., ob. cit., págs. 34 y ss.).

¹²⁷ Si bien, como señala MADRENAS i BOADAS, no se trata de un sistema de inversión general de la carga de la prueba, sino que en materia de la carga de la prueba en la LGP rigen las reglas generales de la LEC para el procedimiento de menor cuantía, de tal manera, que la carga de la prueba, en principio, recae sobre el demandante, con la peculiaridad que introduce el art.29 de la LGP, que consiste en la posibilidad de que el juez de oficio, requiera al anunciante para que aporte las pruebas necesarias, cuando, atendidas las circunstancias del caso, lo considere necesario. (Vid. MADRENAS i BOADAS, C. "Sobre la interpretación de las prohibiciones...", ob. cit., pág. 184).

¹²⁸ Dice el art.6 a) y b) de la Directiva comunitaria: a) que deberá atribuirse a los Tribunales o a los órganos administrativos la competencia "para exigir que el anunciante presente unas pruebas relativas a la exactitud material de los datos de hecho contenidos en la publicidad...".

b) existirá publicidad engañosa "si no se presentan las pruebas exigidas de conformidad con el punto a) o si tales pruebas son consideradas insuficientes por el Tribunal u órgano administrativo".

El art. 29 de la LGP, en sus apartados b) y c), viene a decir, prácticamente, lo mismo que el art.6 de la Directiva comunitaria, por lo que omitimos, aquí, su texto, sin perjuicio de reflejarlo en este trabajo cuando más adelante nos detengamos a examinar las peculiaridades del proceso publicitario.

¹²⁹ Vid. LEMA DEVESA, Carlos. "Problemas y perspectivas de la futura LGP", ob. cit., pág. 17: "...la prueba de la exactitud de estas alegaciones (publicitarias) constituye para el demandante, en la mayoría de los casos, una probatio diabólica..." .

casos, resulta imposible el probar la falsedad de dichas afirmaciones por referirse a datos de difícil acceso para él; como por ejemplo la composición o fórmula de un determinado producto por constituir ésta, normalmente, un secreto industrial.

El legislador, a pesar de la amplitud con la que define en el art. 4,1 a la publicidad engañosa de forma general, ha optado por sancionar, también de manera expresa, siguiendo así al Proyecto de la Directiva comunitaria¹³⁰, la **publicidad engañosa por omisión**, a la que define como aquella «publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios». Al definir la Ley, de forma expresa, esta modalidad de publicidad engañosa, está volviendo al Borrador del Anteproyecto de la LGP que incluía una norma semejante a la que acabamos de describir, aunque en opinión de LEMA DEVESA¹³¹, era una norma que incluía una definición de publicidad engañosa por omisión más amplia y, a la vez, más beneficiosa para el consumidor. En efecto, el Borrador del Anteproyecto de la LGP calificaba como engañoso, «el anuncio que silenciaba datos esenciales, cuando la omisión provocase, una falsa impresión o suscitase expectativas razonables que el anunciante o sus productos o servicios no podrán satisfacer».

Sin embargo, no aparece definida, de forma expresa, la publicidad engañosa por omisión en el texto de la Directiva comunitaria de 10 de septiembre de 1984¹³², lo cual no implica que la mencionada Directiva no reprima esta forma de publicidad engañosa, y ello por dos razones:

- a) En primer lugar, porque no era necesaria la inclusión

¹³⁰ Vid. Proyecto de Directrices para la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa y desleal de 1 de marzo de 1978 (JOCE. núm.c70 de 21 de marzo de 1978, el texto en castellano de este Proyecto de Directiva lo podemos encontrar en ADI, tomo IV, 1977, págs. 601 y ss.). Este Proyecto de Directiva fue modificado sobre la base de la Resolución del Parlamento europeo y del dictamen del Comité económico y social de la CE, por la Comisión de la CEE quien lo presentó al Congreso de la CE el 10 de julio de 1979 (la versión en castellano de la modificación de este Proyecto lo podemos encontrar en ADI, tomo VI, 1979-80, págs. 443 y ss.).

¹³¹ En este sentido se manifestaba LEMA DEVESA en su conferencia titulada “La protección del consumidor en la LGP”, pronunciada en el Curso “El nuevo Derecho del consumidor” celebrado en Córdoba entre los días 26 de octubre y 18 de noviembre de 1988. INC, 1990, pág. 110.

¹³² El art. 3,2 del Proyecto de Directiva comunitaria señalaba, también, que la publicidad ha de considerarse como engañosa “cuando silencia datos esenciales, y por esta omisión provoca una falsa impresión o suscita expectativas razonables que los correspondientes bienes o servicios no pueden satisfacer”. Coincide, de esta forma, casi literalmente, con el concepto de publicidad engañosa por omisión recogido en el Borrador de Anteproyecto de LGP.

expresa de esta modalidad de publicidad engañosa para poderla considerar prohibida por la Directiva comunitaria, gracias a la amplitud con la que el art. 2,2 de la Directiva define a la publicidad engañosa diciendo que es engañosa la publicidad que «de una manera cualquiera» induce o puede inducir a error, incluyendo, de esta forma, al supuesto en el que, el engaño o error, provenga de la omisión de datos esenciales.

b) Y en segundo lugar, si la finalidad de la Directiva comunitaria es la de proteger a los consumidores frente a cualquier forma de publicidad engañosa es ilógico pensar que no se les protege ante la que lo sea por omisión, frente a la cual el consumidor está, especialmente, desprotegido.

Iguales razonamientos, a los ya vistos, nos servirán para poder afirmar que no hubiera sido necesaria la inclusión del art. 4,2 de la LGP para considerar que, ésta, reprime a esta modalidad de publicidad engañosa por omisión. A pesar de todo, hay que elogiar su inclusión para evitar la existencia de dudas acerca de su prohibición. Sin embargo, el art. 4,2 de la LGP padece un defecto, puesto de manifiesto por LEMA DEVESPA¹³³, pues, hubiese sido preferible que la Ley no exigiese la efectiva inducción a error, sino la susceptibilidad de inducir a error.

Por último, este art. 4,2 de la LGP ha sido muy criticado por los anunciantes, quienes, alegan que es muy peligroso para sus intereses, ya que pueden producirse supuestos en los que se vean obligados a dar a conocer datos esenciales que, —en principio—, no deberían estar obligados a desvelar¹³⁴. Por todo ello, debe

¹³³ Vid. nota 131 del presente trabajo.

¹³⁴ GOMEZ SEGADE define el Know how como “todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos”, considerando de esta forma al know how como sinónimo de secreto industrial [Vid. GOMEZ SEGADE, J.A. “El secreto industrial (Know how). Concepto y protección”. Tecnos, Madrid, 1974, pág. 66.].

Así pues, el empresario anunciante titular del know how es titular de un derecho subjetivo patrimonial que va a estar protegido fundamentalmente por las normas contra la competencia desleal (Vid. GOMEZ SEGADÉ, J. A. “Algunos aspectos de la licencia del Know how”. ADI, tomo VII, 1981, págs. 212 y ss.). Este empresario anunciante puede ver enfrentado ese derecho subjetivo patrimonial (el know how) con el deber de “no silenciar datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios”, impuesto por el art. 4,1 de la LGP. Cabe, por ello, preguntarse qué ocurre cuando ese derecho y este deber colisionan, es decir, cuándo el derecho prima sobre el deber y el empresario no está obligado a desvelar sus secretos industriales, y cuándo sí lo estaría por prevalecer este deber sobre ese derecho.

Esta cuestión resulta de difícil resolución por cuanto que su respuesta puede ser distinta según quién sea el sujeto destinatario de la publicidad y según cuáles sean las circunstancias del caso. Así si fuese el destinatario de la publicidad un consumidor, creemos que el deber

actuarse con mucha cautela, pues, si bien se pretende proteger los intereses de los consumidores, no por ello se pueden olvidar los de los empresarios anunciantes, ya que, en caso contrario, se produciría un desequilibrio de intereses que resultaría excesivamente oneroso, y por lo tanto, injusto para los anunciantes.

Finalmente, para concluir el análisis de la publicidad engañosa, sólo nos queda referirnos al art. 5 de la LGP que establece una serie de circunstancias sobre las que puede versar el engaño publicitario¹³⁵. Sin embargo, no podemos considerar que se trate

de no emitir datos fundamentales en la publicidad prevalecería sobre el derecho subjetivo al secreto industrial, ya que, en nuestra opinión tal prevalencia vendría impuesta por el principio de protección de los consumidores establecido en el art.51 de nuestra Constitución como principio informador de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos, lo que implica que el principio de defensa del consumidor debe prevalecer sobre otros intereses puestos en juego (interés del empresario, titular del know how) por ser el interés de los consumidores un interés público (Vid. BERCOVITZ,A. "Ámbito de aplicación y derechos...", *ob. cit.*, pág. 11; Sentencia del TS de 9 de junio de 1975). Ahora bien, creemos que no se puede hacer de lo dicho una regla general por cuanto que el principio de defensa del consumidor deberá prevalecer sobre el interés del empresario en la protección de su know how, sólo cuando el interés del consumidor tenga una entidad suficiente para ello, como por ejemplo cuando se refiera a su salud, a su seguridad o a sus legítimos intereses económicos, pero no cuando se refiera a intereses de poca importancia desde un punto de vista cualitativo o cuantitativo, y ello porque el know how lo consideramos como un derecho protegido por el art.38 de la Constitución que consagra la libertad de empresa (Vid. MASSAGER, José. "Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmatrimateriales". Rev. Gral. del Derecho. núm.544-545. enero-febrero, 1990, pág. 258; GISPERT PASTOR, María Teresa de. "La noción de empresa en la Constitución española". La empresa en la Constitución española. Aranzadi, 1989, pág. 53.) y que, por lo tanto, no puede verse subordinado, en todo caso, al principio de defensa de los intereses del consumidor, máxime si tenemos en cuenta la mayor relevancia jurídica del art.38 respecto al art.51, por estar aquél encuadrado en el Título I, Capítulo II, Sección II "de los derechos y deberes de los ciudadanos" de nuestra Constitución, y al estar éste encuadrado en el Capítulo III de ese mismo Título referido "a los principios rectores de la política social y económica", lo cual significa que el principio de la libertad de empresa se podrá alegar ante los Tribunales ordinarios directamente, mientras que el art.51 sólo en la forma prevista en las Leyes que lo desarrollen (ex art.53,3, de la Constitución).

Solución distinta habría que atribuir a la cuestión aquí planteada si el destinatario de la publicidad fuese otro empresario competidor ya que en este supuesto al ser el objeto protegido por medio de la protección del know how la capacidad competitiva de la empresa frente a sus competidores (Vid. GOMEZ SEGADE, J. A. "El secreto industrial...", *ob. cit.*, págs. 246 y ss.) ese bien jurídico quedaría indefenso si el empresario tuviera que desvelar sus secretos industriales a la competencia. De modo que en principio, en estos supuestos prevalecería el interés del empresario anunciante sobre el deber de no omitir datos fundamentales en la publicidad de sus productos. No obstante habría que advertir que no se puede dar una solución general y unívoca a esta cuestión, sino que dependerá en todo caso de los intereses puestos en juego o enfrentados en cada caso particular.

¹³⁵ Dispone el art. 5 de la LGP que "Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

1. Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:
 - a) Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, indoneidad, disponibilidad y novedad.
 - b) Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.
 - c) Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.

de una lista cerrada en la que no quepan otras circunstancias, sino que, se trata de una lista ejemplificativa que podrá ser ampliada con otras circunstancias que no aparezcan recogidas, ni enumeradas en la citada norma. La razón de la existencia de este art. 5 se encuentra en la dificultad que la calificación de un anuncio como engañoso conlleva, por ello el legislador considera oportuno incluir este art. 5 de la LGP para que sirviera al órgano judicial, encargado de calificar la publicidad, como punto de referencia a la hora de realizar su labor¹³⁶.

Este art. 5 se inspira en el art. 3 de la Directiva comunitaria sobre la publicidad engañosa de 1984¹³⁷ y tiene su antecedente más próximo en el art. 8 del EP¹³⁸, que para parte de la doctrina¹³⁹ es mucho más riguroso pero, a la vez, más claro y, por lo tanto, más ventajoso para todos, dado que el art. 8 del EP rompía la regla de la interpretación según la impresión general, para calificar, sin más, engañoso el anuncio que contuviera alegaciones falsas sobre alguna de las menciones contenidas en dicho art. 8. El art. 5, por

-
- d) Resultados que pueden esperarse de su utilización.
 - e) Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.
 - f) Nocividad o peligrosidad.
 - 2. Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.
 - 3. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.
 - 4. Motivos de la oferta.
 - 5. Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a:
 - a) Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.
 - b) Derechos de propiedad industrial o intelectual.
 - c) Premios o distinciones recibidas.
 - 6. Servicios post-venta".

¹³⁶ Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. "El nuevo Derecho...", *ob. cit.*, págs. 112-113.

¹³⁷ Dispone el art. 3 de la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa de 1984 que "Para determinar si una publicidad es engañosa se tienen en cuenta todos sus elementos y especialmente las indicaciones que se refieren a:

- a) Las características de los bienes o servicios tales como su disponibilidad, su naturaleza, su ejecución, su composición, el modo y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado, sus usos, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y las características esenciales de los exámenes o controles efectuados sobre los bienes y servicios.
- b) El precio o su modo de establecimiento y las condiciones de aprovisionamiento de los bienes o de prestación de los servicios.
- c) La naturaleza, las cualidades y los derechos del anunciante, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios que ha recibido, o sus distinciones".

¹³⁸ Dispone el art. 8 del EP que "en toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error.

Las afirmaciones que contengan alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones de servicios objeto de publicidad serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento".

¹³⁹ Vid. CUESTA RUTE, J. M. de la. "Observaciones sobre la LGP", *ob. cit.*, pág. 70.

su parte, es mucho menos riguroso pues considera que para determinar el carácter engañoso de la publicidad se tendrán en cuenta «todos sus elementos» y añade que «principalmente» las indicaciones contenidas en el mismo pero no sólo éstas, resultando de esta forma más ambiguo y menos riguroso que el antiguo art. 8 del EP.

C. La publicidad desleal

En el sistema económico de mercado la publicidad constituye un instrumento primordial de la competencia empresarial, todo acto de publicidad es un acto de competencia y, en cuanto tal, ha de quedar también sujeto a las reglas de la lealtad y deslealtad concurrencial.

La publicidad lejos de eliminar la competencia contribuye a su desarrollo e incluso, a veces, la aviva hasta el punto de imprimirle carácter ilícito o desleal¹⁴⁰. El acto de publicidad se muestra especialmente idóneo para elogiar los productos o servicios propios, pero también, para atacar a la empresa del competidor, denigrar su persona, sus productos o servicios, o para aprovecharse ilícitamente del prestigio adquirido por éste¹⁴¹ constituyendo en tales casos una modalidad ilícita de publicidad, la denominada publicidad desleal¹⁴².

Actualmente la normativa vigente en materia de competencia desleal¹⁴³, al contrario de lo que ocurría con la anterior¹⁴⁴, responde

¹⁴⁰ Vid. FERNANDEZ NOVOA, C. “La interpretación jurídica...”, *ob. cit.*, pág. 20.

¹⁴¹ Vid. FONT GALAN, J. I. “Constitución económica...”, *ob. cit.*, pág. 86.

¹⁴² Señala FERNANDEZ NOVOA que “la actividad publicitaria debe en rigor, sujetarse al principio de competencia lícita o leal y no al de libre competencia”, ya que la actividad publicitaria es un instrumento de la competencia que puede hacer que ésta sea lícita cuando lo es aquélla, o ilícita o desleal cuando así lo sea aquélla.

¹⁴³ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Publicada en el *BOE* núm. 10, de 11 de enero.

¹⁴⁴ En concreto los art. 10 bis CUP, art. 6 de la LGP y art. 87 LM (este último derogado por la Ley de Competencia Desleal de 1991) que tienen en cuenta, a la hora de proteger la competencia, sólo los intereses de los profesionales y empresarios pero no los de los demás sujetos intervenientes en el mercado, como son los consumidores, ya que hacen referencia a las “normas de corrección y buenos usos mercantiles” que, en principio, sólo permiten invocar las normas éticas que surjan en el ámbito de las relaciones entre empresarios. Estos artículos parecen que, tras la entrada en vigor de la Ley de Competencia Desleal, deben ser inaplicados cuando se vean involucrados los consumidores en los actos de competencia desleal (como ya hemos señalado el art. 87 de la Ley de Marcas queda expresamente derogado por la Ley de Competencia Desleal junto con los arts. 88 y 89 de la citada Ley de Marcas), puesto que imponen un modelo profesional a la hora de regular la Competencia Desleal

a un modelo social¹⁴⁵ a la hora de regular esta materia, como así se puede deducir del propio texto de la reciente Ley de Competencia Desleal de 1991¹⁴⁶ y especialmente de su art. 1 según el cual la finalidad de esta Ley será la «protección de la competencia¹⁴⁷ en interés de todos los que participan en el mercado...», de su art. 3 que dispone que «la Ley será de aplicación a los empresarios y cualquiera otras personas físicas y jurídicas que participen en el mercado», de su art. 5 donde se considera desleal todo comportamiento contrario

contraviniendo, así, lo dispuesto en la Ley que impone un modelo social en el que se tienen presentes no sólo los intereses de los profesionales, sino también, los de los demás sujetos involucrados en la actividad del mercado, tal y como se puede deducir, entre otros, del art. 5 de la Ley donde considera como desleal, en general, «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe», pudiendo, con ello, invocar, también, las normas éticas surgidas en el ámbito de las relaciones entre empresarios y no sólo las surgidas en el ámbito de las relaciones entre empresarios.

¹⁴⁵ Término utilizado por Aurelio MENENDEZ para quien la disciplina de la competencia desleal ha sufrido un proceso de reorientación en los ordenamientos europeos más representativos y próximos al nuestro. Este cambio se aprecia, según MENENDEZ, en todas las cuestiones que básicamente configuran el modelo de competencia desleal: «las referentes al objeto de protección, los criterios de enjuiciamiento de la deslealtad y la determinación de las prácticas reprimidas. En relación con el objeto de protección se observa el paso de una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los competidores a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado. En el plano de los criterios de enjuiciamiento se advierte también una notable transformación; la deslealtad deja de ser primariamente entendida como un juicio de incorrección profesional, ensayando en atención a las normas morales o convencionales de la clase empresarial, para convertirse en un juicio de inadequación a los principios del ordenamiento económico (libre competencia, tutela del consumidor, etc.). Finalmente, en la cuestión relativa a las prácticas reprimidas se advierten asimismo algunos cambios importantes: ciertas actividades anteriormente consideradas como desleales (sirvan de ejemplo la publicidad comparativa o la invasión de zona de exclusiva), comienzan a permitirse en atención a los efectos beneficiosos que pueden producir desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y del interés público en la conservación de un mercado altamente competitivo; y por el contrario, ciertas prácticas permitidas (como pueden ser la venta bajo coste, la publicidad engañosa, o las ventas agresivas) se someten a una nueva estimación en respuesta de los valores e intereses ahora dominantes (Vid. MENENDEZ MENENDEZ, A. «La competencia desleal». Ed. Cívitas, 1988, págs. 95 y ss.).

También se hace referencia al cambio de función sociojurídica experimentado por el Derecho de la competencia desleal en: FONT GALAN, J.I. «Constitución económica...», ob. cit., págs. 118-124.

¹⁴⁶ Ya la propia Exposición de Motivos de la Ley señala que «obedece la Ley, finalmente, a la necesidad de adecuar el Ordenamiento concursal a los valores que han cuajado en nuestra Constitución económica», entre los que se encuentra el principio de protección del consumidor, «en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado», y añade que «el Derecho de la competencia desleal deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas del mercado. Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo».

¹⁴⁷ Se instaura, con ello, un modelo institucional de competencia en el que el Derecho de la competencia desleal deja de ser concebido como una normativa dirigida a resolver los

tamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe, y, finalmente, del art. 19 que atribuye legitimación activa, para el ejercicio de las acciones derivadas de la competencia desleal, a los consumidores individual (art. 19,1) y colectivamente (art. 19,2 b) considerados.

Al consagrarse la Ley de Competencia Desleal el modelo social de defensa de la competencia y definir el acto de competencia desleal de forma tan amplia (ex art. 5), permite afirmar que autores y víctimas de los actos de competencia desleal no tienen por qué ser directos rivales en el mismo mercado relevante¹⁴⁸, puesto que podrán ser víctimas de estos actos no sólo los empresarios competidores, sino también los consumidores. Se produce, así, lo que la doctrina¹⁴⁹ ha denominado crisis de la relación de competencia¹⁵⁰ como presupuesto objetivo y subjetivo de la aplicación de la normativa jurídica de competencia desleal. No es presupuesto objetivo porque la cláusula general de competencia desleal se aplica a los actos de competencia desleal realizados por todas las personas que participan en el mercado y no sólo los realizados por empresarios ligados por una relación de competencia. Y no es presupuesto subjetivo porque la cláusula general no se aplica sólo entre empresarios, sino que todos los sujetos involucrados en la actividad económica empresarial podrán ser sujetos legitimados activa y pasivamente, para demandar y ser demandados respectivamente.

Hoy, afirma FONT GALAN¹⁵¹, la relación de competencia ha visto reducida su trascendencia técnica, pues ya no se concibe como

conflictos entre competidores, para convertirse en un instrumento de control y ordenación de las conductas del mercado. La competencia, como elemento institucional básico y esencial del sistema de economía de mercado, pasa, así, a ser directamente protegido (Vid. FONT GALAN, J. I. "Constitución económica...", *ob. cit.*, pág. 24).

¹⁴⁸ Vid. CUESTA RUTE, J. M. de la. "Observaciones sobre la LGP", *ob. cit.*, pág. 71; Exposición de Motivos del Proyecto de LCD de 1990 según el cual el acto será considerado como un acto de competencia desleal siempre que concurran las circunstancias previstas en el art. 2,1 de la Ley y añade que "como precisa el art. 3 no es necesario que los sujetos (agente y paciente) del acto sean empresarios ni que medie entre ellos una relación de competencia".

¹⁴⁹ Vid. FONT GALAN, J. I. "La crisis de la relación de competencia como presupuesto técnico de aplicación de la cláusula general de la competencia desleal". *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 72, págs. 231 y ss.

¹⁵⁰ Señala FONT GALAN que por relación de competencia ha de entenderse "aquella situación dinámica en la que dos o más empresarios concurrentes hacen interferir sus parámetros de actuación en el tráfico y sus estrategias en el mercado, entrando por ello en conflicto de intereses económicos (aunque a veces sólo sea potencialmente) o creando, al menos, entre ellos una tensión económica conflictual determinadora, a su vez, de las modalidades de conductas y estrategias empresariales en el tráfico económico y jurídico. (Vid. FONT GALAN, J. I. "La crisis de la relación de competencia...", *ob. cit.*, pág. 245).

¹⁵¹ Vid. FONT GALAN, J. I. "La crisis de la relación de competencia...", *ob. cit.*, pág. 246.

presupuesto de aplicación de la disciplina, sino tan sólo como un elemento técnico de interpretación útil, en todo caso, para saber quiénes son, en un determinado momento o circunstancia, competidores.

Actualmente, tras la reciente LCD de 1991, el elemento técnico de la relación de competencia ha sido desplazado por el de acto de competencia, de forma que, lo que ahora determina la aplicabilidad de la normativa sobre competencia desleal va a ser la existencia de un acto que se realice en el mercado, es decir, con trascendencia externa y que, además, tenga lugar con fines concurrenceales, es decir, que pretenda la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de terceros, sin que sea necesario que los sujetos del acto sean empresarios¹⁵².

Cuestión importante es la relativa a si la publicidad engañosa y la publicidad desleal son categorías diferentes, o si, por lo contrario, se puede considerar a ambas como integrantes de la genérica categoría de la deslealtad en la competencia. Según CUESTA RUTE¹⁵³, aparentemente la LGP no participa de ese amplio concepto de competencia desleal, lo cual invita a pensar que la publicidad engañosa no se considera práctica desleal y que el art. 6 de la LGP protegería el derecho de los empresarios frente a los actos de sus rivales sin tener en cuenta los intereses de los consumidores.

La cláusula general que estima como acto de competencia desleal el acto contrario a las normas de corrección profesional y buenos usos mercantiles, es la manifestación más clara del modelo profesional o corporativista de la competencia desleal. La LGP establece en su art. 6 b) una cláusula general muy parecida a la referida anteriormente, pero con una diferencia fundamental que a juicio de CUESTA RUTE¹⁵⁴ hace al menos dudoso el encuadre de esta cláusula dentro del modelo profesional de competencia desleal, y esta diferencia consiste en que en el art. 6 b) está ausente el calificativo «profesional» para referirse a la «corrección». Esto hace que, a juicio de CUESTA RUTE, la cláusula general en cuestión sea una cláusula neutral cuya función sea la de mantener

¹⁵² Vid. Exposición de Motivos de la LCD de 1991 (Ley 3/1991, de 10 de enero, publicada en el *BOE* núm. 10, de 11 de enero); FONT GALAN, J. I. “La crisis de la relación de competencia...”, *ob. cit.*, pág. 254.

¹⁵³ Vid. CUESTA RUTE, J. M. de la “Observaciones sobre la LGP”, *ob. cit.*, pág. 72.

¹⁵⁴ Vid. CUESTA RUTE, J. M. de la. “Observaciones sobre la LGP”, *ob. cit.*, págs. 73 a 75.

el buen funcionamiento del mercado¹⁵⁵. A estas circunstancias habría que añadir el hecho de que, según MADRENAS i BOADAS¹⁵⁶, el art. 25 de la LGP legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios para solicitar la cesación y rectificación de la publicidad ilícita, reconociéndoles de esta forma, a los consumidores legitimación no sólo para la publicidad engañosa sino para todo tipo de publicidad ilícita, y, por lo tanto, también para la publicidad desleal del art. 6 de la LGP, de tal manera que esta norma, según la autora antes citada, y sobre todo su cláusula general habrá de interpretarse de acuerdo con el fin que persigue que es la protección de los consumidores.

Por lo tanto, cabría concluir que existen indicios suficientes en la LGP para al menos pensar, razonablemente, que esta Ley sigue el modelo social e institucional de competencia desleal que pretende la protección de todos los que participan en el mercado, tanto empresarios como consumidores, y que su cláusula general es lo suficientemente amplia como para admitir la inclusión de la publicidad engañosa dentro de los supuestos de competencia desleal.¹⁵⁷

Es el art. 6 de la LGP el que define a la publicidad desleal, distinguiendo, a tal fin, tres modalidades de ésta:

1. La publicidad denigratoria.
2. La publicidad parasitaria o adhesiva.
3. La publicidad comparativa.

Pasamos, seguidamente, al estudio particular de cada una de estas tres formas de publicidad desleal.

1. LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA

Los dos supuestos básicos de publicidad denigratoria eran recogidos por el art. 10,2 del EP que regulaba, tanto la publicidad

¹⁵⁵ Considera LEMA DEVESPA que la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal “permite únicamente invocar las normas éticas que surjan en el sector de relaciones entre empresarios. De modo que en estas normas irán decantándose tan sólo los intereses unilaterales de los empresarios” (Vid. LEMA DEVESPA, C. “La reforma del Derecho español de la publicidad y nuestra adhesión a las CCEE”. *Noticias CEE*, núm. 35, 1987, pág. 125).

¹⁵⁶ Vid. MADRENAS i BOADAS, C. “Sobre la interpretación de las prohibiciones...”, *ob. cit.*, págs. 131-132.

¹⁵⁷ Tal y como hace la Ley de Competencia Desleal cuando dispone en su art. 7 que “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 tengan lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza”.

que «tienda a producir el descrédito de los competidores», como la que «tienda a producir el descrédito de los productos de los mismos». Estos supuestos ya se tipificaban, también, en los apartados d) y e) del art. 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 1902¹⁵⁸.

Hoy, según el art. 6 a) de la LGP se denomina publicidad denigratoria «la que por su contenido, forma de presentación, o difusión provoca el descrédito, denigración o menoscabo directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades»¹⁵⁹.

Claramente, se refiere este artículo no sólo a la que podríamos denominar publicidad denigratoria personal, es decir, aquella que intenta desestimar a un competidor refiriéndose a circunstancias, tales como, su nacionalidad¹⁶⁰, sexo, edad, condición social o cualquier otra circunstancia personal¹⁶¹, sino que, también, se refiere este artículo a la llamada publicidad denigratoria profesional, es decir, a aquélla que afecta a circunstancias de un competidor o de su empresa, que pueden tener una trascendencia en el ámbito empresarial, así como, la publicidad que pueda suponer un descrédito para sus productos, servicios o actividades. En ambos casos, se considera que la publicidad es desleal aún cuando, las alegaciones publicitarias sean veraces. También el art. 10,2 del EP de 1964 hablaba genéricamente de publicidad dirigida a producir el descrédito, sin añadir el requisito de que las alegaciones denigratorias debieran ser falsas. De esta forma, tanto el derogado art. 10,2 del

¹⁵⁸ A tenor de este art. 132 de la LPI de 1902 se considerarán como hechos constitutivos de competencia ilícita: “d) Propagar a sabiendas falsas aserciones contra un rival con objeto de quitarle su clientela” (Publicidad denigratoria personal); y, “e) Publicar anuncios, reclamos o artículos de periódico que tienden a despreciar la calidad de los productos de un contrincante”.

¹⁵⁹ FERNANDEZ NOVOA señala, como parte de la doctrina italiana (FERRARA y SCHEGGI), la diferencia entre el descrédito y la denigración. Así considera este sector doctrinal que el descrédito consiste en la afirmación de hechos que perjudican la reputación de que goza un comerciante entre el público y que puede ir referida tanto a su persona como a su empresa. Por su parte considera que la denigración consiste en apreciaciones malévolas sobre las mercancías que se realizan con el propósito de convencer a los consumidores para que no las adquieran.

Sin embargo, continúa afirmando FERNANDEZ NOVOA, “la contraposición terminológica entre descrédito y denigración no es acogida por la mayoría de los autores italianos. Por lo común, la doctrina italiana considera la alusión publicitaria a las circunstancias personales del competidor, como una subhipótesis de la denigración (CASANOVA, AUDETTO, ROTONDI)”. (Vid. FERNANDEZ NOVOA, C. “La publicidad de tono estrictamente personal”. Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín GARRIGUES, tomo I, págs. 124-125).

¹⁶⁰ Raza, ideología y religión.

¹⁶¹ Un extenso estudio de esta modalidad de publicidad ilícita fue realizado por FERNANDEZ NOVOA, Carlos. “Publicidad estrictamente personal”, *ob. cit.*, págs. 115 y ss.

EP, como el actual art. 6,a) de la LGP, contrastan con lo dispuesto en el art. 132,d) de la LPI de 1902¹⁶², en el parágrafo 14 de la Ley alemana de Competencia Desleal de 1909¹⁶³, y en el art. 9 de la Ley de Competencia Desleal de 1991¹⁶⁴, que disponen que las alegaciones denigratorias han de ser falsas.

Al prescindir del requisito de que las alegaciones denigratorias sean falsas, el art. 6,a) de la LGP, confiere unos contornos muy amplios a la figura de la publicidad denigratoria, por lo que, cabe preguntarse si modalidades publicitarias, tales como la publicidad de tono excluyente o la publicidad comparativa pueden considerarse como manifestaciones de la publicidad denigratoria, según lo dispuesto en el art. 6,a) de la LGP.

Por lo que se refiere a la publicidad comparativa hay que estimar que, al menos, en los casos permitidos por la LGP en su art. 6,c)¹⁶⁵, esta publicidad no podrá ser considerada como desleal en cuanto denigratoria¹⁶⁶.

Mayor problema presenta, sin duda, dada la falta de regulación legal en nuestro país, el tema relativo al carácter denigratorio de la publicidad de tono excluyente. Para contestar a esta cuestión, conviene, en primer lugar, definir a la publicidad de tono excluyente¹⁶⁷. Así, LEMA DEVESA afirma que por tal publicidad hay

¹⁶² Vid. nota 158 del presente trabajo donde se recoge el texto de este art.132 d) de la LPI de 1902.

¹⁶³ El parágrafo 14 de la Ley de Competencia desleal alemana de 1909 considera acto de competencia desleal la difusión, con fines competitivos, de hechos de carácter denigratorio, relativos a una empresa ajena o a su empresario o directa o bien a las mercancías o servicios ajenos, siempre que tales hechos no sean probadamente verdaderos.

¹⁶⁴ Dispone el art. 9 de la Ley de Competencia Desleal que “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”.

¹⁶⁵ Cuando la publicidad comparativa vaya referida a circunstancias esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios similares, conocidos y de parecida participación en el mercado.

¹⁶⁶ A la posibilidad de considerar a la publicidad comparativa como publicidad denigratoria y por lo tanto prohibida, hacia referencia Pío CABANILLAS, en su obra “Principios jurídicos de la publicidad española”. Madrid, 1967, pág. 46.

Así dice este autor, que “la comparación directa, aún fundada sobre afirmaciones veraces, constituye acto de concurrencia desleal. Caso distinto es aquel en el cual la comparación sólo resulta indirecta y no entre dos mercancías concretas y determinadas, sino entre el producto anunciado y todos los demás del mismo género”.

¹⁶⁷ Como pone de manifiesto LEMA DEVESA, el JCP no formuló una verdadera definición de publicidad de tono excluyente sino que, en algunas de sus Resoluciones apuntó determinados datos que permitieron a la doctrina elaborar un concepto de publicidad de tono excluyente. Estas Resoluciones fueron la de 11 de noviembre de 1969 (caso Roy Air, se puede encontrar en BOMIT, 1969, págs. 659 y ss.) y la de 5 de septiembre de 1974 (caso Unidur, se puede encontrar en ADI, tomo II, 1975, págs. 678 y ss.). De la primera de estas Resoluciones,

que entender, aquélla que contiene alegaciones informativas y comprobables por las que se manifiesta que la empresa, el bien o servicio anunciados ocupan una posición de preeminencia en el mercado, bien porque tal posición no es alcanzada por ningún competidor, o, lo es sólo, por un número muy limitado de competidores.¹⁶⁸

El Jurado de Publicidad español entendió que esta publicidad de tono excluyente era una publicidad denigratoria¹⁶⁹, y por lo tanto, prohibida por el art. 10,2 del EP¹⁷⁰. Sin embargo, pronto, la doctrina, denunció este equívoco, por cuanto que, consideraba que la publicidad de tono excluyente no conllevaba, de manera necesaria, el descrédito de un competidor. De esta forma, fue elaborando una serie de criterios, que de darse, hacían que la

según LEMA DEVESA, parece que para el Jurado la publicidad de tono excluyente suscita en el público la idea de que esa empresa, producto o servicio son únicos o, en todo caso, presentan características que no concurren en empresas, productos o servicios de los competidores. De la segunda Resolución se deduce, según LEMA DEVESA, que en la publicidad de tono excluyente se coloca al producto alabado en una posición que no comparten los productos de los competidores. (Vid. LEMA DEVESA, C. "La publicidad de tono excluyente". Santiago de Compostela, 1979, págs. 421 a 422).

¹⁶⁸ Vid. LEMA DEVESA, C. "La publicidad de tono excluyente", *ob. cit.*, pág. 422.

¹⁶⁹ Fueron muy numerosas las Resoluciones del JCP en las que se mantuvo esta postura de considerar a la publicidad de tono excluyente como una publicidad denigratoria y por ello prohibida por el art. 10,2 del EP. Entre estas Resoluciones caben citar las siguientes:

- Resolución de 5 de septiembre de 1966 (BOMIT, 1966, págs. 781 y ss., caso "Café Columba").
- Resolución de 3 de febrero de 1967 (BOMIT, 1967, págs. 441 y ss., caso "Nescafé").
- Resolución de 11 de noviembre de 1969 (BOMIT, 1969, págs. 659 y ss., caso "Roy Air").
- Resolución de 25 de enero de 1971 (BOMIT, 1971, págs. 315 y ss., caso "HN").
- Resolución de 23 de febrero de 1972 (BOMIT, 1972, págs. 318 y ss., caso "Desodorante Taure").
- Resolución de 16 de mayo de 1974 (ADI, tomo II, 1975, págs. 669 y ss., caso "Gillette I").
- Resolución de 20 de junio de 1975 (ADI, tomo II, 1975, págs. 672 y ss., caso "Flan Dhul").
- Resolución de 13 de noviembre de 1975 (ADI, tomo III, 1976, págs. 689 y ss., caso "Gillette II").
- Resolución de 9 de septiembre de 1976 (ADI, tomo IV, 1977, págs. 293 y ss., caso "Svenson II").
- Resolución de 4 de mayo de 1978 (ADI, tomo VI, 1979-80, págs. 402 y ss., caso "Signal II").
- Resolución de 5 de mayo de 1978 (ADI, tomo VI, 1979-80, págs. 403 y ss., caso "Desca").

Podemos encontrar breve referencia a estas Resoluciones en, LEMA DEVESA, C. "La publicidad de tono excluyente", *ob. cit.*, págs. 442 y ss., así como en las ADI antes citadas.

¹⁷⁰ Dispone el art. 10,2 del EP que "Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tienda a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles".

publicidad de tono excluyente no pudiera considerarse como publicidad denigratoria. Así¹⁷¹:

- a) La ventaja anunciada debe ser una ventaja considerable.
- b) La actividad publicitaria de este tipo no puede consistir en resaltar circunstancias superficiales y no esenciales, así como tampoco puede consistir, simplemente, en destacar ventajas que son comunes con los competidores.
- c) No pueden destacarse ventajas que, en su resultado final, son neutralizadas por desventajas.
- d) Por último, la posición de preeminencia que resalta este tipo de publicidad ha de ser alcanzada de modo lícito.

Podemos concluir pues, que, siempre y cuando, se den estas circunstancias no podrá considerarse la publicidad de tono excluyente como publicidad denigratoria, a pesar, de los términos tan tajantes con los que se pronuncia el art. 6,a) de la LGP, al decir que la publicidad será denigratoria cuando «por su contenido, forma de presentación o difusión **provoca** el descrédito, denigración o menoscenso directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos o servicios o actividades», dando a entender, si se interpreta literalmente el mencionado precepto, que siempre que, la actividad publicitaria **provoque** el descrédito, denigración o menoscenso de una persona, empresa o de sus productos o servicios, será denigratoria, aún cuando su contenido sea verdadero. Lo cual puede hacernos pensar que la publicidad de tono excluyente será denigratoria, aunque la posición de preeminencia que ocupe la empresa anunciante sea verdadera, siempre que **provoque** el descrédito, denigración o menoscenso de una empresa competidora, o de sus productos o servicios.

Parece, pues, que este precepto de la LGP hace depender la sanción, o no, de una actividad publicitaria como denigratoria de su resultado, es decir, según **provoque**, o no el descrédito, denigración o menoscenso de una persona, empresa o de sus productos o servicios.

En nuestra opinión, cuando el contenido de un anuncio sea verdadero, no debería bastar, para considerar a éste como denigratorio, con que produjera la denigración o el menoscenso de un competidor o de sus productos o servicios, sino que debería

¹⁷¹ Vid. LEMA DEVESA, Carlos. "La publicidad de tono excluyente", *ob. cit.*, págs. 474 y ss.

hacer falta, además, probar la intencionalidad de causar ese resultado ilícito, pues en caso contrario, sería muy fácil eclipsar, por los empresarios competidores, la verdad que todos los consumidores tienen derecho a conocer¹⁷².

2. LA PUBLICIDAD ADHESIVA O PARASITARIA

A ella se refiere el art. 6,b) de la LGP y el art. 6 de la Ley de Competencia Desleal¹⁷³, según el cual, se considera que es publicidad adhesiva aquella publicidad que «induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como, la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones».

Se trata, pues, de una 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 produciendo, de esta forma, un cuantioso perjuicio a la empresa afectada al tener esta publicidad como consecuencia, en la mayoría de los casos, el desvío de la clientela de la empresa perjudicada a la empresa que actúa deslealmente.

Igualmente, es considerada, por la LGP, como publicidad adhesiva, aquella publicidad que «induce a confusión con las empresas, actividades, productos, marcas u otros signos distintivos de los competidores», es decir, aquella publicidad en la que se utilicen marcas, signos, etc, parecidos, aún cuando no sean idénticos, a los de otras empresas competidoras, induciendo a los destinatarios de esa publicidad a confundir a la empresa infractora, o a sus productos, con la empresa perjudicada o con los productos de ésta.

3. LA PUBLICIDAD COMPARATIVA¹⁷⁴

Termina el art. 6 prohibiendo la publicidad comparativa «cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente

¹⁷² Consideramos que lo que el Derecho debe prohibir no es revelar actos o circunstancias poco gratificantes, sino en aprovecharse de éstas para obtener una posición de ventaja personal, coadyuvando así al descrédito del competidor.

¹⁷³ Dispone el art.6 de la Ley de Defensa de la Competencia que “se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos”.

¹⁷⁴ Un amplio estudio de esta modalidad publicitaria lo podemos encontrar en ADI, núm.4 (1977), págs. 25 y ss., donde se recoge la obra de FERNANDEZ NOVOA “La publicidad comparativa”.

demonstrables 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». Este precepto distingue, en nuestra opinión, entre la publicidad comparativa de productos similares y la publicidad comparativa de productos o servicios no similares o de limitada participación en el mercado.

Así en el primer supuesto, cuando los bienes o servicios sean similares y de parecida participación en el mercado, para que la publicidad comparativa sea lícita será necesario que se apoye en circunstancias esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios comparados.

En el supuesto de que la publicidad comparativa verse sobre productos o servicios no similares o de limitada participación en el mercado, será siempre ilícita por ser considerada desleal¹⁷⁵.

Por lo que se refiere al Derecho comunitario, la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa 84/450 no hace referencia expresa a la publicidad comparativa, sin embargo, en el art. 4 del Proyecto de Directiva se señalaba la licitud de la publicidad comparativa siempre que se refiriera a datos esenciales y comprobables, de productos o servicios similares.

Hay que elogiar el hecho de que el legislador español haya incluido en el texto de la LGP la regulación de la publicidad comparativa, a pesar de que la Directiva comunitaria no regule dicha publicidad. Y ello, porque la licitud de la publicidad comparativa viene exigida, fundamentalmente, como un mecanismo de defensa en favor de los intereses de los consumidores, pues, posibilita la transparencia del mercado, dando al consumidor una información que le ayude a realizar una buena elección de los productos o servicios que contrate. Además, de esta forma, se

¹⁷⁵ Según el art.10 de la Ley de Competencia Desleal se “considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento, propios o ajenos, con los de un tercero cuando aquélla se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes, ni comprobables”. De este art. 10,1 parece deducirse que la comparación de productos no similares o de limitada participación en el mercado podría ser lícita siempre que hiciera referencia a extremos análogos, relevantes y comprobables de esos productos o servicios. Difiere, de esta forma, el contenido de este art.10,1 de lo dispuesto en el art. 6,c) de la LGP ya que, según este último, la publicidad comparativa de productos o servicios no similares o de limitada participación en el mercado será siempre considerada desleal aunque la comparación vaya referida a circunstancias esenciales, afines y objetivamente demostrables.

Además este art.10 de la Ley de Competencia Desleal considera, igualmente, desleal “la comparación que contravenga lo establecido por los art. 7 (es decir, que induzca a error a sus destinatarios) y 9 (cuando resulte denigrante para un tercero o para sus productos o servicios) en materia de prácticas engañosas y denigrantes”.

evitan las constantes discusiones doctrinales y los pleitos judiciales a cerca de su licitud o ilicitud, que darían lugar a que los anunciantes —para evitar pleitos— no hicieran uso de la publicidad comparativa, con el consiguiente perjuicio que ello supondría para los consumidores, al ser éstos privados de una importante fuente de información¹⁷⁶.

4. LA CLÁUSULA GENERAL PROHIBITIVA DE LA PUBLICIDAD DESLEAL

El art. 10,2 del EP de 1964 vino a cubrir una importantísima laguna legal que en materia de competencia desleal existía en el Ordenamiento jurídico de nuestro país. Esta laguna estribaba en la ausencia de una auténtica cláusula general prohibitiva de la competencia desleal, puesto que, como ha puesto de manifiesto la doctrina¹⁷⁷, el art. 131 de la Ley de Propiedad Industrial de 1902¹⁷⁸

¹⁷⁶ Igual ocurriría en el supuesto de los análisis comparativos realizados por órganos administrativos o por asociaciones de consumidores, ya que, ni aquéllos ni éstos se atreverían a realizar dichos análisis comparativos, por no saber si se trata de una práctica permitida, o por el contrario, prohibida. A pesar de que la doctrina ha admitido, tradicionalmente, que estos análisis son lícitos siempre que respondan a tres características: neutralidad, objetividad, y nivel técnico adecuado (Vid. GOMEZ SEGADE, José A. "Los análisis comparativos y la publicidad". Problemas actuales del Derecho de la publicidad. INP. Madrid, 1984, págs. 229 y ss.).

¹⁷⁷ Vid. FERNANDEZ NOVOA, Carlos. "La interpretación jurídica de las expresiones ...", *ob. cit.*, pág. 23.

¹⁷⁸ El art. 131 de la LPI de 16 de mayo de 1902 dispone: "Se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley".

Hay que advertir que este art. 131 ha sido derogado por la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988, la cual establece en su disposición derogatoria que "quedan derogadas... 2. de la LPI de 16 de mayo de 1902, el Título X de la competencia ilícita", dentro de cuyo Título se encontraba el art. 131.

Por otra parte, FERNANDEZ NOVOA (Vid. nota anterior) entiende que "el art. 131 confunde la parte (acto de apropiación del buen crédito o fama de una empresa ajena), con el todo (definición genérica y prohibición consiguiente de los actos de competencia desleal)", de manera que, continua afirmando FERNANDEZ NOVOA que el art. 131 "en vez de introducir una cláusula general prohibitiva de la competencia ilícita, define simplemente un acto concreto de competencia ilícita: el acto de aprovecharse de la reputación de una empresa ajena".

Igual opinión mantiene GOMEZ SEGADE para quien lo único que contiene el art. 131 LPI es una "pequeña cláusula general" mediante la cual "podrán combatirse todos los actos de competencia desleal de un determinado tipo: los que tiendan al aprovechamiento de la buena fe ajena" (Vid. GOMEZ SEGADE, J. A. "El secreto industrial", *ob. cit.*, págs. 391 y ss.).

En contra de esta opinión está FONT GALAN para quien "el legislador de 1902 ha consagrado en el art. 131 LPI un principio, índice o criterio ordinalmental, abstracto y general, para enjuiciar la licitud e ilicitud de las prácticas o conductas de competencia". A pesar de ello reconoce el citado autor "la torpeza técnico-jurídica del propio legislador al haber

no contenía una auténtica cláusula general prohibitiva de los actos de competencia desleal. De manera que, fue el art. 10,2 del EP el que introdujo en nuestro Ordenamiento jurídico una verdadera cláusula general prohibitiva de los actos de competencia desleal, si bien, es cierto que, esta cláusula no iba referida a todos los actos de competencia desleal, sino tan sólo, a los que se realizaran a través de una actividad publicitaria, actividad que ocupaba entonces, y ocupa ahora, una parcela muy importante dentro de la actividad competitiva empresarial. No se olvide que, la actividad competitiva empresarial se realiza, en gran medida, utilizando como soporte básico de la misma a la publicidad.

Hoy las modalidades de competencia económica que no consistan en actividades publicitarias stricto sensu quedarán sometidas a la nueva Ley de Competencia Desleal de 1991¹⁷⁹, que incluye una cláusula general en su art. 5¹⁸⁰. Por su parte, en materia publicitaria la cláusula general prohibitiva de la publicidad desleal está recogida en el inciso final del art. 6,b) de la LGP¹⁸¹ al

superpuesto sobre dicho principio, índice o criterio del enjuiciamiento general del ilícito concurrencial el peso dominante de un grupo de casos (ex inciso final del art.131 LPI) que, de modo tan implacable como insospechado, empobrece y empequeñece la eficacia y sustantividad ornamental del juicio de ilicitud concurrencial previamente establecido”, de manera que “desde el punto de vista interpretativo rigurosamente literal de la globalidad de este precepto no cabe otra respuesta que la de negar la existencia de una auténtica cláusula general, habida cuenta de la ruptura y frustración —que el inciso final provoca— de su originaria y proyectada originalidad definitoria”. En cambio, a pesar de esta deficiencia técnico-jurídica afirma FONT GALAN que “el filón magmático de la definición del ilícito concurrencia general se encuentra en el principio de competencia de esfuerzos, méritos y prestaciones empresariales propias establecido en el art. 131 LPI”. (Vid. FONT GALAN, J. I. “Constitución económica...”, *ob. cit.*, págs. 234 y ss.)

¹⁷⁹ Vid. nota 144 del presente trabajo.

¹⁸⁰ Dispone el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal que se considera desleal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.

Al utilizar el término “buena fe” consigue esta cláusula la protección de los intereses, no sólo de los empresarios competidores, sino también, la de los consumidores y demás sujetos involucrados en la actividad mercantil, ya que no hace referencia a las “normas de corrección profesional y buenos usos mercantiles” que sólo permiten invocar las normas de comportamiento ético-profesional y no las buenas costumbres del público en general que permitirían, como hace este art. 5 de la Ley, la protección de todos los sujetos involucrados en el tráfico mercantil y no sólo de los empresarios.

¹⁸¹ En nuestra opinión, cuando los intereses de los consumidores se vean directamente afectados por un acto de publicidad desleal y, como consecuencia de ésto, sean consumidores los que ejerzan las correspondientes acciones de cesación o rectificación contra el mismo, deberá ser aplicada, en estos casos, la cláusula general contenida en el art. 5 de LCD, al permitir ésta invocar las buenas costumbres del público en general y proteger los intereses de todos los sujetos involucrados en la actividad mercantil. Las razones de esta aplicación preferente del art. 5 LCD sobre el art. 6 LGP residen, básicamente, en que el interés de los consumidores ha sido considerado por nuestro TS (STS de 9 de junio de 1975) como un interés público, y en que, además, el principio de protección de los intereses de los consumidores es un principio consagrado en el art. 51 de nuestra Constitución de 1978 y considerado por la misma como principio informador de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de

considerar como publicidad desleal «en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles». La formulación de esta cláusula general está tomada del art. 10,2 del derogado EP de 1964. Sin embargo, el Borrador del Anteproyecto de la LGP, utilizaba, al referirse en su art. 11 a esta cláusula general unos términos mucho más amplios que los utilizados en el EP, en el Proyecto de LGP, y en la propia LGP. Establecía el art. 11 del mencionado Borrador que «se considera desleal, genéricamente, la publicidad que sea contraria a las buenas costumbres, a los usos profesionales y al orden público». Al ser más amplio y omnicomprensivo los términos utilizados por el mencionado art. 11, permitía tener en cuenta los intereses, no sólo de los empresarios, sino también, los de los demás sujetos interesados en la actividad publicitaria, entre los que se encuentran los consumidores. Por el contrario, la LGP, al reproducir literalmente el art. 10,2 del EP, tiene presente, con exclusividad, los intereses de los empresarios, pues la locución «buenos usos mercantiles», permite únicamente invocar las normas éticas que surjan en el sector de las relaciones entre empresarios. De modo que, en estas normas se protegerán directamente, tan sólo, los intereses unilaterales de los empresarios, pero no se tienen presentes los intereses de los consumidores, aunque sí recibirán una protección refleja o indirecta. Además la expresión «las normas de corrección», carece en nuestro Ordenamiento jurídico de raigambre, por lo cual, puede plantear numerosas dudas su interpretación¹⁸².

A pesar de todas las críticas, expuestas más arriba, acierta LEMA DEVESAS¹⁸³ cuando dice que esta cláusula general «constituirá, sin duda alguna, uno de los pilares básicos del futuro Derecho español de la publicidad», ya que, como ha puesto de relieve tanto la doctrina española como el resto de la doctrina europea, los continuos avances que se producen en las técnicas

los poderes públicos (art. 53 Const.). En cambio, si los perjudicados y accionantes son empresarios competidores se aplicará la cláusula general contenida en el art. 6,b) de la LGP, por cuanto que, ésta permite invocar las normas éticas que surjan en el sector de las relaciones entre empresarios.

Sin embargo, la solución ideal a este problema no es la que aquí hemos dado, sino que, en nuestra opinión, debe tenderse hacia la consecución de una única cláusula general prohibitiva de todos los actos de competencia desleal y que tenga presentes los intereses de todos los sujetos involucrados en la actividad mercantil.

¹⁸² Aunque habría que tener presente la opinión contraria de parte de la doctrina y a la que ya nos hemos referido con anterioridad en este trabajo. Vid. Capítulo II, apartado C “La publicidad desleal”.

¹⁸³ Vid. LEMA DEVESAS, Carlos. “Problemas y perspectivas de la futura...”, ob. cit., pág. 12.

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 las normas represoras de publicidad ilícita. Por todo ello, los Tribunales de justicia se verán obligados a aplicar, constantemente, esta cláusula general para reprimir las nuevas modalidades de publicidad ilícita¹⁸⁴.

D. La publicidad subliminal

El art. 3 de la LGP considera a la publicidad subliminal como un tipo más de publicidad ilícita. Y es el art. 7 de la Ley el que define a este tipo de publicidad, al decir que «a 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 percibidas». Es decir, se trata de aquella actividad publicitaria que se aprovecha del subconsciente humano, el cual es capaz de percibir sensaciones externas sin que la persona que las recibe se dé cuenta de ello, de forma que pueda llegar a tomar una decisión de manera inconsciente basándose en la percepción de esas sensaciones, sin ser consciente de que esa decisión ha sido tomada en virtud de las sensaciones que ha percibido sin darse cuenta.

La existencia de esta figura publicitaria es bastante difícil de demostrar, ya que, es muy complicado el probar el fundamento de la misma, que no es otro que, la percepción de unas sensaciones que recibimos sin darnos cuenta. A pesar de esta dificultad, la ilicitud de la publicidad subliminal no es una novedad en nuestra legislación, sino que aparece recogida en la mayoría de las normas que conciernen a la actividad publicitaria¹⁸⁵.

La inclusión por el legislador de la publicidad subliminal en el art. 7 de la LGP, como una figura más de publicidad ilícita,

¹⁸⁴ Podemos encontrar una amplia referencia a cuál ha sido el origen y posterior evolución de las cláusulas generales como técnica legislativa de creación del Derecho y técnica judicial de aplicación del mismo en FONT GALÁN, J. I. "Constitución económica...", *ob. cit.*, págs. 101 y ss. (nota 190).

¹⁸⁵ Dentro de las Normas de admisión de publicidad aprobadas por el Consejo de Administración del ente público RTVE, en virtud de la Resolución de 31 de enero de 1984, la norma 6, ya disponía que "no se aceptará la emisión de anuncios que propaguen o puedan contener publicidad subliminal".

levantó fuertes críticas entre los sujetos interesados en la actividad publicitaria (anunciantes, medios y agencias), los cuales mantenían que es una figura de imposible surgimiento en la práctica.

Sin embargo, el legislador español no compartió la opinión de los sujetos publicitarios¹⁸⁶, y gracias a ésto, ha decidido prohibir esta actividad publicitaria, en virtud de un hecho incuestionable, como es que, la publicidad utiliza técnicas cada vez más avanzadas para poder conseguir su objetivo, (convencer al consumidor de que debe contratar el bien o servicio anunciado), técnicas que permiten, gracias al conocimiento que hoy se tiene de la mente humana, así como, a los avances tecnológicos, difundir un mensaje publicitario sin respetar —como dice SANTAELLA LOPEZ¹⁸⁷— la dignidad y libertad de todo ser humano. De forma que la esencial condición del hombre como ser libre y racional exige que no se determine su conducta mediante procedimientos que escapan al control de su razón¹⁸⁸, y entre estos procedimientos se encuentra, sin duda, la publicidad subliminal, que actúa sobre el subconsciente del destinatario de la publicidad, provocándole una serie de sensaciones o estímulos que le incitan a consumir un determinado producto o servicio anunciado.

E. La publicidad de productos y servicios que afectan a la salud y seguridad del consumidor

Dispone el art. 8,1 de la LGP que «la publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de productos, bienes,

¹⁸⁶ De la CUESTA RUTE no entiende por qué el legislador ha aislado esta forma publicitaria de la norma genérica del apartado a) del art. 3 de la LGP que declara la ilicitud de la publicidad que atente a la dignidad de la persona, ya que, considera este autor, que no habrá nada más atentatorio para la dignidad humana de los destinatarios de la publicidad que el dirigirles mensajes al margen del control de su conciencia personal. (Vid. CUESTA RUTE, J. M. de la. "Observaciones sobre la LGP", *ob. cit.*, pág. 65).

¹⁸⁷ "El respeto a la persona requiere que cualquier comunicación, y especialmente una comunicación interesada como es la publicación publicitaria, sea percibida conscientemente. Lo contrario supone una manipulación sobre la persona, incompatible con la dignidad y la libertad de todo ser humano, principio clave del sistema de los derechos humanos y de nuestro propio Ordenamiento jurídico". (Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. "El nuevo Derecho...", *ob. cit.*, págs. 116-117).

¹⁸⁸ Vid. LEMA DEVESA, C. "La protección del consumidor en la LGP". Conferencia pronunciada en el Curso "El nuevo Derecho del Consumidor" celebrado en Córdoba entre los días 26 de octubre y 18 de noviembre de 1988, pág. 13.

actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida a régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran».

Prevé, por lo tanto, este art. 8,1 la posibilidad de que la publicidad de estos productos o servicios quede sometida a una autorización administrativa previa, sin especificar el órgano administrativo que tendría la competencia para otorgar dicha autorización. Esta autorización administrativa deberá respetar los principios de competencia leal, de forma que, su otorgamiento, no puede perjudicar a otros competidores.

Por último se consagra el silencio administrativo positivo, pues, una vez vencido el plazo que las normas especiales —que regulen la publicidad de estos productos o servicios— establezcan para los expedientes de autorización, se entenderá concedida la misma¹⁸⁹.

Hay que decir que, los anunciantes, las agencias y los medios han criticado esta posibilidad de conceder a un órgano administrativo el control previo de la publicidad de estos productos, así D. Jesús de ARCENEGUI dice que con ello se «deja un amplio margen de actuación a la Administración» añadiendo que este art. 8 «es el más controvertido del Anteproyecto (refiriéndose al Anteproyecto de LGP)»¹⁹⁰, y por su parte, Jorge de FEDERICO dice «no entiendo lo que respecta a los productos nocivos, puesto que se prohíbe o no se prohíbe, pero desde el momento en que se puede fabricar se tiene que poder comercializar sin recargos adicionales para el anunciante»¹⁹¹. Por mi parte, tengo que decir que comprendo la preocupación de los anunciantes, agencias y medios, ante la posibilidad de que se vea la publicidad de estos productos o servicios muy restringida por un control «abusivo» por parte de la Administración, pero también hay que tener presentes los intereses de los consumidores, cuya protección exige, en

¹⁸⁹ Vid. art. 8,3 de la LGP que dispone en su apartado tercero que “una vez vencido el plazo de contestación que las normas especiales establezcan para los expedientes de autorización, se entenderá otorgado el mismo por silencio administrativo positivo”.

¹⁹⁰ Vid. ARCENEGUI, Jesús de. Director de la Asociación de Medios Publicitarios Españoles. *Diario Expansión* del jueves 30 de julio de 1987.

¹⁹¹ FEDERICO, Jorge de. Director General de HOLOS (del grupo J. Walter Thomson en España).

nuestra opinión, y dadas las peculiaridades de estos productos o servicios, un trato especial, que justificaría este control administrativo de la publicidad que se refiera a esos productos o servicios. Por todo ello, considero conveniente dicho control, siempre y cuando defienda los intereses de los consumidores sin perjudicar, excesivamente, los intereses de los demás sujetos involucrados en la actividad publicitaria (anunciantes, agencias y medios).

Parece que establece el art. 8,1 de la Ley un sistema opcional, pero no excluyente, para regular la publicidad de los productos o servicios a los que se refiere. Así dispone que la publicidad de esos productos y servicios «podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa». De modo que en el supuesto de que esa publicidad no esté regulada por normas especiales, deberá de ser sometida a un régimen de autorización administrativa previa¹⁹², aunque cabe, también, que la necesidad de autorización administrativa previa venga exigida por las normas especiales que regulan la publicidad de estos productos.

Sin embargo, en el supuesto de la publicidad que se refiera a los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, esta publicidad *sólo* podrá llevarse a cabo en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen¹⁹³. Es decir, el art. 8,4 de la LGP no ofrece esa posibilidad de optar entre una norma especial que regule la publicidad de los productos a los que se refiere, o una autorización administrativa previa, sino que exige, en todo caso, la existencia de una norma especial que regule dicha publicidad. Sin embargo, cabe preguntarse ¿qué ocurre si dicha norma especial no existe?; ¿no supondría esta inexistencia, según la Ley, una prohibición de esta publicidad?, ¿hasta qué punto puede resultar abusiva esta norma?

La publicidad del tabaco y de las bebidas alcohólicas está regulada en el párrafo quinto del art. 8 de la Ley. Es quizás el párrafo que más polémica ha suscitado entre los agentes publicitarios, así

¹⁹² La autorización administrativa previa requerirá la aprobación del correspondiente Reglamento que desarrolle el régimen de esta autorización. Dicho Reglamento podrá ser el que regule de manera especial la publicidad de estos productos (éste será el supuesto normal según se puede deducir del propio art. 8 de la LGP), o bien, otro distinto en el supuesto de ausencia de una normativa especial reguladora del contenido de la publicidad de estos productos del art. 8 de la LGP.

¹⁹³ Según dispone el art. 8,4 de la LGP.

para Jesús de ARCENEGUI «ésta es la espada de Damocles que va a terminar por caer sobre la cabeza del mundo publicitario en breve plazo. La posible vía de escape puede ser entonces el contrato de patrocinio que se contempla en el art. 25 del Título III (de la LGP), para aquellos mensajes que se quieran exhibir»¹⁹⁴. Constituyendo esta «vía de escape» un claro fraude de ley que habrá que evitar.

Dentro de este párrafo hay que distinguir dos grandes apartados, que se refieren:

a) El primero a la publicidad de las bebidas alcohólicas de más de 20 grados centesimales de graduación alcohólica¹⁹⁵ y a la publicidad del tabaco.

b) Y el segundo, a la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación alcohólica inferior a 20 grados centesimales.

Por lo que se refiere al primero de estos apartados, se prohíbe, de forma total, la publicidad de tabaco y de las bebidas alcohólicas de más de 20 grados por medio de la televisión, pero se sigue permitiendo la publicidad de estos productos a través de otros medios publicitarios (revistas, periódicos, etc).

En cuanto al segundo de los apartados antes mencionados, la publicidad de las bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados podrá, también, ser prohibida por el Gobierno por vía reglamentaria. Prohibición que se refiere —según se deduce de la lectura conjunta del inciso primero y último del art. 8,5 de la Ley— a la publicidad por televisión pero no a la publicidad por los demás medios publicitarios, igual que ocurre con las demás bebidas alcohólicas de graduación superior a 20 grados. Se deja aquí, en nuestra opinión, al Gobierno un margen de actuación demasiado amplio, pues si bien se trata de productos nocivos para la salud y con estas medidas se trata de proteger a los consumidores, también, hay que proteger los intereses de los anunciantes, y con esta norma, creo, que se produce una descompensación en el equilibrio que debe existir entre los intereses dignos de protección de empresarios y consumidores. Por ello, creemos que hubiera sido preferible no introducir este último apartado que permite al Go-

¹⁹⁴ Vid. nota 190 del presente trabajo.

¹⁹⁵ De las 45 enmiendas presentadas a la LGP en el Senado sólo prosperó una presentada por el grupo parlamentario Coalición Popular, que fijaba la prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas en televisión, ampliándola a las bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados, en lugar de los 23 que figuraban en el Proyecto de Ley.

biero prohibir la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados, y no prohibir, sino limitar mediante controles el contenido o el número de anuncios de las bebidas alcohólicas de graduación superior a 20 grados y del tabaco.

Por otra parte, de poco van a servir estas prohibiciones puesto que, como dice ARCEGUI¹⁹⁶, por la vía del contrato de patrocinio se va a seguir haciendo publicidad de estos productos prohibidos por la Ley.

Según el inciso tercero del párrafo quinto del art. 8 de la Ley, «la forma, contenido y condiciones de la publicidad del tabaco y bebidas alcohólicas será limitada reglamentariamente en orden a la protección de la salud y seguridad de las personas, teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos».

De esta forma, la publicidad del tabaco y demás bebidas alcohólicas quedará prohibida en televisión (salvo la de bebidas alcohólicas de menos de 20 grados), y limitada reglamentariamente en los demás medios publicitarios, según se deduce de la lectura del art. 8,5 en sus incisos primero y tercero respectivamente.

La doctrina no está de acuerdo con la regulación de la publicidad del tabaco y de las bebidas alcohólicas, así como la publicidad de otra serie de productos y servicios específicos, en una Ley general, como la LGP. Así LEMA DEVESA considera que «debería erradicarse de una LGP el art. 8, toda vez que la generalidad de la misma no armoniza con la regulación de un sector específico o, por mejor decir, de productos o servicios concretos»¹⁹⁷.

Termina el art. 8 considerando —en su párrafo sexto— que «el incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores, tendrán consideración de infracción a los efectos previstos en la LGDCU y en la Ley General de Sanidad»¹⁹⁸.

Asimismo, establece que «en el procedimiento de elaboración

¹⁹⁶ Vid. nota 190 del presente trabajo.

¹⁹⁷ Vid. LEMA DEVESA, Carlos. «La protección del consumidor en la LGP.», *ob. cit.*, pág. 114.

¹⁹⁸ Vid. arts. 32 a 38 de la LGDCU de 1984 donde se regulan las infracciones y sanciones en materia de consumo; y arts. 32 a 37 de la LGS de 1986; así como, el punto 3 referido a las “sanciones de naturaleza administrativa” dentro de este trabajo.

de las disposiciones de carácter general a que se refiere el apartado dos de este artículo¹⁹⁹ se dará audiencia a las asociaciones de agencias, de anunciantes y de consumidores y usuarios».

Finalmente, hay que decir, que las normas especiales que regulen la publicidad de los productos o servicios a los que se refiere el art. 8 y que estuvieran vigentes al entrar en vigor la LGP, «conservarán su vigencia hasta tanto no se proceda a su modificación para adaptarlas a lo dispuesto en la presente Ley²⁰⁰».

II. LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA

Debemos comenzar por definir a esta modalidad publicitaria. En este sentido, el art. 11 de la LGP nos dice que «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».

Reproduce este art. 11 al art. 9 del, ya derogado, EP de 1964 que recogía, también, el deber de los medios de difusión de deslindar perceptiblemente las afirmaciones hechas dentro de su función general de información y las que hagan como simples vehículos de la publicidad, sin referirse, para nada, al deber de los anunciantes de desvelar el carácter publicitario de sus anuncios, quizás, porque este deber sea más propio de los medios de difusión que de los propios anunciantes, salvo en las escasas ocasiones en las que sean los anunciantes los que difundan, por si mismos, la publicidad de sus productos o servicios.

Así pues, la publicidad encubierta es una modalidad publicitaria en la que, precisamente, lo que se trata de ocultar es su carácter publicitario, tratándose, por ello, de una publicidad oculta bajo la máscara informativa. Se pretende hacer creer a los destinatarios de esta publicidad, que están ante un mensaje informativo de carácter objetivo, no viciado por el deseo persuasivo y subjetivo que impregna a todo mensaje publicitario, tratándose, de esta forma, con todo ello, que el destinatario de esa publicidad otorgue a ese

¹⁹⁹ Es decir, los reglamentos que determinen el régimen jurídico aplicable a la publicidad de los productos y servicios recogidos en el art. 8,1 de la LGP.

²⁰⁰ Vid. Disposición transitoria de la LGP.

mensaje la misma credibilidad que otorga a un mensaje informativo (pues cree que está ante un mensaje de ese tipo), que, sin duda, suele ser superior a la credibilidad que, normalmente, se otorga al mensaje publicitario.

Son muchos los recursos utilizados por los medios de difusión para ocultar el mensaje publicitario bajo el ropaje del mensaje informativo, pero quizás, los dos recursos utilizados con más frecuencia son:

- a) Aparecer el anuncio en las páginas que normalmente son dedicadas a información y no en las que son dedicadas a publicidad.
- b) La gran extensión del anuncio lo cual contrasta con la brevedad que suelen tener los mensajes publicitarios.

Para evitar la publicidad encubierta, el RD 2198/1976 de 23 de julio²⁰¹, que dictaba normas sobre la aplicación del principio de autenticidad en materia publicitaria, establece en su art. 1 una serie de medidas que han de aplicarse para poner de manifiesto el carácter publicitario de un mensaje. Así en su párrafo segundo, este art. 1, dispone que «las publicaciones periódicas que afecten a la publicidad deberán hacer figurar en la cabecera de la página, y en tipo de letra no inferior a la utilizada en los textos, la palabra publicidad en recuadro, cuando toda la página contenga textos publicitarios, con la única excepción de las páginas dedicadas a los conocidos anuncios por palabras».

Por otro lado, en su párrafo tercero, el citado art. 1 de este RD, dice que «cuando en la misma página se incluyan textos de información general y textos publicitarios, estos últimos deberán ir deslindados perceptiblemente mediante la utilización de «vivorillas», «decanterados», «corondeles», etc, de acuerdo con la declaración pertinente hecha en el Registro Oficial de Empresas Periodísticas, añadiendo al final del mensaje publicitario la inicial «R» (de remitido) entrecomillada y de no menos de cinco milímetros de altura».

Podemos plantearnos a continuación si es o no correcta la sede

²⁰¹ RD 2198/1976 de 23 de julio, sobre la aplicación del principio de autenticidad publicitaria, publicado en el *BOE* de 25 de septiembre de 1976.

Este RD fue, en nuestra opinión, derogado por la LGP, al igual que todas las demás normas que desarrollaban los principios rectores de la publicidad según el, también derogado, EP de 1964. Sin embargo, para SANTAELLA LOPEZ estas normas aún están vigentes a pesar de tratarse de disposiciones de desarrollo del EP (Vid. SANTAELLA LOPEZ, Manuel. “El nuevo Derecho...”, *ob. cit.*, págs. 43-44).

en la que se ha regulado en la LGP la publicidad encubierta. En nuestra opinión, hay que criticar negativamente el lugar en el que ha ubicado el legislador la publicidad encubierta, dentro de la LGP²⁰², y decimos ésto, porque si bien es cierto, por razones que después analizaremos, que esta modalidad publicitaria no puede considerarse como publicidad engañosa, al menos en un sentido estricto del término, no es menos cierto, que se trata de una modalidad publicitaria ilícita que debiera haber sido regulada, por ello, dentro del Título II de la Ley que es el que se refiere a las diferentes modalidades de publicidad ilícita.

De forma tal que, parece como si se tratara de una modalidad publicitaria lícita según se puede deducir del tratamiento que le otorga la Ley, al no incluirla dentro del ya mencionado Título II. Todo lo cual, trae consigo, una importante consecuencia negativa para los consumidores, ya que, para poder reprimir a la publicidad encubierta se tendría que acudir a la argucia de considerarla como publicidad engañosa en sentido amplio, y encuadrarla dentro del art. 4 de la Ley cuando dice «es engañosa la publicidad que *de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios...*», o bien, considerarla prohibida por la vía de la cláusula general prohibitiva de la publicidad desleal y recogida en el art. 6,b) de la Ley, según el que, es publicidad desleal «...en general, la que sea contraria a las normas de corrección o buenos usos mercantiles». Y todo ello, debido a que sólo las modalidades de publicidad ilícita recogidas en el Título II de la Ley obtienen la protección jurisdiccional a la que se refiere el art. 28 de la Ley²⁰³, de forma que, el consumidor, llegado el caso, no podría dirigirse ante los órganos de la jurisdicción ordinaria y lograr que éstos prohibiesen o impusieran la cesación de una modalidad publicitaria tan importante, y que tanto daño puede causar a los consumidores, como es la publicidad encubierta, a menos que utilicen los argumentos, ya vistos, de considerarla engañosa, o bien, desleal.

Como ya hemos dicho antes, no podemos confundir la publicidad encubierta con la publicidad engañosa entendida ésta en sentido estricto, puesto que, aunque la publicidad encubierta sea

²⁰² Queda, la publicidad encubierta, regulada dentro del Título III de la LGP, dedicado a la Contratación Publicitaria, y en concreto, en su art. 11.

²⁰³ Dispone el art. 28 de la LGP que “las controversias derivadas de la publicidad ilícita en los términos de los artículos 3 a 8 serán dirimidas por los órganos de la jurisdicción ordinaria”.

un ilícito publicitario por inducir a error a los consumidores, este error no viene referido a los bienes o servicios que son objeto de la actividad publicitaria, sino que se refiere a la propia «envoltura» o continente del mensaje, es decir, no se trata de un error respecto al contenido sino de un error respecto del «continente» de la publicidad, de forma que se hace creer al consumidor que se encuentra ante un mensaje informativo y no ante un mensaje publicitario.

En el Proyecto de Directrices presentado por la Comisión de la CEE al Consejo el día 10 de julio de 1979²⁰⁴, se incluía, como un supuesto más de publicidad engañosa, a la publicidad encubierta. De esta forma, su art. 3,2 señalaba que «la publicidad encubierta ha de considerarse engañosa singularmente cuando no puede ser fácilmente reconocida como tal publicidad...»²⁰⁵. Ya en el texto de la Directiva²⁰⁶, se suprimió esa referencia a la publicidad encubierta como un supuesto más de publicidad engañosa, lo cual, fue alabado por un buen sector de la doctrina, para los que, la publicidad encubierta no puede ser considerada como una modalidad más de publicidad engañosa por cuanto que, como dice FERNANDEZ NOVOA²⁰⁷, la publicidad encubierta está prohibida por vulnerar el principio de autenticidad (que pretende extirpar el error del público en punto a la configuración externa con que se revisten las expresiones publicitarias), en tanto que, la publicidad engañosa se prohíbe por vulnerar el principio de veracidad (que trata de eliminar el error del público con respecto al contenido de las alegaciones hechas en una expresión publicitaria).

En suma, la publicidad encubierta y la publicidad engañosa persiguen evitar errores, pero errores que son distintos, como ya se ha visto, en cuanto a su fundamento, de forma que, como dice LEMA DEVESA²⁰⁸, debemos considerar a la publicidad encubierta como una modalidad independiente dentro de la publicidad desleal —o ilícita, de una forma más general— y no encuadrarla como una modalidad de publicidad engañosa.

²⁰⁴ Proyecto de Directrices sobre la armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE.

²⁰⁵ Vid. LEMA DEVESA, Carlos. "La modificación del Proyecto de Directrices de la C.E.E. sobre la publicidad engañosa y desleal". *ADI*, 1979-1980, pág. 445.

²⁰⁶ Vid. nota 103 del presente trabajo.

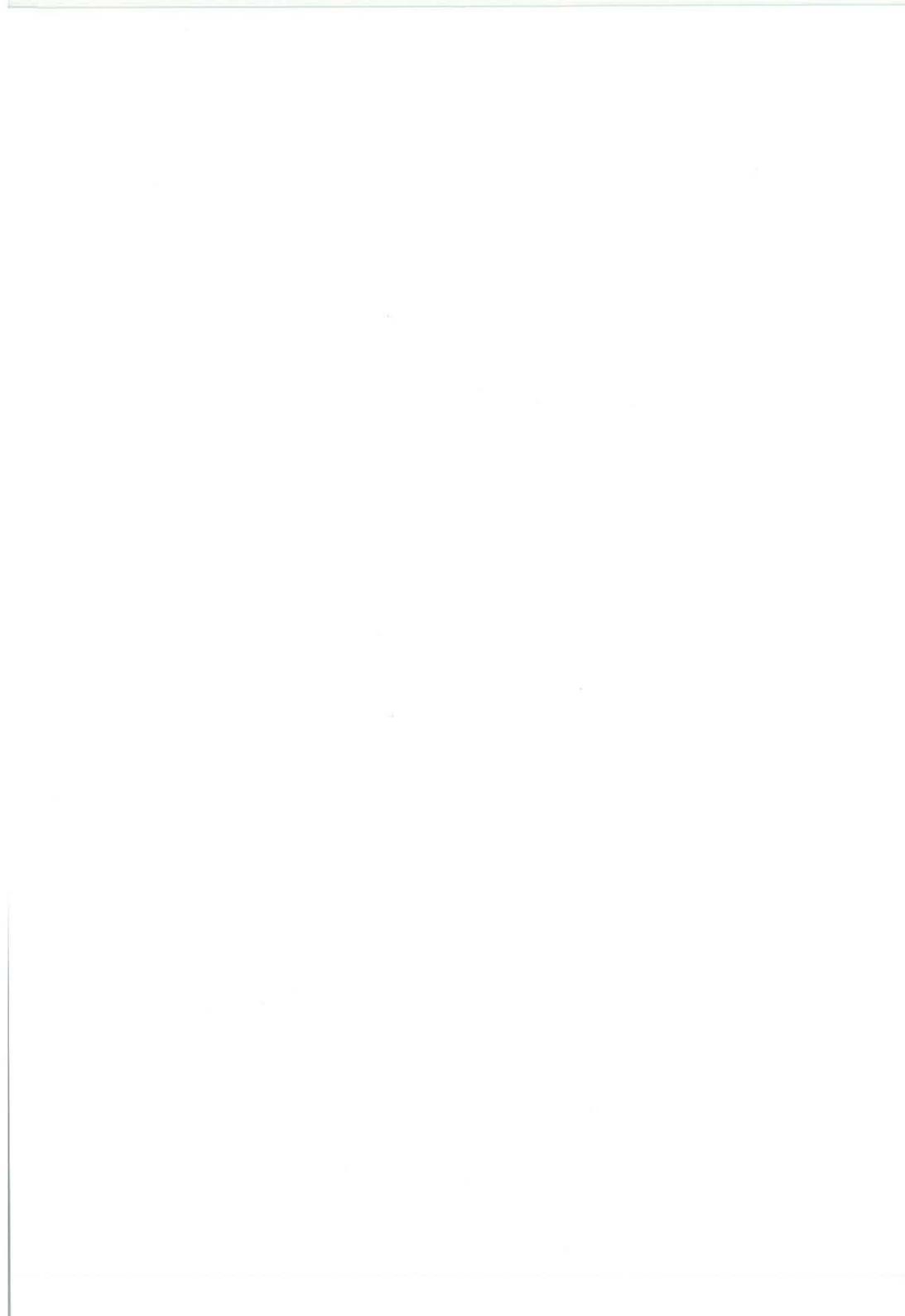
²⁰⁷ Vid. FERNANDEZ NOVOA, Carlos. "La reforma del vigente EP de 1964 ante el ingreso de España en la CEE". Lección magistral pronunciada en la sesión académica que tuvo lugar en el Ateneo de Madrid el día 21 de noviembre de 1979. INP, pág. 31.

²⁰⁸ Vid. LEMA DEVESA, Carlos. "Nuevas perspectivas...", *ob. cit.*, págs. 97 y ss.

En conclusión, el legislador de la LGP debió de haber regulado a la publicidad encubierta como figura independiente de la publicidad engañosa o desleal, pero incluida dentro del Título II de la Ley y no dentro del Título III de la misma, puesto que, la publicidad encubierta debe ser considerada como una modalidad más de publicidad ilícita, de forma que, además, quede bajo el ámbito de aplicación del art. 28 de la Ley en los términos aquí descritos.

CAPITULO III:

Jurisdicción y procedimiento
en la Ley General
de Publicidad de 1988



I. INTRODUCCION: EL SISTEMA JUDICIAL O ADMINISTRATIVO PARA LA REPRESION DE LA PUBLICIDAD ILCITA VERSUS PROTECCION DEL CONSUMIDOR

No es fácil conseguir «procedimientos ágiles y unas sanciones adecuadas» para reprimir la publicidad ilícita, como nos puede demostrar la práctica diaria que llevaba a cabo, en su día, el Jurado de Publicidad, y que hoy lleva, o al menos corresponde llevar, a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria. Las causas de estas dificultades las podemos encontrar, como dice BERCOVITZ²⁰⁹, en los muchos intereses puestos en juego en esta materia, y en que no ha sido, sino hasta una época relativamente reciente, cuando los órganos administrativos, o los Jueces y Tribunales ordinarios, han tenido que enfrentarse con la difícil problemática que suscita la publicidad ilícita.

En este punto vamos a tratar de resolver el siguiente dilema: ¿deben ser competentes para conocer y sancionar los supuestos de publicidad ilícita los Tribunales ordinarios de justicia, o determinados órganos de la Administración pública, cuando de lo que se trata es de proteger a los consumidores frente a los abusos procedentes de esas manifestaciones publicitarias?

La importancia de la solución que se le dé a este dilema es algo evidente, puesto que la eficacia de toda la normativa protectora de los consumidores frente a la publicidad ilícita, dependerá de la regulación que se haga de los procedimientos y sanciones aplicables a la publicidad. En este sentido dice Alberto

²⁰⁹ Vid. BERCOVITZ, Alberto. "Procedimientos y sanciones en materia de publicidad desleal". Jornadas de Derecho de la publicidad. INP. Madrid, 1980, pág. 126.

BERCOVITZ²¹⁰ que «por muy perfectamente que se delimiten los supuestos prohibidos, por mucho énfasis que el legislador ponga en la prohibición, de nada servirán si no se prevén unos procedimientos ágiles y unas sanciones adecuadas, que permitan hacer efectiva la prohibición».

Ya sabemos que el sistema utilizado en España, hasta la entrada en vigor de la LGP, para reprimir a la publicidad ilícita, consistía en la represión de esta modalidad publicitaria a través de un órgano administrativo denominado Jurado de Publicidad, y a pesar de que hay quien piensa que la experiencia del Jurado de Publicidad fue positiva²¹¹, lo cierto es que, en nuestra opinión, y como ya pudimos analizar anteriormente, no otorgaba el suficiente grado de protección a los consumidores frente a la publicidad ilícita, protegiendo, principalmente, los intereses de los empresarios y profesionales del sector²¹².

Por su parte la Directiva comunitaria 84/450 de 10 de septiembre sobre publicidad engañosa, dejaba abierta a los países miembros, la posibilidad de optar por una doble vía, la administrativa o la judicial²¹³, por lo que corresponderá a cada país miembro decidir si deben ser órganos judiciales u órganos administrativos los que resuelvan las controversias derivadas de la publicidad ilícita.

Por lo que se refiere a los órganos administrativos, éstos pueden estar encargados del enjuiciamiento del carácter engañoso de la actividad publicitaria, o bien servir como órgano con competencia reconocida para el ejercicio de las acciones judiciales tendentes a la represión de la publicidad engañosa.

La Directiva en su art. 4,1 b)²¹⁴ permite que los Estados establezcan, tal y como señala DE LA CUESTA RUTE²¹⁵, un «filtro

²¹⁰ Vid. BERCOVITZ, Alberto. "Procedimientos y sanciones...", *ob. cit.*, pág. 125.

²¹¹ Vid. BROSETA PONT, Manuel. "La publicidad y la protección del consumidor en la legislación del Estado y de las CCAA". Problemas actuales del Derecho de la publicidad. INP. Madrid, 1984, pág. 271.

²¹² Basta comprobar la composición del Jurado de publicidad a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad, o quienes estaban legitimados activamente para incoar el correspondiente procedimiento ante el Jurado, tema también tratado en este trabajo (Vid. "El Estatuto de la Publicidad de 1964 (Ley 61/1964 de 11 de junio)", pág. 34 y ss. de este trabajo).

²¹³ Dispone el art. 4,1 de la Directiva comunitaria 84/450 que los Estados miembros deberán establecer medios que garanticen a "las personas u organizaciones que tengan, según la legislación nacional, un interés legítimo en la prohibición de la publicidad engañosa puedan:

a) Interponer una acción judicial contra esa publicidad y/o
b) Llevar esa publicidad ante un organismo administrativo competente bien para resolver sobre las quejas, bien para iniciar los procedimientos judiciales apropiados".

²¹⁴ Vid. nota 213 del presente trabajo.

²¹⁵ Vid. CUESTA RUTE, Jose María de la. "La Directiva de la CEE...", *ob. cit.*, pág. 92.

administrativo entre las personas físicas o jurídicas legitimadas y el impulso procesal de los Tribunales», de forma que sea un órgano administrativo el que, recogiendo la denuncia de los legitimados activamente, plantee la demanda judicial. Así la defensa de los consumidores se hace mucho más eficaz, si se reconoce esta posibilidad, puesto que el consumidor individual difícilmente entablaría una demanda judicial contra la publicidad ilícita por no tener ni los medios ni la entidad suficiente para llevar a cabo tal actuación²¹⁶.

Si la solución que se adoptara por un país miembro fuera la de crear un órgano administrativo encargado de dirimir las controversias derivadas de la publicidad ilícita, éstos deberían respetar la composición diseñada en el art. 4,3 de la Directiva comunitaria, a la que ya hemos aludido²¹⁷. Según esta norma la composición de este órgano administrativo ha de evitar cualquier duda acerca de su imparcialidad, de forma que ésto impide que en su composición se integren los profesionales de la actividad publicitaria, tal y como ocurría en el desaparecido Jurado de publicidad, o al menos, que si lo hacen sea en un régimen de igualdad con representantes de la administración y de los consumidores, de forma tal que, se garantice la neutralidad en la toma de sus decisiones. Incluso hay autores²¹⁸ que refiriéndose a la composición de este órgano administrativo consideran que «el predominio en la composición de este órgano administrativo debe otorgarse a los consumidores para evitar, de este modo, el riesgo de corporativismo», tal y como ocurría en el Jurado de publicidad.

En correspondencia con todo lo hasta aquí dicho, la imparcialidad de estos órganos administrativos deberá venir dada, no sólo por su composición, sino también, por su propia forma de actuar y por el control de esa actuación, de forma tal que, sus decisiones deberán de ser todas motivadas y estarán, además, sometidas a los recursos jurisdiccionales por motivos de fondo y de forma²¹⁹.

²¹⁶ Vid. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J.A. “La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE”. *Rev. de Instituciones Europeas*, 1988, pág. 478.

²¹⁷ Dispone el art. 4,3 de la Directiva Comunitaria 84/450 que “los órganos administrativos previstos en el párrafo 1 deben:

- a) Estar compuestos de manera que no se ponga en duda su imparcialidad.
- b) Tener los poderes adecuados para permitir vigilar e imponer de manera eficaz el cumplimiento de sus decisiones, cuando resuelven sobre las quejas.
- c) En principio motivar sus decisiones”.

²¹⁸ Vid. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A. “La armonización del régimen jurídico...”, ob. cit., pág. 479.

²¹⁹ Dispone el art. 4,3 “in fine” de la Directiva comunitaria 84/450 que “cuando las competencias previstas en el párrafo 2 sean ejercidas únicamente por un organismo admi-

Pero para cumplir su función, que no es otra que erradicar la publicidad ilícita y defender los intereses de los consumidores y de los competidores, de una forma eficaz, no sólo es importante que se asegure una composición imparcial, sino que además, es necesario que se le dote de unas facultades adecuadas para vigilar e imponer el cumplimiento de sus decisiones, tal y como exige el art. 4,3 b) de la Directiva comunitaria²²⁰.

Haciendo referencia a nuestro país, hay que decir que, ya el Borrador de Anteproyecto de la LGP de 1984, que elaboró un grupo de expertos²²¹, conocedores de la problemática del sector, preveía la creación de un órgano administrativo, la llamada Comisión Estatal de Publicidad, que estaría encargada de reprimir la publicidad ilícita, aunque, con la posibilidad de recurrir sus decisiones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con lo cual se conseguía la judicialización última de esta materia²²². La creación de este órgano administrativo hubiese permitido corregir, de una forma rápida y eficaz, las modalidades ilícitas de la publicidad, evitando, de esta forma, los procedimientos lentos y costosos, sobre todo para los consumidores ante la jurisdicción ordinaria. Por otro lado, hay que destacar, a este respecto que la creación de esta Comisión Estatal de Publicidad, concordaría perfectamente con la función de la Administración de velar por el interés público, interés que se ve especialmente amenazado en los casos en los que la publicidad que se difunda pueda ser considerada ilícita²²³. A pesar de todo ello, la actual LGP de 11 de noviembre de 1988 no prevé la creación de este órgano administrativo, sino que ha optado el legislador español por reprimir la publicidad ilícita por la vía de la jurisdicción ordinaria²²⁴.

Ya pusimos de manifiesto con anterioridad que este tema es de gran importancia, puesto que la eficacia de una Ley va a depender de cuál sea el cauce que se elija para hacerla efectiva, por lo que creemos necesario detenernos, aunque sólo sea muy

nistrativo, las decisiones deben ser motivadas en todos los casos. Además, en ese caso, deben estar previstos procedimientos en virtud de los cuales todo ejercicio impropio o injustificado de los poderes del órgano administrativo, o toda falta impropia o injustificada en el ejercicio de tales poderes puede ser objeto de un recurso jurisdiccional".

²²⁰ Vid. nota 217 del presente trabajo.

²²¹ Vid. nota 104 del presente trabajo.

²²² El citado Borrador de Anteproyecto de la LGP dedicaba su art. 62 y su Título VI, por completo, para regular a la Comisión Estatal de Publicidad.

²²³ Vid. LEMA DEVESA, C; FERNANDEZ NOVOA, C; GOMEZ SEGADE,J. A; BOTANA AGRA, M; AREAN LALIN, M. "Líneas básicas...", ob. cit., pág. 12.

²²⁴ Vid. nota 203 del presente trabajo.

brevemente, en el estudio de las razones que hayan llevado al legislador español a elegir la vía judicial y no la vía administrativa para reprimir la manifestaciones ilícitas de la publicidad.

Del propio texto de la Exposición de motivos de la LGP podemos deducir estas razones:

a) En primer lugar, parece ser que el legislador de la LGP ha querido diferenciarse claramente del régimen anterior. De esta forma señala como una de las innovaciones más importantes de la LGP respecto del EP de 1964 la atribución de la competencia para resolver los conflictos derivados de la publicidad ilícita a la jurisdicción ordinaria²²⁵. Parece con ello que el legislador creyó, en el momento de dictar la LGP, que los intereses de los sujetos implicados en el proceso publicitario no se verían lo suficientemente protegidos por un órgano administrativo, lo cual no nos parece acertado, puesto que, si bien es cierto que dado el carácter corporativo que tenía el desaparecido Jurado Central de Publicidad, los intereses de los consumidores no se veían protegidos o eran protegidos de forma muy débil, hubiese bastado con modificar la composición de dicho órgano administrativo, de forma que, se garantizara su imparcialidad, tal como exige el art. 4,1 de la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa, para obtener una vía rápida y eficaz de protección de los intereses de los consumidores frente a la publicidad ilícita.

b) Y en segundo lugar, se presenta la vía jurisdiccional como la «solución obvia»²²⁶. Sin embargo, es más que discutible la obviedad de esta solución, ya que la propia Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa permite a los Estados miembros que sean ellos los que establezcan los cauces judiciales y/o administrativos²²⁷ para resolver los conflictos derivados de la publicidad engañosa, aceptándose, por lo tanto, la procedencia y legitimidad de los dos sistemas, sin que, en ningún caso se imponga una solución y no otra.

²²⁵ Según la Exposición de Motivos de la LGP “se atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para dirimir las controversias derivadas de dicha publicidad ilícita en los términos de los arts. 3 a 8. Esta es una de las innovaciones que introduce esta Ley, decantándose por una opción distinta a la contemplada en el EP de 1964. Este último contempla la figura de un órgano administrativo, “el Jurado Central de Publicidad”, competente para entender de las cuestiones derivadas de la actividad publicitaria”.

²²⁶ Dispone la Exposición de Motivos de la LGP que “por razones obvias, entre otras, las propias constitucionales derivadas de lo dispuesto en el art. 24,2 en donde se fija un principio de derecho al Juez ordinario, así como las que se desprenden de la estructura autonómica del Estado, se ha optado por atribuir esa competencia a los Tribunales Ordinarios”.

²²⁷ Vid. nota 213 del presente trabajo.

De esta forma, podemos constatar como la vía administrativa para la resolución de los conflictos derivados de la publicidad ilícita ha sido adoptada por numerosos países con una fuerte raigambre democrática, como son el Reino Unido, Holanda, así como los Estados Unidos donde es un órgano administrativo la Federal Trade Commission, el encargado de resolver estos conflictos.

Otra de las razones por las que considera el legislador de la LGP que la solución jurisdiccional es una «solución obvia» viene constituida por las propias exigencias constitucionales plasmadas del art. 24,2 de la Carta Magna, donde se reconoce el derecho al Juez ordinario²²⁸, según se puede deducir de la propia Exposición de Motivos de la LGP. Sin embargo, esta obviedad también puede ser rebatida ya que la creación de un órgano administrativo independiente encargado de reprimir a la publicidad ilícita no vulneraría el derecho al Juez ordinario, siempre y cuando, en último extremo, se garantizase la posibilidad de recurrir las decisiones de tal órgano ante la jurisdicción contencioso-administrativa²²⁹.

Podemos, por todo ello, concluir que la vía judicial no es la más «obvia» ni tampoco la vía menos mala para reprimir a la publicidad ilícita, quizás por ello la doctrina se ha mostrado más partidaria de abogar por sistemas en los que la vía judicial es utilizada junto con la vía administrativa, o en los que si bien se sigue la vía judicial se propone que la fase instructora se rija ante un órgano administrativo, para que por fin, las posturas quizás más radicales, propongan que la resolución de los conflictos derivados de la publicidad ilícita deban ser resueltos siempre por un órgano administrativo, aunque las resoluciones de éste puedan ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

A este respecto BROSETA PONT²³⁰, se muestra partidario de que exista una duplicidad de vías para reprimir la publicidad ilícita, de forma que, la víctima de dicha publicidad pueda dirigirse, o bien a la Administración Pública, denunciando la infracción de la que ha sido víctima, o presentar la correspondiente demanda ante los Tribunales de Justicia Ordinarios. BROSETA PONT basa su opinión en tres razones fundamentales:

²²⁸ Dispone el art.24,2 de la Constitución española de 1978 que “...todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley...”

²²⁹ Vid. ALONSO DAVILA, Jesús. “La nueva LGP. Una Ley preocupante”, *ob. cit.*, pág. 48.

²³⁰ Vid. BROSETA PONT, Manuel. “La publicidad y la protección del consumidor en la legislación del Estado...”, *ob. cit.*, págs. 271 y ss.

En primer lugar, dice BROSETA, «porque soy de los que piensan que ha sido positiva la experiencia española del Jurado Central de Publicidad. En segundo lugar, creo en la bondad de los órganos administrativos por su mayor rapidez de actuación, como reconoce el art. 5 del Proyecto de Directriz de la CEE sobre publicidad engañosa y desleal que reconoce en favor de los perjudicados por estas ilícitas modalidades de publicidad y en favor de sus asociaciones, medios rápidos, eficaces y no costosos para ejercitar una acción judicial o para plantear el caso ante un órgano administrativo competente²³¹. Finalmente, creemos en la bondad de ambos procedimientos, dada la excesiva y onerosa lentitud de los Tribunales Ordinarios en cuya rapidez y eficacia exclusiva, por ahora, aún no se puede hacer reposar la tutela y la protección de las víctimas de la publicidad engañosa o desleal»²³².

Por su parte, BERCOVITZ señala, refiriéndose a cuál sería la vía más adecuada para defender los intereses de los consumidores frente a la publicidad ilícita, que «el ideal sería que los procedimientos fueran íntegramente judiciales, por razones que creo evidentes²³³. Pero en cualquier caso es indudable que la fase instructora debería realizarse por un órgano especializado de la Administración y con medios suficientes para investigar las denuncias que recibieran y para actuar de oficio»²³⁴.

Por nuestra parte, la opinión con la que nos sentimos más identificados es la de BROSETA PONT, puesto que, opinamos, al igual que él, que los órganos administrativos ofrecerían una protección a los consumidores mucho más rápida y eficaz y menos onerosa que la que pudieran ofrecer los órganos de la jurisdicción ordinaria, sobre todo, en un tema como el de la publicidad ilícita, en el que la actuación de los órganos encargados de su represión debe ser rápida para poder ser eficaz y poco costosa, económicamente hablando, para los perjudicados²³⁵.

²³¹ El art. 5 del Proyecto de Directriz comunitaria sobre publicidad engañosa y desleal, se corresponde con el actual art. 4 de la Directiva 84/450 de 10 de septiembre sobre publicidad engañosa.

²³² Vid. BROSETA PONT, M. «La publicidad y la protección de los consumidores...», *ob. cit.*, pág. 271-272.

²³³ Razones que no explica BERCOVITZ.

²³⁴ Vid. BERCOVITZ, A. «Procedimientos y sanciones...», *ob. cit.*, pág. 143.

²³⁵ Pensemos, por ejemplo, en una campaña publicitaria, que no suele durar más de un año, en la que se difunda un anuncio cuyo contenido resulte engañoso, de qué serviría una sentencia en la que se reconociera el carácter engañoso del anuncio y en la que se ordenara su cesación, si dicha sentencia tardara en dictarse un periodo de tiempo superior a la duración de la campaña publicitaria, es decir, de nada serviría dicha sentencia, puesto que, el anuncio engañoso ya habría dejado de emitirse. Y por otra parte, el consumidor que se hubiese sentido

II. LEGITIMACION ACTIVA: ANALISIS DEL ART. 25 DE LGP

Dispone el art. 25,1 de la LGP que estarán legitimados activamente para solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita, «los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo».

A tenor de este artículo podemos diferenciar dos categorías de sujetos legitimados activamente para solicitar la cesación o rectificación de la publicidad ilícita: la de aquéllos que por su propia naturaleza se encuentran legitimados genéricamente, es decir, en todo caso, que son los órganos administrativos competentes y las asociaciones de consumidores y usuarios, y la de los que están legitimados con carácter específico frente a una determinada manifestación publicitaria, que son «las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas, y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo»²³⁶.

Pasamos pues, a continuación, a analizar con mayor detenimiento, estas dos categorías de sujetos legitimados activamente.

Existe, en primer lugar, una categoría de sujetos que sólo están legitimados activamente para pedir la cesación o rectificación de la publicidad ilícita en los supuestos en los que ésta les afecte o, en general, vulnere sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Ante ello, podríamos preguntarnos si es posible, o no, encuadrar en dicha categoría de sujetos al consumidor, en cuanto tal, o, en sentido más amplio, al destinatario de la publicidad considerado genéricamente, es decir, como simple receptor de la publicidad.

En primer lugar, hay que decir que basta con resultar afectado en la esfera personal, familiar o patrimonial, tener un interés

perjudicado por dicho anuncio, no ejercitaría la correspondiente acción judicial si el daño que se le hubiese ocasionado fuese de cuantía inferior a lo que le podría costar entablar dicha acción. Por todo ello, el procedimiento a seguir ha de ser sobretodo rápido en su actuación y poco costoso para el perjudicado litigante.

²³⁶ Al legitimar activamente a los que tengan un derecho subjetivo o interés legítimo, el legislador publicitario, sigue la línea fijada por el art. 39,2 de la Ley de 20 de marzo de 1986 en materia de impugnación de la solicitud de una patente.

legítimo o ser titular de un derecho subjetivo (por ejemplo los relativos a la propiedad industrial o intelectual) para estar legitimado activamente y poder ejercer las acciones de cesación o de rectificación de la publicidad ilícita. Pero ¿estaré legitimado activamente el destinatario de la publicidad? En principio, en nuestra opinión, habría que contestar afirmativamente a esta pregunta²³⁷, puesto que, como ya vimos²³⁸, los destinatarios de la publicidad son titulares de un interés legítimo a que la publicidad no vulnere su libertad de elección. Ahora bien, dentro del concepto de destinatarios de la publicidad podemos englobar tanto a los consumidores —colectiva o individualmente considerados— como a los empresarios o comerciantes competidores del empresario o comerciante anunciante, por ello, habría que analizar separadamente, y con algo más de detenimiento, la incidencia que este art. 25,1 de la LGP tiene sobre cada uno de estos sujetos.

A. Legitimación activa de los consumidores (ex art. 25 LGP)

Por lo que se refiere a los consumidores, hay que señalar, que la mayoría de la doctrina²³⁹ opina que éstos no se encuentran legitimados activamente si no son titulares de derechos subjetivos, intereses legítimos o no resultan afectados por la publicidad ilícita cuya cesación o rectificación se pretende. Ello nos lleva a pensar que el consumidor, por el hecho de serlo, no resulta legitimado activamente por el art. 25,1 de la LGP.

Entre las razones que se dan para justificar esta falta de legitimación activa del consumidor caben resaltar tres:

a) Por la debilidad del consumidor frente a los empresarios o comerciantes, debilidad que se pretende superar por medio de la defensa que, de los intereses de aquéllos, realizan las asociaciones de consumidores y usuarios.

²³⁷ Aunque no opina así SANTAELLA LOPEZ para quien sobre el destinatario de la publicidad no se produce siempre una “afección efectiva” exigida por el art. 25 de la LGP para estar legitimado activamente (Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. “El nuevo Derecho...”, *ob. cit.*, pág. 187).

²³⁸ Vid. Capítulo I, apartado A, punto 2.1. “Concepto de destinatarios de la publicidad” del presente trabajo.

²³⁹ Vid. BACHARACH de VALERA. “Legitimación activa de las asociaciones de consumidores...”, *ob. cit.*, págs. 163 y ss.; CUESTA RUTE, J. M. “La Directiva de la CEE...”, *ob. cit.*, pág. 94; GARCIA-CRUCES GONZALEZ. “La armonización del régimen jurídico...”, *ob. cit.*, pag. 474.

b) Porque, normalmente, el consumidor estará interesado en pedir la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera haber sufrido y no en solicitar del anunciantre la cesación o rectificación de la publicidad ilícita.

c) Y en tercer lugar, porque nuestra Ley no dice nada al respecto, por lo que podemos deducir que, siguiendo la tónica dominante en los Ordenamientos europeos —como a continuación veremos—, el consumidor que no resulte «efectivamente afectado» en la forma descrita por el art. 25,1 de la LGP, no estará legitimado activamente para el ejercicio de las acciones de cesación o rectificación de la publicidad ilícita.

En relación con este tema, hay que decir que, en Alemania, por ejemplo, el consumidor individual en cuanto tal, es decir, el consumidor no afectado efectivamente por la publicidad ilícita, no está legitimado activamente para actuar contra un anuncio engañoso. Sin embargo, la cuestión no está tan clara respecto al Ordenamiento belga por cuanto que, la Ley belga de Prácticas Comerciales del 14 de julio de 1971, establece, en su art. 57, que podrán ejercer la acción de cesación en general, simplemente, aquéllos que tengan un interés en la cuestión. Es más, la Exposición de Motivos de dicha Ley belga, establece que «la acción de cesación puede iniciarse a petición de toda persona física o moral que justifique un interés en la cesación de la falta incriminada». La amplitud con la que puede interpretarse el término «interés» permite considerar legitimado activamente al consumidor, en cuanto tal, ya que sólo se exige que tenga un «interés» en la cesación de la «falta incriminada», interés que puede ser de cualquier tipo, directo o indirecto, como por ejemplo, un simple interés en que se cumpla la Ley aunque de la cesación o rectificación de la publicidad ilícita no resulte ningún beneficio, patrimonial, personal o familiar, directo para él. No se puede, sin embargo, pensar que con ello, se quiera legitimar al consumidor, en cuanto tal, para poder ejercer la acción de cesación de la publicidad ilícita, ya que si así fuera, debería de haberse dispuesto de forma expresa en el Ordenamiento belga, dada la importancia del tema.

B. Legitimación activa de los empresarios competidores (ex art. 25 LGP)

Por lo que se refiere a los empresarios o comerciantes com-

petidores del anunciante sobre los que no se produzca una «afección efectiva» de la publicidad ilícita, en principio, como ya se ha indicado, no pueden considerarse legitimados activamente para el ejercicio de las acciones de cesación y rectificación. A pesar de ello, la Jurisprudencia del TS mantiene que puede considerarse como interés legitimador el llamado «interés competitivo», o el denominado «interés profesional», lo cual permite llegar a la conclusión de que cuando se trata de intereses económicos no cabe negar al recurrente la legitimación activa por él alegada (Sentencia del TS de 23 de febrero de 1965). Sin embargo, el Juez deberá apreciar si existe o no esta legitimación en cada caso en particular, para que, de esta forma, se puedan evitar los posibles abusos procedentes de que se le conceda legitimación activa a sujetos que no tengan un verdadero interés en el litigio.

Por lo tanto, respecto de los competidores sobre los que no se produzca lo que hemos denominado la «afección efectiva» exigida por el art. 25,1 de la LGP para considerarlos legitimados activamente, el denominado interés legítimo, previsto en dicho artículo, habrá de interpretarse, según la Jurisprudencia del TS, de forma flexible, y considerar como variante de dicho interés legítimo al «interés profesional» y al «interés competitivo», debiendo, no obstante, el Juez ser muy cauto a la hora de apreciar la existencia de dichos intereses legitimadores para, de esta forma, no incurrir en arbitrariedad interpretativa.

En conclusión, según podemos deducir de lo hasta aquí expuesto, para que los consumidores y empresarios competidores se puedan considerar como legitimados activamente para ejercer las acciones de cesación y rectificación de la publicidad ilícita, será necesario que la publicidad ilícita produzca sobre los mismos una «afección efectiva»²⁴⁰, es decir, que resulten afectados por la publicidad en su esfera personal o patrimonial, o que, en general, tengan un derecho subjetivo o interés legítimo. Es por ello, por lo que, debemos detenernos en este punto y analizar, con un mayor detenimiento, a estos condicionantes exigidos por el art. 25,1 de la LGP para que una persona natural o jurídica pueda ejercer las acciones de cesación o rectificación de la publicidad ilícita.

²⁴⁰ Siendo denominados, en tales casos, como sujetos publicitarios, es decir, como titulares de derechos y obligaciones derivados de las normas publicitarias. Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. “El nuevo Derecho...”, *ob. cit.*, pág. 90.

C. Requisitos de la legitimación activa (ex art. 25 LGP)

Podemos comenzar por estudiar los dos conceptos que quizás sean más claros, como son, el de «derechos subjetivos» y el de «resulten afectados».

Respecto al primero de estos conceptos, se puede considerar que una persona tiene un derecho subjetivo cuando es titular de un derecho reconocido por alguna norma jurídica, la cual faculta al titular de ese derecho para ejercerlo y para exigir a los demás miembros de la comunidad el respeto del mismo. De forma que, una persona cuando sea titular de derechos relativos a la propiedad industrial o intelectual, y éstos se vean afectados por la publicidad dicha persona estará legitimada activamente, según el art. 25,1 de la LGP.

Por lo que se refiere al segundo de los conceptos a analizar, hay que decir que, cuando el art. 25,1 exige que el sujeto legitimado activamente «resulte afectado», esa afección hay que entenderla tanto respecto de su esfera patrimonial, como de su esfera familiar o personal, comprendiendo, por ello, tanto un perjuicio económico como un perjuicio moral.

Ahora bien, habrá de actuarse muy cautelosamente y considerar que no todo perjuicio o afección personal o familiar puede servir para otorgar legitimación activa a un sujeto determinado, sino que, habrá que delimitar cuál debe ser el alcance de este perjuicio. Alcance que, en nuestra opinión, debe venir determinado por el criterio de un tipo ideal medio de destinatario, es decir, por lo que según la opinión generalizada, dentro de una sociedad, debe considerarse como perjuicio personal o familiar suficiente para legitimar activamente al sujeto afectado en su esfera personal o familiar, todo lo cual, deberá venir determinado por la conciencia judicial encargada de juzgar el supuesto en cuestión²⁴¹.

Y ya por último, entremos en el análisis del que podríamos considerar como el condicionante exigido por el art. 25,1 de la Ley de más difícil interpretación, el denominado «interés legítimo».

²⁴¹ Pensemos, por ejemplo, en un anuncio que pueda herir la sensibilidad de un determinado destinatario, no por ese simple hecho debe legitimársele activamente para solicitar la cesación o rectificación de dicho anuncio, sino que, sería necesario, para que ésto fuera así, que ese mismo anuncio llegar a herir, o fuera susceptible de herir, a la mayoría de sus potenciales o directos espectadores.

Según la Jurisprudencia del TS (Sent. de 28 de abril y 6 de julio de 1959; 16 de octubre de 1964 y 27 de marzo de 1968) se entiende que existe tal interés cuando se formula una pretensión que de prosperar originaría un beneficio material o jurídico al accionante, o cuando la persistencia del acto combatido le habría de originar un perjuicio (Sent. de 4 de mayo de 1972) sin que, por otra parte, se exija que quede asegurado, forzosamente, la obtención de dicho beneficio (Sent. de 22 de noviembre de 1965), puesto que este concepto de interés legitimador ha de interpretarse con un criterio laxo (Sent. de 12 de noviembre de 1965), con el fin de que en situaciones dudosas se evite cerrar el acceso, del posible titular de ese interés legitimador, a la revisión jurisdiccional del acto combatido.

D. Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y de los órganos administrativos competentes

Son los sujetos que hemos considerado legitimados activamente de forma genérica por su propia naturaleza.

a) Legitimación activa de los órganos administrativos competentes.

Respecto de los órganos administrativos competentes, no especifica la Ley cuáles sean éstos, por lo que nos encontramos aquí con una importante laguna legal que repercutirá, sin duda, de forma negativa, respecto de la protección de los consumidores, por cuanto que, al no quedar determinado ese órgano administrativo habrá un sujeto legitimado activamente —y de forma genérica— menos, para reprimir la publicidad ilícita.

Entre las funciones de la recién creada Comisión Nacional de Publicidad, constituida el 26 de septiembre de 1989, está la de accionar ante los órganos de la jurisdicción ordinaria para solicitar la cesación o rectificación de la publicidad ilícita, bien de oficio, o bien a instancia de parte²⁴².

²⁴² Vid. Comentario a la creación de la Comisión Nacional de Publicidad en: Revista CONSUMO del INC. núm. 65 de octubre de 1989, donde se dice que esta Comisión “está compuesta por profesionales de las agencias publicitarias y anunciantes, organizaciones de consumidores y Administración Central, en concreto la Dirección General de Medios de Comunicación y el INC.

La capacidad sancionadora se limita a la fuerza moral que alcancen las resoluciones acordadas entre las partes, sin renunciar, si fuera necesario a otros cauces por los que canalizar las posibles demandas, como son la vía administrativa o el recurso a los Tribunales”.

Los intereses y los sujetos que podrán ser protegidos —a través del ejercicio de la acción de cesación o rectificación— por estos órganos administrativos, serán, en nuestra opinión, los mismos que los protegidos por las asociaciones de consumidores y usuarios, ampliando este campo protector, además, a la defensa de los intereses de la propia Administración estatal o autonómica, cuando haya sido ésta la perjudicada por la publicidad ilícita. Por todo lo cual, no trataremos aquí este punto de la competencia material —respecto a la legitimación activa— de estos órganos administrativos, puesto que dicha competencia será estudiada a la hora de analizar la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercer la acción de cesación o rectificación de la publicidad ilícita.

b) Legitimación activa de las Asociaciones de consumidores.

Dada la imposibilidad de que el consumidor en cuanto tal —según el sentido ya visto²⁴³— pueda ejercer las acciones de cesación y rectificación para la represión de la publicidad ilícita, se hacía necesario otorgar dicha legitimación activa a organizaciones que asumieran la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios considerados como colectividad, y no sólo individualmente como sujetos afectados o perjudicados en sus derechos frente a la publicidad ilícita, así como, frente a otras actividades lesivas para los consumidores, de ahí que dicha legitimación se otorgara a las asociaciones de consumidores y usuarios.

De modo que no es de extrañar que la mayor parte de las legislaciones europeas contemplen la posibilidad de que las asociaciones de consumidores ejerzan la acción de cesación de la publicidad ilícita. Así cabe destacar, entre otras, la Ley de Competencia Desleal alemana de 7 de junio de 1909, que reconoce tal legitimación en su parágrafo 13,1 a)²⁴⁴; la Ley de prácticas comerciales belga de 1971, que la reconoce en su art. 57; la «Loi Royer» francesa de 1973, que la reconoce en su art. 45 y 46; y la Ley portuguesa de 22 de agosto de 1981 sobre defensa del consumidor que la reconoce en su art. 12.

²⁴³ Vid. Capítulo III, apartado A “Legitimación activa de los consumidores ex art.25 LGP”, del presente trabajo.

²⁴⁴ Tras la modificación sufrida por dicha Ley el 21 de julio de 1965.

En nuestro país esta posibilidad viene reconocida por los art. 8,20, 21 y 22 de la LGDCU de 1984²⁴⁵, y, como ya sabemos, por el art. 25 de la LGP, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el art. 4,1 de la Directiva Comunitaria de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa, según el cual, debe reconocerse legitimación activa a «las organizaciones que tengan, de acuerdo con la legislación nacional, un interés legítimo en la prohibición de la publicidad engañosa».

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el reconocimiento de tal legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios, es una exigencia inmediata si se pretende proteger a los intereses de los consumidores frente a la publicidad ilícita, y ello porque junto a las dificultades existentes, dadas las exigencias del art. 25 de la LGP, para reconocer legitimación activa para el ejercicio de las acciones de cesación y de rectificación a los consumidores, considerados individualmente, hay que añadir el poco interés que éstos tienen, por regla general, en la cesación o rectificación de la publicidad ilícita, ya que, al consumidor perjudicado por dicha publicidad lo que le interesa es obtener la indemnización de los daños y perjuicios que haya podido sufrir, de forma que, esa publicidad ilícita seguirá siendo susceptible de perjudicar a los consumidores, o a otros empresarios o comerciantes, víctimas de la misma. De ahí que sea necesaria la existencia de un órgano, la asociación de consumidores, que se preocupe no sólo de los intereses individuales del consumidor, sino también, de los intereses difusos de los consumidores, considerados como colectividad, para que, de esta forma, se logre un sistema eficaz de represión de la publicidad ilícita.

Como dice LACRUZ BERDEJO²⁴⁶ «las asociaciones de consumidores y usuarios asumen la defensa de dos tipos de intereses:

a) En primer lugar, de unos intereses individuales que se identifican y aúnán a través del hecho de que sufren el mismo daño masas enteras de adquirentes de bienes o servicios. Daños que serían tutelables individualmente y que se tutelan colectivamente porque resulta más económico y más práctico.

²⁴⁵ Y la Comunidad Autónoma Andaluza por el art.25 de LCUA de 8 de julio de 1985. Según el cual, “las organizaciones o asociaciones de consumidores y usuarios de Andalucía, constituidas de conformidad con la legislación vigente, son cauces de participación en los asuntos públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía que les afecten, así como de representación, consulta y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”.

²⁴⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. “El acceso de los consumidores a la justicia en la Ley General para su defensa”. ESC. núm. Extraordinario. Noviembre, 1987, pág. 112.

b) En segundo lugar, hay otros daños que más bien son colectivos y afectan a un grupo no definido: son, por ejemplo, los que resultan de un mensaje publicitario engañoso, cuya pretensión a que se suprima, ciertamente, también, podría ejercitar un consumidor, pero alegando un daño cuyas consecuencias no le alcanzan a él, sino, en general, a la masa de consumidores».

Ya sabemos cuáles son los intereses que puede defender una asociación de consumidores y usuarios, ahora podemos preguntarnos, por un lado, quiénes deben ser los sujetos titulares de esos intereses para que la asociación de consumidores y usuarios se encuentre legitimada activamente para su defensa, aunque esta cuestión está casi resuelta según lo ya expuesto, y de otro lado, de qué forma los va a defender.

A este respecto hay que decir que, según el art. 20 de la LGDCU de 1984, «las asociaciones tendrán como finalidad... representar a sus asociados y ejercer las correspondiente acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios».

Respecto a la primera cuestión, según este art. 20 la asociación de consumidores defenderá los intereses tanto de sus asociados como de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores. Este art. 20 es un tanto impreciso cuando dice que las asociaciones ejercerán «las correspondientes acciones en defensa de la asociación...» por cuanto que, lo normal, es que no sea ella quien resulte engañada por la publicidad de un determinado producto o servicio cuando compre aquél o utilice éste, por lo que como dice LACRUZ BERDEJO²⁴⁷ sería más correcto decir «en defensa de las finalidades propugnadas por la asociación», que no son otras que la defensa de los consumidores y usuarios.

En cuanto a la forma en la que las asociaciones de consumidores van a defender los intereses de sus asociados, y en general, los de los consumidores y usuarios, observamos en el art. 20 de la LGDCU una diferencia de matiz, por cuanto habla de «representar» a los asociados y, por otra parte, de «ejercer la defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios». Habla de representar en un caso y de defender en el otro. La causa de esta diferencia de matiz puede estar, en nuestra opinión, en que las asociaciones representan, en un caso, a personas concretas, sus

²⁴⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. "El acceso...", *ob. cit.*, págs. 113 y 114.

asociados, y defienden, por lo tanto, los intereses de esas personas concretas o individualizadas, pero al referirse a la defensa de los consumidores en general utiliza el término «defensa» y no «representación» por cuanto que ya no va a litigar defendiendo los intereses de personas concretas, sino a los intereses difusos de una colectividad.

Por otra parte, hay que decir que, aunque el art. 20 de la LGDCU diga que la asociación tendrá como finalidad «representar a sus asociados», la asociación cuando litiga no lo hace como un representante de tales o cuales asociados, sino que, la asociación litiga en nombre propio. De esta forma, como dice LACRUZ BERDEJO²⁴⁸ «la asociación reclama para otros aunque litiga ella, y a partir de hechos dañosos recayentes en otros, trata de obtener la indemnización que repartirá luego entre las víctimas de la disminución patrimonial», de forma que, aunque actúa en nombre propio, no reclama para ella la indemnización que pueda proceder por los daños sufridos a sus representados, ya que si ello fuera así y se quedara con la indemnización obtenida se produciría un enriquecimiento injusto, al haber obtenido un incremento patrimonial sin haber sufrido perjuicio alguno, en cuanto tal asociación.

La asociación también litiga en nombre propio, cuando defiende los intereses generales de los consumidores, y con más razón, si cabe, en cuanto que lo hace en defensa de unos intereses difusos que no pertenecen a personas concretas que se puedan identificar con nombres y apellidos. Pretende en estos supuestos, demostrar, por ejemplo, el mal funcionamiento de un servicio, o el perjuicio que causa, o que puede causar, una publicidad que considera engañosa, de forma que, como regla general, no pretende obtener una indemnización sino conseguir el correcto funcionamiento de ese servicio, o la cesación de la publicidad engañosa. Ahora bien, cuando obtiene una indemnización ésta no podrá ser mayor al valor de los daños sufridos por las personas concretas perjudicadas, entre las que se deberá de repartir dicha indemnización, para que no se produzca un enriquecimiento injusto de la asociación.

Por lo que se refiere a la competencia territorial de dichas asociaciones, cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿Es posible que una asociación de consumidores y usuarios de una determinada Comunidad Autónoma esté legitimada activamente, por ejemplo,

²⁴⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. “El acceso...”, *ob. cit.*, pág. 113.

para pedir la cesación de una publicidad emitida por la televisión autonómica de otra Comunidad Autónoma distinta a la que pertenece dicha asociación?

En términos generales, las asociaciones de consumidores y usuarios tienen por finalidad, según el art. 20,1 de la LGDCU, «representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios». Así pues, puede desprenderse de este art. 20, y de otros artículos²⁴⁹ de nuestro Ordenamiento jurídico, que las asociaciones de consumidores y usuarios están, en principio, legitimadas para defender los intereses generales de los consumidores sin limitación territorial alguna. Ahora bien, esta legitimación puede venir limitada territorialmente por los propios estatutos de la asociación de consumidores y usuarios, los cuales podrán indicar dónde actuará y dónde tendrá su sede social dicha asociación. De forma que, una asociación constituida en una Comunidad Autónoma concreta no podrá actuar nada más que contra los abusos cometidos en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, siendo imposible que actúe contra los abusos cometidos en perjuicio de los consumidores de cualquier otra²⁵⁰. Por lo tanto, sólo las asociaciones de carácter nacional, según sus estatutos, podrán actuar contra los abusos cometidos en perjuicio de cualquier consumidor en cualquier lugar del territorio nacional²⁵¹.

Esta limitación territorial, en nuestra opinión, no debiera de existir para que, de esta forma, se garantizase, en la mayor medida posible, la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, los cuales podrían dirigirse a cualquier asociación de consumidores solicitándole la defensa de sus intereses, tanto individuales como colectivos.

Este tema adquiere una mayor importancia, si cabe, en el caso de la publicidad, puesto que es posible preguntarse qué ocurriría con una publicidad, por ejemplo engañosa, que sea emitida con

²⁴⁹ Como son el art. 7,3 de la LOPJ, y el ya citado 25,1 de la LGP.

Dispone el art. 7,3 de la LOPJ que “Los Juzgados y Tribunales protegerán los intereses y Derechos legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”.

²⁵⁰ Esta afirmación podría encontrar su apoyatura legal en el art. 37 del CC español, según el cual, “la capacidad civil... de las asociaciones se regulará por sus estatutos...”.

²⁵¹ Vid. BÄCHARACH de VALERA. “Legitimación activa...”, ob. cit., pág. 169.

un ámbito nacional. En este caso, según lo anteriormente visto, los consumidores tendrían que dirigirse a una asociación de carácter nacional para que ésta ejerciera las correspondientes acciones de cesación o rectificación contra la publicidad, ya que las asociaciones de su Provincia o de su Comunidad Autónoma no podrían actuar por tener esta publicidad una incidencia estatal, con lo cual, las molestias e inconvenientes aumentarían al disminuir el número de órganos, a través de los que se pudiera canalizar la protesta contra la publicidad ilícita.

En aras de una mayor protección de los consumidores y usuarios frente a la publicidad ilícita y, en general, frente a cualquier otro abuso que se cometiera sobre los usuarios respecto de los bienes y servicios que consumen o utilizan, se deberá conseguir una homogeneización en materia de legitimación activa de las asociaciones de consumidores para exigir ante los órganos competentes —administrativos o judiciales— la represión de esos abusos. Esta homogeneización deberá conseguirse, no sólo en un ámbito estatal, sino ya a nivel comunitario, aunque si lo primero es difícil de conseguir, lo segundo parece, aún si cabe, todavía más difícil de alcanzar, al menos en cuanto a la publicidad ilícita se refiere, por cuanto que la Directiva Comunitaria 84/450 de 10 de septiembre sobre publicidad engañosa, permite que cada Estado pueda adoptar un criterio diferente respecto de la personas y de las organizaciones a las que se les otorgue legitimación activa²⁵². De forma que cabe, incluso, que no se legitime activamente a las asociaciones de consumidores y usuarios, aunque ésto parece que va en contra de la evolución de los hechos, por cuanto que ya el segundo Programa para la protección de los consumidores piensa en un robustecimiento de estas asociaciones concediéndoles una notable función²⁵³.

Por último, hay que señalar que el Tribunal Constitucional en

²⁵² Así el art.4.1 de la Directiva comunitaria permite que sean los propios Estados miembros quienes determinen “las personas u organizaciones que tengan, según la legislación nacional, un interés legítimo en la prohibición de la publicidad engañosa y puedan:

a) interponer una acción judicial contra esa publicidad y/o
b) llevar esa publicidad ante un organismo administrativo competente, bien para resolver sobre las quejas, bien para iniciar los procedimientos judiciales apropiados”.

²⁵³ Resolución del Consejo de la Comunidad Europea de 19 de mayo de 1981 sobre un segundo Programa de la CEE para una política de protección e información a los consumidores. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 133/1, de junio de 1981. Este Programa se desarrolló entre los años 1981 y 1986 y le siguió un tercer Programa denominado “Nuevo impulso a la política de protección de los consumidores” que finalizó en 1989.

su Sentencia 15/1989 de 26 de enero²⁵⁴ ha declarado inconstitucional, y, por tanto, nulo, entre otros, el art. 8,3 de la LGDCU de 1984 en su inciso segundo, en la expresión «constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley»²⁵⁵, por cuanto que, como señala el propio TC en el fundamento jurídico núm. 4,b), este inciso segundo del art. 8,3 «limita la legitimación de las asociaciones para la representación y defensa de los llamados intereses difusos en los casos contemplados en la norma, a su constitución de acuerdo con los dictados de la propia Ley, el contenido del derecho de asociación de aquéllas que, encontrándose legalmente constituidas de acuerdo con la legislación que les es aplicable, no lo hayan sido en cambio de acuerdo con la Ley General. Ello impone la conclusión de considerar inconstitucional el inciso «constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley», para otorgar, sin restricciones la aludida legitimación a todas las asociaciones de consumidores y usuarios que se encuentran legalmente constituidas».

Por otro lado, este art. 8,3 de la LGDCU de 1984 debe ser modificado, por cuanto que otorga legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacer cesar la oferta, promoción y publicidad engañosa de productos, actividades o servicios, y no contempla la posibilidad de que estos procedimientos se desarrolle, no ante un órgano administrativo, sino ante un órgano judicial, tal y como está previsto en el art. 28 de la LGP de 1988 y en el art. 4 de la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa de 1984, por lo que debería otorgar, también, la legitimación activa a las asociaciones de consumidores para ejercer las correspondientes acciones ante estos órganos judiciales, y no sólo ante los órganos administrativos competentes.

²⁵⁴ Sentencia 15/1989, de 26 de enero. Recursos de Inconstitucionalidad 728, 731 y 735 /1984 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por el Gobierno Vasco y por la Junta de Galicia, contra determinados preceptos de la Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. BOE, núm. 43 de 20 de febrero de 1989.

²⁵⁵ Dispone el art.8,3 de la LGDCU de 1984 en su inciso segundo que “las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar”. Refiriéndose a “la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios...”.

III. LEGITIMACIÓN PASIVA: EL RESPONSABLE DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA PUBLICIDAD ILÍCITA

En el desarrollo de la actividad publicitaria, normalmente, intervienen tres sujetos, que son, el anunciante, la agencia de publicidad y el medio a través del cual llega a sus destinatarios la publicidad. Ante la intervención de esta pluralidad de sujetos surge la cuestión objeto de este apartado: ¿Quién debe considerarse responsable de la publicidad ilícita?

Esta cuestión, en nuestra opinión, cabe resolverla de diversa forma, ya que, son posibles dos respuestas distintas, según que se trate del enjuiciamiento de la publicidad, en cuanto que ésta se pueda encuadrar en alguno de los supuestos patológicos de publicidad ilícita recogidos en el art. 3 de la LGP, o bien, que se trate del enjuiciamiento del acto de publicidad ilícita como generador de una responsabilidad por la causación de un daño o perjuicio determinado a sus destinatarios.

Así, si lo que se trata de hacer, es pedir la cesación o la rectificación de la publicidad por considerarla encuadrada dentro de alguno de los supuestos patológicos del art. 3 de la LGP, el legitimado pasivamente, en este proceso —denominado «proceso publicitario» por algunos autores²⁵⁶— es, con exclusividad, en nuestra opinión, y en opinión de la mayor parte de la doctrina²⁵⁷,

²⁵⁶ Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. “El nuevo Derecho..”, *ob. cit.*, págs. 179 y ss.

²⁵⁷ Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. “El nuevo Derecho..”, *ob. cit.*, págs. 104, 105, 188, 189; MONTON REDONDO, A. “El proceso de la LGP”. Rev. La Ley, núm. 2175 de 28 de febrero de 1989, pág. 2; CUESTA RÚTE, J. M. de. “Régimen jurídico...”, *ob. cit.*, pág. 255.; ACOSTA ESTEVEZ, José B. “Planteamientos básicos sobre el proceso y procedimiento de la LGP”. Rev. *Gral. del Derecho*. Año XLVI, núm. 547, abril 1990, pág. 2186.

No obstante, señala MONTON REDONDO, que a pesar de que la legitimación pasiva aparece referida al anunciante con exclusividad “ello no debería de ser impeditorio de que pudiera dirigirse el proceso contra la agencia publicitaria, en su caso, o el medio de difusión a través del que la publicidad se llevó a efecto, dado que cabe la posibilidad de que la ilicitud en la actividad publicitaria, cuya cesación o rectificación se solicita, sea consecuencia directa de éstos y no del anunciante, al distorsionar o alterar la publicidad contratada o difundida”. (Vid. MONTON REDONDO, A. “El proceso de la LGP”, *ob. cit.*, pág. 2); E igualmente, señala CUESTA RUTE, que “nada dice expresamente la LGP sobre la legitimación pasiva en punto a estas acciones de cesación o rectificación. Porque si bien el art. 25,1 de la LGP señala al anunciante como destinatario del requerimiento, esa no es norma completa de legitimación procesal. A mi modo de ver, esta legitimación debe entenderse del modo más amplio posible para acoger a cuantos sujetos han intervenido o participado en la efectiva realización del acto publicitario ilícito y que son el anunciante, la agencia de publicidad, en su caso, y el medio”. (Vid. CUESTA RUTE, J. M. de la. “Observaciones sobre la LGP”, *ob. cit.*, pág. 83).

el anunciante, por cuanto que, así parece deducirse de lo dispuesto en los art. 26 y 27 de la LGP en los que sólo se hace referencia al anunciante como destinatario de la solicitud, realizada por el sujeto legitimado activamente para ello por el art. 25 de dicha Ley, para lograr la cesación o rectificación de la publicidad ilícita. Todo ésto es perfectamente lógico, ya que, es el anunciante la persona que ordena la realización de la publicidad y la que, después, se va a beneficiar de los efectos que ésta produzca sobre sus destinatarios.

De todo lo dicho, se puede deducir que del mensaje publicitario, tanto de su contenido, como de su forma creativa, responde siempre el anunciante —al menos como único legitimado pasivamente dentro del proceso publicitario regulado por los art. 25 y ss. de la LGP— frente al sujeto accionante legitimado activamente por el art. 25,1 de la Ley. Es por ello, por lo que el art. 12 de la LGP²⁵⁸ consagra el derecho del anunciante a controlar la campaña publicitaria, y el art. 17 de la misma Ley²⁵⁹ obliga a la agencia a realizar su trabajo ajustándose a los términos del contrato y a las órdenes o instrucciones dadas por el anunciante.

Así pues, se puede concluir que el único legitimado pasivamente en el denominado «proceso publicitario», regulado por la LGP en sus art. 25 y ss., es el anunciante si de lo que se trata es de solicitar la cesación o rectificación del mensaje publicitario, sin que ello sea óbice para que, en su caso, el anunciante pueda reclamar a la agencia o al medio los posibles daños y perjuicios que por culpa de la actividad desarrollada por éstos se le haya podido causar, dado que cabe la posibilidad de que la ilicitud de la publicidad, cuya cesación o rectificación se solicita, sea consecuencia directa de la actividad desarrollada por éstos, al no ajustarse a las instrucciones dadas por el anunciante. De forma que, en el plano de la responsabilidad por los perjuicios causados, como a continuación veremos, cada sujeto interviniendo en la actividad publicitaria será responsable de sus actos, sin que sean válidas las cláusulas «de imputación, exoneración o limitación de responsabilidad» (ex art. 13 de la LGP).

²⁵⁸ Dispone el art. 12,1 de la LGP que “el anunciante tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña publicitaria”.

²⁵⁹ Dispone el art. 17 de la LGP que “si la publicidad no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, éste podrá exigir una rebaja de la contraprestación o la repetición total o parcial de la publicidad en los términos pactados, y la indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que se le hubieren irrogado”.

En el supuesto de que la acción ejercitada por el actor no pretenda conseguir la cesación o rectificación de la publicidad ilícita, sino que lo que pretenda sea el resarcimiento de los daños y perjuicios que ésta le haya causado, en tal caso, será necesario individualizar al causante del daño por su participación culpable.

Esta acción de resarcimiento del daño sufrido podrá ser ejercitada acumulativamente con las de rectificación o cesación de la publicidad, o bien, independientemente de éstas, pues así viene permitido por los art. 32 y 33 de la LGP²⁶⁰.

El primer problema que se puede encontrar el consumidor, en estos casos, viene dado por tener que determinar quién es el sujeto responsable del daño producido sobre su persona como consecuencia de la publicidad ilícita. Y ésto es así porque en la actividad publicitaria intervienen, como ya sabemos, una pluralidad de sujetos (anunciante, agencia y medios), a los que hay que añadir aquéllos que, si bien no intervienen de forma directa en la creación y difusión de la publicidad, sí se sirven de ella para realizar su actividad artesanal, comercial o industrial, y que son los que podríamos denominar como los «miembros de la cadena suministradora», integrantes de los diferentes eslabones que van desde el fabricante de un determinado producto, hasta el consumidor o destinatario final del mismo, y a los que la LGDCU de 1984, en su Capítulo VIII, hace responsables frente al consumidor por los daños sufridos por éste como consecuencia del consumo de bienes o de la utilización de servicios.

De esta forma, cabría distinguir dos categorías de responsables por los daños causados al consumidor como consecuencia de la publicidad ilícita. De un lado, los que intervienen de forma directa en la producción y difusión de la publicidad (anunciante, agencia y medio), y de otro, los «miembros de la cadena suministradora» que se benefician de la publicidad para llevar a cabo su actividad.

Respecto de los primeros (anunciante, agencia y medio), el art. 13 de la LGP dispone, al igual que hacía el art. 25 del ya derogado EP de 1964, la nulidad radical de las cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente

²⁶⁰ Disponen los arts. 32 y 33 de la LGP que:

Art. 32: "Lo dispuesto en los artículos precedentes será compatible con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan..."

Art. 33: "El actor podrá acumular en su demanda otras pretensiones derivadas de la misma actividad publicitaria del anunciante, siempre que por su naturaleza o cuantía no sean incompatibles entre sí o con las acciones a que se refieren los artículos anteriores".

a terceros en que puedan incurrir las partes, de los contratos publicitarios, como consecuencia de la publicidad²⁶¹. Parte de la doctrina²⁶² entiende que lo que el art. 13 persigue no es prohibir que el verdadero responsable se exonere o limite su responsabilidad, ya que, consideran que ésto sería inútil teniendo en cuenta la limitada eficacia subjetiva de los contratos, sino que estiman que lo que persigue este art. 13 de la LGP es que *ninguno de los sujetos, sean o no culpables*, puedan ni imputarse a sí mismo la responsabilidad, ni imputarla totalmente a otro, exonerándose, ni parcialmente limitándola, de forma que, en opinión de estos autores, el art. 13 viene a imponer el principio de solidaridad frente a terceros²⁶³.

En nuestra opinión, de la interpretación literal del art. 13 de la LGP, no se puede deducir la responsabilidad solidaria de los sujetos de la actividad publicitaria, sino que lo que pretende este artículo es impedir que el verdadero culpable del daño producido por la actividad publicitaria pueda verse librado de su responsabilidad mediante alguna cláusula contractual, en virtud de la que, se autoinculpe quien no sea responsable del mismo, o se exonere de responsabilidad el verdadero culpable. Ahora bien, si interpretamos este art. 13 de la LGP a la luz de los artículos integrantes del Capítulo VIII de la LGDCU de 1984, podremos deducir la responsabilidad solidaria de los sujetos de la actividad publicitaria (anunciante, agencia y medio), por cuanto que, como dice LASARTE²⁶⁴, la «ratio legis» del conjunto normativo integrado en este Capítulo VIII radica en permitir al consumidor o usuario que se considere dañado (en nuestro caso engañado por la publicidad ilícita) dirigirse contra cualquiera de las personas que constituyen «la cadena suministradora». Esta «ratio legis» del Capítulo

²⁶¹ Dispone el art. 13 de la LGP que “en los contratos publicitarios no podrán incluirse cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad”.

²⁶² Vid. CUESTA RUTE, J.M. de. “Régimen jurídico...”, *ob. cit.*, pág. 256; SANTAELLA LOPEZ, M. “El nuevo Derecho...”. *ob.cit.*, págs. 159 y 160.

²⁶³ También hay autores que consideran, refiriéndose al art. 25 del EP, que en el mismo “no hay ni rastro de una imposición de solidaridad”. Vid. CABANILLAS GALAS, P. “Principios jurídicos de la publicidad...”, *ob. cit.*, pág. 33. Aunque guarda silencio respecto a la interpretación que habría que darle a este art. 25; MARTIN OVIEDO. “Curso de Derecho publicitario español”, pág. 59. Considera que lo que establece el art. 25 del EP son “pactos prohibidos” y no la responsabilidad solidaria de los sujetos de la actividad publicitaria.

²⁶⁴ Vid. LASARTE ALVAREZ, Carlos. “La protección de los consumidores y usuarios ante la promoción publicitaria de bienes y servicios”. Conferencia pronunciada el día 8 de marzo de 1989, dentro del Congreso Nacional de Derecho del Consumo organizado por la Universidad de Oviedo, y celebrado entre los días 8 al 10 de marzo de 1989.

VIII de la LGDCU, (titulado «Garantías y Responsabilidades»), puede deducirse del contenido de todos sus artículos (art. 25 a 31 de dicha Ley), pero, sobre todo, del contenido del art. 27,2 de la misma, al disponer que «si en la producción de los daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados». Por lo tanto, dado que el principio que se impone en materia de responsabilidad por los daños causados a los consumidores y usuarios, es el de responsabilidad solidaria²⁶⁵ de todos los que concurrieran en la producción del daño, el anunciante, la agencia o el medio, intervenientes en la actividad publicitaria causante del daño o perjuicio al consumidor, responderán solidariamente frente a éste por el daño que haya sufrido como consecuencia de dicha publicidad, sin que, esos sujetos publicitarios puedan pactar cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad (ex art. 13 de la LGP).

A pesar de esta responsabilidad solidaria, del anunciante, agencia, y medio, frente al consumidor lo cierto y normal, es que sea el anunciante el culpable del daño producido al consumidor aunque éste pueda dirigirse contra cualquiera de los sujetos implicados en la actividad publicitaria. Esta responsabilidad del anunciante deriva fundamentalmente de que es el responsable del mensaje publicitario, ya que, como ya vimos anteriormente, éste puede controlar la campaña publicitaria (art. 12 de la LGP), y puede exigir a la agencia o al medio el cumplimiento de sus instrucciones (art. 17 y 20 de la LGP).

Pero la responsabilidad del anunciante por la publicidad ilícita frente al consumidor se ha querido fundamentar, incluso, en el peligro social que esta publicidad puede generar, haciendo respon-

²⁶⁵ Afirma ROJO FERNANDEZ que “la Ley (LGDCU) ha querido, sin duda, establecer la responsabilidad solidaria de los sujetos legalmente obligados al pago de la indemnización, pero, a la hora de establecer esa solidaridad, no ha sido afortunada incurriendo en un gravísimo defecto técnico... En el sistema legal la concurrencia de personas en el proceso de fabricación y distribución del producto causante del daño tendría que ser suficiente para la responsabilidad solidaria de los sujetos que hubieran participado en ese proceso con total y absoluta independencia de que hubieran o no participado en la producción del daño. De ahí que el dañado pueda elegir entre ejercitar la acción contra el fabricante, el importador, el vendedor y el suministrador, pero no pueda demandar conjunta y simultáneamente a estos responsables legales, salvo que pruebe la concurrencia de los demandados en la producción del daño” (Vid. ROJO FERNANDEZ, Angel. “La responsabilidad civil del fabricante en el Derecho español y en la Directiva 85/374/CEE”. Conferencia pronunciada en el curso sobre “El nuevo Derecho del consumidor”, celebrado en Córdoba en 1988); Vid. BERGOT CIVIT, Raimon. “La protección de los consumidores y usuarios y la empresa”. La empresa en la Constitución española. Ed. Aranzadi, 1989, págs. 298 y ss.; Vid. CUESTA RUTE, J. M. de la. “Régimen jurídico...”, ob. cit., págs. 256-257.

sable al anunciante por la peligrosa actividad que se llevó a cabo en su interés. Esta teoría está basada en la llamada culpa objetiva fundada en la introducción de un riesgo por el ejercicio de ciertas actividades, en cuya apreciación no deja, en su caso, de considerarse el aprovechamiento económico que supone la introducción del riesgo. Existe una amplia Jurisprudencia del TS que, aunque referida a la responsabilidad derivada de la conducción de vehículos de motor, sirve de base a esta opinión²⁶⁶. Como se comprenderá si seguimos esta teoría de la culpa objetiva, el anunciante será responsable en todo caso, puesto que siempre que la actividad publicitaria sea ilícita se introducirá un riesgo de cuyas consecuencias responde el anunciante por ser el que se beneficia directamente de dicha publicidad.

Sin embargo, como nos demuestra la inmensa mayoría de las resoluciones del desaparecido Jurado de Publicidad, la legitimación pasiva la ha tenido la empresa anunciante pero acompañada, en numerosas ocasiones por la agencia de publicidad²⁶⁷. Los medios aparecían legitimados pasivamente en bastantes menos ocasiones y, normalmente, en los supuestos de infracción del antiguo art. 9 del EP que consagraba el principio de autenticidad, que está hoy recogido en el art. 11 de la LGP²⁶⁸. Y por último, en ocasiones se sancionaba conjuntamente al anunciante, a la agencia y al medio, aunque estas situaciones no solían ser normales, y cuando se producían se debían, normalmente, a la infracción del principio de legalidad recogido en el art. 7 del ya derogado EP de 1964²⁶⁹.

Finalmente, refiriéndonos ya a la responsabilidad de los denominados «miembros de la cadena suministradora» (fabricante, importadores y vendedores o suministradores), frente al consumidor por los daños causados a éste por la publicidad ilícita, hay que decir que, al igual que ocurría con los sujetos de la actividad publicitaria (anunciante, agencia y medio), se consagra el principio de responsabilidad solidaria de todos los sujetos implicados en la producción del daño²⁷⁰, de forma que, el consumidor podrá dirigir-

²⁶⁶ Así cabe mencionar las Sentencias del TS de 15 de junio de 1967, la de 7 de enero de 1960 y la de 14 de mayo de 1963.

²⁶⁷ Víd. Resolución de 23 de abril de 1975 caso "Svenson" y Resolución de 13 de noviembre de 1975 caso "Gillette".

²⁶⁸ Víd. Resolución del Jurado de Publicidad de 4 de septiembre de 1974 caso "Diario Pueblo"; Resolución de 15 de octubre de 1975, caso "Arriba"; y Resolución de 29 de octubre de 1975, caso "El Corte Inglés".

²⁶⁹ Víd. Resolución del Jurado de Publicidad de 23 de febrero de 1977, caso "D. Ugo Fantozzi"; Resolución de 29 de abril de 1977, caso "Siguenos".

²⁷⁰ Víd. nota 265 del presente trabajo.

se contra cualquiera de las personas que integran la «cadena suministradora». Esto es así, ya que, como dijimos con anterioridad, el Capítulo VIII de la LGDCU de 1984 hace responsables solidarios frente al consumidor a estas personas componentes de la «cadena suministradora» por los daños que le hubiesen causado a aquél por el consumo de bienes o por la utilización de servicios²⁷¹ y así debe ser en aras de la protección del principio «pro-consumatore» inspirador de la LGDCU, y en general, de todo nuestro Ordenamiento Jurídico²⁷², debiendo, por ello, interpretarse los artículos integrantes de este Capítulo VIII de la LGDCU, de una manera amplia que nos permita llegar a esta conclusión, que sin duda, resulta ser la más ventajosa para todos los consumidores. No debiendo circunscribirse esta responsabilidad solidaria al acto «stricto sensu» de consumo, sino también, a todos aquellos actos que induzcan o condicionen al propio acto de consumo, como puede ser la publicidad.

IV. FASE PREVIA AL PROCESO ANTE LA JURISDICCION ORDINARIA: ANALISIS DE LOS ARTS. 26 Y 27 DE LA LGP

Siguiendo lo dispuesto en el art. 4,1 *in fine* de la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa de 1984²⁷³, la LGP esta-

²⁷¹ Así el art. 26 de la LGDCU identifica como responsables frente al consumidor a “quienes importan, suministran o facilitan productos o servicios”; el art. 27,a), de la misma Ley, hace responsables del “origen, identidad e idoneidad de los productos o servicios al fabricante, importador, vendedor o suministrador; y finalmente, el art. 27,2 de la LGDCU establece de manera expresa, la responsabilidad solidaria de los responsables de los daños y perjuicios sufridos por el consumidor o usuario de bienes y servicios.

De la interpretación conjunta de todos estos artículos, teniendo presente el principio pro-consumatore inspirador de nuestro Ordenamiento Jurídico, se deduce la responsabilidad solidaria de los integrantes de la cadena suministradora frente al consumidor por los daños que le hubiesen causado como consecuencia del consumo de bienes o de la utilización de servicios, debiendo, en nuestra opinión, de considerarse a la actividad publicitaria como parte integrante, o generadora, de ese proceso de consumo o de utilización de bienes o servicios.

²⁷² Debemos recordar que el principio de protección del consumidor consagrado en el art. 51 de nuestra Constitución es un principio informador de “la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos” (ex art. 53,3 de la Constitución), de manera que en caso de duda sobre la interpretación de una norma determinada que afecte a los consumidores habrá de interpretarse de la forma más coherente con el principio de defensa del consumidor (Vid. BERCOVITZ, A. “La protección de los consumidores...”, *ob. cit.*, pág. 68), es decir, de la forma que más beneficie a los consumidores, al considerarse por la doctrina (Vid. BERCOVITZ, A. “Ámbito de aplicación y Derechos...”, *ob. cit.*, pág. 11) y por nuestro TS (Sent. de 9 de junio de 1975) al interés de los consumidores como interés público.

²⁷³ El art. 4,1 *in fine* de la Directiva comunitaria 84/450 permite a cada Estado miembro que decida “si conviene que el Tribunal o el órgano administrativo sea habilitado para exigir

blece lo que podríamos considerar como una «fase previa» cuya principal misión es la de lograr la cesación y/o rectificación de la publicidad ilícita²⁷⁴ antes de acudir a los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria, en el intento de descongestionar, de esta forma, a los Tribunales ordinarios de justicia, y haciendo más rápido y ágil el procedimiento de cesación o rectificación de la publicidad ilícita, además de, mucho más ventajoso, económicamente hablando, para las partes, que se evitarán numerosos gastos (por ejemplo costas procesales) y permitiendo llegar a una solución satisfactoria, para ambas partes, puesto que, como ahora veremos, la cesación y/o rectificación se realizará conforme a lo acordado por las partes, de manera que, si no se llegara a un acuerdo entre éstas, se abrirá la vía jurisdiccional. Por todas estas ventajas hay que elogiar la inclusión en la LGP, por el legislador publicitario, de esta fase previa al proceso publicitario ante los Tribunales de justicia.

A esta fase previa se refieren los art. 25,2, 26 y 27 de la LGP, de cuyo análisis se pueden extraer una serie de conclusiones que trataremos de exponer en este punto.

En primer lugar, hay que decir que esta fase previa se configura en la LGP como obligatoria, es decir que las personas legitimadas activamente, según el art. 25,1 de la LGP, antes de presentar su demanda contra la publicidad ilícita ante el órgano competente de la jurisdicción ordinaria, solicitando de éste la cesación y/o rectificación de la publicidad ilícita, deberán de cumplir los requisitos recogidos en los arts. 26 y 27 de la Ley y que, a continuación, analizaremos.

La obligatoriedad de agotar esta «diligencia previa», configurada como requisito de admisibilidad de la demanda ante la jurisdicción ordinaria, se desprende de lo dispuesto en los art. 26

un recurso previo a otras vías establecidas para la resolución de quejas, incluidas aquellas mencionadas en el art. 5”, de forma que, parece permitir el establecimiento de la que hemos denominado “fase previa” al proceso publicitario ante la jurisdicción ordinaria.

²⁷⁴ Entiende LÓRCA NAVARRETE que la solicitud de cesación o rectificación “puede perseguir ambas finalidades a la vez, pudiéndose haber reconducido aquélla a través de un mismo y único trámite” (Vid. LÓRCA NAVARRETE, Antonio María. “Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita”. La Ley. núm. 2190, 1989, pág. 2); Igual opinión mantiene SANTAELLA LOPEZ quien considera que es posible solicitar conjuntamente la cesación y rectificación de la publicidad ilícita (Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. “El nuevo Derecho...”, *ob. cit.*, págs. 190 y ss.).

En cambio CUÉSTA RUTE opina que “es absurdo pensar que pueden solicitarse a la vez y en igualdad de grado y respecto al mismo mensaje la cesación y la rectificación. Porque si se cesa no se puede rectificar y si se rectifica ni puede hacerse cesando ni tiene ya por qué cesar” (Vid. CUÉSTA RUTE, J. M. de la. “Observaciones sobre la LGP”, *ob. cit.*, pág. 951).

y 27 de la LGP. Así el art. 26,3 dispone que «en los casos de silencio o negativa (del anunciante), o cuando no hubiese tenido lugar la cesación, el requirente, *previa justificación de haber efectuado la solicitud de cesación*, podrá ejercitar las acciones y derechos a que se refieren los arts. 28 y ss.». Por su parte el art. 27,4 dispone que «...el requirente podrá demandar al requerido ante el juez, *justificando el haber efectuado la solicitud de rectificación*, conforme a lo dispuesto en la presente Ley». Ahora bien, en nuestra opinión, el cumplimiento de esta «diligencia previa» sólo será exigible para solicitar del órgano judicial competente las pretensiones jurídicas a las que se refiere la LGP (cesación, rectificación, o prohibición de la publicidad ilícita), pero no para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, o las responsabilidades penales, civiles o administrativas, que se pudieran derivar de la publicidad ilícita, tal y como, autoriza expresamente el art. 32 de la LGP.

La solicitud de cesación o rectificación habrá de hacerla cualquiera de las personas legitimadas activamente para ello por el art. 25,1 de la LGP, y dirigirse al anunciante, como único legitimado pasivamente, tal y como ya vimos²⁷⁵. Dicha solicitud deberá hacerse siempre por escrito para que así se pueda «tener constancia fehaciente de su fecha, de su recepción y de su contenido», según el art. 25,2 de la Ley. Pero la Ley no dice nada de la forma en que deberá comunicársela al anunciante, de donde, si la Ley exige que «permite tener constancia de su fecha, de su recepción y de su contenido», las únicas formas de producirse la comunicación de la misma serán mediante requerimiento notarial, o bien, mediante el uso de un acto de conciliación, sustituyéndose, en tal caso, el escrito de solicitud por la correspondiente papeleta.

Para la presentación de la solicitud de cesación o de rectificación, la LGP establece unos plazos distintos, según que, se solicite la cesación o la rectificación de la publicidad ilícita. Si nos referimos a la solicitud de cesación, el art. 26,1 dispone que ésta podrá hacerse desde «el comienzo hasta el fin de la actividad publicitaria», lo que es totalmente lógico, puesto que si se impide la difusión de la publicidad antes de que llegue a conocimiento del público nos encontraremos no ante la cesación de la publicidad, sino ante un supuesto de prohibición de la misma. En caso de que la solicitud vaya referida a la rectificación de la publicidad ilícita, el requirente

²⁷⁵ Vid. Capítulo III, apartado III “Legitimación pasiva: el responsable de los daños causados por la publicidad ilícita”, del presente trabajo.

podrá hacerla llegar al anunciante desde el comienzo de la actividad publicitaria hasta siete días después de finalizada la misma, según el art. 27,1 de la Ley. Entendemos que estos plazos determinan la eficacia o no de la solicitud, de manera que, si la misma no se presenta, en la forma prevista por la Ley, dentro de esos plazos, consideramos que quedaría cerrado el paso al proceso publicitario ante el Juez ordinario, por cuanto que no se habría cumplido, conforme a Derecho, la que hemos denominado «fase previa», o, si se prefiere, «diligencia previa», al proceso ante la jurisdicción ordinaria. Por lo tanto, si a pesar de no haberse cumplido estos plazos, se presentara la demanda, el Juez no debería admitirla, o si lo hiciere, el demandado podría alegar en su defensa el incumplimiento de tales plazos y, de ser cierto este incumplimiento, dar lugar a que se dicte por el Juez una sentencia absolutoria en la instancia²⁷⁶.

Una vez que el anunciante hubiera recibido la solicitud de cesación o de rectificación de la publicidad ilícita, tendrá un plazo de tres días para comunicar al requirente cuáles son sus intenciones respecto de esa solicitud. El contenido de esta contestación será distinto, según que la solicitud haya ido referida a la cesación o a la rectificación de la publicidad ilícita. Así, si lo que se pretende por el requirente es la cesación de la publicidad ilícita, el anunciante deberá comunicarle, en el plazo de tres días, de forma fehaciente, «su voluntad de cesar en la actividad publicitaria»(art. 26,2 de la LGP), o su intención de no ordenar la cesación de la difusión de dicha publicidad (art. 26,3 de la LGP), pudiendo, además, guardar silencio y no contestar dentro de ese plazo.

El art. 26,2 de la LGP presenta un problema interpretativo, por cuanto que cabe, tras su lectura, preguntarse cuál es el plazo dentro del que habrá de procederse a la cesación de la publicidad ilícita, por el anunciante cuando éste haya aceptado la solicitud de cesación de la misma. El citado artículo dispone que «dentro de los tres días siguientes a la recepción de la solicitud, el anunciante comunicará al requirente en forma fehaciente su voluntad de cesar en la actividad publicitaria y procederá efectivamente a dicha

²⁷⁶ No obstante señala MONTON REDONDO que “ello no impediría que pudiera acudirse nuevamente a la vía jurisdiccional exigiéndose las responsabilidades que pudieran derivarse de la publicidad ilícita (ex art. 32 LGP), pero no en los términos relativos a la cesación y rectificación” (Vid. MONTON REDONDO, A. “El proceso...”, *ob. cit.*, pág. 2); Igualmente se manifiesta ACOSTA ESTEVEZ (Vid. ACOSTA ESTEVEZ, J. B. “Planteamientos básicos sobre el proceso...”, *ob. cit.*, pág. 2182).

cesación». Una interpretación literal de este artículo, parece que, nos lleva a concluir que el plazo de tres días establecido en el mismo viene referido no sólo a la comunicación que el anunciante debe hacer al requirente manifestándole su intención respecto a la solicitud realizada por éste, sino que, también, parece que, en caso de que se admita la cesación de la publicidad por el anunciante, ésta deberá de llevarse a cabo dentro de ese plazo de tres días, lo cual, nos parece excesivo por lo limitado del mismo.

Parte de la doctrina²⁷⁷, en cambio, opina que la LGP no establece un plazo para que el anunciante ordene la cesación de la publicidad ilícita, puesto que, no lo hace de forma expresa, tal como ocurre en el caso de la rectificación en el que, como ahora veremos, la Ley establece un plazo de siete días para que se lleve a cabo la misma (art. 27,3 de la LGP). Si se mantiene esta segunda opinión, peligrarían los intereses del requirente por cuanto que quedaría al arbitrio del anunciante el determinar cuál es el momento en el que se debiera proceder a la cesación de la publicidad ilícita, y mientras tanto ésta seguiría produciendo sus efectos perniciosos. Por otra parte, si seguimos esta postura, se plantea otro problema, puesto que si bien el art. 26,3 de la Ley dice que «en los casos... de que no hubiese tenido lugar la cesación, el requirente... podrá ejercitar las acciones y derechos a que se refieren los art. 28 y s.s.(de la Ley)», es decir, que si no se lleva a cabo la cesación queda abierta al requirente la vía jurisdiccional: cabe preguntarse cuánto tiempo hay que esperar para entender que «la cesación no ha tenido lugar» y poder acudir al Juez ordinario.

Por todo lo visto, en nuestra opinión, se debe de adoptar la primera de las interpretaciones dadas y considerar que el plazo de tres días que establece el art. 26 de la Ley va referido no sólo al plazo que el anunciante tiene para contestar a la solicitud de cesación, sino también, al plazo dentro del cual tiene que llevarse a cabo la misma, pues de lo contrario se vería notablemente perjudicado el consumidor, por las razones ya vistas, y no creemos que haya sido ésta la intención del legislador a la hora de redactar este artículo.

Si la solicitud del requirente ha ido encaminada a pedir la rectificación de la publicidad ilícita, la contestación que a la misma

²⁷⁷ Vid. MONTON REDONDO, A. “El proceso...”, *ob. cit.*, pág. 2 *in fine*. Donde este autor nos dice que sólo se establece un plazo para llevar a cabo la rectificación de la publicidad ilícita pero no se establece un plazo para llevar a efecto la cesación de la misma.

haga el anunciante, podrá tener diverso contenido. Así deberá «notificar fehacientemente (dentro del plazo de tres días desde la recepción de la solicitud de rectificación) al remitente (de la solicitud) su disposición a proceder a la rectificación y en los términos de ésta o, en caso contrario, su negativa a rectificar» (art. 27,2 de la LGP), pudiendo además, guardar silencio y no contestar dentro del plazo indicado (art. 27,4 de la LGP). En el supuesto de que la respuesta fuere positiva y el recurrente aceptase los términos de la propuesta de rectificación, se establece un plazo de siete días a partir de la aceptación de esta propuesta (a diferencia del caso de cesación en el cual no se establece, de forma expresa, un plazo para llevarla a cabo), para que, proceda a llevar a cabo dicha rectificación (art. 27,3 de la LGP). Ahora bien, si no hubiera contestación a la solicitud de rectificación o de cesación, o si de haberla fuera negativa a la cesación o rectificación solicitada, o cuando aún habiéndose aceptado no llegara a producirse en los plazos que legalmente se conceden para ello (de forma expresa en el supuesto de rectificación (art. 27,3 de la LGP) y de forma «menos expresa», en el caso de la cesación (art. 26,2 de la LGP), quedará abierta la vía jurisdiccional por lo que el recurrente podrá ejercer las acciones reguladas en los arts. 28 y ss. de la LGP.

V. EL PROCESO ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

A. El denominado «proceso publicitario»: Características

Agotada ya la fase previa a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, se inicia lo que podemos denominar «el proceso publicitario» ante el Juez ordinario, que se desarrollará conforme a lo dispuesto en los art. 28 y s.s. de la LGP.

Podemos hablar, como hace la doctrina²⁷⁸, de un «proceso

²⁷⁸ Para LORCA NAVARRETE con ocasión “de la promulgación de la LGP se asiste al alumbramiento, una vez más, de un nuevo proceso civil que pasa a engrosar la lista ya existente de procesos civiles declarativos” (Vid. LORCANAVARRETE, A.M. “Cuestiones procesales relativas...”, *ob. cit.*, pág. 1); SANTAELLA LOPEZ, M. “El nuevo Derecho...”, *ob. cit.*, págs. 182 y ss.; ACOSTA ESTEVEZ, J.B. “Planteamientos básicos...”, *ob. cit.*, pág. 2184.

publicitario» especial por cuanto que a pesar de que, los litigios relativos a la publicidad ilícita se tramitan conforme a lo establecido para los Juicios de Menor Cuantía en la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷⁹ (arts. 680 a 714 de la LEC), aparecen en este proceso una serie de peculiaridades o características sustanciales relativas a la legitimación, a la pretensión procesal y al procedimiento, que hacen del mismo un proceso especial²⁸⁰.

Pasamos pues, a analizar las características esenciales de este proceso publicitario que lo configuran como un proceso especial.

En primer lugar, hemos dicho que una de esas características se da en materia de *legitimación* tanto activa como pasiva, por cuanto que sólo las personas a las que se refieren los art. 25, 26 y 27 de la LGP estarán legitimadas activa y pasivamente. No insistimos más en este tema ya que ha sido, con anterioridad, objeto de estudio en el presente trabajo²⁸¹.

Otra de las características esenciales del «proceso publicitario» viene dada por su *pretensión procesal*. Ya sabemos que por pretensión procesal hay que entender aquella declaración de voluntad por la que se solicita una actuación judicial frente a otra persona distinta del autor de la declaración. En tal sentido, pretensión publicitaria será aquella declaración de voluntad formulada ante el órgano judicial competente (Juez de Primera Instancia) por la que se solicita a éste una actuación determinada frente a un anunciante, también, determinado. Pero, cabe preguntarse, cuál puede ser el contenido de la pretensión publicitaria, es decir, qué actuación se le puede pedir al órgano judicial competente frente al anunciante contra el que se dirige la demanda.

La actuación que se solicita con carácter principal irá dirigida a conseguir la cesación y/o rectificación de la publicidad ilícita y, ya con carácter accesorio, se podrá solicitar que se conceda al anunciante un plazo para que suprima los elementos ilícitos de la publicidad, que se publique total o parcialmente la sentencia

²⁷⁹ Así lo establece el art. 29 de la LGP según el que, los procesos relativos a la publicidad ilícita «se tramitarán conforme a lo establecido en la LEC...».

²⁸⁰ Hay que advertir que en esta materia se ha producido un profundo cambio en virtud de la Ley 34/1984 de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, con el propósito, según dispone la propia Exposición de Motivos de la Ley, de «llevar al juicio de menor cuantía, de ritmo más rápido y sin mermas para la seguridad jurídica, el contingente previsiblemente más nutrido de temas litigiosos».

²⁸¹ Vid. Capítulo III, apartados II Legitimación activa y III Legitimación pasiva, del presente trabajo, donde se realiza un estudio de cuáles son los legitimados, tanto activa como pasivamente, por la LGP, para ser parte en el proceso publicitario.

estimatoria de la demanda, que se exija la difusión de la publicidad correctora, o que se prohíba definitivamente la publicidad ilícita objeto del litigio (arts. 26, 27, 30 y 31 de la LGP). Por todo lo dicho hay que deducir que no es cierto que el objeto del proceso publicitario sea exclusivamente «el cese de la publicidad ilícita» tal como parece desprenderse de la Exposición de Motivos de esta LGP²⁸².

Pero además, junto a esta pretensión principal se pueden plantear otras pretensiones, bien acumulativamente con la pretensión principal o bien separadamente de la misma, de carácter indemnizatorio, por ejemplo, de los daños y perjuicios sufridos por el demandante como consecuencia de la publicidad ilícita. Así parece deducirse de los arts. 32 y 33 de la LGP²⁸³. No abundamos más en este tema de responsabilidad por haber sido objeto de estudio en puntos anteriores del presente trabajo²⁸⁴.

Por último, el proceso publicitario presenta una serie de características en cuanto a su *procedimiento* que influyen a la hora de calificar a este proceso como un proceso especial distinto al proceso civil ordinario. Estas peculiaridades en materia de procedimiento son:

a) En el art. 29 de la LGP se reconocen al Juez competente una serie de facultades que son inusuales en el proceso civil ordinario, a pesar de que, este proceso publicitario se tramita conforme a lo establecido en la LEC para los Juicios de Menor Cuantía. Así:

1. El Juez podrá, de oficio y sin audiencia del demandado,

²⁸² Dice la Exposición de Motivos de la LGP que “de conformidad con lo establecido en el art. 4 y ss. de la Directiva 84/450 de la CEE sobre publicidad engañosa, se instituye en este Título (Título IV de la LGP) un procedimiento sumario encaminado a obtener el cese de la publicidad ilícita”.

²⁸³ Vid. nota 260 del presente trabajo donde se recoge el texto de ambos artículos.

El art. 32 permite el ejercicio, por otras vías distintas a la del proceso publicitario, de otras pretensiones distintas a la pretensión publicitaria y que pudieran derivarse de la actividad publicitaria. Podría ser el caso, por ejemplo, del ejercicio independiente de una pretensión indemnizatoria de perjuicios, de no quererse actuar en vía acumulativa con la pretensión de cesación y/o rectificación.

Por su parte el art. 33,1 de la Ley permite que junto a la pretensión principal, y acumulativamente, se puedan ejercer otras pretensiones, haciendo depender tal circunstancia, de la naturaleza, cuantía y procedencia de las mismas, ya que no sería posible el ejercicio acumulativo de estas pretensiones, si, a pesar de “derivarse de la misma actividad publicitaria del anunciante” fuesen “incompatibles entre sí o con las acciones a que se refieren los artículos anteriores (pretensión principal)”.

²⁸⁴ Vid. Capítulo III del presente trabajo donde se aborda el estudio de los legitimados pasivamente en el proceso publicitario.

dictar auto de inadmisión de la demanda cuando la estime manifiestamente infundada [art. 29,a) LGP].

Contra el auto de inadmisión de la demanda cabe la apelación del mismo, debiendo tenerse en cuenta que, si el fallo es confirmatorio de la resolución apelada se impondrán las costas al apelante, salvo que la Sala aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento (art. 896 de la LEC).

2. En segundo lugar, se permite que el Juez, cuando lo considere necesario, «acorde con las exigencias del caso, atendidos lo legítimos intereses del anunciantre y de las demás partes del proceso», pueda «requerir de oficio al anunciantre para que aporte las pruebas relativas a la exactitud de los datos materiales contenidos en la publicidad» [art. 29, b) de la LGP]. Se produce así, una inversión de la carga de la prueba²⁸⁵, rompiendo, en tal caso, con el principio clásico de Derecho procesal, según el que, la carga de la prueba corresponde al demandante.

Esta peculiaridad del proceso publicitario es altamente beneficiosa para el demandante, por cuanto que, como señala LEMA DEVESÁ²⁸⁶, «la publicidad, con frecuencia, menciona datos pertenecientes a la esfera interna de la empresa anunciantre y la prueba de la exactitud de estas alegaciones constituye para el demandante, en la mayoría de los casos, una «probatio diabólica». Sin embargo, tal prueba es relativamente sencilla para el anunciantre que tiene fácil acceso a los datos y elementos en los que cabe apoyar la exactitud de las correspondientes alegaciones»²⁸⁷.

Las facultades que se le conceden al Juez, en este punto, vienen a responder a lo previsto en el art. 6 de la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa de 1984, según la que, los Estados miembros deberán conferir a los Tribunales o a los órganos administrativos competencia que los habilite...: «a) A exigir que el

²⁸⁵ Si bien, como señala MADRENAS i BOADAS, no se trata de un sistema de inversión general de la carga de la prueba sino que rigen las reglas LEC para el juicio de menor cuantía, de forma que la carga de la prueba corresponde al demandante, con la peculiaridad que introduce el art. 29 LGP que consiste en que el Juez atendidas las circunstancias del caso, puede requerir, de oficio, al demandado para que aporte las pruebas necesarias (Vid. MADRENAS i BOADAS,C. “Sobre la interpretación de las prohibiciones...”, *ob. cit.*, pág. 84); Por su parte, para ACOSTA ESTEVEZ el art. 29 LGP “postula una verdadera inversión de la carga de la prueba. No obstante, siguiendo las pautas de la Directiva, la LGP deja al arbitrio del Juez la imposición o no al anunciantre de la carga de la prueba” (Vid. ACOSTA ESTEVEZ, J. B. “Planteamientos básicos sobre el proceso...”, *ob. cit.*, pág. 2192).

²⁸⁶ Vid. LEMA DEVESA, C. “Problemas y perspectivas...”, *ob. cit.*, pág. 17.

²⁸⁷ El apartado cuarto de las Normas Generales de Autocontrol de la Publicidad, S.A., prevé que esta Sociedad pueda exigir al anunciantre que pruebe sus alegaciones publicitarias.

anunciante aporte pruebas concernientes a la exactitud material de los datos de hecho contenidos en la publicidad si, teniendo en cuenta los intereses legítimos del anunciante y de cualquier otra parte en el procedimiento, tal exigencia parece apropiada en vistas de las circunstancias del caso».

3. Y finalmente, se permite que el Juez considere los datos de hecho como inexactos, cuando no se aporten los elementos de prueba a que se refiere el art. 29,b) de la LGP o cuando estime que los aportados resultan insuficientes [art. 29,c)] de la LGP²⁸⁸.

Así pues, la inexactitud va referida a «los datos de hecho» de la publicidad; pero cabe preguntarse qué significa que «los datos de hecho» de la publicidad sean inexactos. En nuestra opinión, significa que existe una discordancia entre las características del objeto de la publicidad y la propia realidad²⁸⁹.

Finalmente, cabe señalar, en relación a este punto, que la falta o insuficiencia de prueba por parte del demandado deberá favorecer al demandante pero no en el sentido de que necesariamente se dicte una sentencia estimatoria de la demanda, sino en el sentido de que el Juez pueda tener indicios razonables de la ilicitud de la publicidad objeto del litigio. Y ello debe ser así porque el contenido de la sentencia que ponga fin al proceso dependerá, además, del resultado de las pruebas propuestas por el demandante y de las diligencias para mejor proveer que, en su caso, se practiquen²⁹⁰.

b) Según dispone el art. 30 de la LGP, el Juez, a instancia del demandante, y cuando lo crea conveniente teniendo en cuenta todos los intereses implicados y en especial el interés general podrá ordenar la adopción de una serie de medidas cautelares que caracterizan al proceso publicitario, no sólo por su contenido sino, también, por la finalidad de las mismas:

1. Por su contenido en cuanto que éste es típicamente publicitario y va desde la cesación o prohibición de la publicidad objeto del litigio, dependiendo de cual haya sido la pretensión ejercitada por el demandante, hasta la adopción de medidas, de carácter indeterminado, tendentes a lograr aquella finalidad. 2. Y por su finalidad,

²⁸⁸ Resulta este art. 29,c) de la LGP una transcripción casi literal del art. 6,b) de la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa de 1984, según el que los Tribunales u órganos administrativos competentes podrán “considerar los datos de hecho como inexactos si las pruebas exigidas de acuerdo con el apartado a) no son aportadas o son estimadas insuficientes por el Tribunal u órgano administrativo”.

²⁸⁹ Vid. MONTÓN REDONDO, A. “El proceso de la LGP”, *ob. cit.*, pág. 2.

²⁹⁰ Vid. MONTÓN REDONDO, A. “El proceso de la LGP”, *ob. cit.*, pág. 2.

por cuanto que tales medidas cautelares pretenden asegurar el cumplimiento de la sentencia que ponga fin al «proceso publicitario».

Este tema de las medidas cautelares o provisionales previstas en el art. 30 de la LGP será objeto de un estudio más detallado en el apartado C «Medidas provisionales de carácter cautelar», del presente trabajo, por lo que dejamos, para tal ocasión, el análisis del contenido del mencionado art. 30.

c) Finalmente, por lo que se refiere a las peculiaridades del proceso publicitario en materia procedural, cabe referirse al contenido de la sentencia que pone fin al proceso publicitario.

La sentencia podrá ser absolutoria de la parte demandada cuando el Juez estime que no procede la declaración de ilicitud de la publicidad objeto de la demanda, o bien, podrá ser condenatoria cuando el Juez estime la ilicitud de dicha publicidad, en cuyo caso, su contenido viene determinado por el art. 31 de la LGP, que dispone que en tales casos «la sentencia deberá contener alguno o algunos de los siguientes pronunciamientos:

a) Conceder al anunciante un plazo para que suprima los elementos ilícitos de la publicidad.

b) Ordenar la cesación o prohibición definitiva de la publicidad ilícita.

c) Ordenar la publicación total o parcial de la sentencia en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante.

d) Exigir la difusión de publicidad correctora cuando la gravedad del caso así lo requiera y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita, determinando el contenido de aquélla y las modalidades y plazo de difusión».

Todos estos pronunciamientos serán objeto de estudio en el apartado D «Contenido de la sentencia condenatoria», del presente trabajo, por lo que, omitimos aquí su análisis y nos remitimos al mencionado apartado.

B. El órgano judicial competente

Ya sabemos que nuestro legislador ha optado por la solución de que sean los órganos de la jurisdicción ordinaria²⁹¹ los com-

²⁹¹ Frente a la solución, también ofrecida por la Directiva comunitaria 84/450 sobre publicidad engañosa, de que fuera competente para resolver las controversias derivadas de la publicidad ilícita un órgano administrativo [art.4,1,b) de la Directiva].

petentes para resolver las controversias derivadas de la publicidad ilícita²⁹². Ahora se nos plantea el problema de determinar cuáles serán, en concreto, los órganos de la jurisdicción ordinaria competentes para resolver esos litigios.

Este problema queda parcialmente resuelto en cuanto a la competencia jerárquica se refiere, puesto que, el art. 29 de la LGP dispone que «los procesos a los que se refiere el artículo anterior (proceso publicitario) se tramitarán conforme a lo establecido en la LEC para los Juicios de Menor Cuantía...», de forma que, según el art. 85 de la LOPJ, será el Juez de Primera Instancia el competente para conocer de estos conflictos de publicidad ilícita²⁹³.

Ahora bien, el problema queda sin resolver respecto a la competencia territorial, ya que, las peculiares características de la actividad publicitaria hacen difícil la determinación de cuál sea el Juez de Primera Instancia competente, en cada caso, para resolver estos litigios publicitarios.

En primer lugar, hay que determinar cuál es la naturaleza de las acciones de cesación y rectificación que configura la LGP. En nuestra opinión, estas acciones tienen una naturaleza especial, pero, en cuanto que van dirigidas a obtener de la parte demandada un determinado comportamiento consistente en un hacer o en un no hacer, pueden configurarse como acciones personales. Por lo tanto, hay que acudir al art. 62,1 de la LEC²⁹⁴ para resolver el problema de la competencia territorial.

²⁹² Así lo podemos comprobar en la Exposición de Motivos de la LGP y en su art. 28 según el que «las controversias derivadas de la publicidad ilícita en los términos de los arts. 3 a 8 serán dirimidas por los órganos de la jurisdicción ordinaria».

²⁹³ Dispone el art.85 de la LOPJ que “Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil:

1. En primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales.”

Que sean los Jueces de Primera Instancia los encargados de los litigios que deban tramitarse por el procedimiento del juicio ordinario de menor cuantía lo podemos deducir de lo dispuesto en este art. 85 en concordancia con lo dispuesto en el Decreto de 21 de noviembre de 1952, y en el art. 715 de la LEC, según estas normas, serán los Jueces de Distrito (ya desaparecidos) los que sean competentes para conocer de los pleitos que se tramiten a través del procedimiento del juicio de cognición y del juicio verbal, y serán los Jueces de Paz los competentes para conocer de los pleitos que se tramiten a través del procedimiento del juicio verbal, cuando el interés de la demanda no exceda de 5.000 ptas.

²⁹⁴ Dispone el art. 62,1 de la LEC que “Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita de que tratan los artículos anteriores se seguirán las siguientes reglas de competencia:

1. En los juicios en que se ejerçen acciones personales, será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante el del domicilio del demandado, o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento”.

La aplicación de este art. 62,1 de la LEC al supuesto en el que nos encontramos plantea algunas dificultades. Así, en primer lugar, hay que empezar por cuestionarse si la cesación o rectificación pueden considerarse o no como una obligación. A este respecto, consideramos, al igual que SANTAELLA LOPEZ²⁹⁵, que en la medida en que la LGP considera ilícitas determinadas manifestaciones publicitarias y prohíbe otras, la cesación o rectificación de las mismas será una obligación impuesta directamente por la Ley.

Otro problema que plantea la aplicación de art. 62,1 de la LEC, al caso que nos ocupa, viene dado por la determinación de cuál sea «el lugar en que deba cumplirse la obligación». MONTON REDONDO²⁹⁶ considera que debemos identificar el lugar en que debe cumplirse la obligación con el lugar en el que debería de llevarse a cabo la cesación o rectificación de la publicidad ilícita, lo cual nos llevaría al lugar de ubicación del medio que hubiera difundido la publicidad objeto del litigio. Pero cuando la publicidad haya sido difundida por diversos medios publicitarios nos encontramos con la dificultad de que existen varios lugares en los que deberá de cumplirse la obligación de cesación o de rectificación, y que por lo tanto, según lo dicho, hay varios Jueces de Primera Instancia competentes territorialmente para conocer del caso, de modo que la demanda de cesación o rectificación podrá plantearse ante cualquiera de ellos. Sin embargo, creemos que cuando el art. 62,1 de la LEC hace referencia «al lugar en que deba de cumplirse la obligación» considera como tal al lugar en que deba llevarse a efecto la cesación o rectificación, pero siempre que éste haya sido previamente fijado por las partes, de modo que si no lo ha sido, se entenderá como Juez competente, el Juez «del domicilio del demandado»²⁹⁷, o si existe una relación contractual entre demandante y demandado-anunciante, lo cual en estos litigios es bastante infrecuente, el Juez competente podrá ser el correspondiente al «del lugar del contrato», a elección del demandante (art. 62,1 de la LEC).

También será posible que las partes se sometan expresa o

²⁹⁵ Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. “El nuevo Derecho...”, *ob. cit.*, pág. 185.

²⁹⁶ Vid. MONTON REDONDO, A. “El proceso en la Ley...”, *ob. cit.*, pág. 3.

²⁹⁷ Así creemos que debe de interpretarse este art.62,1 de la LEC, si lo relacionamos con el art.1171 del CC que considera como lugar de pago o cumplimiento de las obligaciones “el lugar que hubiese designado la obligación..”, así como con otros artículos concordantes con el art.1171, como son los arts. 1500, 1615 y 1774 del CC.

tácitamente a un Juez de Primera Instancia determinado, en cuyo caso, será éste el competente para conocer de la posible ilicitud de la actividad publicitaria objeto del proceso²⁹⁸.

Para concluir, creemos que, sin duda, hubiera sido mucho más beneficioso para el consumidor, o en general, para el demandante que ejercite las acciones de cesación o de rectificación de la publicidad ilícita, que se adoptara por la LGP la misma solución acogida por la Ley de 26 de marzo de 1984 reguladora del derecho de rectificación²⁹⁹ que considera que será competente el Juez del domicilio del perjudicado, o el Juez del domicilio del medio de comunicación, a elección del demandante³⁰⁰. De esta forma los legitimados activamente, ex art. 25 LGP, no tendrían que desplazarse al Juzgado del lugar de cumplimiento de la obligación, o en su caso, al del domicilio del demandado-anunciante, o al del lugar de celebración del contrato (si lo hubiese entre las partes), para poder interponer su demanda solicitando la cesación o la rectificación de la supuesta publicidad ilícita, sino que, podrían elegir, sin tener que desplazarse de la provincia donde radiquen sus domicilios, entre interponer sus demandas ante el Juez que corresponda a sus domicilios o ante el Juez que corresponda al domicilio del medio o del demandado, que en nuestro caso será el anunciante.

C. Medidas provisionales de carácter cautelar

Ya señalamos con anterioridad, como una de las características peculiares del proceso publicitario, a las medidas provisionales de carácter cautelar que la LGP prevé en su art. 30³⁰¹.

²⁹⁸ Así se desprende de lo dispuesto en el art.56 de la LEC, según el que, “Será Juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase, aquél a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente”.

²⁹⁹ Ley 2/1984 de 26 de marzo reguladora del derecho de rectificación, publicada en el BOE de 27 de marzo de 1984, corrección de errores publicados en el BOE de 14 de abril de 1984.

³⁰⁰ Así se prevé en el art.4 de la Ley 2/1984 de 26 de marzo, según el que, “podrá el perjudicado ejercitar la acción de rectificación... ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio o ante el del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación”.

³⁰¹ Según el art. 30 de la LGP:

“A instancia del demandante, el Juez, cuando lo crea conveniente, atendidos todos los intereses implicados y especialmente el interés general, incluso en el caso de no haberse consumado un perjuicio real o de no existir intencionalidad o negligencia por parte del anunciante, podrá con carácter cautelar:

a) Ordenar la cesación provisional de la publicidad ilícita o adoptar las medidas necesarias para obtener tal cesación.

Cuando la publicidad haya sido expresamente prohibida o cuando se refiera a productos,

Según este art. 30 de la LGP el Juez podrá, a instancia del demandante y teniendo presentes todos los intereses implicados y en especial el interés general, ordenar la cesación provisional o la prohibición temporal de la publicidad ilícita, o bien adoptar las medidas necesarias para obtener tal cesación o prohibición, aun cuando no se haya consumado un perjuicio real o no haya habido intencionalidad o negligencia por parte del anunciantre, debiendo adoptar tales medidas provisionales de acuerdo con lo previsto en el art. 1428 de la LEC, según se dispone por el párrafo segundo del art. 30 de la LGP.

De la lectura conjunta del texto de los art. 30 de la LGP y 1428 de la LEC³⁰² se derivan una serie de cuestiones que interesan destacar para conocer con más detalle qué requisitos son necesarios para la adopción de tales medidas cautelares y cuál será el procedimiento que ha de seguirse para la adopción por el Juez de las mismas.

En primer lugar, queda al libre arbitrio del Juez adoptar, o no, tales medidas, en función de los intereses implicados y, en especial,

bienes, actividades o servicios que puedan generar riesgos graves para la salud o seguridad de las personas o para su patrimonio o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar y así lo instase el órgano administrativo competente, el Juez podrá ordenar la cesación provisional dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda.

b) Prohibir temporalmente dicha publicidad o adoptar las previsiones adecuadas para impedir su difusión, cuando ésta sea inminente, aunque no haya llegado aún a conocimiento del público".

³⁰² Dispone el art. 1428 de la LEC que:

"Cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el Juez podrá adoptar a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.

El solicitante de dichas medidas deberá prestar fianza previa y bastante, a excepción de la personal, para responder de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiese causar.

Estas medidas, además de en la demanda se podrán solicitar antes o después de entablarla la misma. De solicitarse antes, habrá de interponerse la demanda dentro de los ocho días siguientes a su concesión.

Será Juez competente el que lo sea para conocer de la demanda principal, y para su tramitación se formará pieza separada.

El demandado podrá oponerse a las medidas solicitadas o pedir que se alcen las acordadas, bien por estimar que no son procedentes o porque se comprometa a indemnizar los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al actor y ofrezca fianza o aval bancarios suficientes para responder de los mismos.

Formuladas estas pretensiones, el Juez citará a las partes a una comparecencia, en la cual oirá a las que concurren, admitirá las pruebas que sean pertinentes y, dentro de los tres días siguientes, resolverá lo que proceda por medio de auto que será apelable en un solo efecto. El mismo procedimiento se seguirá para resolver los incidentes que puedan suscitarse con respecto a las medidas acordadas.

La fianza a que se refieren los apartados anteriores podrá ser de cualquiera de las clases admitidas en derecho, excepto la personal".

del interés general. Pero se prescinde, en cualquier caso, de que la publicidad ilícita haya producido un perjuicio real o de que haya habido intencionalidad o negligencia por parte del anunciante (art. 30,1 de la LGP).

Por otra parte, de la redacción del art. 30 de la LGP parece desprenderse que sólo podrán solicitarse tales medidas cautelares estando ya pendiente el proceso. Así parece deducirse de expresiones tales como «a instancia del demandante» (art. 30,1 de la LGP), o de la expresión «el Juez podrá ordenar la cesación provisional dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda» (art. 30,1, a) de la LGP). Sin embargo tal apreciación se contradice con lo dispuesto en el art. 1428,3 de la LEC, que permite la solicitud de adopción de estas medidas cautelares tanto en la propia demanda, como antes o después de presentarse la misma. Por lo tanto parece que deba concluirse que, dada la remisión que el art. 30,2 de la LGP hace al art. 1428 de la LEC, debe resolverse esta aparente contradicción admitiendo la posibilidad de que se solicite por el demandante la adopción de tales medidas no sólo en la misma demanda, o con posterioridad a la presentación de ésta, sino también, con anterioridad a dicha presentación. Debiendo, en este último supuesto, presentar la demanda dentro de los ocho días siguientes a la concesión de tal solicitud (art. 1428,3 de la LEC), y, además, deberá justificarse que se ha efectuado la solicitud de cesación o rectificación al anunciante, tal y como, establecen los art. 25,2, art. 26 y art. 27 de la LGP.

El solicitante de estas medidas cautelares deberá prestar fianza previa y bastante, a excepción de la personal, para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiese causar con su actuación (art. 1428,2 de la LEC). Este requisito de la previa prestación de una fianza para poder solicitar la adopción de las medidas cautelares a las que se refiere el art. 30 de la LGP, resulta perjudicial, en nuestra opinión, para la protección de los intereses de los perjudicados por la publicidad ilícita, dando lugar, por ello, en la mayoría de los casos, a que éstos desistan de interponer la correspondiente demanda contra la publicidad que les ha perjudicado, cuando comprueben que no disponen de los medios económicos necesarios para prestar la fianza, o que, aun disponiendo de los mismos, no les interesa prestar esa fianza debido al escaso beneficio económico que, en el mejor de los casos, podrían obtener si la sentencia les fuese favorable. Estas dificultades podrán, no

obstante, ser salvadas, gracias a la actuación de las Asociaciones de consumidores y usuarios, que, afortunadamente, poco a poco, van adquiriendo mayor importancia no sólo social, sino también, económica, lo cual les permite «arriesgar» parte de sus disponibilidades económicas y entablar un proceso contra una presunta publicidad ilícita, impidiendo que ésta siga causando, o que pueda llegar a causar, un perjuicio a los consumidores, o en general, a sus destinatarios.

El Juez competente para adoptar tales medidas cautelares será el mismo que lo sea para conocer de la pretensión principal, es decir, el Juez de Primera Instancia³⁰³ que esté conociendo de la posible ilicitud de la publicidad que constituya el objeto del litigio de que se trate.

El demandado podrá oponerse a las medidas cautelares solicitadas o pedir que se alcen las acordadas, bien por estimar que no son procedentes, o bien, por comprometerse a indemnizar los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al actor y ofrezca fianza o aval bancario suficientes para responder de los mismos (art. 1428,5 de la LEC).

Una vez formuladas por las partes sus pretensiones, el Juez las citará a una comparecencia, en la cual oirá a las que concurran, admitirá las pruebas que considere pertinentes y, dentro de los tres días siguientes, resolverá lo que proceda por medio de auto (art. 1428,6 de la LEC).

En los supuestos en los que «la publicidad haya sido expresamente prohibida o cuando se refiera a productos, bienes, actividades o servicios que puedan generar riesgos graves para la salud o seguridad de las personas o para su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar», el procedimiento previsto en el art. 1428 de la LEC, para la adopción de las medidas provisionales o de cautela previstas en el art. 30 de la LGP, queda modificado, en razón a las especiales características del bien jurídico protegido en esos supuestos (la salud, seguridad y patrimonio de las personas). Esta modificación del procedimiento previsto en el art. 1428 de la LEC, consiste en que el Juez, en estos supuestos, y «si así lo instase el órgano administrativo competente, podrá ordenar la cesación provisional (de la publicidad objeto del

³⁰³ Así se puede deducir de la lectura conjunta de los art.29,1 de la LGP, art. 85 de la LOPJ y art.1428,4 de la LEC. Vid. igualmente, la nota 293 del presente trabajo.

proceso) dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda» (art. 30,1,a) de la LGP), no cumpliéndose, por ello, el plazo de tres días, previsto en el art. 1428,6 de la LEC, para que el Juez dicte el auto concediendo o denegando la solicitud de adopción de tales medidas.

Ha de admitirse que cuando el art. 30,1,a) de la LGP utiliza el término «demanda» para referirse al plazo de veinticuatro horas, debe entenderse referido al escrito de solicitud de estas medidas cautelares, con independencia del momento procesal en el que dicha solicitud se realice, puesto que ésta parece la interpretación más conforme con el ya citado art. 1428,3 de la LEC, que permite, como ya sabemos³⁰⁴, que la solicitud sea no sólo contemporánea con la demanda, sino también, anterior o posterior a la presentación de ésta.

Esta modificación del procedimiento establecido en el art. 1428 de la LEC, debemos considerar que sólo va referida al plazo de que dispone el Juez para ordenar la adopción de las medidas cautelares pertinentes, de modo que, una vez adoptadas éstas, deberá de seguirse el procedimiento establecido en el art. 1428 de la LEC. Debiendo el Juez conceder audiencia a las partes para que manifiesten lo que consideren oportuno y para que aporten las pruebas que consideren más conformes con la defensa de sus intereses. Y ésto, en nuestra opinión, debe ser así, pues lo contrario supondría que se produjera una situación de indefensión del demandado, al no tener oportunidad de defenderse. Por ello, el Juez, tras oír a las partes, deberá de decidir sobre el mantenimiento o no de las medidas cautelares adoptadas.

Por otro lado, para que se adopte esta cesación provisional de la publicidad objeto del proceso dentro de las veinticuatro horas siguientes a su solicitud, la misma deberá de ser hecha «por el órgano administrativo competente», el cual no viene determinado, de forma clara, por la LGP. De modo que esta indeterminación nos hace pensar que tal previsión se quede en papel mojado y que, por lo tanto, no sirva para proteger los intereses de los perjudicados por la publicidad ilícita objeto del litigio.

Para concluir este apartado dedicado a las medidas que, con carácter cautelar, puede adoptar el Juez con la doble finalidad de,

³⁰⁴ Vid. Capítulo III, apartado I, punto C “Medidas provisionales de carácter cautelar”, del presente trabajo en el que se aborda el estudio de este tema.

por una parte, asegurar el cumplimiento del contenido de la sentencia estimatoria de la demanda que, en su caso, ponga fin al proceso publicitario, así como, por otra parte, impedir que llegue a causar, o que continúe causando, la publicidad objeto del litigio, un perjuicio a los titulares de intereses implicados en éste, hay que elogiar al legislador publicitario por la inclusión de este art. 30 en la LGP, ya que si no se hubiese previsto en la Ley la posibilidad de adoptar estas medidas cautelares de cesación o prohibición provisionales, el contenido de la sentencia estimatoria de la demanda sólo tendría un valor puramente doctrinal como consecuencia de que cualquier campaña publicitaria nace y se extingue en mucho menos tiempo del que requiere la sustanciación del proceso publicitario, por muy sencillo que éste sea y por mucha celeridad que se imprima a su desarrollo³⁰⁵.

D. El contenido de la sentencia condenatoria de la publicidad ilícita

Cabe, aquí, distinguir entre cuál puede ser el contenido de la sentencia que ponga fin al «proceso publicitario»³⁰⁶ y cuál puede ser el contenido de la sentencia que ponga fin al proceso o procesos, entablados contra la publicidad ilícita como consecuencia del ejercicio de las acciones civiles, penales o administrativas que procedan contra la misma³⁰⁷.

1. LAS SANCIONES PUBLICITARIAS DEL ART. 31 DE LA LGP

Por lo que se refiere al contenido de la sentencia que ponga fin al «proceso publicitario», distinguiremos entre las sanciones que podríamos calificar como puramente publicitarias, que son las descritas en el art. 31 de la LGP, y las sanciones que se deriven del ejercicio de las pretensiones de naturaleza distinta a la publicitaria, que se acumulen a la demanda publicitaria, siempre que por su naturaleza o cuantía no sean incompatibles entre sí o con

³⁰⁵ Vid. SANTAELLA LOPEZ, M. “El nuevo Derecho...”, *ob. cit.*, pág. 198.

³⁰⁶ Nos referimos a las sanciones, típicamente, publicitarias recogidas en el art. 31 de la LGP.

³⁰⁷ Acciones que podrán ejercerse conjunta o separadamente de la acción publicitaria, en la forma prevista por los arts. 32 y 33 de la LGP.

las acciones publicitarias, ejerciéndose, en caso contrario, separadamente de éstas, según lo dispuesto en los art. 32 y 33 de la LGP.

Dispone el art. 31 de la LGP que «la sentencia estimatoria de la demanda deberá contener alguno o algunos de los siguientes pronunciamientos:

a. *Conceder al anunciante un plazo para que suprima los elementos ilícitos de la publicidad».*

Esta sanción, entendemos, que debe consistir en permitir que el anunciante pueda suprimir de su publicidad aquellos elementos que convierten a la misma en una modalidad publicitaria ilícita, debiéndose, en nuestra opinión, interrumpir la emisión de esa publicidad, hasta tanto se corrija, y además, proceder a la cesación o prohibición definitivas, cuando hubieran transcurrido el plazo fijado en la sentencia, sin que se hubiesen eliminado los elementos que determinaban la ilicitud de la publicidad impugnada.

Esta sanción no puede ser confundida con la publicidad correctora, puesto que, en esta última, el anunciante no se limita a corregir los elementos que hacían ilícita su publicidad, sino que, además, reconoce que su publicidad anterior era ilícita, para que, de esta forma, desaparezca el error que en los mismos pudiera haber llegado a causar. Además, la publicidad correctora, en nuestra opinión, sólo puede proceder en los supuestos de máxima gravedad, mientras que, la concesión de un plazo para rectificar la publicidad, debe proceder cuando la gravedad del caso no sea tan importante, atendidos todos los intereses puestos en juego en cada caso.

b. *La cesación o prohibición definitiva de la publicidad ilícita.*

El segundo de los contenidos que puede estar integrado en la sentencia estimatoria de la demanda publicitaria, según el art. 31, b) de la LGP, viene dado por «*la cesación o prohibición definitiva de la publicidad ilícita*». Son medidas dirigidas, respectivamente, a interrumpir o a impedir, la difusión de la publicidad considerada como ilícita con el fin de evitar los efectos nocivos de la misma.

Podemos considerar que este art. 31, b) de la LGP constituye la primera regulación, que en nuestro Derecho, prevé, de manera expresa, que un Tribunal pueda imponer a la empresa demandada la cesación de la publicidad ilícita. Hasta este momento (entrada

en vigor de la LGP, el 5 de diciembre de 1988), sólo era posible reconocer esta posibilidad gracias a la labor jurisprudencial del TS y, con menor frecuencia, a la de los órganos judiciales inferiores en sede civil, tal y como a continuación veremos.

Ya antes de la promulgación del EP de 1964, la Sala Primera del TS ordenó la cesación de un supuesto de publicidad desleal, nos estamos refiriendo a la sentencia de 4 de junio de 1962, en la que el TS condenó al demandado a cesar y a retirar la publicidad considerada ilícita, aunque no accedió a otorgar la indemnización de daños y perjuicios por considerar que «la existencia de una acción culposa, reconocida por los actos conceptuados como de competencia comercial desleal, y unos daños consistentes en la disminución de venta del producto de la recurrente, en periodo coincidente con la publicidad del demandado», no es suficiente, para que «nazca la obligación de indemnizar que el art. 1902 del c.c. impone», puesto que, es necesario para que tal obligación llegue a nacer, que se justifique «que los daños deriven necesariamente de la acción culposa o negligente»³⁰⁸.

Con posterioridad, después de una vacilación jurisprudencial³⁰⁹, se impuso tal remedio, teniendo especial importancia la sentencia de la Sala Tercera del TS de 2 de febrero de 1974, que venía a resolver un Recurso interpuesto contra la Resolución dictada por el Jurado Central de Publicidad, el 11 de enero de 1973, referente al caso «Pedro Domecq S.A versus Osborne y CIA S.A»³¹⁰. En

³⁰⁸ La sentencia de 4 de junio de 1962 vino a resolver el denominado “caso Alborín”, que se refería a un supuesto en el que el distribuidor del producto “Alborín” introdujo este producto empleando una publicidad sistemática desprecio para la lejía, utilizando frases y dibujos en los que se ponía de manifiesto que la lejía estropeaba la ropa, motivo por el cual fue demandado por la empresa fabricante de “lejía Conejo”, pidiendo que cesara dicha publicidad y que se indemnizaran los daños y perjuicios causados.

³⁰⁹ Así la sentencia del TS de 13 de diciembre de 1968 contempla un caso en el que el Jurado Central de Publicidad, prohibió que continuara difundiéndose un anuncio que consideraba ilícito. El TS estimó el recurso presentado por la parte demandada, entre otros, por el siguiente motivo: “CONSIDERANDO: Que... también se infringe el Ordenamiento al aplicar la sanción, pues no de otra manera puede calificarse a la obligación impuesta en la Resolución del Jurado, mantenida en la impugnada, de no utilizar el recurrente en lo sucesivo el anuncio que ha dado lugar a la sanción, pues esta medida coercitiva, al no estar prevista por la Ley, no es posible imponerla, toda vez que en las actuaciones de carácter punitivo sólo puede imponerse la sanción que la Ley haya previsto, pero no otra distinta”. Vid. RDM, núm. 134, 1974, págs. 607 y 608.

³¹⁰ La empresa “Pedro Domecq, S.A” denunció a la empresa “Osborne y CIA, S.A.” ante el JCP. En la demanda se alegaba la violación del principio de veracidad contenido en el art. 8 del EP por haber difundido la casa Osborne el siguiente anuncio: “Veterano, 200 años en su copa”. Se señalaba, a este respecto, que, si bien, no se pone en duda la antigüedad de la entidad mercantil “Osborne y CIA.”, su brandy “Veterano” no puede llevar “200 años en su copa”, ya que, en 1772 no existía en España, ni se fabricaba ninguna clase de coñacs. Y se hacía, finalmente, hincapié en que el citado mensaje publicitario falta a la veracidad

esta sentencia el TS consideraba que el Jurado no se excedía en su potestad sancionadora cuando impuso en la Resolución recurrida la cesación de la actividad publicitaria ilícita, esgrimiendo, entre otros el siguiente argumento:

«CONSIDERANDO: Que el otro motivo del recurso, referido a la advertencia de que se suprime de la publicidad la frase generadora de error sobre la calidad del producto, arranca de un equivocado concepto de amonestación, pues este vocablo en la acepción jurídica en la que se emplea en el art. 67 del EP³¹¹, es una sanción cuyo contenido es prevalentemente de intimidación, a fin de evitar la repetición de la infracción, y, en consecuencia, el amonestado o apercibido debe cesar en la actividad sancionada» (Considerando cuarto de la Sentencia)³¹².

También, en la Jurisprudencia de los órganos judiciales civiles, inferiores al TS, se admitió la cesación de la publicidad ilícita, después de la entrada en vigor del EP. Así cabe mencionar la sentencia dictada por un Juzgado de Primera Instancia de Madrid el 15 de abril de 1983, por la que, acogiendo la acción fundada en el art. 65 del EP³¹³ ante una publicidad desleal, se falló la cesación de esa actividad publicitaria y la abstención para el futuro³¹⁴.

La LGDCU de 1984 también prevé, en su art. 8,3³¹⁵, la posibilidad de hacer cesar la actividad publicitaria ilícita, aunque se refiere expresamente a que ésto tenga lugar a través de un procedimiento administrativo, razón por la cual este artículo debe ser

y a la lealtad, pues puede producir confusión en los consumidores con el consiguiente quebranto económico para otras marcas competidoras, ya que la antigüedad de esta clase de productos es equivalente a una mayor calidad. (Vid. *ADI*, tomo II, 1975, pág. 369 y ss.).

³¹¹ Dispone el art. 67 del EP de 1964 que “En el supuesto del apartado a) del artículo anterior (que se refiere a las violaciones de los principios generales del EP), el Jurado de Publicidad podrá imponer correcciones consistentes en amonestaciones o en suspensión en el ejercicio de la actividad, que no podrá exceder de seis meses”.

³¹² Un amplio comentario a esta sentencia lo podemos encontrar en RDM. núm. 134, 1974, págs. 608 y ss. Así como, en *ADI*, tomo II, 1975, págs. 369 y ss. Y también, en *ADI*, tomo IV, 1977, pág. 126.

³¹³ Dispone el art. 65 del EP de 1964 que “La violación de los derechos individuales, la contravención de las normas sobre competencia desleal en materia publicitaria y las demás cuestiones de naturaleza civil se dirimirán ante los Tribunales ordinarios, sin perjuicio de que los interesados puedan previamente someterlas al Jurado de Publicidad”.

³¹⁴ Un amplio comentario a esta sentencia lo podemos encontrar en *ADI*, tomo X, 1984-1985, págs. 519 y ss.

³¹⁵ Dispone el art. 8,3 de la LGDCU de 1984 que “La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerlas cesar”.

modificado tras la entrada en vigor de la LGP, donde se opta por la vía judicial y no administrativa para la represión de la publicidad ilícita. Pero, a pesar de todo, parte de la doctrina³¹⁶ mantiene que se puede admitir una verdadera acción de cesación contemplada en el art. 20,1 de la LGDCU, al decir éste que «las asociaciones de consumidores y usuarios... podrán... ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos».

La importancia de la cesación de la publicidad ilícita viene justificada por ser la publicidad un acto continuo inserto en la actividad empresarial, lo cual hace pensar que el acto publicitario ilícito será repetido en el futuro. Por ello, a pesar de la existencia del art. 67 del EP que, como ya hemos visto, permitía, por la vía jurisprudencial, ordenar la cesación de la publicidad ilícita, se hacía necesaria una regulación expresa de la acción de cesación de la publicidad ilícita en nuestro Ordenamiento jurídico, que no llegó hasta la entrada en vigor de la reciente LGP de 1988.

Ya, con anterioridad a la entrada en vigor de la LGP, la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa de 1984, era muy explícita al señalar en su art. 4,2 que deberían los Estados miembros conferir a los Tribunales o a los órganos administrativos competentes competencias para «ordenar la cesación de una publicidad engañosa o para iniciar los procedimientos apropiados con el fin de ordenar la cesación de esa publicidad, o para, prohibir esa publicidad, o iniciar los procedimientos apropiados con el fin de ordenar la prohibición de esa publicidad engañosa...». De la lectura de este art. 4,2 de la Directiva comunitaria podemos deducir como la culpabilidad o negligencia del anunciante no es presupuesto necesario para entablar la correspondiente acción de cesación contra la publicidad ilícita. Así dispone este artículo que la cesación de la publicidad procederá «incluso en ausencia de prueba de una pérdida o de un perjuicio real, o de una intención o negligencia por parte del anunciante». De forma que, los únicos requisitos que se exigen para poder ordenar la cesación de la publicidad ilícita son la existencia de una actividad publicitaria ilícita y la posibilidad de que ésta se siga difundiendo y continúe produciendo sus efectos nocivos.

El legislador español, desarrollando las instrucciones dadas por

³¹⁶ Vid. CUESTA RUTE, J.M. de la. “La Directiva de la CEE...”, *ob. cit.*, pág. 95; DUQUE, J. “La protección de los derechos económicos y sociales en la LGDCU”. *ESC*, núm. 3, 1984, pág. 59.; BACHARACH VALERA. “Legitimación activa...”, *ob. cit.*, pág. 163.

la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa, ha dispuesto en el art. 31, b) de la LGP, que el Juez competente pueda ordenar la cesación o prohibición definitiva de la publicidad ilícita objeto del proceso publicitario, no exigiéndose, para ello, la actuación culposa o negligente del anunciantre, tal y como se puede deducir de la lectura del art. 30,1 de la LGP.

Esta posibilidad, de poder exigir la cesación de la publicidad ilícita, viene reconocida en la mayor parte de los Ordenamientos jurídicos europeos, como por ejemplo, en la Ley de competencia desleal alemana de 1909, en la Ley de prácticas comerciales belga de 1971, en la «*Loi Royer*» francesa de 1973, y en la Ley portuguesa sobre defensa del consumidor de 1981.³¹⁷

c. *La publicación de la sentencia y la difusión de la publicidad correctora.*

Además de estos posibles contenidos de la sentencia estimatoria de la demanda presentada contra la publicidad ilícita, a los que ya hemos hecho referencia, y que van dirigidos a impedir la difusión de esta publicidad (cesación o prohibición definitiva de la publicidad), existen otros posibles contenidos, previstos por el art. 31 de la LGP, que van a tener por finalidad, fundamentalmente, la remoción o corrección de los efectos nocivos que la difusión de la publicidad ilícita haya podido causar. De esta forma, el Juez podrá «*ordenar la publicación total o parcial de la sentencia* en la forma que estime adecuada y a costa del anunciantre» y/o «*exigir la difusión de la publicidad correctora...*» [art. 31,c) y d) de la LGP].

La cesación de la publicidad ilícita es una medida necesaria pero, a nuestro juicio, insuficiente, puesto que, para corregir los efectos perjudiciales que hubiese podido producir en sus destinatarios, no basta con impedir la difusión de esa publicidad, ya que éstos, podrán seguir dando crédito a esa publicidad ilícita, aún después de finalizada su difusión, y por lo tanto, seguir produciendo esos efectos dañinos. De ahí que, sea necesario que, junto a la cesación de la publicidad ilícita, se ordene la publicación de la sentencia condenatoria de la misma, o, aún mejor, que se ordene la difusión de la publicidad correctora, para que, de esta forma,

³¹⁷ Vid. Ley de Competencia desleal alemana de 7 de junio de 1909, parágrafo 13,1,a); «*Loi Royer*» francesa de 27 de diciembre de 1973, art. 44,II,6; Ley de prácticas comerciales belga de 14 de julio de 1971, art. 57; y Ley portuguesa de defensa del consumidor de 22 de agosto de 1981, art. 12.

desaparezcan los que la doctrina³¹⁸ denomina «efectos residuales» de la publicidad, ya que estas medidas permiten, a los destinatarios de esa publicidad, conocer el carácter engañoso, desleal, o en general, ilícito de la misma.

1. La publicación de la sentencia.

La publicación de la sentencia era ya una medida tradicional en países tales como Alemania³¹⁹, Bélgica, Francia e Italia, cuando dicha sanción fue prevista, de manera expresa, por el art. 31,c) de la LGP de 1988.

Nuestra LGP no hizo, en este punto, sino desarrollar lo dispuesto en la Directiva comunitaria de 1984 sobre publicidad engañosa, que dispone, en su art. 4,2, que «los Estados miembros *pueden* conferir a los Tribunales o a los órganos administrativos competencias que les habiliten, con el fin de eliminar los efectos persistentes de una publicidad engañosa *cuya cesación haya sido ordenada por una decisión definitiva*: a exigir la publicación de esa resolución en todo o en parte, y en la forma que ellos juzguen adecuada...». La lectura de este artículo plantea un problema interpretativo, al decir que, la publicación de la sentencia, al igual que la publicación de comunicados rectificativos (a los que después nos referiremos), sólo puede adoptarse cuando la «cesación haya sido ordenada por una decisión definitiva». Parece, en nuestra opinión, que el precepto se refiere a que se dé una decisión definitiva que ordene la cesación, y no a que la cesación ordenada tenga carácter definitivo, impidiendo, por ello, la adopción de tales medidas cuando no se hubiere ordenado la cesación con carácter definitivo. Por lo tanto, será necesaria, según la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa, la previa cesación de la publicidad, para poder después ordenar la publicación de la sentencia y de los comunicados rectificativos, todo lo cual, nos viene a demostrar, el carácter complementario de estas medidas con relación a la cesación o prohibición de la publicidad ilícita. Esta cuestión, no obstante, no está muy clara en nuestro caso, puesto que la LGP no hace referencia a esta necesidad de la previa cesación de la

³¹⁸ Vid. BROSETA PONT, M. "La publicidad y la protección del consumidor...", *ob. cit.*, pág. 270; FERNANDEZ NOVOA, C. "La publicidad correctora". *Publitecnia*, núm. 49/50, 1979, pág. 13; FUSI, M. "Corrective advertising". *Publitecnia*, núm. 62, 1983, pág. 112.

³¹⁹ Vid. parágrafo 23, apartado segundo, de la Ley alemana de competencia desleal de 1909, que dispone que, en todos los procesos en los que se haya entablado la acción de cesación prevista en la Ley, puede otorgarse a la parte que haya vencido, la facultad de publicar la parte dispositiva de la sentencia dentro de un plazo determinado y a costa de la parte condenada.

publicidad ilícita para poder ordenar la publicación de la sentencia condenatoria o de la publicidad correctora, por lo que, parece posible que el Juez ordene la adopción de estas medidas sin que, previamente, haya ordenado la cesación de la publicidad objeto del proceso, aunque tal solución carecería, en nuestra opinión, de sentido y tendría poca eficacia práctica.

Por otro lado, también, hay que resaltar como la Directiva comunitaria no impone como obligatorias, para los Estados miembros, la imposición de estas sanciones, pues dice literalmente que «los Estados miembros *pueden* conferir a los Tribunales o a los órganos Administrativos...» competencias para adoptarla, al contrario de lo que ocurría con los Proyectos de la Directiva en los que, sí se obligaba a los Estados a que adoptasen tales medidas³²⁰.

La importancia de la publicación de la sentencia, como medida sancionadora, ha sido relativizada por la doctrina³²¹ que ha señalado tres causas determinantes de la presunta crisis de tal medida. Estas causas son:

a) En primer lugar, los Tribunales pueden adoptar esta medida de forma facultativa, y cuando la adoptan, lo suelen hacer con gran cautela, lo cual viene a significar que son muy pocas las ocasiones en las que los Tribunales ordenan la publicación de la sentencia.

b) En segundo lugar, se suele publicar sólo la parte dispositiva de la sentencia y no los Considerandos de la misma, que es la parte de la sentencia en la que se explican las razones que han motivado ese fallo condenatorio de la publicidad ilícita. Además el lenguaje utilizado en las sentencias suele ser poco claro para el consumidor medio que, por consiguiente, quedará sin enterarse de lo que se le quiere dar a conocer con la publicación de la sentencia.

c) Y en tercer lugar, la poca eficacia de la publicación de la sentencia suele estribar en lo inadecuado del medio elegido para

³²⁰ Así se puede deducir de la lectura del art. 5 del Proyecto de Directriz para la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa y desleal de 1 de marzo de 1978, según el que, “los Estados miembros *cuidaran especialmente* de que: Los Tribunales puedan:

a) Exigir la publicación de la correspondiente publicidad correctora, o,
b) Exigir la publicación textual o extractada de su sentencia en la forma que el mismo Tribunal determine”.

Este art. 5 no fue modificado, en este punto, por el dictamen del Parlamento Europeo, ni por el de la Comisión Económico-Social de la CE, que sí introdujeron importantes novedades en el citado Proyecto de Directrices que fueron presentadas a la Comisión el 10 de julio de 1979.

³²¹ Vid. SCHRICKER, Gerhard. “La rectificación publicitaria”. *ADI*, tomo II, 1975, págs. 23-24.

su publicación, pues éste suele ser, el tablón de anuncios del Juzgado, o los Boletines Oficiales, que, como todos sabemos, son muy poco utilizados por los consumidores en la generalidad de los casos. De ahí que, la publicación de la sentencia deba producirse a través de los medios de comunicación social más utilizados, para que se pueda alcanzar la finalidad que con esta medida se persigue, y que no es otra que, la de informar a los consumidores de la ilicitud de una determinada actividad publicitaria que puede dañar sus intereses.³²²

2. La difusión de la publicidad correctora.

Otra de las medidas pensadas para erradicar los efectos perjudiciales que pueda seguir produciendo en sus destinatarios la publicidad ilícita, viene dada por la denominada «*publicidad correctora*», prevista en el art. 31,d) de la LGP³²³.

La publicidad correctora puede ser definida como aquella modalidad publicitaria en la que a un empresario por haber anunciado sus productos o servicios de manera falsa, engañosa o desleal, se le obliga a divulgar una nueva campaña publicitaria de contenido rectificador, en la cual se haga constar públicamente la falsoedad o error contenidos en su campaña anterior³²⁴.

Teniendo presente que la publicidad ilícita puede producir en sus destinatarios, aun después de haber cesado su difusión, unos efectos perjudiciales que son los denominados «efectos residuales», la finalidad de la publicidad correctora, no va a ser otra que la de eliminar esos efectos a través de una campaña publicitaria de parecida intensidad a la que indujo a error a sus destinatarios, y en la que se reconozca por parte del anunciantre infractor el carácter ilícito de su anterior campaña.

³²² La publicación de la sentencia en los medios de comunicación social habituales sólo se contemplaba, antes de la entrada en vigor de la LGP de 1988, en las normas reguladoras de la libre competencia, y en concreto, en el art.15,2 de la, ya derogada, Ley de Prácticas Restringivas de la Competencia de 20 de julio de 1963, y, hoy, también, se contempla en el art. 46,5 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989.

³²³ Dispone el art. 31,d) de la LGP que “La sentencia estimatoria de la demanda deberá de contener alguno o algunos de los siguientes pronunciamientos:

d) Exigir la difusión de la publicidad correctora cuando la gravedad del caso así lo requiera y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita, determinando el contenido de aquélla y las modalidades y plazo de difusión”.

³²⁴ Vid. FUSI, Mauricio. “Corrective Advertising”, *ob. cit.*, pág. 112. También podemos encontrar este trabajo en RDI.1980,pág. 378; Vid. también, BROSETA PONT. “La publicidad y la protección del consumidor...”, *ob. cit.*, pág. 269; FERNÁNDEZ NOVOA, C. “La publicidad correctora”, *ob. cit.*, pág. 12; GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A. “La rectificación...”, *ob. cit.*, pág. 16; ACOSTA ESTEVEZ, J. B. “Planteamientos básicos...”, *ob. cit.*, pág. 2190.

De esta forma, la publicidad correctora pretende tener además de una finalidad sancionadora, también una finalidad persuasiva, ya que, la simple perspectiva de verse obligado, el anunciante a sufragar con su propio dinero una campaña publicitaria contraria a sus propios intereses, debe ser terrorífica, y le debe de persuadir de permitir la difusión de una publicidad ilícita que luego tendrá que corregir a su propia costa³²⁵.

Por consiguiente, dada la dureza de esta medida, ha de actuarse siempre de forma cautelosa a la hora de decidir su imposición, asegurándose que existen realmente los efectos residuales que legitiman su existencia, no bastando con la mera suposición o presunción de que existen; debiendo ponderarse, en cada ocasión, la gravedad del caso en concreto antes de decidir cuál debe ser el contenido y la duración de la publicidad correctora; teniendo presente que el contenido de la publicidad correctora no debe ir dirigido a denigrar al anunciante ni en su perfil personal, ni en el empresarial, sino tan sólo a re establecer la verdad perturbada, erradicando los errores que en el destinatario haya producido la anterior publicidad ilícita. Por todo ello el art. 31,d) de la LGP, sólo permite la imposición de tal medida «cuando la gravedad del caso así lo requiera y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita».

Los orígenes de la publicidad correctora los encontramos en los EE.UU. donde a principios de los años setenta comienza a perfilarse en la Jurisprudencia de la Federal Trade Commission (en adelante FTC)³²⁶ la figura de la «Corrective Advertising».

³²⁵ Así la publicidad correctora ha sido calificada por la doctrina como un verdadero "harakiri comercial" ya que lejos de promover la contratación de sus bienes y servicios, se ve obligado el anunciante a costear esa publicidad que va a repercutir de manera desfavorable en su economía y en su prestigio comercial. (Vid. FUSI, M. "Corrective...", *ob. cit.*, pág. 133; FERNANDEZ NOVOA, C. "La publicidad correctora", *ob. cit.*, pág. 13).

³²⁶ En los Estados Unidos la publicidad es una materia de ámbito preferentemente federal que se relaciona con la Interstate Commercial Clause contenida en el art.1 de la Constitución. La FTC es la federal agency más importante en quien se haya delegado la función de proteger a consumidores y competidores contra la publicidad engañosa. De suerte que al estar fortalecida con dichos poderes parajudicidicionales y paralegislativos tiene naturaleza de órgano administrativo. Constituida en 1914 con finalidad principal de hacer efectiva la aplicación de las leyes antitrust, desde finales de 1938 detenta poderes limitados por lo que se refiere a las políticas engañosas en defensa de los competidores, pero prácticamente no se le había reconocido poder alguno para proteger a los consumidores.

Fue sólo a partir de 1938, cuando se produjo un cambio en la orientación de la Jurisprudencia y, con la publicación Wheeler Lea act se le reconoció la función de proteger los intereses de los consumidores, asignandole "Jurisdicción" en materia de publicidad alimentaria, medicamentos, cosméticos, etc. Sin embargo, hasta 1969, las críticas de que la FTC no protegía adecuadamente al público eran frecuentes. A partir de entonces la FTC se orientó hacia una

Concretamente, en mayo de 1970 una agrupación de estudiantes de Derecho solicitó de la FTC intervenir en el «Caso Cambell», sugeriendo a la FTC que impusiera a la compañía demandada la sanción de la publicidad correctora. Aun cuando la FTC denegó la solicitud de la asociación de estudiantes, declaró que la Comisión estaba facultada para ordenar al anunciantre que insertara en su publicidad declaraciones que son necesarias para disipar los efectos de una publicidad ilícita. En los años sucesivos, la medida de la publicidad correctora fue impuesta, con gran frecuencia, por la FTC en decisiones pactadas, «consent orders», con la empresa demandada, y, en raras ocasiones, por decisiones finales de la propia Comisión.³²⁷

Pero la Corrective Advertising, también, tiene detractores en los E.E.U.U. que fundamentan sus críticas en el hecho de que, para ellos, la publicidad correctora es contraria a lo dispuesto en la Primera y Quinta Enmiendas de la Constitución de los E.E.U.U., que se refieren, respectivamente, a la libertad de expresión y al derecho a no ser castigados sino es como consecuencia de un proceso regular.

Respecto al primero de los problemas, referente a la posible colisión de la publicidad correctora con el derecho a la libertad de expresión, hay que decir que, la Jurisprudencia norteamericana, al contrario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano que considera que el art. 21 de su Constitución (en el que se reconoce el derecho a la libertad de expresión) sólo extiende su protección a la «prensa cultural, de opinión y de información», excluyendo, por lo tanto, a la publicidad comercial, la Jurisprudencia americana, después de excluir, al principio, a la publicidad del ámbito de la Primera Enmienda, la dirección de la Corte Suprema en la actualidad, parece orientarse en el sentido de

protección rigurosa de los consumidores, realizada mediante la creación de la Bureau of Consumer Protection y de la formulación de nuevas medidas entre las que se cuenta, precisamente, la correctiva advertising. En 1973 la eficacia de las intervenciones de la FTC se vió reforzada por la enmienda de la FTC Act, que le atribuía el derecho a congelar, como medida preventiva, una campaña en espera del resultado del procedimiento, así como a recurrir ante los Tribunales para obtener la ejecución (enforcement) de las propias disposiciones.

³²⁷ En efecto, en una decisión final de 9 de diciembre de 1975 la FTC ordenó a la compañía demandada, Warner-Lambert, realizar una publicidad correctora para eliminar las persistentes y falsas creencias de los consumidores acerca de las virtudes terapéuticas del colutorio Listermine. Y lo que es más importante, en la sentencia de 2 de agosto de 1977 el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia confirmó la citada decisión de la FTC reconociendo expresamente a ésta la facultad de imponer la medida de la publicidad correctora, respaldando, por primera vez en la Jurisprudencia federal norteamericana, la legitimidad de la publicidad correctora.

conceder protección a la actividad publicitaria. Por lo tanto, si se mantiene esta postura, las órdenes de la FTC imponiendo la publicidad correctora serían ilegítimas, por cuanto que, como dice Mauricio FUSI³²⁸, constituirían un límite preventivo a la libertad de expresión que sólo podría justificarse si se considerase a la publicidad ilícita como un delito por la legislación norteamericana, lo cual, no ocurre por el momento.

En España, es el art. 20 de la Constitución de 1978 el que reconoce los derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión. Aun considerando que la actividad publicitaria queda amparada por el manto protector de este art. 20, opinamos, al igual que CUESTA RUTE³²⁹, que la publicidad correctora no puede ser considerada como una medida inconstitucional por chocar con estos derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información, por cuanto que, no pueden concebirse los mismos de forma incondicional sino íntimamente conectados a la verdad³³⁰. De manera que, si la información no es veraz no se puede tener derecho a transmitirla, a expresarla públicamente, ya que estamos en el campo de los derechos subjetivos y el engaño constituye un uso abusivo de ese derecho que debe de ser corregido. De ahí que la publicidad correctora no sea contraria a ese derecho constitucionalmente reconocido, ya que, esta medida tiende a reconducir a la publicidad al campo del derecho a recibir y del deber de difundir, una información veraz.

El segundo de los argumentos que invocan los detractores de la publicidad correctora en los EE.UU. se sustenta en los fines de la FTC que consisten en «prevenir» el empleo de métodos de competencia desleal o de prácticas incorrectas o engañosas en el ejercicio del comercio, y la publicidad correctora más que un instrumento preventivo de estas actividades ilícitas, es considerada, por sus detractores, como una sanción dirigida a castigar al anunciantre infractor. De forma que, el carácter represivo de esta medida hace imposible su imposición por un órgano administrativo como la FTC, siendo necesario que la imposición de la misma sea

³²⁸ Vid. FUSI, M. "Corrective...", *ob. cit.*, pág. 114

³²⁹ Vid. CUESTA RUTE, J.M. de la. "La Directiva de la CEE...", *ob. cit.*, pág. 96.

³³⁰ Vid. BERCOVITZ, A. "Aspectos jurídicos de la publicidad en RTVE". Problemas Actuales del Derecho de la publicidad. INP.1984, pág. 131. Donde dice, el citado autor, que la veracidad publicitaria es una exigencia de rango constitucional a tenor del art.20 de la Constitución española de 1978. Dispone el art.20, d) de nuestra Constitución que:

"1. Se reconocen y protegen los derechos:

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión."

consecuencia de un proceso normal (due process of law) ante los órganos judiciales.

También en Francia es posible la imposición de la publicidad correctora dentro de un proceso penal para reprimir a la publicidad engañosa, en virtud del art. 44 II, párrafo 6 de la «*Loi Royer*» de 1973 ³³¹. Parece deducirse del mencionado artículo, que la publicidad correctora se considera como una sanción potestativa que podrá ser adoptada, o no, junto con la publicación de la sentencia que parece configurarse como una sanción que obligatoriamente habrá de imponerse por el Tribunal competente.

La «*Consumer Protection Charta*» aprobada por el Consejo de Europa en 1973 ³³² relaciona el deber de publicar la correspondiente publicidad correctora con la obligación, por parte del anunciante, de probar la veracidad de sus afirmaciones publicitarias; de este modo dispone: «quien realice publicidad a través de cualquier medio está obligado, siempre que se solicite, a probar la veracidad de las alegaciones publicitarias. Si el anunciante no suministra la correspondiente prueba tiene que publicar, siempre que así se solicite, a su propia costa, una adecuada rectificación publicitaria».

En Inglaterra la Comisión de reforma de la «*Trade Descriptions Act*» se mostró contraria a la implantación de la publicidad correctora por considerar que esta medida conlleva más inconvenientes que ventajas, pudiendo producir en el anunciante infractor unos daños que no guardan relación adecuada con su infracción. Además, que una Ley penal como la «*Trade Descriptions Act*» no es lugar adecuado para regular la publicidad correctora.

El Consejo de Europa en su Resolución de 14 de abril de 1975 ³³³ aprobó un «Programa Preliminar para una política de protección e información de los consumidores», en el que se consideraba que en el marco de la protección de los consumidores frente a la publicidad ilícita se deben «investigar las posibilidades de que

³³¹ Según el art.44 II, párrafo 6 de la “*Loi Royer*” de 1973: “En el caso de condena, el Tribunal ordenará la publicación de la sentencia. Puede ordenar, además, la publicación de uno o de varios anuncios, rectificadores por cuenta del condenado. La sentencia determinará el tenor de estos anuncios y las modalidades de su difusión e impondrá al condenado un plazo para realizarlos; en caso de inobservancia del plazo... se procederá a instancia del Fiscal, a difundir los anuncios por cuenta del condenado”.

³³² Council of Europe, Consultive Assembly, Resolución 543 de 1973 sobre la “*Consumer Protection Charta*”.

³³³ Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, sobre un Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C92/1, de 25 de abril de 1975.

singularmente mediante la publicación de rectificaciones se haga frente a los efectos de una publicidad falsa o errónea».

En concordancia con la política de protección de los consumidores desarrollada por la CE se aprobó la Directiva comunitaria 84/450 sobre publicidad engañosa. Esta Directiva prevé en su art. 4,2 que los Estados miembros pueden conferir a los Tribunales u órganos administrativos competentes los poderes necesarios para que puedan ordenar la publicación de los denominados comunicados rectificativos³³⁴. La lectura del art. 4,2 de la Directiva comunitaria nos sugiere varios temas de interés:

a) En primer lugar, como ya indicamos al referirnos a la publicación de la sentencia, el legislador comunitario parece que considera la adopción de estas medidas como algo opcional para los Estados miembros («los Estados miembros *pueden* conferir a los Tribunales...»), al contrario de lo que se podía deducir del tenor literal del art. 5 del Proyecto de Directiva sobre publicidad engañosa³³⁵ que parecía imponer como obligatoria la adopción de estas medidas (tanto la publicación de la sentencia como la publicidad correctora), a los Estados miembros, al disponer que «los Estados miembros *cuidarán especialmente* de que los Tribunales o el órgano administrativo, según el caso, puedan: b) Exigir la publicación de la correspondiente publicidad correctora...».

b) En segundo lugar, el art. 4,2 de la Directiva, no habla de publicidad correctora sino de «un comunicado rectificativo». Aquí también difiere el texto de la Directiva de lo dispuesto en el art. 5 del Proyecto, puesto que éste sí hacía referencia a la «publicidad correctora». Esta cuestión la consideramos muy importante, por cuanto que, la publicidad correctora, propiamente dicha, supone una adecuación entre la inversión publicitaria inicial y los efectos de la misma, con la sanción consistente en la corrección de éstos, de forma que, implicará, normalmente, la difusión de varios anuncios correctores de la publicidad inicial. En cambio el art. 4,2, al hablar de «un comunicado rectificativo», parece que da a entender que basta con la difusión de un simple anuncio corrector, de manera que, no podemos considerar, según lo dicho, que la Directiva prevea la posibilidad de imponer una publicidad correctora en el

³³⁴ Dispone el art.4,2 de la Directiva comunitaria 84/450 sobre publicidad engañosa que «los Estados *pueden* conferir a los Tribunales o a los órganos administrativos competencias que les habiliten... a exigir, además, la publicación de un comunicado rectificativo».

³³⁵ Vid. nota 320 del presente trabajo.

sentido que más arriba hemos indicado. Afortunadamente, la LGP no ha hecho referencia al tratar este tema, en su art. 31 d), al «comunicado rectificativo», sino que habla de «publicidad correctora» permitiendo, de esta forma, que esta medida alcance su verdadera finalidad, que no es otra, que la de eliminar «los efectos residuales» de la publicidad ilícita, lo cual sería muy difícil de conseguir con la difusión de un simple comunicado corrector.

Finalmente, haciendo referencia al contenido de la publicidad correctora, el mismo vendrá determinado por la sentencia en la que se imponga al anunciante tal medida, según dispone el art. 31,d) de la LGP³³⁶. Pero la sentencia no sólo determinará el contenido del anuncio rectificador, sino que además, fijará cuáles deben ser los medios que se utilicen para difundir esa publicidad correctora, así como el plazo de tiempo durante el cual deberá de emitirse la misma.

En EE.UU. la Resolución dictada por la FTC establece cuál debe ser el contenido del mensaje corrector, imponiendo, a veces, además, que mencione expresamente el hecho de que la FTC ha declarado ilícita la publicidad precedente. Además se suele establecer no sólo la duración de la campaña publicitaria correctora, que no suele ser inferior a un año, sino también incluso, la cuantía que debe dedicarse a dicha campaña que suele ser el 25% del presupuesto publicitario del anunciante³³⁷.

2. SANCIONES DE NATURALEZA CIVIL

Cuando se piensa en las sanciones de naturaleza civil, distintas a las propiamente publicitarias, ya estudiadas, aparece, en un

³³⁶ Dispone el art.31,d) de la LGP que “la sentencia estimatoria de la demanda...” determinará “... el contenido de aquélla (publicidad correctora) y las modalidades y plazo de difusión”.

³³⁷ La fijación previa, tanto de la cantidad que habrá de invertirse en la publicidad correctora, como de la duración de la misma, debe, en nuestra opinión, ser criticada, puesto que, tanto ésta como aquélla sólo podrán venir determinadas *a posteriori*, después de comprobar que los efectos residuales de la publicidad ilícita anterior han desaparecido, ya que, el obligar al anunciante a invertir una determinada cantidad de dinero en una campaña publicitaria correctora, contraria a sus intereses, que deberá de prorrogarse por un tiempo determinado de forma previa, cuando los efectos residuales ya hayan desaparecido, además de ser una medida injusta por inferir al anunciante un sacrificio desproporcionado al daño producido, sería contraria a la propia finalidad de la publicidad correctora. De manera que, la publicidad correctora deberá de ceñirse a los límites temporales y económicos necesarios para eliminar los efectos residuales producidos por la publicidad ilícita anterior, lo cual se podría conseguir ordenando al anunciante que difunda anuncios correctores hasta el momento en el que pueda demostrar que los efectos residuales han desaparecido.

primer plano, la acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de la publicidad ilícita.

Nuestra LGP de 1988 permite, como ya sabemos, que la acción de indemnización de daños y perjuicios se pueda interponer junto con las acciones de cesación y rectificación de la publicidad ilícita, acumulando, todas ellas, en la misma demanda publicitaria, y siendo tramitadas dentro del mismo proceso publicitario³³⁸. Pero también será posible, según nuestra Ley publicitaria, que la acción de indemnización de daños y perjuicios se ejerza independientemente del proceso publicitario, dando lugar a la tramitación de un proceso distinto al publicitario³³⁹.

Para la acumulación, dentro del mismo proceso publicitario, de la acción de daños y perjuicios a las acciones puramente publicitarias reconocidas en nuestra LGP, será necesario que aquélla sea compatible con éstas «por su naturaleza o cuantía», tal y como dispone el art. 33,1 de la Ley.

La Ley de Competencia Desleal, también, prevé el ejercicio de la acción de daños y perjuicios para poder reclamar los producidos por los actos de competencia desleal, entre los que podemos encontrar a la publicidad desleal en sus diferentes manifestaciones recogidas en el art. 6 de la LGP³⁴⁰. Por lo tanto, encontramos aquí una nueva vía para reclamar los daños producidos por la publicidad ilícita cuando ésta pueda ser considerada como un acto de competencia desleal.

La acción de indemnización de daños y perjuicios encuentra grandes problemas a la hora de su aplicación a los supuestos de publicidad ilícita dentro de nuestro Ordenamiento jurídico. Lo normal será que entre el infractor y la víctima de los daños y perjuicios no haya un contrato que los relacione, por lo que, la acción de indemnización de los daños y perjuicios habrá de fundamentarse en el art. 1902 del CC³⁴¹, para cuya aplicación la Jurisprudencia del TS exige la concurrencia de tres requisitos: la

³³⁸ Así se desprende de lo dispuesto en el art. 33,1 de la LGP, cuyo texto lo podemos encontrar en la nota 260 del presente trabajo.

³³⁹ Así se desprende del art. 32 de la LGP, cuyo texto lo podemos encontrar en la nota 260 del presente trabajo.

³⁴⁰ Dispone el art. 18 de la Ley de Competencia Desleal que “Contra el acto de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones:

5 Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente”.

³⁴¹ Dispone el art. 1902 del CC que “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

existencia de un acto culposo, la producción de unos daños y perjuicios, y la existencia de un nexo causal entre el acto culposo y los daños y perjuicios sufridos³⁴²

El problema surge cuando hay que demostrar la existencia de unos daños y perjuicios causados por la publicidad ilícita, puesto que, como ya pusimos de manifiesto en este trabajo al estudiar la acción de cesación³⁴³, el TS considera (en la sentencia de la Sala Primera de 4 de junio de 1962) que es inaceptable la tesis de que conforme al art. 1902 del CC «es suficiente, para que proceda la indemnización de daños y perjuicios, la existencia de una acción culposa (considerada como de competencia desleal) y unos daños consistentes en la disminución de la venta del producto de la recurrente, en periodo coincidente con la publicidad del demandado, conclusión que en manera alguna puede admitirse, ya que la obligación de indemnizar que el art. 1902 impone tiene como fundamento esencial de su justificación, el que los daños deriven necesariamente de la acción culposa o negligente». Por lo tanto, no siendo suficiente la coincidencia en el tiempo de la acción culposa y de la producción de los daños y perjuicios para probar el nexo causal entre ambos, será necesario probar, por otros medios, que el daño causado es consecuencia del acto culposo, como por ejemplo, en el caso contemplado en la sentencia comentada de 1962³⁴⁴, que el descenso de las ventas de la lejía no se debe a otras circunstancias distintas a la publicidad ilícita difundida contra ella, como por ejemplo a diversos condicionantes del mercado, como puede ser el desinterés del consumidor hacia la lejía durante el período de tiempo en el que se produjo el descenso de ventas de este producto.

3. SANCIONES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA

No podemos considerar que la Administración carezca, en la actualidad, de potestades sancionadoras en materia publicitaria. Pero esta potestad sancionadora sólo viene conferida a los órganos

³⁴² Vid. FONT GALAN, J. I. "Constitución económica...", *ob. cit.*, págs. 186 a 212, donde se recoge un amplio estudio de la relación existente entre la ilicitud extracontractual (ex art. 1902 CC) y la competencia desleal.

³⁴³ Vid. Capítulo III, apartado V, punto D "Las sanciones publicitarias del art. 31 LGP" de este trabajo.

³⁴⁴ Las circunstancias de hecho de esta sentencia las podemos encontrar descritas en la nota 308 de este trabajo.

administrativos competentes en los supuestos en los que la publicidad ilícita constituya, bien una «infracción a los efectos previstos en la LGDCU de 1984 y en la Ley General de Sanidad de 1986 (en adelante LGS)» (art. 8,6 de la LGP), o bien, sea perseguible como fraude en virtud de lo dispuesto en el art. 32 de la LGP o en el art. 8 de la LGDCU.

Sin embargo, antes de la entrada en vigor de la LGP, la sanción de la publicidad ilícita, en cuanto que ésta infringiera los principios generales que regulan la actividad publicitaria (veracidad, autenticidad, legalidad y libre competencia), correspondía, según el EP de 1964, a órganos administrativos. El EP preveía dos procedimientos administrativos distintos a los que se vinculaban sanciones, también, distintas:

a) Por una parte, el art. 63 del EP atribuía al Ministerio de Información y Turismo³⁴⁵ la competencia para la «corrección y sanción gubernativa de las infracciones no constitutivas de delito que se cometan en el ejercicio de las actividades publicitarias de conformidad con los principios establecidos en esta Ley (nos referimos al EP) y en las normas reglamentarias de desarrollo de la misma». Esta actuación del Ministerio correspondiente había de sujetarse a las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo. Las sanciones que podía imponer este Ministerio, consistían en multas que no podían superar las 250.000 ptas, aunque, el titular del Ministerio podía solicitar al Consejo de Ministros que se impusiera una sanción que podría elevarse hasta un millón de pesetas.

b) En segundo lugar, el EP preveía en sus arts. 66 y 67 un procedimiento ante el Jurado Central de Publicidad que se encargaba de resolver las controversias derivadas de «las violaciones a los principios generales de este Estatuto» [art. 66,a) del EP]. Ahora bien, disponía el art. 66 en su último párrafo que, «la remisión al Jurado de Publicidad se entenderá con independencia y sin perjuicio de la competencia de los órganos de la Administración para sancionar las infracciones», con lo cual, era posible que, en algunos supuestos, un mismo asunto pudiera ser conocido y sancionado por el Ministerio, en virtud del art. 63, y por el Jurado de Publicidad, sobre la base de los arts. 66 y 67 del EP.

³⁴⁵ Las funciones que el EP atribuía al Ministerio de Información y Turismo, pasaron más tarde, al Ministerio de la Presidencia, y, hoy, corresponden al Ministerio de Relaciones con las Cortes que es el competente en materia publicitaria.

Respecto a las sanciones que podía imponer el Jurado Central de Publicidad, podían consistir en «amonestación o en suspensión en el ejercicio de la actividad, que no podrá exceder de seis meses» (art. 67,1 del EP).

Hoy, tras la entrada en vigor de la LGP, la potestad sancionadora de la Administración en materia publicitaria, se limita a los supuestos en los que esa publicidad pueda ser considerada como infracción en materia de consumo (según lo dispuesto en la LGDCU), o como una infracción en materia de sanidad (según lo dispuesto en la LGS), o bien pueda ser calificada como fraude (según lo dispuesto en los art. 32 de la LGP y 8 de la LGDCU). Por lo que, la competencia para imponer las sanciones correspondientes a la actividad publicitaria, en cuanto que ésta pueda considerarse ilícita por infringir las normas recogidas en la LGP, corresponde a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria (art. 28 de la LGP).

Según el art. 8,6 de la LGP «el incumplimiento de las normas especiales que regulan la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en la LGDCU y en la LGS». De forma que, tendrá la consideración de infracción administrativa la actividad publicitaria que incumpla las normas reguladoras de la publicidad de los bienes y servicios a los que se refiere el art. 8 de la LGP³⁴⁶, y por lo tanto, los órganos administrativos competentes estarán facultados para poder imponer las correspondientes sanciones a la misma.

El régimen sancionador en materia de sanidad³⁴⁷ está recogido en los art. 32 a 37 de la LGS³⁴⁸.

El art. 34 y el art. 35 de la LGS clasifica las infracciones en materia sanitaria distinguiendo entre infracciones leves, graves y muy graves, atendiendo «a los criterios de riesgo para la salud, cuantía del eventual beneficio obtenido, grado de intencionalidad,

³⁴⁶ El art. 8 de la LGP se refiere a la publicidad de los siguientes productos:
— Los sanitarios, y en general, los sometidos a Reglamentaciones técnico-sanitarias.
— Aquellos que sean susceptibles de generar riesgo en la salud o seguridad de las personas o para su patrimonio (juegos de suerte, envite o azar).
— Los estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos.
— El tabaco y las bebidas alcohólicas.

³⁴⁷ Vid. REBOLLO PUIG, M. “Potestad sancionadora...”, *ob. cit.*, págs. 529-540, donde se estudian las infracciones y sanciones en la LGS.

³⁴⁸ Ley General de Sanidad. Ley 14/1986 de 25 de abril, publicada en el *BOE* de 29 de abril de 1986.

gravedad de la alteración sanitaria y social producida, generalización de la infracción y reincidencia» (art. 34 de la LGS).

No queda claro, no obstante, qué calificación habría que otorgar a la actividad publicitaria que infringiera la normativa reguladora de la publicidad de los bienes y servicios a los que se refiere el art. 8 de la LGP, puesto que, no se contempla este caso dentro de los diferentes supuestos recogidos en el art. 35 de la LGS, que contiene una enumeración de los supuestos constitutivos, según esta Ley, de infracción, dividiendo, a su vez, los mismos en leves, graves y muy graves. Por lo tanto, habrá que atender a las circunstancias previstas en el art. 34 de la LGS para poder calificar a la actividad publicitaria, incumplidora del art. 8 de la LGP, como de infracción leve, grave o muy grave a los efectos de la LGS. Esta calificación resulta muy importante para poder determinar la cuantía de la multa que como sanción habrá de imponerse al anunciantre, puesto que, ésta dependerá de dicha calificación según dispone el art. 36 de la LGS³⁴⁹.

Por su parte el régimen sancionador en materia de consumo está contenido en los art. 32 a 38 de la LGDCU de 1984³⁵⁰. En este caso, sí se prevé, de manera expresa, como infracción en materia de consumo al «incumplimiento de las normas relativas a... publicidad de bienes y servicios» (art. 34,6 de la LGDCU). El carácter general y amplísimo de este art. 34,6 de la LGDCU, nos obliga a interpretarlo a la luz del art. 8,3 de la LGP, y de la interpretación conjunta de ambos artículos podemos llegar a dos conclusiones distintas:

a) En primer lugar, podemos considerar que lo dicho en cada uno de estos artículos no excluye lo dispuesto en el otro, es decir, que podemos considerar que la Administración tendrá potestad sancionadora frente a cualquier actividad publicitaria que «incumpla las normas relativas a... la publicidad de bienes y servicios» siempre que se vean perjudicados los intereses de los consumidores, por

³⁴⁹ Dispone el art. 36 de la LGS que “1. Las infracciones en materia de sanidad serán sancionadas con multas de acuerdo con la siguiente graduación:

a) Infracciones leves, hasta 500.000 ptas.

b) Infracciones graves, desde 500.001 ptas hasta 2.500.000 ptas pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

c) Infracciones muy graves, desde 2.500.001 a 100.000.000 de ptas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción”.

³⁵⁰ Vid. REBOLLO PUIG, M. “Potestad sancionadora...”, *ob. cit*, págs. 520-529, donde se estudian las infracciones y sanciones en la LGDCU.

constituir esta actividad publicitaria una infracción en materia de consumo, según dispone el art. 34,6 de la LGDCU. De forma que, lo dicho en el art. 34,6 de la LGDCU absorvería lo dispuesto en el art. 8,6 de la LGP, que podríamos considerar como una norma especial y reiterativa de lo dispuesto en la LGDCU, cuya existencia viene justificada por la importancia que para la salud y patrimonio del consumidor tiene la materia regulada en este art. 8 de la LGP. Esta interpretación amplia es, sin duda, la que más favorece al consumidor, y la que es más conforme con el principio de defensa de los intereses de los consumidores que inspira todo nuestro Ordenamiento jurídico, por cuanto que, se contará no sólo con el respaldo de la jurisdicción ordinaria para poder reprimir a las actividades publicitarias ilícitas (ex art. 28 de la LGP), sino que, también, el consumidor estará «protegido» por la actividad sancionadora de la Administración en materia de consumo, o en materia sanitaria, al poder considerar a la publicidad contraria a la normativa publicitaria como una infracción administrativa.

b) La segunda interpretación conjunta que podemos hacer de estos dos artículos (art. 34,6 de la LGDCU y art. 8,6 de la LGP) es, sin duda, mucho más restrictiva de la facultad sancionadora de la Administración en materia publicitaria, puesto que, ésta se limitaría a los casos previstos en el art. 8,6 de la LGP, es decir, cuando se infrinjan las normas especiales reguladoras de los productos o servicios a los que se refiere dicho artículo³⁵¹. A esta conclusión se llegaría si consideramos que la referencia que hace el art. 34,6 de la LGDCU al «incumplimiento de la normas de publicidad» queda limitado al «incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos o servicios» a los que se refiere el art. 8 de la LGP. De manera que, el contenido amplio y general del art. 34 de la LGDCU queda limitado y especificado por el art. 8 de la LGP, es decir, éste determina el ámbito de aplicación de aquél, limitándolo a la publicidad referida a los productos o servicios a los que se refiere el art. 8 de la LGP.

El problema que se nos plantea ahora es el de decidirnos por una u otra interpretación. En nuestra opinión, hay que inclinarse a favor de la primera de las interpretaciones a las que hemos hecho referencia, puesto que es la que mejor se ajusta al mandato constitucional de protección de los consumidores que, para los poderes

³⁵¹ Vid, nota 346 de este trabajo, en la que se señalan cuáles son los productos o servicios protegidos por este art.8 de la LGP.

públicos, establece el art. 51 de nuestra Carta Magna³⁵², ya que, según esta interpretación, los consumidores verían protegidos sus intereses frente a la publicidad ilícita no sólo por los órganos de la jurisdicción ordinaria (encargados de reprimir la actividad publicitaria en cuanto que ésta sea considerada ilícita por infringir las normas de la LGP [ex art. 28 de la LGP]), sino, también, por la actividad de la Administración facultada para sancionar la actividad publicitaria contraria a las normas publicitarias, en cuanto que, esta actividad se considere como una infracción administrativa (ex art. 34,6 de la LGDCU y art. 8,6 de la LGP).

En materia de consumo, la LGDCU no determina cuáles van a ser consideradas como infracciones leves, graves o muy graves a la hora de enumerar en su art. 34 las actividades consideradas como infracciones, sino que, se limita a decir que la calificación de estas infracciones dependerá del «riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia» (art. 35 de la LGDCU).

La cuantía de las multas que se impongan dependerá de que la infracción sea considerada leve (hasta 500.000 ptas), grave (hasta 2.500.000 ptas), o, muy grave (hasta 100.000.000 ptas)³⁵³.

Conviene advertir que una vez concluido el correspondiente expediente administrativo, la actividad publicitaria ilícita puede ser objeto de una sanción pecuniaria por ser constitutiva de una infracción de carácter administrativo, pero no es posible la indemnización de los daños y perjuicios del particular o de la asociación de consumidores y usuarios que haya instado la apertura del correspondiente expediente, que sólo podrán reclamar el daño

³⁵² Dispone el art. 51 de la Constitución española de 1978 que: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud, y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

³⁵³ Dispone el art. 36 de la LGDCU de 1984 que:

“1. Las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios serán sancionadas con multas de acuerdo con la siguiente graduación:

— Infracciones leves, hasta 500.000 ptas.

— Infracciones graves, hasta 2.500.000 ptas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

— Infracciones muy graves, hasta 100.000.000 ptas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

2. En los supuestos de infracciones muy graves, el Consejo de Ministros podrá acordar el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años. En tal caso será de aplicación lo prevenido en el art. 57,4 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores”.

contractual o extracontractual que la publicidad les haya irrogado a través de los cauces ordinarios, como puede ser el procedimiento judicial oportuno o el sometimiento al sistema arbitral previsto en el art. 31 de la LGDCU. Todo ésto lo podemos deducir de lo dispuesto en el art. 32 de la LGDCU, según el que, «las infracciones en materia de consumo serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes... sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir».

Por último, podríamos finalizar este punto llegando a una conclusión, y es que, la actividad publicitaria contraria a las normas de publicidad que lesionen los intereses de los consumidores y usuarios, o de los empresarios competidores, podrá ser merecedora de una doble sanción. Una sanción administrativa en cuanto que tal actividad sea considerada como infracción en materia de consumo o en materia sanitaria (ex art. 8,6 de la LGP, art. 34,6 de la LGDCU y art. 32 y s.s. de la LGS), y una sanción judicial, impuesta por los órganos de la jurisdicción ordinaria, por cuanto que, tal actividad publicitaria sea considerada ilícita por infringir las normas de la LGP (ex art. 28 de la LGP).

4. SANCIONES DE NATURALEZA PENAL: EL DELITO PUBLICITARIO

Actualmente nuestro Ordenamiento jurídico no contempla de forma expresa al que podríamos denominar delito publicitario, es decir, no se tipifica en nuestro Código Penal a la publicidad ilícita como delito. Ante esta situación cabría preguntarse si sería, o no, aconsejable, en la actualidad, recurrir al Derecho Penal con el objeto de combatir más eficazmente la publicidad ilícita.

Gran parte de la doctrina española ha respondido afirmativamente a esta cuestión³⁵⁴, mostrándose, claramente, a favor de la

³⁵⁴ Vid. MARTINEZ PEREZ, Carlos. "Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa". Cuadernos de Política Criminal, núm.22, 1984, pág. 42; Vid. VEGA RUIZ, José Augusto de. "Protección penal del consumidor". Rev. La Ley, núm.2168, 1989, pág. 3; Vid. ROLDAN BARBERO, Horacio. "Los consumidores en la dinámica de los estudios penales sectoriales". Coferencia pronunciada en el Curso sobre "El nuevo Derecho del consumidor" celebrado en Córdoba del 26 de octubre al 17 de noviembre de 1988. Curso sobre "El nuevo Derecho del consumidor", INC, 1990, págs. 412-413; GONZALEZ RUS, J. J. "Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal.". INC, Madrid, 1986, págs. 211-212.

Sin embargo otro sector doctrinal no considera conveniente la tipificación del delito publicitario. Dentro de este sector doctrinal cabe destacar a: QUINTERO OLIVARES.

tipificación como delito de la publicidad ilícita. También el propio Consejo de Europa recomendó expresamente la tipificación como delito de la publicidad ilícita en su Resolución de 24 de septiembre de 1982³⁵⁵ al considerar que «debe de reconsiderarse el tema de las sanciones penales aplicables a este sector (protección de los consumidores) con el fin de introducir, en su caso, sanciones específicas o nuevas modalidades de las sanciones tradicionales».

Nuestra Constitución de 1978 reconoce como bien jurídico digno de protección el interés de los consumidores (ex art. 51 de la Constitución) y el interés de los empresarios competidores (ex art. 38 de la Constitución), e impone que la tutela de estos intereses se materialice mediante procedimientos eficaces. Este mandato constitucional de protección de los intereses de los consumidores y de los empresarios, se ha cumplido parcialmente, en lo que a su protección penal se refiere, en virtud de lo dispuesto en los arts. 346, 347, 348, 541, 573, 576 y 602, fundamentalmente, de nuestro Código Penal, en los que se tutelan directamente los intereses de los consumidores en relación con materias tales como la alteración de los requisitos exigidos por las Leyes para la comercialización de los productos, la venta de productos no destinados a tal fin, etc, y, por otro lado, en virtud de lo dispuesto en los arts. 528, 529, 531, 532, 534, 539, 540 y 541 del mismo Código, en los que se protegen los intereses de los consumidores y de los empresarios frente a los delitos de estafas y de otros engaños, así como, de las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial, y frente a las maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

En nuestra opinión, la protección penal de los intereses de los consumidores y de los empresarios³⁵⁶ debe ser completada con la tipificación como delito de los supuestos más graves de publicidad

“Economía e instrumentos represivos”, *Papers*, núm. 13, 1980, pág. 205; GOMEZ BENITEZ. “Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio”. ADPCP, 1980, pág. 469.

³⁵⁵ Recomendación núm. R(82)15 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre el papel del Derecho penal en la protección de los consumidores (adoptada el 24 de septiembre de 1982 con ocasión de la 350 reunión de Delegados de los Ministros).

³⁵⁶ El principio de libre competencia encuentra su tutela penal subsumida en los delitos tipificados en los arts. 334 a 351 del Proyecto de Código Penal de 1980, relativos a las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores.

Así por ejemplo se puede citar el art. 341 que castiga al que “indebidamente se aprovechare de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro, o en general, ejecutare cualquier actividad que pueda producir el descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos”.

ilícita. Esta necesidad se puede justificar por el hecho de que hoy día la publicidad tiene una enorme importancia en la actividad empresarial, ya que se ha producido, paulatinamente a lo largo de la historia, un alejamiento entre el fabricante o comerciante y el consumidor, alejamiento que ha obligado a aquéllos a utilizar la publicidad como medio para «comunicarse» con los consumidores. Pero, además de esta función de conexión entre empresarios y consumidores, la publicidad puede afectar lesivamente a la salud, seguridad, o a los intereses económicos de los consumidores, así como, a la libertad de comercio y de industria y a las reglas de la competencia empresarial. Todo este cúmulo de circunstancias justifican la tipificación como delito de la publicidad ilícita.

El legislador, por lo tanto, no debe permanecer insensible ante la gran importancia que, en el ámbito socio-económico, tiene la actividad publicitaria en la actualidad, y debe darse cuenta que, la necesidad de tipificar como delito determinadas conductas publicitarias de especial gravedad, constituye un imperativo socio-económico por la importancia de los daños que la actividad publicitaria ilícita puede ocasionar en los bienes a los que ésta llegue a afectar, y cuya protección constituye, incluso, un mandato constitucional (art. 51, 38, etc. de la Constitución).

Las razones que llevaron a los autores del Proyecto de Código Penal de 1980 y de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 a tipificar, en dichos textos legales, al delito publicitario, las encontramos en la Memoria explicativa que acompañó al Proyecto de 1980. En esta Memoria se decía que lo que se pretendía era «atraer al campo penal los comportamientos más graves en materia de infracciones publicitarias, dejando a las restantes en el marco administrativo». A continuación se dejaba claro que la tipificación de esta publicidad falaz se situaba «lejos de la idea de criminalizar toda clase de ponderación excesiva de productos o servicios por parte de quien los ofrece, pero se ha estimado que la Ley penal tampoco podía quedar inactiva en esta era de la publicidad frente a las falsas alegaciones sobre la naturaleza, composición, origen o cualidades esenciales de los productos o servicios anunciados cuando se trata de mendacidades capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor y fueren intencionalmente formuladas»³⁵⁷. Es decir, las razones que llevaron a los autores del Proyecto y de la Propuesta

³⁵⁷ Memoria explicativa del Proyecto de Ley orgánica de Código Penal de 1980 págs. 78 y ss.

de Anteproyecto a tipificar el delito publicitario, fueron las de criminalizar las conductas publicitarias más dañinas para los intereses de los consumidores, e incluso, de los empresarios competidores, sin que por ello, se limitara, de tal forma, la «imaginación publicitaria» que hiciera imposible el desarrollo normal de una actividad publicitaria admitida jurídico-socialmente.

El Proyecto de 1980 tipificaba esta figura del delito publicitario en su art. 342, que integraba la Sección Segunda (Del delito publicitario), del Capítulo II (De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores), del Título VIII (Delitos contra el orden socioeconómico), del Libro II. Dicho precepto disponía:

«El que intencionadamente hiciere en la actividad publicitaria falsas alegaciones sobre la naturaleza, composición, origen o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor, será castigado con la pena de multa de 3 a 24 meses.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando se trate de publicidad de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas y otros objetos de primera necesidad. Si el perjudicado o el Ministerio Fiscal lo solicitase, el Tribunal decretará la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, asimismo, podrá autorizar la reproducción total o parcial de la misma en cualquier otro medio informativo»³⁵⁸.

³⁵⁸ Al art. 342 del Proyecto de 1980 se presentaron cinco enmiendas. La primera núm. 174 (*Socialistas de Cataluña*) consistía en la adición, en el párrafo primero, de la palabra “efectos” después de “origen” y antes de “o cualidades”; la motivación se basaba en el hecho de que “tan importantes para incitar a un consumo basado en el engaño son las cualidades sustanciales como los efectos alejados de los propios de las sustancias que contienen”. La segunda enmienda núm. 175 (*Socialistas de Cataluña*) estribaba en la adición al final del párrafo segundo del siguiente texto: “En todo caso se impondrá en su mitad superior cuando haya sido producido el delito empleando la televisión como medio difusor”; motivación: “el poder de sugestión y difusión de la televisión, que alcanza a todas las edades, se debe tener presente al aplicar la pena”. La tercera enmienda núm. 176 (*Socialistas de Cataluña*) radicaba en la adición al final del párrafo tercero del siguiente texto: “cuando el delito se haya producido a través de la televisión, el Tribunal decretará la publicación de la sentencia en TVE, cargando su importe en las costas a pagar por los responsables”; motivación: “a través del propio medio difusorio empleado se debe dar conocimiento público de la condena impuesta, y es lógico que los costos recaigan sobre los responsables penales y civiles de la publicidad y no sobre la Administración de Justicia”. La cuarta enmienda núm. 1.111 (*Grupo Comunista*) era una enmienda de sustitución, proponiendo una nueva redacción para el párrafo segundo del siguiente tenor: “se impondrá la pena en su mitad superior cuando se trate de publicidad de bienes o servicios de primera necesidad”; motivación: “evitar el casuismo recurriendo al denominador común: bienes o servicios de primera necesidad”. La quinta enmienda núm. 1.576 (*Grupo Coalición Democrática*) proponía iniciar el párrafo primero del siguiente modo: “el que hiciere en la actividad publicitaria falsas alegaciones sobre la naturaleza, composición, precios, benefi-

De la lectura de este precepto podemos deducir una serie de consideraciones:

a) En primer lugar, el delito publicitario sólo podrá producirse de forma dolosa, al exigir que la actividad publicitaria falaz se realice «intencionadamente».

b) La actividad publicitaria a la que se refiere el art. 342 debe de ir referida a la definida como tal en el art. 2 de la LGP. Esto lo podemos deducir del contexto en el que se situa, en el Proyecto, el art. 342, que forma parte, como ya hemos señalado, del Capítulo II del Título VIII, lo cual nos da a entender que quedan excluidas las comunicaciones que no se integren en la relación producción-comercialización-consumo.

c) El contenido de la conducta delictiva viene integrado por la falacia («falsas alegaciones») sobre las circunstancias de los productos o servicios que más perjuicio pueden causar al consumidor.

Integra, pues, el delito publicitario sólo la publicidad engañosa referida a esas circunstancias esenciales de los productos o servicios, pero no otras modalidades de publicidad ilícita como la subliminal, la desleal, la encubierta o la prohibida³⁵⁹.

d) Y por último hay que decir que, la falacia es condición necesaria pero no suficiente para configurar al delito publicitario, puesto que, las «falsas alegaciones» han de ser capaces «por sí mismas de inducir a grave error al consumidor». Lo cual supone que la inducción a error sólo puede derivarse de las falsas alegaciones y no de otras circunstancias ajena a la comunicación publicitaria. También se plantea aquí el problema de qué debemos entender por «grave error», expresión que, en nuestra opinión, deberán glosar los órganos judiciales competentes en cada caso, pero que debe de ir referida al contenido del mensaje publicitario.

Por su parte, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 tipificaba el delito publicitario en su art. 279, que se integraba en la Sección Segunda (De los delitos publicitarios)³⁶⁰,

cios...”; la justificación se basa en la idea de que “no parece necesario que se requiera intencionalidad para sancionar las infracciones publicitarias y a su vez deben incorporarse otras menciones a las previstas en el Proyecto para completar la figura del delito publicitario”.

³⁵⁹ El art.341 del Proyecto de Código Penal de 1980 tipifica como delito a la publicidad desleal (ex art.6 de la LGP), en sus modalidades de publicidad denigratoria y publicidad parasitaria o adhesiva (Vid nota 356 de este trabajo).

³⁶⁰ Novedad de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 es haber introducido un nuevo delito publicitario, en el art.280, integrando ahora ambos preceptos la Sección Segunda. No obstante,

del Capítulo I (De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la libre competencia y a los consumidores), del Título XII (De los delitos socio-económicos). Dicho precepto disponía:

«1. El que intencionadamente hiciere en la actividad publicitaria alegaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando se trate de publicidad de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad o destinados al consumo infantil.

3. El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, decretará la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, y asímismo podrá autorizar la reproducción total o parcial de la misma en cualquier otro medio informativo».

Este precepto lo podemos considerar casi como una copia del art. 342 del Proyecto de 1980 puesto que lo reproduce en su integridad salvo en lo siguiente:

a) Mientras que el art. 342 hacía referencia al «origen» de los productos o servicios, el art. 279 se refiere a las «virtudes» de los productos o servicios objeto de la publicidad falaz.

b) Se rebaja la duración de la pena máxima que se podrá imponer, de 24 (ex art. 342) a 18 meses (ex art. 279).

Por ello, podemos entender que todas las apreciaciones realizadas con anterioridad, respecto del art. 342 del Proyecto de 1980, las podemos aplicar a lo dispuesto en el art. 279 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983.

El *bien jurídico protegido*, por ambos preceptos, viene dado por los intereses de los consumidores, y en concreto el derecho de éstos a recibir una información veraz. Pero además, este derecho a recibir una información veraz va a constituir un derecho necesario para lograr una protección eficaz de otros derechos, tales como,

esta figura delictiva es ajena a la publicidad engañosa y no afecta al principio de veracidad. Según el art. 280: “El que utilicare por cualquier medio la imagen o el nombre de otra persona sin su consentimiento, con fines comerciales o publicitarios, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses”.

el derecho a la salud, a la seguridad y al respeto de los legítimos intereses económicos de los consumidores, derechos, todos ellos, constitucionalizados en el art. 51 de nuestra Constitución de 1978. Se concibe, así, que el bien jurídico protegido por estos artículos (art. 342 del Proyecto de 1980 y art. 279 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983), va a ser un bien jurídico supraindividual o colectivo, perteneciente a la categoría de lo que podemos considerar como de «los intereses difusos».

También se va a proteger, mediante la salvaguarda del derecho a recibir una información veraz, la transparencia del mercado, es decir, que éste funcione de acuerdo con las normas de una competencia lícita, en la que sean los mejores los que triunfen y no los que, utilizando medios ilícitos o abusivos, logren atraerse a la clientela de un competidor, y todo ello, porque el consumidor va a poder ejercer correctamente su función de árbitro en el mercado si la información que recibe es veraz y no engañosa. Por lo tanto, se protegen, también, los intereses de los empresarios competidores, aunque esta protección sea mediata o indirecta, tal y como hemos visto.

Haciendo referencia al Derecho comparado, hay que decir que, hoy existen normas jurídico-penales destinadas a reprimir la publicidad ilícita en países de nuestra órbita socio-cultural tales como, la República Federal Alemana y Francia.

En Francia el «Derecho penal de la publicidad» se ha orientado, fundamentalmente, hacia la represión de la publicidad engañosa. Las primeras disposiciones penales-publicitarias se recogieron en la Ley de Finanzas de 2 de julio de 1963³⁶¹, y en la actualidad, se encuentran en la «Loi Royer» de 27 de diciembre de 1973, y en concreto en su art. 44 I, según el que:

«Se prohíbe toda publicidad, cualquiera que sea su forma, que contenga alegaciones, indicaciones o representaciones falsas o que puedan inducir a error, cuando las mismas se refieran a uno o a varios de los siguientes elementos: existencia, naturaleza, composición, cualidades sustanciales, posibilidades de aprovechamiento,

³⁶¹ Según el art. 5 de la Ley francesa de Finanzas de 2 de julio de 1963 “se prohíbe toda publicidad hecha de mala fe que comporte alegaciones falsas, o que induzca a error, cuando las alegaciones son precisas y se refieran a alguno o varios de los elementos siguientes: naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales, fecha de fabricación, propiedades de los productos o prestaciones de servicio que constituyen objeto de la publicidad, motivos o procedimientos de venta, resultados que pueden esperarse de su utilización, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante, de los distribuidores o de los prestatarios”.

especie, origen, cantidad, modo y fecha de fabricación, propiedades, precio y condiciones de venta de los bienes o servicios objeto de la publicidad, requisitos para su utilización, resultados que pueden esperarse de su utilización, motivos o procedimientos de la venta o de la prestación de los servicios, alcance del compromiso asumido por el anunciante, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante, de los revendedores, de los promotores o de los prestatarios».

El párrafo octavo de este art. 44 II, dispone que «el delito se constituye cuando la publicidad se hace, recibe o percibe en Francia», y el párrafo noveno establece que «las infracciones a las disposiciones del parágrafo I del presente artículo serán sancionables con las penas previstas en el art. 1 de la Ley de 1 de agosto de 1905 relativa a la represión de los fraudes». De esta forma, como pena principal, prevé este art. 1, la imposición de una pena privativa de libertad de 3 meses a 2 años y/o una pena de multa de 1.000 a 250.000 francos pudiendo elevarse el máximo de la multa (a tenor de lo dispuesto en el párrafo 10 del art. 44 II de la «Loi Royer») al 50% del coste de la publicidad.

Además, también se contemplan en este art. 44 II de la «Loi Royer» otras penas complementarias, como son: La publicación obligatoria de la sentencia condenatoria y la publicación facultativa de anuncios de rectificación a costa de los condenados, según se desprende del párrafo sexto de este art. 44 II³⁶².

Finalmente, se prevén en el párrafo doce de este art. 44 II, una serie de delitos conexos a los que se les aplicará las mismas penas que al delito principal de publicidad engañosa, y que consisten: en la negativa a comunicar elementos justificativos, o publicidades difundidas; cuando concurre una inobservancia de las decisiones que ordenan la cesación de la publicidad; o cuando no se publiquen los anuncios de rectificación en el plazo concedido.

Por su parte, en la República Federal Alemana, la norma penal que contempla al delito publicitario se contiene en el parágrafo cuarto de la Ley de Competencia Desleal de 1909 (UWG), según el que:

«1. Será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año y multa, o con una de estas penas, quien, con la intención de suscitar la apariencia de una oferta especialmente ventajosa, rea-

³⁶² Vid. nota 331 del presente trabajo.

liza alegaciones falsas y susceptibles de inducir a error en publicaciones o comunicaciones que están destinadas a un extenso círculo de personas, sobre situaciones comerciales, en especial sobre la calidad, el origen, la forma de fabricación o de fijación del precio de mercancías o servicios concretos o de la oferta global, sobre listas de precios, sobre la clase de suministro o las fuentes de suministro, sobre la posesión de distinciones, sobre el motivo o la finalidad de la venta o sobre el "stock" de mercancías.

2. Si la acción descrita en el párrafo primero tiene lugar en la empresa industrial y es realizada por un empleado o comisionista, se castigará también, junto con éstos, al propietario o gerente de la empresa, en el caso de que la acción se llevase a cabo con su conocimiento.»

Podemos comprobar, en virtud de lo dispuesto en este párrafo cuarto, el evidente matiz social de la Ley de Competencia Desleal alemana, que protege no sólo a los empresarios competidores sino que, además también, tiene muy presentes los intereses de los consumidores que son protegidos frente a los abusos de los empresarios que actúan deslealmente, no respetando las reglas lícitas de la competencia.

También se preveía la figura del delito publicitario en el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán, cuyo párrafo 177 establecía que:

«1. El que, en el tráfico económico, realice alegaciones falsas al ofrecer, en forma pública o ante un extenso círculo de personas, una mercancía o su producción industrial, sobre ciertas circunstancias consideradas esenciales en el comercio para la conclusión del contrato, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con pena de multa.

2. Las circunstancias a las que se refiere el párrafo primero son, en especial, la calidad, el origen y determinación del precio de la mercancía o de la producción, sus posibilidades de utilización, así como la posesión de premios y el motivo o la finalidad de la oferta»³⁶³.

³⁶³ Adicionalmente conviene señalar que el Proyecto Alternativo contenía también un supuesto especial de publicidad engañosa, en el párrafo 188, que contempla un caso de alegaciones falsas en prospectos con fines publicitarios, relativos a inversiones de capital. Este último precepto dispone:

“1. El que realice alegaciones falsas en prospectos o en comunicaciones similares pertenecientes a una empresa y destinadas a la suscripción de acciones o a la compra y venta de participaciones en la misma, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres

Por último, hay que hacer referencia a la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa de 1984, que en su art. 4,1 dispone que «los Estados miembros han de preocuparse de que existan medios adecuados y eficaces para controlar la publicidad engañosa en interés de los consumidores, así como de los competidores y del público en general», con lo cual los Estados miembros se ven compelidos a dictar, no sólo normas civiles o administrativas, sino también, penales siempre que éstas sean necesarias para lograr una protección más eficaz de los consumidores y de los competidores.

En nuestro país, como ya sabemos, no está, aún, tipificado el delito publicitario, a pesar de los intentos que, con tal fin, han tenido lugar a través del Proyecto de Código Penal de 1980 y de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, en los que sí se preveía la creación de este delito en sus artículos 342 y 279, respectivamente.

Hoy día, por lo tanto, sólo será posible la imposición de una sanción penal al responsable de una determinada actividad publicitaria ilícita, configurando ésta como el delito de estafa tipificado en el art. 528 del Código Penal³⁶⁴, es decir, cuando se utilice la publicidad para llevar a cabo el «engaño bastante para producir error en otro» y dicho acto pueda configurarse como una estafa según lo dispuesto en nuestro Código Penal. Parte de la doctrina³⁶⁵ considera que sería mucho más fiable, que la creación de un delito publicitario, adicionar a la regulación de la estafa una modalidad de ésta agravada en virtud del perjuicio patrimonial causado mediante la publicidad. Esta estafa publicitaria ha sido ya reconocida por la Jurisprudencia del TS en sentencias de 2 de diciembre de 1985 y de 14 de octubre de 1988.

Por último, cabe señalar que serán responsables de la publicidad ilícita en el ámbito penal, según dispone el art. 13 del Código Penal³⁶⁶, «sólo los autores», considerándose como tales, según

años o con multa, si dichas alegaciones se refieren a circunstancias determinantes para decidir sobre la suscripción, la compra o venta o el otorgamiento de un préstamo. En la misma pena incurrirá el que omita tales circunstancias.

2. El que, imprudentemente, realice alegaciones falsas será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa».

³⁶⁴ Dispone el art. 528 del Código Penal que «Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero».

³⁶⁵ Vid. ROLDAN BARBERO, H. «Los consumidores en la dinámica...», *ob. cit.*, pág. 413.

³⁶⁶ Dispone el art. 13 de nuestro Código Penal que:
«Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior (que hace referencia a los responsables

dispone el art. 15 de dicho Código³⁶⁷, «los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos». Por lo tanto, podemos considerar como responsables, al anunciante por ser el que deberá prestar su conformidad a la campaña publicitaria ideada por una agencia y difundida por un medio, y por ser el beneficiario directo de esa publicidad ilícita, y además el director de la agencia publicitaria que ideó el contenido del mensaje publicitario ilícito, en virtud de lo dispuesto en el art. 15 bis. del Código Penal³⁶⁸.

criminalmente de los delitos y faltas) los delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad. De dichas infracciones responderán criminalmente sólo los autores”.

³⁶⁷ Dispone el art. 15 de nuestro Código Penal que:

“Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el art.13 los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos. Si aquéllos no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España o estuvieren exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al art.8 de este Código, se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de éstos se reputarán autores los editores, también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal según el artículo anteriormente citado y, en defecto de éstos, los impresores.

Se entiende por impresores, a efectos de este artículo, los directores o jefes de establecimiento en que se haya impreso grabado o publicado, por cualquier otro medio, el escrito o estampa criminal”.

³⁶⁸ Dispone el art. 15 bis de nuestro Código Penal que:

“El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”.

BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA ESTEVEZ, José B.** «En torno al nuevo Derecho de la publicidad: Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad». *Rev. General de Derecho*, septiembre, 1989, págs. 5337 y ss.
- ACOSTA ESTEVEZ, José B.** «Planteamientos básicos sobre el proceso y procedimiento de la LGP». *Rev. Gral. del Derecho*, año XLVI, núm. 547, abril 1990, págs. 2175 y ss.
- ALONSO DAVILA, Jesús.** «La nueva Ley General de Publicidad. Una Ley preocupante». *Rev. La Ley (Legislación)*, núm 5, febrero 1989.
- ASCARELLI, T.** «Produzione in massa e tutela della probabilitá». *Rev. Dir. Ind.* 1954.
- ALLUE, M.** «La responsabilidad jurídica del anunciante». *Bolentín de Documentación para la Investigación Económica y Social*, 1978, volumen 5, núm. 3, págs. 329-339.
- BACHARACH DE VALERA, Sol.** «Legitimación activa de Asociaciones de consumidores para entablar la acción de cesación». *ADI*, núm. 9, págs.161 y ss., 1983.
- BANDO CASADO, Honorio.** «Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor». INC, 1983.
- BARCELÓ, C.** «Quince lecciones de publicidad general básica». INDEX, 1979.
- BERCOVITZ, A.** «Procedimientos y sanciones en materia de publicidad desleal». Jornadas de Derecho de la publicidad. INP, Madrid, 1980.
- BERCOVITZ, A.** «Aspectos jurídicos de la publicidad en RTVE». *Problemas actuales del Derecho de la publicidad*. INP, 1984.
- BERCOVITZ, A.** «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». *ESC*, núm.3, diciembre de 1984, págs.11 y ss.
- BERCOVITZ, A.** «La protección de los consumidores en el Derecho español». *ESC*, núm.1, 1984, págs. 55 y ss.
- BERCOVITZ, A.** «La protección de los consumidores. La Constitución española y el Derecho Mercantil». *Lecturas sobre la Constitución española*. Madrid, 1978.
- BERGOT CIVIT, Raimón.** «La protección de los consumidores y usuarios y la empresa». *La empresa en la Constitución española*. Editorial Aranzadi, 1989.
- BERMEJO VERA, José.** «Aspectos jurídicos de la protección de los consumidores». *Rev. de Administración Pública*, núm.87, 1978, págs. 251 y ss.

BOLETIN OFICIAL DE LA CORTES GENERALES, CONGRESO. Serie A
núm.62-1 de 25 de noviembre de 1987.

- BROSETA PONT, Manuel.** «La publicidad y protección del consumidor en la legislación del Estado y de las CCAA». *Problemas actuales del Derecho de la publicidad*. INP. Madrid, 1984.
- BUECHE DE COURT, Francois.** «La concurrence déloyale et les droits de la personnalité en tant que restrictions de la publicité. Etude comparée des droits civils suisse, allemand et français». Universite de Belé, 1979.
- CABANILLAS GALLAS, Pio.** «Principios jurídicos de la publicidad española. Estatuto de la Publicidad». INP. Madrid, 1967.
- CALVET, Juan A.** «El autocontrol publicitario». *Publitecnia*, núm. 38/39, 1976. pág. 97.
- CAS, G.** «La défense du consommateur». *Presses Universitaires de France*. Paris, 1980.
- CASTRO, Federico de.** «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor». *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, fascículo IV, 1982.
- CASTRO MARTIN, J.L. de.** «Los supuestos de publicidad ilícita en la nueva LGP». *ICADE*, núm.18, 1989, págs. 65 y ss.
- CATHELAT, B.** «Publicité et société». PBP. París, 1976.
- CEPAS PALANCA, Rafael.** «Comentarios sobre la adaptación del Derecho español a la normativa de la CEE en materia de protección de los consumidores». *Gaceta Jurídica de la CEE*. Serie D, núm. 38, octubre 1987, págs. 505 y ss.
- COLLOGUE.** «Les tests comparatifs en droit comparé». Actes du Colloque de Lausanne. Droz. Geneve, 1979.
- CUESTA RUTE, José María de la.** «Régimen jurídico de la publicidad». Tecnos, 1974.
- CUESTA RUTE, José María de la.** «Lecciones de Derecho de la publicidad». Univ. Complutense. Madrid, 1985.
- CUESTA RUTE, José María de la.** «Los principios generales de la publicidad ante la reforma del Estatuto». *Publitecnia*, núm 63, 1984, pág. 15.
- CUESTA RUTE, José María de la.** «La Directiva de la CEE sobre publicidad engañosa». *ESC*, núm. 7, 1986, págs. 83 y ss.
- CUESTA RUTE, José María de la.** «El Derecho de la publicidad en la CEE». *Noticias/CEE*, núm. 35, págs. 115 y ss.
- CUESTA RUTE, José María de la .** «Observaciones sobre la Ley General de Publicidad». *Rev. Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1989, págs. 51 y ss.
- DARANAS PELAEZ, Mariano.** «Defensa de la competencia y protección del consumidor». *Información comercial española*, núm. 532, 1977.
- DAYAN, A.** «La publicité». Puf. París, 1976.
- DIVIER, P. F.** «50 cass de publicité mensagère». Litec. París, 1978.
- DUQUE, Justino.** «La protección de los derechos económicos y sociales en la LGDCU». *ESC*, núm. 3, 1984.
- ESTRADA SALADICH, F.** «La publicidad en España». Editorial Quiris. Barcelona, 1959.
- FALLOS DEL JURADO CENTRAL DE PUBLICIDAD.** Ministerio de Información y Turismo.

- FERNANDEZ NOVOA, Carlos.** «La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad». *ADI*, tomo II, 1975, págs. 369 y ss.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos.** «La reforma del vigente Estatuto de la Publicidad de 1964 ante el ingreso de España en la CEE». INP. Madrid, 1979.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos.** «La publicidad encubierta». *ADI*, tomo III, 1976, págs. 371 y ss.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos.** «La publicidad de tono estrictamente personal». *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín GARRIGUEZ*. Madrid, 1971.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos.** «La publicidad comparativa». *ADI*, tomo IV, 1977, págs. 25 y ss.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos.** «La adecuación de Estatuto de la Publicidad al Proyecto de Directrices de la CEE». Jornadas de Derecho de la Publicidad. INP, 1980., págs. 97 y ss.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos.** «Estudios de Derecho de la Publicidad». Univ. de Santiago de Compostela, 1989.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos.** «La publicidad correctora». *Publitecnia*, núms. 49/50, 1979, págs. 11 y ss.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos.** «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias». *RDM*, núm. 107, 1968, págs. 13 y ss.
- FERRER, E.** «La publicidad». Trillas. México, 1980.
- FERRER ROSELLO, C.** «El consumidor frente a la publicidad». Index. Madrid/Barcelona, 1979.
- FONT GALAN, Juan Ignacio.** «Constitución económica y Derecho de la competencia». Tecnos. Madrid, 1987.
- FONT GALAN, Juan Ignacio y RIVERO YSERN, José L.** «Materiales normativos para una Ley de defensa de los consumidores y usuarios de Andalucía». *ESC*, núm. 6, diciembre 1985.
- FONT GALAN, Juan Ignacio.** «El tratamiento jurídico de la publicidad en la LGDCU». Curso sobre «El nuevo Derecho del consumidor». INC, 1990, págs. 55 y ss.
- FONT GALAN, Juan Ignacio.** «La crisis de la relación de competencia como presupuesto técnico de aplicación de la cláusula general de la competencia desleal». *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 72, págs. 231 y ss.
- FUSI, Mauricio.** «Corrective Advertising». *Publitecnia*, núm. 62, 1983, págs. 111 y ss.
- GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José A.** «La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE». *Rev. de Instituciones Europeas*, 1988, págs. 447 y ss.
- GARRIGUEZ, J/DEL CAMPO, S/ y otros.** «La publicidad y sus fundamentos científicos». INP. Madrid, 1966.
- GARRIGUEZ, Joaquín.** «La defensa de la competencia mercantil». Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964.
- GISPERT PASTOR, María Teresa de.** «La noción de empresa en la Constitución española». *La empresa en la Constitución española*. Aranzadi, 1989, págs. 37 y ss.
- GOMEZ SEGADE, J.A./LEMA DEVESAS, C.** «La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español». Separata. *ADI*, tomo VII, 1981. págs. 31 y ss.

- GOMEZ SEGADE, J.A.** «Algunos aspectos de la licencia de Know How». *ADI*, tomo VII, 1981, págs. 201 y ss.
- GOMEZ SEGADE, J.A.** «El secreto industrial (Know How). Concepto y protección». Tecnos. Madrid, 1974.
- GOMEZ SEGADE, J.A.** «Los sistemas de autorregulación publicitaria». Primeras Jornadas de Derecho de la publicidad. INP. Madrid, 1980, págs. 151 y ss.
- GOMEZ SEGADE, J.A.** «Los análisis comparativos y la publicidad». Problemas actuales del Derecho de la publicidad. INP. Madrid, 1984.
- GONZALEZ ANLEO, Juan.** «Sociedad de Consumo y Publicidad». *Publitecnia*, núms. 49/50, 1979, págs. 50 y ss.
- GONZALEZ RUS, Juan José.** «Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal». INC. Madrid, 1986.
- GREFFE, Pierre/GREFFE, Francois.** «La publicité et la Loi». Litec. París. 1983.
- GREFFE, Francois.** «Sobre la responsabilidad del anunciante y de la agencia». *Publitecnia*, núm. 57, 1981, págs. 115 y ss.
- GUY, Isaac.** «La acción de la Comunidad europea para la protección de los intereses económicos y jurídicos del consumidor». *Rev. de Instituciones Europeas*, volumen 6, núm. 3, 1979.
- HASS, C. R.** «Teoría, técnica y práctica de la publicidad». Editorial Rialp, S.A. 1959.
- HUERTA Y PALACIOS, Felipe de.** «Los principios jurídicos de la publicidad española: su protección». *Publitecnia*, núm. 63, 1984, págs. 25 y ss.
- INSTITUTO NACIONAL DE PUBLICIDAD.** «Primeras jornadas de Derecho de la publicidad». INP. Madrid, 1980.
- INSTITUTO NACIONAL DE PUBLICIDAD.** «Problemas actuales del Derecho de la publicidad». INP. Madrid, 1984.
- LACRUZ BERDEJO, José Luís.** «El acceso de los consumidores a la justicia en la LGDCU». *ESC*, noviembre 1987.
- LASARTE ALVAREZ, Carlos.** «La protección de los consumidores y usuarios ante la promoción publicitaria de bienes y servicios». Ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho del Consumo. Oviedo, 8 a 10 de marzo de 1989.
- LEGISLACION PUBLICITARIA.** Tecnos. Madrid, 1985.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «Entorno a la publicidad engañosa». *ADI*, tomo IV, 1977, págs. 293 y ss.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «La modificación del proyecto de directrices de la CEE sobre la publicidad engañosa y desleal». *ADI*, tomo VI, 1979-80.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «La exageración publicitaria en el Derecho español». Separata. *ADI*, tomo V, 1978, págs. 263 y ss.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «La publicidad de tono excluyente». Santiago de Compostela, 1979.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «La publicidad exterior y la protección del paisaje». Separata. *ADI*, tomo V, 1978, págs. 333 y ss.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «La autopublicidad y la utilización de un idioma extranjero en la publicidad». *ADI*, tomo VI, 1979-1980, págs. 209 y ss.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «Nuevas perspectivas del Derecho europeo de la publicidad». *ADI*, tomo VI, 1979-1980, págs. 75 y ss.
- LEMA DEVESA, C; FERNANDEZ NOVOA, C; GOMEZ SEGADE, J. A.;**

- BOTANA AGRA, M.; AREAN LALIN.** «Líneas básicas de la futura Ley General de Publicidad». *Publitecnia*, núm. 63, 1984, págs. 5 y ss.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «La reforma del Derecho español de la publicidad y nuestra adhesión a las CCEE». *Noticias/CEE*, núm. 35.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «Problemas y perspectivas de la futura Ley General de Publicidad». Conferencia pronunciada con ocasión de la Asamblea y Junta General de socios de Autocontrol de la Publicidad, 13 de junio de 1985.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «El artículo determinado como modalidad de la publicidad de tono excluyente». *ADI*, tomo III, 1976, págs. 347 y ss.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «La regulación de la publicidad engañosa y desleal en el marco de la CEE». *ADI*, tomo IV, 1977, págs. 601 y ss.
- LEMA DEVESA, Carlos.** «La protección del consumidor en la LGP». Curso sobre «El nuevo Derecho del consumidor». INC, págs. 103 y ss.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María.** «Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita». *Rev. La Ley*, núm. 2190, 21 de marzo 1989.
- MADRENAS i BOADAS, Carme.** «Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal». Civitas. Madrid, 1990.
- MARTIN ARMARIO, E.** «La gestión publicitaria». Ed. Pirámide, 1980.
- MARTIN OVIEDO, José María.** «Curso de Derecho publicitario español». Madrid, 1975.
- MARTINEZ PEREZ, Carlos.** «Delito publicitario». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 22, 1984, pág. 33.
- MARTINEZ PEREZ, Carlos.** «Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa». *Cuadernos de política criminal*, núm. 22, 1984.
- MARTINEZ PEREZ, Carlos.** «Repercusión penal del art. 8.3 de la LGDCU». *ADI*, tomo IX, 1983, págs. 493 y ss.
- MASSAGER, José.** «Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmatrimoniales». *Rev. Gral. del Derecho*, núms. 544-545, enero-febrero 1990, págs. 245 y ss.
- MAYER, D.** «Droit Pénal de la publicité». Masson. París, New York, Barcelona, Milán, 1979.
- MENENDEZ MENENDEZ, A.** «La competencia desleal». Ed. Civitas, 1988.
- MESA, R.A.** «Dos ensayos», 1949.
- MONTON REDONDO, Alberto.** «El proceso de la Ley General de Publicidad». *Rev. La Ley*, núm. 2175, 28 de febrero de 1989.
- MUNNE, Federico.** «Publicidad, producción y consumo». *Publitecnia*, núm. 61, 1983. págs. 41 y ss.
- ORTEGA MARTINEZ, E.** «La dirección de marketing». Ed. ESIC, 1987.
- ORTEGA MARTINEZ, E.** «Manual de investigación comercial». Ed. Pirámide, 1981.
- OTERO LASTRES, José Manuel.** «La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita». *ADI*, tomo IV, 1977, págs. 113 y ss.
- OTERO LASTRES, José Manuel.** «La autorización del anterior titular de la marca y la protección de los consumidores». *ADI*, tomo III, 1976, págs. 285. y ss.
- PEREZ LUÑO, A. E.** «Los derechos fundamentales». Ed. Tecnos, 1984.
- POLO SANCHEZ, Eduardo.** «La protección del consumidor en el Derecho Privado». Civitas. Madrid, 1980.

- QUINTELA GOSALVEZ, María Teresa.** «La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978». INC, 1986.
- REBOLLO PUIG, Manuel.** «Potestad sancionadora, alimentación y salud pública». Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, 1989.
- REGIMEN JURIDICO DE LA PUBLICIDAD.** *BOE*. Madrid, 1984.
- REICH, Norbert.** «Mercado y Derecho». Ed. Ariel, 1985.
- RIVERO YSERN, Enrique.** «La protección del usuario de los servicios públicos». *Rev. Adm. Pùb.*, núm. 87, 1978, págs. 205 y ss.
- ROJO FERNANDEZ, Angel.** «La responsabilidad civil del fabricante en el Derecho español y en la Directiva 85/374/CEE. Conferencia pronunciada en Curso sobre «El nuevo Derecho del consumidor», celebrado en Córdoba entre el 26 de octubre y el 18 de noviembre de 1988.
- ROLDAN BARBERO, Horacio.** «Los consumidores en la dinámica de los estudios penales sectoriales». Conferencia pronunciada en el Curso sobre «El nuevo Derecho del consumidor», celebrado en Córdoba entre el 26 de octubre y el 18 de noviembre de 1988. Curso sobre «El nuevo Derecho del consumidor». INC, 1990, págs. 399 y ss.
- RUIZ VADILLO, A.** «Algunos aspectos jurídicos de la publicidad». Madrid, 1967.
- RUIZ VADILLO, A.** «El Derecho penal y la protección de los consumidores». *Rev. La Ley*, 1984, págs. 1111 y ss.
- SANCHEZ CORDERO DAVILA, Jorge A.** «La protección del consumidor». Nueva Imagen. México, 1981.
- SANCHEZ GUZMAN, José Ramón.** «Defensa de la publicidad». *Publitecnia*, núm. 50, 1979, págs. 63 y ss.
- SANTAELLA LOPEZ, Manuel.** «Introducción al Derecho de la publicidad». Civitas. Madrid, 1982.
- SANTAELLA LOPEZ, Manuel.** «El nuevo Derecho de la publicidad». Civitas. Madrid, 1989.
- SANZ DE TEJADA, Luís Angel.** «La publicidad: una técnica al servicio de la acción comercial». Esic. Madrid, 1975.
- SCHRICKER, Gerhard.** «La rectificación publicitaria». *ADI*, tomo II, 1975, págs. 11 y ss.
- SEBASTIAN PARDOS, VALENTIN Y SEBASTIAN CHENA, V. JAVIER.** «Efectos parciales de la nueva Ley General de Publicidad». *Rev. La Ley*, núm. 2217, 28 de abril de 1989.
- SERRANO GOMEZ, F.** «Marketing para economistas de empresa». Ed. ESIC, 1990.
- SILLARD, Alain.** «La protection de l'entreprise contre la publicité déloyale». Université de Montpellier, 1973.
- SOBRAO, F.** «El Jurado Central de Publicidad». *Rev. de Administración Pública*, núm. 71, 1973, págs. 498 y ss.
- SORDELLI, Luigi.** «Autodisciplina pubblicitaria: rapporti fra autodisciplina e legge statuale». *Rev. Dir. Ind.*, anno XXIV, 1975. Parte Prima. págs. 52 y ss.
- TALLON GARCIA, José.** «Curso de Derecho publicitario». INSADE. Valladolid, 1972.
- TALLON GARCIA, José.** «La actividad publicitaria en el Derecho español». Valladolid, 1971.

- TALLON GARCIA, José.** «Algunos aspectos de la protección del consumidor ante la publicidad engañosa». *Publitecnia*, núm. 46, 1978, págs. 22 y ss.
- TORRES LANA, José Angel y CABANILLAS MUGICA, Santiago.** «Código de Derecho del Consumo». *Trivium*. Madrid, 1989.
- VARANGOT, Carlos Jorge.** «Publicidad mercantil». *RDM*, vol. XXXVI, núm. 89, 1963, págs. 55 y ss.
- VEGA RUIZ, José Augusto de.** «La protección jurídica del consumidor y la Administración de Justicia: procedimientos judiciales». *Rev. La Ley*, núm. 1848, 24 de noviembre de 1987.
- VEGA RUIZ, José Augusto de.** «Protección penal del consumidor». *Rev. La Ley*, núm 2168, 1989.
- VIELFAURE, C.** «La publicité de A a Z». Rétz. París, 1975.

INDICE

	<i>Pág.</i>
Presentación	5
Prólogo	7
Capítulo I:	
Introducción y cuestiones preliminares	13
I. Introducción	15
II. Cuestiones preliminares	23
A) Concepto de publicidad, destinatario de la publicidad, consumidor y anunciante	23
1. Concepto de Publicidad	23
1.1. Significado técnico-comercial	23
1.2. Concepto Legal	25
2. Ámbito de aplicación de la LGP	28
2.1. Concepto de destinatario de la publicidad	28
2.2. Concepto de consumidor: análisis del concepto legal y su aplicabilidad a la LGP	30
2.3. Concepto de anunciante	34
B) Orientación política de las normas reguladoras de la actividad publicitaria: hacia una mayor protección de los consumidores	35
C) El viejo Estatuto de la Publicidad de 1964 (Ley 61/1964 de 11 de junio)	38
D) Necesidad de una nueva Ley General de Publicidad	41
Capítulo II:	
Los supuestos de publicidad ilícita en la Ley General de Publicidad de 1988.	47
I. La publicidad ilícita: supuestos legales	50
A. La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o que vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución	51
B. La publicidad engañosa	54

C. La publicidad desleal	61
1. La publicidad denigratoria	65
2. La publicidad adhesiva o parasitaria	70
3. La publicidad comparativa 174	70
4. La cláusula general prohibitiva de la publicidad desleal	72
D. La publicidad subliminal	75
E. La publicidad de productos y servicios que afectan a la salud y seguridad del consumidor	76
II. La publicidad encubierta	81
Capítulo III: Jurisdicción y procedimiento en la Ley General de Publicidad de 1988	87
I. Introducción: El sistema judicial o administrativo para la represión de la publicidad ilícita <i>versus</i> protección del consumidor	89
II. Legitimación activa: análisis del art. 25 LGP	96
A. Legitimación activa de los consumidores (ex art. 25 LGP)	97
B. Legitimación activa de los empresarios competidores (ex art. 25 LGP)	98
C. Requisitos de la legitimación activa (ex art. 25 LGP) ..	100
D. Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y de los órganos administrativos competentes	101
III. Legitimación pasiva: el responsable de los daños causados por la publicidad ilícita	109
IV. Fase previa al proceso ante la Jurisdicción Ordinaria: Análisis de los arts. 26 y 27 de la LGP	115
V. El proceso ante la jurisdicción ordinaria	120
A. El denominado «proceso publicitario»: Características	120
B. El órgano judicial competente	125
C. Medidas provisionales de carácter cautelar	128
D. El contenido de la sentencia condenatoria de la publicidad ilícita	133
1. Las sanciones publicitarias del art. 31 de la LGP ..	133
2. Sanciones de naturaleza civil	147
3. Sanciones de naturaleza administrativa	149
4. Sanciones de naturaleza penal: El delito publicitario	155
BIBLIOGRAFIA	167



Ministerio de Sanidad y Consumo
Instituto Nacional del Consumo



Príncipe Vergara, 54 - 28006 Madrid