

LA PUBLICIDAD DESLEAL Y MEDIOS PARA COMBATIRLA

Carlos Lema Devesa

Sumario: I. Introducción; II. Concepto de publicidad; III. La publicidad desleal como categoría general; IV. La publicidad engañosa: 1) Definiciones legales. 2) La publicidad engañosa por omisión. 3) La publicidad encubierta. 4) Sentencias sobre publicidad engañosa; V. La publicidad confusionista; VI. La publicidad denigratoria; VII. La publicidad comparativa; VIII. La publicidad adhesiva; IX. Ulteriores modalidades de publicidad desleal: 1) La publicidad subliminal. 2) La publicidad con regalo; X. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, en España se asiste a lo que algunos denominan «*boom*» publicitario. Los pronósticos de los expertos se han visto confirmados y el pasado año 1990 las televisiones privadas iniciaban su camino en el mercado audiovisual, participando en la «tarta publicitaria»

De manera paralela, la creación de emisoras de radio de FM, tanto por parte del Estado, como por parte de las Comunidades Autónomas, ha originado que prácticamente en cada pueblo exista una emisora de radio que –incluso en el caso de las emisoras municipales– se financia a través de la publicidad. Pero no sólo la radio y la televisión, sino también los restantes medios siguen aumentando: cada día surgen nuevos periódicos y nuevas revistas, en los que los anunciantes alaban y ponderan las características de sus productos o servicios.

De manera paralela al crecimiento de los medios publicitarios, se ha producido un crecimiento de la legislación tendente a regular la publicidad. A este respecto, no debe olvidarse que –en el ámbito comunitario– después de la Directiva de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa, se ha dictado la Directiva de 3 de octubre de 1989, que regula la publicidad en televisión. En el ámbito español, se ha promulgado la rel-

evante Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 que –por decirlo de alguna manera– constituye la Carta Magna de la publicidad. Y, más recientemente, la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991, que no sólo contempla la publicidad como arma que utilizan los empresarios en la lucha competitiva, sino como actividad que afecta a los consumidores y que protege el denominado «orden concurrencial».

Efectuada esta breve introducción y como paso previo para analizar la publicidad desleal, tenemos que conocer el concepto de publicidad.

II. CONCEPTO DE PUBLICIDAD

Como no podía menos de suceder, la Ley General de Publicidad define la publicidad en su Artículo 2. Según este precepto: «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». La definición transcrita reproduce casi «*ad pedem litterae*» el concepto de publicidad de la Directiva Comunitaria de 10 de septiembre de 1984. Sin embargo, perfecciona el texto europeo, por virtud de una mejor redacción, toda vez que no se habla de promover el «suministro de bienes», sino la contratación. Y tampoco se alude a actividades liberales sino profesionales.

Como ya he indicado en otro lugar, la definición de publicidad que recoge la Ley es muy amplia. En efecto, los términos «toda forma de comunicación» ponen de relieve que dentro de la actividad publicitaria deben incluirse no sólo los textos escritos o hablados, sino también las representaciones gráficas, fotografías, sonidos, etcétera, etcétera. De tal suerte que, a los efectos de considerar una comunicación como publicitaria, es indiferente la modalidad de difusión del mensaje. También carece de relieve el número de destinatarios: las conversaciones previas a la adquisición de un producto entre el empresario y el consumidor pueden merecer el calificativo de actividad publicitaria.

Asimismo, también debe tenerse en cuenta que a través de este concepto amplísimo de la publicidad, no se puede limitar la misma a la «información», toda vez que el término «comunicación» es más extenso. Y, lo que es más importante, al considerar como publicidad toda modalidad de comunicación, se protege de una manera más eficaz al público de los consumidores, ya que se evita que puedan sustraerse al ámbito de aplicación de la Ley determinadas modalidades de comunicación publicitaria, que *prima facie* no informan a los destinatarios.

III. LA PUBLICIDAD DESLEAL COMO CATEGORÍA GENERAL

Al regular la publicidad ilícita, la Ley General de Publicidad –con un criterio sumamente criticable– distingue cinco supuestos, dentro de este «*Oberbegriff*». A saber: la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere valores y derechos reconocidos en la Constitución; la publicidad engañosa; la publicidad desleal; la publicidad subliminal y la publicidad que infrinja normas específicas sobre la regulación publicitaria de determinados productos o servicios.

Como ha señalado con acierto el profesor Menéndez, al referirse al Proyecto de Ley General de Publicidad, debe superarse esta división artificial que ha introducido nuestro legislador entre «publicidad desleal» y «publicidad engañosa», así como «publicidad subliminal» y cabría añadir también «publicidad infractora de normas jurídicas». Como indica el citado autor, la división que llevó a cabo el legislador de 1988 sólo tiene sentido en el marco de una protección corporativa de la competencia desleal. Esto es: dentro de una visión de la materia considera publicidad desleal la que vulnera los intereses de los competidores y publicidad engañosa la que atenta contra los intereses de los consumidores.

A nuestro modo de ver, es innegable que estas otras modalidades publicitarias también deben conceptuarse como publicidad desleal: las mismas que afectan –aunque de modo reflejo– a los empresarios competidores. Por otra parte, es curioso comprobar cómo en el Borrador de Anteproyecto de la Ley General de Publicidad, elaborado por el

denominado «Grupo de Expertos», no se efectuaba esta división artificial que, inexplicablemente, se introdujo por parte de nuestro legislador.

Así las cosas, desde el punto de vista científico, debe desecharse la separación introducida –por nuestro legislador publicitario– entre publicidad desleal, por un lado, y publicidad engañosa, subliminal, infractora de normas específicas, etcétera, por otro lado. A nuestro juicio, la publicidad desleal es un concepto genérico que engloba las más diversas deformaciones publicitarias (entre otras las citadas), según se desprende del Artículo 6 c) *in fine* de la propia Ley General de Publicidad, que permite aplicar –como norma complementaria– la cláusula general prohibitiva de la publicidad desleal a todos los supuestos publicitarios calificados como ilícitos.

Llegados a este punto, vamos ya a examinar las modalidades de publicidad desleal, que se recogen, bien en la Ley General de Publicidad y simultáneamente en la reciente Ley de Competencia Desleal.

IV. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

1) Definiciones Legales

La Ley General de Publicidad define la publicidad engañosa siguiendo, casi literalmente, la Directiva Comunitaria de 10 de septiembre de 1984. Concretamente, el Artículo 4 de la Ley señala que es engañosa «la publicidad que, de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor».

De manera paralela, el Artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal califica de desleal la «utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza».

De la lectura de ambos preceptos se deduce que la Ley General de Publicidad, por contraste con la Ley de Competencia Desleal, no distingue entre alegaciones incorrectas (*rectius inexactos*) y falsas. Esto es: no distingue que el empresario haya actuado con dolo o negligencia: basta que se induzca a error a los consumidores para calificar la publicidad engañosa, siendo irrelevante la intencionalidad o negligencia del anunciante.

Por otro lado, para calificar como engañosa la publicidad no tiene que versar el engaño sobre la totalidad de la correspondiente comunicación publicitaria. Cuando un texto sea parcialmente veraz y parcialmente engañoso, podrá considerarse engañoso en su totalidad, si induce a error a sus destinatarios. Por lo demás, ambas Leyes disponen que, para que exista publicidad engañosa, no es menester que se induzca efectivamente a error al público. Es suficiente la susceptibilidad o, lo que es lo mismo, la potencialidad de inducir a error, para que la publicidad pueda prohibirse.

A mi entender, el párrafo final de la definición de publicidad engañosa, de la Ley de 1988 («que pueda afectar al comportamiento económico de los destinatarios o pueda perjudicar a un competidor»), permite inferir que si la publicidad no es susceptible de afectar al comportamiento económico del consumidor, no merecería el calificativo de engañosa. En tal hipótesis estaríamos en presencia de una exageración publicitaria, que es lícita. Por lo demás, no es necesario exigir un perjuicio para un competidor, porque en el caso de un monopolista puede realizarse una publicidad engañosa, aunque —es obvio— no causa ningún daño a un rival.

2) La Publicidad Engañosa por Omisión

Después de suministrar el concepto general de publicidad engañosa, la Ley de Publicidad califica como engañosa la publicidad «que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios». La publicidad engañosa por silencio del anunciante también se recoge en la Ley de Competencia Desleal que habla de «la omisión de las indicaciones verdaderas».

Ahora bien, con una técnica mucho más perfecta que la Ley de Competencia Desleal, la Ley de Publicidad no califica el silencio *«per se»* como engañoso. Lejos de ser así, esta última Ley establece los requisitos para que la omisión origine la publicidad engañosa por silencio del anunciante. En primer lugar, los datos que deben silenciarse deben ser fundamentales. De modo que la omisión de datos accidentales o intrascendentes no originaría esta deformación publicitaria. La exigencia de este requisito es lógica, ya que es inherente a la publicidad que el empresario ponga de relieve los datos o características que en principio favorecen sus productos. Y no puede exigirse al anunciante que efectúe un verdadero *«test de mercaderías»* o que desempeñe una función notarial, consignando todas las ventajas y desventajas de sus productos.

En segundo lugar, para que la omisión en la publicidad implique que ésta pueda calificarse como engañosa, es menester que la omisión induzca efectivamente a error a los destinatarios. Así pues, por contraste con la definición más general de publicidad engañosa, en este caso no basta la susceptibilidad de engaño, sino que debe inducirse a error de manera efectiva.

3) La Publicidad Encubierta

El citado Artículo 4 de la Ley General de Publicidad incluye dentro de la publicidad engañosa la denominada «publicidad encubierta». En efecto, al hablar de que es engañosa la publicidad que de cualquier manera *«incluida su presentación»*, sea susceptible de «inducir a error a los destinatarios», se subsume la publicidad oculta o disfrazada en el marco de la «publicidad engañosa».

Como ha dicho Fernández Novoa, la publicidad encubierta surge cuando el público no es consciente de que una determinada manifestación constituye una actividad publicitaria. La publicidad encubierta, bajo el ropaje de una información, o de un programa de entretenimiento, o de un concurso, produce la falsa impresión de que se trata de una manifestación de un tercero imparcial o de un acontecimiento ajeno a la que el público otorga mayor credibilidad que a las alegaciones elogiosas de un anunciante.

Pues bien, siguiendo a la Directiva Comunitaria de 1984, la Ley General de Publicidad no ha configurado la publicidad encubierta como una modalidad autónoma de la publicidad engañosa. Aunque es cierto que en el caso de la publicidad encubierta se produce un engaño en el público de los consumidores, no es menos cierto que este engaño –por utilizar un juego de palabras– se produce sobre el continente y no sobre el contenido. Al público se le engaña en punto a la naturaleza de la comunicación, a pesar de que la misma sea veraz.

Tal vez hubiese sido preferible haber consagrado una norma específica para prohibir la publicidad encubierta. Sin embargo, nuestro legislador no lo ha considerado así. Y, lo que es más grave, ha impuesto –en sede de contratos– a los medios la obligación de desvelar claramente las afirmaciones que constituyen su actividad informativa, frente a las afirmaciones publicitarias. De suerte que –actualmente– incluso se ha planteado la duda de si la publicidad encubierta está prohibida por nuestra legislación publicitaria.

4) Sentencias sobre Publicidad Engañosa

En los dos años de vigencia de la Ley General de Publicidad, ya se han dictado algunas sentencias muy significativas, en materia de publicidad engañosa. En primer lugar, tenemos que mencionar la sentencia de 23 de marzo de 1990, dictada por el Juzgado de Primera Instancia No. 3 de Madrid, que prohibió la frase «ni un duro hasta abril de 1990» para anunciar vehículos automóviles.

Los hechos que dieron lugar a esta sentencia pueden resumirse del siguiente modo: Durante los meses de septiembre a noviembre de 1989, la empresa CITRÖEN HISPANIA S.A. realizó una campaña de publicidad en prensa, en la que destacaba la frase «ni un duro hasta abril de 1990», al final de la cual aparecía un asterisco. En la parte inferior del anuncio, a continuación del asterisco y en caracteres tipográficos más diminutos, se insertaba la locución «excepto entrada inicial». La Unión de Consumidores de España entabló demanda contra la citada empresa,

sosteniendo que la publicidad era engañosa, y solicitaba que se condenase a la demandada a la publicación de la sentencia, así como a difundir publicidad correctora.

El Juzgado de Primera Instancia No. 3 de Madrid estimó la demanda y consideró que la publicidad era engañosa. A este respecto sostuvo que:

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

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

Sobre la base de este Fundamento de Derecho, el Juzgado de Primera Instancia No. 3 condenó a la Compañía demandada a publicar –*in extenso*– la sentencia, como modalidad de publicidad correctora. A mi juicio esta sentencia es criticable por varias razones. En primer término, debe tenerse presente que, a la hora de adquirir un automóvil, el consumidor no desconoce que tiene que satisfacer una entrada inicial, toda vez que así se consignaba en el anuncio y, lo que es más importante, viene exigido por la Ley de Ventas a Plazos. En segundo lugar, también hay que tener presente que en este tipo de bienes (por su valor económico), el consumidor, antes de adquirirlos, suele visitar varios establecimientos, efectúa comparación de precios y, con frecuencia, se aconseja con su familia o con otras personas para comprarlo. En tercer lugar, debe destacarse que no se pudo probar por parte de la demandante, que algún consumidor hubiese sido inducido a engaño por esta publicidad. Así pues, a la vista de la redacción y

generalidad del anuncio enjuiciado, debió considerarse como una exageración que no provocó el error de ningún consumidor.

Si criticable es la consideración de esta publicidad como engañosa, más criticable aun es la sanción impuesta por el Juzgado a la publicación de la sentencia como medio de corregir el engaño. Fernández Novoa ha destacado con acierto que, en el caso resuelto por esta sentencia, no concurrían los presupuestos del Artículo 31 de la Ley General de Publicidad para acordar la difusión de publicidad correctora. Para el citado autor es muy dudoso que este caso sea tan grave como para exigir la citada sanción y, por otra parte, tampoco se divisan circunstancias agravantes en los anuncios enjuiciados. En fin, finalmente, advierte Fernández Novoa que es muy dudoso que en este caso se hubiesen producido unos persistentes efectos publicitarios, que tuviesen que ser eliminados por la publicidad correctora.

En una ulterior sentencia de 5 de octubre de 1990, el Juzgado de Primera Instancia No. 16 de Sevilla también calificó como engañosa una publicidad de la Asociación de Empresas de Publicidad de Sevilla. Concretamente, se prohibió un anuncio difundido en prensa que contenía una locución que señalaba «empresas legalmente constituidas e inscritas en esta Asociación», porque de esta frase se podría inferir que las empresas no mencionadas no estaban legalmente constituidas.

Una agencia de publicidad de la capital andaluza, que no pertenecía a esta Asociación, entabló la correspondiente demanda solicitando la rectificación publicitaria de este anuncio, así como una indemnización por daños y perjuicios. Pues bien, al acoger la demanda, el Juzgado de Sevilla mantuvo que:

«Analizando el controvertido párrafo del anuncio impugnado, con toda meticulosidad, puede corregirse que si bien *dicho texto en nada falta a la verdad*, contiene un componente innecesario y en cierto modo superfluo, cual es el de “empresas legalmente establecidas”, y es innecesario y superfluo porque de tratarse de empresas que no reunieran la condición de estar legalmente establecidas, en modo alguno podrían pertenecer a la Asociación, y aun admitiendo, como admitimos, que este componente se introdujo sin el deliberado propósito de perjudicar a las empresas no asociadas, es evidente que el mismo a juicio de este Tribunal,

objetivamente formado, conlleva la posibilidad de inducir o poder inducir a error, de perjudicar o poder perjudicar a un competidor, motivo por el cual es procedente admitir la demanda».

El Juzgado No. 16 de Sevilla ha condenado a la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla a rectificar el anuncio controvertido, en los diferentes diarios donde se había publicado. A mi modo de ver, es sumamente criticable esta sentencia, toda vez que no existía un caso tan grave, como para imponer la sanción de la publicidad correctora y, sobre todo, si se tiene en cuenta que el propio Juzgado ha admitido que la publicidad era veraz. O, dicho con otras palabras, que no faltaba a la verdad.

Finalmente, en la sentencia de 30 de noviembre de 1990, el Juzgado de Primera Instancia No. 1 de Zamora declaró engañosa la publicidad realizada por la Caja Provincial de Ahorros de Zamora, relativa a la financiación de venta de una cubertería de plata. En el caso contemplado por esta sentencia, la citada Caja de Ahorros había demandado a varias Asociaciones empresariales, que habían realizado publicidad en un periódico y emisoras de la localidad, criticando las promociones que realizaba esta entidad financiera. Entablada la demanda, las mencionadas Asociaciones formularon reconvenición, señalando que, en su publicidad, al promocionar la financiación de la cubertería de plata (limitada a 250 cuberterías), la Caja ofrecía como regalo una sensacional cadena de música JVC, siendo engañoso este anuncio desde el momento en que esta institución se reservaba el derecho de sustituir este obsequio por otros de valor similar.

Pues bien, en su sentencia, el Juzgado sostuvo –entre otras cosas– que:

«En la publicidad, la Caja de Zamora ofrece como regalo una sensacional cadena de música JVC, siendo este anuncio engañoso, desde el momento en que, posteriormente, y al ir a firmar el contrato, el consumidor se encuentra con que la Caja se reserva, en la cláusula 3, el derecho de sustituir este obsequio por otros de similar valor, lo cual supone un caso de publicidad engañosa de los Artículos 4 y 53 de la LGP (condiciones económicas de adquisición); sin embargo es indiferente el que en el contrato se establezca que el cliente deba abonar 2.300

Pts. por el montaje de la cadena musical, pues ello es opcional y en la publicidad sólo se regala la cadena, no el servicio de instalación...

»En cuanto a la alegación de los reconvinentes de que las cuberterías y el mueble cubertero estilo Luis XV no son artesanos... En el caso que nos ocupa, no importa la interpretación que de la palabra artesanal haga la parte interesada, sino la interpretación que cualquier ciudadano dé al término y que coincide en general con la que da el Diccionario, y ésta no es otra que «relativo a la artesanía» y artesanía «la profesión o clase social de los artesanos que son los trabajadores manuales y ejercitan un oficio por su cuenta». Por ello, aunque pueda admitirse que una gran empresa como Cruz de Malta sea la fabricante de las cuberterías, no puede ser admitido el error en que se hace caer al potencial cliente; al darle a entender que lo que va a adquirir ha sido elaborado manualmente, pues hoy día a este tipo de fabricación se le reconoce más valor que al industrial. Existe en consecuencia una publicidad engañosa del Artículo 4, en relación con el 5.1 c)».

Sobre la base de estos y otros Fundamentos de Derecho, el Juzgado de Primera Instancia No. 1 de Zamora declaró engañosa la publicidad de la citada institución, relativa a la financiación de una cubertería de plata, ya que no advertía de la posibilidad de que la cadena musical ofrecida como regalo podía ser cambiada unilateralmente por otro obsequio. Tampoco se advertía que la Caja de Zamora quedaba libre de responsabilidad por posibles defectos de la misma cadena. Igualmente, no era verdad que la promoción se limitase a 250 cuberterías y que éstas, así como el mueble en el que se colocaban, fuesen artesanales. En consecuencia, se ordenó la cesación y prohibición definitiva de la citada publicidad, ordenando que se publicasen los fundamentos jurídicos y el fallo de esta sentencia en un diario y en las emisoras de radio de la localidad.

V. LA PUBLICIDAD CONFUSIONISTA

La Ley General de Publicidad en su Artículo 6, apartado b), declara que es desleal la publicidad «que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores». Estos actos de confusión también son recogidos en el Artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal que, en parecidos términos, los califica como desleales.

Normalmente, los actos de confusión se producen en materia de signos distintivos. Es riquísima la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que viene prohibiendo la confusión entre marcas, nombres comerciales o rótulos de establecimiento. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la Ley de Competencia Desleal va más allá y prevé la declaración de desleal, para la actividad que pueda generar confusión con los productos –en sí mismos considerados– de un empresario competidor. Dicho con otras palabras, pueden existir actos de confusión aunque no se imiten las marcas, si se imitan las formas o presentaciones del producto ajeno.

En fin, la Ley de Competencia Desleal introduce la figura del riesgo de asociación, tomada de la Ley de Marcas, para señalar que la existencia de este riesgo sobre la procedencia de los productos es suficiente para considerar desleal la correspondiente actividad.

VI. LA DENIGRATORIA

El tan citado Artículo 6 de la Ley General de Publicidad califica como desleal la actividad publicitaria que por contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa, o de sus productos, servicios o actividades.

Esta definición recoge un concepto amplísimo de denigración publicitaria, ya que –*strictu sensu*– esta deformación de la publicidad tiene lugar cuando se desacredita a los productos, servicios o actividades de un competidor. Ahora bien, el concepto expuesto en la Ley General de Publicidad recoge la denominada «publicidad de tono estrictamente personal», subhipótesis de la denigración publicitaria, que surge cuando se desacredita a la persona de un competidor refiriéndose a circunstancias que son ajenas al ámbito empresarial. Concretamente, cuando se alude a la nacionalidad, raza, ideología, esto es: a circunstancias que caen dentro de la esfera de su intimidad personal.

Es interesante destacar que, al contemplar la denigración publicitaria, la Ley General de Publicidad no exige que las correspondientes

alegaciones sean falsas. Dicho con otras palabras, aunque la alegación publicitaria sea veraz, si es así que sirve para desacreditar o menospreciar a una persona, empresa o a sus productos o servicios, la misma merecerá el calificativo de publicidad desleal. Por contraste con esta concepción de la denigración publicitaria, la Ley de Competencia Desleal exige –para que exista denigración– que las manifestaciones publicitarias sean falsas. Esto es: que «no sean exactas, verdaderas y pertinentes». Por lo demás, la comparación de los preceptos de ambas leyes, relativos a la denigración publicitaria, pone de manifiesto un ulterior aspecto contradictorio. La Ley General de Publicidad exige, para que exista la denigración, que ésta sea efectiva: que realmente se desacredite al producto competidor. En la Ley de Competencia Desleal basta la susceptibilidad de menoscabar el crédito de una empresa o producto ajenos, para que se considere la existencia de denigración.

VII. LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

Tanto la Ley General de Publicidad como la Ley de Competencia Desleal regulan la publicidad comparativa. A este respecto, la primera declara desleal la comparación «cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos o de limitada participación en el mercado».

El mencionado texto de la Ley General de Publicidad, interpretado «*a contrario sensu*», admite la publicidad comparativa, si es así que la misma reúne determinados requisitos: la contraposición debe efectuarse entre datos afines, esenciales y objetivamente demostrables. Por otro lado, a pesar de contraponerse estos datos, la comparación tiene que versar sobre bienes similares y conocidos. En efecto, aunque se reflejan datos esenciales, afines y demostrables en la comparación publicitaria, ésta será desleal si se compara, por ejemplo, una gran superficie con una pequeña tienda de barrio. En suma, mediante estas exigencias, se satisface el interés de los consumidores, toda vez que se refuerza el valor informativo de la publicidad comparativa.

Las diferencias que –en punto a esta figura– existen entre el texto de la Ley General de Publicidad y el texto de la Ley de Competencia Desleal son, fundamentalmente, diferencias terminológicas. En la Ley de Competencia Desleal se habla de actos de comparación, señalando que –para ser leales– deberán compararse extremos «análogos, relevantes y comprobables». No obstante, esta Ley utiliza incorrectamente la terminología de «comparación pública» en lugar de «comparación publicitaria». La locución legislativa origina dudas: si se interpreta literalmente, cabría prohibir los «test de mercaderías» (comparaciones públicas) que son realizados por terceras personas, ajenas normalmente al mundo de los anunciantes y que, en principio, son lícitos.

Finalmente, también creo que es superfluo el párrafo segundo del Artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal, que señala que será desleal la comparación que contravenga las disposiciones sobre publicidad engañosa y denigratoria. Es obvio que si la comparación publicitaria no se ajusta a la verdad, estaríamos ante un supuesto de publicidad engañosa, que se podría prohibir por la vía de la correspondiente norma legal, sin necesidad de acudir a este otro precepto. Por otro lado, si la comparación publicitaria –como sucede generalmente– deja al producto competidor en una mala posición, esta circunstancia no puede considerarse como denigratoria, ya que la crítica que se pueda derivar de la comparación publicitaria va implícita en esta figura. Además, no hay que olvidar que en los supuestos de denigración, el empresario no alude a su propia mercancía, sino tan sólo a la mercancía de los empresarios competidores para destacar las desventajas o inconvenientes de las mismas, o sus defectos. Por el contrario, en la publicidad comparativa se alude tanto a la propia mercancía, como a la mercancía del competidor, para destacar la primacía de la primera sobre la segunda.

VIII. LA PUBLICIDAD ADHESIVA

Otra de las figuras regulada por las dos Leyes que venimos mencionando es la denominada «publicidad adhesiva». Como ha destacado la doctrina, en la publicidad adhesiva, el anunciante equipara los productos

o servicios propios a los productos o servicios del competidor. Con el fin de aprovecharse del crédito de las mercancías del competidor, el empresario destaca las características comunes a sus mercancías y a las mercancías de su rival.

A través de esta modalidad publicitaria, el anunciante se apropia la reputación ajena, en beneficio propio. Dicho con otras palabras, el empresario anunciante trata de atribuir a sus productos o servicios, el «*goodwill*» que pueden poseer los productos o servicios de un tercero, identificados a través de una marca notoria o renombrada.

De manera específica, el Artículo 6 de La Ley General de Publicidad declara que es desleal la publicidad que haga «uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones». Aunque con una terminología diferente, la Ley de Competencia Desleal incluye dentro de esta modalidad «el empleo de signos distintivos ajenos acompañados de expresiones tales como “modelo”, “sistema”, “tipo”, “clase” y similares».

Al regular esta deformación publicitaria existen diferencias, de matiz, entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal. En efecto, la primera de estas Leyes recoge no sólo la alusión a signos distintos ajenos, sino también a signos de instituciones, que no participan en la vida empresarial. Sin embargo, la utilización indebida de sus siglas o distintivos, daría lugar a un refrendo sobre el correspondiente producto o servicio, originándose la publicidad adhesiva. No obstante, la Ley de Competencia Desleal sólo alude al aprovechamiento de las ventajas de una reputación industrial, comercial o profesional, adquirida por otro en el mercado. De suerte que si esa institución no desarrolla en el mercado una actividad industrial, comercial o profesional, parece que la publicidad realizada por un empresario, con los distintivos de aquélla, no encajaría dentro de esta norma.

Una última crítica que puede hacerse a la regulación de la publicidad adhesiva en la Ley de Competencia Desleal es que considera –en general– desleal la utilización de signos distintivos ajenos, cuando lo

cierto es que puede haber un uso justificado de los mismos. Pensemos en el caso de la publicidad comparativa o la publicidad para repuestos de automóviles.

IX. ULTERIORES MODALIDADES DE PUBLICIDAD DESLEAL

1) La Publicidad Subliminal

Por último, tenemos que aludir a otras modalidades de publicidad desleal, que no aparecen recogidas comúnmente en las dos leyes, sino en una u otra de las mismas. Así, la publicidad subliminal se prohíbe por la Ley General de Publicidad, que la define como aquella modalidad que «mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida».

Hay que tener presente –como indica Arean Lalin– que el proceso alcanzado en las técnicas de comunicación y en el conocimiento de la mente humana permite difundir mensajes a través de cauces que no respetan la dignidad de la persona. En efecto, agrega el citado autor, «la esencial condición del hombre como ser libre y racional exige que no se determine su conducta mediante procedimientos que escapen al control de su razón». Entre estos procedimientos se halla la publicidad subliminal, que actúa sobre el subconsciente del público, mediante estímulos imperceptibles, incitándole al consumo de los productos anunciados. Es evidente que además de perjudicar al público de los consumidores, la publicidad subliminal es desleal ya que les atrae de manera indebida y detrae clientela a los competidores. Simultáneamente, manipula a los destinatarios de la publicidad y destruye el orden concurrencial que debe regir en el mercado.

2) La Publicidad con Regalo

Por su parte, la Ley de Competencia Desleal regula la publicidad con regalo. De manera específica, considera desleales los obsequios con fines

publicitarios, si por las circunstancias en que se realicen «ponen al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal». Esto es: se viene a prohibir la presión psicológica de compra que pueda ejercerse sobre el consumidor y que le impide adoptar libremente su acuerdo de voluntad. Pero, es más, también se califica como desleal la publicidad a través de regalos, cuando sea susceptible de inducir a error al consumidor, acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o si le dificulta gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta. Como resulta muy difícil valorar estas circunstancias, la Ley trata de establecer una pauta y señala que las mismas se producen, cuando el coste efectivo de la ventaja económica exceda del 15% del precio de la prestación principal.

Como colofón, tan sólo me resta añadir que dentro del género de la publicidad desleal, también habría que incluir la publicidad que atente contra la intimidad de la persona o vulnere valores o derechos reconocidos en la Constitución, así como la que infrinja la normativa específica sobre la publicidad de determinados productos o servicios. Este último supuesto, recogido en la Ley General de Publicidad, tiene su paralelismo en el Artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, que considera desleal la infracción de leyes que permitan al empresario una ventaja competitiva relevante.

X. CONCLUSIONES

Para concluir, tengo que indicar que la regulación de la publicidad desleal, contenida en la Ley General de Publicidad no coincide –como hubiera sido deseable– con la regulación en la Ley de Competencia Desleal. Es cierto que la publicidad desleal es la forma más frecuente de manifestación de la competencia desleal y, por lo tanto, es verdad que la Ley de Competencia Desleal no podía dejar de regular esta materia. Ahora bien, por contraste con otros países europeos, en España existe una Ley General de Publicidad, que contempla de manera específica la publicidad desleal. De ahí que hubiese sido preferible efectuar una remisión a la Ley General de Publicidad en materia de publicidad confusionista,

engañosa, denigratoria, comparativa y adhesiva. Y, en todo caso, establecer la regulación de otras modalidades de publicidad desleal que no se hubiesen contemplado en la citada Ley.

Para evitar copiar literalmente la Ley de Publicidad, en la Ley de Competencia Desleal se han introducido preceptos con términos análogos, que regulan una misma figura. Y este hecho puede sembrar dudas en el intérprete de la Ley. Así las cosas quizá hubiese sido preferible que el legislador se conformase con haber elaborado una ley más breve, con un artículo en materia de publicidad desleal remitiéndose a la Ley General de Publicidad.

A este respecto, no hay que olvidar que –por ejemplo– la Ley de Competencia Desleal se remite, en materia de diligencias preliminares, a la Ley de Patentes. Entiendo que esta misma remisión debió de efectuarse en materia de publicidad desleal, para evitar la reiteración de normas, que ni benefician al intérprete ni al juez que ha de aplicar la Ley.

© Índice General

© Índice ARS 9