

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2022-2023

Convocatoria: junio

PROTECCIÓN DEL MERCADO FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

On market protection against misleading advertising



Realizado por el alumno D. Rubén Hernández Morales

Tutorizado por el Profesor D. Jesús Alonso Hernández

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área del conocimiento: Derecho Mercantil

ABSTRACT

Advertising plays a central role in the consumption of a society, orienting and molding it towards the pretensions of its issuers. That is why the Spanish legal system regulates advertising activity in order, in this way, to prevent it being used maliciously and harming the interests of the different market players and their correct functioning. The purpose of this investigation is to study this regulation, in particular, taking into account the figure of misleading advertising, analyzing its different budgets, elements and legal consequences, as well as the existing means of resolving conflicts arising from this phenomenon, in order to be able to give a final valuation and to propose alternatives to these if they are found opportune to achieve a legislation that provides the best possible defense against these practices, which have become a main problem in society nowadays.

Key Words: Advertising, competition, misleading advertising, market, consumer.

RESUMEN

La publicidad juega un papel central en lo que al consumo de una sociedad se refiere, orientando y moldeando el mismo hacia las pretensiones de sus emisores. Es por ello por lo que el ordenamiento jurídico español regula la actividad publicitaria para, de esta manera, evitar que esta se use de forma maliciosa y se perjudiquen los intereses de los distintos intervinientes del mercado y su correcto funcionamiento concurrencial. El objeto de este trabajo es el estudio de dicha regulación, en concreto, atendiendo a la figura de la publicidad engañosa, analizando sus distintos presupuestos, elementos y consecuencias jurídicas, así como los medios existentes para la resolución de conflictos derivados de este fenómeno, para poder dar una valoración final sobre la misma y proponer alternativas a estas si se encontrasen oportunas para lograr una legislación que de la mejor defensa posible frente a estas prácticas, que se han convertido en un problema social de primer nivel a día de hoy.

Palabras clave: Publicidad, competencia, publicidad engañosa, mercado, consumidor.

ÍNDICE

Introducción.....	3
Evolución histórica de la publicidad en el derecho español.....	4
Regulación publicitaria actual.....	5
La publicidad engañosa.....	8
Delimitación de la publicidad engañosa frente al tipo penal de publicidad fraudulenta.....	14
Consecuencias jurídicas y acciones frente a la publicidad engañosa.....	17
Consideraciones sobre los supuestos transnacionales de publicidad engañosa.....	22
Control publicitario: autorregulación y autodisciplina en España.....	24
Conclusiones y alternativas.....	29
Bibliografía.....	31

INTRODUCCIÓN

El fenómeno publicitario ha sido definido de distintas maneras a lo largo del tiempo. Si bien para los profesores Philip Kotler y Gary Armstrong “incluye cualquier forma pagada de presentación no personal y la promoción de ideas, bienes o servicios por un patrocinador identificado”¹, para la Real Academia Española, en cambio, esta consiste en la “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc”².

Desde una perspectiva estrictamente legal, entendemos la publicidad de acuerdo a la definición de la misma que la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad nos da en su artículo 2, según el cual es 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”. De esta forma, el concepto de publicidad abarcaría toda forma de promoción de la actividad mercantil.

Este es un fenómeno que se remonta hasta hace miles de años, pues la práctica publicitaria existe desde la invención de la escritura hace alrededor de cinco mil años, pero es con la Revolución Industrial y el inicio de la sociedad de consumo que pasa a convertirse en una actividad de gran importancia, que siguió creciendo con la aparición de nuevos medios desde los que poder emitir un mensaje a una audiencia de posibles consumidores, tal como pasa hoy con la televisión y las redes sociales³. A día de hoy, el *marketing* y la publicidad se han convertido en una industria de gran relevancia a nivel mundial y a la que los ciudadanos estamos expuestos en todo momento, ya sea a través de anuncios en radio o televisión, carteles y letreros expuestos en espacios públicos,

¹ KOTLER, P. y ARMSTRONG, G.: *Fundamentos de Marketing*, 11ª ed., Ed. Pearson Educación, México, 2013, pág. 385.

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed.

³ GARCÍA GARCÍA, C. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Publicidad engañosa, subliminal y etiquetado confuso: medidas para la protección del consumidor en la legislación española”, *Revista de Alimentación Contemporánea y Desarrollo Regional*, núm. 59, 2022, pág. 3.

promociones en redes sociales o difusión de panfletos propagandísticos, entre otras muchas herramientas de venta.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PUBLICIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Esa presencia en la vida de los ciudadanos, así como el impacto que esta genera en el consumo de los mismos, ya sirvió de justificación para la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprobó el Estatuto de la Publicidad⁴. Ya entonces, en su artículo 6, sometía la actividad publicitaria a la observancia de los principios de “legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia”, lo cual se veía reforzado por el artículo 8, al prohibir explícitamente la inducción a error como método de ventas.

De esta manera, el Estatuto de la Publicidad pasó a convertirse en el primer texto legal en la historia de España en regular la publicidad, lo cuál hizo, además, priorizando la protección de los intereses de los consumidores frente a los de los empresarios, al contrario de como se había hecho comúnmente hasta entonces⁵. Así pues, se entendía la publicidad con respecto al ciudadano, en su artículo 10, como “un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado”.

Con el tiempo, la que en su momento fue una norma novedosa, terminó por quedarse anticuada como consecuencia del desarrollo de las técnicas publicitarias y de los medios de emisión de las mismas⁶, hecho al cual se le sumaron además, dos circunstancias de carácter político. En primer lugar, la llegada de la democracia a España, de forma que se pasó a entender que el Estatuto de la Publicidad respondía “a presupuestos políticos y administrativos alejados de los de la Constitución”⁷. Y en segundo lugar, la adhesión de España a las Comunidades Europeas en el año 1986, con lo que el legislador quedó

⁴ Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. BOE nº143, de 15 de junio de 1964. Exposición de motivos.

⁵ TATO PLAZA, A.: “Publicidad y publicidad ilícita”, en AA.VV (GARCÍA CRUCES, J. A., Coordinador): *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 1.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. BOE nº274, de 15 de noviembre de 1988 (en adelante LGP). Exposición de motivos.

obligado a transponer la Directiva, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa⁸, que se marcaba como objetivo “proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias desleales”⁹.

En este contexto, queda aprobada una primera versión de la ley que hasta día de hoy sigue regulando el sector del *marketing* en nuestro país, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP). Esta fue la primera ley nacional en la que se hace referencia expresa a la publicidad engañosa¹⁰.

Este texto legal, se ve modificado en diversas ocasiones a lo largo de los años hasta llegar al modelo actual, concretamente, desde su promulgación es reformado once veces distintas, en gran parte como consecuencia de la incidencia del derecho de la Unión Europea a través de directivas. Es de destacar además, la promulgación a principios de los noventa de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), la cual se marcó como objetivo “la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”¹¹.

REGULACIÓN PUBLICITARIA ACTUAL

Al realizar una aproximación al derecho de la publicidad, el primer paso a tomar debe ser el de ubicarlo dentro de un sector del ordenamiento jurídico. En este sentido, ha de ser encuadrado dentro del derecho mercantil, puesto que a éste incumbe (en tanto tiene

⁸ TATO PLAZA, A.: *op. cit.*, pág. 1.

⁹ Directiva del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. DOCE nº250, de 19 de septiembre de 1984. Artículo 1.

¹⁰ Artículo 4 LGP (Del texto original publicado en 15 de noviembre de 1988).

¹¹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE nº10, de 11 de enero de 1991(en adelante LCD). Artículo 1.

por objeto toda actividad empresarial según el artículo 2 del Código de Comercio) proteger el mercado de toda conducta que atente contra una sana competencia en el desarrollo de la actividad económica, por ejemplo, a través prácticas de competencia desleal¹². Ya que, el Estado, se ve forzado por imperativo de la Constitución y del derecho comunitario, a luchar contra la competencia desleal para dar protección así, no solo a los intereses de los competidores (empresarios y profesionales liberales, art. 3.1 LCD) que ofrecen bienes y servicios para el mercado, sino también a los intereses de los consumidores de dichos bienes y servicios, y al propio interés del estado de conservar el orden en el mercado¹³.

El derecho de la publicidad, puede entrar en esta categoría, tal como nos hace saber el artículo primero de la Ley de Competencia Desleal. Y es que la publicidad afecta, o al menos pretende afectar, a la decisión que toma un consumidor a la hora de escoger un producto o servicio en el mercado frente a aquellos ofrecidos por otros proveedores que en él compiten. De manera que si esta se realiza sin la diligencia exigible al empresario, “entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado”, y pueda afectarse el comportamiento económico del consumidor, nos encontraremos ante un supuesto de competencia desleal¹⁴.

Todo ello, siempre que nos ciñamos a la definición de publicidad que nos brinda la Ley General de Publicidad, la cual limita el objeto de la norma a la publicidad comercial y excluye aquella que tiene fines no mercantiles como puede ser el caso de la publicidad electoral o la institucional¹⁵.

Una vez aclarado cuál es la rama del derecho en la que se encaja el derecho de la publicidad, es conveniente conocer la legislación concreta en la que se da dicha

¹² GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Derecho Mercantil Parte Primera*, ed. 4ª, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 39

¹³ *Idem*, p. 159-160.

¹⁴ Artículo 4.1 LCD.

¹⁵ TATO PLAZA, A.: *op. cit.*, pág. 2.

regulación. Aquí, nos encontraremos con una particularidad, ya que, como hemos podido anticipar, no se trata de una, sino de dos leyes, la Ley General Publicitaria y la Ley de Competencia Desleal, que regulan la actividad con carácter genérico. Además de las normas especiales para actividades publicitarias que por su naturaleza necesitan una normativa específica¹⁶, como ocurre por ejemplo con la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; o la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual. Dicha pluralidad de leyes, hace necesario tener que conjugarlas entre ellas a la hora de operar en torno a esta cuestión jurídica.

En cuanto a la Ley General de Publicidad, esta puede dividirse, a grandes rasgos, en dos mitades. Una primera parte, que estaría integrada por el título segundo de la ley y que regula el contenido de la publicidad y su licitud con respecto al impacto que esta tiene en la competencia concurrencial, sobre lo cual también incide la Ley de Competencia Desleal. Y una segunda parte que corresponde al título tercero, el cual versa acerca de la contratación publicitaria como servicio, concretando los requisitos de la misma y las formas que esta puede tomar. El objeto de esta investigación hace necesario que nos centremos en la primera de ellas.

A dichas leyes se le suma el derecho comunitario europeo, que no solo afecta a la legislación a través de directivas, sino que mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha influido de forma muy relevante en las decisiones de los tribunales españoles, desde los Tribunales de lo Mercantil, hasta el mismísimo Tribunal Supremo. Haciendo que estos asuman figuras, tales como la de el consumidor promedio, y razonamientos, por ejemplo con respecto a los requisitos de la publicidad engañosa y la comparativa, contenidos en sus sentencias, las cuales merecen “el calificativo de doctrina jurisprudencial”¹⁷.

¹⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *op. cit.*, pág. 210.

¹⁷ LEDESMA DEVESA, C.: “Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España”, *metodos.revista de ciencias sociales*, vol. 6, núm. 1, 2018, págs. 9-11.

La Ley General de Publicidad, expone en su artículo 3, una serie de supuestos en los que la publicidad tiene carácter ilícito. A este precepto, se remite la Ley de Competencia Desleal¹⁸ para otorgar la condición de acto de competencia desleal a toda publicidad ilícita, independientemente de que por la propia naturaleza del acto, y no por dicha consideración, le pueda corresponder también esta calificación de acuerdo con otro de los tipos recogidos en el capítulo tercero de la ley.

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Uno de estos supuestos de publicidad ilícita es el de publicidad engañosa, que se encuentra recogido en el último apartado del artículo 3 LGP, junto con la publicidad desleal y la agresiva. A dicho tipo, sin embargo, no se le da definición legal, al contrario de lo que ocurre con otros supuestos, como la publicidad subliminal, que se define en el artículo siguiente, o como con la propia publicidad engañosa hasta la reforma de la ley del 31 de diciembre de 2009¹⁹, pues en su redacción original, la Ley General de Publicidad establecía como engañosa toda 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”, a lo que añadía posteriormente también se ostentaba este estatus cuando el error fuese inducido mediante la omisión de “datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios”²⁰.

En la actualidad, para aproximarnos a una definición de este fenómeno jurídico tendremos que emplear la Ley de Competencia Desleal, dado que la citada modificación de 2009 de la Ley General de Publicidad eliminó la doble tipificación de acto de engaño y publicidad engañosa establecida en sendas leyes, y con ella, también los problemas jurídicos que este concurso de leyes causaba a la hora de resolver un conflicto, quedando la Ley de Competencia Desleal como único texto legal al que acudir para

¹⁸ Artículo 18 LCD.

¹⁹ Artículo 4 LGP (De la versión publicada el 29 de diciembre de 2004, en vigor desde el 28 de enero de 2005 hasta el 1 de enero de 2010).

²⁰ Artículo 4 LGP (Del texto original publicado en 15 de noviembre de 1988).

analizar en qué consisten las prácticas engañosas. Sin embargo, esto lo hace a través de distintos preceptos específicos, que se encuentran entre los artículos 21 y 27 LCD, los cuales se ven complementados por los artículos 5 y 7 LCD, sobre actos de engaño y omisiones engañosas respectivamente, que tienen un carácter más general y se aplicarán de forma subsidiaria a los anteriores artículos cuando el engaño en cuestión no pueda ser subsumido en uno de ellos²¹. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, que afirma que “si bien el actual art. 3.e) LGP se refiere a la publicidad engañosa dentro de la relación de modalidades de publicidad ilícita, la Ley General de Publicidad no contiene una tipificación expresa de la publicidad engañosa ni consiguientemente la define, sino que se remite a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal. Esto es, a los actos de engaño del art. 5, las omisiones engañosas del art. 7 o las prácticas engañosas de los arts. 21 a 27 LCD”²².

Además, cabe mencionar que los artículos de 21 a 27 LCD son aplicables exclusivamente en el marco de las relaciones entre empresario proveedor de un bien o servicio y consumidores (o potenciales consumidores) de dichos bienes y servicios, por lo que si las prácticas tipificadas en ellos se llevasen a cabo dentro del ámbito de una publicidad dirigida a empresarios o profesionales, sería necesario acudir a los artículos 5 y 7 LCD para verificar si la misma es o no ilícita²³.

Es por todo ello, que para el estudio de la publicidad engañosa parece oportuno centrarnos en los artículos 5 y 7 LCD. El primero de ellos expone lo siguiente en su apartado uno:

“Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

²¹ TATO PLAZA, A.: *op. cit.*, págs. 10-11.

²² STS 435/2018 (Sala Primera, de lo Civil) de 11 de julio de 2018 (rec. núm. 2027/2015). Fundamento de Derecho 3º, apartado 2º.

²³ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *op. cit.*, págs. 206-207.

- a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.
- b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.
- c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.
- d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.
- e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.
- f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación.
- g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.
- h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.”

Así pues, una vez identificada una operación empresarial como publicidad conforme al artículo 2 LGP, esta será engañosa cuando esta tenga aptitud para inducir a error a sus destinatarios e idoneidad para alterar el comportamiento económico de los mismos²⁴, aunque no se cause ese efecto, siempre que recaiga sobre una de las condiciones enumeradas.

²⁴ STS 435/2018 (Sala Primera, de lo Civil) de 11 de julio de 2018 (rec. núm. 2027/2015). Fundamento de Derecho 3º, apartado 4º.

Para evaluar la existencia de estos elementos, recurriremos al criterio del consumidor medio, tal y como establece el art. 4.2 LCD. Si bien nuestro ordenamiento jurídico entiende por consumidores “las personas físicas que actúen (en el mercado) con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”²⁵, la figura del consumidor medio, que nace de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el Caso Gut Springenheide, implica que para poder determinar si una mención publicitaria es engañosa, debe tomarse “como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”²⁶. A este criterio el TJUE añade en una sentencia de 7 de septiembre de 2016 (caso Deroo-Blanquart), que deben tenerse en cuenta también otras circunstancias como lo son la cultura, el idioma o factores sociales²⁷.

Sobre ello, debe afirmarse en relación con la aptitud de la publicidad para inducir a error a su destinatario, que esta no puede ser apreciada en los supuestos en los que la campaña publicitaria tenga un mensaje figurativo y desde la perspectiva del consumidor medio sea evidente que el contenido del anuncio es meramente metafórico, de manera que solo con una interpretación literal pudiese derivarse error y, de ser así, el engaño sería demasiado burdo para alterar la percepción de la realidad del destinatario²⁸. Sobre ello, el artículo 4.3 *in fine* LCD afirma que es legítima la práctica publicitaria de “de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal”. Esto es lo que se denomina exageración publicitaria.

Para poner esto en perspectiva, es paradigmático el ejemplo de Red Bull, la compañía austriaca de bebidas energéticas que se anuncia con su famoso *slogan* “Red Bull te da

²⁵ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE nº287 de 30 de noviembre de 2007 (en adelante TRLGDCU). Artículo 3.1.

²⁶ STJUE 1998:369 (Sala Quinta) de 16 de julio de 1998. Fundamento Jurídico 31.

²⁷ LEDESMA DEVESA, C.: *op. cit.*, pág. 10.

²⁸ GARCÍA CRUCES, J. A.: “Comentario al art. 5 de la LCD. Actos de engaño”, en AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., Director): *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 16-17.

alas”. Desde la perspectiva de un consumidor medio, es totalmente inverosímil que un refresco pueda causar ese efecto, de manera que pese a recaer la publicidad sobre los “beneficios” del producto, no habría engaño por no ser el anuncio apto para inducir a error, pues es un claro ejemplo de exageración.

Otro aspecto que nos ayuda a delimitar el concepto de acto de engaño es la forma en la que se nos trata de vender el bien o servicio ofrecido, pues cuando esto se haga a través de valoraciones subjetivas del producto por parte del propio empresario de las que, precisamente por esa naturaleza subjetiva, no puede comprobarse su veracidad ni, por tanto, pueden crear un error en el consumidor. Lo mismo ocurre con “expresiones publicitarias generales que suelen entenderse por sus destinatarios como mera invitación o mensaje, sin ofrecer alegaciones comprobables en torno al producto o servicio que se ofrece”²⁹. Ejemplo de ello puede ser el *slogan* de Coca Cola, “destapa la felicidad”, pues no podemos considerar que induzca a error pues la sensación que genera este refresco varía entre todos los consumidores, no existiendo un baremo objetivo que nos permita determinar que no produce felicidad.

En síntesis, únicamente puede valorarse si constituyen o no publicidad engañosa “las alegaciones concretas que sean susceptibles de ser comprobadas y con la debida reserva para los supuestos de exageración publicitaria”³⁰.

Todo lo anteriormente expuesto puede verse en un caso en el que, ahora sí, exista engaño. Pondremos como modelo la sentencia del conocido como Caso Granini. En el año 2015, la empresa Eckes Granini Ibérica (Granini) comercializaba un producto llamado “Granini Naranja”, el cual publicita mediante un anuncio televisivo en el que se da a entender que se trata de una bebida de naranja exprimida, pues entre otras cosas, se utiliza la siguiente frase: “es verdad, nadie hace el zumo como tú. Por eso en Granini queremos parecernos a tí y cada vez estamos más cerca. Así que ya sabes, cuando tú no puedas hacerlo, Granini lo hace por tí”. Sin embargo, no se trataba de un zumo, para lo

²⁹ *Idem*, p. 15-16.

³⁰ *Idem*, p. 17.

cual debería estar compuesto exclusivamente por fruta, sino de un néctar, los cuales consisten en una combinación de zumos diluidos en agua y con algunos azúcares. Para empezar, lo expuesto no es subsumible en uno de los artículos de 21 a 27 LCD, dicho lo cual, el anuncio transmite una información que es apta para inducir a error al destinatario, en tanto un consumidor medio interpretaría del anuncio que el producto comercializado es un zumo y no un néctar, y es también idónea para alterar la conducta del consumidor, pues al tratarse de productos de distinta naturaleza, el conocimiento de esta circunstancia por parte del destinatario podría causar que dejase de adquirirlo. Ello siendo una cuestión comprobable (la naturaleza de la bebida) y no pudiendo tachar esta conducta de exageración. Por lo tanto, se trata de un supuesto de acto de engaño y, consecuentemente de publicidad engañosa³¹.

El artículo 5 LCD añade además, en sus apartados 2 y 3 respectivamente, que se reputará desleal la conducta mediante la cual el empresario afirme estar “vinculado a un código de conducta”, sin que cumpla con las obligaciones derivadas del mismo; y cuando comercialice “un bien como idéntico a otro comercializado en otros Estados miembros, cuando dicho bien presente una composición o unas características significativamente diferentes, a menos que esté justificado por factores legítimos y objetivos”³².

Por otro lado, el artículo 7 LCD nos muestra que no es necesario suministrar información, ya sea falsa o verdadera, al destinatario de una publicidad para que se le induzca a error y se genere el engaño, sino que puede hacerse también a través de una conducta omisiva, es decir, que se evite informar al consumidor de ciertos datos sobre el producto anunciado que podrían ser trascendentes para el mismo en lo relativo al consumo de dicho producto. “Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el

³¹ SAP de Barcelona 390/2017 de 2 de octubre de 2017 (rec. núm. 392/2016) y ATS 4198/2020 (Sala Primera, de lo Civil) de 24 de junio de 2020 (rec. núm. 161/2018).

³² Artículo 5 LCD.

contexto”³³. Este último supuesto es el de la llamada publicidad encubierta. En estos casos, un empresario pacta con un medio informativo para que este le haga publicidad, revistiendo el anuncio con un aparente carácter informativo, por lo que lleva a pensar a los destinatarios que no existe intención de vender un producto y, así, a ser más propensos a creer dicha información y que esta altere su comportamiento económico³⁴. De esta forma, se infringe además el artículo 9 LGP, que obliga a los medios a revelar de manera clara y sin lugar a dudas el carácter publicitario de los anuncios que aparecen en ellos, y a separar los mismos de las “afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa”.

Para valorar la existencia de omisiones engañosa, se deberán en cuenta también el contexto en el que se emite el anuncio en cuestión, así como las limitaciones del medio a través del cual se hace³⁵.

Una vez explicadas las distintas formas en las que la publicidad engañosa se manifiesta, actos de engaño y omisiones engañosas, cabe añadir que ambos tipos tienen en común un mismo objeto de protección, el cual no es otro que el principio de veracidad en las relaciones de mercado, sin el cual nuestro modelo de economía concurrencial no puede funcionar correctamente conforme a la regla de la oferta y la demanda, dado que esta última se ve pervertida³⁶.

DELIMITACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA FRENTE AL TIPO PENAL DE PUBLICIDAD FRAUDULENTA

Nuestro Código Penal (CP) establece la publicidad fraudulenta como delito relativo al mercado y a los consumidores, pues en su artículo 282 recoge que “serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan

³³ Artículo 7.1 LCD.

³⁴ GARCÍA CRUCES, J. A.: *op. cit.*, págs. 8-9.

³⁵ Artículo 7.2 LCD.

³⁶ GARCÍA CRUCES, J. A.: *op. cit.*, págs. 2-3.

alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores”.

Dicha redacción se asemeja en gran medida a la regulación que se establece en torno a este asunto desde el derecho privado. Esto, en cambio, no supone problema alguno para la aplicabilidad del derecho de la competencia, pues uno de los principios político-criminales que inspiran el derecho penal es el principio de la pena como última ratio, de acuerdo con el cual el derecho penal ha de aplicarse de forma ocasional y subsidiaria, es decir, sólo en circunstancias ante las que otro tipo de medidas sean insuficientes para garantizar la protección del bien jurídico en cuestión³⁷, por lo que el tipo del artículo 282 CP sería aplicable sólo frente a casos que revistan singular gravedad. Y aún así, para el caso en el que por razón de la gravedad del asunto hubiese que acudir al Código Penal, esto no sería excluyente de una hipotética responsabilidad civil respecto a la legislación mercantil, puesto que ambas pueden convivir paralelamente e incluso ser valoradas en un mismo proceso penal, en el que ni siquiera será necesario apreciar la comisión de un delito para confirmar que dicha responsabilidad civil existe³⁸. Sin embargo, resulta apropiado conocer cuándo la publicidad engañosa, objeto de este estudio, puede ser constitutiva de delito y castigarse como tal.

Al igual que ocurre con la publicidad engañosa, este delito pretende dar protección a la veracidad de la información publicitaria. Se trata de un tipo de peligro concreto cuyos elementos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son:

“1º. Sujeto activo ha de ser un fabricante o comerciante. Se trata, por tanto, de un delito especial propio, que en los casos como el presente -persona jurídica como titular de tal condición- requiere la aplicación de la regla del art. 31 CP, perfectamente adecuada

³⁷ BOLDOVA PASAMAR, M. A.: “Los Principios del Derecho Penal”, en AA. VV (ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. Á, Coordinadores): *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pág. 45.

³⁸ ROMEO CASABONA, C. M.: “El concepto y los Elementos del Derecho Penal”, en AA. VV (ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. Á, Coordinadores): *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pág. 18.

aquí, pues los dos acusados actuaron en estos hechos en representación de tal persona jurídica.

2º. El sujeto pasivo tiene carácter colectivo, los consumidores, según el propio texto del precepto. La conducta delictiva ha de dirigirse a una pluralidad de personas en esa perspectiva propia del delito de peligro que no exige para la consumación del delito perjuicio concreto.

3º. La conducta delictiva exige la concurrencia de los requisitos siguientes:

- a) Que con relación a productos o servicios haya una publicidad o una oferta;
- b) Que esta publicidad u oferta se haga con falsedad: alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre tales productos o servicios, nos dice el art. 282. Este es el elemento central del delito, el que determina la antijuricidad del hecho³⁹.

Se asemeja también al artículo 5 LCD en que no se exige resultado, sino la mera idoneidad de la conducta para que este pueda producirse. Así pues, la principal diferencia que encontramos entre ambos preceptos es la exigencia por parte del artículo 282 CP de que el perjuicio hipotético ha de ser grave y manifiesto, lo cual es coherente con el enunciado principio de la pena como última ratio. Dicha gravedad es, sin embargo, un concepto jurídico indeterminado y complicado de precisar, pero que puede ser evaluado, por ejemplo, en función de la cantidad de destinatarios que pretenda tener la propaganda, del medio que se use para ella, de la situación económica de los consumidores a los que va dirigida, del tipo de producto de que se trate o del precio que se pretenda por el mismo⁴⁰.

Este precepto penal recoge, a su vez, una mención con el fin de alertar al juez sobre la posibilidad de que este delito se cometa en concurso con otro distinto, lo cual es común en el desarrollo de esta práctica. Dice así, “sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”. Aunque cabe concurso con delitos como el de falsedades o con los relativos a la propiedad industrial, aquel con el que más se da es el

³⁹ STS 357/2004 (Sala Segunda, de lo Penal) de 19 de marzo de 2004 (núm. rec. 813/2003). Fundamento Jurídico 6º.

⁴⁰ *Ibidem*.

de estafa, pues pese a que en origen se entendía que esta absorbía a la publicidad fraudulenta, más recientemente se ha adoptado la tesis del concurso ideal-medial, puesto que ambos tipos tienen distintos bienes jurídicos protegidos. Así pues, la publicidad fraudulenta lesiona por sí misma el interés económico de los consumidores en el mercado, bien jurídico colectivo, y cuando el error al que se ha inducido, y el consecuente peligro creado por esta conducta, lleve al consumidor a realizar una disposición patrimonial que lesione su interés económico, bien jurídico individual, podremos estar ante un delito de estafa del artículo 248 CP⁴¹, cuya comisión podría suponer una pena privativa de libertad⁴².

CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y ACCIONES FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Hemos acreditado, mediante el análisis expuesto, que existe una práctica comercial de promoción de un bien o servicio que es constitutiva de publicidad engañosa en los términos del artículo 3 LGP en relación con la Ley de Competencia Desleal. Por lo tanto, la cuestión que ahora nos ocupa es determinar las consecuencias que este supuesto de hecho tiene.

En esta labor tenemos que desplazarnos nuevamente, por mandato del artículo 6.1 LGP, a la Ley de Competencia Desleal, que en su Capítulo IV regula las acciones frente a los actos de competencia desleal, siendo que en su artículo 32.1 recoge las distintas acciones que pueden ejercitarse en este campo.

La primera, y más importante, de las acciones contra la publicidad engañosa es la acción declarativa de deslealtad, la cual permite acudir a los tribunales con el fin de que estos determinen si una conducta es o no merecedora de la condición de acto desleal en

⁴¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “La protección penal de los intereses económicos de los consumidores y usuarios”, en AA. VV. (DE LEÓN ARCE, A. y GARCÍA GARCÍA, L. M., Coordinadoras): *Derechos de los consumidores y usuarios*, 3ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 12-13.

⁴² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº281, de 24 de noviembre de 1995. Artículo 248.2.

base a uno de los artículos del Capítulo II de la ley, siempre y cuando exista un interés efectivo por parte del actor, pues no se trata de una acción meramente consultiva. La razón de la mayor importancia que tiene esta acción frente a las demás, es que son dependientes de ella, en tanto es necesaria la determinación de la existencia de un acto de competencia desleal en un primer lugar, para que puedan ser resueltas el resto de acciones entorno a dicho acto, por lo que las demás de acciones deberán presentarse siempre acumuladas a la declarativa, y si esto no se hiciera así, igualmente se entenderá implícita junto a las otras. En ningún caso podrá formularse esta acción en sentido negativo, es decir, para que el juez resuelva que no existe una situación de competencia desleal⁴³.

Las siguientes acciones recogidas en la ley son la acción de cesación de la conducta desleal y la de prohibición de su reiteración futura. Ambas tienen como finalidad evitar el desarrollo de un acto de competencia desleal, sin embargo difieren en que mientras que la primera de ellas tiene por objeto una conducta que se sigue desarrollando en la actualidad, lo cual es el presupuesto para su interposición, la segunda se interpone ante el mero riesgo de que se lleve a cabo una conducta desleal, haya ocurrido anteriormente o no, puesto que su carácter es preventivo. De esta manera, de ser apreciadas por el juez, tanto la acción de prohibición como la de cesación, supondrán la imposición de una obligación de contenido negativo, de no realizar la conducta desleal en cuestión⁴⁴.

En el tercer apartado, se recoge la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. Se trata de una acción de condena orientada a obligar a quien haya actuado de forma desleal en el mercado a que restaure el orden concurrencial del mismo corrigiendo los efectos que dicho comportamiento ha generado. Esto puede hacerse, por ejemplo, mediante la retirada de los materiales publicitarios (tales como cartelera o *merchandising*) con los que se hubiese cometido el ilícito y o la destrucción de los mismos, pero sin duda la consecuencia más relevante de esta acción es la “anulación o

⁴³ CERVERA MARTÍNEZ, M.: “Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal. Prescripción”, en AA.VV (GARCÍA CRUCES, J. A., Coordinador): *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 3-4.

⁴⁴ *Idem*, p. 4-5.

ineficacia de un negocio jurídico que se haya constituido a raíz de comportamiento desleal”. A la hora de valorar esta acción, los jueces deberán emplear el principio de proporcionalidad atendiendo a la entidad de dichos efectos y la gravedad de la conducta enjuiciada y sopesarlos en relación con las consecuencias que tendría una sentencia estimatoria para la posición del demandado⁴⁵.

Al igual que en el caso anterior, la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas pretende corregir los efectos de una conducta desleal. Para ejercitar esta acción se requiere la persistencia de dicho efectos, los cuales podrían ser solventados mediante la imposición sobre la parte demandada de la obligación de transmitir, a los destinatarios a los que originariamente se hubiese inducido a error a través de dichas informaciones engañosas, una información verídica que repare dicho error. Ello comprende la modalidad de publicidad correctora, la cual, en virtud del principio de proporcionalidad, ha de reservarse para los supuestos de mayor gravedad⁴⁶, que consiste en la publicación de la sentencia en la que se concluye que se ha llevado a cabo una práctica desleal, de forma total o parcial, o en hacer una declaración rectificatoria⁴⁷.

La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios requiere para su interposición de la existencia de un acto de competencia desleal y de un daño patrimonial, ya sea tanto en la modalidad de daño emergente (incluido el daño moral) como en la de lucro cesante, que ha de estar unido a dicho acto mediante una relación de causalidad. También debe concurrir dolo o culpa en la conducta desleal, que pese a que no es necesario para la consideración de la deslealtad, sí que lo es para la interposición de esta acción. Mediante ella, será posible obligar al infractor a indemnizar dichos daños causados, ya sea a consumidores o a competidores. Indemnización que será de naturaleza pecuniaria⁴⁸.

⁴⁵ *Idem*, p. 6-7.

⁴⁶ *Idem*, p.7-11.

⁴⁷ Artículo 32.2 LCD.

⁴⁸ CERVERA MARTÍNEZ, M.: *op. cit.*, pág 11-15.

La última acción prevista en este artículo es la de enriquecimiento injusto, que solo puede ser interpuesta ante la lesión de un derecho de exclusiva, como lo puede ser la propiedad industrial o intelectual, mediante un acto desleal, que se traduce en un empobrecimiento del titular del derecho de exclusiva, con el consecuente enriquecimiento del infractor sin tener este título alguno que ampare su conducta. Esta acción está dirigida a reparar dicha lesión a través de la transferencia de todos los beneficios que hayan derivado directamente del ilícito cometido por la parte demandada, es decir, descontando a los ingresos obtenidos de esta manera los costes que supone el desarrollo de la actividad mercantil⁴⁹. Al igual que en el caso anterior se trata de una acción de condena a dar una cantidad dineraria, debiendo esta cuantía ser probada por la parte actora⁵⁰.

A la hora de analizar qué sujetos están legitimados para el ejercicio de las citadas acciones, debemos recordar que el objetivo de la ley es la protección de todos los individuos que intervienen en el mercado y al mercado en sí mismo, lo cual justifica que la legitimación activa no se limite exclusivamente a las personas que hayan resultado directamente agraviadas por una conducta desleal, sino que, de acuerdo con el artículo 33.1 LCD, la tiene todo aquel que participe en el mercado en el momento de la comisión del ilícito, ya sea como consumidor o como empresario, y tenga en este un interés legítimo que se vea perjudicado por una conducta desleal, entendiendo como tal que del ejercicio de la acción el actor pudiese obtener un beneficio o evitar un perjuicio. Los consumidores ostentan en todo caso un interés legítimo, mientras que en el caso de los empresarios, solo lo tienen aquellos que compiten con el infractor en el desarrollo de una misma actividad económica. Para el caso particular de la publicidad ilícita, se extiende la legitimación, ya que se suprime el requisito de participación en el mercado y no es necesario acreditar la realización de operaciones económicas en el mismo con carácter ocasional o habitual, sino solo la existencia de un interés económico⁵¹. Dicho

⁴⁹ *Idem*, p. 17-18.

⁵⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE nº7 de de 08 de enero de 2000 (en adelante, LEC). Artículo 217.

⁵¹ CERVERA MARTÍNEZ, M.: *op. cit.*, págs. 22-24.

esto, la excepción la encontramos en la acción de enriquecimiento injusto, que “sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada”⁵².

Además, para la interposición de las acciones de contenido no dinerario se otorga legitimación activa a las asociaciones y corporaciones profesionales, en la defensa de los intereses de sus miembros, y a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses de estos, al igual que al Instituto Nacional del Consumo y otros órganos de las administraciones públicas competentes para ello. También el Ministerio fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en estos mismos casos⁵³.

En cuanto a la legitimación pasiva, según está establecido en el artículo 34.1 LCD, “las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento”. Sin embargo, esto no será así cuando quienes hubiesen llevado a cabo materialmente la conducta desleal estuviesen obligados a ello en virtud de una relación contractual, en cuyo caso las acciones habrán de dirigirse contra el empresario o profesional con quien se haya establecido dicha relación. Ello siempre y cuando se actuase por mandato expreso e iniciativa del empresario⁵⁴.

Siendo esto así, en el previamente mencionado caso de “Granini Naranja”, la Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia estimando el recurso interpuesto declarando como engañosa la publicidad difundida por Granini y con ello se le condena a la cesación del anuncio, a abstenerse de publicarlo de nuevo y, como medida más perjudicial, “a difundir en tres cadenas de televisión nacionales, en las que se haya hecho el mayor número de pases del anuncio litigioso, en horario de máxima audiencia y en dos días consecutivos, una declaración en la que Granini reconozca expresamente la información engañosa publicitada y que su producto Granini Naranja es un néctar de naranja y no un

⁵² Artículo 33.1 *in fine* LCD.

⁵³ Artículos 33.2 a 33.4 LCD.

⁵⁴ CERVERA MARTÍNEZ, M.: *op. cit.*, págs. 32-33.

zumos de naranja⁷⁷. Además del pago de las costas. Esta sentencia pasa a ser firme una vez el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación⁵⁵.

Para la resolución de estas acciones serán competentes los juzgados de lo mercantil de la provincia en la que esté establecida la parte demandada, o para el caso en el que esta sea una extranjera, los de la provincia donde se hayan realizado los hechos o se produzcan sus efectos⁵⁶, siempre y cuando los jueces sean competentes para conocer el asunto de acuerdo con el derecho internacional.

Además de las consecuencias intrínsecas que presenta la publicidad engañosa, son también relevantes aquellas que tiene sobre los contratos establecidos tras ello por haber inducido a error a los consumidores mediante la emisión de información falsa. Así pues, el artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), establece que el contenido de una publicidad pasa a integrar igualmente el contrato de la operación anunciada cuando este no figure en él. Ello siempre que vaya dirigido a consumidores finales, sin que tengan posibilidad de negociación posterior. De esta forma, la publicidad engañosa podría, además, derivar en incumplimiento contractual.

CONSIDERACIONES SOBRE LOS SUPUESTOS TRANSNACIONALES DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Debido, entre otras muchas causas, a la globalización y a la integración de España en un proyecto de libre mercado transnacional y unidad económica como lo es la Unión Europea⁵⁷, es bastante común a día de hoy el hecho de que una empresa extranjera comercie con bienes y servicios en España y viceversa, lo que de forma lógica implica

⁵⁵ SAP de Barcelona 390/2017 de 2 de octubre de 2017 (rec. núm. 392/2016) y ATS 4198/2020 (Sala Primera, de lo Civil) de 24 de junio de 2020 (rec. núm. 161/2018).

⁵⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE nº157 de 2 de julio de 1985 (en adelante, LOPJ). Artículo 86 bis.1. En relación con el artículo 52.1.12º LEC.

⁵⁷ Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE nº 83, de 30 de marzo de 2010. Artículos 3.3 y 3.4.

que esta debe promocionar su actividad económica más allá de su propio mercado nacional, pudiendo estar los destinatarios de la misma en varios países esparcidos alrededor del globo. Lo cual, como es evidente, tiene importantes repercusiones jurídicas respecto al derecho de la competencia. De las que nos centraremos en dos cuestiones, la competencia judicial internacional y la ley aplicable.

A la hora de abordar la cuestión de cuándo son competentes los jueces españoles para conocer casos de competencia desleal de repercusión internacional, estudiamos su competencia judicial internacional. En este sentido, la casuística puede presentarnos dos escenarios posibles. Uno, en el que el empresario infractor está domiciliado en España, en donde los jueces serían siempre competentes en base al foro general del domicilio del demandado⁵⁸, recogido en el artículo 4 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis). Y otro, en el que el empresario al que se pretende demandar está domiciliado en un estado distinto. En este segundo escenario se nos pueden plantear más problemáticas dependiendo de cuál es ese otro estado, pues si este formara parte de la Unión Europea, se seguirá determinando la competencia judicial internacional por el Bruselas I bis; si fuese parte de la Asociación Europea de Libre Comercio o se tratase de El Salvador, sería por los convenios suscritos por España⁵⁹; y en cualquier otro caso, vendría dada por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁶⁰. Sin embargo, todas estas normas coinciden en considerar a

⁵⁸ ESPLUGUES MOTA, C.: “Resolución de controversias en el comercio internacional - Tribunales estatales”, en AA.VV. (ESPLUGUES MOTA, C., Director): Derecho del comercio internacional, ed. 10ª, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 443.

⁵⁹ Para los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (y no de la UE): Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE nº 339, de 21 de diciembre de 2007 (en adelante, Convenio de Lugano).

Para El Salvador: Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el de noviembre de 2000. BOE nº 256, de 25 de octubre de 2001 (en adelante, Tratado España - El Salvador).

⁶⁰ ESPLUGUES MOTA, C.: op. cit., págs. 443-444, 455 y 457-458.

España competente para el enjuiciamiento de conductas engañosas siempre que su mercado se haya visto afectado por las mismas⁶¹.

En cuanto a la ley aplicable, esta será la española cuando así se derive de la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), la cual es una norma de aplicación universal. En materia de publicidad engañosa, sería de aplicación su artículo 6.1, que emplea la regla del *locus delicti* e implica la aplicación de la ley nacional del país cuyo mercado se haya visto afectado. No obstante, esto podría llevar al concurso de leyes nacionales, de tantas como mercados hubiesen sido afectados mediante la publicidad, pero esto queda solucionado al preverse la aplicación exclusiva de la ley del país del foro, siempre que este coincidiera con uno de los afectados⁶².

Conjuntamente, estas normas permiten que siempre que una actividad publicitaria que pueda ser considerada engañosa se emita en España, afectando a los intereses de consumidores y competidores, pueda conocer un juez español y este aplique la normativa publicitaria española.

CONTROL PUBLICITARIO: AUTORREGULACIÓN Y AUTODISCIPLINA EN ESPAÑA

En su lucha por proteger el mercado de los comportamientos engañosos, el ordenamiento jurídico español nos facilita ciertas herramientas para la protección frente a las conductas desleales. De esta manera, se trata de fomentar el uso y creación de

⁶¹ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE n° 351, de 20 de diciembre de 2012. Artículo 7.2.

Artículo 5.3 Convenio de Lugano.

Artículo 4.3 Tratado España - El Salvador.

Artículo 22 *quinquies* LOPJ.

⁶² ESPINOSA CALABUIG. R.: “Derecho de la competencia”, en AA.VV. (ESPLUGUES MOTA, C., Director): *Derecho del comercio internacional*, ed. 10ª, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 107-110.

códigos de conducta por parte de corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales o de consumidores, a los que puedan adherirse los empresarios y profesionales⁶³.

Los códigos de conducta, que en todo caso deberán respetar el límite mínimo de protección de la competencia legalmente establecido⁶⁴, son normas de origen colectivo y adhesión voluntaria por parte de los operadores mercantiles, como ya hemos visto, cuya finalidad no es otra que mejorar la protección de los consumidores y el propio mercado, además del desarrollo de un sistema extrajudicial para la resolución de disputas derivadas de dichos códigos⁶⁵. Es a lo que respectivamente llamamos autorregulación y autodisciplina.

En lo relativo a la publicidad es de destacar la figura de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AACC), más conocida como Autocontrol, una asociación sin ánimo de lucro que cuenta con “alrededor de 600 miembros directos y 4.000 indirectos”, y que se vincula con aproximadamente el 70% de la inversión publicitaria en el país⁶⁶, lo cual la convierte en la más importante de España en este ámbito. Esta, ha elaborado un importante código de conducta, el Código de Conducta Publicitaria, que regula la actividad publicitaria inspirándose en los principios de legalidad, veracidad, buena fe y lealtad; además de otras normas de carácter sectorial para la publicidad de bienes y servicios de cierta naturaleza, como por ejemplo sobre la publicidad de juguetes⁶⁷. Estas normas son vinculantes para todos sus miembros.

⁶³ Artículo 37.1 LCD.

⁶⁴ Artículo 37.2 LCD.

⁶⁵ ZUBIRI DE SALINAS, F.: “Códigos de conducta y competencia desleal”, en AA.VV (GARCÍA CRUCES, J. A., Coordinador): *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 5.

⁶⁶ Página web oficial de Autocontrol. Consultado a 22 de mayo de 2023 en: https://www.autocontrol.es/?gclid=CjwKCAjwgqejBhBAEiwAuWHioNUaIysgb7PzeZfoHfij1Mhvu3MGILX_iM6F-Z2517IsoXC1pzCi_BoC_DwQAvD_BwE

⁶⁷ TATO PLAZA, A.: *op. cit.*, pág. 12.

Sobre el Código de Conducta Publicitaria, cabe decir que este establece las obligaciones básicas de los asociados, la cuales consisten, a grandes rasgos, en el respeto a la ley y los códigos de conducta publicitaria aplicables, acatar las resoluciones del Jurado y el deber de informar sobre las cuestiones que les fueran requeridas por los Órganos de Gobierno de la Asociación o el Jurado cuando dicha información no tenga condición de reservada o pueda suponerle perjuicio o riesgo graves al asociado⁶⁸. Subsidiariamente a este, es de aplicación el Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la Cámara Internacional de Comercio⁶⁹.

Al pretenderse con los códigos de conducta una mejora en la protección de los sujetos del mercado, queda justificado que estos códigos en sí mismos puedan ser objeto de impugnación cuando incentiven prácticas desleales o ilícitas, pudiendo ejercitarse contra ellos las acciones de cesación y rectificación tal y como si se tratase de un anuncio, debiendo dirigirse a los responsables de estos códigos⁷⁰.

Vayamos ahora con la autodisciplina, o dicho de otra manera, el control de cumplimiento de los códigos de conducta. Como recientemente hemos mencionado, Autocontrol pretende que la publicidad emitida por sus asociados sea veraz, legal, honesta y leal, para lo cual no solo basta el establecimiento de obligaciones, sino que es necesario asegurarse de que estas se cumplan. Autocontrol posee una serie de mecanismos que permiten garantizar la adecuación de la actividad publicitaria a los requerimientos que se le hagan, así como un sistema que supone la posibilidad de resolución de controversias de forma alternativa a la justicia ordinaria, lo cual es una respuesta frente a la lentitud y escasa flexibilidad de esta última en materia de consumo⁷¹. En resumen, Autocontrol realiza un doble control de la publicidad *ex ante* y *ex post*⁷².

⁶⁸ Código de Conducta Publicitaria de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (en adelante, CCP), de 19 de diciembre de 1996. Artículo I.3. Consultado a 22 de mayo de 2023 en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/05/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol.pdf>

⁶⁹ Artículo I.8 CCP.

⁷⁰ Artículo 38 LCD.

⁷¹ ZUBIRI DE SALINAS, F.: *op. cit.*, pág. 14.

⁷² TATO PLAZA, A.: *op. cit.*, págs. 12-13.

El control previo corre a cargo del Gabinete Técnico de Autocontrol, encargado de la emisión de los *cody advice*, un informe en el que este órgano consultivo analiza previa solicitud del interesado si el anuncio, o cualquier otra herramienta de publicidad que aún no ha sido difundida, que se pretenda emitir es acorde a la ley y los códigos de conducta que resulten de aplicación. Tras el debido análisis se resolverá, pudiendo incluso proponer correcciones, sin que dicha respuesta sea vinculante para el comportamiento del solicitante⁷³.

Cuestión distinta es el modelo de control *a posteriori*, de la publicidad ya emitida. Para ello, consumidores, competidores y hasta administraciones públicas estarán facultados para interponer una reclamación contra aquella publicidad que consideren contraria a los múltiples códigos de conducta a los que puedan estar adheridos los asociados cuya actividad publicitaria ha sido impugnada. Dicha reclamación será resuelta por el Jurado de Autocontrol, un órgano colegiado formado conjuntamente por expertos tanto en derecho como en materia publicitaria⁷⁴, de forma que “estará compuesto por un Presidente, entre tres y seis Vicepresidentes, y entre nueve y veinte vocales”, salvo para la resolución de reclamaciones hechas por consumidores individuales⁷⁵. Para garantizar su independencia, se prevé una serie de causas de abstención y recusación que afectan a sus integrantes, tales como tener interés en el asunto o haber mantenido una relación laboral o mercantil con una de las partes del mismo⁷⁶.

Al Jurado se le dará traslado del asunto siempre y cuando no hubiese sido posible alcanzar una solución a través de la mediación⁷⁷, pues de lo contrario se dará comienzo a este procedimiento, que consiste en un arbitraje institucional informado por los principios de transparencia, contradicción, independencia, eficacia, legalidad, libertad

⁷³ *Idem*, p. 13.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Reglamento del Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (en adelante, RJP), de 23 de abril de 1997. Artículos 3.1 y 3.3. Consultado a 23 de mayo de 2023 en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/10/reglamento-del-jurado-de-la-publicidad-autocontrol.pdf>

⁷⁶ Artículo 14 RJP.

⁷⁷ Artículo 17 RJP.

de elección y derecho de representación⁷⁸. Las resoluciones resultantes de este procedimiento, tendrán carácter vinculante para la totalidad de los miembros de Autocontrol⁷⁹ y estas consistirán en la declaración de la publicidad como incorrecta, su cesación o rectificación, la publicación de dicha resolución, la imposición de una sanción económica y o, en su caso, la pérdida del sello de la *European Interactive Digital Advertising Alliance* y el icono identificativo de la publicidad comportamental *on online behavioural advertising* que el infractor hubiese obtenido previamente⁸⁰.

Un exponente de esta actividad, es el caso de Superjupiter S.L, empresa comercializadora de diversos productos a través de internet cuya publicidad prometía que el envío de los bienes comprados en un plazo inferior a 24 horas, pese a que podía ser superior en función de ciertas circunstancias. Esta fue objeto de reclamación por parte de un particular ante el Jurado, que dictaminó que la misma era engañosa, en los términos del Código de Publicidad en su artículo 14, y obligó al anunciante a rectificar el anuncio objeto de controversia⁸¹.

Además de ello, el Jurado tiene otras funciones, como lo son la elaboración de anteproyectos de normas de conducta o la emisión de dictámenes en los que se exprese la valoración del jurado respecto a las campañas publicitarias de terceros ajenos a Autocontrol⁸².

Este formato de control publicitario ha arrojado resultados indudablemente positivos, pues en el pasado 2022, el Jurado de Autocontrol dió respuesta a 36.187 consultas previas o *copy advice*, así como alrededor de 200 casos de reclamaciones, en su gran mayoría interpuestas por los destinatarios de la publicidad (el 70'75% por particulares y otro 15'09% por asociaciones de consumidores)⁸³. Un éxito alcanzado en gran medida

⁷⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *op. cit.*, pág. 213.

⁷⁹ TATO PLAZA, A.: *op. cit.*, pág. 13.

⁸⁰ Artículo 24 RJP.

⁸¹ Resolución del Jurado de la Publicidad nº 15/R/ENERO/2023, de 3 de febrero de 2023.

⁸² Artículo 4 RJP.

⁸³ Página web oficial de Autocontrol, Balance de Autocontrol del año 2022. Consultado a 24 de mayo de 2023 en:

gracias a su pretendida agilidad, que permite tramitar reclamaciones con gran eficiencia en comparación con los 21 meses de media que se demoran los juzgados de lo mercantil en resolver las demandas por acciones relacionadas con la competencia desleal⁸⁴.

CONCLUSIONES Y ALTERNATIVAS

Atendiendo a todo lo anteriormente explicado, debe considerarse que en términos generales la normativa española respecto a la publicidad engañosa adecuada a la problemática que esta implica, no dejando lugar a la existencia de lagunas jurídicas que permitan engañar al consumidor de manera relevante mediante anuncios sin incurrir en este ilícito y ofreciendo a empresarios competidores y particulares una amplia gama de herramientas para combatir este fenómeno. Entre ellas merece la pena destacar el papel de Autocontrol, no sólo porque ofrece una vía más rápida (como ya hemos visto) y más especializada a la hora de resolver conflictos relativos a la publicidad, sino porque su actividad de emisión de *copy advice* es de gran valor, puesto que permite reducir el número de alteraciones del mercado mediante publicidad engañosa no obligando a los empresarios a deshacerlas, sino impidiendo que estas lleguen a producirse, beneficiando tanto a los oferentes como a los demandantes del mercado al generar más seguridad para los consumidores y ahorrarle a los empresarios el coste económico y reputacional que supone tener que rectificar una conducta engañosa.

A pesar de ello, la regulación española no está exenta de críticas como las siguientes. La primera de ellas sería que, pese a que han habido modificaciones legales al respecto, aplicar conjuntamente la Ley General de la Publicidad y la Ley de Competencia Desleal sigue suponiendo una labor más compleja de lo que podría ser, remitiéndose continuamente la una a la otra. Una situación que podría solucionarse integrando el Capítulo II de la Ley General de la Publicidad en la Ley de Competencia Desleal, y así

https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2023/03/anexo_np-autocontrol_balance_2022.asambleageneraldocx.pdf

⁸⁴ Página web oficial del Poder Judicial, Consultado a 24 de mayo de 2023 en:

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=29&anio=2021&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Demandas%20por%20acciones%20relacionadas%20con%20la%20competencia%20desleal>

reunir en un solo texto legal la regulación necesaria para combatir todas las formas de publicidad ilícita, incluida la engañosa.

Otro inconveniente existente, desde el punto de vista del consumidor, es la vigencia del fuero de competencia territorial especial establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para los casos de competencia desleal. Este, obliga a litigar en el la provincia en la que el demandado esté domiciliado, lo que puede obligar a demandar en una provincia al otro lado del país y esto, particularmente en el caso de los consumidores, puede suponer que los interesados se rehusen a ir a juicio por los altos costes que ello puede implicar. En su lugar, sería conveniente aplicar facultativamente la norma que este mismo fuero prevé para casos en los que el empresario infractor no tenga domicilio o éste esté en el extranjero, siendo competente los juzgados de la provincia en la que se hubiese realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos⁸⁵. Ciertamente en este caso se invertiría la desventaja que supone litigar en una provincia distinta propia, pero en este caso afectaría al empresario y el perjuicio sería menor al tener estos más recursos como norma general, por no hablar de que se litigaría en un territorio en el que ambas partes tienen un interés económico, no como en el caso anterior.

Finalmente, creo necesario hacer una reflexión, y es que al igual que en su momento fue necesario crear normas para regular la publicidad, que con el tiempo tuvieron que ser reemplazadas por quedarse obsoletas, con el paso de los años y el desarrollo de las tecnologías y el crecimiento de la economía que esto llevará consigo, las normas actuales se volverán a tornar ineficientes, y nuestra postura ante ello no debe limitarse a tratar de que el derecho se adapte a los cambios sociales tan rápido como sea posible, sino que es crucial evolucionar hacia una sociedad de consumidores formados y con criterio, que tenga medios y conocimiento para identificar las conductas engañosas, y así estar preparados para defender sus intereses individuales, y con ellos los intereses colectivos de todo un país, en una sociedad de consumo en constante cambio.

⁸⁵ Artículo 52.1.12º LEC.

BIBLIOGRAFÍA

Revistas y obras jurídicas

BOLDOVA PASAMAR, M. A.: “Los Principios del Derecho Penal”, en AA. VV (ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. Á, Coordinadores): Derecho Penal Parte General, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pág. 45.

CERVERA MARTÍNEZ, M.: “Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal. Prescripción”, en AA.VV (GARCÍA CRUCES, J. A., Coordinador): Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 3-18, 22-24 y 32-33.

ESPINOSA CALABUIG, R.: “Derecho de la competencia”, en AA.VV. (ESPLUGUES MOTA, C., Director): Derecho del comercio internacional, ed. 10ª, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 107-110.

ESPLUGUES MOTA, C.: “Resolución de controversias en el comercio internacional - Tribunales estatales”, en AA.VV. (ESPLUGUES MOTA, C., Director): Derecho del comercio internacional, ed. 10ª, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 443-444, 455 y 457-458.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “La protección penal de los intereses económicos de los consumidores y usuarios”, en AA. VV. (DE LEÓN ARCE, A. y GARCÍA GARCÍA, L. M., Coordinadoras): Derechos de los consumidores y usuarios, 3ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 12-13.

GALLEGO SÁNCHEZ, E.: Derecho Mercantil Parte Primera, ed. 4ª, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 39, 206-207 y 210.

GARCÍA CRUCES, J. A.: “Comentario al art. 5 de la LCD. Actos de engaño”, en AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., Director): Comentarios a la ley de competencia desleal, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 2-3, 8-9 y 15-17.

GARCÍA GARCÍA, C. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Publicidad engañosa, subliminal y etiquetado confuso:medidas para la protección del consumidor en la legislación española”, *Revista de Alimentación Contemporánea y Desarrollo Regional*, núm. 59, 2022, pág. 3.

KOTLER, P. y ARMSTRONG, G.: *Fundamentos de Marketing*, 11ª ed., Ed. Pearson Educación, México, 2013, pág. 385.

LEDESMA DEVESA, C.: “Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España”, *methaodos.revista de ciencias sociales*, vol. 6, núm. 1, 2018, págs. 9-11.

ROMEO CASABONA, C. M.: “El concepto y los Elementos del Derecho Penal”, en AA. VV (ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. Á, Coordinadores): *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pág. 18.

TATO PLAZA, A.: “Publicidad y publicidad ilícita”, en AA.VV (GARCÍA CRUCES, J. A., Coordinador): *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 1-2 y 10-13.

ZUBIRI DE SALINAS, F.: “Códigos de conducta y competencia desleal”, en AA.VV (GARCÍA CRUCES, J. A., Coordinador): *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 5 y 14.

Normativa

Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. BOE nº143, de 15 de junio de 1964.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE nº157 de 2 de julio de 1985

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. BOE nº274, de 15 de noviembre de 1988.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE nº10, de 11 de enero de 1991.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE nº7 de de 08 de enero de 2000.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE nº287 de 30 de noviembre de 2007.

Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE nº 83, de 30 de marzo de 2010.

Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el de noviembre de 2000. BOE nº 256, de 25 de octubre de 2001.

Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE nº 339, de 21 de diciembre de 2007.

Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE nº 351, de 20 de diciembre de 2012.

Directiva del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. DOCE nº250, de 19 de septiembre de 1984.

Jurisprudencia

STJUE 1998:369 (Sala Quinta) de 16 de julio de 1998.

STS 357/2004 (Sala Segunda, de lo Penal) de 19 de marzo de 2004 (núm. rec. 813/2003).

STS 435/2018 (Sala Primera, de lo Civil) de 11 de julio de 2018 (rec. núm. 2027/2015).

ATS 4198/2020 (Sala Primera, de lo Civil) de 24 de junio de 2020 (rec. núm. 161/2018).

SAP de Barcelona 390/2017 de 2 de octubre de 2017 (rec. núm. 392/2016).

Otras referencias

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed.

Página web oficial de Autocontrol. Consultado a 22 de mayo de 2023 en: https://www.autocontrol.es/?gclid=CjwKCAjwgqejBhBAEiwAuWHioNUaIysgb7PzeZf oHfij1Mhvu3MGILX_iM6F-Z2517IsoXC1pzCi_BoC_DwQAvD_BwE

Código de Conducta Publicitaria de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, de 19 de diciembre de 1996. Consultado a 22 de mayo de

2023 en:
<https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/05/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol.pdf>

Reglamento del Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (en adelante, RJP), de 23 de abril de 1997. Artículos 3.1 y 3.3. Consultado a 23 de mayo de 2023 en:
<https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/10/reglamento-del-jurado-de-la-publicidad-autocontrol.pdf>

Resolución del Jurado de la Publicidad nº 15/R/ENERO/2023, de 3 de febrero de 2023.

Página web oficial de Autocontrol, Balance de Autocontrol del año 2022. Consultado a 24 de mayo de 2023 en:
https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2023/03/anexo_np-autocontrol_balance_2022.asambleageneral.docx.pdf

Página web oficial del Poder Judicial, Consultado a 24 de mayo de 2023 en:
<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=29&anio=2021&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Demandas%20por%20acciones%20relacionadas%20con%20la%20competencia%20desleal>