

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN EL DERECHO ESPAÑOL

JAVIER LÓPEZ CAMARGO

I. LA PUBLICIDAD

La comunicación y el Derecho son presupuestos inseparables de las relaciones humanas. En cualquier agrupación humana, en cualquier grupo social, por incipiente o embrionario que sea, existe necesariamente la comunicación y el derecho. La publicidad es ante todo comunicación, sólo que su desarrollo ha tenido un ritmo acelerado en los últimos años con una mayor importancia en todas las esferas de la sociedad. La publicidad es un modelo o una técnica de comunicación que atraviesa a cualquier medio de comunicación en todos los sentidos, dominándolos económicamente y, en gran medida, ideológicamente.

La publicidad ha jugado un papel importante en el desarrollo de la actividad económica. “Puede afirmarse que, del mismo modo que desde épocas remotas el hombre ha luchado contra la escasez, la publicidad ha existido desde que los bienes para satisfacer las necesidades han sido poseídos por distintos sujetos, haciendo necesaria la comunicación entre sus dueños para hacer, para realizar el intercambio”¹.

En lo grupos sociales contemporáneos el papel de las comunicaciones sociales es fundamental para el desarrollo ordenado y para el normal desenvolvimiento de la vida social. En el seno de las modernas sociedades industriales, la aparición de las nuevas técnicas de marketing y de la publicidad han impulsado fuertemente, entre otros factores, el desarrollo de la figura del consumidor/usuario, con unos perfiles netamente distintos a los que han caracterizado a los hombres en cualquier otro sistema socioeconómico anterior.

El control de la publicidad no es asunto exclusivo del Derecho de la Publicidad, ya que no sólo es el interés del consumidor lo que ha de protegerse frente a la actividad publicitaria incorrecta, sino también el interés de los competidores. La tutela del consumidor y la defensa de la competencia no deben confundirse, aunque tampoco debe olvidarse la conexión funcional que los liga. La tutela del consumidor se justifica por la especial posición de debilidad en el mercado que lo caracteriza, para lo cual el Estado intervendrá en los procesos de mercado mediante reglas e interpretaciones excepcionales (regulación económica) que

¹ J. R. Sánchez Guzmán. *Curso de economía para publicitarios*, Madrid, 1971, p. 38.

pretenden vigilar y controlar la producción, la distribución, el uso y consumo de los bienes y servicios en aras de una mejor calidad de vida. La defensa de la competencia se justifica porque la publicidad puede crear barreras o facilitar el acceso al mercado tanto de competidores como de otros productos (bienes o servicios), por tanto, la publicidad no debe ser, como la propia competencia, ni restrictiva ni desleal.

La publicidad incide fundamentalmente sobre el sistema económico y prácticamente no se concibe una economía de mercado sin la existencia de la misma. La publicidad, tal como hoy la conocemos, es producto de la concurrencia de los operadores económicos en el mercado que encuentran en ella un poderoso instrumento que influye decisivamente en los factores determinantes del consumo y que, en gran medida, lo dirige y encauza. La regla general es que la publicidad busca promover un producto en forma lícita y leal incidiendo en la decisión de los consumidores. La publicidad es un mensaje constitutivo de una relación de comunicación entre productor y consumidor, entre anunciante y destinatario. Sin la publicidad el consumidor/usuario no tendría la información que los anuncios le suministran. Todo ello hace necesario cuidar que una actividad que cumple tal función y forma parte de los elementos reguladores del mercado, no se convierta en ninguna de sus modalidades y variantes en un medio para inducir a error o para defraudar a los consumidores y competidores.

Es importante resaltar que la publicidad y el movimiento de protección de los consumidores son acaso dos de los rasgos distintivos de las denominadas

sociedades industriales o post-industriales, que se asientan en los países desarrollados del llamado mundo occidental en el siglo XX. La publicidad y la política de protección del consumidor es punto de referencia para caracterizar a las sociedades desarrolladas en el mundo occidental frente a los países del antiguo bloque socialista y a los países en vía de desarrollo.

Por último, definir la publicidad no ha sido tarea fácil, aunque hoy existe un relativo acuerdo sobre cuáles son los elementos que la integran, destacándose, primero, el que es una técnica de comunicación puesto que involucra una serie de procesos comunicativos que utilizan cualquier medio de comunicación para transmitir una información; segundo, el anunciante que es toda persona natural o jurídica que directa o indirectamente informa al público sobre la existencia de un producto; tercero, ese público estará conformado, mínimo, por un grupo de personas; cuarto, el fin de esta técnica de comunicación es inducir al público al uso o consumo del producto que se anuncia. En resumen, la publicidad se define como una técnica de comunicación que utiliza el anunciante para informar al público sobre la existencia de un producto con el ánimo de inducir a su uso o consumo.

II. LA PUBLICIDAD Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

La política de información a los consumidores y usuarios ha experimentado desde la década de los años sesenta un extraordinario auge, debido principalmente al desarrollo de la intervención del Estado en la economía, que se ha traducido en medidas legislativas, de intervención

administrativa y al crecimiento de las Organizaciones de Consumidores y Usuarios subvencionadas por el Estado. Esta política parte de la base de que la actual industria de la publicidad, dominada ampliamente por los empresarios, no suministra al consumidor los criterios de decisión que necesita para una satisfacción objetiva de sus necesidades.

El derecho de los consumidores y usuarios a una información veraz y objetiva resultan ilusorios, si tenemos en cuenta que quien sufraga los gastos de la publicidad es el fabricante, el comerciante o el suministrador de servicios; en general, con la publicidad, manifestación o componente de la libertad de empresa, se pretende satisfacer el interés del empresario, por tanto, no cabe reducirla a un instrumento de política de educación e información de los consumidores. La publicidad busca la sugestión, la incitación o la persuasión, pero no la información. Informará en la medida en que los datos sean un elemento de persuasión para la adquisición del producto o servicio, mientras que procurará silenciar la información de datos menos favorables. Esto es lo que debe evitarse por medio del control de la publicidad, que como corolario de la tutela del consumidor y la defensa de la competencia, ha de ponerse en relación con el derecho a la información veraz y objetiva sobre los productos y servicios que se ofrecen en el mercado. En este sentido hay tres aspectos diferentes del derecho a una información veraz y objetiva en relación con los *consumidores*²:

– La prohibición de mensajes publicitarios engañosos o que induzcan a error. Los mensajes publicitarios deben ser confeccionados de tal modo que no induzcan a error al consumidor sobre el origen, composición, precio o calidad del producto o servicio. Ahora bien, esta prohibición no exige que el oferente de un producto o servicio deba consignar absolutamente todas las propiedades del mismo, puede silenciar completamente los perjuicios, defectos o efectos secundarios del producto mientras no exista una correspondiente obligación de declararlos³. En este punto es importante el principio de veracidad, concepto jurídico más relevante dentro del Derecho de la Publicidad, porque es el que define el marco de actuación jurídica en la materia. La publicidad podrá ser lícitamente parcial, persuasiva, incitadora, incluso manipuladora, pero en todo caso ha de ser veraz. La exigencia de veracidad y la prohibición de mensajes publicitarios engañosos, no evitará que el consumidor o usuario incurra en error subjetivo, que incluso se puede dar mediante afirmaciones totalmente ciertas, puesto que no necesariamente será inducido a error por la inserción de datos o afirmaciones falsas.

– Como una manifestación más de la función social de la libertad de empresa, resulta de mucho interés para los consumidores y usuarios, imponer al ejercicio de la actividad publicitaria la obligación de información mínima sobre determinadas cualidades esenciales del producto o servicio, mediante el mandato dirigido

² Norbert Reich. *Mercado y Derecho*, Barcelona, Edit. Ariel, 1985, pp. 185 y ss.

³ Un claro ejemplo de obligación de declarar los perjuicios o los efectos secundarios de un producto se encuentra en la normativa de productos farmacéuticos, que obliga indicar en el envasado las contraindicaciones del producto.

a los competidores a que proporcionen una información objetiva, para lo que la legislación se orientará en la línea de establecer un amplio y detallado catálogo de obligaciones de información a cargo del oferente del producto, debiendo poder ser susceptibles de comprobación, como, por ejemplo, el envasado, la composición, contenido del envase, sustancias activas, distintivos de control, etc. Esto conllevará a que el consumidor o usuario gocen de la posibilidad de examinar el contenido y las características reales del producto, para así poder comprobar si sus necesidades de consumo serán satisfechas. Ahora, esto puede traer como consecuencia el *exceso de información*, caso en el cual el supuesto beneficio del consumidor o usuario no se materializa en la realidad. En todo caso, hay que tener presente que una información objetiva al consumidor dará como resultado que el elemento persuasivo de la publicidad pierda fuerza, con lo que la competencia entre los productos y servicios se centrará en la calidad de los mismos.

– La función de asesoramiento y aclaración a cargo de las correspondientes organizaciones y asociaciones de consumidores y usuarios, instituciones de carácter objetivo e independiente, que actúan examinando críticamente los productos que concurren en el mercado emitiendo determinados juicios y recomendaciones para su adquisición. Mediante esta función, la política de información traspasa los límites de un simple reconocimiento de la indicación de los bienes y servicios.

Un ejemplo de actuación son los test de productos.

En resumen, el derecho a la información es un derecho fundamental de los consumidores y usuarios, que se potencializa cuando se utiliza la publicidad, principal instrumento de contacto entre los empresarios y los consumidores/usuarios. Este derecho no es a una información cualquiera, ya que ella se encuentra cualificada, como se desprende de la exigencia de que sea una información veraz⁴.

III. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

A. ANTECEDENTES JURÍDICOS

Si partimos de la base de que la publicidad se desenvuelve, necesariamente, en conjunción con los medios modernos de comunicación social, su aparición será correlativa con la aparición de los primeros periódicos con anuncios, previa invención de la imprenta. Pero, desde el punto de vista de la historia económico-jurídica, no se puede dejar de admitir que publicidad y comercio parecen estar hermanados desde sus orígenes. En el plano legislativo, la perspectiva histórica es mucho más fácil de localizar, pudiendo afirmar que la legislación publicitaria es un fenómeno de reciente aparición⁵.

En el siglo XX surge la preocupación de reglamentar la publicidad, con el objetivo de no permitir un falseamiento de la competencia y la necesidad de

⁴ En el artículo 8.1. de la Ley General de Consumidores y Usuarios (LGCU) de España, se consagra, de forma imprecisa, el principio de veracidad de la publicidad, pero para su mayor comprensión se remite a la Ley General de Publicidad española.

⁵ Manuel Santaella. *Introducción al derecho de la publicidad*, Madrid, Edit. Civitas, 1982, pp. 121 y ss.

proteger a los consumidores. “En este contexto, y en el ámbito puramente publicitario, hemos de situar un texto de extraordinaria importancia: el ‘Código de prácticas leales en materia de publicidad’ redactado por la Cámara de Comercio Internacional (edición revisada de 1955), cuya finalidad es la de prevenir los abusos en materia de publicidad y en donde se perfila ya no sólo la protección de los intereses de la empresa competidora, sino la protección de los consumidores. En este Código se contienen, embrionariamente, los principios de una regulación publicitaria, partiendo de considerar que la publicidad debe dirigirse para atraer la atención de los receptores de los mensajes publicitarios, a fin de poner de relieve las cualidades de los productos o de los servicios ofrecidos, evitando la referencia a los competidores y prohibiendo cualquier tipo de comparación velada. Asimismo, es objeto de atención de este Código la publicidad engañosa”⁶.

En el Derecho Comparado, la publicidad comparativa, la publicidad engañosa y, en general, las prácticas publicitarias incorrectas han sido objeto de numerosas reglamentaciones particulares, especialmente, a raíz de los impulsos que resultaron del desarrollo económico suscitado después de la Segunda Guerra Mundial, destacándose el Estatuto de la Publicidad Español (Ley 61/1964 del 11 de junio).

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, la Comunidad Económica Europea comprendió la necesidad de regulación jurídica del fenómeno publicitario en la década de los sesenta, por eso,

ya en su Programa Preliminar aprobado por Resolución del Consejo del 14 de abril de 1975, se refiere explícitamente a la publicidad como fenómeno digno de regulación jurídica comunitaria. Se expresa allí la necesidad de regular la publicidad en relación al derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores y se insiste, especialmente, en la necesidad de eliminar la publicidad engañosa. Las mismas ideas se encuentran expresadas en el Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea que fue aprobado por Resolución del Consejo del 19 de mayo de 1981. Asimismo, el anexo del Documento de la Comisión del 23 de julio de 1985, relativo a un nuevo impulso para la protección de los consumidores, recoge como una de las medidas que deben aportarse para la tutela de los intereses económicos de éstos, la formulación de una Directiva sobre la publicidad desleal y la publicidad comparativa⁷.

El resultado de los esfuerzos tendientes a la protección de los consumidores es la Directiva del 10 de septiembre de 1984, relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea en materia de publicidad engañosa. En estrecha relación con esta normativa se encuentra la Directiva del 3 de octubre de 1989 (publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 298, del 19 de octubre de 1989, pp. 23 y ss.) sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al ejercicio de

⁶ Ulmer-Beier. *La repression de la concurrence deloyale dans les etats membres de la CEE*, T. I, París, 1967, pp. 274 y ss., citado por Santaella. *Op. cit.*, p. 137.

⁷ Astrid Espaliat Larson. “La Publicidad Engañosa”, en *Cuadernos Jurídicos (Revista Mensual de Derecho)*, Año 2, Nº 6, marzo de 1993, pp. 79 y ss.

actividades de radiodifusión televisiva y, más específicamente, su capítulo IV relativo a la publicidad por radiodifusión.

El ingreso de España a la Comunidad Económica Europea planteó la necesidad de actualizar la legislación interna a la normativa comunitaria, resultado de ello es la Ley General de la Publicidad (Ley 34/1988 del 11 de noviembre, que derogó el Estatuto de la Publicidad de 1964), que se encuentra estrechamente ligada a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984 del 19 de julio).

B. ANÁLISIS DEL CONCEPTO

La Ley General de la Publicidad española (LGP) recoge en su artículo 4º el criterio para definir “la publicidad engañosa”, adoptando, casi sin modificaciones, la definición expuesta en el artículo 2º de la Directiva Comunitaria 84/450 del 10 de septiembre de 1984. Esta Ley considera a la publicidad engañosa como una de las manifestaciones de la publicidad ilícita.

De la definición del artículo 4º de la LGP, se puede concluir que el engaño publicitario no necesariamente equivale a falsedad, ya que el presupuesto de hecho de la norma no sólo es la correspondencia de la información que ofrezca el empresario-anunciante con la realidad, sino que basta que la publicidad sea apta para inducir a error⁸, sin que sea necesaria la intención del anunciante. El texto legal

acoge un concepto positivo de publicidad engañosa (art. 4.1. de la LGP) y una vertiente negativa o engaño por omisión (art. 4.2. de la LGP). De modo positivo, la inducción a error se puede producir *de cualquier manera, incluida su presentación*; de modo negativo, silenciando *datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios*, porque, con base en la ocultación o el silencio se puede crear una imagen errónea del producto o servicio.

La Ley General de Publicidad consagra un sistema objetivo para determinar el carácter engañoso de la publicidad. “Esto es perceptible en dos planos distintos. La publicidad es engañosa: a) no sólo cuando induce, sino también cuando es susceptible de inducir a error a sus destinatarios (art. 4). b) Además, no exige intencionalidad o negligencia (art. 30, 1)”⁹.

La inducción a error se define en esta norma por sus consecuencias económicas, ya que para que sea susceptible de engaño publicitario, el error debe poder afectar al *comportamiento económico* de los destinatarios. Pero esta expresión hay que matizarla, porque toda publicidad persigue inducir a su destinatario al consumo del producto que se anuncia, por tanto, toda actividad publicitaria implica la creación de un cierto artificio, de una cierta irrealidad. La razón de esto es que si ello no fuera así, se estaría restringiendo en una forma inconmesurable la utilización de este instrumento en el mercado, porque es lógico que al realizarse grandes inver-

⁸ Sería el caso de un mensaje publicitario cuyo contenido sea cierto, pero su presentación material puede inducir a error, como por ejemplo un anuncio cuyo mensaje es cierto, pero en el cual existe una parte del mismo que es presentado en letras más pequeñas que el resto del anuncio, que por su propia ubicación, resulta inadecuada para cumplir de manera fiel la finalidad de no inducir a error.

⁹ Antonio-Manuel Morales Moreno. “Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el artículo 8º de la LGCU)”. Escrito publicado en el libro *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, separata del Vol. VIII, Consejo General del Notariado, p. 670.

siones económicas en publicidad, el anunciante quiera que su esfuerzo económico se vea retribuido por una aceptación de su producto o servicio por parte de los consumidores/usuarios. Es necesario, entonces, determinar cuándo y cómo el artificio inherente a toda publicidad se convierte en mensaje engañoso. En este sentido es válida la apreciación que hace Miguel Pasqua Liaño, al afirmar que¹⁰: “El criterio diferencial deberá estar, entonces, en lo siguiente: la publicidad será engañosa cuando el efecto interesado que persigue –convencer artificioosamente de algo a alguien– lo consiga precisamente por una distorsión de la realidad del producto, y no por la mera insistencia publicitaria, la habilidad comunicativa, la originalidad o la belleza”.

Determinar que un mensaje publicitario es engañoso, es una tarea que presenta notables dificultades que aparentemente pueden ser superadas por los elementos que proporciona el artículo 3º de la Directiva comunitaria 84/450 del 10 de septiembre de 1984 y el artículo 5º de la LGP. Según estas disposiciones, hay que tener en cuenta todos los elementos de la publicidad y principalmente sus indicaciones concernientes a: 1. Las características de los bienes o servicios, tales como: –origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad; –calidad,

cantidad, categoría, especificaciones y denominación; –modo y fecha de fabricación, suministro o prestación; –resultados que puedan esperarse de su utilización; –resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios; –nocividad o peligrosidad. 2. Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo. 3. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios. 4. Motivos de la oferta. 5. Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a: identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales; derechos de propiedad industrial o intelectual; premios o distinciones recibidas. 6. Servicios post-venta¹¹.

Ahora, en cuanto al tipo de consumidor que debe sufrir el error, para poder considerar que la publicidad es engañosa, hay que tener presente que no es suficiente con que un solo consumidor resulte engañado, ni será necesario que todos sufran el engaño. A este respecto se ha utilizado el criterio del consumidor medio, que a su vez se critica porque todos aquéllos consumidores que se sitúen por debajo de ese nivel, como sería el caso del consumidor desprevenido, no gozarían de la especial protección legal, con lo cual se desdibujaría la finalidad de la política de consumo¹². Pero el cumplimiento del criterio teleológico de la política de

¹⁰ Miguel Pasqua Liaño. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Edit. Civitas, 1992, p. 147.

¹¹ “Los diversos elementos a considerar muestran la dificultad de la tarea de determinar los casos de publicidad engañosa y, por lo tanto, el vasto ámbito dentro del cual la jurisprudencia deberá precisar y concretar los supuestos en que efectivamente exista engaño en el mensaje publicitario”. Espaliat Larson, *Op. cit.*, p. 83.

¹² “Para evitar este flanco de desprotección, se han introducido muy diferentes matizaciones. En primer lugar, se ha dicho que no bastará con referirse a un consumidor medio “in abstracto”, sino en función del tipo de público al que va dirigido el mensaje publicitario; es

consumo a niveles del consumidor desprevenido, puede conducir a prohibir ciertos fallos en la información que no debería soportar el anunciante, sino el consumidor presumiblemente desprevenido¹³.

IV. CONSECUENCIAS CONTRACTUALES DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

La LGP española instaaura ciertas medidas contra la publicidad engañosa: la acción de cesación y la de rectificación. Para su ejercicio, legítima a los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo para poder solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita (art. 25 de la LGP). Según el artículo 31 de la LGP, si se obtiene una sentencia estimatoria, ésta deberá contener alguno

o algunos de los siguientes pronunciamientos:

a) conceder al anunciante un plazo para que suprima los elementos ilícitos (engañosos) de la publicidad;

b) ordenar la cesación o prohibición definitiva de la publicidad ilícita (engañosa);

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

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

El artículo 29 de la LGP, consagra unas peculiaridades de los procesos derivados de estas acciones:

a) el Juez podrá, de oficio y sin audiencia del demandado, dictar auto de inadmisión de la demanda cuando la estime manifiestamente infundada;

decir, habría que hablar del consumidor medio de entre los destinatarios presumibles del mensaje; así, no deberá utilizarse un mismo criterio para determinar el carácter engañoso de la publicidad cuando se anuncie un juguete, o un detergente, o un ordenador, por cuanto son productos que van dirigidos a un tipo de público con características diferentes. Se ha dicho también –y este es el criterio seguido en Derecho alemán– que bastará con que la publicidad induzca a error a un determinado porcentaje no insignificante de consumidores; pero este criterio, acaso el más adecuado desde un punto de vista material, plantea el problema de su operatividad práctica, en cuanto que obligaría a la realización de estudios demoscópicos que retrasarían el proceso, lo encarecerían, etc. La idea, no obstante, es aprovechable, en cuanto que “baja el listón” situado antes en el nivel del “consumidor medio”. Otros, incluso, prefieren el criterio del “consumidor más desprevenido”: la publicidad será engañosa si es previsible que engañe a un consumidor de “nivel de resistencia” ínfimo. Sólo se salvaría entonces el engaño que fuera debido a una torpeza imprevisible del consumidor. Pero este criterio –proveniente más bien del ámbito de la responsabilidad, en donde la existencia de daño equivale a presunción de que no se ha puesto la diligencia debida– ahogaría con exceso la actividad publicitaria, so pretexto de una sobreprotección”. Pasqua Liaño. *Op. cit.*, p. 148.

¹³ “La protección puede llegar a transformarse en una caricatura cuando tiende a una sobreprotección de los consumidores ante el peligro de engaño, como en el caso sintomático de publicidad con los precios ... En un mercado siempre existirán imperfecciones; derivan, además, de las mismas características de la información ..., si bien es difícil determinar el grado óptimo de una información, sopesar sus costes y beneficios, todavía puede ser más costoso ignorar esta aproximación y tratar de proporcionar información más completa”. Carmen Madrenas i Boadas. *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1990, pp. 81 y 142.

b) sin perjuicio de lo que se pueda acordar para mejor proveer, el juez, al momento de decidir el recibimiento a prueba, podrá requerir de oficio al anunciante para que aporte las pruebas relativas a la exactitud de los datos materiales contenidos en la publicidad, siempre que aprecie que tal exigencia es acorde con las circunstancias del caso, atendidos los legítimos intereses del anunciante y de las demás partes del proceso¹⁴;

c) el Juez podrá considerar los datos de hecho como inexactos, cuando no se aporten los elementos de prueba a que se refiere el párrafo anterior o cuando estime que los aportados resultan insuficientes.

Hasta aquí podemos concluir, que la acción de cesación y rectificación de la publicidad engañosa procura una protección preventiva, muy importante, puesto que tiene como objetivo impedir que los destinatarios de la misma sean inducidos a un error que afecte su comportamiento económico. Pero, la efectiva protección de los consumidores lleva al interrogante sobre qué sucede con los efectos negociales de la publicidad, cómo integrar el contenido de la publicidad a la regla contractual. A este respecto, instituciones como la oferta contractual vinculante, la interpretación e integración del contrato, el incumplimiento, los vicios ocultos, la responsabilidad precontractual, los vicios del consentimiento, etc., las han presentado como posibles puntos de salida. En ausencia de un texto legal que expresamente incorpore el contenido del

mensaje publicitario a la regla contractual, la doctrina e incluso la jurisprudencia han intentado diversas vías, consistentes todas ellas en subsumir o encajar dogmáticamente el hecho publicitario en alguna de las instituciones de Derecho Privado, donde lo único que se podía conseguir era la ruptura del sinalagma contractual a través de la nulidad del contrato celebrado, por dolo o error en los elementos esenciales. Veamos a continuación cuáles han sido esas vías.

A. PUBLICIDAD COMO OFERTA CONTRACTUAL

Tradicionalmente, se ha otorgado a la publicidad el valor jurídico de oferta pública. Esta suele definirse como una declaración de voluntad dirigida a un consumidor eventual o al público en general con el fin de lograr la contratación, para lo cual sólo bastará la aceptación de un destinatario.

En el marco de esta teoría, el Tribunal Supremo dictó una sentencia de 14 de junio de 1976 en la cual se admitía la posibilidad de considerar las declaraciones publicitarias como una oferta contractual. El supuesto de hecho fue el siguiente: el empresario-vendedor envía al comprador una maquinaria determinada cuyas características técnicas y de rendimiento no coinciden con las anunciadas en los folletos, sobre los cuales se basó el comprador para celebrar el contrato. El vendedor envía el modelo correcto, pero éste,

¹⁴ “Según el criterio general de dosificación de la carga de la prueba, debería corresponder al demandante probar que la publicidad es engañosa (que contiene datos falsos). Pero esta regla se modifica en la LGP (art. 29.c). No llega a establecerse en ella una presunción legal, *iuris tantum*, de inexactitud, que obligue al demandado a tener que demostrar la veracidad de sus contenidos publicitarios, pero sí permite al Juez hacer recaer sobre el demandado (el anunciante) la carga de esa prueba”. Morales Moreno. *Op. cit.*, p. 671.

realmente, no reúne las características anunciadas en la publicidad. La sentencia condena al empresario-vendedor a que remita una maquinaria que reúna esas características y, si no es posible, a retirar la entregada, devolver el precio e indemnizar por daños y perjuicios. El fundamento aducido por el Tribunal, fue que la propaganda fotográfica y gráfica cumple con la función de una oferta, que vincula al vendedor.

Esta doctrina debe tener en cuenta que el mensaje publicitario, para que pueda recibir la consideración de oferta contractual, debe reunir los requisitos propios de la oferta, o sea que especifique todos los elementos esenciales del contrato sin que se dejen a una posterior determinación por parte del anunciante, además, la declaración de voluntad debe ser precisa, completa y definitiva, y revelar inequívocamente el propósito del emisor de vincularse contractualmente. Esta exigencia puede conllevar a que queden por fuera los casos en que el mensaje publicitario sólo contiene algún elemento fragmentario, omitiendo otros elementos que se consideran esenciales para el contrato.

Además de cumplir con los requisitos comentados, el incorporar el contenido publicitario a la regla contractual tiene que salvar otros aspectos como son el hecho de que el anunciante no sea la misma persona que realiza efectivamente el contrato con el consumidor, lo que trae como consecuencia que la publicidad, en cuanto oferta contractual, sólo sería vinculante contractualmente cuando vendedor y anunciante fueran la misma persona.

Por último, existe otra posibilidad de considerar al mensaje publicitario como una invitación a ofrecer (*invitatio ad offerendum*) o incitación a que por parte del público se formulen ofertas de contrato. En este caso será necesaria una nueva declaración de voluntad del anunciante, en los mismos términos y posterior a la oferta del cliente, para que quede vinculado. Esta situación ha hecho que esta teoría no haya contado con buena acogida por parte de la doctrina.

B. LA BUENA FE COMO CRITERIO INTEGRADOR DEL MENSAJE PUBLICITARIO AL CONTRATO

Para sustentar la teoría de la integración del contenido publicitario a la regla contractual con base en la buena fe, primero veamos los rasgos característicos del declaracionismo y del voluntarismo. Para ello transcribiré lo que al respecto ha escrito el profesor Morales Moreno¹⁵, que en cuanto al declaracionismo expresa que “se concreta, a menudo, en una tendencia que podríamos denominar documentalista, que tiende a identificar contrato con documento. Según ella, sólo es contrato lo que se plasma en el documento al que las partes han dado el valor de elemento principal de expresión de su voluntad. La consecuencia es que tal declaración de voluntad queda aislada de otras coetáneas o anteriores”. Más adelante al tratar del voluntarismo, dice que “esta construcción, que en sus términos más puros podría formularse así, sin voluntad no hay contrato y sin contrato no hay obligación, conduce a que el sujeto sólo se vincule en

¹⁵ Morales Moreno. *Op. cit.*, pp. 673 y ss.

la medida que quiera vincularse. Las afirmaciones o 'dicta' del vendedor en relación con el estado o cualidades de la cosa, expresadas directamente al comprador o por medio del mensaje publicitario, en principio no le vinculan". Pero como él mismo lo ha manifestado esta regla admite excepciones: "La primera excepción se produce cuando el contratante (el vendedor) tiene voluntad de hacer vinculantes sus afirmaciones (...) Esto, en la práctica, sólo cobra sentido en los casos en que el vendedor actúa de buena fe, ya que de no ser así entramos en el supuesto de la segunda excepción (...)”, que "se produce cuando el vendedor actúa dolosamente", dándosele al acto ilícito una eficacia capaz de generar responsabilidad contractual (arts. 1270 y 1486 del Código Civil español). En cuanto a la tercera excepción, ésta "tiene lugar cuando una norma jurídica dispone otra cosa, (...) esa norma puede ser la ley o un principio", surgiendo de dicha norma la vinculación.

La teoría del voluntarismo con sus excepciones se ve reflejado, en parte, en el artículo 1258 del Código Civil español que establece que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe. Esto permite exigir contractualmente lo que no ha sido querido por una de las partes, siendo suficiente invocar la buena fe para fundamentar el efecto pretendido.

El anterior Estatuto de la Publicidad de 1964 así como hoy la LGP no contienen

una disposición que corrija los efectos dañosos provocados por los mensajes publicitarios inexactos en los consumidores que contratan bajo su especial influencia, causando con ello una insatisfacción del interés contractual del consumidor.

El Tribunal Supremo, en su sentencia del 27 de enero de 1977, aplica el artículo 1258 del Código Civil español, para fundamentar en la buena fe la integración de un contrato de compraventa de una vivienda en construcción con los extremos anunciados en unos folletos publicitarios en los que expresamente se decía que no constituían documento contractual, y que abarcaban prestaciones, instalaciones y características del inmueble (aire acondicionado e insonorización de la vivienda) que no constaban en el contrato suscrito entre vendedor y comprador. Para la aplicación del efecto integrador del artículo 1258 citado, en la sentencia, el Tribunal Supremo partió de la base de que efectivamente se había celebrado un contrato, cuyas partes fueron el propio anunciante y un particular, y de lo que se trataba era de cubrir una laguna contractual.

De la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo, se desprende que uno de los requisitos para aplicar el efecto integrador, con base en la buena fe, es que exista contrato. No se establece una obligación precontractual de mantener la oferta publicitaria en los términos en que se produce, sino que ésta obligará para el caso en que haya contrato¹⁶. Pero ¿es posible

¹⁶ "Otra cosa es que, dándose los requisitos para ello, el anuncio publicitario tenga la calificación de oferta: entonces el particular, tendrá derecho a exigir su cumplimiento, pero, obsérvese, no porque lo exija la buena fe, sino porque habría sido pactado por las partes, lo que nos lleva a otro ámbito de problemas diferente". Pasqua Liaño. *Op. cit.*, p. 162.

exigir el cumplimiento de las afirmaciones publicitarias que emanan de un sujeto (por ejemplo: anunciante-fabricante) que no es parte de la relación contractual, o es posible exigir ese mismo cumplimiento al comerciante vendedor cuando de él no procede el mensaje publicitario?

A la primera parte de la pregunta, el profesor Morales Moreno¹⁷ considera que “la única vía eficaz para proteger a los consumidores lesionados, al contratar, por la influencia de la publicidad engañosa, es obligar a asumir las consecuencias de las afirmaciones publicitarias inexactas a quien las realiza, imponiéndole reparar el efecto lesivo que las mismas provocan. Si el sector de la oferta tiene el poder que le atribuye el arma poderosa de la publicidad, consecuencia necesaria de ese poder debe ser la correspondiente responsabilidad, a través de la cual puede restablecerse el equilibrio. El deber de reparar la lesión o insatisfacción del interés del consumidor puede justificarse, bien a través de la imputación de responsabilidad (si hay dolo o culpa), bien por la vía de la atribución del riesgo creado por la actuación publicitaria”.

A la segunda parte del interrogante, Miguel Pasqua Liaño¹⁸, considera que “no habría inconveniente dogmático en admitir la integración del contrato con la publicidad llevada a cabo por un tercero no interviniente en el mismo, precisamente porque el fundamento de fuerza vinculante de las consecuencias de la buena fe estriba en la voluntad o en los actos

concluyentes de las partes, sino en consideraciones de carácter más objetivo: no es conforme a la buena fe aprovecharse de una propaganda o publicidad engañosa para lograr la celebración de un contrato, y desresponsabilizarse de sus contenidos; por ello la publicidad integrará el contenido, a menos que el carácter engañoso de la misma no hubiera sido advertido por el vendedor o suministrador del servicio, presumiéndose vehemente que sí conocía tal circunstancia debido a su carácter de profesional. Repárese, eso sí, en que lo que el artículo 1258 permite es que el particular exija el contenido de la publicidad a su otra parte contratante, pero no al tercero anunciante: tal posibilidad pediría una más exigente fundamentación, que tendría que ver con el artículo 1257, y no con el 1258”.

Lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia, apoyándose en diferente fundamentación, han buscado y encontrado teorías diversas que requieren un elaborado proceso de estructuración, conduciendo siempre al debate de su aplicabilidad y beneficios. Para esa construcción, de justificar el carácter vinculante de la publicidad, lo más viable es contar con el apoyo directo de la ley, sin hacerla depender de una calificación jurídica determinada, pero, tampoco se puede llegar al extremo de dejar las características y las condiciones de la figura legal totalmente indefinidas, porque puede plantearle al intérprete diversas alternativas e hipótesis sobre su alcance.

¹⁷ Morales Moreno. *Op. cit.*, p. 681.

¹⁸ Pasqua Liaño. *Op. cit.*, pp. 162-163.

C. CRITERIO DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY GENERAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE ESPAÑA (LGCU)¹⁹.

Este artículo protege la buena fe de los consumidores y usuarios. Estos extraen ciertas conclusiones, que deben ser siempre razonables, sobre lo que el anunciante está ofreciendo y depositan una cierta confianza en que éste mantendrá lo que ha dicho en sus declaraciones vertidas en el mensaje publicitario. Si después la realidad no coincide con la publicidad, se está vulnerando la confianza de los destinatarios. En este caso existe un derecho a la información para el público en general, pero ese derecho se basa en la buena fe ya que lo que se pretende es que esa información sea veraz.

La finalidad de esta norma es la de vincular al anunciante por sus afirmaciones, cuando éstas se proyectan sobre un contrato celebrado por el consumidor. También persigue esta norma, el vincular al anunciante en relación con la decepción que experimente el consumidor por el contrato, por haber confiado en un mensaje publicitario engañoso.

En un primer supuesto, se aplica la regla de incorporación de la publicidad al

contrato, que se presenta cuando el mensaje publicitario proviene de la otra parte contratante. En este aspecto hay que tener presente los pronunciamientos del Tribunal Supremo en las sentencias de 14 de junio de 1976 y de 27 de enero de 1977. Principalmente esta última, ya que la incorporación de la publicidad al contrato no exige que la misma sea considerada como oferta (por los problemas que suscita su aplicación), porque como ya lo vimos, la buena fe o la ley (art. 8º de la LGCU) permiten lograr esa incorporación al margen de la voluntad. Puesto que el anunciante es parte en el contrato, la responsabilidad que resulta del artículo 8º de la LGCU debe conectarse al contrato y al sistema de responsabilidad contractual. Se trata de un supuesto de responsabilidad sin culpa basado en la ley.

En el segundo supuesto, con base en una efectiva protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores, este precepto legal permite incorporar también los contenidos publicitarios, aunque no provengan del otro contratante (por ejemplo: anunciante-fabricante que no es el vendedor). La razón es que falta una satisfacción de los intereses del consumidor que contrató bajo la influencia de un mensaje publicitario, lo que implica la necesaria protección de dichos intereses.

¹⁹ Artículo 8º de la LGCU:

“1. La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

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

3. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar”.

Al igual que en el primer supuesto, es un sistema de responsabilidad que opera al margen de la culpa, es un sistema de responsabilidad objetiva o de atribución de riesgo, en el cual la responsabilidad por la insatisfacción de un contratante no se imputa al otro contratante, sino a un tercero-anunciante, al ser éste quien ha creado la confianza que determina la insatisfacción²⁰.

Por último, casi siempre que se demanda por incumplimiento contractual basado en este artículo 8º se puede demandar por publicidad engañosa, pero, en la práctica, estas acciones no se suelen ejercer de forma conjunta. Generalmente los consumidores no tienen un interés especial en que la

publicidad se declare engañosa, pues para la defensa de sus particulares intereses económicos es indiferente una declaración en este sentido por un Tribunal. Por eso el ejercicio de las acciones que pone en marcha el procedimiento por publicidad engañosa suele dejarse en manos de las asociaciones de consumidores y usuarios. Ahora, cuando en virtud de las acciones de cesación y rectificación, un Juez declara que una publicidad es engañosa, esta declaración no exonerará al anunciante por las consecuencias negativas de los mensajes publicitarios, siempre y cuando sus efectos se hayan producido vigentes la publicidad sobre la que se basa, o sea antes de la cesación o rectificación.

²⁰ “El artículo 8º de la LCU se limita a señalar la necesidad de alcanzar un resultado, la responsabilidad del anunciante, pero no establece el medio o mecanismo jurídico para construir esa responsabilidad. En principio, se nos ofrecen dos posibles vías: Podemos construirla como una manifestación de la responsabilidad extracontractual o bien, en el ámbito de la relación contractual, como una garantía que un tercero, el anunciante, tiene que prestar”. Morales Moreno. *Op. cit.*, pp. 688 y ss.