

## **Nuevas formas de publicidad en el siglo XXI: El problema de la publicidad engañosa**

María Lourdes Acuña Ledesma

### **Resumen**

Con la presentación de este trabajo se intentan dar a conocer las ventajas y desventajas de las nuevas formas de publicidad que han aparecido a lo largo de estos años, pero las cuales (y en similitud, con los medios de comunicación convencionales; ya sea televisión, ya sea prensa o radio) siguen albergando un problema común: la publicidad engañosa. Para ello, procederemos al estudio de la publicidad (en concreto), para posteriormente proseguir analizando las ventajas y desventajas de las nuevas formas de publicidad existentes y finalizar estudiando la publicidad engañosa como un inconveniente que afecta, no solamente a los consumidores y usuarios en conjunto, sino a toda la sociedad.

### **Palabras clave**

Publicidad, publicidad engañosa.

### **Abstract**

With the presentation of this work we attempt to know the advantages and disadvantages of the new forms of advertising appeared along these years which (and with similarity with other communications systems like TV, newspaper and radio) still have a common problem: misleading advertising.

For this reason, we will proceed the study of advertising and then analyze the advantages and disadvantages of the new forms of advertising and, finally, study the misleading advertising like a problem that affects not only consumers and users, but society as a whole.

### **Keywords**

Advertising, misleading advertising.

### **Índice**

1. Concepto de publicidad. 2. Distintas formas de publicidad: ventajas y desventajas de las mismas. 2.1. Publicidad televisiva. 2.2. Publicidad por correo electrónico. 2.3. Publicidad en redes sociales: publicidad en *Facebook* y *YouTube*. 3. Problema común a cualquier forma de publicidad: publicidad engañosa (ejemplos y formas). 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

## 1. Concepto de publicidad: Actividad publicitaria, publicidad-promoción y oferta publicitaria. Su conexión con el derecho a la información

Casi todas las leyes reguladoras del Derecho de consumo inciden en mayor o menor medida en el ámbito publicitario. Resulta lógico si la publicidad y sus efectos en el consumidor destacan como uno de los fenómenos paradigmáticos de la sociedad de consumo, tal y como se entiende actualmente. La relevancia de la publicidad en el proceso de formación del consentimiento contractual del consumidor es cada vez más notoria; el contenido de la publicidad condiciona nuestra capacidad de elección y, sobre todo, nuestra decisión como consumidores; el contenido de la publicidad (como información) determina, en fin, nuestras expectativas frente al producto o servicio, que luego pueden (o no) verse cumplidas. Es natural, pues, que desde el Derecho de Consumo se trate el fenómeno publicitario con interés creciente, dado la influencia que provoca en el consumidor.

Desde el punto de vista normativo, la publicidad<sup>1</sup> goza de una regulación muy importante cuantitativamente considerada. La existencia de una Ley (estatal) General de Publicidad -Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGPU) que establece el régimen jurídico general de la publicidad trascendiendo el sector consumerista<sup>2</sup>- en tanto que los sujetos protegidos son los destinatarios de la publicidad y no los consumidores en sentido estricto-, no ha sido obstáculo para que las CCAA hayan asimismo utilizado la misma perspectiva generalista para legislar en la materia. Siendo así, la LGPU convive con normas autonómicas, de contenido muy similar, comúnmente ubicadas en los estatutos o leyes de defensa de los consumidores y de las que se irá dando cuenta a lo largo del texto.

Además, en algunos sectores especialmente sensibles se ha procurado una regulación específica en aras de dotar de protección especial a los destinatarios de la publicidad. Normas sectoriales, estatales y autonómicas, refuerzan la tutela de los destinatarios de la publicidad que se hace a través de ciertos medios de comunicación más agresivos -televisión o espacios públicos o directos (la denominada publicidad dinámica), por ejemplo- (artículos 17-18 TRLGDCU [Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios])

La LGPU entiende por publicidad “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones” (artículo 2º LGPU). Estamos ante un concepto amplio de publicidad, aunque en algún punto restringido, en tanto que la LGPU viene a reducir su aplicación al ámbito de la publicidad comercial. En dicho concepto cabe no sólo el mensaje publicitario (el anuncio clásico) sino cualquier forma de comunicación publicitaria, incluso indirecta, incluida las etiquetas, información o presentación comercial de los productos o servicios. La publicidad indirecta se configuraría como aquella “disimulada o encubierta que, con fraude a la Ley, persigue dicho resultado publicitario y por tanto resulta efectiva, en cuanto hace llegar el producto prohibido a los consumidores, subsumiéndose así la conducta de la recurrente en el

---

<sup>1</sup> María Lourdes Acuña Ledesma está cursando 5º curso de la Licenciatura de Derecho en la Universidad de La Laguna. Entre otros, he asistido a las Jornadas de Consumo –Consumidores, Pymes y medios de comunicación: perjuicios y beneficios, celebradas en la Facultad de Derecho de la ULL el día 17 de marzo de 2010 y participado como ponente en el II Congreso Internacional Latina de Comunicación Social con la ponencia “La libertad de información en relación con el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, celebrado en la Facultad de Ciencias de la Información de la ULL los días 7, 9 y 10 de diciembre de 2010.

<sup>2</sup> Es un palabro que se usa técnicamente

concepto de publicidad ilícita que define el artículo 3 de la Ley” (STS 26 de julio de 1997; RJ 1997, 6306).

Pero fuera de la definición legal de la LGPU, concepto que se aplicará a los remedios y acciones que la citada Ley establece, la publicidad no ofrece una significación unívoca. Quizás el concepto de la LGPU da cuenta de la publicidad como fenómeno o actividad, pero carece de los matices que se pueden realizar considerando otras perspectivas. En general, se entiende como publicidad cualquier actividad de promoción de un bien o servicio, pero tan amplia es esta acepción que pueden apreciarse otras perspectivas íntimamente ligadas a ella o que resulten vinculadas por las leyes al tratar la publicidad, siendo lo frecuente que todas estas fórmulas o concepciones se confundan en las normas reguladoras del fenómeno publicitario -como es el caso del artículo 61 TRLGDCU-. Así se puede hablar de:

- a) Publicidad como promoción del producto o servicio: éste constituye el aspecto más fiel o más esencial del fenómeno publicitario. El empresario, a través de mensajes de cualquier índole, da a conocer sus productos. La regulación del cómo y dónde se realiza esta actividad se contiene principalmente en la LGPU (Ley General de Publicidad) y en la LDC (Ley de Defensa de la Competencia) y, asimismo, en la LOCM, a través de la regulación de ciertas ventas especiales de acuerdo con el tipo de promoción utilizado.
- b) Publicidad como oferta contractual: en principio, la publicidad o promoción del producto no es una oferta contractual o no tiene por qué serlo. Entiéndase por tal la que contiene todos los elementos del contrato y la que vincula en sus términos por el mero hecho de que la contraparte acepte. Sin embargo, como se verá, en muchas leyes de consumo el folleto publicitario está ungido *ex lege* del carácter de oferta contractual (artículo 152 TRLGDCU; artículo 8 LDATBI; RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra venta y arrendamiento de viviendas). En general, y para los contratos con consumidores, el artículo 6 TRLGDCU establece la integración automática de la publicidad -que cumpla los requisitos que luego veremos (III.1, 2.)- en el contrato, por lo que se instaura el principio general de la exigibilidad de la publicidad.
- c) Publicidad como exigencia de información veraz, como aspecto formal de dicha información: Por fin, la publicidad ofrece al ordenamiento jurídico la posibilidad de contribuir a la difusión de las características del producto; si se exige que la publicidad cumpla con el requisito de la veracidad -al margen de las exageraciones o estrategias típicamente promocionales- está sirviendo de canal de información al consumidor. La vinculación entre la publicidad y la información o el derecho de información del consumidor es notoria, hasta el punto de que, en muchos ámbitos se exige que la publicidad contenga ciertas menciones informativas (a través del etiquetado o de los propios folletos publicitarios) o, al contrario, deje de contener otras en tanto pueden confundir al consumidor. No obstante, el derecho de información adopta una perspectiva subjetiva más amplia: no sólo está obligado a proporcionarla el fabricante, vendedor o suministrador de los productos o servicios sino asimismo la Administración. Así, se proclama en los artículos 17 y 18 TRLGDCU, en los que se impone a los poderes públicos promover la información de los consumidores y usuarios, aspecto éste reforzado en la nueva redacción de estas normas, operada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre.

## 2. Formas de publicidad: ventajas y desventajas de las mismas

Además de los medios de comunicación convencionales (televisión, radio y prensa), internet es, sin duda, la revolución tecnológica de la actualidad. Nos proporciona entre otras cosas, el acceso a bancos, comunicación instantánea gratis vía celular o messenger, envío de correos electrónicos, entretenimiento y, sobre todo, nos permite buscar y acceder a información de todo tipo y poder hacer negocios sin fronteras. Existen diferentes tipos de publicidad en internet, los cuales tienen ventajas e inconvenientes. Algunos de ellos son los siguientes:

- 2.1. Publicidad televisiva
- 2.2. Publicidad por correo electrónico
- 3.3. Publicidad en redes sociales: publicidad en Facebook y YouTube

### 2.1. Publicidad televisiva

Algunas normas sectoriales han incidido en la regulación de la publicidad y promoción televisiva, dada la obvia influencia de este cauce en el marco de la publicidad, y con la intención de proteger al telespectador (aunque también con el afán de regular la publicidad en televisión para salvaguardar y ordenar los derechos de los anunciantes). Al margen de otras leyes autonómicas, la referencia principal en este sector es la Ley 25/94, de 12 de julio, modificada especialmente por la Ley 22/99, de 7 de julio, que se convierten en ley especial en este ámbito -superponiéndose al régimen general señalado-, siendo, obviamente, de aplicación supletoria lo regulado en la LGPU. Para dichas normas, *la publicidad por televisión* es “cualquier forma de mensaje televisado emitido, mediante contraprestación y por encargo de una persona física o jurídica, con relación a una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover la contratación de bienes muebles, inmuebles o de servicios de cualquier tipo”, así como “cualquier forma de mensaje emitido por cuenta de terceros para promover determinadas actitudes o comportamientos en los telespectadores”, incluidos los mensajes dedicados a la autopromoción (artículo 3 Ley 25/94). Por lo tanto, no se limita la aplicación en esta Ley a la publicidad comercial sino que abarcaría todo mensaje publicitario -incluido el institucional, es decir, la publicidad encubierta -la que supone la presentación verbal, visual o sonora, dentro de los programas, de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza- y la indirecta -aquella que sin mencionar directamente los productos, utilice marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de tales productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan su producción o comercialización-.

Dicha normativa tiene como finalidad la regulación de la publicidad televisiva desde dos perspectivas concretas: una cuantitativa (en sentido positivo: la inclusión de la publicidad en televisión; y en sentido negativo: la limitación temporal de dicha inclusión); y otra cualitativa, relativa al propio contenido del mensaje publicitario televisivo.

Por último (y en lo referente a este tema), debemos tener en cuenta, que existe una regulación legal sobre contenidos publicitarios prohibidos en este medio que se encuentran recogidos en la Ley General de Comunicación Audiovisual (Ley 7/2010, de 31 de marzo), en sus artículo 18, el cual, establece expresamente lo siguiente:

Además de lo dispuesto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en relación con la publicidad ilícita, está prohibida toda comunicación comercial que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. Igualmente está prohibida toda publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales.

Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud.

En todo caso está prohibida:

a. La comunicación comercial de cigarrillos y demás productos de tabaco, así como de las empresas que los producen.

b. La comunicación comercial de medicamentos y productos sanitarios que contravenga lo dispuesto en el artículo 78, apartados 1 y 5, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

c. La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados.

d. La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir.

e. La comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomente el consumo inmoderado o asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud.

Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para el medio ambiente.

Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la seguridad de las personas.

Está prohibida la comunicación comercial televisiva de naturaleza política, salvo en los supuestos previstos por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

La comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad.

## 2.2. Publicidad por correo electrónico

La búsqueda de información y el envío de correos electrónicos son las herramientas de mayor uso en Internet. Desafortunadamente, el abuso y mal uso por parte de ciertas personas y empresas ha hecho que el correo electrónico se considere algo indeseable algunas veces. Por ejemplo, a través de spam.

Hoy en día todos los sistemas de correo electrónico que utilizamos tienen filtros anti-spam para evitar la llegada de tanta basura por correo electrónico. Inclusive HotMail o Yahoo tienen filtros antispam bastante buenos.

La clásica estrategia que suelen utilizar la mayoría de las personas es la forma más rudimentaria que existe, y es la de escribir su mensaje o anuncio, anexar 2 ó 3 imágenes y enviar el correo electrónico a diestra y siniestra a ver si de casualidad lo leen las personas de la lista que consiguieron.

Saber aplicar correctamente esta estrategia es muy útil; puedes segmentar, cuantificar, administrar y diseñar entre otras cosas tus correos electrónicos, y si lo haces de

una manera ordenada y sin abusos, tienes una gran respuesta, sobre todo si ya tienes una buena base de clientes a los que les interesa estar recibiendo tu información acerca de nuevos productos, servicios o promociones.

Una verdadera campaña de envío masivo de correos electrónicos te puede generar grandes beneficios y dejar contentos a tus clientes. Si manejas un buen sistema automatizado de envío masivo de correos electrónicos, una de las mejores características para el usuario que los recibe es que tienen un sistema muy simple para cancelar la suscripción de cualquier usuario que ya no desee recibir tu información, permitiendo de esta manera darle la seguridad y satisfacción al cliente de que ya no recibirá tus correos electrónicos, lo cual, dejará una excelente imagen para la empresa.

#### *Ventajas de la publicidad por correo electrónico*

- a) Los precios de los sistemas automatizados son muy accesibles
- b) Tienes acceso a estadísticas que te permiten “controlar” tu campaña de correo electrónico para ver cuantas personas lo recibieron, cuantas lo abrieron, ver en qué enlaces hicieron clic, o ver si se suscribieron a tus listas de correo para seguir recibiendo tu información
- c) Te permiten diseñar de forma profesional tus e-mails, ya que cuentan con cientos de diseños predefinidos que puedes modificar a tu entera satisfacción
- d) Puedes enviar a tus clientes desde una encuesta, un artículo con información relevante o darles acceso total a tu sitio de Internet

#### *Desventajas de la publicidad por correo electrónico*

- a) Los filtros antispam pueden bloquear los correos electrónicos la primera vez que son enviados.
- b) El abuso indebido por enviar SPAM ha deteriorado la imagen del uso de correos electrónicos para fines comerciales.

### **2.3. Publicidad en redes sociales: publicidad en Facebook y YouTube**

Las redes sociales son uno de los fenómenos de mayor crecimiento en internet debido a todos los servicios gratuitos, utilidades y entretenimientos que proporcionan. El simple hecho de no tener que pagar por ello es una de las cosas más atractivas, pero las herramientas que proporcionan para crear tu propio espacio en la red, a través de la subida de fotografías, música, videos e intercambiar y compartir tus ideas con la comunidad, es otro de los atractivos más interesantes.

Cada una de las redes sociales tiene su propio sistema de publicidad, el cual, se puede segmentar de una manera muy eficiente. Es decir, se pueden hacer llegar tus anuncios exactamente al específico sector del mercado que te interesa, pues, algunas de estas redes sociales conocen al detalle toda la información de cada usuario, ya que al abrir su cuenta han de proporcionar determinada información: ubicación, sexo, edad. De esta forma, sus anuncios los podrían hacer llegar, por ejemplo, solamente a mujeres solteras entre 18 y 25 años que viven en Tenerife.

Así pues, la publicidad en las redes sociales es otro de los medios que se pueden utilizar para hacer publicidad en internet, la cual y, como toda estrategia, tiene sus ventajas y desventajas.

### *Ventajas de la publicidad en Redes Sociales:*

- a) La publicidad puede ser segmentada a niveles muy altos
- b) Utilizas redes sociales a nivel mundial
- c) Los gastos basados en “pago por clic” te permiten asignar un presupuesto con mayor facilidad
- d) Puedes promocionar tu página web, un video o tu canal en YouTube

### *Desventajas de la publicidad en Redes Sociales*

- a) Estas redes sociales están dominadas por gente relativamente joven, por lo que no es el medio adecuado para la realización de una estrategia que abarca a ejecutivos de alto nivel o ciertas empresas
- b) En la publicidad de pago por clic, de cada 100 usuarios, solo 10 ó 15 hacen clic sobre los anuncios, el cual, es un porcentaje bastante bajo.

### **3. Problema común a cualquier tipo de publicidad: publicidad engañosa (ejemplos y formas)**

Dejando a un lado las ventajas o desventajas (inconvenientes) de cada uno de los medios de comunicación que se pueden elegir para promocionar una publicidad (ya sea la referente a un producto o servicio), existe un problema en torno a la misma y que no solamente afecta al ciudadano de a pie sino mismamente a los consumidores en general: y es el relativo al tema de la publicidad engañosa.

Es considerada “engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error en sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico<sup>3</sup>, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”.

La LGPU considera dos modalidades básicas de publicidad engañosa<sup>4</sup>: la que confunde o induce a error (real o potencialmente) a los destinatarios -ya por acción ya por

<sup>3</sup> Véase la Sentencia AP de Madrid nº 169/2008 (Sección 28), de 27 de junio. Los razonamientos de la Audiencia al respecto fueron los siguientes: [La publicidad a la que es aplicable la regulación de la publicidad ilícita del Título II de la Ley General de Publicidad, y respecto de la que pueden ejercitarse las acciones del Título IV de dicha Ley, es la que se ha venido a denominar publicidad comercial o económica, esto es, la realizada por los intervinientes en el mercado en el ejercicio de actividades comerciales, industriales, artesanales o profesionales con la finalidad de promover la concertación de contratos de significación económica. La Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, y la posterior 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, que la modifica, que son justamente las desarrolladas por el artículo 2 y los Títulos II y IV de la Ley General de Publicidad, dejan claro en sus considerandos que la publicidad a la que se refieren es la que tiene por finalidad promover el comercio de bienes o servicios de contenido o significación económica. Queda por tanto excluida de la regulación de la publicidad ilícita, y de la posibilidad de ejercitar las acciones previstas en la Ley General de Publicidad para reprimir tal publicidad ilícita, la de naturaleza política, dirigida a promover la difusión entre los ciudadanos de determinadas ideas políticas y su adhesión a las mismas, o a promover determinados comportamientos electorales] (TATO PLAZA, Anxo, La reforma de la Ley de Competencia Desleal, página 256)

<sup>4</sup> Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª), número 228/2007, de 23 de noviembre (AC/2008/137): “Como hemos dicho en ocasiones precedentes, por ejemplo en Sentencia de 20 de noviembre de 2006 ( AC 2007, 1027) , el artículo 4 de la Ley General de Publicidad ( RCL 1988, 2279) , que es una transposición casi exacta del artículo 2 de la Directiva comunitaria de 1984 ( LCEur 1984, 540) sobre armonización de las legislaciones de los países miembros sobre publicidad engañosa, contiene una definición bastante precisa del concepto de publicidad engañosa, incluyendo al mismo tiempo una vertiente positiva y otra negativa: a) La publicidad engañosa en su aspecto positivo es aquella 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". Por tanto, no es preciso que se produzca un resultado lesivo o dañoso para los consumidores o para otras empresas del mismo ramo de actividad, sino que basta con que pueda producirse tal resultado. b) La publicidad engañosa negativa parece que excluye a los competidores, al referirse únicamente a los "destinatarios", que se supone habrán de ser los consumidores y usuarios, y no otras empresas. Al igual que la anterior, tampoco precisa de un resultado concreto, pero la omisión de datos fundamentales sí debe tener como consecuencia el error del destinatario. Esta doble consideración se basa en la protección simultánea de un interés particular del consumidor y usuario, que puede verse inducido a

omisión de datos del producto o servicio-; y la que perjudica (también efectiva o potencialmente) a los competidores. Modalidades que, generalmente, suelen converger en la práctica ya que una de las maneras de inducir a error al consumidor es, precisamente, imitar o utilizar el nombre, la denominación o la presentación comercial del producto de un competidor, perjudicando, además, económicamente a éste; y ello, como se verá, produce cierta confusión de conceptos entre la publicidad engañosa, noción amplísima, y la publicidad desleal. Confusión propiciada por la definición de los actos de engaño –entre ellos, entiéndase los publicitarios- en la LCD [Ley de Competencia Desleal], norma que considera “desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas”.

La LGPU establece una serie de requisitos que habrán de tenerse en cuenta a los efectos de calificar a un mensaje publicitario como engañoso<sup>5</sup>. En todo caso, el precepto mencionado advierte que para la determinación de la publicidad como engañosa habrán de considerarse todos sus elementos y principalmente las siguientes indicaciones del producto:

- a) características de los bienes, actividades o servicios 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 puede esperarse de su utilización; resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios; nocividad o peligrosidad;
- b) precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo;
- c) condiciones jurídicas y económicas de la adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios;
- d) motivos de la oferta;
- e) naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente, identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales; derechos de propiedad industrial o intelectual; premios o distinciones recibidas;
- f) servicios post-venta.

En todo caso, parece que la calificación de publicidad engañosa debe realizarse desde la contemplación del anuncio en su integridad, sin que quepa descomponerlo en sus diversas partes integrantes con el fin de analizarlas separadamente.

---

tomar unas decisiones perjudiciales para su patrimonio, o incluso para su propia salud, y de un interés general, que parte de la base del reconocimiento de la peligrosidad que puede entrañar la actividad publicitaria. A su vez, esta doble potencialidad de riesgo individual y general quedaba ya de manifiesto en el preámbulo de la Directiva de 10 de septiembre de 1984, que afirmaba tanto que la publicidad, lleve o no a la celebración de un contrato, afecta a la situación económica de los consumidores, como que la publicidad engañosa puede ocasionar una distorsión de la competencia en el seno del mercado común, al afectar a la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios”.

<sup>5</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) número 228/2007, de 23 de noviembre (AC/2008/137): “Examinando las pautas que da el artículo 5 de la Ley General de Publicidad ( RCL 1988, 2279) para la posible calificación de una publicidad como engañosa, se aprecia que se refiere indistintamente a elementos objetivos (fecha de fabricación o producción, precio, identificación del productor, etc.), iguales para la generalidad de los consumidores, y subjetivos (resultados que pueden esperarse de la utilización del producto o servicio, idoneidad y novedad de los mismos, etc.), que dependen de cada destinatario y de las circunstancias en que adquiere el producto o utiliza el servicio. La doctrina establece una serie de parámetros interpretativos para determinar la inveracidad de una publicidad: a) Debe prevalecer la significación otorgada a la expresión publicitaria por los destinatarios de la misma, frente a la perseguida por el anunciante; b) El criterio interpretativo debe ser el del consumidor medio, no experto en la materia objeto del anuncio; c) Se debe aplicar el principio de indivisibilidad del anuncio, no pudiendo analizarse separadamente cada una de sus partes; d) Ha de tenerse presente tanto el tipo de prestación anunciada, como el medio publicitario empleado y el contexto social, económico y cultural en que se desarrolla la promoción; e) Como en todas estas materias, es de aplicación el principio general “in dubio, pro consumatore”.



Pero, debemos tener en cuenta que la publicidad engañosa no cierra el concepto de publicidad falsa del artículo 18.4 TRLGDCU. Otra hipótesis de publicidad ilícita es la publicidad desleal, regulada en el artículo 6 LGPU, aunque también la LCD se ocupa de ella. El concepto en la LGPU se divide en tres tipos:

- a) la publicidad denigrante: aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos (véase el artículo 9 LCD: “Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”);
- b) la publicidad contraria a los buenos usos mercantiles: la que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos comerciales;
- c) la publicidad comparativa cuando no se ajuste a lo dispuesto en el artículo 6 bis.

Merece especial consideración en esta sede la denominada publicidad comparativa (artículo 6 bis LGPU y artículo 10 LCD), aquella en la que se hace referencia no sólo a los bienes y servicios propios del anunciante sino a los ajenos con la finalidad de entablar la correspondiente comparación entre unos y otros, advirtiendo las ventajas de los propios frente a los inconvenientes de los de los competidores. Dicha modalidad publicitaria –en contraste con la simple publicidad promocional- encierra riesgos considerables para el empresario aludido en el mensaje (evidentemente, puede dañar su imagen o reputación), pero también contribuye a satisfacer intereses del propio mercado y de los consumidores en torno a la transparencia de los bienes y servicios y de sus cualidades. La publicidad comparativa también se regula en la LCD; el artículo 10 LCD, al tratar de los “actos de comparación” considera desleal “la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes no comprobables”.

Cuando empresarios, ejecutivos de mercadotecnia y publicistas se proponen desarrollar una campaña publicitaria que sea impactante, original y persuasiva para incrementar sus volúmenes de venta u obtener un determinado resultado a corto plazo, deben tener mucho cuidado de no utilizar mensajes que para captar la atención del público objetivo o para persuadirlo más eficazmente, induzcan a error al destinatario afectando un determinado comportamiento, como el económico, porque esa práctica se conoce como "publicidad engañosa"; la cual, además de ser muy criticada, controlada y regulada en muchos países, afecta seriamente a la imagen de la empresa ante su mercado y ante la sociedad en general.

A continuación, se detallan algunos ejemplos y formas que son o pueden ser considerados (dependiendo de las leyes de cada país) como publicidad engañosa:

- a) Mensajes publicitarios que incluyen cláusulas del tipo "oferta válida hasta fin de existencias" u "oferta válida salvo error tipográfico". Ambos pueden ser considerados como limitación de la oferta poco clara y confusa para el consumidor, que queda totalmente sometido a la interpretación unilateral del vendedor o fabricante vulnerándose la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones en detrimento del consumidor.
- b) Mensajes que incluyen expresiones ambiguas, desconocidas o con una pluralidad de significados que dan lugar al riesgo de que el destinatario interprete el mensaje en un sentido que no corresponde con la realidad.
- c) Utilización de letra pequeña, ilegible o diminuta en los anuncios, con la intención o no de que el destinatario no los perciba.
- d) Utilización de mensajes que estimulan al comprador a tomar una decisión rápida pero que no se cumplen.
- e) Inclusión del precio sin IVA en el anuncio, con la intención de que el destinatario vea un precio más atractivo o menor al de la competencia.
- f) Omisión de datos fundamentales que puedan influir en la decisión del consumidor, por ejemplo, en cuanto a la peligrosidad, al precio completo, a las condiciones jurídicas, etc.
- g) Realización de promesas que luego no se cumplen, intencionadamente o no; por ejemplo, la promesa de "entrega en 30 minutos a domicilio" que no es cumplida por el proveedor bajo el argumento de que "existe sobredemanda del producto" o que "hubo congestión vehicular".
- h) Exageraciones acerca de los beneficios del producto; por ejemplo, aquellos mensajes de ciertos productos que supuestamente curan o previenen un sinnúmero de enfermedades de forma efectiva, o, aquellos productos que tratan la obesidad sin necesidad de dieta o ejercicios.
- i) Presentación de mensajes publicitarios ante los ojos de los consumidores sin que éstos puedan identificarlos como tales. Por ejemplo, cuando el mensaje publicitario se presenta bajo la forma de mensaje informativo, artístico o creativo.

#### 4. Conclusiones

Con base en todo lo expuesto podemos afirmar que internet es una de las herramientas de mayor difusión de publicidad, en conjunción con las convencionales (entiéndase, radio, televisión y prensa). Aún así, no debemos olvidar que en todas ellas sigue existiendo un problema común, el cual afecta a consumidores, usuarios y empresarios por igual: el relativo a la publicidad engañosa.

Considero que en estos momentos y, a pesar de los avances realizados dentro y fuera de la legislación, los medios disponibles para tratar de evitarla son claramente insuficientes; debido a que no se cumple o no se llega a proteger de una manera realmente efectiva a los consumidores y usuarios.

*De lege ferenda*, se propone realizar un mayor esfuerzo legislativo en la lucha contra este tipo de publicidad y sus nocivas consecuencias.

## 5. Bibliografía

MÉNDEZ, Rosa M.; VILALTA, A. Esther. *La publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras*. Editorial Bosch, 1999. ISBN 84-7676-578-9

FERNANZO MAGARZO, María del Rosario. *Concepto de publicidad y publicidad engañosa en internet*. Revista de la contratación electrónica. Nº 21 (2001) ISBN 1576-2033

LARA GONZALEZ, Rafael; CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.). *La publicidad engañosa y comparativa*. Derecho privado europeo. Editorial Constitución y Leyes, Colex, 2003. ISBN 84-7879-778-5

RIPOLL, Rafael. *Publicidad engañosa: tratamiento jurídico español y comunitario*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Nº 3 (1991) ISBN 0211-2744

SIERRA LOPEZ, María del Valle. *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003. ISBN 84-8442-851-6

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Editorial La Ley, 1ª Edición (2007). ISBN 9788497257602

RUIZ PERIZ, Juan Ignacio. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal: Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. ISBN: 978-84-9876-993-7

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, coordinador; ÁLVERAZ LATA, Natalia... [et al.]. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: Real Decreto Legislativo 1/2007*. Editorial Aranzadi; Thompson Reuters, 2009. ISBN: 978-84-9903-264-1