

LA ARMONIZACION DEL REGIMEN JURIDICO
APLICABLE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA
EN LA CEE (INTRODUCCION AL ESTUDIO
DE LA DIRECTIVA CEE 84/450, DE 10
DE SEPTIEMBRE DE 1984)

Por JOSE ANTONIO GARCIA-CRUCES GONZALEZ (*)

SUMARIO

1. EL PROCESO DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL.—2. EL VIGENTE DERECHO ESPAÑOL EN TORNO A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.—3. LA DIRECTIVA COMUNITARIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1984 SOBRE LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA: 3.1. *Conceptos Fundamentales*. 3.2. *Ambito de aplicación*. 3.3. *Algunos supuestos problemáticos*: 3.3.1. Preliminar; 3.3.2. La publicidad encubierta; 3.3.3. La publicidad comparativa; 3.3.4. La publicidad de tono excluyente; 3.3.5. La publicidad engañosa por omisión. 3.4. *Sistema de control y represión de la publicidad engañosa*: 3.4.1. Acción de cesación y legitimación activa de las asociaciones de consumidores; 3.4.2. Publicidad correctora y publicación de la sentencia; 3.4.3. Organos de control y posibilidad del autocontrol.—
4. CONCLUSIONES.

(*) Profesor de Derecho Mercantil. Departamento de Derecho Privado. Universidad de Salamanca.

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADI: Actas de Derecho Industrial.—AR: Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia/Legislación.—BGH: Bundesgerichtshof.—BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.—BOE: Boletín Oficial del Estado.—CUP: Convenio de la Unión de París (20 de marzo de 1883).—DOCE: Diario Oficial de la Comunidad Económica Europea.—EP: Estatuto de la Publicidad (Ley 61/1964, de 11 de junio).—GRUR: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.—GRUR INT.: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil.—ICC: International Review of Industrial Property and Copyright Law.—JOCE: Journal Officiel des Communautés Européennes.—JZ: Juristenzeitung.—LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.—LGDCU: Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.—P. INDUSTRIELLE: La Propriété Industrielle.—RAP: Revista de Administración Pública.—RDM: Revista de Derecho Mercantil.—RIE: Revista de Instituciones Europeas.—Riv. Dir. Ind.: Rivista di Diritto Industriale.—Riv. Soc.: Rivista delle Società.—Sts: Sentencia.—TJCEE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea.—TS: Tribunal Supremo.—Urt.: Urteil.—UWG: Gesetz Gegen den Unlauteren Wettbewerb (7 de junio de 1909).—WRP: Wettbewerb in Recht und Praxis.—ZHR: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht.

1. EL PROCESO DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL

Durante el período 1958-1965, los países miembros de la CEE iniciaron, al margen de la revisión del CUP que tuvo lugar en la Conferencia de Lisboa, los trabajos tendentes a una armonización del llamado Derecho Industrial aplicable en cada uno de ellos. Estos trabajos de armonización venían referidos, fundamentalmente, al Derecho de Patentes y, en menor medida, al Derecho de Marcas. Pero también engarza con estos esfuerzos de armonización del Derecho Industrial la configuración de un Derecho Comunitario de la Competencia Desleal (1).

Este proceso de armonización del Derecho de la Competencia Desleal comienza en 1965 con el estudio encargado por la Comisión CEE al Max

(1) Sobre la evolución del Derecho de la Competencia desleal en el seno de la CEE, vid. E. ULMER, «Unfair Competition Law in the European Economic Community», *IIC*, 1973, págs. 188 y sigs.; ID., «Le Droit de la Concurrence Déloyale et le Marché Commun», *P. Industrielle*, 1963, págs. 33 y sigs.; F. K. BEIER, «The Law of Unfair Competition in the European Community: Its Development and Present Status», *IIC*, 1985, págs. 139 y sigs.

Planck Institut de Munich. Este estudio previo de las legislaciones relativas al Derecho de la Competencia Desleal en los Estados miembros de la Comunidad, dirigido por Ulmer, y que contó con la colaboración de otros expertos, se publicó en la segunda mitad de los años sesenta, junto a una serie de propuestas o basés para la armonización (2).

En el estudio de Ulmer se puede observar cómo en los Estados miembros de la CEE se seguía un doble modelo frente a la competencia desleal, aun cuando ambos sistemas partieran de la cláusula general de represión de la competencia desleal del art. 10 bis del CUP, ya que todos los países comunitarios habían ratificado el texto unionista.

En un primer modelo, se pretende, fundamentalmente, proteger el derecho del competidor frente a aquel que lo denigrara con su conducta desleal en el mercado. Coherentemente con esa inspiración individualista, se reconocía al dañado una acción civil frente al competidor desleal. Este es el sistema de inspiración francesa, país miembro de la CEE en el que la Jurisprudencia de finales del siglo XIX construyó un Derecho represor de la competencia desleal con fundamento en el art. 1.382 del Code civil, es decir, en la figura de la responsabilidad aquiliana (3).

Esta acción «ex delicto» como instrumento frente a la competencia desleal fue rechazada por la Jurisprudencia alemana del siglo pasado. Sin embargo, el Derecho alemán pronto contó con una cláusula general que fundamentaba la protección frente a la competencia desleal, que aparecía recogida en el pár. 1 de la UWG de 1896. Este sistema fue pronto modificado y se sustituyó por la doble cláusula general que se recoge en los pár. 1 y 3 de la UWG de 1909, actualmente en vigor (4). En ambos textos se considera que un acto de competencia desleal es contrario a las buenas costumbres («die guten Sitten») o, conforme indica el art. 10 bis CUP, contrario a los buenos usos mercantiles (5). Pero, y esto es lo importante, el interés protegido con esta

(2) *La repression de la concurrence déloyale dan les Etats membres de la Communauté Economique Européenne*, tomo I, «Droit Comparé», Dalloz, 1967.

(3) Sobre la evolución y caracterización general del Derecho francés en torno a la Competencia desleal, vid. *La repression...*, tomo IV, «France», Dalloz, 1972, pár. 1-10, 447 y sigs.

(4) El texto de la Ley está publicado en *IIC*, 1973, págs. 130 y sigs. Sobre la evolución del Derecho alemán en torno a la Competencia desleal, vid. F. K. BEIER, «The Development and Present Status of Unfair Competition Law in Germany. An Outline», *IIC*, 1973, págs. 77 y sigs., y *La repression...*, tomo III, «Allemagne», Editions Economica, 1978, en especial págs. 87 y sigs.

(5) Sobre el pár. 1 UWG existe una abundante literatura. Vid. BAUDENBACHER,

cláusula general no es sólo el del posible competidor, sino un interés superior, el del público en general. Esta finalidad presente en los pár. 1 y 3 UWG ha sido puesta de manifiesto por la propia Jurisprudencia, de forma explícita (6). En el sistema alemán se justifica el derecho del particular o competidor frente a quien desarrolló esa competencia desleal afirmando que este último adquiere con tal actuación en el mercado una ventaja competitiva («Wettbewerbsvorsprung»), sin considerar, por tanto, como «ratio» de tal legitimación la existencia de un interés o derecho para lograr la verdad (Ulmer). Este planteamiento tiene la importante consecuencia de permitir fácilmente en el Derecho de la Competencia desleal la conexión del interés individual, es decir, el de los otros competidores afectados, con el interés más general de los consumidores (7).

La distinta configuración del Derecho de la Competencia Desleal lleva a la consecuencia de que en los sistemas que siguen el modelo francés la determinación del carácter engañoso de la publicidad pretende satisfacer el legítimo interés particular, esto es, del competidor. Sin embargo, en el sistema que diseña la UWG se pretende realizar un interés general o de los consumidores, lo cual tiene, también, relevancia en orden al criterio por el que se determinará el carácter engañoso de la publicidad, siendo este criterio la «opinión generalizada de los destinatarios» («recipient's scope of understanding, Empfängerhorizont») (8).

Ahora bien, este criterio del destinatario no tiene una vigencia general. La Jurisprudencia francesa lo ha rechazado, calificándolo como un criterio vago, inconsistente y, sobre todo, subjetivo. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la CEE también rechazó el empleo de tal criterio en algunos

«Zur funktionale Anwendung von par. 1 des deutschen und art. 1 des schweizerischen UWG», *ZHR*, 1980, págs. 152 y sigs.; HIRTZ, «Der Rechtsbegriff "Guten Sitten" in par. 1 UWG», *GRUR*, 1986, págs. 110 y sigs.; SACK, «Par. 1 UWG und Wirtschaftspolitik», *WRP*, 1974, págs. 247 y sigs.; MEYER-CORDING, «Guten Sitten und ethischer Inhalt des Wettbewerbsrecht», *JZ*, 1964, págs. 273 y sigs.

(6) BGH, de 15 de enero de 1969, caso «Scotch Whisky», *IIC*, 1970, págs. 402 y sigs. Más recientemente, vid. *Urt. des Kammergerichts*, 25 de febrero de 1983, *Grur*, 1984, págs. 286 y sigs.

(7) ULMER, *Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht*, 1932, págs. 22 y sigs., cit. por F. K. BEIER, «The Law...», *op. cit.*, pág. 144, nota 20.

(8) F. K. BEIER, «The Law...», *op. cit.*, pág. 146. Este criterio es asumido por la doctrina española más autorizada. Cfr. C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. (Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad)», *RDM*, 1968, págs. 13 y sigs.. en especial págs. 44 y sigs.

aspectos de la extensa temática de la competencia desleal, en concreto, sobre el régimen de protección de las denominaciones de origen (9). Sin embargo, hoy en día es el criterio generalizado en materia de publicidad y, sobre todo, en materia de publicidad engañosa, ya que, en definitiva, el destinatario de tal publicidad o consumidor es el árbitro en el mercado.

Como podrá observarse, las diferentes concepciones en torno al Derecho de la Competencia Desleal no facilitaban la armonización de las legislaciones de los países miembros. Sin embargo, existe un factor fundamental que va a desencadenar ese proceso de armonización. Me refiero a la aparición de un Derecho de los consumidores, realidad asumida por todos los miembros comunitarios. Pues bien, con este Derecho del consumo penetran en el Derecho de la Competencia otros intereses que exceden los puramente individuales. De ahí que el proceso suponga el reconocimiento gradual de medidas correctoras de la Competencia desleal en favor de un interés general. (Ad. ex. Ley Royer, que crea una «action en concurrence déloyale») (10).

Esta incidencia del Derecho del consumo puede comprobarse en un tercer sistema de represión de la Competencia desleal. Así, en Gran Bretaña, no existía como tal un Derecho de la Competencia Desleal, ya que los remedios civiles sólo se reconocían aisladamente, fundamentalmente con la técnica «passing off» (11), y se completaba con el Derecho protector de marcas. Sin embargo, la formación de un Derecho de los consumidores incide, como en tantos otros ámbitos, en la conformación del Derecho inglés de la Competencia Desleal.

En conclusión, no existen unas bases comunes dentro de la CEE que favorezcan la armonización del Derecho de la Competencia Desleal. Sin embargo, era una necesidad ineludible, que venía exigida por la formación de un Derecho Comunitario de protección a los consumidores.

Esta situación descrita es la que se corresponde con los estudios preparatorios que realizó el Max Plank Institut, y a los que hicimos referencia anteriormente. Pero este estudio encargado por la Comisión de la CEE no contenía sólo una descripción de las distintas legislaciones nacionales, sino, también, unas propuestas de armonización. Estas propuestas de Ulmer partían de la consideración de que todos los miembros comunitarios habían ratificado

(9) TJCEE, de 20 de febrero de 1975, *GRUR INT.*, 1977, págs. 25 y sigs.

(10) Vid. F. K. BEIER, «The Law...», *op. cit.*, pág. 142.

(11) Sobre la técnica del «passing off», vid. P. J. KAUFMANN, «Passing off and Misappropriation», Weinheim, VCH, 1986 (*IIC Studies*, 9).

el CUP, por lo que a todos era común la cláusula general contra la competencia desleal que recogía el art. 10 bis de este texto. Por ello, las propuestas señaladas consistían en la formulación de una cláusula general contra la competencia desleal y la adopción de una serie de medidas especiales relativas a las prohibiciones del riesgo de confusión, de la publicidad estrictamente personal y comparativa, de la publicidad engañosa, y una normativa de protección del secreto industrial. En coherencia con tales contenidos, se proponen una serie de principios y medidas procesales entre las que no se reconoce —no se olvide la época (1965) —la legitimación de las asociaciones de consumidores. Concluyen estas propuestas con las relativas al modo de proceder en tal armonización, recomendándose que se haga en campos concretos mediante Directiva.

Tras la propuesta de Ulmer, la Comisión inicia el estudio de las legislaciones nacionales, así como determinados textos adoptados por la Cámara de Comercio Internacional en materia de publicidad. Pero lo que ha de destacarse en este período es la asunción de la idea de la estrecha conexión que existe entre competencia desleal y Derecho del consumo.

Por distintas razones —fundamentalmente por la actitud inglesa—, la Comisión decidió concentrar su esfuerzo en una parcela de la temática de la Competencia desleal, esto es, en la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa y desleal. Así aparece expresamente recogido en el primer programa de protección de los Consumidores de 1975 (12).

En definitiva, las propuestas de armonización del Derecho de la Competencia Desleal quedaron reducidas a la del Derecho publicitario para lograr la necesaria protección de los consumidores. Pero el resultado final ha sido aún más limitado, ya que se ha reducido a la armonización de la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa, que consagra la Directiva de 10 de septiembre de 1984 (13).

La justificación de esta Directiva aparece recogida en la propia Exposición de motivos, y viene centrada en tres aspectos (14): la libre circulación de mercancías y servicios, la distorsión de las condiciones de competencia, y la tutela y protección de los consumidores. Así, parece evidente que la unifica-

(12) Resolución del Consejo CEE de 14 de abril de 1975, *JOCE*, c. 92/1, de 25 de abril de 1975.

(13) *DOCE*, L/250, 10 de septiembre de 1984, págs. 55 y sigs.

(14) Igual justificación señalaba LEMA DEVESA en relación al Proyecto de 1979. vid. C. LEMA DEVESA, «Nuevas perspectivas del Derecho europeo de la Publicidad», *ADI*, 6, 1979-80, págs. 76 y sigs.

ción del Derecho publicitario en el seno de la CEE contribuirá a la expansión del comercio y, por tanto, será necesaria en el juego de la libertad de circulación de bienes y servicios. Por otra parte, la disparidad legislativa supone una disparidad de las condiciones competitivas, motivo que justifica esta armonización. Y, en último lugar, el Derecho de la publicidad europeo requiere su armonización como consecuencia de la protección e información de los consumidores. El desarrollo armónico del mercado requiere la protección del consumidor. Pero este consumidor no podrá desempeñar su papel de árbitro en el mercado si no se le protege frente a la publicidad engañosa. Ahora bien, tal protección sólo se logrará con una armonización del Derecho represor de la publicidad engañosa.

2. EL VIGENTE DERECHO ESPAÑOL EN TORNO A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

El régimen general de la publicidad en nuestro país está constituido por la Ley 61/1964, de 11 de junio, que aprueba el Estatuto de la publicidad (15). El art. 6 de esta norma advierte cómo la actividad publicitaria ha de sujetarse a los principios generales que se enuncian. Estos principios generales, imbricados entre sí, son el principio de legalidad, el de autenticidad, el de «libre competencia» y el de veracidad.

En materia de publicidad engañosa, y con la finalidad última de confrontar nuestro Derecho en vigor con las exigencias derivadas del Derecho comunitario, interesa ahora detenerse en estos dos últimos principios, es decir, en el principio de «libre competencia» y el de veracidad.

El art. 10 E. P. desarrolla el principio que, de un modo incorrecto, el art. 6 denominaba de «libre competencia». Es evidente, y de la lectura del texto legal así se deriva, que se trata de un principio de competencia leal en la actividad publicitaria. En este sentido, ya lo afirmaba Garrigues cuando señalaba que «la competencia no es una regla a la que deba someterse la publicidad, sino que, al contrario, es el marco jurídico que hace posible esa

(15) BOE de 15 de junio de 1964. Sobre el significado del E. P. en la época de su promulgación, vid. P. CABANILLAS GALLAS, *Principios jurídicos de la Publicidad española*, Madrid, 1967, págs. 12 y sigs.

competencia» (16). Por lo tanto, la actividad publicitaria se desarrolla en el marco de la competencia acentuándola. Pero es innegable que esa función que cumple la publicidad en un mercado competitivo puede generar e imprimir a la competencia el carácter de ilicitud o deslealtad. Pues bien, la exigencia de que la competencia no degenere en tales resultados, es decir, sea una competencia leal, es el significado que hay que atribuir al principio general que señalan los arts. 6 y 10 EP.

El art. 10, en su párrafo 2.º, señala aquellos supuestos en que la publicidad ha de considerarse desleal. Estos son el de la actividad publicitaria de confusión entre «bienes y servicios», el de la publicidad denigratoria y el de todos aquellos supuestos de actividad publicitaria «contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles». Como podrá comprobarse —y esto es lo que ahora interesa destacar—, el art. 10, 2.º, EP establece —limitado al ámbito publicitario— una auténtica cláusula general prohibitiva de la competencia desleal que no existía en nuestro Derecho (17). Se adopta así un criterio similar al del art. 10 bis CUP o al del par. 1 UWG de 1909. La importancia de tal cláusula general en la lucha contra la competencia desleal es innegable, ya que el constante nacimiento de nuevos métodos competitivos de carácter ilícito genera el fracaso de cualquier regulación casuística.

Pero nuestro Derecho vigente, con la referida limitación, no contiene sólo una cláusula general prohibitiva de la competencia desleal, sino que, también, a semejanza del par. 3 UWG de 1909, el art. 8 EP establece el principio de veracidad en la actividad publicitaria, lo cual ha sido calificado como la «pequeña cláusula general contra la competencia desleal» (18). Esta «pequeña cláusula general», representada por el principio de veracidad en la actividad publicitaria, dota al EP de una marcada función jurídico-social (19). Se da así una analogía funcional entre el principio de veracidad en materia publicitaria y la normativa civil sancionadora del dolo como

(16) J. GARRIGUES, «Publicidad y competencia ilícita», en *La Publicidad y sus fundamentos científicos*, Madrid, 1966, pág. 11. Sobre el significado de este principio de «libre competencia», vid. E. RUIZ VADILLO, *Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad en el Estatuto de 11 de junio de 1964*, Est. hom. Castán, Eunsa, Pamplona, 1969, en especial págs. 530 y sigs.

(17) C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La interpretación...», *op. cit.*, págs. 25-27, adhiriéndose a lo que ya manifestó GERMANN con anterioridad (*Richtlinien für ein Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Basel, 1927).

(18) C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La interpretación...», *op. cit.*, pág. 30.

(19) C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La interpretación...», *op. cit.*, pág. 31. En igual sentido, y en referencia a la UWG, BAUMBACH-HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, 14.ª ed., Beck, München, 1983, págs. 170 y sigs.

vicio del consentimiento. Ahora bien, tan sólo analogía funcional, ya que los remedios civiles se muestran del todo insuficientes frente a la publicidad engañosa, porque, no se olvide, la publicidad es un «diálogo» o «mensaje mecanizado» (20). Aparece así justificada plenamente la asunción por el art. 8 EP del principio de veracidad, como mecanismo de protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa.

El art. 8 EP señala que «en toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error». De la lectura de este precepto legal podrán obtenerse algunas conclusiones importantes.

En primer lugar, al señalarse que «en toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad», el legislador está afirmando la irrelevancia del medio por el cual se desarrolla la actividad publicitaria. Por ello, el principio de veracidad ha de observarse en la publicidad escrita, en la oral e, incluso, en cualquier otro medio de información publicitaria (imágenes, sonidos, etcétera) (21).

Pero el art. 8 EP no sólo advierte que «deberá respetarse la verdad», sino que, también, añade «evitando que se deformen los hechos o se induzca a error». Este segundo inciso tiene, a mi juicio, gran importancia, ya que desde el punto de vista de la publicidad engañosa, ésta existirá no sólo cuando se falta a la verdad por deformarse los hechos o datos, sino, también, cuando sin tales deformaciones la actividad publicitaria «induzca» a error» (22).

Por otra parte, la lectura del art. 8 EP también nos lleva a afirmar dos importantes extremos, esto es, el carácter no necesario del resultado de daño y, en segundo lugar, la inversión de la carga de la prueba. La doctrina que se ha ocupado del tema señala que la expresión «se induzca a error» que contiene el art. 8 EP no ha de entenderse en el sentido de que efectivamente se haya provocado el engaño. Para aplicar el principio de veracidad basta con la simple probabilidad de que los destinatarios de tal publicidad pueden no conocer la verdad (23). También hay que señalar el importante extremo

(20) El término «mensaje mecanizado» es de FRIEDRICHS (*Werkaufswerbung*, Berlín, 1958) y es introducido en la doctrina española por C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La interpretación...», *op. cit.*, pág. 17.

(21) C. LEMA DEVESA, «En torno a la publicidad engañosa», *ADI*, 4, 1977, pág. 289.

(22) Sts. T. S. de 25 de marzo de 1974, Caso «Margarina Tulipán», *ADI*, 2, 1975, págs. 663 y sigs. = Ar. 1533.

(23) C. LEMA DEVESA, *La Publicidad de tono excluyente*, Montecorvo, Madrid,

de que el EP consigne una inversión de la carga de la prueba. Así, cuando el art. 8 EP afirma que las alegaciones publicitarias serán «susceptibles de prueba en cualquier momento», se está afirmando que el empresario anunciante deberá probar la veracidad de su publicidad y así poder continuar la difusión de la publicidad discutida. En último término, hay que señalar la coherencia de esta inversión de la carga de la prueba respecto a la función jurídico-social del art. 8 EP, es decir, la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa.

Hasta ahora se ha examinado frente a qué se protege al consumidor en el EP, esto es, frente a la publicidad ilícita. Ahora queda analizar el cómo arbitra el EP tal protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa. En el EP existían dos vías para suprimir la publicidad ilícita: la administrativa y la judicial (24).

El EP en la vía administrativa creaba dos órganos en materia de actividad publicitaria. En primer lugar, la Junta Central de Publicidad, encargada de velar por el cumplimiento de los principios y normas que rigen la actividad publicitaria y, por otra parte, de asesorar e informar en materia de publicidad a la Administración pública. Por otra parte, el EP crea el Jurado de Publicidad, que es el órgano administrativo encargado de conocer las violaciones de los principios generales que rigen en la actividad publicitaria (artículo 6 EP), pudiendo imponer, según señala el art. 67 EP, las «correcciones consistentes en amonestación o suspensión en el ejercicio de la actividad, que no podrá exceder de seis meses» (25). Pero puede fácilmente comprenderse la ineficacia de esta vía administrativa en la represión de la publicidad desleal, ya que, como advierte De la Cuesta, en la composición del Jurado prima el criterio de que se integra por los profesionales, demostrando la experiencia cómo estos profesionales permiten ciertas formas de publicidad ilícita (26). Quizás estas razones pesaron en el ámbito de los redactores del

1980, págs. 464 y sigs. Exigiendo el propósito o intención de engaño en el anunciante, vid. P. CABANILLAS GALLAS, «Principios...», *op. cit.* págs. 40 y sigs., cosa que ha sido rechazada por la Doctrina. Vid., ad ex., J. M. DE LA CUESTA RUTE, *Régimen jurídico de la Publicidad*, Tecnos, Madrid, 1974, págs. 193 y sigs.

(24) Vid. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Procedimientos y sanciones en materia de publicidad desleal», en *Primeras jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980, págs. 121 y sigs.

(25) Sobre la calificación y caracterización de estos órganos administrativos, vid. E. RIVERO YSERN, «Administración y Jurisdicción: La Junta Central de Publicidad y el Jurado Central de Publicidad», *RAP*, 1977, págs. 589 y sigs.

(26) J. M. DE LA CUESTA RUTE, «Régimen...», *op. cit.*, pág. 245.

Decreto de 1 de septiembre de 1978, por el cual se suprimió la antigua Subdirección General de Publicidad y Relaciones Públicas, desapareciendo la Secretaría de la Junta Central de Publicidad y la Secretaría del Jurado de Publicidad, con lo que estos organismos se extinguieron de hecho.

Respecto a la vía judicial, el EP reconoce de forma explícita la competencia de la jurisdicción penal, laboral y civil, con independencia de la posible actuación del Jurado de Publicidad (27). Ahora bien, la eficacia de la jurisdicción civil en materia de publicidad engañosa, que es la que ahora puede interesar, ha sido muy escasa. Y estos resultados negativos tienen su causa próxima en dos insuficiencias de nuestro Derecho publicitario. En primer lugar, que no se prevé la acción de cesación en la vía civil (28). Por otra parte, que no se ha establecido un procedimiento acelerado en estos supuestos, quedando sujeto el ejercicio de las posibles acciones al trámite del procedimiento de mayor cuantía, hasta la reciente reforma de la LEC en 1984.

Si ahora intentamos una valoración crítica y un análisis de los resultados obtenidos con la promulgación del EP, debemos concluir afirmando su ineficacia y la necesidad de una profunda reforma (29). A esta conclusión se llega fácilmente con fundamento en cuatro datos a tener en cuenta.

En primer lugar, y desde un punto sustantivo, es necesario clarificar el contenido y el alcance de algunas de las disposiciones del EP, singularmente en lo referente a la publicidad comparativa y a la publicidad engañosa por omisión. Por otra parte, es ineludible la adecuación de nuestro Derecho publicitario a la Constitución de 1978, singularmente por imperativo de la libertad de empresa (art. 38), el principio general de tutela de los consumidores (artículo 51), así como la distribución competencial en un Estado autonómico.

Por otra parte, la necesaria reforma del EP viene exigida por el fenómeno de su inaplicación y por el ingreso de nuestro país en la CEE. El fenómeno de la inaplicación del EP ha sido advertido por nuestra doctrina (30), y es

(27) Arts. 64 y 65 E. P.

(28) La doctrina es unánimemente crítica ante la falta de reconocimiento de la acción de cesación. Vid., por todos, J. M. OTERO LASTRES, «La protección de los consumidores frente a la publicidad ilícita», *ADI*, 4, 1977, pág. 126.

(29) C. LEMA DEVESA, en el prólogo a *Legislación Publicitaria*. Tecnos, Madrid, 1985, págs. XI y sigs.; J. ALONSO DÁVILA, *El Derecho publicitario en España y la Directiva de la CEE de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa*, la Ley, 4 de octubre de 1985, págs. 1046 y sigs.

(30) C. LEMA DEVESA, «Prólogo», *op. cit.*, págs. XXIV y XXV.

aún más llamativa tras el anteriormente mencionado Decreto de 1 de septiembre de 1978, ya que la vía administrativa de represión de la publicidad ilícita está en «vía muerta». Pero, además, si se examinan las colecciones jurisprudenciales, podrá observarse cómo los fallos judiciales en materia de publicidad son muy escasos.

Junto a esta «inaplicación» del EP, anunciábamos cómo nuestra integración en la CEE es un factor decisivo para la reforma de nuestro Derecho publicitario, a fin de que sea armonizado conforme a las exigencias impuestas por la Directiva de 10 de septiembre de 1984, que a continuación se va a analizar.

3. LA DIRECTIVA COMUNITARIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1984 SOBRE LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA

3.1. *Conceptos fundamentales*

El Consejo de la CEE adoptó la Directiva 84/450, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. Si se recuerda el proceso de armonización del Derecho de la Competencia desleal que señalamos anteriormente, podrá observarse que esta Directiva no es más que un primer paso en ese proceso que, hasta el momento, queda reducido al logro de la vigencia del principio de veracidad en materia publicitaria (31). Por otra parte, puede llamar la atención el hecho de que la Directiva que comentamos no sancione explícitamente el principio de veracidad, sino que lo haga de modo negativo, es decir, considerando contraria la publicidad engañosa respecto a los fines perseguidos por la Comunidad.

La Directiva comienza su articulado con una interpretación auténtica, es decir, explicitando el significado que ha de darse a lo que podríamos cali-

(31) Sobre el proceso de formación de esta Directiva, vid. C. LEMA DEVESA, «Nuevas...», *op. cit.*, págs. 79 y sigs. En la Doctrina extranjera, vid. ALBRECHT, «Vorschlag einer Richtlinie in Europäischen Gemeinschaft», *WRP*, 1978, págs. 684 y sigs.; F. K. BEIER, «The Law...», *op. cit.*, págs. 139 y sigs., en especial págs. 159 y sigs.; SARNO, «Sui piú recenti sviluppi in materia di pubblicità», *Riv. Dir. Ind.*, I, 1983, págs. 87 y sigs.; CASOTTANA, «Nuovi orientamenti CEE in tema di disciplina della pubblicità commerciale», *Riv. Soc.*, 1979, págs. 205 y sigs.

ficar como conceptos fundamentales en materia de publicidad engañosa. Estos conceptos son, básicamente, dos: el de publicidad y el de publicidad engañosa. El art. 2,1 de esta Directiva señala que por publicidad ha de entenderse «toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones». Como podrá comprobarse, el concepto de publicidad transcrito es sustancialmente correcto y coincide con el que mantiene el art. 2 del vigente EP (32). Este concepto de publicidad también coincide con el que se establecía en el Proyecto de Directrices para la armonización en materia de publicidad engañosa y desleal, que, en este punto, recibió el informe favorable del Comité Económico y Social y, en cierta manera, del Parlamento Europeo. En igual sentido, este concepto también coincide con el que se mantenía en el segundo Proyecto de Directrices de 10 de julio de 1979 (33).

Mayor interés presenta el concepto de publicidad engañosa que mantiene esta Directiva. Según el art. 2,2.º, será publicidad engañosa «toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta, y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor». Como fácilmente se puede comprobar, el art. 2,2.º de la presente Directiva supone una auténtica cláusula general de lucha contra la publicidad engañosa. De los términos empleados en este precepto se deriva tal caracterización.

Pero también de la redacción dada al art. 2,2.º de la presente Directiva se derivan algunas conclusiones importantes que ya habíamos señalado respecto al art. 2 EP. Así, la locución «toda publicidad» con que comienza el concepto de publicidad engañosa en esta Directiva, confirma la irrelevancia del medio por el que se desarrolla la publicidad. En este sentido, hay que considerar que tan engañosa puede ser no sólo la publicidad escrita u oral, sino también la realizada por imágenes, sonidos, etc. En igual sentido puede interpretarse la locución «toda publicidad» de una forma sistemática con el concepto de publicidad, es decir, el art. 2,1, que considera publicidad

(32) En contra, J. M. DE LA CUESTA RUTE, «La Directiva de la CEE sobre publicidad engañosa», *Est. Cons.*, 7, 1986, págs. 86 y 87.

(33) *JOCE*, c/194, de 1 de agosto de 1979, págs. 3 y sigs.

«toda forma de comunicación» desarrollada en el marco de la actividad empresarial. También hay que señalar que, según el concepto del art. 2,2.º, no es necesario —a efectos de la calificación de publicidad engañosa— que la publicidad sea, en sentido estricto, falaz. Cuando el texto comunitario advierte que es publicidad engañosa la que «induce a error o puede inducir a error», está afirmando que no es necesario que la publicidad sea falaz. Es decir, conforme al Derecho comunitario, no sólo será publicidad engañosa la publicidad absoluta o parcialmente falaz, sino también la publicidad que, siendo exacta en un plano abstracto, es engañosa por inducir a error a los consumidores (34).

Por otra parte, el concepto de publicidad engañosa que establece la presente Directiva, conlleva también otras dos consecuencias importantes, esto es, la no necesidad de un daño a efectos de la calificación de publicidad engañosa y, en segundo lugar, una inversión de la carga de la prueba.

Si se relea la frase anteriormente señalada, esto es, que es publicidad engañosa la que «induce a error o puede inducir a error», se advertirá que a efectos de tal calificación el Derecho comunitario no exige la realidad de un daño, en este caso, el engaño. Es decir, basta con la posibilidad de que la publicidad sea engañosa para que sea calificada como tal. Así lo confirma, desde otro punto de vista, el art. 4,2.º de la Directiva. En esta última disposición se arbitran las competencias conferidas a los Tribunales o a los órganos administrativos según que la publicidad sea engañosa por inducir a error o según que lo sea por ser susceptible de inducir a error. Así, si la publicidad induce a error, tales competencias perseguirán el resultado de lograr la cesación de dicha publicidad engañosa. Por otra parte, si la publicidad no induce a error pero puede inducir a error, la actuación, judicial o administrativa, se concretará en su prohibición. Con ello se permite evitar que se difunda la publicidad que, siendo engañosa, todavía no se ha dado a conocer al público y es inminente su publicación.

En último lugar, implícitamente al concepto de publicidad engañosa que mantiene la Directiva, hay que entender una inversión de la carga de la prueba, es decir, que corresponde al anunciante la prueba de la veracidad de los extremos que afirma en su publicidad. Así se entiende en los ordenamientos que sancionan el principio de veracidad, como ocurre en el art. 8 EP o en el par. 3 UWG. Pero esta conclusión tiene un apoyo explícito en el

(34) A igual conclusión, respecto al proyecto de 1979, llegaba LEMA DEVESA. Cfr. C. LEMA DEVESA, «Nuevas», *op. cit.*, págs. 94-95.

texto de la Directiva, ya que el art. 6,a) señala que deberá atribuirse a los Tribunales o a los órganos administrativos la competencia «para exigir que el anunciante presente unas pruebas relativas a la exactitud material de los datos materiales contenidos en la publicidad...». Las consecuencias de esta inversión de la carga de la prueba las señala el propio art. 6 en su letra B), ya que existirá publicidad engañosa «si no se presentan las pruebas exigidas de conformidad con el punto A) o si tales pruebas son consideradas insuficientes por el Tribunal o el órgano administrativo». La Directiva asume de esta manera una medida necesaria en la tutela de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Esa tutela de los consumidores no será eficaz si se exigiera que quienes sufren el error o pueden ser inducidos a error probarán el carácter engañoso del mensaje publicitario (35).

3.2. *Ambito de aplicación*

El art. 1 de esta Directiva explicita la finalidad que se pretende realizar con esta norma comunitaria, esto es, «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».

De este modo, el Derecho comunitario contra la publicidad engañosa opta, dentro del Derecho de la competencia desleal, por imbricar los intereses presentes en tal situación, esto es, un interés general o de los consumidores y un interés individual o del competidor que ve menoscabada su posición en el mercado como consecuencia de la publicidad engañosa del empresario competidor. Se asume así la opción que frente a otros sistemas, como el

(35) No puede olvidarse que la última «ratio» de esta Directiva es la tutela y protección de los consumidores, finalidad presente, y con carácter principal, en el moderno Derecho de la Publicidad. Cfr. E. POLO, *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 129 y 130; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección de los consumidores en el Derecho español», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 50-51; G. SCHRICKER, «Unlauterer Wettbewerb und Schutz der Verbraucher», *Est. hom. Garrigues*, t. III, Madrid, 1971, pág. 277; ID., «Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz», *GRUR Int.*, 1970, págs. 32 y sigs. Destaca, positivamente, esta medida, C. FERNÁNDEZ NOVOA, *La reforma del vigente Estatuto de la Publicidad de 1964 ante el ingreso de España en la CEE*, INP, Madrid, 1980, págs. 18 y sigs.

Derecho francés, recoge la UWG de 1909, esto es, la de considerar que los actos de competencia desleal no sólo lesionan un interés puramente individual, sino también un interés general o de los consumidores. Esta opción por la imbricación de ambos intereses, ya destacada por Ulmer bajo el concepto de «Wettbewerbsvorsprung», permite importantísimas consecuencias en orden a la determinación de la legitimación activa de las acciones en contra de la publicidad engañosa y desleal, en especial mediante el reconocimiento de la legitimación activa en favor de las asociaciones de consumidores (36).

Esta relevancia del interés de los consumidores o interés general frente a la publicidad engañosa, como pone de manifiesto el segundo programa de la Comunidad para una política de protección e información de los consumidores (37), nos permite llegar a una importante conclusión. Esta conclusión es entender la vigencia, dentro del Derecho comunitario en materia de publicidad engañosa, de un principio general de favorecimiento de los consumidores similar al art. 51 de nuestra Constitución, y que podría resumirse afirmando que «in dubio pro consumatore». Este principio tiene la importante consecuencia de solventar y aclarar el espinoso problema de la interpretación de las expresiones publicitarias.

Este criterio de protección de los consumidores, en cuanto finalidad primaria de esta Directiva, nos va a permitir delimitar el ámbito de aplicación del principio de veracidad o, más precisamente, determinar qué publicidad es susceptible de ser calificada como engañosa.

Hasta ahora, conforme a lo indicado en el art. 2,2 de la Directiva, habíamos afirmado que «toda publicidad» ha de respetar el principio de veracidad, es decir, no ha de ser engañosa. Pero con ello hacíamos referencia a que *toda forma de publicidad* puede ser engañosa, con independencia de su carácter escrito, oral, de imagen, etc. Ahora la cuestión que se plantea es la delimitación, desde un punto de vista material o de contenido, de la publicidad que

(36) Aun cuando ULMER no llegara a proponer en su informe el reconocimiento de la legitimación activa en favor de las asociaciones de consumidores. Cfr. F. K. BEIER, «The Law...», *op. cit.*, pág. 160. En posteriores reformas de la UWG se reconoce tal legitimación activa en favor de las asociaciones de consumidores. Sobre el tema, vid. GHIDINI, «La legittimazione ad agire per concorrenza sleale delle associazioni dei consumatori in Germania», *Riv. Dir. Ind.*, 1965, págs. 279 y sigs.

(37) Resolución del Consejo CEE de 19 de mayo de 1981, *JOCE*, c. 133/1, de 3 de junio de 1981.

puede ser engañosa. Es decir, ¿toda publicidad, con independencia de su forma, puede ser engañosa?

Para solventar esta cuestión, creemos que han de distinguirse tres grandes apartados de publicidad (38): publicidad formulada en términos generales, publicidad con alegaciones no comprobables y, en último lugar, publicidad con alegaciones concretas y comprobables. Como fácilmente se comprenderá, sólo en este último supuesto —publicidad con alegaciones concretas y comprobables— opera el principio de veracidad.

En el primer supuesto o publicidad formulada en términos generales, no tiene sentido la aplicación del principio de veracidad. Estas alegaciones publicitarias tienen carácter trivial y genérico, normalmente en forma de alabanza del bien o servicio de que se trate. Se trata de «expresiones publicitarias generales que para los consumidores tienen únicamente el significado de una invitación o llamamiento insistente, el cual no contiene alegaciones comprobables en torno al producto anunciado» (39). Este tipo de alegaciones publicitarias no pueden ser constitutivas de publicidad engañosa, ya que su misma naturaleza excluye el principio de veracidad por tratarse de alegaciones no susceptibles de prueba. Se trata, por tanto, de alegaciones que no inducen a error, ya que no afectan al comportamiento económico del consumidor. En definitiva, son alegaciones publicitarias que carecen de contenido informativo.

El segundo supuesto señalado era el de las alegaciones publicitarias no comprobables. Se trata, fundamentalmente, de la publicidad que contiene juicios estimativos o valoraciones del propio empresario anunciante. Este tipo de alegaciones publicitarias no contiene una información comprobable, sino que, simplemente, supone la exteriorización de una opinión o juicio subjetivo. De ahí que no pueda aplicarse el principio de veracidad en tales supuestos, ya que no existe un criterio objetivo que determine su posible carácter engañoso. Son, en definitiva, alegaciones publicitarias que afectan a juicios estéticos o de apetencias personales en las que no puede establecerse objetivamente la validez de una u otra opción (40).

(38) C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad», *ADI*, 2, 1975, págs. 369 y sigs., en especial págs. 374 y sigs. A esta opinión se adhiere C. LEMA DEVESA, «En torno...», *op. cit.*, págs. 293 y sigs.; *Id.*, «La publicidad...», *op. cit.*, págs. 366 y sigs. y 464 y sigs.

(39) BGH, 5 de febrero de 1965, Caso Lavamat II, *GRUR*, 1965, págs. 365 y sigs.

(40) C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La sujeción...», *op. cit.*, pág. 377.

El último supuesto se determinará por contraposición con los anteriores. Así, se trata de aquella publicidad que contiene alegaciones concretas y comprobables. Es decir, se trata de alegaciones que se refieren a circunstancias objetivas, es decir, concretas y susceptibles de prueba. En este tipo de alegaciones publicitarias es donde tiene sentido la aplicación del principio de veracidad, ya que las mismas tienen carácter informativo del que puede comprobarse su veracidad mediante criterios objetivos. Así lo explicita el art. 3 de esta Directiva, cuando señala que habrá de atenderse, a fin de determinar el carácter engañoso de la publicidad, a las características de los bienes y servicios, procedimiento, fechas, precio, modo de fijación del precio, derechos de propiedad industrial del anunciante, etc. La publicidad que contenga alegaciones de este tipo, es decir, concretas y comprobables, ha de respetar el principio de veracidad en la publicidad (41).

Ahora bien, no toda publicidad concreta y comprobable es susceptible de poder ser publicidad engañosa. Es necesario hacer una exclusión más respecto a la aplicación del principio de veracidad en la actividad publicitaria. Se trata del supuesto de la exageración publicitaria, es decir, de la alabanza altisonante que carece de fundamento. Este supuesto ha de ser excluido de la aplicación del principio de veracidad, porque, como advirtió el Reichsgericht en su sentencia de 18 de septiembre de 1931, se trata de un anuncio publicitario, «que no es tomado en serio ni al pie de la letra por parte del público» (42).

El problema entonces se plantea en delimitar cuándo estamos en presencia de una exageración publicitaria y, por tanto, determinar, aún más, el ámbito de aplicación del principio de veracidad. Esta labor de delimitación ha sido desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemana mediante la elaboración de unas pautas o criterios generales que el profesor Fernández Novoa sintetiza y expone en la doctrina española (43). Estos criterios son los siguientes:

- En primer lugar, ha de atenderse a la estructura y contenido de conjunto de la alegación publicitaria. Así, cuanto más concreta sea una

(41) Sts. TS de 2 de febrero de 1974, Ar. 549. En la doctrina, vid. C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La sujeción...», *op. cit.*, págs. 378-379.

(42) Cit. por C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La sujeción...», *op. cit.*, pág. 381. Criticando la inocuidad de este tipo publicitario, vid. J. M. DE LA CUESTA RUTE, «La Directiva...», *op. cit.*, pág. 87.

(43) «La sujeción...», *op. cit.*, págs. 382 y sigs. En igual sentido, vid. C. LEMA DEVESA, «La publicidad...», *op. cit.*, págs. 387 y sigs., en especial págs. 398 y sigs.

alegación, habrá menores posibilidades de exageración publicitaria. Pero también, y atendiendo a este criterio, será necesario atender a circunstancias tales como el tono humorístico de la publicidad u otras que incidirán notablemente en la calificación de exageración publicitaria.

- Por otra parte, también ha de tenerse en cuenta, como segundo criterio, la naturaleza del bien o servicio anunciado y el sector al que pertenece el empresario anunciante. Así, la exageración publicitaria es mucho más usual en el sector cinematográfico que en el químico o en el sanitario. En este sentido, hay que recordar ahora la importancia que asume el atender a la función publicitaria que desempeña, o puede desempeñar, la marca (44). Lógicamente, el crédito concedido por los consumidores a una gran marca disminuirá notablemente la posibilidad de exageración publicitaria.
- Como tercer criterio en la delimitación del supuesto de la exageración publicitaria se destacan las características de la empresa anunciante, sobre todo su dimensión. Así, la actividad publicitaria será juzgada más severamente según que sea mayor o más acreditada la empresa anunciante.
- Y, en último lugar, también hay que atender, a los efectos de la determinación de la exageración publicitaria, al medio de comunicación en que se desarrolla la actividad publicitaria. El rigor con que ha de enjuiciarse la publicidad será mayor en función del grado de difusión y penetración del anuncio frente a los consumidores.

En conclusión, el principio de veracidad ha de ser aplicado, no a toda publicidad, sino a aquella que presente un contenido informativo y los consumidores lo valoren como tal. Es decir, sólo puede ser publicidad engañosa la que contenga alegaciones concretas que sean susceptibles de ser comprobadas y con la debida reserva para los supuestos de exageración publicitaria.

(44) M. AREAL LALÍN, «En torno a la función publicitaria de la marca», *ADI*, 8, 1982, págs. 57 y sigs.

3.3. *Algunos supuestos problemáticos*

3.3.1. *Preliminar*

Como hasta ahora hemos señalado, la Directiva Comunitaria de 10 de septiembre de 1984 establece, aun cuando fuera de modo negativo, el principio de veracidad. El reconocimiento de tal principio y las sanciones que contra la publicidad engañosa han de adoptarse, plantean otras dos cuestiones. En primer lugar, analizar si la norma comunitaria asume o no algún principio más de aquellos que se consideran como principios generales de la publicidad. Por otra parte, considerar la aplicabilidad de este principio de veracidad en algunos supuestos en los que se discute su inclusión dentro de la temática relativa a la publicidad engañosa. Dentro del primer apartado se inscribe el análisis de la publicidad encubierta. Por otra parte, y en referencia a la segunda cuestión anunciada, han de analizarse los supuestos de la publicidad comparativa, la publicidad de tono excluyente y, de modo especial, la publicidad engañosa por omisión.

3.3.2. *La publicidad encubierta*

En el Proyecto de Directrices presentado por la Comisión al Consejo el día 10 de julio de 1979 incluía, como un supuesto más de publicidad engañosa, la publicidad encubierta. Así, el art. 3,2.º señalaba que «la publicidad encubierta ha de considerarse engañosa singularmente cuando no puede ser fácilmente reconocida como tal publicidad». Afortunadamente, en el texto de la Directiva que ahora comentamos ha desaparecido esta inclusión de la publicidad encubierta como un subtipo de publicidad engañosa. Y ese calificativo ha de mantenerse por cuanto que la publicidad encubierta no es, en principio, un supuesto de publicidad engañosa. Esto es así porque el criterio fundamental que delimita la figura de la publicidad engañosa, esto es, el principio de veracidad, no está presente en la publicidad denominada encubierta (45).

(45) Sobre la publicidad encubierta, vid. C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La publicidad encubierta», *ADI*, 3, 1976, págs. 371 y sigs.; G. SCHRICKER, «Unlauterer...», *op. cit.*, págs. 31 y sigs.; J. M. DE LA CUESTA RUTE, «La Directiva...», *op. cit.*, pág. 89.

En su resolución de 15 de octubre de 1975 (Caso del diario «Arriba») (46), el Jurado Central de Publicidad señaló que la publicidad encubierta es aquel artículo de contenido publicitario que «se ofrece al público lector de manera que no es fácil identificarlo como tal». Por ello, la publicidad encubierta no es más que la actividad publicitaria que externamente no aparece como tal, sino con una apariencia informativa que desdibuja formalmente su finalidad persuasiva (47). Esta publicidad encubierta ha de ser, lógicamente, reprimida por suponer un ilícito publicitario, ya que induce a error a los consumidores y permite obtener al anunciante una ventaja indebida sobre sus competidores. Pero, que la publicidad encubierta induzca a error a los consumidores no significa que se trate de un supuesto de publicidad engañosa, ya que no se induce a error a los consumidores en relación a los bienes o servicios objeto de tal publicidad. Sin embargo, en la publicidad encubierta se induce a error a los consumidores en la configuración externa con que se reviste el propio mensaje. Por lo tanto, la publicidad engañosa significa una lesión del principio de veracidad, esto es, que las alegaciones publicitarias no son veraces. Por su parte, la publicidad encubierta es una publicidad ilícita, ya que supone la conculcación del principio que el artículo 9 EP denomina como principio de autenticidad. En definitiva, mientras que el error en la publicidad engañosa va referido al contenido de las alegaciones publicitarias, el error en la publicidad encubierta va referido al mismo carácter de actividad publicitaria, ya que el consumidor valora como información lo que en realidad no es más que una alegación publicitaria disfrazada (48).

Puede, por tanto, concluirse en el acierto de la Directiva que comentamos, al no incluir como un supuesto de publicidad engañosa la de la actividad publicitaria encubierta (49). Ahora bien, podría plantearse la cuestión de la aplicabilidad o no de los principios y normas de esta Directiva cuando esa publicidad encubierta fuera también engañosa. Pero, en tal supuesto, creo que ha de mantenerse cuanto se ha afirmado. Así, el supuesto descrito supondrá una conculcación del principio de autenticidad, con la importante consecuencia de que lo que aparece como una información ha de calificarse como actividad publicitaria. Por ello, determinado su carácter de actividad

(46) ADI, 3, 1976, págs. 681 y sigs.

(47) C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La publicidad encubierta», *op. cit.*, págs. 379 y sigs.

(48) C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La publicidad encubierta», *op. cit.*, pág. 382.

(49) Criticaba su inclusión en el Proyecto de 1979, C. LEMA DEVESA, «Nuevas...», *op. cit.*, págs. 97-98.

publicitaria, serán de aplicación las normas de esta Directiva en punto al logro del principio de veracidad. De ahí que el supuesto descrito sea publicidad engañosa, no por ser publicidad encubierta, sino por no respetar el principio de veracidad, con independencia de que también se conculque el principio de autenticidad que no aparece expresamente reconocido en esta Directiva.

3.3.3. *La publicidad comparativa*

El art. 4 del tan mencionado Proyecto de Directrices, señalaba la licitud de la publicidad comparativa siempre y cuando la comparación se refiriera a datos esenciales y comprobables, y no fuera engañosa o desleal. Con ello, el Proyecto solventaba una cierta polémica acerca de la licitud de esta forma publicitaria.

A mi modo de ver, la publicidad comparativa es una figura publicitaria lícita y perfectamente admisible en nuestro ordenamiento actual y en el que, previsiblemente, será el futuro (50). Esta licitud de la publicidad comparativa viene exigida, fundamentalmente, como un mecanismo en favor de los intereses de los consumidores, ya que la comparación publicitaria es un mecanismo apto para generar transparencia en el mercado. De ahí el indudable beneficio en favor de los consumidores (51).

En el texto de la Directiva que nos ocupa no se hace ninguna referencia expresa a la publicidad comparativa. Sin embargo, el principio de veracidad delimita uno de los rasgos esenciales de esta figura, ya que sólo existirá auténtica publicidad comparativa si las alegaciones publicitarias de comparación son veraces (52). Por ello, las normas y principios de esta Directiva deberán también aplicarse a los supuestos de publicidad comparativa.

(50) Vid. art. 6, c. del Proyecto de Ley General de Publicidad, *BOCG*, III Legislatura, A/62-1, 26 de noviembre de 1987.

(51) Sobre la delimitación de la figura de la publicidad comparativa, vid., *BGH*, de 22 de mayo de 1986, Caso «Cola test», *IIC*; 1988, págs. 188 y sigs. En favor de la licitud de este tipo publicitario, vid. J. M. DE LA CUESTA, «La Directiva...», *op. cit.*, pág. 90; E. POLO, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 49 y 50.

(52) C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La regulación de la publicidad engañosa y desleal en la CEE», en *La integración de España en la CEE, en materia de Propiedad Industrial (su problemática)*, Montecorvo, Madrid, 1979, págs. 41 y sigs.

Ahora bien, la discusión acerca de la licitud de la publicidad comparativa se centra no sólo en relación al carácter veraz o engañoso de la comparación, sino también en torno al requisito de lealtad. Dejando de lado algunos supuestos fácilmente reconocibles, como la publicidad denigratoria o la publicidad de tono estrictamente personal, hay que concluir afirmando la licitud de la actividad publicitaria de comparación que sea leal. Este requisito de lealtad tiene un doble significado. En primer lugar, va a determinar la operatividad del principio de veracidad, ya que exige que la comparación publicitaria se refiera a los «datos esenciales» del producto o servicio anunciado. La mera comparación de aspectos superficiales es contraria a la más elemental norma de lealtad en la competencia. Por otra parte, este requisito de que la comparación publicitaria sea leal, lleva a excluir como publicidad comparativa el supuesto de la publicidad adhesiva (53). La publicidad adhesiva es aquel supuesto de actividad publicitaria en donde los bienes o servicios son equiparados a los de uno o varios competidores con la finalidad de aprovechar la nombradía ajena. Esta forma de publicidad desleal es fácilmente reconocible, ya que exige la alusión al competidor, o a sus productos y servicios, del que se quiere aprovechar su buena fama. Sin embargo, en la publicidad comparativa, el anunciante se refiere, principalmente y sin hacerlo de forma excluyente, a su propia actividad, a sus productos o a los servicios que presta.

En definitiva, y afirmando la licitud de la publicidad comparativa en favor de los consumidores, ha de concluirse entendiendo que esta forma publicitaria ha de realizar el principio de veracidad, so pena de su calificación como publicidad ilícita por ser engañosa.

3.3.4. *La publicidad de tono excluyente*

La publicidad de tono excluyente puede definirse como aquella actividad publicitaria que contiene alegaciones informativas y comprobables por las que se manifiesta que la empresa, el bien o servicio anunciados ocupan una posición de preeminencia en el mercado, bien porque tal posición no es al-

(53) C. LEMA DEVESA, «La publicidad...», *op. cit.*, pág. 408; C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La publicidad de tono estrictamente personal», *Est. hom. Garrigues*, tomo I, Madrid, 1971, pág. 115.

canzada por ningún competidor, bien por un círculo limitado de competidores (54).

Según que entendamos una u otra normativa aplicable al supuesto de publicidad anteriormente descrito, podrá determinarse la incidencia del Derecho comunitario en este extremo. El Jurado Central de Publicidad español entendió sujeta esta publicidad de tono excluyente a la prohibición de la publicidad denigratoria sancionada en el art. 10,2.º EP. Sin embargo, la doctrina señaló este equívoco, por cuanto que la comparación de tono excluyente no conlleva un desprecio al competidor, lo cual es el rasgo esencial de la forma publicitaria prohibida. De ahí que sea preferible entender sujeta esta publicidad de tono excluyente a las exigencias derivadas del principio de veracidad. Por lo tanto, si la alegación publicitaria de tono excluyente es veraz, será también lícita (55).

Pero no puede olvidarse que la publicidad no sólo ha de ser veraz, sino también leal. Por ello, no basta para determinar la licitud de la publicidad de tono excluyente la mera comprobación de la veracidad de lo afirmado. Desde la perspectiva del principio de veracidad es asimismo necesario que tal publicidad sea leal. Para determinar esta exigencia, la doctrina ha ido formando unos criterios que pueden sintetizarse del siguiente modo (56):

- En primer lugar, la ventaja anunciada y que provoca esa posición de preeminencia del anunciante, ha de ser una ventaja considerable.
- Por otra parte, la actividad publicitaria de este tipo no puede consistir en resaltar circunstancias superficiales o no esenciales, así como tampoco puede suponer, simplemente, el destacar ventajas que son comunes con los competidores o sus bienes y servicios.
- En tercer lugar, y en íntima conexión con el principio de veracidad, hay que entender que no pueden destacarse ventajas que, en su resultado final, son neutralizadas por desventajas.
- También es necesario que exista un punto de partida para determinar la preeminencia que ocupa el anunciante en el mercado. Si no existiera tal punto de partida, por ejemplo, por ser el único producto, la publicidad de tono excluyente sería ilícita, por ser engañosa.
- En último lugar, se advierte cómo la posición de preeminencia que

(54) C. LEMA DEVESA, «La publicidad...», *op. cit.*, pág. 422.

(55) C. LEMA DEVESA, «La publicidad...», *op. cit.*, pág. 473.

(56) C. LEMA DEVESA, «La publicidad...», *op. cit.*, págs. 474 y sigs.

resalta este tipo de publicidad ha de ser alcanzada de modo lícito. No cabe preminencia en el mercado si la misma es resultado del fraude, por lo que tampoco será lícita la información publicitaria que, en forma excluyente, explicita tal posición.

En definitiva, entendida la licitud de la publicidad de tono excluyente conforme a los criterios indicados, hay que entender que su régimen jurídico viene determinado por el posible carácter engañoso de tal actividad publicitaria. Pero también hay que tener en cuenta que la alegación publicitaria será indiciaria de una dimensión e importancia de la empresa anunciante, por lo que el contenido de sus alegaciones publicitarias será, como vimos anteriormente, más severamente enjuiciado.

3.3.5. *La publicidad engañosa por omisión*

El art. 3,2.º del Proyecto de Directrices señalaba, también, que la publicidad ha de considerarse engañosa «cuando silencia datos esenciales y por esta omisión provoca una falsa impresión o suscita expectativas razonables que los correspondientes bienes o servicios no pueden satisfacer». Sin embargo, esa mención de la publicidad engañosa por omisión no aparece expresamente recogida en el texto de la Directiva de 10 de septiembre de 1984.

A mi modo de ver, la omisión de esta particular forma de publicidad engañosa en el texto comunitario no creo que signifique que la Directiva no requiera la represión de la publicidad engañosa por omisión. A esta conclusión, que afirma la inclusión del supuesto dentro del ámbito de la Directiva, puede llegarse si se tienen presentes dos extremos. En primer lugar, el propio concepto de publicidad engañosa ofrece un fundamento razonable para su inclusión. Así, cuando el texto comunitario define la publicidad engañosa señala que lo será la actividad publicitaria que «*de una manera cualquiera*» induce a error o puede inducir a error. Pero también si se atiende al art. 1 de la Directiva puede considerarse incluida dentro de la normativa comunitaria la exigencia de represión contra la publicidad engañosa por omisión. Así, si la finalidad de la Directiva es proteger a los consumidores frente a la publicidad engañosa, tal protección ha de abarcar cualquier forma de publicidad engañosa, de modo particular la actividad publicitaria omisiva ante la que el consumidor está particularmente indefenso. En definitiva, frente a la publicidad engañosa no cabe discriminar

los supuestos de engaño positivo o de falta de veracidad por omisión, ya que las exigencias comunitarias de protección de los consumidores abarcan ambos supuestos.

Delimitada la inclusión de la publicidad engañosa por omisión dentro del concepto comunitario de publicidad engañosa, cabe ahora analizar algunos de los aspectos más relevantes de esta forma publicitaria ilícita. Desde luego, el tipo de publicidad engañosa por omisión es un supuesto novedoso en el Derecho español, pero también en el europeo. De ahí que pueda ser oportuno efectuar el análisis de las distintas cuestiones al hilo de las soluciones adoptadas por la doctrina y jurisprudencia norteamericanas formadas en torno al art. 15 de la Federal Trade Commission Act (57).

La primera cuestión que plantea la publicidad engañosa es la de delimitar su concepto, esto es, sus presupuestos. En este punto, la doctrina americana está enfrentada en la defensa de dos tesis (58). Para unos autores, con una visión más radical que pretende fortalecer el carácter informativo de la actividad publicitaria, toda manifestación publicitaria que no sea completa constituye una verdad a medias y, por lo tanto, se tratará de un supuesto de publicidad engañosa por omisión. Frente a esta opinión, otros autores consideran que sólo existirá publicidad engañosa por omisión cuando el silencio provoque el engaño. No todo silencio induce o puede inducir a error. Sólo aquel silencio que provoque el engaño ha de ser calificado como un supuesto de publicidad engañosa por omisión. Desde un punto de vista positivo, puede afirmarse que el anunciante está sujeto al deber de eliminar en su publicidad las verdades a medias y las informaciones contradictorias.

Esta segunda opinión es la que parece más adecuada en relación a la Directiva comunitaria. Tal opinión parece derivarse de los antecedentes de la actual Directiva, ya que en el Proyecto de Directrices se refería esta omisión a los «datos esenciales» que provocaran unas «expectativas razonables» (59). Pero también hay que considerar la validez de esta opinión con fundamento en que no es posible ni conveniente exigir al anunciante una información exhaustiva en su publicidad.

La segunda cuestión que plantea la publicidad engañosa por omisión es la determinación de criterios que permitan conocer la relevancia del error y,

(57) Como hace C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La regulación...», *op. cit.*, págs. 42 y sigs.

(58) Una síntesis de las distintas posturas en C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La regulación...», *op. cit.*, págs. 43-45.

(59) En igual sentido respecto al Proyecto de 1979, C. LEMA DEVESA, «Nuevas...», *op. cit.*, pág. 98.

por tanto, que concreten el supuesto de publicidad ilícita. En esta cuestión creemos que toda solución ha de aceptarse con grandes dosis de relativismo, ya que el juicio de publicidad engañosa por omisión no puede hacerse de un modo abstracto, sino que habrá de realizarse atendiendo a las distintas circunstancias del caso concreto. No obstante, creo que cuando las circunstancias o extremos que se omiten en la publicidad puedan calificarse como «datos esenciales cuya omisión suscita expectativas que el anunciante no pueda satisfacer», estaremos ante un supuesto de publicidad engañosa por omisión. No obstante, podría limitarse la validez de este criterio general afirmando que, lógicamente, la empresa anunciante no estará obligada a desvelar o informar sobre esos extremos o circunstancias cuando son de conocimiento general. Sin embargo, esto no es ninguna excepción a la validez de ese criterio general, ya que al tratarse de conocimientos generales no provocarían esas «expectativas razonables» en el consumidor. En definitiva, siempre que la omisión sea la de datos, circunstancias o extremos que determinen o influyan en el comportamiento económico del consumidor, estaremos en presencia de un supuesto de publicidad engañosa por omisión.

3.4. *Sistema de control y represión de la publicidad engañosa*

3.4.1. *Acción de cesación y legitimación activa de las asociaciones de consumidores*

La Directiva de 10 de septiembre de 1984 exige a los países miembros de la CEE el reconocimiento de la legitimación activa en favor de las asociaciones de consumidores para que éstas puedan ejercitar las acciones oportunas frente a la publicidad engañosa. Esta exigencia es consecuencia directa del art. 4.1.º del texto comunitario, el cual reconoce tal legitimación activa a «las organizaciones que tengan, de acuerdo con la legislación nacional, un interés legítimo en la prohibición de la publicidad engañosa». Si se interpreta tal norma en relación a aquellas que suponen el reconocimiento de las asociaciones de consumidores en los ordenamientos nacionales, se afirmará tal conclusión. En nuestro país, esta exigencia viene impuesta por una interpretación sistemática de la Directiva comunitaria en relación a los arts. 8, 20, 21 y 22 de la LGDCU.

Este reconocimiento en favor de las asociaciones de consumidores es una consecuencia directa de la «función social» que está llamado a cumplir el

Derecho de la Competencia desleal y, de modo especial, la normativa de prohibición de la publicidad engañosa (Baumbach-Hefermehl) (60). Pero, además, el reconocimiento de tal legitimación actúa en favor de las asociaciones de consumidores y es una exigencia inmediata si se pretende lograr un sistema eficaz en la prohibición de este tipo de actividad publicitaria (61). Esto es así, porque el consumidor individual no está interesado en lograr la cesación de la publicidad engañosa, sino en la reparación de los daños que la misma le puede haber causado. De ahí que, como cláusula necesaria dentro del sistema, se reconozca tal legitimación activa en favor de las asociaciones de consumidores, ya que tales organizaciones sí muestran un interés en lograr la cesación de una actividad publicitaria de tipo engañoso.

Ahora bien, por sus limitaciones intrínsecas, ya demostradas en la práctica de algunos países, no cabe reconocer tal legitimación activa en favor de cualquier asociación de consumidores (62). La cuestión puede resolverse si se atiende a los arts. 20 y sigs. de la LGDCU, en donde se plasman los criterios de actuación y los requisitos que han de cumplir tales asociaciones de consumidores. En definitiva, las exigencias que se derivan de tal normativa en relación a la legitimación activa en favor de las asociaciones de consumidores (interés en la prohibición de la publicidad engañosa) marca sus propios límites (63).

La primera acción que, de forma expresa, aparece como un exigencia del Derecho comunitario contra la publicidad engañosa es la acción de cesación. El art. 4.2.º es explícito al señalar que deberá reconocerse la competencia a los Tribunales para «ordenar el cese de una publicidad engañosa o a emprender las acciones pertinentes con vistas a ordenar el cese de dicha publicidad». Con tal reconocimiento, el Derecho Comunitario opta por la principal y más importante acción en materia de competencia desleal. Esta exigencia comunitaria en favor de la acción de cesación por publicidad engañosa tiene un particular interés para España, ya que uno de los defectos más sobresalientes de nuestra legislación publicitaria era la ausencia de un reconocimiento explícito de tal acción, a pesar de la declaración genérica del art. 65 EP.

(60) «Wettbewerbsrecht», *op. cit.*, pág. 170.

(61) J. M. OTERO LASTRES, «La protección...», *op. cit.*, págs. 121-122.

(62) S. BACHARACH DE VALERA, «Legitimación activa de asociaciones de consumidores para entablar la acción de cesación», *ADI*, 9, 1983. págs. 161 y sigs., en especial págs. 169-171.

(63) S. BACHARACH DE VALERA, «Legitimación...», *op. cit.*, pág. 162.

La importancia de esta acción de cesación en el Derecho de la publicidad puede comprobarse fácilmente si se atiende a su fundamento. Este fundamento no es otro que el de la propia eficacia del sistema de represión de la competencia desleal. Así, al ser la publicidad un acto continuo e inserto en la actividad empresarial, el acto de publicidad engañosa va a ser, con toda probabilidad, repetido en el futuro. Por ello, la primera exigencia de represión de la publicidad engañosa es evitar la repetición de tal tipo de publicidad, lo cual sólo se logrará mediante el ejercicio de la acción de cesación.

Pero, según diseña esta acción la norma comunitaria, hay que advertir cómo la culpabilidad o negligencia del empresario anunciante no es un presupuesto necesario para entablar la acción de cesación contra la publicidad engañosa. El propio art. 4,2.º de la Directiva advierte cómo esta acción procede «incluso en ausencia de prueba de una pérdida o de un perjuicio real, o de una intención o negligencia por parte del anunciante». De ahí que la acción de cesación prospere con independencia de que el anunciante actuara o no culposamente, siendo sus únicos requisitos la existencia de un acto de publicidad engañosa y la posibilidad de repetición del mismo (64).

3.4.2. *Publicidad correctora y publicación de la sentencia*

En todos los ordenamientos jurídicos europeos se reconoce, en distintos ámbitos, una acción de remoción. Así ocurre en nuestro Derecho, aunque de modo parcial, como sucede, ad ex. en la protección del honor mediante el reconocimiento de una acción de rectificación.

En el ámbito del Derecho publicitario no aparece reconocida esta posibilidad. Sin embargo, la Directiva que comentamos es explícita en su reconocimiento, concretando esta acción de remoción en dos facultades: la publicidad correctora y la publicación de la sentencia. Así, el art. 4,2.º en su inciso final señala que los Tribunales o los órganos administrativos estarán facultados «para exigir la publicidad de dicha decisión» (se refiere a la sentencia o a la decisión del órgano administrativo) y «además, la publicación de un comunicado rectificativo».

Estas facultades, en cuanto concreción de una acción de remoción en materia de publicidad engañosa, no vienen exigidas por la Directiva comu-

(64) J. F. MATEU, R. CEPAS y M. J. PEDERNAL, *La protección de los consumidores y el medio ambiente en la CEE*, Trivium, Madrid, 1986, págs. 63-64.

nitaria, ya que el texto del artículo citado señala que los Estados miembros «podrán» adoptar tales medidas. Sin embargo, si se atiende al fundamento de tales medidas, podrá comprobarse su carácter necesario. Así, la simple prohibición de continuar difundiendo una publicidad engañosa (Acción de cesación) es una medida necesaria pero insuficiente. Esta insuficiencia es manifiesta, ya que los consumidores seguirán dando crédito al engaño que caracterizaba la anterior publicidad. Se trata, en definitiva, no sólo de prohibir el mantenimiento de una publicidad engañosa (Acción de cesación), sino también de evitar la persistencia de los efectos de esa publicidad engañosa (Acción de remoción). Como podrá comprobarse fácilmente, hubiera sido preferible que la Directiva exigiera, y no facultara, la adopción de estas medidas correctoras frente a la publicidad engañosa.

Las posibilidades de rectificación publicitaria que recoge la Directiva son la publicidad correctora y la publicidad de la sentencia.

La publicidad correctora («Corrective Advertising») es aquella publicidad cuya finalidad estriba en la rectificación de las impresiones que suscitó entre los consumidores una actividad publicitaria anterior de carácter engañoso (65). Es evidente que tal publicidad correctora supone grandes inconvenientes para el empresario anunciante. Sin embargo, esta medida no carece de justificación (66). Así, se alega que, como vimos anteriormente, es necesario evitar la persistencia de los efectos de una publicidad engañosa. Pero también se señala que la publicidad correctora es necesaria, ya que la publicidad futura se encadenará al recuerdo de aquella publicidad anterior que fue calificada de engañosa, de tal manera que la nueva actividad publicitaria ha de considerarse falaz aun cuando no sea de por sí engañosa. Para evitar esa comunicación en el tiempo, y mantener el carácter de publicidad lícita para la publicidad futura, es necesaria la publicidad correctora (67).

El problema principal que plantea la publicidad correctora es el de su contenido. El contenido de la rectificación publicitaria se plantea en un doble sentido. En primer lugar, no puede suponer una humillación injusti-

(65) G. SCHRICKER, «La rectificación publicitaria», *ADI*, 2, 1975, págs. 13-14.

(66) G. SCHRICKER, «La rectificación...», *op. cit.*, pág. 15; C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La regulación...», *op. cit.*, págs. 50 y sigs. Para la praxis americana, vid. W. S. GRIMES, «Corrective Advertising. The Federal Trade Commission's», en AA. VV., *Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Wirtschaftrecht*, C. Heymanns, págs. 359 y sigs.; FUSI, «Corrective advertising, annunci rectificative e pubblicità ingannevole», *Riv. Dir. Ind.*, I, 1980, págs. 378 y sigs.

(67) W. S. GRIMES, «Corrective...», *op. cit.*, págs. 362-364.

ficada del anunciante que corrige una publicidad anterior de carácter engañoso. Por otra parte, al realizar esa publicidad correctora el mismo anunciante que realizó una actividad publicitaria engañosa, se asume el riesgo de que la rectificación publicitaria sea meramente formal y no cumpla de modo efectivo esa función rectificadora. La solución a estos dos problemas no puede ofrecerse con carácter general. Será necesario atender a las circunstancias de cada caso concreto, valorando si el mensaje publicitario de corrección cumple o no su función, esto es, evitar la persistencia en el tiempo de los efectos de una publicidad anterior de carácter engañoso.

Junto a la publicidad correctora, la Directiva comentada señala otra posible medida tendente a eliminar la persistencia de los efectos de la publicidad engañosa. Esta segunda medida es la publicación de la sentencia de condena de aquella actividad publicitaria calificada como engañosa.

Podrá señalarse que esta medida ya está reconocida con carácter general en nuestras leyes de procedimiento, ya que se requiere que las sentencias de los Tribunales tengan una adecuada publicidad. Pero si se atiende a cómo se realiza tal publicidad, podrá comprobarse que no es ésta la requerida por el texto comunitario. Así, según las disposiciones de la LEC (arts. 364, 365, 336, 283, 769, etc.) a la sentencia se le dará lectura pública, fijándose en los tablones y estando a disposición general en el archivo correspondiente. Pero, como podrá comprenderse, no es ésta la publicidad de la sentencia a la que se refiere el art. 4,2.º de la Directiva. La publicidad de la sentencia a la que se refiere la Directiva es la publicación de la resolución judicial en los medios de comunicación social. Con ello se eliminaría la persistencia de los efectos de la publicidad ilícita por ser engañosa.

Sin embargo, la publicidad de la sentencia en este sentido no parece que sea una medida eficaz en la represión de la publicidad desleal. A esta conclusión se llega si se atiende al hecho de que la publicación de la sentencia se realizaría por inserción de la parte dispositiva en los medios de comunicación social, lo cual significaría que el consumidor medio, ante las formulaciones técnicas del texto, omitiría su lectura.

En definitiva, la publicidad de la sentencia debería ser tal que llegara de forma efectiva a conocimiento del consumidor el hecho de la calificación como engañosa de una determinada publicidad, a fin de que sus efectos no persistieran en el tiempo. Esta finalidad se lograría mediante una adecuada redacción de la sentencia en la que se destacaran los hechos principales, la identificación de la publicidad ilícita y su calificación como engañosa. De esta manera, se evitaría el riesgo presente en la publicidad correctora como

medio de rectificación publicitaria, ya que ésta no podría manipularse por el anunciante (68).

No obstante, creo que un sistema eficaz de protección de los consumidores exige la actuación de estas dos facultades de forma armónica. Así, la publicación de la sentencia sería una primera medida que debería complementarse con una adecuada publicidad de la calificación de engañosa de la actividad publicitaria, cosa que se lograría mediante la publicidad correctora.

3.4.3. *Organos de control y posibilidad del autocontrol*

El art. 4,1 de la Directiva de 10 de septiembre de 1984 establece una doble posibilidad en materia de órganos de control de la publicidad engañosa, ya que no sólo advierte el recurso a los Tribunales ordinarios, sino, también, la publicidad de «llevar esta publicidad ante un órgano administrativo competente, bien para pronunciarse sobre las reclamaciones o bien para emprender las acciones judiciales pertinentes».

De esta manera, la Directiva admite la posibilidad de un órgano administrativo como órgano de control de la publicidad engañosa, bien como órgano encargado del enjuiciamiento del carácter engañoso de la actividad publicitaria, bien como órgano con competencia reconocida para el ejercicio de las acciones judiciales tendentes a la represión de la publicidad engañosa.

A mi modo de ver, esta norma comunitaria tiene gran importancia, no por la posibilidad de que un órgano administrativo resuelva sobre el carácter de la publicidad, sino, sobre todo, porque tal órgano aparece facultado para entablar las oportunas acciones tendentes a la eliminación de la publicidad engañosa. Tal medida ha de ser calificada como un auténtico acierto. Así, la operatividad del sistema de represión de la publicidad engañosa se vería menoscabada si no se reconociera esta posibilidad, ya que quien resulta legitimado activamente para accionar frente a este tipo de publicidad ilícita no tiene los medios y la entidad suficiente para lograr tal finalidad. Como ya se indicó, el consumidor individual difícilmente entablaría una acción de cesación. Pero también, y en atención a las circunstancias particulares de nuestro país, las asociaciones de consumidores difícilmente entablarán tales acciones, debido a su escasa dimensión en la actual realidad social. Por ello, esta posibilidad de que un órgano administrativo pudiera entablar las pertinentes acciones parece del todo acertada.

(68) G. SCHRICKER, «La rectificación...», *op. cit.*, pág. 23.

También es un acierto la norma contenida en el art. 4,3 de esta Directiva, en donde se establecen los criterios que, con carácter necesario, marcan la composición de tal órgano administrativo, en caso de que un país miembro decidiera su implantación. Así, la composición del órgano administrativo ha de evitar cualquier duda acerca de su imparcialidad. Esta disposición evita que, como ocurrió con el Jurado Central de Publicidad, participen en tales organismos los profesionales de la actividad publicitaria. Por otra parte, y en coherencia con las finalidades perseguidas por la Directiva, el predominio en la composición de los miembros de este órgano administrativo deberá otorgarse a los consumidores, fundamentalmente, a través de sus asociaciones (69).

En último lugar, hay que advertir cómo la Directiva admite de forma expresa en su art. 5 la posibilidad del autocontrol. Este sistema de control de la actividad publicitaria es, como recuerda Otero Lastres, el medio por el que abogan los profesionales de la publicidad (70).

La descripción de este sistema de control es la siguiente: atendiendo al hecho de que la publicidad engañosa elimina la confianza de los consumidores en la publicidad, los profesionales publicitarios elaboran unas Normas y Códigos de prácticas publicitarias, cuyo cumplimiento y observancia se encarga a organismos constituidos por la industria publicitaria (71).

El problema que plantea este sistema de control es el de su eficacia. Así, las sanciones pueden oscilar desde la comunicación de la decisión adoptada a los medios de comunicación, hasta la más que improbable expulsión del infractor dentro de la asociación profesional. Como podrá observarse, este tipo de medidas son muy poco eficaces en el logro de una protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Ante estos resultados, fácilmente podrá entenderse que el recurso a la autodisciplina publicitaria nunca puede excluir el control judicial o administrativo frente a la publicidad engañosa.

(69) De este modo se evitaría el riesgo de corporativismo que, frente a la regulación que hacía el EP del Jurado de Publicidad, advertía A. BERCOVITZ-CANO: «La protección...», *op. cit.*, pág. 51.

(70) J. M. OTERO LASTRES, «La protección...», *op. cit.*, pág. 117.

(71) Sobre el autocontrol, vid. J. A. GÓMEZ SEGADE y C. LEMA DEVESA, «La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español», *ADI*, 7, 1981, págs. 32 y sigs.

4. CONCLUSIONES

En las páginas que anteceden se ha pretendido realizar una breve introducción al estudio de la Directiva CEE 84/450 relativa a la armonización de las legislaciones en materia de publicidad engañosa. Hemos creído necesario, a fin de una mejor inteligencia de las disposiciones comunitarias, situar la Directiva en el contexto del proceso de armonización del Derecho de la Competencia Desleal en el seno de la Comunidad. Por otra parte, también era conveniente, a fin de que pudiera procederse al oportuno estudio comparativo, sintetizar el derecho vigente en España en materia de publicidad engañosa.

De todo lo hasta ahora expuesto —y en razón última al análisis comparativo con nuestro Derecho—, creemos que la Directiva supone una exigencia positiva en la renovación de nuestro Derecho Publicitario. El alcance de la normativa comunitaria va referido —fundamentalmente— a la necesaria adopción de medidas que permitan lograr la eficacia del sistema, lo cual ha sido el punto débil del Derecho Publicitario español. Por estas razones, y atendiendo al contenido de la Directiva en algunos extremos (acción de cesación, reconocimiento de la legitimación activa en favor de las asociaciones de consumidores, publicación de la sentencia, publicidad correctora, etc.), puede considerarse la eficacia directa —o, mejor, la invocabilidad— de la Directiva en aquellos extremos en que, conforme a la Jurisprudencia comunitaria, se cumplen los requisitos exigidos (72).

No obstante la afirmación anterior, creo que la cuestión de la invocabilidad de la Directiva CEE 84/450 en el marco del Derecho español es un tema sin gran trascendencia práctica, debido a la previsible y próxima aprobación del Proyecto de Ley General de Publicidad, cuya tramitación parla-

(72) Sobre los requisitos del efecto directo —o, mejor, invocabilidad— de las Directivas, vid. R. C. PELLICER ZAMORA, «Condiciones y tipos de invocabilidad de la Directiva Comunitaria», *RIE*, 12, 1985, págs. 59 y sigs.; A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «El efecto directo de las Directivas de la Comunidad Europea», *RAP*, 1986, págs. 119 y sigs.

mentaria está en avanzado estado, y que recoge en su articulado las exigencias derivadas del texto comunitario (73).

Salamanca, mayo de 1988.

(73) No obstante los aciertos del Proyecto de Ley General de Publicidad, éste presenta la omisión de una norma necesaria. Me refiero al reconocimiento de la legitimación activa en favor de un órgano administrativo para entablar las diferentes acciones contra la publicidad engañosa. Esta es —en la actual realidad española— una exigencia de la eficacia del sistema, debida a lo limitado del fenómeno asociativo de los consumidores. Así lo entiende la doctrina más reciente. Vid. A. MENÉNDEZ, *La Competencia Desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1988, pág. 148. Por supuesto, tal órgano administrativo debería respetar en su composición los criterios que establece la Directiva CEE 84/450 (vid. art. 4,3.º). Sobre el Proyecto y sus antecedentes, vid. C. LEMA DEVESA, «En torno al “nuevo” Anteproyecto de Ley General de Publicidad», *La Ley*. 3, 1986, págs. 850 y sigs.

NOTAS

