

# LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y LOS CONSUMIDORES<sup>1</sup>

Por

JOSÉ-ANTONIO VEGA VEGA

*Catedrático E.U. de Derecho Mercantil*

**SUMARIO: ABSTRACT-RESUMEN.** 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.- 2. EL CONCEPTO DE PUBLICIDAD.- 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PUBLICIDAD.- 4. LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y LA OFERTA.- 5. PRINCIPIOS DE LA PUBLICIDAD.- 6. PUBLICIDAD ENGAÑOSA.- 7. PUBLICIDAD DESLEAL.- 8. PUBLICIDAD SUBLIMINAL.- 9. PUBLICIDAD CONTRARIA A NORMATIVA ESPECÍFICA.- 10. LA PUBLICIDAD EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. 10.1. Planteamiento. 10.2 Publicidad y consumidor. 10.3. Prácticas frecuentes en Internet.- 11. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS ANTE LA PUBLICIDAD. 11.1. Concepto de consumidor. 11.2. Tutela judicial. 11.2.1. Planteamiento. 11.2.2. Autorregulación. 11.2.3. Solución extrajudicial. 11.2.4. Soluciones judiciales. A) *Las acciones de cesación y rectificación.* B) *Acción penal.* C) *Acciones civiles:* a) *Medidas cautelares;* b) *Otras acciones;* c) *Efectos de las sentencias dictadas en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios.* D) *Acciones administrativas.* 12. REFLEXIÓN FINAL.

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada en la apertura del Curso de la Universidad Popular de Plasencia, el día 16 de octubre de 2005.

## **ABSTRACT**

*Publicity es necesaria in a mass society. It forms the great engine in economic development, generated by employer's wish and need to offer their goods and service into the market.*

*Publicity shapes our economic system in such a way that its suppression could not only collapse the Economy but also change a lot of people's behaviour because that advertising activity has a multiple influence upon society and consumers in particular.*

*Publicity has to bow to certain requeriments so that, aiming to the consumer's protection it will have to fulfil several requeriments to limit and regulate itself, too.*

*In the last part of this study, consumer's legal actions are analized to protect against Publicity abuse.*

## **RESUMEN**

La actividad publicitaria es necesaria en una sociedad de masas. Constituye un gran motor en el desarrollo económico, producido por el deseo o la necesidad de los empresarios de ofertar sus bienes y servicios en el mercado.

La publicidad conforma de tal manera nuestro sistema económico que su supresión podría no sólo colapsar la economía, sino cambiar muchos comportamientos, dado que la actividad publicitaria tiene una múltiple incidencia sobre la sociedad y, de manera especial, sobre el consumidor. La publicidad se proyecta en el aspecto económico, en el arte, y también afecta el ámbito de la libertad humana.

Pero la publicidad debe someterse a ciertas normas, de ahí que, de cara a la protección del consumidor, sea necesario establecer unas reglas que limiten y regulen la publicidad. En la parte final del trabajo se analizan las acciones legales que tiene el consumidor para protegerse de los abusos de la publicidad.

## 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

La publicidad es un tema recurrente, no en vano vivimos en una sociedad de masas y el progreso y el bienestar social la han venido conformando como una sociedad en el que el consumo —y a veces, el consumismo—, representa un gran exponente del desarrollo económico, motivado por el designio de los operadores económicos —principalmente, empresarios o comerciantes— de colocar sus productos y servicios en el mercado.

Tradicionalmente, en los estudios sobre publicidad se ha partido de posiciones encontradas, incluso con partidarios —cada vez menos— de suprimirla o reducirla a la que pudiéramos catalogar como necesaria o justificada, de caras a evitar los conocidos abusos en los mensajes.

La defensa de las posturas encontradas con la actividad publicitaria, llevadas a sus últimas consecuencias, podría originar la causación de más inconvenientes que ventajas. En efecto, tal como está estructurado nuestro orden económico y social, la publicidad es de todo punto necesaria. Hoy en día es prácticamente imposible concebir nuestras relaciones sociales y económicas sin publicidad; y la satisfacción de nuestras necesidades sin la oferta publicitaria. La publicidad conforma de tal manera nuestro sistema económico que su supresión podría no sólo colapsar la economía, sino cambiar muchos comportamientos, y que la publicidad tiene una múltiple incidencia sobre la sociedad y, de manera especial, sobre el hombre. La publicidad se proyecta en el aspecto económico, en el arte, y también toca el ámbito de la libertad humana.

La publicidad es un motor en el orden económico: crea empleos, en multitud de facetas (anunciantes, agencias, actores, artistas, directores, productores, empresas auxiliares técnicas, etc.). Por ende, genera riqueza. Pero, además, permite la existencia de medios de información que, en principio, se dicen libres y que, en muchos casos, responden a estas expectativas, habida cuenta que sin la publicidad, medios de comunicación como prensa escrita, radio o televisión no podrían financiarse.

Algunas facetas de la publicidad constituyen auténticas manifestaciones de obras de arte: fijémonos como mayor exponente en la publicidad de base fotográfica o audiovisual para exhibirse en cines o

televisión. Hay anuncios que son deslumbrantes, que constituyen auténticas obras de arte, con gran acogida entre el espectador-consumidor porque tiende a satisfacer sus apetencias psicológicas. El ejemplo más patente lo tenemos en el spot de televisión o del cine. Es una historia generalmente contada en veinte segundos. Estas historias captan la atención del destinatario porque entretienen, transmiten mensajes de felicidad y prometen más bienestar físico, psíquico o económico. Para lo cual solo hay que recordar los anuncios sobre productos de belleza, perfumes, electrodomésticos, concursos loterías, etc.). En definitiva son promesas de felicidad que garantizan el triunfo social, que es lo que desea el hombre, pues, en palabras de J. Benthan, el hombre siempre busca la felicidad y el placer.

La publicidad también tiene otro aspecto positivo: nos ayuda a ser más libres en la sociedad de consumo. Nos informa y nos concede el derecho de optar, de elegir los productos que creemos mejores para satisfacer nuestras necesidades.

Ahora bien, la publicidad no es una actividad que pueda calificarse exclusivamente de positiva. También tiene aspectos negativos. Se ha dicho que con la publicidad se intenta hacer valer lo que vale y lo que no vale. Así, el verdadero arte publicitario consistiría en vender lo imposible y, pese a lo que pueda creerse, lo normal es que se consiga.

Es meridiano que la publicidad puede manipular al consumidor y hacer que se cree necesidades ficticias, olvidándose de las propias. También puede afectar al desarrollo psíquico de personas especialmente sensibles, como los niños. Asimismo, puede perjudicar al individuo por cuanto al crearse necesidades falsas, se obliga a consumir con desmesura. Y, finalmente, existe otro peligro en la publicidad que puede afectar a la libertad de expresión, al correr el riesgo de que muchas informaciones dispensadas por medios de comunicación queden mediatizadas o sometidas a las presiones o demandas de los anunciantes.

Todas estas razones abogan por la búsqueda de una juridicidad en los mensajes publicitarios. La publicidad debe reglarse. Es de todos conocidos que vivimos en una economía de mercado, aunque deberíamos decir con mayor rigor que estamos en una economía de mercado del Estado social, y la cláusula social, consagrada en el artículo 1 de nuestra Constitución, justifica la intervención del Estado a fin de ordenar las

relaciones económicas. De esta forma, como complemento y ejecución de referida cláusula social, el artículo 51 de nuestra Carta Magna sienta el principio de protección de los consumidores, de donde se deduce la necesidad de normar la publicidad.

La comunicación que se produce entre el emisor o anunciante debe, pues, someterse a unos principios éticos, deontológicos o jurídicos, dado que la interrelación que se suscita en la publicidad puede afectar negativamente a los consumidores y a otros operadores económicos que intervienen en el mercado. Así, los propios consumidores necesitarán defenderse frente a falacias o manipulaciones de los anunciantes, pero también los empresarios tendrán que ser protegidos frente a los competidores desleales para que el mercado funcione correctamente, haya una concurrencia perfecta y se eviten situaciones de monopolio.

Sentado que la publicidad tiene aspectos positivos y negativos y que, por ende, es necesario reglar la publicidad, vamos a abordar el concepto y la caracterización del término publicidad para poder comprender mejor las normas que regulan esta actividad.

## **2. CONCEPTO DE PUBLICIDAD**

El término publicidad no es unívoco; alberga varias acepciones. En un primer sentido la publicidad se vincula con la idea de hacer público algo; se relaciona con el deber de información de determinados hechos, actos o informaciones de interés público. En muchos casos viene impuesto por una obligación legal, como es la publicación de las normas en el Boletín Oficial del Estado.

En un segundo sentido la publicidad se refiere a la difusión de un mensaje publicitario, como mensaje informativo discrecional con un carácter y fin persuasivo que se realiza y difunde de acuerdo a técnicas específicas. Dentro de este apartado podríamos mencionar, de un lado, la publicidad pública, que se produce a través de campañas institucionales, electorales o bien comunicaciones de la actividad administrativa. Y, de otro, la que es objeto de nuestro análisis, que es la encaminada a difundir determinados mensajes comerciales.

El mensaje publicitario no comercial no tiene por objeto la difusión de ideas persuasivas relacionadas con el consumidor, para la promoción

de un servicio o producto, sino que se realiza para cumplir determinados fines sociales o administrativos, y puede estar ejecutada tanto por órganos públicos en el desarrollo de sus funciones de policía, fomento o servicio público como por entes privados en el ejercicio de actividades de patrocinio publicitario no comercial, como cuando se difunde un mensaje referido a un sujeto a través del fomento de una determinada actividad de interés general con una finalidad inmaterial.

La publicidad realizada por órganos públicos se rotula como *institucional*, entendiéndose por tal la publicidad no gratuita promovida por el Estado o las Administraciones públicas y contratada con los medios de comunicación social. Se regula por la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, que expresamente en su artículo 1.2, excluye las campañas de carácter industrial, comercial o mercantil que desarrollen las entidades públicas pertenecientes al sector estatal en el cumplimiento de los fines que le son propios.

El mensaje publicitario comercial se realiza por la empresa o por cuenta de sujetos que actúan en ejercicio de su libre voluntad, por tanto sin deber jurídico, como medio para promover la contratación de bienes o servicios, y sin que en todos los casos se espere una respuesta inmediata del destinatario, ya que puede hacerse con fines a largo plazo. En este punto se incluye tanto la publicidad directa: el mensaje publicitario referido a un producto que tiene como objeto único el aumento de ventas; y la publicidad indirecta, de retorno o social, que también se denomina publicidad institucional privada, y se relaciona con la idea de sponsorización o patrocinio publicitario de carácter comercial. En estos casos, el mensaje publicitario va referido al empresario y no a bienes y servicios, y la finalidad es ponderar la labor social del mismo.

Lo que a nosotros nos interesa desde el punto de vista jurídico de la protección de los consumidores es la publicidad comercial. El desarrollo normativo de este tipo de publicidad lo encontramos tanto a nivel nacional como europeo. Ambos ordenamientos se refieren a este tipo de publicidad, por ser la que mayores problemas jurídicos plantea en relación con la defensa de los consumidores y usuarios y la libertad de empresa.

La Ley general de publicidad 34/1988, de 11 de noviembre, define la publicidad como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad

comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles, inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”. El concepto que se recoge en este artículo se refiere a la publicidad comercial, que es la que se trata de tutelar, extremo que tiene en cuenta el propio legislador, pues en el artículo 9 señala que serán de aplicación las normas contenidas en el Título III de la Ley a todos los contratos publicitarios aún cuando versen sobre actividades distintas a las comprendidas en el artículo 2; por lo cual la Ley de publicidad sólo es general en materia de contratos publicitarios.

La definición que da el legislador español de publicidad es prácticamente igual a la que se recoge en la Directiva 84/450, de 10 de septiembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, en la que se dice que publicidad es “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”. La diferencia que presenta la Ley española con la Directiva comunitaria es mínima y se refieren a aspectos muy concretos. Así, la Ley española especifica que el sujeto que realiza la comunicación puede ser tanto público como privado, por lo que, aunque se trate de un ente público el que realice una actividad de publicitaria de índole comercial, quedará regulada por las normas legales aplicables.

La Directiva señala la promoción de suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones. En cambio la Ley española se refiere a la contratación de muebles, inmuebles, servicios, derechos y obligaciones tanto de forma directa como indirecta. Se colige, pues, que la expresión que utiliza el legislador español es más amplia y engloba el suministro de productos, sin necesidad de mención expresa.

En consonancia con todo lo que hemos indicado, podemos definir la publicidad como toda forma de comunicación realizada por una persona en el ejercicio de una actividad mercantil o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación los bienes y servicios que oferta en el mercado.

De esta noción colegimos la existencia de dos elementos que

configuran el concepto. De una parte, un elemento objetivo, consistente en una comunicación o mensaje informativo, que tiene un contenido netamente comercial y que da a conocer a los destinatarios, potenciales usuarios y consumidores y otros empresarios, las características o utilidades de los productos o servicios que se ofertan; y de otro, un elemento subjetivo, que conlleva una intencionalidad persuasiva. Este *animus* subjetivo comporta la utilización de técnicas lingüísticas, visuales, auditivas y psicológicas con las que se pretende influir en la decisión del receptor del mensaje, así como el empleo de técnicas artísticas que dotan a la publicidad del carácter de obra o creación artística y que puede protegerse como una obra de la inteligencia (cfr. art. 23 Ley General de publicidad). El carácter persuasivo va ínsito en el propio mensaje, por lo que la conjunción de ambos conforma el mensaje (masaje) publicitario.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PUBLICIDAD

La publicidad comercial se configura como una forma de comunicación que tiene una finalidad lucrativa, no en sí mismo, dado que dicha comunicación no está condicionada a ninguna contraprestación, sino en cuanto se pretende generar con la misma beneficios, que son los resultados que persigue el mensaje a través de un aumento en la contratación de los bienes o servicios que se ofertan. La publicidad no se configura como información, dado que ésta se difunde con el ánimo objetivo de comunicar, extender o difundir noticias o conocimientos, sin intención de obtener un lucro a virtud de dicha comunicación, si bien es verdad que en determinadas ocasiones para obtener tal información debemos prestar una compensación. Tal ocurre cuando debemos abonar un precio para adquirir un diario de información o ver un noticiero de una cadena de pago. Por el contrario, nunca debemos satisfacer una contraprestación para conocer mensajes publicitarios.

El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han entendido que la publicidad no puede considerarse asimilable a la actividad o función informativa; la publicidad no se traduce en la mera expresión de pensamientos, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier medio de reproducción, como indica el artículo 20 de la Constitución

Española, sino que la publicidad se traduce en la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad.

En otro orden de ideas hay que hacer constar que el fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que la publicidad, aun siendo también una forma de comunicación, se vincula al 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. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cambio, no comparte esta opinión y entiende que la libertad de expresión se debe garantizar a todas las personas, sin distinguir la naturaleza, lucrativa o no, del fin perseguido, abarcando a la expresión artística, a las informaciones de carácter comercial y a los mensajes publicitarios. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que los mensajes publicitarios como hecho comunicativo propio están amparados en el ejercicio de la libertad de expresión.

La publicidad comercial como hecho comunicativo se desenvuelve en el ejercicio del derecho de libertad de expresión, pero a la vez en la libertad de mercado. Sin embargo, sus valores preponderantes deben ser ponderados en atención al fin que persigue y su inclusión dentro del juego de la libre competencia y de la protección de los consumidores, sin que la libertad de expresión afecte a la publicidad como tal. Otra cosa es que, tangencialmente, como forma de expresión pueda tener relevancia dicho derecho, pero nunca de forma directa, y este parece ser el sentido que predica el Tribunal Constitucional en sentencias de 17 de abril de 1989 y 4 de octubre de 1993, que llega a anular la sentencia del TS de 22 de octubre de 1990 al estimar que faltaba una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, entre ellos el de la libertad de expresión.

#### **4. LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y LA OFERTA**

La oferta es una actividad comercial de una parte contratante encaminada a que se produzca la perfección de un contrato; es, en síntesis, un

acto de una persona que confiere a otra el poder jurídico de crear el negocio jurídico. No es un acto preparatorio del contrato, sino una de las declaraciones contractuales, y tiene un carácter eminentemente comunicativo o transitivo.

Como requisitos generales de la oferta suelen mencionarse, en primer lugar, que debe incluir la intención de obligarse del oferente. En segundo lugar, ha de ser completa, de tal forma que contenga todos los elementos esenciales que sean necesarios para la conclusión del contrato. Por otra parte, debe tener un carácter definitivo: no debe expresarse bajo confirmación o con reserva de aprobación. Ha de estar emitida de manera que el oferente no deba realizar ningún acto adicional para concluir el contrato, para el supuesto que el receptor la acepte, aunque puede estar sometida a condición o término. Y, finalmente, debe estar dirigida a la persona o personas con las que el oferente desea concluir el contrato.

La actividad publicitaria la hemos definido como un mensaje informativo de carácter persuasivo que se ejecuta y difunde de acuerdo a técnicas específicas y que actúa como medio de captación de sujetos promoviendo la contratación de bienes o servicios. La publicidad como modo de comunicación es uno de los medios que garantiza la toma de contacto entre empresario y consumidor, y entre empresarios entre sí. El anunciante emite un mensaje con dos elementos claros que configuran el objeto de la publicidad: el elemento objetivo, con el que el emisor quiere dar a conocer un producto o servicio normalmente identificado por una marca; y el elemento subjetivo impregnado de un ánimo persuasivo consistente normalmente en la ponderación *ad maiorem* de tales productos. Para que se cumpla el fin perseguido por la publicidad comercial el receptor del mensaje debe ser impulsado a la perfección del contrato.

Desde el momento en el que se emite el mensaje publicitario aparece una relación entre los sujetos partes (vendedor-consumidor). Sin embargo, no existe un vínculo jurídico entre las partes hasta que no se ha perfeccionado el contrato. Por ello, debemos preguntarnos si la publicidad es una auténtica oferta de contrato (cuya aceptación daría lugar al nacimiento de un contrato) o si, por el contrario, es una simple invitación a negociar

La doctrina clásica ha venido sosteniendo que una propuesta de

contratar dirigida a sujetos indeterminados no es una verdadera oferta, ya que para que ello se produzca debe desarrollarse entre sujetos individualizados. Esta teoría ha sido superada por la dogmática, y hoy se considera que es posible la oferta a una pluralidad de personas indeterminadas o al público. Así las cosas, surge la cuestión de tener que diferenciar entre oferta y publicidad, pues toda actividad que esté encaminada a dar a conocer un producto o servicio sin los requisitos propios del contrato, no entrará dentro de la propuesta u oferta. Existe así el riesgo de que se alegue por parte del oferente el carácter de meras invitaciones a contratar de éstas para eludir el efecto vinculante de una aceptación emanada de un receptor. En la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico cabe considerar la validez de ofertas indeterminadas y públicas, siempre que reúnan todas las características del contrato, teniendo en cuenta que, en todo caso, las condiciones más beneficiosas del contrato siempre prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad, y así se contiene en el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Sin embargo, la determinación de un mensaje transmitido como oferta o como publicidad dará lugar a una relación jurídica totalmente distinta. La finalidad de la publicidad comercial es fomentar directa o indirectamente la perfección de ese contrato; la finalidad de la oferta es ofrecer una cobertura a la contraparte para perfeccionar el contrato, de ahí que el alcance jurídico de ambos mensajes sea bien distinto.

## **5. PRINCIPIOS DE LA PUBLICIDAD**

El artículo 51 de nuestra Constitución establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Estas garantías constitucionales se pueden ver afectadas por la actividad publicidad como consecuencia de la vinculación que tiene la misma tanto con los intereses económicos de los consumidores como con otro tipo de bienes inmateriales: la salud o la intimidad.

Para la defensa de los consumidores y usuarios en materia de publicidad el Estado ha articulado un marco normativo en el que

sobresalen la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley General de Publicidad, junto a la normativa específica que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, y la publicidad en determinados medios de difusión. Este conjunto de leyes contiene una aplicación efectiva de los principios jurídicos de la publicidad mediante la tipificación de los supuestos de ilicitud publicitaria y sus consecuencias jurídicas. La publicidad ha de estar fundada en principios sólidos. Ya en el Estatuto General de la Publicidad de 1964, normativa precursora de la actual Ley General de Publicidad de 1988, se recogían una serie de principios que, *mutatis mutandis*, podemos considerar vigentes y que, por tanto, informan nuestro ordenamiento jurídico.

a) *El principio de veracidad*

Se basamenta este principio en la idea de que todas las afirmaciones contenidas en los mensajes publicitarios deben ser veraces. Deberá respetarse la veracidad en las comunicaciones, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error. Se prohíbe, por consiguiente, la publicidad falaz o engañosa. Este principio tiene su reflejo en los artículos 4 a 6 de la actual Ley General de Publicidad.

La determinación del cumplimiento de este principio no resulta fácil en la práctica por la propia composición del mensaje publicitario en el que la persuasión tiene una función fundamental, de tal modo que la información publicitaria aún siendo veraz en su contenido puede tener algún planteamiento que induzca a error. Por esta razón, se impone la necesidad de realizar constantemente una interpretación del mensaje publicitario antes de proceder al análisis y enjuiciamiento del mismo.

Se ha venido distinguiendo siempre entre lo que se considera el *dolus malus*, que es la intención de engañar, y el conocido como *dolus bonus*, que suele tolerarse, en cuanto viene a representar una ponderación, si se quiere exagerada, de la bondad de un producto, y que se da por hecho que todo consumidor sabe discernir. Ya los pretores romanos no concedían acción por engaño en lo que calificaban actuaciones comerciales *ad pompam vel ostentationem*, cuando se exhibían en el exterior de las tiendas las mejores frutas del establecimiento para atraer la atención de los

potenciales clientes. Esta idea suele responder a lo que en derecho anglosajón se denomina *motivation*.

#### b) *Principio de legalidad*

Por su parte el principio de legalidad, que puede hoy considerarse integrado en los artículos 1 y 3.a) y e) de la Ley General de Publicidad, hace referencia a la necesidad de que el mensaje publicitario no contravenga ninguna norma del ordenamiento jurídico.

La norma que sirve de referente a la publicidad es la Constitución española. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley General de Publicidad es ilícita toda publicidad que atente contra la dignidad de las personas o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

La dignidad humana se diversifica jurídicamente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; derechos que quedan garantizados constitucionalmente en el artículo 18.1, y que actúan como límite a la libertad de expresión. La protección de la dignidad de las personas en relación con los mensajes comunicativos es siempre un punto de conflicto en el que el derecho a la información (en este caso publicitaria) tiene que ceder, en principio, en pro de la dignidad humana, tal y como se reconoce en el artículo 20.4 de la Constitución.

Como sabemos, la infancia y la juventud son conceptos jurídicos indeterminados con los que entendemos que se está haciendo referencia al menor de edad, en tanto que es el menor de edad el sujeto materialmente protegido por la legislación publicitaria que desarrolla al Texto Constitucional y a la Ley General de Publicidad. En este sentido la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en el desarrollo del marco jurídico de protección reconocido constitucionalmente, dedica especial atención a los derechos del menor en el campo de la información y de la comunicación. Por su parte, la Ley 22/1999, de 7 de junio, concreta lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Constitución y señala que la publicidad no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores debiendo respetar los principios básicos que enumera, como que no debe incitar a los menores a la compra de un producto; no debe explotar la especial confian-

za de los niños en sus padres y profesores, no podrá sin justificación presentar a los niños en situaciones peligrosas. Y en el caso de publicidad. En el caso de publicidad o venta a distancia de juguetes (en cualquiera de las modalidades que puedan producirse), éstas no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizar dichos juguetes sin producir daños para sí o para terceros.

En relación con la publicidad sexista, se resalta la prohibición de mensajes publicitarios de alto contenido discriminatorio hacia la mujer y que la presenten en situación de inferioridad o reglada a determinados puestos de trabajo o funciones.

### *c) El principio de autenticidad*

La autenticidad hace referencia a la necesidad de que la actividad publicitaria se identifique fácilmente como tal, a fin de evitar que se confunda con noticias o informaciones no publicitarias. En suma, que la publicidad sea claramente reconocible y se diferencie del resto de la información. No se trata explícitamente de combatir la publicidad engañosa, ya que esta parte del supuesto de que se reconoce como publicidad pero se falta a la verdad en el contenido del mensaje publicitario. La autenticidad de la publicidad hace referencia a que no se enmascare el mensaje publicitario con otro tipo de mensajes, que pueda provocar en el receptor un error sobre el alcance del mismo. La Ley 22/1999, de 7 de junio, de modificación de la Ley 25/1994, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (en la que se recogen las reglas formales sobre la presentación, tiempo de emisión e interrupciones publicitarias), especifica que la publicidad debe ser fácilmente identificable y diferenciarse claramente de los programas gracias a medios ópticos, acústicos o ambos. En el mismo sentido se manifiesta el legislador en la Ley 34/2002, de 11 de noviembre, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, al disponer en el artículo 20.1 que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente

identificables como tales y en el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico o equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra “publicidad”.

#### d) *El principio de libre competencia*

Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, la que tiende a producir descrédito de los competidores o de los productos mismos, y, de modo más genérico, aquella que sea contraria a las buenas costumbres o a la corrección que debe presidir el tráfico económico en el mercado. Por tanto, este principio implica la relación de la publicidad con las leyes del mercado, particularmente con las leyes de libre competencia y prohibición de la publicidad desleal. Este principio, que se vincula directamente con la protección de los consumidores por la relación existente entre la publicidad desleal y engañosa, ha tenido reconocimiento legal en materia publicitaria en la Ley General de Publicidad (el art. 6 es un ejemplo), en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

La publicidad que no se ajuste a estos parámetros es publicidad ilícita. Por consiguiente, será publicidad ilícita aquella que infrinja principios fundamentales normativos de nuestro ordenamiento jurídico, así como la que atente contra la dignidad de las personas o vulnere derechos reconocidos en la constitución o en las leyes. También es ilícita la publicidad engañosa, desleal, sublimizar, y aquella que vulnere lo dispuesto en las normas sobre comercialización y consumo de determinados productos por sí o en relación con determinadas personas, como es el caso de los niños.

## 6. PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Por publicidad engañosa se entiende todo aquel mensaje publicitario que, por faltar a la verdad, puede inducir a error a sus destinatarios, causándoles o pudiéndoles causar un perjuicio económico. La Ley general de publicidad la define expresamente como: “la publicidad que de cualquier modo, incluida su presentación, induce o puede inducir a erro-

res a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, 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 error de los destinatarios”.

Atendiendo a esta definición la publicidad será engañosa en distintos supuestos: a) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la presentación del mensaje, ello se producirá a través de expresiones ambiguas o con varios significados; b) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la información que transmite el mensaje publicitario: por ejemplo en relación a los precios a la calidad; c) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la omisión de información en el mensaje publicitario: se omiten datos sobre peligrosidad, contraindicaciones, etc. Además de por la información que se transmite, el error se puede desencadenar por la omisión de datos fundamentales en la información. La Ley emplea la expresión “datos fundamentales” para exigir la veracidad de la información. Es patente que se trata de un concepto genérico e indeterminado que impone la necesidad de una interpretación para poder dilucidar con acierto el auténtico significado del concepto. Por eso se ha propuesto como solución que la interpretación de los datos y del conjunto del mensaje publicitario se realizará teniendo en cuenta la mentalidad del consumidor medio y de la posible interpretación que éste pueda hacer. Bien es cierto que, si atendemos a la interpretación de un consumidor medio puede ser que lo que para él sea un dato fundamental no lo sea para el anunciante, por lo que se produciría cierta inseguridad. De ahí que la Ley tenga que descender a realizar un catálogo abierto sobre los elementos fundamentales a tener en cuenta para determinar el engaño: origen y procedencia geográfica, calidad, identidad, categoría de fabricación, resultados que puedan obtenerse, nocividad o peligrosidad, etc. (cfr. art. 5.1).

Ya hemos comentado que es práctica usual admitir una cierta exageración en la publicidad que constituye el “dolos bonus”, que es lo que la doctrina norteamericana entiende como “motivation”, y que los romanos ya entendían como actuaciones “ad pompam vel ostentationem”. La exageración publicitaria, pues, no debe confundirse con la engañosa,

pues en aquella se utilizan expresiones tendentes a ensalzar la actividad el producto o servicio que se publicita, de forma tal que los destinatarios del mensaje lo reconocen como carente de una base objetiva y comprende en auténtico alcance del mismo.

Sin embargo, la ponderación favorable debe tener un límite, dado que en otro caso nos encontraríamos con una verdadera intención de engañar. No es necesario para que la publicidad sea engañosa que el error efectivamente se produzca sino que basta con que pueda inducir a error. La inducción al error se da desde el mismo momento en el que se pueda afectar a la información transmitida, por el contenido del mensaje o por los datos omitidos en el mensaje, o al comportamiento económico del destinatario en cuanto pueda perjudicar al mismo. No es necesario, por tanto, para que la publicidad se considere engañosa, que el daño efectivamente se produzca sino que resulte potencialmente susceptible de producirse.

La publicidad engañosa, que en la mayoría de los casos no se hará con una clara evidencia, puede detectarse a través de ciertos indicios que determinan el carácter falaz o tendenciosamente falaz de la misma. Así, se consideran indicios claros de publicidad engañosa: a) La utilización de expresiones ambiguas, desconocidas, o con una pluralidad de significados puede desencadenar el engaño. Cuando una expresión posee varios significados y la comúnmente entendida por los destinatarios del mensaje no se corresponde con la realidad, existe el riesgo de que el destinatario interprete el mensaje en un sentido que no se corresponde con la realidad. b) El uso de expresiones que siendo veraces conducen a extraer conclusiones que no se corresponden con la realidad. c) La utilización en el mensaje de la promesa excesiva. En ella el anunciante realiza una suma de varias promesas publicitarias que serían razonables aisladamente pero que son inalcanzables en su conjunto.

Pese a la gran prolijidad del artículo 5 de la LGP no hay que olvidar que el precepto tiene un carácter meramente indicativo, que se manifiesta mediante el uso de la expresión “tales como”, por lo que el error determinante de engaño puede recaer sobre cualquier otro extremo que en el supuesto concreto pueda influir en la decisión del consumidor. En cualquier caso, como han señalado Massaguer y Palau el anunciante no está obligado a adoptar una posición neutral en relación con el contenido de la comunicación publicitaria. Sí lo está, en cambio, a evitar o en

su caso completar las manifestaciones, indicaciones o alegaciones que transmitan una información incompleta con riesgo de inducción a error, como resultado de informaciones anteriormente emitidas o de conocimientos o experiencias propias de los destinatarios. El carácter persuasivo del mensaje publicitario imposibilita la emisión de información objetiva e impone, en su defecto, el cumplimiento del principio de veracidad que se ve satisfecho cuando no existe discordancias entre el mensaje publicitario y la oferta propiamente dicha en la que se han de cumplir los requisitos mínimos de información objetiva. Como precisa el Tribunal Supremo “no existe publicidad engañosa cuando el modo de anunciar más bien se encamina a inducir a la lectura de la total oferta en la que se dan los detalles de la veracidad complementarios”.

## 7. PUBLICIDAD DESLEAL

Entendemos por publicidad desleal aquélla que resulta contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas y buenos usos mercantiles. La publicidad afecta en primer lugar el anunciante, que es el emisor del mensaje publicitario y que se configura como la persona en cuyo interés se realiza. El anunciante podrá ser en principio un operador económico (empresario o profesional), pero también puede suceder que cualquier otra persona a título privado —y por lo tanto no profesional— formule ofertas publicitarias. En este supuesto esta actividad quedaría excluida del régimen jurídico de la publicidad por mor de la delimitación conceptual que establece la Ley, y que determina la exclusiva aplicación de referido régimen a los operadores económicos.

La publicidad desleal se aborda de forma prioritaria desde la vertiente de la tutela de libertad y corrección de los operadores en el tráfico económico, de forma tal que el mercado funcione de acuerdo a criterios de eficiencia. Sin embargo, aunque podríamos entender que la prohibición de la publicidad desleal nos se relaciona con la protección de los consumidores, esta afirmación no es del todo exacta, dado que, como es fácil suponer, un medio fundamental para proteger a los consumidores es el funcionamiento correcto del mercado, tanto en lo que se refiere a la libre competencia como a la lealtad de los concurrentes.

Es meridiano que la competencia desleal, instrumentada a través de

la publicidad desleal, puede perjudicar de forma clara y directa a los consumidores, pues, además de poder generar confusión entre los productos y servicios que le ofertan los operadores económicos, también puede afectar a las tomas de decisiones de los consumidores, dado que una competencia desleal también puede generar engaño. Ello provocaría que, aunque sea de forma indirecta, puedan originársele daños y perjuicios, no solo en cuanto al aspecto económico, sino porque se impide a los consumidores acercarse al mercado con total libertad y se cercena su libertad de elección. Por ello, el artículo 10 del Estatuto de Publicidad de 1963 reconocía que “la publicidad, como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar la libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en mercado. Igualmente la Ley General de Publicidad proyecta su regulación al ámbito de la competencia desleal declarando ilícita la publicidad desleal.

En el ordenamiento jurídico español la regulación de la publicidad desleal esta materializada en dos textos normativos: la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), y la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Competencia Desleal (LCD). Ambas leyes tuvieron puntos de confrontación en lo que respecta al concepto de publicidad desleal, discrepancias que fueron salvadas por la doctrina mediante la aplicación del principio “ley posterior deroga a ley anterior”, en cuya virtud la regulación de la Ley general de publicidad se interpretaba y completaba con la Ley de competencia desleal. Sin embargo, la aprobación de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios y por la que se modifica la Ley General de Publicidad, permite dudar de la condición de ley posterior a la Ley de Competencia Desleal y en consecuencia de su primacía sobre la Ley General de Publicidad.

Dentro del concepto de publicidad desleal podemos diferenciar tres exponentes indicativos de este tipo de actividad publicitaria, los cuales analizaremos de forma somera a continuación de acuerdo con la exégesis de los textos normativos, dado que la referencia a los mismos se hace necesaria para atender a los posibles daños que puede sufrir el consumidor tanto en la publicidad clásica como en la publicidad realizada en el comercio electrónico, que también abordaremos.

1. *Publicidad denigrante*: El artículo 6 de la LGP, en su redacción originaria, señalaba como publicidad denigrante aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades se considera desleal. Tras la promulgación en 1991 de la Ley de Competencia Desleal la interpretación acerca del concepto de publicidad denigrante se vio modificada en el sentido de entender que no hay denigración cuando la publicidad se apoye en alegaciones que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

En cualquier caso, la excepción contemplada en la LGP carece de virtualidad en materia de consumidores. La publicidad desleal afecta a los consumidores de un modo concreto desde el momento en que se puede producir un engaño que puede afectar a su decisión final. Es patente que minusvalorar o inducir a error a los consumidores provocándoles la opinión de que determinados productos o bienes no reúnen ciertas cualidades o pueden causar daños provocaría que el consumidor dejase de consumir los mismos. Si la afirmación sostenida por la publicidad es falaz, se estaría minusvalorando la capacidad de decisión del destinatario, lo que provocaría un engaño, por lo que debe tal práctica debe prohibirse.

2. *Publicidad comparativa*: Se viene entendiendo por publicidad comparativa aquella en la que el anunciante basa su mensaje en comparar la oferta de sus bienes, productos o servicios con uno o varios de los de la competencia, identificados o inequívocamente identificables, con el fin de destacar las ventajas de sus propios productos o servicios frente a los ajenos. La publicidad comparativa puede ser buena para el consumidor, por cuanto se le pueden suministrar conclusiones o consecuencias en las cuales el mismo no había reparado. Ahora bien, no se nos escapa que la publicidad comparativa puede resultar peligrosa, si no se atiende a unas reglas de lealtad o deontología profesional, de ahí que la LGP exija una serie de requisitos para que la misma pueda considerarse como lícita.

La publicidad comparativa ha de apoyarse en características esenciales, esto es en aquellas que se refieran a la función principal del productor o servicio. Además, éstas características deben tener una rela-

ción mutua; esto es, que sean bienes sustituibles y tengan análoga incidencia en el mercado. También las conclusiones deben ser fácilmente demostrables y constatables (cfr. art. 6 LGP). El artículo 6 bis de la Ley 39/2002 mantiene la excepción, y señala expresamente en el punto 2 del citado artículo que la comparación estará permitida si se realiza entre bienes o servicios con la misma finalidad o que satisface las mismas necesidades, siempre que se realice de un modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativa de los bienes o servicios entre las cuales podrá incluirse el precio. La conclusión a la que llegamos en este punto se asemeja a lo que ya hemos dicho, pues entendemos que en materia de consumidores la publicidad comparativa estaría prohibida en cualquier caso (lo dijera expresamente la Ley o no) cuando produzca engaño en el receptor del mensaje, dado que la interpretación de la publicidad se realiza de acuerdo con la interpretación del consumidor medio.

3. *Publicidad que produce confusión por explotación de la reputación ajena.* En relación con la publicidad confusionista, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, ha tomado literalmente el precepto que se recogía en la LGP y ha añadido el matiz que lo diferenciaba de la Ley de Competencia Desleal, resultando ilícita la publicidad “que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o (aquí se añade el matiz) de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores”. Como hemos venido sosteniendo, el principal designio del legislador con este precepto es tutelar los intereses de los empresarios, si bien de forma indirecta lo que se produce es una protección de los consumidores y usuarios, habida cuenta que la publicidad que explota la reputación ajena en beneficio propio produce una confusión en el consumidor y le inclina a consumir productos no contrastados y a los cuales se les lleva equivocadamente a consumir. Puede darse este tipo de publicidad incluso incidiendo en la infracción de derechos de propiedad industrial, como los de marca, dado que utilizando marcas parecidas o de difícil distingo, puede producir confusión al consumidor.

## 8. PUBLICIDAD SUBLIMINAL

La utilización de técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogos que pueden actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida constituye la publicidad subliminal. Es patente que la principal característica de este tipo de publicidad es que no existe percepción como tal. El destinatario, consumidor o usuario, no percibe que está recibiendo un mensaje publicitario y, por tanto, no pone en funcionamiento los mecanismos de alertas que su conciencia y voluntad pueden instaurar. Es manifiesto que la publicidad subliminal se creó para “engañar al destinatario”, buscando una forma de franquear el subconsciente.

Con la prohibición de la publicidad subliminal lo que hace el legislador es reforzar la eficacia del principio de autenticidad de la publicidad. Como hemos sostenido más arriba, el destinatario debe discernir en todo momento que el mensaje o información que recibe se debe a la actividad publicitaria. Ello conlleva que ponga en cuarentena la objetividad del mensaje. Si no lo hiciera así, podría pensar que son noticias o indicaciones de expertos o conocidos por lo que más fácilmente llegaría a sus destino.

La consideración genérica de publicidad engañosa por el modo de presentación, hubiese bastado para entender que la publicidad subliminal es ilícita. Sin embargo y dada las características técnicas especiales que se necesitan para la realización de este tipo de publicidad, el legislador entendió que era necesaria una prohibición expresa y específica para que no se suscitase dudas sobre su interpretación.

## 9. PUBLICIDAD CONTRARIA A NORMATIVA ESPECÍFICA

Con la declaración de ilicitud de la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, que hace el artículo 8.6, la Ley General de Publicidad establece un régimen especial en el que la ilicitud viene determinada por la infracción de una norma reguladora de un supuesto específico de publicidad.

Los regímenes especiales de publicidad son los citados en el referido

precepto de la Ley y que se refieren a: 1) la publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias; 2) la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o su patrimonio; 3) la publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar; 4) productos especiales como alcohol, tabaco, etc.

El régimen especial de este tipo de bienes es el previsto en las normas especiales. Dicho régimen podrá establecerse también cuando la protección de los valores y los derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran.

## 10. LA PUBLICIDAD EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

### 10.1. PLANTEAMIENTO

La globalización de la economía ha hecho que cambien las formas de gestionar los negocios. La revolución digital, que posibilita nuevas relaciones a través de conexiones remotas a otros terminales, ha supuesto –y va a suponer aún más– un gran cambio en los comportamientos de los consumidores. Un aspecto importante y destacable en el comercio electrónico es la creación de mercados libres, de alta productividad, donde acceden nuevos competidores en igualdad de condiciones, con la eliminación de las barreras geográficas para trabajar y acceder a la información. El uso de nuevas tecnologías supone la utilización de nuevas técnicas de comercio y sobre todo de *marketing*, donde la publicidad va a ser decisiva.

La publicidad en el comercio electrónico puede realizarse de dos formas: la tradicional, que utilizará los medios usuales (prensa, radio, televisión), y que a la postre puede no resultar operativa teniendo en cuenta los destinatarios; y la específica, que tenderá a realizar la promoción en los medios específicos en que se va a producir la contratación. En la propia *Red* podríamos, a su vez, diferenciar varias formas de realizar la oferta publicitaria. Una de ellas pasaría por darse a conocer en otras páginas *Web* más conocidas y de mayor prestigio. Otra, podría servirse de la creación y presentación de iconos y de *banners* en otros *sitios*, normalmente portales y buscadores, de forma que mediante la

técnica del hipertexto, pueda dirigirse al navegante, posible consumidor, hacia la página deseada, en suma, el establecimiento virtual publicitado. Una tercera forma, que ha tenido gran impacto, consiste en dirigirse directamente al terminal de recepción electrónica del consumidor para darle a conocer productos y servicios. Esta forma de *marketing* directo ha tenido gran éxito y cuyo abuso ha generado lo que se ha dado en llamar *spam*, del cual nos ocupamos más adelante de una forma más pormenorizada.

En cualquier caso, teniendo en cuenta las cautelas existentes, la publicidad en el comercio electrónico tiene que realizarse de una forma agresiva, para que sea eficaz. Hay que dar a conocer, en primer lugar, el establecimiento virtual donde se puede producir la contratación con el objeto de promocionar los productos y servicios. El siguiente paso será captar la clientela, para lo cual será necesario conservar el tráfico hacia nuestro “establecimiento” a fin de consolidar el negocio en el ciberespacio.

## 10.2. PUBLICIDAD Y CONSUMIDOR

La publicidad, cualquiera que sea el medio en que se lleve a cabo, debe ajustarse a unas reglas jurídicas. La comunicación que se produce entre el emisor y el destinatario debe someterse a unos principios éticos, deontológicos o jurídicos, porque esta interrelación que se suscita afecta de forma directa a terceros competidores pero también repercute en los consumidores. Por tanto, la actividad publicitaria como fenómeno social, en cuanto afecta a intereses varios, debe estar regulada por el ordenamiento jurídico, dado que puede poner en peligro o lesionar distintos bienes jurídicos.

La publicidad comercial o privada, como hemos dicho más arriba, está regulada de una forma general por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Sin embargo, existen otras disposiciones legales que, desde distintos puntos de vista, contienen normas sobre publicidad, en la medida que la heterogeneidad de la materia hace bastante difícil confiar su regulación a una única norma.

Desde el punto de vista de la publicidad, son los destinatarios los que deben ser prioritariamente protegidos por el ordenamiento jurídico. Este aserto justifica el hecho de que las normas publicitarias incrementan paulatinamente la protección de los consumidores y demás personas –

débiles en el tráfico- a los que puede afectar el mensaje publicitario.

En el ámbito del comercio electrónico no existe una regulación específica sobre publicidad. El artículo 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico remite, en materia de contratación electrónica, a las disposiciones que les sean de aplicación, por lo que resulta una remisión general a la normativa sobre publicidad. La LSSICE se decanta por regular la forma que se considera más idónea para emitir los mensajes publicitarios en este medio, como son las ofertas promocionales y comunicaciones comerciales. Así, el artículo 19 de la LSSICE establece que las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se registrarán por la LSSICE y por su normativa específica en materia comercial y publicidad. Por consiguiente, es claro que, independientemente del régimen jurídico aplicable a la publicidad, que sigue el general, la LSSICE se ha visto en la necesidad de reglamentar unas formas específicas de publicidad que no estaba contemplada en la Ley general y que ha resultado una práctica incómoda, dañina y reiterada en el ámbito del comercio electrónico.

De lo dicho se infiere que, en materia de publicidad, en el ámbito del comercio electrónico habrá que tener en cuenta, en primer lugar, los preceptos que de modo general deben aplicarse en la protección de los consumidores y usuarios. Y a tal respecto nos encontramos con el artículo 8 de la LGDCU, que debe cohonestarse con los artículos 4 de la LGP y 5.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación. Tampoco habrá que soslayar otras normas más específicas, como la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, donde existen diversos preceptos relativos a ofertas comerciales que pueden tener incidencia en el aspecto publicitario, o la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que en su artículo 1 sienta como objeto de la misma proteger los derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente los del honor e intimidad personal y familiar. Asimismo, el Código Penal reprime conductas especialmente graves en relación con las prácticas publicitarias.

Es palmario que, como acto previo a la contratación en el campo de la negociación entre empresas y consumidores –sobre todo en materia de comercio electrónico-, está la oferta contractual. Aquí el ángulo de

análisis es distinto. Nos enfrentamos a la regulación legal y a la ética o corrección de la publicidad, sobre todo desde el punto de vista de protección de la defensa de los consumidores, puesto que en el ámbito de la libertad de competencia y corrección en el tráfico la publicidad puede y debe tener otro enfoque.

La duda que se suscitó sobre la publicidad como oferta contractual, por cuanto que habría que diferenciar si se trata de una mera invitación o es una propuesta que cumple todos los requisitos esenciales para poder perfeccionarse el contrato una vez el consumidor acepte la misma, quedó definitivamente solventada con el artículo 8 de la LGDCU que estableció que “La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajustarán a su naturaleza, características y condiciones o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibidos”. El número 3 de referido artículo contempla que la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude.

Este precepto deja claras varias ideas respecto a lo que representa la publicidad para los consumidores o usuarios:

a) Se resalta la necesidad de una publicidad veraz, en el sentido de que la oferta de productos y servicios debe ajustarse a su naturaleza y contenido. Se pone así de relieve que la Ley General de Publicidad se ha dictado también con el objeto de proteger a los consumidores y que, por tanto, no nació con la exclusiva finalidad de regular el tráfico entre empresarios desde la óptica de la competencia en el mercado.

b) El contenido de la publicidad integra la oferta negocial y la misma obliga y forma parte del contrato, aunque después, a la hora de contratar, no se contemple de forma expresa en las distintas condiciones o pactos que se entreguen al consumidor. El consumidor puede exigir que el contenido de la publicidad integre la oferta obligacional del operador económico (empresario o profesional), compeliéndole a su cumplimiento.

to. Además de exigírsele su cumplimiento en virtud del ejercicio de las pertinentes acciones judiciales, es claro que también, de no cumplirse por el oferente lo ofrecido en la promoción, podría considerarse una publicidad falsa o engañosa, que comportaría, en su caso, otros posibles efectos que vemos a continuación.

c) Desde el punto de vista de protección de los consumidores y usuarios, la publicidad falsa o engañosa, aparte de los efectos que pueda tener respecto a otros competidores, se considera como un fraude; o lo que es lo mismo, supone una infracción del ordenamiento jurídico e, independientemente de las posibles acciones reparadoras o indemnizatorias a las que la sufre, lleva aparejada una sanción para aquél que la ponga en práctica, y que en casos graves se le da relevancia penal.

Dado que la publicidad conforma la parte normativa y obligacional de un contrato, hay que tener en cuenta que el artículo 5.4 de la LCGC establece la necesidad de que en la contratación electrónica conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma contractual, remitiéndose a la justificación escrita al consumidor. La alusión a la determinación reglamentaria quedó cumplida con la publicación del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre.

Hemos indicado que la protección por la que aboga la ley es la tutela a ultranza de los demandantes o consumidores, sujetos contratantes más débiles, sin perjuicio del otro fin prioritario de velar por la corrección en el tráfico. La vulneración de normas de publicidad en perjuicio de los intereses de los consumidores y usuarios se tipifica como sanción administrativa que lleva aparejada su correspondiente sanción. Pero el Ordenamiento jurídico ha querido prestar una protección asaz eficaz llegando a criminalizar la publicidad falaz o engañosa. De esta forma el artículo 282 del Código Penal establece que los fabricantes o comerciantes que en sus ofertas o publicidad de productos o servicios hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, serán sancionados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

Finalmente, signifiquemos que las controversias derivadas de la publicidad ilícita, que serán sometidas a la jurisdicción ordinaria, podrán resolver todo tipo conflictos, y, además de ejercitar las acciones que pueda corresponder, los usuarios y consumidores y, en su caso, las organizaciones de los mismos podrán ejercitar las acciones de cesación y rectificación correspondiente (Disposición Adicional 3ª de la LGDCU; artículo 29 LGP; artículo 12 LCGC, etc.).

### 10.3. PRÁCTICAS FRECUENTES EN INTERNET

La publicidad en la Red, además de los problemas propios de la actividad publicitaria, plantea problemas específicos. El primero de ellos es la posibilidad de que la promoción de productos y servicios tenga lugar de forma individualizada a través de las comunicaciones comerciales, que cuando no son solicitadas pueden dar lugar a la abusiva práctica del *spam*. Una segunda cuestión es la relativa a la posibilidad de que la recepción del mensaje por el destinatario se haga de forma inconsciente cuando se navega en la Red a través de enlaces abusivos (*links*), conocidos como hipervínculos, de forma aislada o bien utilizando un marco, que permite dejar permanentemente habilitados accesos preferenciales, o servicios especialmente promovidos para distintos fines, como utilizarlo publicitariamente, lo que lleva consigo que el destinatario no pueda percibir que está en presencia de un mensaje publicitario, por lo que conculca de forma meridiana un principio de la publicidad que es la identificación de la publicidad (principio de autenticidad) y que, por ende, hace que la misma sea ilícita. Un tercer problema se deriva de la “deslocalización” de muchos sitios o páginas que repercuten en problemas sobre *lex causae*, fuero competente, etc.

Descendiendo al catálogo de conductas concretas de publicidad en la Internet que pueden afectar negativamente, aunque sea de forma indirecta, a los consumidores y usuarios, hemos de citar el *spam*, los *metanames*, los *banners* y las *cookies*.

La facilidad y economía para realizar actividades publicitarias en la Red ha dado lugar al abuso en las comunicaciones electrónicas que, tal como después veremos, perjudican directa o indirectamente a usuarios o proveedores. Estas actividades suelen quedar englobadas bajo el rótulo

genérico de “abuso en las comunicaciones electrónicas” o *spam*, expresión con la que nos referimos a todo mensaje de tipo comercial o publicitario enviado a persona o personas determinadas o indiscriminadas, sin que medie solicitud expresa de los receptores o sin su consentimiento, remitidos a direcciones de correo electrónico o a terminales de telefonía móvil.

Del análisis de este concepto, cogimos que para que estemos en presencia de la práctica del *spam* es preciso que concurran una serie de requisitos, los cuales sintetizamos a continuación: a) Debe tratarse de un mensaje con un contenido comercial o publicitario. b) El envío ha de hacerse por un profesional u operador económico. No tendrían la consideración de *spam* las comunicaciones procedentes de un particular, en cuanto que las mismas no quedarían englobadas en el concepto de comunicación comercial que nos suministra el Anexo de la LSSICE. c) Es indiferente que sea enviado a una o a una pluralidad de personas. Para que se produzca esta práctica no requiere, por ende, que sea masivo. d) Ha de remitirse sin consentimiento del receptor. Esta ausencia de consentimiento no debe ser expresa, sino que es suficiente que no se haya solicitado o autorizado tal correo, salvo en los casos en que exista una relación contractual previa y se hubiera dado la oportunidad al receptor de oponerse. e) El mensaje ha de ser remitido bajo el sistema de llamada automática sin intervención humana; es decir, por un medio de comunicación electrónica. El *spam* se regula en los art.s 19 a 22 de la LSSICE y en otros preceptos de la misma Ley, dada su falta de sistemática en la material.

La práctica de los *metanames* consiste en introducir en lenguaje reconocible por los ordenadores (por ejemplo, *html*), pero que no se muestra a simple vista para los usuarios, una serie de términos denominados *metatags* o *metanames*, que los buscadores reconocerán cuando se introduzca una palabra clave al tratar de encontrar páginas que contengan información sobre un concepto determinado. Esta práctica puede considerarse, desde el punto de vista que nos afecta, como publicidad ilícita al resultar engañosa. El Código Ético de Publicidad en Internet (de 14 de abril de 1999), en su artículo 8.3, prohíbe la introducción de estos nombres ocultos en los códigos fuentes, si bien la regulación se hace desde la óptica de la protección de la propiedad industrial.

Los *banners* se entroncan con la problemática de la identificación de la publicidad. El *banner* es un programa informático con finalidad publicitaria que consiste en gráficos, imágenes, textos, normalmente formando una combinación de todos a algunos de dichos elementos, que permite guiar al navegante o usuario de la Red hasta la página o el sitio de un anunciante, donde éste da a conocer de una forma más detallada sus productos o servicios. El programa suele tener una animación y dinámica en su presentación que le hace más atractivo para llamar la atención del usuario. Desde el punto de vista de protección del consumidor, como sistema o programa publicitario no sería relevante, salvo por algunos reparos que pueden hacerse en algunos casos. Así, porque a través de los mismos se pueden producir grandes fraudes con las tarifas telefónicas de conexión a la red, al poder dichos programas desviar al usuario a otras páginas accesibles por llamadas que se realizan automáticamente mediante la simple pulsación de teclas. Lo más grave, desde el punto de vista que nos ocupa, es que dichos desvíos se suelen disfrazar bajo otras apariencias sin que conste realmente que estamos en presencia de actos publicitarios, con lo que se obviaría el principio autenticidad de la publicidad. También debe tenerse en cuenta que algunos de estos programas dificultan la navegación en Internet, produciendo molestias, gastos y pérdida de tiempo al usuario.

En cuanto a las *cookies*, señalar que consisten en ficheros de datos que se crean mediante instrucciones que los servidores de páginas *web* han alojado en un directorio específico de los programas de navegación de los usuarios. Los datos de los ficheros permiten conocer las rutas de navegación más usuales del usuario y, por ende, sus preferencias comerciales o realizar un perfil de los gustos del consumidor. El titular de los datos puede negociar con determinadas empresas la transmisión de los mismos, que será utilizado en campañas publicitarias específicas dirigidas contra esos más que seguros potenciales consumidores.

La ilicitud de esta práctica reside, en primer lugar, en la invasión de la esfera personal y, por consiguiente, en la vulneración del derecho a la intimidad de una persona, cuyos datos están almacenados en un fichero contraviniendo la normativa de protección de datos de carácter personal. Además, una vez obtenidos esos datos de forma ilícita no podrá controlar nunca el fin para que el que podrían ser utilizados, que incluso

podrían trascender el mero ámbito publicitario. La posibilidad de que, una vez conocidas sus preferencias, el sujeto pueda ser objeto de comunicaciones comerciales no solicitadas ni deseadas agrava dichas conductas. Desde la óptica de la competencia, también dichas acciones son totalmente ilícitas, dado que pueden suponer prácticas desleales.

El posible uso lícito de estas acciones podría producirse siempre que el usuario tuviera que prestar su consentimiento de forma explícita, al ser advertido de la existencia de *cookies* al entrar en determinadas páginas o portales.

## 11. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS ANTE LA PUBLICIDAD

### 11.1. CONCEPTO DE CONSUMIDOR

Antes de analizar los mecanismos que arbitra el ordenamiento jurídico para proteger a los consumidores y usuarios se impone la necesidad de delimitar el concepto de consumidor en nuestro ordenamiento jurídico.

Partimos, pues, de la idea de que el consumidor es siempre destinatario de la publicidad; pero no todo destinatario tiene necesariamente que ser consumidor. Ahora bien, cuando en el destinatario concurre la condición de consumidor la Ley le confiere una tutela especial.

No existe unanimidad doctrinal ni legal a la hora de concretar la noción de consumidor. Las causas son múltiples: desde el hecho de que la idea puede contemplarse desde distintas ópticas hasta la discusión de la amplitud que deba darse al concepto. También coadyuva a la dificultad de perfilar una definición concluyente la circunstancia de que la misma puede ser abordada desde distintas disciplinas. Así, una primera aproximación al concepto podemos obtenerla desde el punto de vista de la actividad económica, en virtud de la cual se considera al consumidor como el *sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios, como destinatario final, para satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares*. El término consumidor subsume, en sentido lato, al de usuario.

De la noción económica, por vía de concreción, podemos pasar a abordar una noción jurídica que, como veremos, también puede ser

objeto de distintos enfoques, en función de cuál sea el ordenamiento, comunitario o nacional, o la óptica desde la que se analice, llegando, a la vista de este último distingo, a hablar de concepciones subjetivas y objetivas. A su vez, en las objetivas podemos diferenciar entre concepto abstracto y noción concreta de consumidor, que a su vez nos permite particularizar entre consumidor jurídico y consumidor material, además de otras posibles nociones dependiendo de la perspectiva desde la que se aviste la cuestión.

Desde un punto de vista objetivo, tendríamos que el consumidor es el sujeto final de los bienes y servicios ofertados por los sectores productivos, idea que, a su vez, puede acoger una noción abstracta de consumidor en la que se incluiría, de forma amplia, a todos los ciudadanos, por cuanto que son sujetos que hay que proteger en su fin o anhelo de mejorar su calidad de vida.

La amplia y vaga noción anterior precisa matizarse, puesto que así lo exige la necesidad de determinar el ámbito objetivo de aplicación de las normas especiales de protección de consumidor. Y en el empeño de concretar el concepto de consumidor debemos también distinguir, a su vez, otras dos concepciones: una, más amplia, que identifica al consumidor con “el cliente de productos y/o servicios”, y por tanto una de las partes de la relación de consumo; y otra más estricta, que se refiere al “consumidor final”, esto es, a la persona, física o jurídica, que haya adquirido un producto o servicio o lo use, aun no habiéndolo adquirido personalmente, siempre que sea destinado a satisfacer sus necesidades personales y familiares, y nunca a su negocio o empresa.

Las nociones abstractas y concretas son de gran utilidad, toda vez que la noción abstracta sirve a los poderes públicos para diseñar los programas de protección de los consumidores, que se desarrollarán, a la hora de atribuir derechos individuales, mediante la noción concreta de consumidor en cada relación de consumo.

Además de la distinción entre noción concreta y noción abstracta de consumidor, la doctrina también diferencia entre los conceptos de consumidor jurídico y consumidor material. Consumidor jurídico será aquél que contrata la adquisición del producto o del servicio, en tanto que consumidor material será aquél que, sin haber realizado dicho contrato, puede utilizar el bien o servicio. La protección debe ser igual

para ambos tipos de consumidores, y se fundamentará en la realización del *acto de consumo*, entendido como acto jurídico que permite al consumidor estar en posesión de producto o disfrute de un servicio, o como acto material consistente en utilizar el bien o servicio.

Desde el punto de vista subjetivo tampoco encontramos un criterio unitario ya que para algunos, que se alinean con las concepciones contractualistas, identifican al consumidor con el cliente, contratante, comprador o demandante directo, en posición contraria a la de empresario u oferente, con irrelevancia del destino de los bienes y servicios; en tanto que para otros, que tienen una visión más amplia, generalizan el concepto incluyendo sujetos no contratantes para atender a la idea del consumidor como destinatario final o afectado, directa o indirectamente, por el acto de consumo.

Una singularidad en la normativa comunitaria respecto al concepto de consumidor es que, con carácter general, sólo se reconoce como consumidores, a los efectos de aplicar la normativa sobre su protección, a las personas físicas, quedando fuera de su ámbito las personas jurídicas.

Los tratados comunitarios no contienen un concepto de consumidor. La alusión a los mismos se hace de forma indirecta y solo como punto de referencia u objeto de una política o medida comunitaria, lo que significa que la ausencia en el Derecho comunitario originario de una definición del concepto de consumidor haya influido posteriormente en el propio desarrollo de la política comunitaria de consumidores. Por ello, el acercamiento al concepto de "consumidor" debemos hacerlo a través de las Directivas comunitarias.

En la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, se considera consumidor a "toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional" (art. 2).

La Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de créditos al consumo, establece que a los efectos de la presente Directiva se entenderá por consumidor a "la persona física que, en las operaciones regula-

das por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión” [art. 1.2.a)]. Similar acepción se contiene en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que entiende por consumidor “toda persona física que, en los contratos regulados por aquélla [la Directiva], actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” [art. 2.b)]. Se limita, por tanto, a las personas físicas, tal y como ha sido aclarado posteriormente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En idéntico sentido la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo del 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, contiene el siguiente concepto de consumidor: “toda persona física que actué con un propósito ajeno a su actividad profesional” (art. 2.2). Coincidente con la anterior es la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, que define al consumidor como “cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional”.

También la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, aborda la acepción del consumidor prácticamente de la misma forma que la Directiva 97/7/CE, al decir en el artículo 1.2.a) que se entiende por consumidor “toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva actúa con fines que entran en el marco de su actividad profesional”.

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), si bien sigue en la misma línea matiza algo más el concepto: “cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión” [art. 2.e)]. No obstante, como hemos dicho anteriormente, hay que tener en cuenta que, al lado del concepto de consumidor, se contempla otra figura cuyos derechos e intereses también son objeto de protección: el “destinatario del servicio” [art.

2.d)], incluyéndose aquí a las personas jurídicas.

La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, nos proporciona un concepto de usuario en el artículo 2.a), caracterizándolo como la “persona física que utiliza con fines privados o comerciales un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público, sin que necesariamente se haya abonado a dicho servicio”.

La Directiva del Parlamento y del Consejo 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE, en su artículo 2 define al consumidor como “toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”. Sin embargo, en el Considerando 29 sienta que “la presente Directiva no menoscaba el derecho de los Estados miembros a ampliar, con arreglo a la legislación comunitaria, la protección que en la misma se establece respecto a las organizaciones sin ánimo de lucro o de terceros que recurran a servicios financieros para establecerse como empresario”.

De lo anterior se infiere que en las diferentes acepciones que nos van proporcionando las Directivas comunitarias laten dos ideas fundamentales que caracterizan claramente al consumidor:

1º) Que sea persona física. De esta forma se aparta del concepto de consumidor que se recoge en el seno del Consejo de Europa, en la Resolución 543, adoptada el 17 de mayo 1973, conteniendo una “Carta de Protección del consumidor”, donde se define al consumidor como “una persona física o jurídica a la que se venden bienes o se proporcionan servicios para un uso privado”. Sin embargo, gran parte de la doctrina considera que deben incluirse ciertas entidades, como asociaciones no lucrativas, sociedades civiles, agrupaciones, etc., debiendo centrarse la distinción entre personas jurídicas que pueden considerarse consumidores y aquellas otras que no, con fundamento en la existencia o no de una situación que justifique la protección especial del consumidor como categoría jurídica específica, basada en el desequilibrio en el poder de negociación de cada una de las partes del acto de consumo.

2º) Que actúe en el ámbito de su vida particular; se excluye, por tanto,

del concepto, aquel destinatario de un bien o servicio que lo utilice en el ámbito de su vida profesional, o de su negocio. Para aplicar la normativa especial de protección del consumidor es necesario que el bien o servicio esté destinado al “uso privado”, tal y como se contiene en la definición del consumidor que se contienen en el Programa Preliminar sobre Política de Protección e Información de los Consumidores, de la Comunidad Europea, de 14 de abril de 1975, donde se define al consumidor como “un comprador y usuario de bienes y servicios para un uso personal, familiar o colectivo”. Este “uso privado” no debe entenderse exclusivamente como uso personal del adquirente, sino que también cabe que puedan haber sido adquiridos los objetos de consumo para otras personas, o para algún grupo familiar o social.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, incluyendo en su tenor las personas físicas y jurídicas, se decanta por la noción concreta basada en un criterio o servicio, dentro de sus necesidades personales y/o familiares, y comprende tanto el concepto de consumidor jurídico: “quienes adquieren”, como el concepto de consumidor material: “quienes utilizan o disfrutan”, como destinatarios finales, bienes o servicios (cfr. art.1.2). La Ley excluye expresamente, en el apartado tercero del artículo 1, a “quienes sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. El término usuario es análogo a consumidor, pero referido al sujeto que es beneficiario de un servicio. La LSSICE, en el apartado e) del Anexo sobre definiciones, se remite al concepto que proporciona, en su artículo 1, la Ley 26/1984, de 19 de julio.

Como hemos señalado más arriba, la LSSICE viene a reforzar el principio de protección de los intereses de los destinatarios de los servicios de la información, sin olvidar el más tradicional principio de protección de los intereses de los consumidores (destinatario-consumidor). La diferencia entre ambos conceptos queda clara en Derecho comunitario, donde el primero se aplica tanto a las personas físicas como a las jurídicas, en tanto que el segundo se refiere exclusivamente a las personas físicas. El concepto de destinatario de servicio sigue siendo en nuestro ordenamiento jurídico más amplio que

el de mero consumidor, en cuanto resulta aplicable a cualquier destinatario, sin necesidad de que sea el destinatario final. La LSSICE recoge igualmente ambos principios tuitivos, pero la normativa sobre comercio electrónico se vuelca, a efectos de tutela, en los intereses de los consumidores, en respuesta a los recelos que experimentan los consumidores ante esta forma de contratación. Las normas tuteladoras de derechos en el comercio electrónico se promulgan, pues, de forma prioritaria en defensa de los consumidores (cfr. arts. 27.2, 28,3 LSSICE).

En definitiva, a efectos de la noción del consumidor podemos extraer dos conclusiones importantes. De una parte, se destaca la diferencia en el ámbito de amplitud en la tutela entre el derecho interno y derecho comunitario, en cuanto que en este segundo ordenamiento no se contempla la protección de las personas jurídicas como consumidores; y de otra, tal como señala A. Bercovitz, hay que concluir con la inexistencia de una noción legal omnicomprensiva de consumidor, pues ésta es configurada sectorialmente por la norma protectora al delimitar su ámbito de aplicación respecto del sujeto y de la relación producto o servicio al que pretende extender sus reglas tuitivas como acto de consumo.

## 11.2. TUTELA JUDICIAL

### 11.2.1. *Planteamiento*

Como hemos indicado anteriormente la publicidad no forma parte de la relación contractual entre empresario y consumidor sino que se sitúa en una fase previa de iniciación o acercamiento a la oferta. No podemos afirmar que todo destinatario del mensaje publicitario sea consumidor ni que todo consumidor se haya visto influenciando previamente por la publicidad. Sin embargo, la protección del receptor de la información publicitaria en su papel de consumidor es uno de los principios básicos de toda legislación publicitaria, puesto que el acto comunicativo va encaminado a la consecución de una reacción específica del público: la compra y adquisición de bienes y servicios. Como señala Rodríguez Pardo, el papel del público del mensaje publicitario no puede considerarse estrictamente desde el punto de vista de un receptor de

información, puesto que los mensajes informativos y publicitarios presentan finalidades dispares. Por ello se habla con mayor generalidad de los consumidores y usuarios, puesto que esas son las actitudes perseguidas por los mensajes y esos son los auténticos roles del receptor de la información publicitaria.

Por esta razón la LGDCU entiende en el mismo sentido la inclusión de la publicidad dentro del ámbito de protección del consumidor, tal como hemos explicado anteriormente al comentar el artículo 8.

Por su parte LGP reconoce implícitamente al consumidor como destinatario del mensaje publicitario. Pero, el consumidor no es el único destinatario del mensaje publicitario por ello el artículo 2 de la Ley, a diferencia de la Directiva de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa, no habla en principio de consumidores sino de destinatarios en general. Sin embargo, no hay duda alguna sobre la protección que la Ley General de Publicidad pretende dar a los consumidores como destinatarios del mensaje publicitario. Muestra de ello es el reconocimiento que en la propia Ley se hace a las asociaciones de consumidores y usuarios para defender a sus representados de los mensajes publicitarios que contraríen la Ley, y a los propios consumidores cuando resulten afectados de una forma concreta.

De este modo en la protección del consumidor frente a la publicidad podemos diferenciar dos planos principalmente. De un lado la protección directa o previa al daño, dirigida por las asociaciones de consumidores y usuarios frente a todo tipo de publicidad ilícita; y de otro, la protección indirecta o posterior al daño, dirigida por el consumidor que sufre el daño.

Una protección eficaz del consumidor en el ámbito de la publicidad debe trascender las propias fronteras de cada país. Es patente que la demanda transfronteriza aumenta la presión negocial dentro del mercado interior y favorece un mercado más competitivo y eficiente que, a la postre, se traduce en ventajas de precios para los consumidores. Mas los consumidores solo disfrutarán de esas ventajas si el marco regulador vigente impulsa a los oferentes y a las empresas a participar en un comercio más abierto. Las diferencias entre legislaciones nacionales sobre prácticas comerciales y tutelas de derecho en lo que se refiere a las relaciones entre las empresas y los consumidores pueden impedir esta evolución, habida cuenta que este factor puede determinar que un

consumidor desconozca sus derechos o la forma de ejercitar los mismos fuera de su país. Se impone, pues, la necesidad de que el consumidor se sienta completamente protegido tanto en el comercio interior como en el que tiene lugar allende sus fronteras.

### 11.2.2. *Autorregulación*

Los esfuerzos realizados recientemente para desarrollar la autorregulación a escala comunitaria han dado escasos resultados. Y si bien en algunos textos legislativos de la Unión Europea se hace referencia explícita a los códigos de conducta, éstos no han tenido el auge auspiciado debido a la diversidad de las legislaciones nacionales y a la incertidumbre sobre la situación de los compromisos adoptados en los códigos y su posible carácter ejecutivo. Y todo ello, a pesar de que se ha podido comprobar que la autorregulación puede ser un complemento útil de la reglamentación, y que puede reducir la necesidad de una legislación muy pormenorizada aportando beneficios a los consumidores. Sabemos que, cuando hay restricciones transfronterizas para las prácticas comerciales entre empresas y consumidores, entre las que se encuentran la publicidad, un mayor grado de armonización de las normas que las rigen es esencial para el desarrollo de un mercado interior de consumo que funcione plenamente.

Los conflictos que pueden suscitarse entre las partes tienden a solventarse en los tribunales de justicia, en procedimientos caros y lentos. De ahí que el peculiar contexto de las relaciones privadas derivadas de la publicidad y la necesidad de soluciones rápidas determinan que se promueva una tutela extrajudicial como cauce adecuado para la resolución de los conflictos que se plantean en la materia, lo que ha motivado un fomento de esta vía tutelar, independientemente de la estricta solución jurisdiccional.

En la protección de los consumidores también se ha abogado por la implantación de códigos de autorregulación y códigos de conducta dirigidos a obtener una protección indirecta de los sujetos débiles contratantes. El uso de códigos de autorregulación y de conducta varía sensiblemente de un Estado miembro a otro. Así, en Dinamarca, Suecia y Finlandia se fomenta la utilización de códigos para completar la

legislación general. La participación de los organismos responsables de los aspectos de consumo es más significativa en la elaboración de estos códigos. La práctica de códigos también está muy extendida en el Reino Unido, Irlanda y Holanda, aunque los organismos competentes en los asuntos de consumo tienen una función menos formal. La utilización de la autorregulación como complemento de la normativa general está menos desarrollada en otros países, como es el caso de España.

Es posible que la acción reglamentista no sea la más idónea para solventar muchos problemas, en cuyo caso la autorregulación puede alcanzar algunos objetivos de protección de los consumidores, especialmente en industrias que reconocen que comparten un gran interés por mantener la confianza de los consumidores y que pueden verse perjudicadas por competidores desleales. Una autorregulación real, con compromisos claros y voluntariamente obligatorios para con los consumidores y que sea correctamente aplicada, puede reducir la necesidad de la reglamentación o de la corrección. Actualmente no existe ningún medio para garantizar una autorregulación eficaz a escala de la Unión Europea en el ámbito de la publicidad a fin de proteger a los consumidores. Otra opción sería que la Directiva marco lo hiciera posible, permitiendo así a las empresas adherirse a un único código de conducta en lugar de a cada uno de los pertenecientes a los Estados miembros. Las diferencias en las legislaciones nacionales y las obligaciones generales no permiten, por el momento, el desarrollo de auténticos códigos de ámbito comunitario.

Se señala en el Libro Verde de 2001 que para que funcionara la opción de una autorregulación a escala de la Unión, serían precisos dos presupuestos. De un lado, cualquier obligación general tendría que definir el incumplimiento de un compromiso voluntario por parte de una empresa para con los consumidores como una práctica engañosa o desleal. Para el tema que nos ocupa es positivo, dado que solo es posible adoptar medidas contra el incumplimiento de un compromiso voluntario si se refiere a la publicidad, ya que puede aplicársele la Directiva sobre publicidad engañosa. Es posible que la introducción de una consecuencia jurídica para los compromisos contraídos en virtud de códigos de conducta u otros compromisos voluntarios ayudara a las empresas y a los consumidores, puesto que estos confiarían en que los organismos

públicos de ejecución actuaran como “la última instancia de aplicación”. El respeto más riguroso de los compromisos contraídos mediante la autorregulación sería un argumento a favor de una reglamentación menos importante.

De otro lado, el ámbito de aplicación de la obligación general haría que no se limitara a las empresas que mantienen relación con los consumidores, sino que alcanzaría también a las asociaciones profesionales y a otras organizaciones que formulan recomendaciones sobre prácticas comerciales y elaboran códigos.

Los mecanismos estudiados podrían establecer vías adecuadas de carácter extrajudicial para la resolución de conflictos entre consumidores y empresarios. En el Libro Blanco sobre la gobernanza, la Comisión ha recomendado hacer un mayor uso de los “mecanismos de corregulación” y las “directivas marco”, por lo que cualquier propuesta para la protección del consumidor que incluya la corregulación deberá cumplir las condiciones que el Libro Blanco establece para ella. El cometido y la responsabilidad de los propietarios de un código en lo que se refiere a la elaboración de códigos y la función de las autoridades públicas en su aplicación podrían verse reforzados. La combinación de una directiva marco y una base de autorregulación a escala de la Unión podrían considerarse como un planteamiento corregulador, de acuerdo con los términos del Libro Blanco.

En España la LSSICE dedica el Capítulo III del Título II (art. 18) a códigos de conducta. El código de conducta se erige en el ámbito de las comunicaciones electrónicas e Internet como la solución al conflicto entre la pretensión de mantener la red como un espacio deslegalizado y la necesaria regulación de un instrumento de comunicación cuyo uso tiene trascendencia patrimonial y personal, pudiendo afectar a derechos fundamentales. También el artículo 32 se refiere a la posibilidad de aplicar códigos de conductas a la solución de conflictos entre consumidores y operadores económicos.

### 11.2.3. *Soluciones extrajudiciales*

Una de las soluciones que pudieran derivarse de la publicidad, tanto en lo que se refiere a la protección de competidores como de destinata-

rios, es someter los problemas planteados a los arbitrajes provistos en la legislación específica o a aquellos regulados en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios, así como a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de regulación.

En este aspecto, la ley española se hace eco de las recomendaciones comunitarias para establecer cauces extrajudiciales adecuados para la resolución de conflictos. Es de ver a tal respecto el artículo 32 de la LSSICE.

La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, encomendó al Gobierno, en su artículo 31, el establecimiento de un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atendiera y resolviera con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que no existiesen daños personales graves o indicios de delito. Optar por un sistema de arbitraje como medio de resolución de los conflictos de los consumidores era una decisión innovadora para la tradición que en nuestro país tenía el arbitraje, dado que inicialmente estaba pensado para otro tipo de conflictos y se había venido desarrollando sobre todo en el ámbito empresarial para resolver los problemas suscitados en este tráfico jurídico económico en el que los sujetos afectados parten, en cierto sentido, de una situación de igualdad.

Es meridiano que si se reconoce a los consumidores una serie de derechos y garantías, el ordenamiento jurídico les otorgará una protección formal, pero que en la práctica se manifestará absolutamente ineficaz, dado que hay que tener en cuenta que en los conflictos de consumo concurren una serie de connotaciones especiales, como es el desequilibrio de las partes y la existencia mayoritaria de contratos de pequeña cuantía que no invitarán a los consumidores a iniciar la vía judicial.

Tras la aprobación de la LGDCU y una vez producido nuestro ingreso en la entonces Comunidad Europea, surge la necesidad de una regulación legal del sistema arbitral adaptado a los nuevos tiempos. Desde el punto de vista legislativo se produce la sustitución de la Ley arbitral de 22 de diciembre de 1953 por la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. Esta nueva ley removía los obstáculos que presentaba la Ley de 1953

para admitir la solución de los conflictos de consumo, a la vez que contemplaba explícitamente el sistema arbitral de consumo en su Disposición Adicional Primera, declarándolo gratuito y liberando a los laudos arbitrales de la obligación de protocolización notarial. Además, la Disposición Adicional Segunda encomendaba al Gobierno de la Nación la reglamentación de la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/1984 General de Protección de Consumidores y Usuarios.

En cumplimiento de dicho mandato se aprueba el Real Decreto 636/93, de 3 de mayo, estableciendo el modo de constitución de las Juntas Arbitrales de Consumo y desarrollando el procedimiento a seguir. La nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, de 23 de diciembre, es de aplicación supletoria desde el 26 de marzo de 2004, tras la derogación de la anterior Ley de Arbitraje de 1988 (cfr. Disposición Adicional Única de la Ley 60/2003 y artículo 1 del Real Decreto 636/1993). El Sistema Arbitral de Consumo tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación con los derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y la tutela judicial. En definitiva, pueden ser objeto de este arbitraje todas las controversias sobre materias de consumo que sean de libre disposición conforme a Derecho.

El ordinal primero del artículo 17 de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, encomienda a los Estados la misión de velar por que las legislaciones de los Estados miembros no obstaculicen la utilización de mecanismos de solución extrajudicial, "incluso utilizando vías electrónicas adecuadas". Este reto es recogido por la LSSICE que en su artículo 32.2 establece que, en los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, podrá hacerse uso de medios electrónicos en los términos que establezca la normativa específica.

El Sistema de Información sobre Tramitación Arbitral (SITAR) permite gestionar y explotar en su totalidad la administración y procedimiento de arbitraje de consumo a través de Internet.

El sistema está enfocado al tratamiento de las reclamaciones deriva-

das del comercio convencional como de comercio electrónico. La fórmula de solución extrajudicial de los conflictos por medios electrónicos está prevista en el artículo 32.2 de la LSSICE. El empleo de tales medios está gestionado sólo por la Junta Arbitral Nacional y aquellas juntas arbitrales de ámbito inferior que haya autorizado, en virtud de convenios, el Instituto Nacional de Consumo, siguiéndose el procedimiento previsto en el Real Decreto 636/1993.

En cuanto al funcionamiento del SITAR hemos de decir que el mismo permite gestionar el procedimiento de arbitraje de consumo de manera electrónica, a través de Internet, de forma manual o mediante una mezcla de ambas formas, según voluntad de las partes. Las partes pueden presentar la solicitud de forma electrónica, participar en el procedimiento y consultar el estado de sus expedientes en sus domicilios desde su propio ordenador o terminal electrónico que puedan manejar.

También se facilita a los posibles usuarios un directorio en el que se da información sobre juntas arbitrales, censos de empresas adheridas al sistema, asociaciones empresariales y de consumidores. Adicionalmente el sistema posibilita la comunicación *on-line* entre todas las juntas arbitrales incorporadas para el intercambio de datos.

El acceso al SITAR es restringido. Permite el acceso a las funcionalidades dirigidas a los usuarios profesionales que intervienen en la administración del procedimiento (miembros de las juntas arbitrales, personal del Instituto Nacional de Consumo, asociaciones de consumidores o empresarios, etc.), así como a las empresas que deseen formalizar una oferta pública para someterse al sistema arbitral. Los consumidores también pueden acceder para realizar solicitudes, comparecer en los procedimientos arbitrales, consultar el expediente, etc. El acceso, pues, viene determinado por lo que establece la legalidad vigente y cada parte podrá acceder a las funcionalidades que se le autorice.

#### 11.2.4. *Soluciones judiciales*

##### **A) *Las acciones de cesación y rectificación***

Como solución judicial específica la LGP contempla la acción de cesación y rectificación (art. 25). La primera está encaminada a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contra-

ria a la Ley y a prohibir su reiteración de modo inmediato. Prevé la ley la iniciación mediante una solicitud voluntaria al autor de la conducta, que podrá utilizarse desde el comienzo hasta el fin de la actividad publicitaria. El requerido tiene quince días para notificar fehacientemente al requirente su deseo de cesar en dicha actividad. Si así no lo hiciera o no contestara quedará expedita la acción judicial de cesación (arts. 26 y 29).

Estarán legitimados para solicitar la cesación cualquier persona natural o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo. Además, cuando afecte a intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios podrá solicitarse por el Instituto Nacional de Consumo y los órganos y entidades correspondientes a las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en la materia de defensa de los consumidores. También lo podrán solicitar las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en las Ley 26/1984, de 19 de julio, y en la legislación autonómica, así como otras entidades extranjeras.

Esta solicitud no es requisito *sine qua non* para ejercitar la acción de cesación de forma directa, que podrá ejercitarla las mismas entidades que hemos referenciado anteriormente, los titulares de un derecho o de un interés legítimo y el Ministerio Fiscal, lo cual resulta una novedad en relación con la regulación anterior (art. 29).

La LGP también prevé el ejercicio de la solicitud de rectificación, que podrá solicitarse desde el inicio de la actividad publicitaria hasta siete días después de finalizada la misma. El anunciante tiene hasta tres días desde la recepción del escrito para notificar fehacientemente al remitente su disposición a proceder a la rectificación o su negativa. Si la respuesta es positiva se le conceden siete días para llevarla a cabo. Si no se hiciera o se hiciera en forma satisfactoria, queda expedita la vía judicial, acreditando haber agotado la vía previa de la solicitud. Para el ejercicio de esta acción están legitimadas las mismas personas que lo están para la rectificación (arts. 25 y 27).

Como requisito previo al ejercicio de las acciones de cesación y rectificación exige la ley que los legitimados resulten afectados por una publicidad ilícita. Por tanto, no se contempla el ejercicio de una acción pública, sino que se debe tener interés legítimo por resultar afectados.

Además, la publicidad debe ser ilícita. Ya hemos comentado lo que entiende la Ley como publicidad ilícita, por lo que nos remitimos a lo dicho más arriba.

La acción de cesación o de rectificación se ejercitarán conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Del mismo modo, las controversias derivadas de la publicidad ilícita en los términos de los artículos 3 a 8 serán derimidas por los órganos de la jurisdicción ordinaria (28).

No existe ningún procedimiento especial sumario para ejercitar estas acciones, lo que supone haya de acudirse al procedimiento declarativo ordinario que por su cuantía corresponda (arts. 248 y 249 de la LEC) para solicitar tales efectos y, lo que es más grave, esperar a la firmeza de la resolución para obtener su efectividad, salvo que se solicite ejecución provisional de sentencia, con todos los inconvenientes y posibles cargas financieras que ello representa (arts. 524 y ss. LEC). Somos de la opinión que, regulándose en este artículo efectos que tienen todas las características de medidas cautelares, podría haberse establecido un procedimiento especial sumario o abreviado que permitiera al perjudicado obtener cautelarmente algunos de estos efectos. Bien es cierto que dichas acciones también podrán ejercitarse como medida cautelar, en cuyo caso los efectos son provisionales, pero es más efectiva.

La sentencia estimatoria de la acción específica de cesación deberá contener —nótese que es imperativo— alguno de los siguientes pronunciamientos: a) conceder al anunciante un plazo para que suprima los elementos ilícitos de la publicidad; ordenar la cesación o prohibición definitiva de la publicidad; c) ordenar la publicación total o parcial de la sentencia en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante; y d) exigir la difusión de la publicidad correctora cuando la gravedad del caso así lo requiera y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita, determinado el contenido de aquella y las modalidades y plazo de difusión.

## **B) Acción penal**

Independientemente de las acciones de cesación y rectificación previstas específicamente en la LGP, hemos de tener presente que cualquier titular que se considere lesionado en su derecho podrá ejercitar todo tipo

de acciones ordinarias que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico. En esta parte de nuestro trabajo, una vez afrontado el ámbito material de protección frente a la publicidad ilícita, debemos completar el estudio de los medios de tutela con los que, desde el punto de vista procesal, cuenta el perjudicado. La protección judicial puede ser doble: civil y penal, ya que determinadas conductas que vulneren gravemente los derechos del consumidor están tipificadas y sancionadas en la ley penal. En efecto, la sección 3<sup>a</sup> del capítulo XI, Título XIII del Libro II, del Código Penal, se refiere a los “delitos relativos al mercado y a los consumidores”, en la que los artículos 282 y siguientes tratan cuestiones específicas de protección de consumidores que pueden afectar a la publicidad, en los supuestos de que sea engañosa. El ejercicio de las acciones penales podrá realizarse en virtud de denuncia o mediante querrela, sin perjuicio de que la actividad procesal puede iniciarse de oficio o a virtud de iniciativa del Ministerio Fiscal. Aunque, a primera vista, la penal se considera como la más enérgica y eficaz de las acciones, y es siempre la que, en principio, se elige por las posibles víctimas para buscar amparo contra las infracciones de sus derechos, no debemos olvidar que no todas las violaciones de derechos del consumidor están tuteladas por normas penales. De ahí que en la mayoría de los casos debamos acudir directamente al ejercicio de las acciones civiles, máxime cuando lo que principalmente interesa a los consumidores es el cese de la actividad ilícita y el condigno resarcimiento de los daños y perjuicios. Otra cuestión a tener en cuenta es la aplicación que de las medidas o remedios procesales hacen los juzgados y tribunales y la falta de especialización judicial que determina que, en algunos casos, queden desamparados los perjudicados, máxime cuando en este ámbito se produce cada vez más un incipiente tráfico transfronterizo o internacional, que pone de relieve la necesidad cada vez mayor de una protección supraestatal.

En el ámbito penal, el consumidor, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la publicidad ilícita, exigir la indemnización de daños y perjuicios, así como solicitar la adopción de medidas cautelares.

### C) Acciones civiles

El ejercicio de las acciones civiles tiene todos los inconvenientes

derivados del proceso civil: la justicia es rogada, con lo que el *onus probandi* incumbe a aquél que intente hacer valer sus derechos, sin posibilidad de aportación de medios probatorios por parte del órgano jurisdiccional o del Ministerio Fiscal, y el proceso civil es generalmente lento y carece de la economía que, por ejemplo, tiene el penal, sin embargo es patente que en el ámbito de la publicidad muy pocas conductas podrán tipificarse de delictivas, por lo que serán más útil y adecuado el ejercicio de las acciones civiles, de las cuales nuestro ordenamiento jurídico presenta un gran elenco.

#### a) *Medidas cautelares*

Aunque de una forma directa la LGP no prevé la adopción de medidas cautelares específicas, es lo cierto que del carácter general que a esta iniciativas procesales da la LEC puede colegirse su posibilidad de utilización en materia de publicidad, además que el artículo 28 de LGP remite con carácter general a los tribunales ordinarios para dirimir las contiendas en materia de publicidad ilícita.

Las medidas cautelares pueden calificarse de protección urgente o de tutela preventiva, lo que se traduce en la dualidad de aseguramiento de la ejecución y protección anticipada de derechos, y se regulan con carácter general en los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciéndose un rol de medidas en el artículo 727, si bien con carácter de *numerus apertus*.

Para que puedan adoptarse medidas cautelares se exige como regla general que concurran, entre otros, los siguientes presupuestos: 1) Inminencia, al menos, de infracción de un derecho del consumidor, lo que supone que, si no se ha infringido ya, exista el temor racional y fundado de que va a producirse de forma inmediata; 2) *fumus boni iuris*; esto es, que por parte del solicitante presente un principio de prueba que justifique, *ab limine*, la adopción de tal medida; 3) *periculum in mora*, entendido como el riesgo o peligro que puede suponer la dilación en la resolución judicial en el proceso.

La Ley procesal civil instituye una serie de medidas para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare (art. 721.1 LEC). El éxito de la aplicación de estas medidas dependerá en muchos casos de la oportunidad de su

solicitud, de la forma en que se solicite y del criterio abierto de la autoridad judicial.

De una hermenéutica cabal de los preceptos de la Ley adjetiva civil se colige que la adopción de las medidas deberá estar basada en tres principios: 1) *adecuación* a las circunstancias del caso; por ejemplo: infracción consumada o peligro inminente de infracción; 2) *congruencia*, o lo que es lo mismo, que guarde relación con el objeto del debate del proceso principal y que esté destinada a salvaguardar el interés tutelado en la litis; 3) *proporcionalidad*: habrá de valorarse el alcance de los efectos de la medida con la trascendencia y resultados de la infracción que se pretende evitar o conjugar, sin que ello suponga romper el equilibrio que debe existir entre las partes intervinientes en el proceso.

En cualquier caso hay que tener en cuenta sobre su naturaleza jurídica que las medidas cautelares son potestativas del órgano judicial; su adopción es a instancia de parte, y nunca podrán acordarse medidas más gravosas que las solicitadas; c) pueden ser previas, simultáneas o posteriores al proceso que se incoe; d) están encaminadas a proporcionar una protección urgente y preferente, para, en unos casos, proteger anticipadamente los derechos de una infracción actual o potencial, y para, en otros, asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare; e) variabilidad: Las medidas pueden modificarse o incluso revocarse a lo largo del procedimiento en atención al cambio de circunstancias o valoración posterior de otros elementos no tenidos en cuenta a la hora de su adopción; f) son de duración limitada: su vigor debe extenderse como máximo al período necesario para que se ejecute la sentencia que se dicte en el procedimiento principal o se desestime la demanda; g) son de *numerus apertus*: el juez puede adoptar cuantas sean necesarias según las circunstancias sin limitarse a las recogidas en la ley (art. 727,1º).

La autoridad judicial cuenta, pues, con total libertad para adoptar medidas necesarias, según las circunstancias y el caso, ya que se trata de un régimen abierto. Sin embargo, ha de pensarse que las medidas que no estén especialmente regladas contarán con mayores dificultades a la hora de ser admitidas por el órgano judicial competente. En cualquier caso, debemos concluir que el juez tendrá en este supuesto un gran margen de discrecionalidad. Como medidas concretas más específicas

que pueden arbitrarse estarían las de cese provisional de una actividad publicitaria así como la rectificación. Además, y, con carácter general, se prevén otras en el artículo 727 de la LEC que podrían tener eficacia, como el embargo preventivo de bienes, el depósito de bienes, la intervención o administración judicial de productos publicitarios, la anotación preventiva de demanda y otras anotaciones registrales que procedan, la suspensión de acuerdos sociales impugnados, así como cualesquiera otras que, para la protección de derechos del consumidor, puedan prever expresamente las leyes o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en juicio.

En cuanto al procedimiento: momento oportuno, legitimación, trámites, modificación, alzamiento, caución sustitutoria y otros extremos, nos remitimos a lo previsto en los artículos 721 y siguientes de la LEC, que es donde se contiene la regulación adjetiva.

#### b) *Otras acciones*

El artículo 28 de la LGP establece que las controversias derivadas de la publicidad ilícita serán dirimidas por los órganos de la jurisdicción ordinaria, lo que dará lugar a que el consumidor o usuario que vea conculcados sus legítimos derechos o intereses económicos pueda ejercitar otro tipo de acciones que desgranamos a continuación. Asimismo, el artículo 32 de la LGP establece que el ejercicio de las anteriores acciones será compatible con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan, sin perjuicio de la persecución de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes.

De todo ello se colige que, en materia de publicidad, podrán ejercitarse, además de las acciones especiales que se contemplan en la Ley General de Publicidad, todas aquellas ordinarias que tengan encaje en nuestro ordenamiento jurídicos. Hagamos a continuación una somera referencia que nos sirva de guía general.

#### 1) *Acción en reclamación de daños y perjuicios*

Es usual que la acción de reclamación de daños y perjuicios se ejercite posteriormente o acumulada a una acción declarativa, dado que, para

que pueda admitirse, será requisito previo haber obtenido una declaración o constatación de una actividad publicitaria ilícita.

Los daños y perjuicios pueden ser tanto patrimoniales como morales. Al ser la fijación de los daños y perjuicios una cuestión pretoriana, serán los tribunales los que, mediante valoración pericial o por apreciación directa, puedan fijar el *quantum* adecuado en cada supuesto, sin que quepa revisarse en casación, salvo cuando el montante indemnizatorio resulte ilógico, disparatado, improcedente o inexacto (SSTS de 26 de diciembre de 1984, 8 de julio de 1986, 23 de marzo de 1987, 4 de febrero de 1988, 2 de julio de 1998, entre otras). También puede ser objeto de revisión casacional la cifra fijada por el tribunal de instancia cuando supere la reclamada por las partes; esto es, exista incongruencia, o resulte ilógica por no respetar las reglas de la «sana crítica».

La acción para reclamar los daños y perjuicios que pudieran derivarse de un incumplimiento contractual será de quince años (art. 1964 CC) - *para el supuesto de que la responsabilidad fuese contractual*-. En los casos de culpa o negligencia extracontractual la acción prescribe al año (art. 1961 CC).

## 2) Acciones “ad exhibendum”

El artículo 256,7º de la LEC prevé la posibilidad de incoación de diligencias preliminares y averiguaciones para la protección de determinados derechos que prevean las leyes especiales. A este respecto, del análisis de la Ley General de Publicidad y leyes especiales sobre competencia y corrección en tráfico pueden colegirse algunas situaciones o reconocimiento de derechos que podrían dar lugar a estas acciones por vulneración de derechos reconocidos en dichas leyes.

## 3) Acciones de Derecho común

Ya dentro del derecho común los perjudicados y las entidades legitimadas por la ley, podrán ejercitar un elenco de acciones según sean los derechos lesionados y en orden a obtener el condigno resarcimiento de los mismos o la restitución a la situación violada.

Entre ellas tendríamos la acción declarativa, que tiene por objeto la mera constatación por un órgano judicial de la vulneración de un derecho en la materia o el reconocimiento de una determinada facultad. Esta

acción se detiene en los límites de una mera declaración judicial del derecho alegado, sin pretender la ejecución en el mismo pleito, aunque pueda servir de base para obtenerla en otro distinto. Dada su intrascendencia práctica, normalmente se ejercitará acumulada con alguna otra acción.

Otra acción que podrá ejercitarse será la derivada del incumplimiento contractual, en los supuestos de que se tratase de relaciones entre empresarios u operadores económicos. La trasgresión o incumplimiento de pactos contractuales tiene articulada protección jurídica a través de los procedimientos ordinarios, mediante el ejercicio de las acciones declarativas o de condena que procedan. En materia de publicidad el nacimiento de las obligaciones puede venir determinada por las disposiciones contenidas en las leyes sobre la materia, teniendo en cuenta el gran número de normas imperativas existentes, o por la propia voluntad de las partes, para el supuesto de que se traten de normas dispositivas o ausencia de normas obligatorias (art. 1089 CC).

En materia de publicidad, podrá asimismo ejercitar el perjudicado la acción basada en culpa o negligencia, y que se reconoce en el artículo 1902 del CC. La acción aquiliana representa la forma más general de protección de intereses jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico, y constituye un auténtico cajón de sastre, al que puede recurrirse en los supuestos de lesión de cualquier interés o derecho, dado que la protección no se dispensa en base a un derecho subjetivo, sino en virtud del principio *nemo neminem laedere*.

Este medio de defensa podría ejercitarse por cualquier consumidor o usuario; sin embargo, hay que concluir que, existiendo una amplia tutela en nuestro ordenamiento jurídico, sería impensable que una titular pudiera verse compelido a ejercitar esta acción, máxime cuando la misma prescribe al año (art. 1968,2º).

En estos supuestos las indemnizaciones seguirían la vía de los artículos 1106 y 1107 del CC.

#### 4) *Acciones civiles derivadas de delito*

El afectado por publicidad ilícita cuenta, además, con la posibilidad de ejercitar acciones civiles derivadas de delito. Las obligaciones, según el artículo 1089 del vigente Código Civil, nacen de la ley, de los contratos

y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Por lo tanto, son fuentes de obligaciones las acciones u omisiones tipificadas en las leyes penales. Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se rigen por las disposiciones del Código penal (art. 1092 del CC).

Por su parte, el artículo 116.1 del CP establece que «*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios*», precepto que hay que poner en concomitancia con el artículo 109.1 que dispone: «*La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados*». El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción civil (art. 109.2 CP). La responsabilidad que pueda solicitarse, con carácter general, comprenderá: 1º La restitución. 2º La reparación del daño. 3º La indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP).

En lo atinente a responsabilidad civil derivada de delitos en los que resulten afectados consumidores por publicidad ilícita no se establece un régimen específico por lo que se seguirá el general contemplado en los artículos 110 y ss. de dicho texto punitivo.

En otro orden de ideas, hay que tener en cuenta que la exención de responsabilidad penal en los supuestos de concurrencia de las circunstancias eximentes, no supone extinción de la responsabilidad civil, dado que en estos supuestos se transmite a las personas que se establecen en el artículo 118 del Código Penal.

La acción para hacer efectiva la responsabilidad civil derivada de los delitos contra los consumidores puede ejercitarse de dos formas: 1) Ejercicio conjunto de la acción civil y de la penal ante el órgano jurisdiccional que conozca del delito. 2) Ejercicio independiente de la acción civil ante los juzgados y tribunales civiles. En todo caso, debe tenerse en cuenta el carácter semipúblico de la acción penal en determinados supuestos, a tenor del artículo 287 del CP.

De conformidad con el artículo 112 de la LECr, el ejercicio de la acción penal lleva consigo el de la acción civil, sin necesidad de manifestación expresa del perjudicado, a menos que medie renuncia o reserva expresa de la misma por dicho perjudicado. En el procedimiento penal es el

Ministerio Público o la parte interesada, como acusador particular o actor civil, quienes ejercitan la acción civil, cuya regulación se contempla en los artículos 109 y ss. de la LECr.

La acción civil -como hemos indicado más arriba- también puede deducirse separadamente de la penal, siempre que la parte perjudicada haya hecho reserva de acciones para ejercitarlas en el procedimiento civil correspondiente. Sin embargo, en este supuesto, aparte de los inconvenientes fácticos, tiene unas limitaciones legales: 1º) Mientras esté pendiente la acción penal no podrá ejercitarse la civil hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme (art. 111 LECr). 2º) Si la acción penal termina por sentencia firme declaratoria de que no ha existido hecho de la que la civil pudiera originarse, no podrá ejercitarse la acción civil (art. 116 LECr).

Es claro que el ejercicio separado de la acción civil y de la penal es un camino tortuoso para obtener un justo resarcimiento en las infracciones contra los derechos de los consumidores, por lo que es desaconsejable el ejercicio separado de referidas acciones, salvo casos excepcionales en los que puntualmente o por razones de oportunidad se hiciera necesario.

En materia de delitos contra los consumidores, cabe también la posible indemnización de daños morales. A este respecto hay que significar que la parte perjudicada tiene una gravísima carga, cual es la probanza de un mayor o menor daño moral, con los inconvenientes que toda cuantificación material de daños morales conlleva. El tribunal debe valorar objetiva y subjetivamente la naturaleza del derecho moral violado y la transcendencia de esos perjuicios, para lo cual será necesario analizar en cada caso concreto las circunstancias particulares que concurren.

*c) Efectos de las sentencias dictadas en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios*

Es normal que cuando se ejercite una acción por una asociación de consumidores con la legitimación prevista en el artículo 11 de la LEC se plantee el problema del alcance de dichas sentencias, habida cuenta la indeterminación de los afectados. El artículo 222 de la LEC ha resuelto la cuestión estableciendo al respecto las siguientes reglas:

1ª) Si la condena es dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica

o genérica, la sentencia estimatoria deberá determinar individualmente los consumidores o usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. En el supuesto de que la determinación individual resulte imposible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos para poder exigir el alcance de la resolución.

2ª) Si la sentencia declara ilícita una actividad, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en la litis correspondiente.

3ª) Si se hubieran personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

4ª) En las sentencias estimatorias de acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores, el tribunal, si lo estima procedente y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia, o cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

## D) ACCIONES ADMINISTRATIVAS

Ni que decir tiene que también podrán ejercitarse acciones administrativas, ante los órganos competentes. La acción puede ser pública, si bien la incoación de los correspondientes expedientes competirá a las administraciones.

## 12. REFLEXIÓN FINAL

De todo lo expuesto parece colegirse que en la publicidad casi siempre parece existir algo que podemos calificar de impúdico o indecente. También se ha venido manteniendo de forma tradicional que la publicidad está reservada generalmente a mercancías o bienes materiales que tienen un precio sobre el que se puede negociar, y no a los servicios o prestaciones que dependen de cualidades o aptitudes imponderables o morales, difícil de traducir a valores económicos *per se*, como ocurre, por ejemplo, con los servicios que nos proporcionan los profesionales liberales

Encontramos así explicación al hecho de que los profesionales liberales no hayan caído bajo la seducción de la publicidad, y hayan mantenido una actitud esquivada ante tales prácticas negándose a su aceptación. Escritores, médicos, artistas, abogados, en suma, todos los que de verdad tratan de prestigiar su persona procuran evitar la publicidad. Pues no está bien visto en estos profesionales y, en algunos casos, podría incluso producir hilaridad determinados anuncios.

En los supuestos en los que los honorarios son libres, no reglados, se confía en la conciencia y deontología del profesional, dado que sólo él puede valorarse. En estos supuestos, el médico, el abogado, el profesional, en suma, no expresa cuál es el "precio" de sus servicios, habla de "honorarios", palabra que deriva del honor, y si existe honor no debe haber caber mentira o engaño.

Pero en los últimos tiempos se han abandonado estas concepciones una tanto idealistas y se ha extendido la publicidad a ámbitos inusuales, y algunos piensan que quizá ello no sea deseable.

Si primara en todas las profesiones y sectores económicos el honor y la lealtad no sería necesaria la publicidad. Pero la publicidad se impone como algo necesario en esta sociedad cada vez más mercantilizada, por lo que, si como mal menor hay que aceptarla, al menos debemos procurar que discurra por cauces éticos.

Hemos comprobado que la publicidad hoy es consustancial a nuestra economía. La publicidad sirve para ayudarnos a liberarnos, al menos en cuanto al deseo, de ciertos problemas que falsos o reales se nos plantean. Nos ofrece la satisfacción de apetencias psicológicas. Ello supone un riesgo: la posibilidad de manipulación. De este riesgo debemos protegernos.

El Estado tutela, con mayor o menor acierto, ciertos abusos. Mas debemos comprender que somos los ciudadanos los que hemos de procurar defendernos, ejercitando todas las acciones que el ordenamiento jurídico arbitra en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, que son los sujetos más débiles que intervienen en el mercado.