



## Delimitación jurídica de la publicidad en derecho del consumo

■ VÍCTOR MANTECA VALDELANDE

Doctor en Derecho

**E**n este artículo se examinan los aspectos jurídicos de la publicidad comercial y de la oferta contractual, que, aunque constituyen fases previas al contrato, la buena fe y el propio ordenamiento las someten a las normas que regulan los contratos. Además se examina la regulación de los diferentes tipos de publicidad comercial y televisiva.

Los comerciantes y empresarios realizan ofertas al mercado con destino a los consumidores que requieren que éstos se vean protegidos, especialmente en el lapso contractual en la relación jurídica de consumo, a través de mecanismos especiales, dada la carencia de un contrato tipo que rige las respectivas posiciones jurídicas.

La cuestión se centra en el valor que debe tener la oferta, la promoción o la publicidad de los productos, en los casos en que no tengan las características ofertadas o señaladas en la publicidad.

La publicidad, promoción y oferta tienen lugar en la fase precontractual cuando los derechos y deberes jurídicos de las partes no están todavía definidos por la autonomía de la voluntad manifestada

en un acuerdo contractual, sino a través de mecanismos cuya concreción, como decimos, no está tipificada en el ordenamiento y cuyo régimen hay que rastrearlo en instituciones de carácter general.

La Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (LDCU) protege los derechos del consumidor en esa fase precontractual y dispone en su artículo 8 que la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajustarán a su naturaleza, condiciones, utilidad o finalidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones de garantía ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el comprobante recibido.

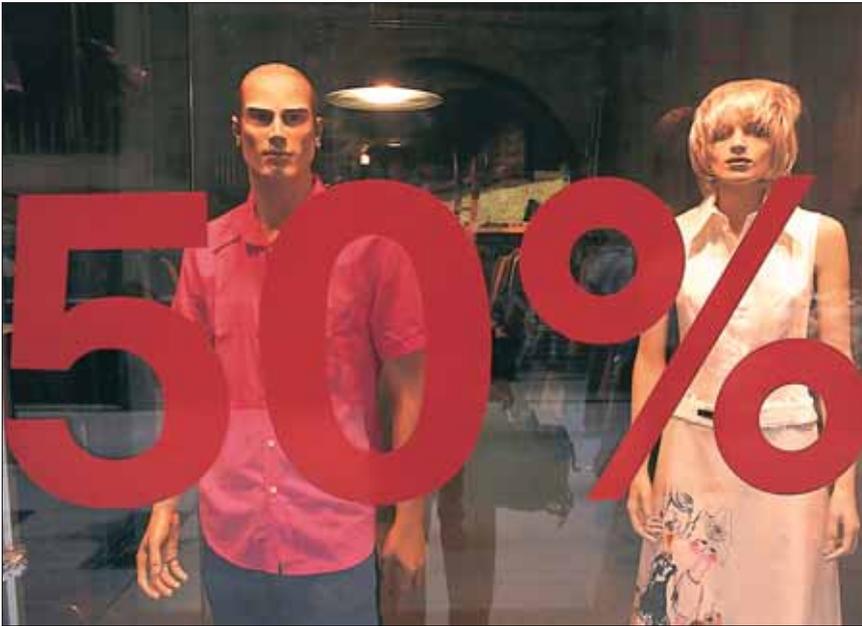
Jurídicamente es discutible si la publicidad constituye una invitación a la oferta o se trata de una oferta dirigida a persona incierta. En el primer supuesto, el oferente debe reproducir su declaración de voluntad con el mismo contenido en el momento de la aceptación del destinatario. En el segundo, el oferente queda vinculado con la aceptación de la oferta.

A este respecto, el Tribunal Supremo

se ha pronunciado considerando la declaración publicitaria como una oferta contractual. Tesis que teóricamente no hay inconveniente en aceptar, siempre que la oferta reúna los requisitos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa) y una verdadera intención de obligarse por parte del oferente. No obstante hay que tener en cuenta que no siempre son la misma persona el vendedor y el oferente y no siempre la oferta tiene todos los elementos esenciales del contrato.

La responsabilidad generada por la oferta o publicidad no viene por la vía de los tratos preliminares, sino por la relación de confianza generada a través de la misma, de manera que se materializaría en una culpa *in contrahendo*.

Al no existir todavía contrato, la responsabilidad por incumplimiento previo al contrato se reconduce a la responsabilidad extracontractual, de manera que el contenido de la reparación sería por el interés contractual negativo del consumidor. Como en toda responsabilidad extracontractual se exigirá la concurrencia de acto u omisión, daño y relación de causalidad entre ambos.



De todos modos, la responsabilidad del consumidor viene establecida en virtud de la nulidad derivada por vicios del consentimiento, especialmente en los casos de error y dolo.

En definitiva, la oferta y la publicidad pueden ser criterios de interpretación que integren el contrato por vía de lo dispuesto en el artículo 1282 del Código Civil (para juzgar la intención de los contratantes, deberá entenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato) y así lo entendió el Tribunal Supremo.

La oferta forma parte del contrato porque es consecuencia de la buena fe contractual, entendiendo que se trata de una obligación contractual exigible no porque sea contenido de una declaración de voluntad, sino porque lo exige el ordenamiento jurídico.

Por tanto, aquellos contenidos de la oferta que fueran contrarios a la buena fe serían nulos por ilegales y abusivos; además, conforme a la buena fe deberían exigirse aquellos contenidos que fueran habituales en el sector de la contratación.

#### CLASES DE PUBLICIDAD

El concepto legal de publicidad se encuentra recogido en la Ley 34/1988, Ge-

neral de Publicidad, que regula aquella como toda forma de comunicación realizada por un persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios derechos y obligaciones.

La Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios protege al consumidor frente a la publicidad engañosa y en el artículo 8 la equipara a la falsa a través del fraude. Por ello conviene diferenciar entre distintos conceptos de publicidad: engañosa, falsa, fraude y competencia desleal.

Publicidad engañosa es aquella que induce o puede inducir a error. Es decir, la publicidad es engañosa cuando los datos que contienen no se corresponden con la realidad (coincide por lo demás con el concepto de publicidad falsa) y cuando existe falta de correspondencia entre lo ofrecido y la realidad confundiendo a los consumidores destinatarios de la oferta.

Hay que tener en cuenta que no todo engaño responde a una inexactitud, sino que puede proceder de la ilegibilidad del mensaje, de la ambigüedad del mismo o por haber silenciado datos fundamenta-

les. En estos casos, la publicidad no es falsa, pues no se falta a la verdad en el contenido del mensaje publicitario, pero sí es engañosa.

El artículo 4 de la Ley General de Publicidad dispone que es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

Publicidad falsa propiamente dicha es aquella que falta a la verdad entre lo ofrecido y lo entregado. Hay que tener en cuenta que toda falsedad conlleva un engaño, por haber producido error mediante el falseamiento de los datos ofrecidos.

Por su parte, publicidad desleal es aquella que resulta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe.

La diferencia entre la publicidad desleal y la publicidad engañosa o falsa es que la primera trata de proteger a los consumidores y la segunda a los competidores. La primera se encuentra regulada y protegida por la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios y la segunda por la Ley de Competencia Desleal. El Tribunal Supremo ha entendido por competencia desleal la que provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.

Como hemos adelantado, la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone que la publicidad falsa o engañosa será perseguida y sancionada como fraude. Por tanto, el fraude es una sanción no una categoría diferenciada de publicidad ilícita. No toda publicidad engañosa o falsa conlleva fraude. Éste existe cuando, además de concurrir los requisitos necesarios para la catalogación de la publicidad como falsa o engañosa, interviene un componente subjetivo, cual es el dolo, es decir, la intención de producir la falsedad o el engaño. En estos casos la sanción puede ser civil, penal o administrativa.



Hay que tener en cuenta que el Código Penal vigente tipifica el delito publicitario en los artículos 282 y 283, sancionando a los fabricantes o comerciantes que en sus ofertas o publicidad de productos y servicios hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

La sanción civil tendrá como consecuencia la nulidad del contrato y la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

La sanción administrativa consiste en la imposición de multas y se rige por normas especiales administrativas y por la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

### OFERTAS

Hay diferentes tipos de ofertas que, con la finalidad de proteger al consumidor frente al oferente y evitar que éste pueda intentar desligarse de la oferta realizada, exigen determinados requisitos formales y de publicidad, cuyos contenidos van a vincularle directamente.

La oferta de aprovechamiento por turno está regulada en la Ley sobre Derecho de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de uso turístico, que establece la obligación del empresario de inscribir, de acuerdo con la normativa de la comunidad autónoma donde la oferta vaya a realizarse, un documento informativo con el carácter de oferta vinculante previamente inscrito en el Registro de la Propiedad a disposición de cualquiera que solicite la información. Este documento tendrá un contenido regulado por la Ley de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles.

La Ley de Crédito al Consumo hace referencia en su artículo 16 a la oferta vinculante; así, el empresario que pretenda establecer un crédito al consumidor, está obligado a entregarle un documento con todas las condiciones de crédito que deberá mantener durante un plazo mínimo de diez días.

La oferta vinculante de productos con obsequios se encuentra regulada en el



artículo 9 de la LDCU y desarrollada por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (arts. 32 y siguientes).

En las ventas directas, esta ley regula la oferta de venta directa y establece la prohibición de que en la oferta al público de mercancías de cualquier clase se invoque por el vendedor su condición de fabricante o mayorista salvo que realmente fabrique la totalidad de los productos puestos a la venta y que los precios ofertados sean los mismos que los aplicados a otros mayoristas.

Las ofertas públicas de venta en comercio minorista o la exposición de artículos en estos establecimientos obligan a su titular a proceder a su venta en las condiciones de adquisición establecidas previamente.

En las ventas en subasta se exige también el contenido veraz de la descripción del objeto subastado con identificación de sus calidades.

En la venta o arrendamientos de vivienda, el Real Decreto 515/1989, sobre protección de los consumidores en la información para la compra o arrendamiento de viviendas, se establece que la oferta se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error en sus destinatarios, de modo tal que afecte a su com-

portamiento económico y no silencie datos esenciales de la vivienda ofertada.

La Ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil asimila la regulación de los contratos celebrados entre empresario y consumidor en determinadas circunstancias, siendo de aplicación las normas sobre ofertas vinculantes.

### PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Ya hemos visto que, de acuerdo con lo establecido en la Directiva comunitaria 84/450 y la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, es publicidad engañosa tanto la que produce o puede producir error en los consumidores, la que puede perjudicar a un competidor y la que silencie datos esenciales cuya omisión provoque una falsa impresión o suscite expectativas razonables que el anunciante no puede satisfacer.

Para determinar la naturaleza engañosa de la publicidad hay que tener en cuenta diversos elementos:

- Características de los bienes, actividades o servicios.
- Precio completo, presupuesto o modo de fijación del mismo.
- Condiciones de adquisición, utilización o entrega de los bienes o servicios.
- Motivos de la oferta.
- Naturaleza, calificaciones y derechos del anunciante.
- Servicios postventa.

El control de la publicidad debe realizarse mediante mecanismos jurídicos de derecho de información al consumidor y teniendo en cuenta el principio de veracidad.

Todos los consumidores tienen derecho a una información veraz y objetiva acerca de los productos. Pero la información tiene como objetivo persuadir a los consumidores, es decir, no se dirige a informar sino a vender. Por ello ese objetivo empresarial debe someterse a los mecanismos de protección del consumo de forma que no se transforme en desinformación que pueda inducir a error. Se trata de compaginar dos principios esen-



ciales: la libertad de empresa y el derecho de protección del consumidor.

La ley no puede exigir al comerciante objetividad total en la información, pero sí imponer un nivel mínimo de veracidad de manera que el producto responda a las características ofertadas, pues de lo contrario la publicidad será engañosa. Pero además es preciso que produzca error susceptible de influir en el comportamiento económico de los destinatarios.

Entonces no todo desajuste será engañoso, sino sólo el que produzca efectivamente error.

Además, el contenido de la publicidad se integra en el contrato, aunque no se hubiera introducido en sus cláusulas, de manera que es exigible por el consumidor. El comerciante solo puede liberarse de esta exigencia si demuestra que el contenido de la publicidad falsa es erróneo.

### **PUBLICIDAD DESLEAL**

Es aquella contraria a las normas de corrección y buenos usos comerciales y aquella dirigida a ocasionar descrédito, denigrar o menospreciar a una empresa o sus productos, así como la publicidad comparativa que no se apoye en características esenciales objetivamente demostrables de los productos.

La Directiva de 1997 permite la publicidad comparativa si no es engañosa; cuando no compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad; cuando, únicamente, compare de modo objetivo características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes y servicios; que no induzca a confusión entre el anunciante y un competidor o entre las distintas marcas utilizadas por éstos; que no desacredite ni denigre marcas o signos de competidores; y que no se aproveche indebidamente de la reputación de otro competidor.

### **PUBLICIDAD SUBLIMINAL**

La Ley General de la Publicidad la define en su artículo 7 como aquella mediante



la cual se puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida y provocar estímulos de intensidad similar a la de los propios sentidos humanos.

### **FRAUDE**

La Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios sanciona la publicidad falsa o engañosa como actos de fraude y el fraude no se considera un tipo de publicidad ilícita sino una sanción de ella. El fraude está penalizado en el Código Penal (artículos 282 y 283), que castiga con penas de prisión o multa a los que lleven a cabo publicidad falsa, por otra parte se encuentra también civilmente penalizado por el Código Civil (art. 6.4 que sanciona con la aplicación obligatoria del precepto que se haya tratado de eludir mediante el acto fraudulento). La Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, el Real Decreto 1945/1983, sobre sanciones en materia de defensa del consumidor en el ámbito alimentario, y diversa normativa autonómica establecen sanciones administrativas por fraude, consistentes en multas que se gradúan según la entidad de la infracción: leve, grave o muy grave, cierre

temporal de establecimiento por un plazo máximo de cinco años, retirada de los productos y decomiso de la mercancía. También debe mencionarse el Real Decreto 1334/1999, que aprobó la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios.

Los conflictos judiciales derivados de la publicidad ilícita son competencia de los tribunales ordinarios de lo civil. A este respecto, la Ley General de la Publicidad introdujo las acciones procesales de cesación y rectificación de la publicidad.

La acción puede ser ejercitada por las Administraciones Públicas competentes, asociaciones de consumidores o usuarios, las personas naturales o jurídicas que se vean afectadas y quienes tengan un interés legítimo o derecho subjetivo.

La solicitud de cesación o rectificación debe hacerse por escrito, de manera que pueda quedar constancia fehaciente de la fecha y contenido de la petición. La cesación puede ser solicitada desde el comienzo hasta el fin de la actividad publicitaria. La rectificación, en cambio, desde el inicio hasta siete días después de finalizada la publicidad.

Mientras tiene lugar el desarrollo de los procedimientos pueden adoptarse medidas cautelares como la suspensión provisional de la publicidad o la prohibición de la difusión de la misma.

Una vez dictada la sentencia, se concede plazo para que el anunciante suprima los elementos ilícitos de la publicidad, para cesar de forma definitiva la misma, para difundir la publicidad co-rectora o para publicar la sentencia.

### PUBLICIDAD EN TELEVISIÓN

La Ley 22/1994, que incorporó al ordenamiento español la Directiva 89/552 CEE, sobre actividades de radiodifusión televisiva, utiliza diversas expresiones como publicidad por televisión: cualquier forma de mensaje televisado emitido mediante contraprestación y por encargo, con relación a una actividad comercial. Publicidad encubierta: forma de publicidad que suponga la presentación verbal, visual o sonora dentro de los programas, bienes o servicios, del nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que tenga propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza. Publicidad indirecta es aquella que, sin mencionar directamente los productos, utilice marcas, símbolos u otros signos distintivos de los mismos o de empresas que los produzcan o comercialicen.

El patrocinio publicitario por TV es el contrato en cuya virtud una persona denominada patrocinador, no vinculada a la producción, comercialización o difusión televisivas, contribuye a la financiación de programas de TV realizados por otra persona, llamada patrocinado, con la finalidad de promover el nombre, marca, imagen, actividades o realizaciones del patrocinador.

Televenta es la radiodifusión televisiva de ofertas directas al público para la adquisición o arrendamiento de toda clase de bienes y derechos o la contratación de servicios a cambio de una retribución.

Hay tres aspectos a tener en cuenta con relación al régimen de inserción de publicidad en las emisiones televisivas: los aspectos formales en cuanto a reconocimiento e intervalos de inclusión; los aspectos cualitativos, es decir el contenido de la publicidad, y los aspectos cuantitativos o límites espaciales temporales de inclusión.

Respecto al primero, la ley señala que como regla general la emisión de publicidad debe hacerse de forma agrupada entre los programas, siendo excepcional la inclusión aislada de anuncios. Además, las cuñas publicitarias deberán estar separadas por periodos de veinte minutos al menos y los programas informativos, documentales o infantiles sólo pueden ser interrumpidos cuando su duración programada sea superior a 20 minutos.

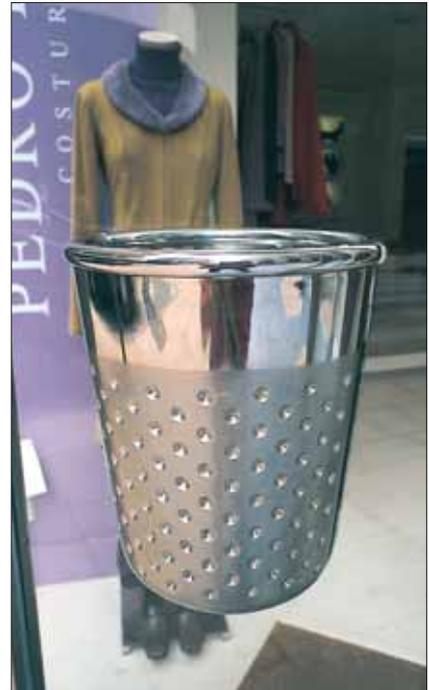
En cuanto al contenido, hay que distinguir entre publicidad ilícita: además de la que vulnere los preceptos de la LGP, la que infrinja la salud o seguridad de las personas, su dignidad y convicciones religiosas o políticas, la que incite a la violencia o comportamientos antisociales, crueldad o maltrato y destrucción, la que suponga abuso de los menores y la que explote la especial confianza de los niños en sus padres.

Publicidad prohibida es aquella que resultará vetada en razón de la naturaleza del producto.

Publicidad restringida es aquella que en consideración al producto se encuentra sometida a un régimen especial de inclusión (bebidas de menos de 20º, no dirigida a menores, no presentar menores bebiendo ni estimular el consumo inmoderado). La Ley 25/1994 dedica un capítulo al control y sanciones.

Finalmente, el artículo 9 de la LDCU dispone la utilización de concursos, sorteos, regalos, vales premio o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, productos o servicios.

A este respecto conviene diferenciar entre la prima, que exige dependencia respecto al contrato principal a título oneroso; regalo, que es la entrega de un



producto o presentación de servicio a título gratuito que no depende de un contrato principal a título oneroso; sorteo, consistente en ofrecer una participación en un juego, y concurso, que ofrece la participación en un certamen, competición o juego en que el premio se determina en función de la preparación o pericia.

En nuestro ordenamiento no está prohibida la utilización de concursos, sorteos, regalos, vales-premio o similares como métodos vinculados a la oferta, de forma que la regulación ulterior de los mismos debe limitar el abuso y el engaño, pero no prohibir las técnicas enunciadas.

Finalizar recordando que la Constitución española (art. 51) consagra la protección de los intereses legítimos de los consumidores y la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios enuncia como derecho básico la protección de estos intereses, que deberán ser respetados desde las fases previas al consumo propiamente dicho, contemplando un escenario de ofertas y publicidad ajustados al ordenamiento jurídico. ■

**VÍCTOR MANTECA VALDELANDE**

Doctor en Derecho