



UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

FACULTAD DE ECONÓMICAS

GRADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS

LA PUBLICIDAD COMERCIAL ILÍCITA

AUTOR: Javier Brazuelo Miguel

TUTOR: Benjamín Peñas Moyano

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. DEFINICIÓN Y SUPUESTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA.....	6
2.1. ¿QUÉ ES LA PUBLICIDAD COMERCIAL ILÍCITA?.....	6
2.2. ¿QUÉ MODALIDADES DE PUBLICIDAD ILÍCITA NOS ENCONTRAMOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?	7
2.3. ¿QUÉ CARACTERÍSTICAS TIENE CADA UNO DE ELLOS?	8
2.3.1. LA PUBLICIDAD CONTRARIA A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA O A LOS VALORES Y DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN.....	8
2.3.1.1. *CASO MEDIA MARKT*	12
2.3.2. LA PUBLICIDAD DIRIGIDA A MENORES:	15
2.3.2.1. *CASO VOLKSWAGEN GOLF*	18
2.3.3. LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL	20
2.3.3.1.*CASO FACEBOOK*	21
2.3.3.2. *CASO TVE*	23
2.3.4. LA PUBLICIDAD QUE INFRINJA LO DISPUESTO EN LA NORMATIVA QUE REGULE LA PUBLICIDAD DE DETERMINADOS PRODUCTOS, BIENES, ACTIVIDADES O SERVICIOS.....	25
2.3.4.1. *CASO PELICULA LARRY CROWNE*	27
2.3.5. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA, LA PUBLICIDAD AGRESIVA, Y LA PUBLICIDAD DESLEAL.....	28
2.3.5.1.*CASO PEUGEOT*	30
2.3.5.2. *CASO GRANINI*	32
2.3.5.3.*CASO MOVISTAR-ONO-YOIGO-ORANGE-JAZZTEL*	34
2.3.5.4. *CASO JAZZTEL*	35
3. RÉGIMEN REPRESIVO DE LA PUBLICIDAD ILÍCITA	38
4. CONCLUSIONES.....	40
5. BIBLIOGRAFÍA	43

Motivación

Lo que me llevó a elegir el tema propuesto para este TFG y de la elección de mi tutor, es consecuencia del gran recuerdo que tuve tanto de la asignatura de derecho mercantil, en el primer curso de la carrera, como de las clases de mi actual tutor, que me despertaron una gran curiosidad por el derecho mercantil y por la gran diversidad de temas que en esta asignatura se trataban, entre los cuáles, la publicidad siempre me llamó la atención.

Objetivos

- Objetivo general: Diseñar un informe sobre la Publicidad Comercial Ilícita y sus distintas modalidades.
- Objetivo específico: Ayudar a la sociedad y en especial a la parte contratante más débil frente a la aparición de las nuevas técnicas de comercialización donde la influencia de la publicidad es cada vez mayor. Proporcionándoles información, conocimiento y las herramientas para defenderse y controlar la enorme influencia de la publicidad a través de la difusión de los medios de masas.

Metodología

Se ha realizado la búsqueda de bibliografía en Google, libros de texto y periódicos nacionales.

De las 96 búsquedas bibliográficas se han seleccionado 24 artículos para desarrollar este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

La publicidad constituye un elemento imprescindible para que se pueda desarrollar la competencia en el mercado. Su finalidad fundamental se basa en promover la contratación de bienes y servicios entre productores y consumidores. Pero no sólo favorece a los empresarios, permitiéndoles ampliar y mantener su clientela, sino que también favorece a los consumidores, a quienes, al menos teóricamente, por medio de la publicidad se les suministra información acerca de la oferta de bienes y servicios existentes, para que puedan elegir mejor a fin de satisfacer sus necesidades. La actividad publicitaria cumple una función informativa, ilustradora y fundamentalmente persuasiva o “seductora” para los consumidores.¹

La publicidad es una forma de comunicación a través de los medios de masas. Se basa en el anuncio, que es el mensaje. Este mensaje es controlado, porque pasamos a emitir ese anuncio.

Hasta ahora hemos delimitado el concepto y características de todo mensaje publicitario. Pero desde una perspectiva pragmática, no es difícil observar como la publicidad es uno de los medios que garantizan la toma de contacto entre empresario (sus productos o servicios) y el consumidor final.²

Así, a través de la publicidad, de su contenido expresado en el mensaje, el consumidor o usuario adquiere ciertos conocimientos del bien o servicio anunciado, datos en los que se aúnen ciertas condiciones de objetividad necesarias para poder ser calificados de informativos, junto con la posición subjetiva de quien desea comercializar sus productos en el mercado.²

Por esta razón algunos autores, se han atrevido incluso a considerar a la publicidad como “el principal medio de información” , debido a su enorme

¹Broseta M., Martínez F. Derecho de la competencia: La competencia desleal y la publicidad comercial (Cap. 7. II. La publicidad como instrumento de la competencia). En: Broseta M., Martínez F. Manual de Derecho Mercantil. Volumen I. 20ª Edición. Madrid; Tecnos: 2013: pp. 213 – 218.

² Martín M. La publicidad; su incidencia en la contratación. Madrid; Dykinson; 2002. pp. 34-38

progresión y alcance desde el punto de vista humano ,so capa del efecto manipulador que lleva implícito su mensaje.³

La presencia de un contenido o aspecto informativo en todo mensaje publicitario es reconocido hoy en día por la doctrina más acreditada, pero hay que señalar y establecer el límite que nos permita diferenciar ambas figuras, que si bien en principio, presentan unos objetivos muy dispares , en ocasiones es difícil determinar el matiz diferenciador, llevándonos a la conclusión de que tanto la publicidad como la información son dos figuras vinculadas entre sí, al enervarse ambas en conductos o medios de comunicación social. Incluso en ocasiones la existencia de ese binomio información-publicidad hace que el consumidor confunda lo que es la publicidad pura y dura, con la información.³

caracteres diferenciales entre la publicidad y la información

A pesar de las dificultades señaladas, podemos extraer una serie de elementos integrantes de la publicidad y de la información, que nos permitan crear una frontera imaginaria entre ambos tipos de mensajes.³

- Objetividad informativa, frente a la sugestión, tendenciosidad y subjetividad publicitaria.³

La publicidad es ante todo un mecanismo de sugestión, en el mensaje encontramos expreso un elemento, en forma de lenguaje de imágenes, signos, colores, sonidos, etc., que desplegara su “vis atractiva”, entre el producto anunciado y el consumidor, cuando este lo reciba, y que consecuentemente concluirá (en gran número de ocasiones) con la adquisición o uso del bien o servicio ofertado por parte del destinatario de la misma.³

Hoy en día la función prevalente de la publicidad es precisamente la de ejercitar a través de los medios de comunicación social ese influjo psicológico sobre el público para promover y facilitar la adquisición de determinados bienes o servicios.³

Por el contrario, nos hallaremos ante un mensaje puramente informativo cuando la objetividad marque su redacción, esto es, cuando la totalidad

³ Martin M. La publicidad; su incidencia en la contratación. Madrid; Dykinson; 2002. pp. 34-38

de su contenido pueda ser comprobado. Es decir, dicha comunicación se hallara gobernada por la ausencia de sugestión.⁴

En la mayor parte de los mensajes publicitarios se encuentran mezcladas ambas características, debiendo el consumidor atender a las condiciones allí descritas en la publicidad, compararlas con las de otros bienes similares, y valorar sus ventajas antes de adquirir el producto.⁴

- Finalidad preferentemente comercial de la publicidad, frente al fundamento exclusivamente difusor de la información.

Debemos destacar en este punto la finalidad económica, puramente mercantil de la publicidad, de ahí que se califique como comercial, en cuanto a su prioridad consiste en el fomento de la contratación, en el sentido de acercar las prestaciones empresariales a una posible clientela.⁴

Frente a la finalidad económica de la publicidad que pretende garantizar el incremento de los beneficios empresariales, o la ocupación de una situación de mayorazgo en el mercado, debemos expresar el objetivo o voluntad únicamente difusora de conocimientos, datos, advertencias,...por parte de la información en sentido estricto.⁴

Centrándonos desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico, el primer texto legal que se ocupó de la regulación de la publicidad comercial en España fue el Estatuto de la Publicidad de 1964. En relación con él, puede afirmarse que fue una norma absolutamente pionera, pues fue uno de los primeros textos legales de nuestro entorno jurídico que se ocupó de regular la publicidad comercial. Acometió esta tarea desde una perspectiva más próxima a la tutela de los intereses de los consumidores y del interés general; que de los intereses empresariales.⁵

Tras el transcurso del tiempo y de la vertiginosa evolución de la publicidad y las técnicas de comunicación comercial provocaron una rápida obsolescencia de

⁴ Martín M. La publicidad; su incidencia en la contratación. Madrid; Dykinson; 2002. pp. 34-38

⁵ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

aquel texto legal. Esta circunstancia, unida a la necesidad de adaptar la legislación española a la Directiva comunitaria de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa, provocaron la derogación del Estatuto de la Publicidad y su sustitución por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP).⁶

Tras su promulgación, la LGP fue objeto de sucesivas reformas, siendo la última de ellas la operada a través de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.⁶

En su redacción actual, la LGP delimita su ámbito de aplicación ofreciendo una definición de lo que ha de entenderse por publicidad. A continuación, recoge un catálogo de modalidades de publicidad ilícita. Y, finalmente, regula las acciones que cabe emprender frente a la publicidad ilícita. Estos son los aspectos que estudiaremos a continuación.⁶

2. DEFINICIÓN Y SUPUESTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA

2.1. ¿QUÉ ES LA PUBLICIDAD COMERCIAL ILÍCITA?

Según el artículo 2 LGP, se entiende por publicidad “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.⁶

A la luz de este concepto, la pretensión del legislador es restringir el ámbito de aplicación de la LGP a la publicidad comercial y al definir también lo que ha de entenderse por esta, la LGP ha optado por una formulación muy amplia. Para este texto legal, es publicidad (comercial) cualquier forma de comunicación que se realice en el ejercicio de una actividad económica y que, de forma directa o indirecta, promueva la contratación de bienes, productos, actividades o servicios. Así pues, la LGP no solo regula mensajes publicitarios de corte tradicional sino también cualquier otra forma de comunicación que sea apta

⁶ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

para promover la contratación de bienes o servicios, tales como las actividades de relaciones públicas o los mensajes recogidos en el etiquetado o en la presentación comercial de un producto.⁷

La definición de publicidad ilícita viene recogida, en el artículo 3 de la LGP, donde encontramos, una lista cerrada de supuestos, en los que se considera ilícita una publicidad y que reproduzco a continuación.

2.2. ¿QUÉ MODALIDADES DE PUBLICIDAD ILÍCITA NOS ENCONTRAMOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?

Dentro del ámbito que acabamos de analizar, la LGP establece un catálogo de modalidades de publicidad ilícita. Este catálogo se recoge en su artículo 3, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Es ilícita:

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.⁷

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.⁷

- b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos,

⁷ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o para terceros.⁸

- c) La publicidad subliminal.⁸
- d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.⁸
- e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.⁸

2.3. ¿QUÉ CARACTERÍSTICAS TIENE CADA UNO DE ELLOS?

2.3.1. LA PUBLICIDAD CONTRARIA A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA O A LOS VALORES Y DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN.

- 1.1) La publicidad contraria a la dignidad de la persona o a los valores y derechos constitucionalmente reconocidos.

Conforme al catálogo reconocido en el artículo 3 LGP, la primera modalidad de publicidad ilícita es aquella que resulte contraria a la dignidad de la persona o los valores o derechos constitucionalmente reconocidos.⁸

De esta forma, el artículo 3.a) LGP encierra una remisión en bloque al Título I de la Constitución. Esta remisión, a mi modo de ver, debe entenderse efectuada a la totalidad de los derechos y principios reconocidos en dicho Título, y no solo a los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. En efecto, el tenor literal de aquel precepto no permite una interpretación en virtud de la cual solo la infracción de derechos susceptibles de amparo constitucional puede determinar la calificación de un mensaje publicitario como ilícito. Al referirse a los derechos y valores reconocidos en la Constitución, el legislador español ha

⁸ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

integrado en el ámbito del artículo 3.a) LGP la totalidad de derechos, valores y principios recogidos en el Título I; así las cosas, la infracción de cualquiera de estos derechos, valores y principios en el contexto de un mensaje publicitario podría originar un reproche de ilicitud de aquel.⁹

Dicho esto, serán pocas las ocasiones en las que este mensaje contario a los derechos, valores y principios constitucionalmente reconocidos, sea transmitido de manera explícita en la publicidad. Habitualmente, se tratara de un mensaje implícito en las situaciones y escenas que se describen en la publicidad. De todas formas, como quiera que estas conductas, escenas y situaciones son, en la mayor parte de las ocasiones, susceptibles de múltiples interpretaciones, debe aplicarse también en este ámbito la regla según la cual el anuncio ha de ser examinado en función de la interpretación que al mismo atribuya un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, dentro del concreto círculo de destinatarios de la publicidad.⁹

1.2) Publicidad y derecho a la explotación publicitaria de la propia imagen.

Pese que el artículo 3.a) LGP incorpora una remisión de carácter general y abierta a la totalidad de los derechos y principios recogidos en el Título I de la Constitución, la referencia expresa a los artículos 14 y 18 de la Constitución obliga también a prestar una exclusiva atención a dos de ellos: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y el principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo.⁹

Conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en el ámbito del derecho a la propia imagen deben diferenciarse dos dimensiones distintas: la dimensión personal y la dimensión patrimonial. Sólo existirá una vulneración del derecho

⁹ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen cuando la utilización in consentida de la imagen de un tercero afecte a la dimensión personal de su derecho a la propia imagen. Sin embargo, cuando el uso de la imagen de un tercero afecte solo a la dimensión patrimonial de su derecho, no cabe afirmar la existencia de una vulneración de su derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.¹⁰

1.3) La utilización de la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

En su inciso segundo, el artículo 3.a) tipifica como supuesto de publicidad ilícita “los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar violencia” a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.¹⁰

Así las cosas, el precepto tipifica un caso concreto en el que debe entenderse que la publicidad, por definición, atenta contra la dignidad de la persona y los valores y derechos constitucionalmente reconocidos: aquel en el que los anuncios presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria. Al mismo tiempo, el nuevo artículo 3.a) contempla dos hipótesis diversas en las que cabe afirmar que se produce ese trato vejatorio y contrario a la dignidad de la mujer.¹⁰

En primer término, cuando se utilice particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar. En mi opinión, la

¹⁰ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

aplicación de esta regla exige el concurso de, al menos, tres supuestos: la utilización del cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad, la utilización del cuerpo femenino como mero objeto y, finalmente, la desconexión total y absoluta entre la imagen utilizada y el producto promocionado.¹¹

Debemos entender por parte captatoria aquel fragmento del mensaje publicitario que, por su configuración, capta en primer término la atención de los destinatarios, focalizando el interés de estos. De esta forma, para que la representación del cuerpo femenino de lugar al ilícito contemplado en el artículo 3.a), es preciso, a su vez, que el cuerpo femenino se presente como mero objeto. Así lo marca aquel precepto cuando alude a la utilización del cuerpo o partes del mismo “como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar”.¹¹

Por último, el ilícito contemplado en el artículo 3.a) exige también la desconexión total y absoluta entre la imagen femenina que se representa y el producto promocionado.¹¹

En definitiva, el legislador se ha centrado en la represión de aquellos supuestos en los que el cuerpo femenino (por su relevancia en el contexto del anuncio, su poca implicación en la acción publicitaria y su desvinculación con el producto) haya sido utilizado como simple elemento de atracción; esto es, como puro reclamo que, sin guardar relación con el producto, sirve para atraer la atención de los consumidores sobre un anuncio. Tal circunstancia no se verificara cuando entre la imagen utilizada en la publicidad y el producto objeto de promoción exista una conexión directa e indiscutible.¹¹

La segunda hipótesis en la que el artículo 3.a) presume la existencia de un trato vejatorio de la mujer, está integrada por aquellos casos en los que se utiliza su imagen asociada a comportamientos estereotipados.¹¹

¹¹ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

Para poder hablar de la representación publicitaria de un estereotipo es también preciso que el anuncio, de un modo u otro, transmita a sus destinatarios el mensaje según el cual la labor o el trabajo desarrollado son propios y exclusivos de las mujeres. Así las cosas, al analizar si concurre el ilícito contemplado en el art.3.a) *in fine*, no hay que tomar en consideración únicamente el tipo de trabajo o actividad que desarrolla la mujer en el anuncio. Debe atenderse también, y sobre todo, al mensaje que el anuncio transmita a sus destinatarios. Así, podrá considerarse una infracción del art.3.a) cuando el anuncio, considerado en su conjunto y atendiendo a todas sus circunstancias, sea apto para transmitir el mensaje según el cual las actividades que en él se representan son exclusivamente femeninas o propias de las mujeres.¹²

2.3.1.1. *CASO MEDIA MARKET*

En el anuncio de la cadena de electrodomésticos Media Markt aparece una flecha señalando los pechos de dos mujeres con pronunciados escotes bajo el reclamo “verás las mejores delanteras del mundo”.

La Federación de Consumidores en Acción (Facua) ha denunciado a la cadena de electrodomésticos Media Markt por esta campaña sexista, al encontrarnos, ante un supuesto de publicidad ilícita, ya que la ley prohíbe *todo anuncio que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores o derechos reconocidos en la Constitución*. Asimismo, Facua argumenta que la legislación prohíbe las campañas publicitarias en las que se presenten a las mujeres *de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar*.¹³

¹² García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

¹³ Fernández M., Los anuncios que Media Mark tuvo que retirar por sexistas. Facua [Internet]. 2006 [24/05]. Disponible en: http://margafernandez.blogspot.com.es/2007_07_01_archive.html

FACUA, que también se ha dirigido a la empresa para exigirle la retirada de la campaña publicitaria, ha presentado sus denuncias ante el Instituto Nacional del Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo y el Instituto de la Mujer del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Las ha dirigido asimismo a las administraciones competentes en materia de Consumo y Políticas de Igualdad de las comunidades de Cataluña, donde Media Markt Saturn España Administración España, SAU tiene su sede social central, y Andalucía, en cuya capital ha detectado la campaña.¹⁴

El anuncio incurre en un precepto de publicidad ilícita prohibido en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. En su primer apartado, el citado artículo prohíbe a todo anuncio "que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores o derechos reconocidos en la Constitución", entre los que se incluyen los que "presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género".¹⁴

FACUA señala que la denigración de la mujer o su utilización como un mero objeto sexual en su publicidad es una práctica habitual de la cadena de electrodomésticos alemana.¹⁴

¹⁴ Fernández M., Los anuncios que Media Mark tuvo que retirar por sexistas. Facua [Internet]. 2006 [24/05]. Disponible en: http://margafernandez.blogspot.com.es/2007_07_01_archive.html



No es la primera denuncia a la que se enfrenta Media Markt por publicidad sexista. El Gobierno Vasco denunció a la cadena por un anuncio en el que se promocionaba a la cadena de distribución bajo el reclamo *un año calentando el ambiente* y en el que se mostraban las piernas de una mujer, mientras tres chicos la miraban y señalaban desde abajo.¹⁵



El Gobierno Vasco impuso una sanción de 6.000 euros a Media Markt por tratar a la mujer como un "objeto sexual" en esta campañas publicitaria.¹⁶

¹⁵ Media Markt, denunciada por una campaña de publicidad sexista. Revista profesional de electrodomésticos, electrónica de consumo y nuevas tecnologías. Sonitron [Internet]. 2006 [30/05]. Disponible en: <http://www.sonitron.net/noticia/media-markt-denunciada-por-una-campana-publicidad-sexista/2158>.

¹⁶Gorospe P. El Gobierno multa a Media Markt con 6.000 euros por un anuncio sexista. El País [Internet]. 2006 [19/07]. Disponible en: <https://www.meneame.net/story/gobierno-multa-media-markt-6.000-euros-anuncio-sexista>

2.3.2. LA PUBLICIDAD DIRIGIDA A MENORES:

Una de las principales novedades del texto actual de la LGP (tras la reforma operada por la Ley 29/2009) consiste en la introducción de una serie de supuestos de publicidad ilícita directamente relacionados con la protección de los menores.¹⁷

2.1) La incitación a los menores a la compra de un bien o servicio.

Según se establece en el primer inciso del artículo 3.b) LGP, es ilícita la publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad.¹⁷

En primer lugar, aquel precepto sólo resultará de aplicación cuando se concluya que el mensaje publicitario se encuentra dirigido a los niños.¹⁷

Entiendo que el artículo 3.b) LGP sólo comprende aquellas hipótesis en las que la incitación o exhortación a la compra es directa. En consecuencia, aquel precepto impide que en el anuncio se incluyan o utilicen imperativos que inciten al niño de forma directa a la adquisición del correspondiente bien o servicio, tales como “compra”, “colecciona”, “reúne”, “hazte con todos”, etc.¹⁷

2.2) La presentación de los niños persuadiendo a sus padres o tutores para la compra de un bien o servicio.

El artículo 3.b) LGP (inciso primero, *in fine*) califica como ilícita la publicidad en la que aparezcan menores persuadiendo de la compra a padres o tutores.¹⁷

De esta forma, prohíbe la simple representación de menores persuadiendo a sus padres o tutores de la adquisición de un bien o de la contratación de un servicio.¹⁷

¹⁷ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

2.3) La presentación de niños en situaciones peligrosas.

En su inciso segundo el artículo 3.b) LGP declara la ilicitud de aquella publicidad en la que se presente a los niños en situaciones peligrosas. Esta prohibición de presentar a los niños en situaciones de peligro parece extender su ámbito de aplicación más allá de los mensajes publicitarios específicamente dirigidos al público infantil.¹⁸

No procederá la aplicación de este precepto a aquellos mensajes publicitarios que por sus características y por las circunstancias que envuelvan a su difusión, no sean aptos para alcanzar un público infantil. En efecto, al prohibir que los niños aparezcan en publicidad en situaciones de peligro, el legislador español parece asumir que existe un riesgo de que aquéllos reproduzcan de forma mimética la conducta o el comportamiento representado en el anuncio. Pero este riesgo, sólo existirá cuando la publicidad pueda alcanzar al público infantil, aun cuando no se dirija de forma específica a éste.¹⁸

Para finalizar, aquella prohibición no resultara aplicable en aquellas hipótesis en las que exista una causa justificada para la representación de los niños en situaciones de peligro. Tal excepción se extenderá al menos, en mi opinión, a aquellas hipótesis en las que los niños son presentados en situaciones peligrosas en el contexto de anuncios que precisamente pretenden disuadir de ciertas conductas o comportamientos.¹⁸

2.4) La prohibición de inducción a error

Para finalizar, el inciso tercero del artículo 3.b) establece lo siguiente: “no se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o para terceros”.¹⁸

Bajo una interpretación literal, se puede entender que la prohibición recogida en el inciso tercero del artículo 3.b) resulta aplicable a cualquier mensaje publicitario, con independencia de quiénes sean sus destinatarios.¹⁸

¹⁸ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

Sin embargo, entendemos que el artículo 3.b), inciso tercero, no puede ser objeto en este punto de una interpretación literal. En efecto, no cabe ignorar que aquel precepto pretende prohibir la inducción a error a los menores en relación con las características de los productos, su seguridad, o la capacidad y aptitudes necesarias para utilizarlos. Por consiguiente, y puesto que se pretende prohibir la inducción a error a un círculo concreto de destinatarios (los menores), parece razonable concluir que aquel precepto solo resultará de aplicación a los mensajes publicitarios que se dirijan a estos.¹⁹

Una vez delimitado su ámbito de aplicación del artículo 3.b), inciso tercero, es necesario analizar su alcance. A estos efectos, debe destacarse que el precepto prohíbe la inducción a error sobre tres extremos diversos: sobre las características de los productos o servicios, sobre su seguridad, o sobre la capacidad y aptitudes necesarias para utilizarlos sin producir daño para sí o para terceros.¹⁹

Así las cosas, las características del bien o servicio integran el primer extremo sobre el cual puede recaer el engaño. En este aspecto, conviene insistir en que, por su confianza y credulidad naturales, los niños tienden a hacer una interpretación más literal de la publicidad, por lo que ésta ha de ser extremadamente cuidadosa a la hora de reflejar de forma fiel las características y prestaciones reales del producto promocionado.¹⁹

En ocasiones, para que la publicidad transmita una imagen fiel y no distorsionada de éstos, será necesario que el anunciante incluya en los anuncios información adicional en relación a los requisitos de funcionamiento del juguete o acerca de los productos que se adquieren conjuntamente o por separado.¹⁹

Puede contener indicaciones los anuncios como: “funciona con pilas”, “se venden por separado” para evitar inducir a error a los menores.¹⁹

A pesar de lo anterior, existirán supuestos en los que el anuncio describa fielmente las características y prestaciones que puede desarrollar el producto

¹⁹ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

promocionado, ocurriendo, sin embargo, que el juguete solo alcanzará estas prestaciones en manos de un usuario experimentado, siendo probable que un menor con un grado de experiencia normal nunca llegue a alcanzar la destreza en el uso del producto que permita alcanzar las prestaciones que se muestran en la publicidad. A este tipo de supuestos parece referirse el artículo 3.b), inciso tercero, cuando prohíbe la posibilidad de que se induzca a error a los menores acerca de la capacidad y aptitudes necesarias para utilizar el producto sin causar daño para sí o para terceros.²⁰

Para terminar, el precepto también contempla el engaño sobre la seguridad de los productos. Se pretende así evitar los mensajes publicitarios en los que el producto se presenta como “seguro” para los niños cuando, en realidad, su manipulación puede implicar ciertos riesgos.²⁰

Desde mi punto de vista, este último apartado de prohibición resultara infringido, en primer lugar, cuando se afirme explícitamente que el producto resulta seguro para los niños no siendo cierto. También existirá una infracción del artículo 3.b) *in fine*, en segundo lugar, cuando se afirme que el uso del producto por parte de los niños es seguro, pero tal grado de seguridad sólo se alcance bajo circunstancias o condiciones de utilización especiales o extraordinarias que se omiten.²⁰

Por último, también cabría afirmar una infracción del artículo 3.b) *in fine*, cuando, pese no aludirse de forma explícita a la seguridad del producto para los niños en la publicidad, éstos aparecen en el anuncio utilizándolo normalmente (cuando el uso del producto conlleva riesgos para su seguridad) o sin cumplir los requisitos y condiciones especiales o extraordinarias que resultan precisas para que el uso del producto por un menor sea seguro.²¹

2.3.2.1. *CASO VOLKSWAGEN GOLF*

Examinamos un spot que se emitió en la televisión española en el año 2009. En el anuncio se publicita el vehículo Volkswagen Golf. En él, aparecen dos

²⁰ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

niños simulando el funcionamiento de un coche cada uno. El primero de ellos, simula el sonido pero toma respiración al cambiar de marcha, mientras que el segundo (al tratarse de un vehículo automático) no respira e interpreta el sonido durante un largo tiempo, llegando a ofrecer síntomas de asfixia. Lo que quieren destacar los creadores de este anuncio es el mecanismo automático de este vehículo.²¹



Anuncio: <http://www.youtube.com/watch?v=LfBPGoru6vE>

La Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) ha denunciado el último anuncio de Volkswagen Golf ante la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, ya que opina que puede ser peligroso para los menores.²²

La AUC mantiene que el anuncio incumple normativas comunitarias como la Ley 22/1999, de 7 de junio, que cita en uno de sus artículos que “la publicidad por televisión no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores”. Para ello deberá evitar mostrar a niños en situaciones peligrosas, a no ser que haya un motivo justificado, ya que los menores tienden a imitar los comportamientos vistos en televisión.²²

²¹Lasheras J. CasoVolkswagen Golf: “Spot contrario a la protección de la infancia”. Observatorio jurídico de la publicidad [Internet]. 2014 [19/01]. Disponible en: <http://observatoriojuridicodelapublicidad.com/spot-contrario-a-la-proteccion-de-la-infancia/>

²² Volkswagen Golf denunciado por su último anuncio. Marketingdirecto [Internet]. 2005 [20/06]. Disponible en: <http://www.marketingdirecto.com/actualidad/publicidad/volkswagen-golf-denunciado-por-su-ultimo-anuncio/>

El ministerio de Industria, Turismo y Comercio ha desestimado la demanda presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) en relación a un anuncio de Volkswagen Golf, ya que considera que "no presenta al niño en situación peligrosa". "Las situaciones en que aparecen los menores se presentan en un entorno creativo en el que no se aprecian circunstancias para que dicha situación pueda calificarse comúnmente como peligrosa", según la respuesta del ministerio.²³

2.3.3. LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL

La tercera modalidad de publicidad ilícita que se enumera en el artículo 3 LGP es la publicidad subliminal. Esta modalidad publicitaria, a su vez, se define en el artículo 4 del mismo texto legal con los siguientes términos: "será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida".²⁴

En el ámbito de la publicidad, el empleo de técnicas subliminales se remonta al año 1956, año en el que el propietario de una agencia de publicidad llamado James Vicary introdujo durante la proyección de una película, y a una velocidad de 1/3000 de segundo, sendos mensajes que recomendaban "Beba Coca Cola" y "Coma palomitas de maíz". Dada la velocidad a la que eran transmitidas estas imágenes, estas no podían ser conscientemente percibidas por los espectadores; pero quedaban grabadas en el subconsciente.²⁴

La publicidad subliminal, se dirige de manera directa al subconsciente de las personas, actuando a través de técnicas de producción de estímulos que no pueden ser percibidos por los sentidos. En definitiva, bien podría afirmarse que la imposibilidad de percibir el mensaje a través de los sentidos (esto es, la

²³ Industria desestima la demanda de la Asociación de usuarios de la comunicación por el anuncio del Golf. El mundo [Internet]. 2005 [04/07]. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/07/04/comunicacion/1120486064.html>

²⁴ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

imposibilidad de percibir el mensaje publicitario de forma consciente), es el forma que mejor define la publicidad subliminal.²⁵

Por lo demás, en el momento de aplicar la prohibición relativa a la publicidad subliminal, debe trazarse una nítida distinción entre esta categoría publicitaria y otra con la que a menudo suele ser confundida. Se trata de la publicidad encubierta y, más en particular, el emplazamiento de productos (*product placement*), que consiste precisamente en la colocación de productos con sus signos distintivos visibles durante el desarrollo de películas, series u otras obras audiovisuales. Pues bien, en el emplazamiento de productos el espectador de la película o serie percibe la imagen del producto a nivel consciente, lo único que sucede es que desconoce la finalidad publicitaria de esa inserción. En la publicidad subliminal, en cambio, el espectador no es consciente de haber percibido el correspondiente estímulo.²⁵

2.3.3.1.*CASO FACEBOOK*

Facebook en su página de inicio esconde un mensaje que probablemente llega hasta tu cerebro de forma subliminal, bajo el mensaje 'Facebook te ayuda a comunicarte y compartir con las personas que forman parte de tu vida' se despliega un esquema del mapa del mundo y una 'red' que enlaza a unas personas con otras. Ahora bien, si sigues la secuencia de estas relaciones, ¿no ves aparecer la palabra 'sex'? ¿Es esta la forma de relacionarse a la que se refiere Facebook?²⁶

La Psicología nos da la respuesta a esas preguntas, de la manipulación a través del subconsciente, que se explica así: "La mente humana se divide básicamente en dos partes o niveles: conciencia y subconsciencia. El consciente está integrado por procesos mentales cuya presencia advertimos.

²⁵ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

²⁶ Un mensaje subliminal en la página inicial de Facebook. Qué! [Internet]. 2014 [04/11]. Disponible en: <http://www.que.es/ultimas-noticias/curiosas/201411040802-mensajes-subliminales-publicidad-cocacola-marlboro.html>

Es capaz de analizar, criticar, modificar, aceptar y/o rechazar las propuestas que recibe desde afuera”.²⁷

La subconsciencia en cambio está formada por un conjunto dinámico de deseos, sentimientos e impulsos fuera del campo de nuestra percepción consciente, se le puede comparar con un gran banco de memoria que almacena, por períodos variables, la mayor parte de la información que percibimos.²⁷

La efectividad de los mensajes subliminales ha sido por más de cuatro décadas tema de discusión. Algunos profesionales de la conducta humana afirman que los estímulos ocultos dentro de la publicidad y la música tienen muy poco o ningún efecto en los individuos. Otros, en cambio, señalan esa práctica como una de orden inmoral, atrevida y peligrosa para la sociedad.²⁷



²⁷ Un mensaje subliminal en la página inicial de Facebook. Qué! [Internet]. 2014 [04/11]. Disponible en: <http://www.que.es/ultimas-noticias/curiosas/201411040802-mensajes-subliminales-publicidad-cocacola-marlboro.html>

2.3.3.2. *CASO TVE*



España en el año 2000 se encontraba en campaña electoral y los anuncios que ofrecía el PP tenían una semejanza con los telediarios de TVE en los elementos infográficos.²⁸

Basándose en un estudio de un catedrático de Sociología de la Universidad Complutense de Madrid, el PSOE ha recurrido ante la Junta Electoral la coincidencia entre los fondos infográficos de los telediarios, (lo que se muestra tras el locutor de informativos que da paso a las noticias), y los de la propaganda electoral del PP, algo que el secretario de Comunicación socialista, Alfredo Pérez Rubalcaba, considera publicidad subliminal y "pura y sencillamente una trampa".²⁹

No es la primera vez que el PSOE acude a la Junta Electoral para denunciar el trato de favor al partido del Gobierno en la televisión pública, tal y como recordó Alfredo Pérez Rubalcaba al explicar esta nueva queja de los socialistas ante el órgano que vela por la limpieza del proceso electoral. Apoyándose en el estudio del catedrático de Sociología de la Universidad Complutense Fermín Bouza, Rubalcaba se refirió a la "sospechosísima coincidencia" entre los fondos que aparecen tras los presentadores de los informativos de TVE y los utilizados en las vallas publicitarias del PP y en su escenografía preelectoral, calificándolo de "ejemplo típico de propaganda subliminal". Según asegura el

²⁸ Martin D. El departamento de grafismo de TVE también trabaja para el PP. Envía Post | Send post [Internet]. 2015 [03/02]. Disponible en: <https://enviapost.wordpress.com/2015/02/03/top-5-mensajes-subliminales-made-in-spain/>

²⁹ Los socialistas denuncian ante la Junta Electoral a la TVE por publicidad subliminal a favor del PP. El País [Internet]. 2000 [15/02]. Disponible en: http://elpais.com/diario/2000/02/15/espana/950569203_850215.html

PSOE en su recurso ante la Junta Electoral, "estos hechos no suceden por casualidad, responden a una clara estrategia comunicativa que desde el punto de vista sociológico y semiótico es denominada por los especialistas priming".³⁰

El informe del PSOE detalla cuatro coincidencias esenciales entre la propaganda electoral del PP y los fondos infográficos o cicloramas de los informativos de TVE. Estas coincidencias se darían en el uso del mismo código cromático, un fondo azul degradado sobre el que destacan reclamos tipográficos de color blanco; un mismo código tipográfico, con el empleo del mismo cuerpo y tipo de letra; un mismo código de composición, en el que los elementos señalados se distribuyen en líneas horizontales; y un mismo código semántico: mientras en la propaganda del PP se repiten una serie de mensajes positivos (progreso, empleo, bienestar, tecnología...) que se resumen en el lema "Hechos", en los cicloramas esos mensajes se reducen a la reiteración de la palabra "Informativos".³⁰

El PSOE pide que se declare "ilícita" la utilización de los citados fondos de los informativos en la campaña publicitaria del PP y que, en consecuencia, bien TVE o el PP dejen de utilizar esos recursos infográficos.³⁰

La Junta Electoral Central desestimó la denuncia presentada por el PSOE por supuesta publicidad subliminal en TVE a favor del Partido Popular. Tras examinar los vídeos aportados por el PSOE y pese a constatar "la indudable similitud entre los elementos utilizados tanto en los informativos de TVE como en los soportes publicitarios del PP", la Junta entiende "que no se advierte que de ello se desprenda una intención de influir subliminalmente en los electores". Añade la resolución que el PP acredita venir usando este tipo de elementos desde mediados de los años ochenta, y subraya que se observa la utilización de elementos semejantes por otras cadenas de televisión, así como por entidades y anunciantes.³¹

³⁰ Los socialistas denuncian ante la Junta Electoral a la TVE por publicidad subliminal a favor del PP. El País [Internet]. 2000 [15/02]. Disponible en: http://elpais.com/diario/2000/02/15/espana/950569203_850215.html

³¹ Desestimada la queja por publicidad subliminal y reprimenda a Cascos. El País [Internet]. 2000 [16/02]. Disponible en: http://elpais.com/diario/2000/02/16/espana/950655602_850215.html

En definitiva, la publicidad subliminal es muy difícil de identificar y sancionar en la práctica, debido a ser una publicidad captada y dirigida al subconsciente de las personas.

2.3.4. LA PUBLICIDAD QUE INFRINJA LO DISPUESTO EN LA NORMATIVA QUE REGULE LA PUBLICIDAD DE DETERMINADOS PRODUCTOS, BIENES, ACTIVIDADES O SERVICIOS.

La normativa especial en materia de publicidad suele ser clasificada en tres grandes grupos. Se distingue, así, entre normas especiales en función del producto, normas especiales en función del medio, y, finalmente, normas especiales en función de los destinatarios de la publicidad. Un buen ejemplo de las primeras serían todas aquellas normas que regulan la publicidad de medicamentos y productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, alimentos y productos dietéticos, seguros, máquinas recreativas, inversiones financieras, cosméticos, armas, etc. Para la segunda de las categorías antes indicadas encontramos un buen ejemplo en la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, que instaura un régimen jurídico específico para la publicidad difundida a través de medios audiovisuales. Nuestro ordenamiento jurídico, también conoce normas especiales en función de los destinatarios de la publicidad; entre otras, las que regulan la publicidad dirigida a los niños y adolescentes.³²

Entre la Ley General de Publicidad y la normativa especial a la que acabo de hacer referencia no existe una incomunicación absoluta. Este nexo de unión lo encontramos en el artículo 3.d) LGP, en virtud del cual es ilícita la publicidad “que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios”.³²

Sin embargo, este nexo de unión se establece únicamente en relación con la normativa publicitaria de carácter especial en función del producto.³²

³² García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

Con todo, y dentro de su estricto ámbito de aplicación, no se puede negar la utilidad del artículo 3.d) LGP. En efecto, gran parte de la normativa que regula la publicidad de determinados productos o servicios tiene carácter administrativo, por lo que su infracción, en principio, sólo da origen a un ilícito de esta naturaleza. En este contexto, es el artículo 3.d) LGP el que permite que aquellas infracciones sean calificadas, al propio tiempo, como ilícitos civiles.³³

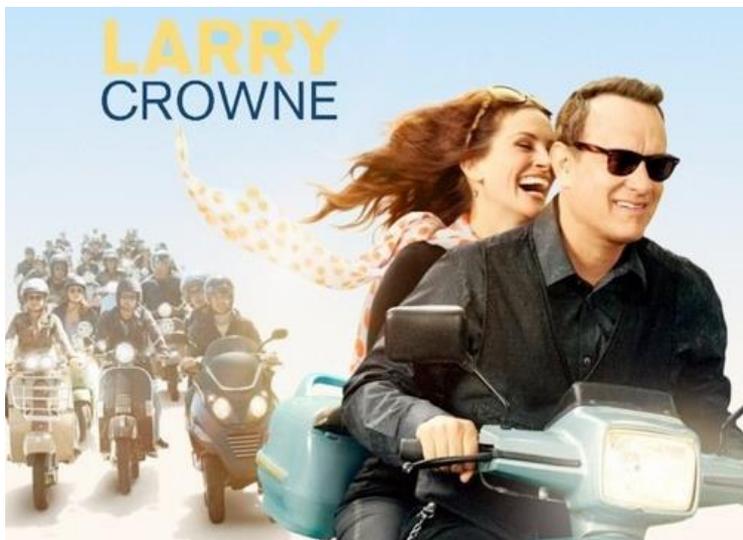
En fin, esta calificación como ilícitos civiles de los mensajes publicitarios que infrinjan lo dispuesto en la normativa reguladora de la publicidad de determinados productos o servicios provoca que aquéllos queden expuestos, no sólo al régimen sancionador de carácter administrativo previsto en la normativa de carácter especial, sino también a las acciones civiles en materia de competencia desleal.³³

Destacamos que la aplicación en esta sede del régimen de acciones en materia de competencia desleal supone la introducción en este ámbito de medidas que difícilmente serían posibles ni viables en aplicación del régimen sancionador de carácter administrativo.³³

Sin ánimo alguno de exhaustividad, recordamos a estos efectos que la calificación de aquellos anuncios como supuestos de publicidad ilícita (y la consiguiente posibilidad de emprender frente a ellos las acciones por competencia desleal) deja abierto el camino para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios, o incluso para el propio ejercicio de la acción de cesación en aquella hipótesis en las que la cesación de la publicidad ilícita no aparezca prevista dentro del elenco de sanciones administrativas previstas en la normativa de carácter especial. Estas acciones, en segundo lugar, podrían ejercerse no solo frente al anunciante, sino frente a cualquier persona que haya ordenado el acto de competencia desleal o que haya cooperado en su realización, tales como, por ejemplo, los medios a través de los cuales se haya difundido la publicidad. También sería posible la aplicación de medidas sancionadoras que por regla general no aparecen previstas en la legislación

especial. Medidas como la difusión de publicidad correctora o la publicación de la sentencia, previstas en el artículo 32.2 LCD.³³

2.3.4.1. *CASO PELICULA LARRY CROWNE*



La distribuidora de la película Larry Crowne fue multada por la DGT porque en el cartel publicitario los protagonistas aparecen subidos en una moto sin casco. La respuesta la encontramos en el **Artículo 52 de la Ley de Tráfico**, en el que lo explica perfectamente y que reproduzco a continuación:³⁴

Se prohíbe la publicidad en relación con vehículos a motor que ofrezca en su argumentación escrita o verbal, en sus elementos sonoros o en sus imágenes, incitación a la velocidad excesiva, a la conducción temeraria, a situaciones de peligro o cualquier otra circunstancia que suponga una conducta contraria a los principios de esta Ley o cuando dicha publicidad induzca al conductor a una falsa o no justificada sensación de seguridad. Esta publicidad estará sometida al régimen de autorización administrativa previa, de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de la publicidad.³⁴

La distribuidora fue sancionada con una multa de 30.000 euros.³⁴

³³ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

³⁴ La DGT multa el cartel de la película Larry Crowne. Circula Seguro [Internet]. 2011 [05/11]. Disponible en: <http://www.circulaseguro.com/la-dgt-multa-el-cartel-de-la-pelicula-larry-crowne/>

2.3.5. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA, LA PUBLICIDAD AGRESIVA, Y LA PUBLICIDAD DESLEAL.

Según el artículo 3.e) LGP, “es ilícita la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”³⁵

El alcance de esta remisión es claro en lo que se refiere a la publicidad engañosa y la publicidad agresiva. En este sentido, esta remisión implica la aplicación en esta sede de los artículos 5, 7, 8 y 21 a 31 LCD. De esta forma, a la hora de calificar un anuncio publicitario como engañoso, debería comprobarse si el mismo encaja en alguno de los supuestos de prácticas que se consideran en sí mismas engañosas en los artículos 21 a 27 LCD. En caso de respuesta negativa, habría que valorar si concurren en él los presupuestos previstos en los artículos 5 o 7 para su calificación como publicidad engañosa o como engaño por omisión, respectivamente. De igual modo, para afirmar la existencia de un supuesto de publicidad agresiva, debería comprobarse si el anuncio enjuiciado encaja en alguno de los supuestos que se tipifican en los artículos 28 a 31 LCD como prácticas en sí mismas agresivas. En caso de respuesta negativa, sería necesario examinar si el anuncio puede ser calificado como un supuesto de acoso, coacción o influencia indebida al amparo del artículo 8 LCD.³⁵

Más difícil resulta determinar el alcance de la remisión que efectúa el artículo 3.e) LGP en el caso de la publicidad desleal. En efecto, ni la LGP ni la LCD especifican las concretas categorías publicitarias o prácticas comerciales que podrían englobarse bajo el concepto genérico de publicidad desleal. Pese a todo, no cabe ignorar que, en su redacción original, la LGP acuñó el concepto

³⁵ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

de publicidad desleal como *oberbegriff* que comprendía cuatro categorías publicitarias diversas y una cláusula general. Las cuatro categorías publicitarias incluidas en el concepto de publicidad desleal eran la publicidad confusionista, la publicidad denigratoria, la publicidad comparativa, y la publicidad que hiciera un uso injustificado de signos distintivos ajenos. Junto a estas cuatro categorías, el anterior artículo 3 LGP (antes de la reforma de 2009) introducía también una cláusula general en virtud de la cual se consideraba publicidad desleal la que fuese contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.³⁶

Así las cosas, la remisión que se recoge actualmente en el artículo 3.e) LGP ha de entenderse efectuada a los artículos 4 (cláusula general), 6 y 20 (actos de confusión), 12 (actos de explotación de la reputación ajena), 9 (actos de denigración) y 10 (actos de comparación) de la LCD.³⁶

Publicidad engañosa: El Art. 3 LGP expresamente remite a la regulación a este respecto existente en el LCD. En cualquier caso puede reiterarse 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; así como la que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios. En consecuencia, para el éxito de la acción en que se denuncie el engaño, será importante acreditar que el mensaje induce o puede inducir a error.³⁷

³⁶ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014, pp. 1945-1980

³⁷ Méndez R., Vilalta E. Publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras. Barcelona: Bosch; 2001. pp.16

2.3.5.1.*CASO PEUGEOT*

**CADA VEZ SON MÁS
LOS QUE CONTAMINAN MENOS***
*PEUGEOT PRIMERA MARCA EN MATRICULACIÓN
DE VEHÍCULOS CON EMISIONES MENORES DE 128 g/km.

**HASTA EL 30 DE ABRIL,
TÚ TAMBIÉN PUEDES CONTAMINAR MENOS
Y PAGAR MUY POCO.**

Ya no tienes que esperar a que lleguen los coches que funcionan con vapor de nubes o con polvo de estrellas para emitir menos CO₂. Gracias a Peugeot ya hay miles de personas que contaminan menos. Si estás con nosotros y quieres que el cielo sea más azul, súmate a un futuro mejor hoy mismo.

**PEUGEOT 407 HDi
desde 21.200 €**

**PEUGEOT 407 SW HDi
desde 21.760 €**

PEUGEOT

PEUGEOT FINANCIERÍA TOTAL PEUGEOT FINANCIERÍA
Cofin. 407 HDi: Consumo medio (l/100 km) entre 5,3 y 7,1. Emisiones de CO₂ (g/km) entre 140 y 226.
Precio recomendado Peugeot 407 As (urbano 1,8 l/100 km y 128 g/km) y Peugeot 407 SW (urbano 1,8 l/100 km y 128 g/km).
* Incluye IVA impuesto y transporte. Oferta válida para vehículos matriculados en España. Peugeot 407 SW Premium 2.2 HDi (l/100 km) y Peugeot 407 SW Premium 2.7 HDi (l/100 km) 226 g/km. Datos matriculados.
PEUT de 19-03-07 marzo febrero 2008.

En el spot de Peugeot aparece el titular: “Cada vez son más los que contaminan menos”, así lo reflejaban las letras bien grandes en la publicidad de los modelos de coche 407 HDi y 407 SW HDi. Claro que, la letra pequeña de la derecha era la que establecía la cantidad de emisiones reales en números de ambos modelos. Curiosamente comparados con modelos de coches similares de otras marcas, las emisiones Peugeot de 140 a 226 g/km no eran precisamente de las que menos contaminaban, y además con un valor muy superior a las emisiones medias de los vehículos europeos.³⁸

Marcas y modelos denunciados		
Fabricante	Modelo	Emisiones CO ₂
Peugeot	407	140 – 226 g
Volkswagen	Golf TDI	119 – 176 g
Honda	Civic	150 – 249 g
Citroën	C5	149 – 246 g
Nissan	Navara, X-trail, Pathfinder	246 – 276 g
SEAT	León, Altea	119 – 146 g
Opel	Corsa	119 – 190 g
Dacia (Grupo Renault)	Logan	120 – 189 g
Mercedes Benz	Vito	284 g
Hyundai	Sonata	175 g
Renault	Laguna	130 – 210 g

³⁸ La publicidad engañosa “Peugeot”. Blog Kamaleon [Internet] . 2014 [21/05]. Disponible en: <http://blogkamaleon.com/tag/marcas-denunciadas-por-publicidad-enganosa/>

Ecologistas en Acción y la Unión de Consumidores de España (UCE) llevaron a la marca a los tribunales acusada de publicidad engañosa en el año 2008 por anunciar un nivel de emisiones de CO2 que no se correspondía con las que en realidad producían sus vehículos. La Audiencia Provincial de Madrid les dió la razón y obligó a Peugeot a publicar las rectificaciones que las organizaciones del anuncio de los modelos Peugeot 407 Hdi y Peugeot 407 SW Hdi, que además se presentaba como la “primera marca en matriculación de vehículos con emisiones inferiores o iguales a 120 gr/km”. “Hasta que lleguen esos maravillosos coches que funcionan con vapor de nubes o con polvo de estrellas, puedes emitir menos CO2”, podía leerse perfectamente en el engañoso mensaje publicitario.³⁹

Para Ecologistas en Acción, supuso “un toque de atención” a todos los fabricantes de vehículos que incumplían la normativa ya que todos los anuncios y carteles de automóviles deben incluir los datos sobre consumo de combustible y emisiones de CO2, de manera que sea, al menos, tan visible como la información principal y fácilmente comprensible, incluso tras una lectura superficial.³⁹

Publicidad desleal: Debe hacerse idéntica remisión a la regulación LCD, tal y como sucede en la publicidad agresiva. Como dejó por sentado la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 08.05.1997: “art. 38 CE proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y si bien se reconoce a todo ciudadano el derecho a ejercitar una actividad económica o empresarial, tal derecho no es absoluto ni ilimitado sino que, como en todo derecho, se establecen unos límites en su ejercicio, que son la competencia ilícita, la usurpación de derechos de la propiedad industrial y la competencia desleal; y una forma de manifestación de ésta, es precisamente la publicidad desleal”.⁴⁰

³⁹ La publicidad engañosa “Peugeot”. Blog Kamaleon [Internet] . 2014 [21/05]. Disponible en: <http://blogkamaleon.com/tag/marcas-denunciadas-por-publicidad-enganosa/>

⁴⁰ Méndez R., Vilalta E. Publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras. Barcelona: Bosch; 2001. pp.16

2.3.5.2. *CASO GRANINI*



Estamos ante un spot de Don Simón, que es un claro ejemplo de una campaña de publicidad comparativa y engañosa, mostrando preguntas como: "¿Dónde están los naranjos de Granini?" y afirmaciones como: "Granini es zumo hecho a base de concentrado"; también se muestran mensajes comparativos, afirmando que el zumo de su competidor Granini, sea "zumo a base de concentrado" y el zumo de Don Simón, sea "zumo 100% exprimido".

El organismo autorregulador de la publicidad, ha confirmado a raíz de una reclamación presentada por Granini que las alegaciones principales de la última campaña de publicidad comparativa llevada a cabo por Don Simón inducen al engaño y confusión del consumidor.⁴¹

Autocontrol ha considerado que es totalmente engañoso el uso de la expresión "Granini es zumo a base de concentrado" por parte de Don Simón, ya que existe el riesgo de que los consumidores interpreten que Granini sólo comercializa este tipo de zumos, cuando en realidad también oferta zumos exprimidos. De igual manera, Autocontrol también ha considerado que la

⁴¹ Autocontrol da la razón a Granini en su batalla contra Don Simón. Marketingdirecto [Internet]. 2010 [11/06]. Disponible en: <http://www.marketingdirecto.com/actualidad/anunciantes/autocontrol-da-la-razon-a-granini-en-su-batalla-contra-don-simon/>

expresión “100% zumo exprimido” junto al logo de Don Simón es engañosa, ya que induce a pensar al consumidor que Don Simón sólo comercializa este tipo de productos, lo cual no es cierto ya que gran parte de los zumos y néctares comercializados por Don Simón proceden de concentrado.⁴¹

Asimismo, la resolución del jurado, constata explícitamente que la expresión “¿Dónde están sus naranjos en España?” y la expresión “¿Dónde están los naranjos de Granini? referidas a Granini son denigratorias al considerar que inciden en el descrédito innecesario del competidor. Autocontrol considera que esta expresión no se limita a una comparación objetiva entre el origen de las materias primas empleadas para la elaboración de los correspondientes zumos competidores, sino que, por el tono empleado y la forma en la que ha sido elaborado el mensaje es apta de suscitar una duda genérica en el consumidor sobre la calidad y composición de los productos de Granini.⁴²

Por todo ello, Autocontrol ha instado a Don Simón a que modifique su campaña publicitaria de inmediato. En este sentido, José Martí, director general de Eckes-Granini, lamenta que “Don Simon centre sus esfuerzos en intentar desacreditar a sus competidores enviando mensajes confusos y engañosos a los consumidores, que merecen tener toda la información”, como así ha confirmado Autocontrol.⁴²

Desde mi punto de vista, estamos ante un caso de publicidad comparativa no permitida. Recordemos que para que un anuncio comparativo se encuentre bajo la legalidad, debe cumplir dos requisitos esenciales; el primero es que los productos que se comparan deben ser productos homogéneos, y el segundo, es que las características que se comparan deben de ser esenciales, comprobables y representativas y la comparación debe ser objetiva.

En definitiva, el spot es publicidad desleal, al ser publicidad comparativa ilícita y también publicidad denigratoria y engañosa.

⁴² Autocontrol da la razón a Granini en su batalla contra Don Simón. Marketingdirecto [Internet]. 2010 [11/06]. Disponible en: <http://www.marketingdirecto.com/actualidad/anunciantes/autocontrol-da-la-razon-a-granini-en-su-batalla-contra-don-simon/>

2.3.5.3.*CASO MOVISTAR-ONO-YOIGO-ORANGE-JAZZTEL*

En el año 2013 Vodafone presentó una demanda contra sus competidores Movistar, Orange, Yoigo, Jazztel y Ono por publicidad engañosa y competencia desleal ante Autocontrol, asociación encargada de gestionar el sistema de autorregulación publicitario en España, al considerar que sus rivales no publican los precios de sus tarifas con IVA, tal y como les exige el Instituto Nacional de Consumo (INC). Así mismo, la compañía afirmaba que este hecho inducía al consumidor a una confusión ya que puede acabar percibiendo un precio más barato que el real, y se pone a las compañías que cumplen con las recomendaciones del INC en una situación de desventaja competitiva.⁴³

A pesar de que los denunciados alegaron que la obligación de mostrar los precios con impuestos no les eximía de darlos a conocer sin impuestos, Autocontrol finalmente determinó que los operadores debían mencionar el precio completo con impuestos incluidos, dando así la razón a Vodafone.⁴³

Publicidad agresiva: Para poseer dicho carácter agresivo es necesario que la publicidad sea suficientemente limitativa del consentimiento de su destinatario de forma que se vea compelido a la contratación contra su voluntad. En definitiva, la insistencia agobiante de la venta, la oferta momentánea, la promesa de premios, el aislamiento, la premura en la firma de los documentos esenciales de la venta, puede distorsionar la realidad y viciar el consentimiento prestado por el consumidor.⁴⁴

⁴³ La publicidad engañosa “Movistar – Orange – Yoigo – Jazztel – Ono” Blog Kamaleon [Internet]. 2014 [21/05]. Disponible en: <http://blogkamaleon.com/tag/marcas-denunciadas-por-publicidad-enganosa/>

⁴⁴ Méndez RM., Santos A. Acciones frente a prácticas comerciales, ilícitas y engañosas. 1º Edición. Barcelona: Bosch S.A.; 2011. pp. 20-21

2.3.5.4. *CASO JAZZTEL*



The advertisement features the Jazztel logo at the top. Below it, there are several service options: 'PACK SIN LÍMITE', 'PLAYSTATION SMART TV', 'ADSL+MOVIL 100', 'ADSL 30 MEGAS', and 'ADSL 12 MEGAS'. A link '+CONSULTA TU COBERTURA' is also present. The main offer is for a Samsung Galaxy Tab2 tablet, which is being offered for 5 €/mes. The mobile service includes 1 GB of data and 10 minutes of limited minutes for 10 €/mes. The total cost for the ADSL service is 19,95 €/mes, with no commitment. A warning box states: 'SI TIENES PERMANENCIA TE DEVOLVEMOS LA PENALIZACIÓN'.

Jazztel es, la operadora de telecomunicaciones, más agresiva en las campañas de televenta y también la más incumplidora del código deontológico de buenas prácticas que firmaron los operadores en julio de 2012 para evitar el acoso y las malas prácticas con los consumidores.⁴⁵

Así lo acredita el último panel de control realizado por los propios operadores en el último trimestre del año 2013, en el que se pone de manifiesto que, según la muestra, el 63% de las llamadas son emitidas por Jazztel; el 9,9% por Telefónica; el 8,8% por Ono, el 7,8% por Vodafone; el 6,5% por Orange; el 0,9% por Yoigo y el restante 3,1% por otros operadores.⁴⁵

Este dato llama la atención, por sí solo, si se tiene en cuenta que Jazztel tiene 1,4 millones de clientes de banda ancha y un millón de clientes de móvil, y realiza seis veces más llamadas que Telefónica, que cuenta con 38 millones de clientes (fijo, Internet y móvil) o que Vodafone, que posee 14,7 millones de clientes (ADSL y móvil).⁴⁵

El muestreo también dicta como conclusión que Jazztel es la compañía con un menor nivel de cumplimiento de los nueve indicadores de calidad que incluye el

⁴⁵ Muñoz R. "Jazztel es la operadora más agresiva en televenta y la más incumplidora". Economía, El País [Internet]. 2014 [14/02]. Disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2014/02/14/actualidad/1392399771_952569.html

código deontológico firmado por los operadores, y Movistar es la que mayor grado de cumplimiento tiene. Así, Telefónica tiene un 91% de grado de cumplimiento sobre los nueve indicadores que se han medido, seguida de Vodafone con 90%, y de Orange, Ono y Yoigo con un 89%, mientras que el de Jazztel baja hasta el 83%.⁴⁶

Los nueve indicadores a los que se comprometen los operadores son: no repetir la llamada en tres meses al mismo número; no exceder en tres segundos la respuesta tras la llamada; no llamar a consumidores de la lista Robinson (aquellos que no quieren recibir ningún tipo de comunicación comercial); facilitar una información veraz para que el consumidor pueda tomar una decisión; identificación del número desde el que se realiza la llamada; identificación de la operadora y la empresa que la realiza; respetar los horarios (de lunes a viernes en horario comercial, sábados por la mañana y prohibición para domingos y festivos) y no utilizar medios desleales para denigrar a la competencia.⁴⁶

Además de lo anterior, como vemos en el spot de un pack sin límites promocionado por el presentador de televisión, Pablo Motos, se muestran multitud de mensajes comerciales como: “Llévate esta Tablet de Samsung por sólo 5 euros al mes”, “Móvil, minutos ilimitados ,1GB por sólo 10 euros al mes”, “Contratando tu ADSL por 19’95 euros al mes”, “Sin compromiso de permanencia” ó “Si tienes permanencia te devolvemos la penalización”.

En mi opinión, todos estos mensajes son apreciados por el consumidor de un modo imperativo, nada objetivo y sin un tono de carácter meramente informativo, avasallando al usuario medio con multitud de mensajes comerciales con una estrategia publicitaria agresiva.

A juicio de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autoncontrol), el ahorro que supone contratar el ADSL de Jazztel

⁴⁶ Muñoz R. “Jazztel es la operadora más agresiva en televenta y la más incumplidora”. Economía, El País [Internet]. 2014 [14/02]. Disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2014/02/14/actualidad/1392399771_952569.html

frente al de otras compañías no es tanto como asegura el operador, por lo que ha suspendido de forma temporal a Jazztel como socio de esta entidad.⁴⁷

Como leemos en CincoDías.com, que se hace eco de la información publicada por Servimedia, Autocontrol ha decidido suspender con tres meses de pertenencia a la entidad a Jazztel. La asociación, atendiendo a la reclamación que interpuso Ono, considera en su última resolución que el operador incurre en una "infracción grave" al considerar "engañoso" el mensaje que acompaña a la promoción "ADSL Jazztel por 19,95 euros al mes". La compañía española afirmaba que suponía un ahorro de "200 euros al año" si se comparaba con la oferta de sus rivales.⁴⁷

Tras la primera reclamación contra Jazztel, la Sección Cuarta del Jurado de Autocontrol pidió a Jazztel que cesase en la emisión de los anuncios. La decisión del operador fue introducir la expresión "hasta casi" precediendo a la citada cantidad económica, lo que no convenció a Autocontrol, quien considera que no se dio "un adecuado cumplimiento a la resolución".⁴⁷

La asociación ha confirmado que la decisión tomada contra el operador incumple el artículo "14.d), consistente en cumplir las resoluciones que adopte el Jurado de la Publicidad, hecho éste tipificado como infracción grave en el artículo 15.2.c) de los Estatutos de Autocontrol", por lo que ha decidido proceder a esta suspensión temporal.⁴⁷

⁴⁷ Autocontrol asegura que Jazztel incurre en publicidad engañosa. ADSLZONE [Internet]. 2011 [20/10]. Disponible en: <http://www.adslzone.net/article7112-autocontrol-asegura-que-jazztel-incurre-en-publicidad-enganosa.html>

3. RÉGIMEN REPRESIVO DE LA PUBLICIDAD ILÍCITA

La Ley 29/2009 ha introducido una importante novedad en los remedios contra las prácticas publicitarias ilícitas, de modo que se ha derogado el Título IV de la LGP, que regulaba la acción de cesación y rectificación como remedios autónomos al margen de los previstos en la LCD. En lugar de ello se procede a la unificación de las acciones, de modo que las acciones contra la publicidad ilícita serán las que con carácter general se contemplan en el capítulo IV de la LCD (art. 6.1 LGP), según el cual, “Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”. No obstante, se mantiene la legitimación especial frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, que se atribuye a la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género; al Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico; a las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro; y al Ministerio Fiscal.⁴⁸

Sin embargo y al margen de los cauces jurisdiccionales la publicidad cuenta con un poderoso instrumento de carácter autorregulador, que basa sus decisiones, no tanto en la regulación de la Ley, cuanto de los códigos éticos en materia de publicidad. Se trata de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (<<Autocontrol>>), asociación que, recogiendo una larga tradición en este terreno, se creó en 1995, y agrupa a anunciantes, agencias y medios. Sus resoluciones, sin ser verdaderos laudos arbitrales, vinculan a las partes que acuden a dicha asociación y al resto de los asociados.⁴⁸

Autocontrol es una asociación sin ánimo de lucro cuyo fin último es gestionar el sistema español de autodisciplina publicitaria que encierra numerosas ventajas. Una de las más evidentes, es la posibilidad de que los conflictos sean resueltos

⁴⁸Broseta M., Martínez F. Derecho de la competencia: La competencia desleal y la publicidad comercial (Cap. 7. II. La publicidad como instrumento de la competencia). En: Broseta M., Martínez F. Manual de Derecho Mercantil. Volumen I. 20ª Edición. Madrid; Tecnos: 2013: pp. 213 – 218.

por expertos con un elevado nivel de prestigio y conocimientos específicos en el ámbito de la publicidad y del Derecho de competencia.⁴⁹

Además, el sistema de autodisciplina publicitaria permite una resolución extrajudicial de las controversias que se planteen en este ámbito en plazos muy cortos de tiempo. De hecho, el tiempo medio de resolución de controversias ante el Jurado de Autocontrol es de 14 días, computados desde la fecha en que se presentara la reclamación hasta en la fecha en la que la Sección del Jurado dicta su resolución.⁴⁹

Esta rapidez en la actuación del sistema, resulta especialmente valiosa en un ámbito como el de la publicidad, donde muchas campañas publicitarias son difundidas durante periodos muy cortos de tiempo.⁴⁹

Constituye tal éxito el sistema español de autodisciplina publicitaria, que en estos momentos Autocontrol es el principal cauce de resolución de controversias en materia de publicidad en España.⁴⁹

⁴⁹ García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

4. CONCLUSIONES

Resulta necesario que los organismos oficiales actúen de forma preventiva y efectiva junto con las asociaciones de consumidores en cuanto al control de estas prácticas prohibidas, que se incorpore la educación para el consumo en todos los niveles y ámbitos sociales a efectos de poder evaluar en forma acabada al momento de consumir aquellos productos que el mercado nos ofrece, efectuando así una decisión libre y razonada, y por último tomar conciencia de la necesidad de denunciar los abusos de que somos víctimas a fin de lograr una correcta tutela y efectividad de los derechos que la constitución nos reconoce.

En el mundo en el que vivimos nos encontramos con un descomunal desarrollo de la publicidad comercial, la cual está presente en todos los niveles de la vida humana, condicionando nuestras decisiones y despertando las necesidades en la contratación de bienes y servicios, fomentando su adquisición.

Esta publicidad recurre a un sinfín de tácticas persuasivas que nos estimulan imperceptiblemente de forma psicológica al momento de determinar la contratación de aquellos bienes y servicios publicitados.

Todo ello favorecido por el desarrollo descomunal de los medios de comunicación en forma masiva, hasta tal punto que, ya no actúan principalmente como trasmisores de noticias sino como trasmisores de mensajes comerciales.

Hay que destacar que junto al progreso de los medios de comunicación se ha producido el crecimiento de la denominada “sociedad de consumo” que se sirve de su principal herramienta, que es la publicidad, para consumir bienes o servicios de manera constante, creando necesidades irreales en el público al cual se dirige, para dotarles de un status o proveerles de un beneficio incierto.

Centrándonos en el campo de las relaciones comerciales entre empresario y consumidor, apreciamos como el deber de información está presente como un medio eficaz para restablecer la igualdad entre los contratantes, proporcionando al consumidor un conocimiento suficiente sobre las

características esenciales del contrato, que contribuyan a formar un consentimiento ausente de vicios.

Todas estas variables tienen su repercusión sobre la economía de libre mercado, perjudicando al empresario leal que debe competir con aquel que recurre a estas formas publicitarias ilegales para aumentar sus beneficios y perjudicando a la sociedad en su conjunto.

De la progresiva desigualdad contractual entre las partes intervinientes en el negocio jurídico, nació la necesidad de proteger a la parte contratante más débil de tráfico económico, es decir, entre los particulares y los empresarios.

Esta necesidad de protección a los particulares (parte contratante más débil) se basa en la idea de garantizar a este un mínimo de exigencias, tales como el precio de los bienes o servicios adquiridos o la calidad, así como la posibilidad de exigir el cumplimiento de las condiciones contractuales, pudiendo llegar a su impugnación.

Nuestro Código Civil desde los orígenes, ha dotado de una protección normativa frente a estos posibles “atentados” contractuales, en la que los empresarios intentan imponer su situación de privilegio, basándose en las reglas relativas a los vicios del consentimiento, el supuesto de los vicios ocultos, las pautas de interpretación de los contratos e incluso la prohibición de dejar el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una sola parte.

Una disparidad de las disposiciones nacionales en materia de publicidad, pueden afectar al desarrollo, no solo del mercado interior, sino de la economía de los “grupos más vulnerables”; ya que, una publicidad adecuada es un elemento imprescindible en la economía de mercado.

Para las empresas es crucial invertir en publicidad, es decir, aumentar los recursos destinados a su partida de gastos en publicidad, ya que desplaza la curva de demanda de la empresa y este incremento de la demanda obtiene como resultado una maximización de los beneficios.

Si para la empresa ese esfuerzo inversor en publicidad es menor que los beneficios que la produce, la empresa deberá aumentar su inversión en publicidad.

Incluso, en ocasiones, hemos asistido a campañas publicitarias realizadas por competidores directos en el mercado. Esto es debido para fomentar los productos de su misma industria, como puede ocurrir en campañas cárnicas, para favorecer el consumo de carne.

Desde una perspectiva económica, para las empresas que un anuncio se declare ilícito acarrea normalmente la eliminación del anuncio y puede llegar también a generar una sanción económica como se ha puesto de manifiesto en la resolución de algunos de mis ejemplos anteriores.

Pero si analizamos la sanción de eliminación del anuncio ilícito, eso supone que las empresas han realizado un esfuerzo publicitario, lo que conlleva unos costes de realización de ese anuncio para la empresa y si además va acompañado de una sanción económica incrementan todavía más esa repercusión en los costes publicitarios.

Aunque viéndolo desde una perspectiva más amplia, un anuncio declarado ilícito trae consigo una publicidad extra que se le da a la empresa promotora del anuncio, exponiéndose en los distintos medios de comunicación de masas, con lo cual en ocasiones, una campaña publicitaria declarada ilícita puede llegar a un mayor número de público objetivo y por tanto lograr ese objetivo de todo anuncio de conseguir llegar al máximo número de receptores posibles.

Por lo tanto, desde mi punto de vista, la publicidad que trae consigo la declaración de ilicitud de un anuncio puede generar una mayor rentabilidad de ese acto publicitario. Y para la empresa puede suponer amortizar esa sanción económica o esa eliminación del anuncio con ese empuje extra de publicidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

1. Broseta M., Martínez F. Derecho de la competencia: La competencia desleal y la publicidad comercial (Cap. 7. II. La publicidad como instrumento de la competencia). En: Broseta M., Martínez F. Manual de Derecho Mercantil. Volumen I. 20ª Edición. Madrid; Tecnos: 2013: pp. 213 – 218.
2. Martín M. La publicidad; su incidencia en la contratación. Madrid; Dykinson; 2002. pp. 34-38
3. García – Cruces, JA. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980
4. Alonso R. Derecho de la competencia (IV). Competencia desleal y publicidad. En: Menéndez A., Uría R. et al. Curso de derecho mercantil. Volumen I. 2ª Edición. Cizur Menor (Navarra): Civitas; 2006. pp. 373-400
5. Arroyo I. Código de comercio y legislación mercantil. Madrid: Tecnos; 2013. pp. 689-690
6. Méndez RM., Santos A. Acciones frente a prácticas comerciales, ilícitas y engañosas. 1ª Edición. Barcelona: Bosch S.A.; 2011. pp. 20-21
7. Méndez R., Vilalta E. Publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras. Barcelona: Bosch; 2001. pp.16
8. Menéndez A., Rojo A. Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I. 10ª Edición. Pamplona: Civitas; 2012. pp. 339-340
9. Fernández M., Los anuncios que Media Mark tuvo que retirar por sexistas. Facua [Internet]. 2006 [24/05]. Disponible en: http://margafernandez.blogspot.com.es/2007_07_01_archive.html

10. Media Markt, denunciada por una campaña de publicidad sexista. Revista profesional de electrodomésticos, electrónica de consumo y nuevas tecnologías. Sonitron [Internet]. 2006 [30/05]. Disponible en: <http://www.sonitron.net/noticia/media-markt-denunciada-por-una-campana-publicidad-sexista/2158>.
11. Gorospe P. El Gobierno multa a Media Markt con 6.000 euros por un anuncio sexista. El País [Internet]. 2006 [19/07]. Disponible en: <https://www.meneame.net/story/gobierno-multa-media-markt-6.000-euros-anuncio-sexista>
12. Lasheras J. Caso Volkswagen Golf: “Spot contrario a la protección de la infancia”. Observatorio jurídico de la publicidad [Internet]. 2014 [19/01]. Disponible en: <http://observatoriojuridicodelapublicidad.com/spot-contrario-a-la-proteccion-de-la-infancia/>
13. Volkswagen Golf denunciado por su último anuncio. Marketingdirecto [Internet]. 2005 [20/06]. Disponible en: <http://www.marketingdirecto.com/actualidad/publicidad/volkswagen-golf-denunciado-por-su-ultimo-anuncio/>
14. Industria desestima la demanda de la Asociación de usuarios de la comunicación por el anuncio del Golf. El mundo [Internet]. 2005 [04/07]. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/07/04/comunicacion/1120486064.html>
15. Un mensaje subliminal en la página inicial de Facebook. Qué! [Internet]. 2014 [04/11]. Disponible en: <http://www.que.es/ultimas-noticias/curiosas/201411040802-mensajes-subliminales-publicidad-cocacola-marlboro.html>

16. Martin D. El departamento de grafismo de TVE también trabaja para el PP. Envía Post | Send post [Internet]. 2015 [03/02]. Disponible en: <https://enviapost.wordpress.com/2015/02/03/top-5-mensajes-subliminales-made-in-spain/>
17. Los socialistas denuncian ante la Junta Electoral a la TVE por publicidad subliminal a favor del PP. El País [Internet]. 2000 [15/02]. Disponible en: http://elpais.com/diario/2000/02/15/espana/950569203_850215.html
18. Desestimada la queja por publicidad subliminal y reprimenda a Cascos. El País [Internet]. 2000 [16/02]. Disponible en: http://elpais.com/diario/2000/02/16/espana/950655602_850215.html
19. La DGT multa el cartel de la película Larry Crowne. Circula Seguro [Internet]. 2011 [05/11]. Disponible en: <http://www.circulaseguro.com/la-dgt-multa-el-cartel-de-la-pelicula-larry-crowne/>
20. La publicidad engañosa “Peugeot”. Blog Kamaleon [Internet] . 2014 [21/05]. Disponible en: <http://blogkamaleon.com/tag/marcas-denunciadas-por-publicidad-enganosa/>
21. Autocontrol da la razón a Granini en su batalla contra Don Simón. Marketingdirecto [Internet]. 2010 [11/06]. Disponible en: <http://www.marketingdirecto.com/actualidad/anunciantes/autocontrol-da-la-razon-a-granini-en-su-batalla-contra-don-simon/>
22. La publicidad engañosa “ Movistar – Orange – Yoigo – Jazztel – Ono” Blog Kamaleon [Internet]. 2014 [21/05]. Disponible en: <http://blogkamaleon.com/tag/marcas-denunciadas-por-publicidad-enganosa/>

23. Autocontrol asegura que Jazztel incurre en publicidad engañosa. ADSLZONE [Internet]. 2011 [20/10]. Disponible en: <http://www.adslzone.net/article7112-autocontrol-asegura-que-jazztel-incurre-en-publicidad-enganosa.html>

24. Muñoz R. “Jazztel es la operadora más agresiva en televenta y la más incumplidora”. Economía, El País [Internet]. 2014 [14/02]. Disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2014/02/14/actualidad/1392399771_952569.html