



Universidad de Valladolid

**Facultad de Ciencias Económicas y
Empresariales**

Trabajo de Fin de Grado

**La publicidad desleal: la
vulnerabilidad de la competencia y del
consumidor frente a los actos desleales**

Presentado por:

Daniel Vallejo López

Tutelado por:

Marta Andrés González

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
1.1. Contextualización.....	5
1.2. Justificación.....	6
1.3. Objetivos.....	7
1.4. Metodología.....	7
CAPÍTULO 1: PUBLICIDAD Y PUBLICIDAD DESLEAL	8
2.1. Introducción.....	8
2.2. Valoración de publicidad ilícita.....	9
2.3. La Ley general de publicidad	10
2.4. Ley de Competencia Desleal	11
CAPÍTULO 2: DERECHOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LOS ACTOS DESLEALES DE COMPARACIÓN	12
3.1. Concepto de consumidor	12
3.2. Derechos del consumidor frente a la actuación desleal.....	13
3.3. Protección de la competencia ante la publicidad comparativa	15
CAPÍTULO 3: La psicología publicitaria y los márgenes de la libertad de información	16
4.1. Conocimientos del marketing y neuromarketing.....	16
4.2. Psicología publicitaria.....	18
4.3. Los límites de la libertad de expresión de los medios publicitarios	20
CAPÍTULO 4: SUPUESTOS DE PUBLICIDAD DESLEAL	22
5.1. Publicidad engañosa, publicidad desleal y publicidad agresiva	22
5.1.1. Actos de engaño.....	22
5.1.2. Actos desleales.....	25
5.1.3. Actos agresivos de la publicidad.....	27
CAPÍTULO 5: POSIBLES SOLUCIONES FRENTE A LA PUBLICIDAD ILÍCITA	29
6.1. Análisis jurisprudencial	29
6.2. Separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial).....	31
6.3. Autorregulación de la publicidad.....	32
6.4. Solución de los actos ilícitos de la publicidad	33
8. Bibliografía / Webgrafía	36

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Imagen 1. Ejemplo Burger King por publicidad engañosa.....	23
Imagen 2. Ejemplo de Don Simón por publicidad desleal comparativa.....	26
Imagen 3. Ejemplo de Pepsi por publicidad desleal agresiva.....	28

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAP	Asociación de Autocontrol de la Publicidad
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
AUC	Asociación de usuarios de la comunicación
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, a través del cual se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
LGP	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad
Núm.	Número
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

RESUMEN:

En el presente estudio, se ha realizado un análisis de la delgada línea entre publicidad tradicional y publicidad ilícita, orientado hacia el concepto de competencia desleal. Partiendo de la idea de su significado y de sus diferentes supuestos hasta la percepción del continuo crecimiento de estos actos desleales.

En un mundo tan competitivo como el de hoy en día, donde se busca continuamente destacar sobre la competencia sin importar la imagen de terceros, es de gran relevancia saber diferenciar entre la estrecha línea de la libertad de expresión e información y el derecho de estos.

Para conseguir los objetivos propuestos, se ha llevado a cabo un análisis detallado sobre la legislación vigente de la publicidad, así como de las jurisprudencias y resoluciones llevadas a cabo por los tribunales correspondientes.

Palabras clave: Publicidad ilícita, competencia desleal, jurisprudencia, resoluciones, publicidad tradicional, legislación.

ABSTRACT:

In the present study, an analysis of the thin line between traditional and illicit advertising has been carried out, oriented towards the concept of unfair competition. Starting from the idea of its meaning and its different assumptions to the perception of the continuous growth of these unfair acts.

In a world as competitive as the one we live in today, where it is continuously sought to stand out from the competition regardless of the image of third parties, it is of great importance to know how to differentiate between the narrow line of freedom of expression and information and the right of these.

In order to achieve the proposed objectives, a detailed analysis has been carried out on the current legislation on advertising, as well as on the jurisprudence and resolutions carried out by the corresponding courts.

Keywords: Illicit advertising, unfair competition, jurisprudence, resolutions, traditional advertising, legislation.

INTRODUCCIÓN

1.1. Contextualización

La publicidad es un concepto que lleva presente en la sociedad desde tiempos inmemorables, presente en todos los cambios a lo largo de la historia, y que ha sabido adaptarse a cada situación y características económicas y socioculturales del momento.

Se trata de un mecanismo que desde sus orígenes ha ido ligado al comercio, utilizando éste la publicidad como la forma de venderse, aunque de una manera muy diferente a la que conocemos hoy en día, donde el boca a boca era su propagación más exitosa.

Apareció por primera vez en la Grecia Clásica¹, a través de los numerosos comerciantes que vagaban de pueblo en pueblo pregonando los productos que estaban dispuestos a vender. La voz se convirtió en el primer medio publicitario, un medio no muy bien estructurado a través del cual se buscaba únicamente el objetivo de informar.

Pero no fue hasta el año 1450, con la aparición de la imprenta de Gutenberg, cuando la publicidad empieza a ser efectiva, llegando de esta manera a un mayor porcentaje de la población. La imprenta es el camino hacia el primer medio de comunicación, haciendo posible la publicación de imágenes y textos sobre papel. Un invento, que más adelante daría lugar al periódico impreso.

Es en el Siglo XVI cuando tiene lugar la publicidad en los periódicos, concretamente en el periódico inglés “*The Times Handlist*”², donde aparece el primer anuncio de prensa. Años más tarde, tendría lugar la sección de anuncios, asentándose así la publicidad en la sociedad con una mayor firmeza.

Hasta el momento, el único objetivo de la publicidad es el hecho mero de informar, además de estrechar lazos comerciales.

Pero realmente, empezamos a concebir la publicidad de hoy en día con el surgimiento de la Revolución Industrial. Es entonces cuando tiene lugar un considerable incremento de la producción, con el surgimiento de nuevas empresas e industrias. De esta forma, la publicidad cambió por completo pasando de la mera información al objetivo principal actual, persuadir al consumidor e incentivar el comercio.

Con el paso de los años, la comunicación empieza a promover la economía a grande escala y a tener una gran relevancia, pasa a ser un negocio dirigido a las grandes masas. Surgen de esta manera las agencias de publicidad en el Siglo XIX, donde se empiezan a cuidar hasta los más mínimos detalles de los anuncios publicados.

Es a lo largo del Siglo XX cuando la publicidad llega a su máximo auge, potenciándose a través de los nuevos medios de comunicación. Empieza cogiendo fuerza a través de la radio y sus anuncios de pago, pasando posteriormente a manos de la televisión con el

¹ Las primeras manifestaciones en la historia tuvieron lugar en la Grecia Clásica (entre el año 400 a.c. y el 100 d.c.), donde los comerciantes navegaban todo el Mediterráneo Oriental vendiendo los productos que conseguían y ganando algo de dinero por el camino.

² Se cree que a través del periódico inglés “*The Times Handlist*”, fundado en el año 1622, donde aparece el primer anuncio de prensa. En la batalla por la independencia, en el Siglo XVIII, la prensa se beneficia del apoyo de la publicidad, constituyendo así una forma de financiación para los editores.

avasallamiento de anuncios más convincentes para finalmente potenciarse a través de Internet y de las redes sociales.

A día de hoy las multinacionales tienen el gran control de la publicidad, con la creación de las campañas publicitarias. En una sociedad donde se intenta por todos los medios destacar sobre el resto y llegar a captar la atención del cliente, surgen los actos desleales a través de la industrialización y la aparición de las grandes competencias, llegando incluso a sobrepasar la línea moral.

Con la llegada de Internet aparece el marketing digital, cambiando la dinámica de la publicidad y pasando de la tradición a la innovación. De esta manera, no solo se consigue llegar a mayor número de gente, sino que es posible seleccionar al público al que dirigirse. El cliente se interesa así por el producto y se mejora la relación empresa-cliente.

1.2. Justificación

En una sociedad donde la publicidad está presente en todos los ámbitos, ésta es utilizada como un mecanismo de gran eficacia dentro del comercio, siendo un punto de atracción tanto para empresarios como para clientes. Por ello, me parece un tema muy interesante de estudio, puesto que los actos desleales son cada vez más frecuentes en los anuncios publicitarios, y considero de gran necesidad llevar a cabo un análisis de la legislación vigente y de posibles soluciones que permitan regularlos con mayor restricción.

Como consumidor que con frecuencia observa anuncios publicitarios, bien sea mediante propaganda televisiva o durante la navegación en Internet, donde de manera constante se pueden ver ese tipo de anuncios que consideramos como actos desleales (aquellas actuaciones que son consideradas contrarias a la buena fe), considero que es de gran importancia conocer los instrumentos de amparo existentes contra este tipo de publicidad ilícita.

De esta manera, a lo largo de este trabajo vamos a observar el incremento de estos actos desleales que se suceden día tras día, aprovechándose del desconocimiento del *target*³. Por ello, es importante saber diferenciar la delgada línea existente entre la libertad de expresión e información y el derecho del consumidor.

El gran cambio percibido en cuanto a la publicidad, ya mencionado, que ha pasado de utilizarse como un mecanismo cuyo principal objeto era el de informar, al de persuadir al consumidor llegando incluso a concebirse como una publicidad agresiva⁴, hace que sea necesario conocer el concepto de publicidad y los límites entre los que se debe guiar. Por ello, vamos a ver a lo largo de este estudio cómo cada vez son más frecuentes

³ En un mercado objetivo, es de gran necesidad obedecer a una segmentación de mercado haciendo especial hincapié en el target, es decir, en el grupo de clientes potenciales a los que la empresa quiere dirigir sus productos o servicios.

⁴ La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en su artículo 8 considera de práctica agresiva aquél “comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por tanto, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico”.

estos actos desleales y la dificultad de reprimir este tipo de publicidad a través de la legislación.

1.3. Objetivos

En este trabajo, se ha llevado a cabo una serie de análisis con la idea de cumplir con unos objetivos, que podríamos especificar de la siguiente manera:

- ✓ Investigación y diferenciación de los diversos tipos de publicidad fundamentados en actos desleales.
- ✓ Conocimiento de la legislación vigente, con la idea de saber diferenciar entre la estrecha línea de libertad de expresión e información y el derecho del consumidor.
- ✓ Análisis de la jurisprudencia española, así como de las resoluciones establecidas por el jurado correspondiente sobre este tipo de publicidad ilícita, con el objetivo de comprender mejor la situación.
- ✓ Estudio sobre la necesidad de establecer una serie de transformaciones en la legislación con respecto a la publicidad ilícita, debido al crecimiento de este tipo de actos desleales.

1.4. Metodología

El presente trabajo ha ido enfocado al análisis e interpretación de la normativa vigente dentro del ámbito publicitario, en el que nos hemos centrado especialmente en las diferentes normas bajo las que se rige la publicidad, para evitar de esta manera, incurrir en un publicidad ilícita por actos desleales. Paralelamente, hemos detenido nuestra atención en el amparo tanto de la competencia como de consumidores y usuarios, así como en las posibles soluciones frente a la vulnerabilidad de los intervinientes en el mercado ante este tipo de publicidad.

Previamente, hemos considerado relevante hacer referencia al proceso de transformación que ha sufrido la publicidad a lo largo de los años, pasando del mero hecho de informar, a persuadir al consumidor incitando a éste al consumo.

El trabajo se divide en cinco bloques o capítulos, a través de los cuales se realiza un estudio de la diferente normativa, Directivas, Leyes, Reglamentos; el correspondiente análisis jurisprudencial, tanto de diferentes resoluciones judiciales y extrajudiciales.

Antes de introducirnos de lleno en el contenido, hemos explicado y analizado de manera minuciosa el significado, tanto de publicidad ilícita como de publicidad desleal para entender mejor el objeto del tema.

En cuanto al desarrollo del trabajo, nuestro punto de partida se ha basado en el análisis de las principales leyes de este sector: la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (última modificación expuesta en la Ley 29/2009). Además, de hacer referencia a las directivas

comunitarias que se ocupan de la regulación publicitaria, como es el caso de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa o la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Al mismo tiempo, y haciendo referencia a los derechos del consumidor y al proteccionismo de la competencia, hemos realizado el estudio de otras leyes relevantes en nuestro tema como es el caso de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual; el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; o la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Posteriormente hemos hecho referencia al ámbito del marketing y de la psicología publicitaria, para entender mejor los mecanismos llevados a cabo por los autores de la publicidad y cómo seducen así al consumidor. En relación a ello, como no puede ser de otra manera, no nos podemos olvidar de la Constitución Española, para hablar con precisión de la libertad de expresión e información, así como del derecho de consumidores y usuarios.

De esta manera, hemos avanzado estudiando los diferentes tipos de publicidad desleal existentes (publicidad engañosa, publicidad agresiva y publicidad comparativa), haciendo uso de lo dispuesto en las leyes correspondientes. Cada una de estas conductas, ha sido analizada a través de resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los Tribunales españoles, correspondientes a cada categoría.

Por último, tras el análisis previo que hemos comentado, se pretende en el presente trabajo comprender mejor la situación de terceros frente a los actos desleales de la publicidad, y, de esta manera tener conocimiento de las vías existentes para frenar dichas conductas. Así pues, hemos analizado la interpretación de la Ley por diferentes autores, haciendo especial hincapié en la vía judicial y en la vía extrajudicial como las posibles soluciones frente a este tipo de actos, sin olvidarnos de las sanciones correspondientes en cada caso.

CAPÍTULO 1: PUBLICIDAD Y PUBLICIDAD DESLEAL

2.1. Introducción

Podemos catalogar a los consumidores como el grupo más vulnerable frente al gran negocio de la propaganda. Éstos buscan satisfacer una determinada necesidad o deseo, hecho que se ve truncado al apreciar una gran cantidad de productos que cumplen las mismas funciones. De esta manera, un consumidor racional⁵ contrasta información tanto de fuentes externas como internas antes de tomar una decisión de compra. Dentro de la información externa, la publicidad es la herramienta que más llega al consumidor, a pesar de su credibilidad.

⁵ El comportamiento del consumidor es un quebradero de cabeza para todo empresario, ya que requiere de gran esfuerzo el estudio para conocer la forma de actuar del consumidor frente a un producto o servicio. Un consumidor racional, busca maximizar su economía, estudia la mejor opción haciendo una relación calidad-precio en el que busca satisfacer sus necesidades.

Haciendo referencia a la elección de un consumidor racional y al concepto de publicidad, ésta “debe realizarse conforme a los principios de suficiencia, objetividad y veracidad, de forma que no se pueda inducir a engaño a los consumidores sobre las características y condiciones de adquisición de los productos y contratación de servicios”.

Es a finales de los años 50, cuando el concepto de publicidad se ve truncado, debido al cambio radical de la industria publicitaria. Cambio iniciado por la multinacional alemana Volkswagen, con la campaña de su modelo “Beethe”, la cual supuso la transformación de una publicidad de carácter informativo a la publicidad conocida hoy en día, destinada a seducir e incitar a comprar un determinado producto o servicio. La publicidad actual, se puede definir como “el conjunto de técnicas y medios de comunicación dirigidos a captar la atención del público hacia el consumo de determinados bienes o la utilización de ciertos servicios”.⁶

Nos adentramos en una época donde los anuncios publicitarios van cargados de diversas comparaciones entre diferentes marcas, sin importar los límites de los actos desleales. El predominio de estos actos entre marcas competidoras ha generado una gran polémica a nivel judicial, profesional e institucional. De esta manera, la nueva idea inspirada en el amparo de la disposición económica del mercado, incluía cierta inquietud por el interés colectivo de los consumidores y el del propio Estado (Menéndez, 1988; 96).

En definitiva, las restricciones de los actos desleales de la publicidad en general se recogen desglosadas en dos textos normativos dentro del ordenamiento jurídico español: la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal.

2.2. Valoración de publicidad ilícita

En la Real Academia Española se cita como acto ilícito todo aquello que no sea considerado legal o que actúe de forma opuesta a la moralidad. Ahora bien, es en la Ley 34/1988⁷, en su Capítulo 2 dónde se hace referencia a los actos de publicidad ilícita y la tipificación de actuaciones posibles contra este tipo de publicidad.

De esta manera, entendemos la publicidad ilícita como aquella que actúa contra la dignidad de las personas y sus derechos, no respetando su integridad, así como de productos nocivos o perjudiciales para la salud, además de otras categorías consideradas como ilícitas⁸.

Sin embargo, el conflicto viene en la estrecha línea entre la libertad de expresión e información por parte de los medios de comunicación y el derecho de los consumidores. Para ello, debemos dirigirnos al artículo 3 de la LGP, donde detalla los diferentes actos considerados como ilícitos dentro del ámbito de la publicidad:

⁶ Honorio-Carlos Bando Casado: La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios, 1986 (visitado el 15/05/2020).

⁷ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad publicado en BOE núm. 274, de 15 noviembre de 1988. Vigente desde el 5 de diciembre de 1988.

⁸ Javier Sánchez Galán: “Publicidad ilícita”, Economipedia 2018 (visitado el 20/05/2020), en : <https://economipedia.com/definiciones/publicidad-ilicita.html>

- a. Publicidad que infringe la dignidad de las personas o vulnera los valores y derechos recogidos en los artículos 14, 18 y 20 (apartado 4) de la Constitución Española.⁹
- b. Publicidad que seduce a menores a comprar un determinado bien o servicio, aprovechando su inexperiencia, o involucren en la compra a padres o tutores.
- c. Publicidad subliminal.
- d. Publicidad que incumpla lo expuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.
- e. Publicidad desleal, publicidad engañosa y publicidad agresiva, consideradas como actos de competencia desleal, según lo dispuesto en la LCD.

2.3. La Ley general de publicidad

La legislación española se ha visto afectada en diversos ámbitos correspondientes, en parte, por la publicidad engañosa, al entrar a formar parte en las Comunidades Europeas. Donde a fecha de 10 de septiembre de 1984, se aprobó una directiva referente a las materias legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros.

El Estatuto de la Publicidad del año 1964 fue consolidado como el primer texto legal destinado a la regulación del conjunto de la actividad publicitaria. En su artículo 10, clasifica la publicidad desleal como “servicio dirigido a los consumidores”, al mismo tiempo, constituyendo, un “instrumento ordenado para orientar la libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal”¹⁰. Ley que carece de uso, por la falta de flexibilidad necesaria para ajustarse al ámbito de la publicidad, una materia de carácter dinámico.

Durante años, la LGP se ha ido consolidando como precepto de referencia acerca de la regulación conjunta de la publicidad. Todo ello, a pesar de la entrada en vigor de la Ley 3/1991¹¹ sobre la LCD, establecida el 10 de enero, la cual se encargaba de actos de la publicidad engañosa, la publicidad desleal o la publicidad comparativa, correspondiente a la LGP.

⁹ Constitución Española de 1978, publicada en el BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978. Vigente desde el 29 de diciembre de 1978 y revisada el 27 de diciembre de 2011. Destacamos los artículos 14, donde hace referencia a la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que exista discriminación por ningún tipo de razón, ya sea de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición; 18, garantizando el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar así como la propia imagen; y el apartado 4 del art. 20, donde determina que dichas libertades se limitan en el respeto a los derechos reconocidos en los preceptos de las leyes, haciendo referencia al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud e infancia.

¹⁰ Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. Publicado en BOE núm. 143, de 15 de junio de 1964.

¹¹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Publicado en BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991. Vigente desde el 31 de enero de 1991.

La publicación a 30 de diciembre de la Ley 29/2009 implantó diversos cambios en el ámbito de la publicidad y de la competencia desleal, con el objetivo de proteger a los consumidores de los actos desleales de la actividad publicitaria. Dicha Ley surge como causa de la necesidad de introducir dos normas comunitarias en el marco jurídico español: la Directiva 2005/29/CE¹² y la Directiva 2006/114/CE¹³.

Tras la última modificación, Ley de 29/2009, la LGP se encarga de aquellas hipótesis que no se encuentran amparadas en el articulado de la LCD, anuncios publicitarios que atentan contra la dignidad de las personas o anuncios de publicidad subliminal. Y por otro lado, dicha Ley unifica el sistema de actividades de publicidad ilícita a través de la derogación del título IV de la LGP, y, en cambio, gestiona en bloque el sistema de actividades de actos desleales contemplados en la LCD.

El artículo 1 de la LGP, mantiene que la publicidad se regulará por dicha Ley, además de la Ley de Competencia Desleal y el resto de restricciones correspondientes. En su artículo 2, la define como “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”.

A lo largo del artículo 3 de dicha Ley, se hace referencia a las diferentes conjeturas en los que la publicidad es considerada ilícita, haciendo especial mención a lo que aquí nos interesa, al apartado e), en el que se entiende por 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”.

De esta manera, a continuación hablaremos de forma más detallada sobre la LCD, que junto a la LGP conforman la parte general del Derecho de la Publicidad en el marco jurídico español, tras las modificaciones comentadas anteriormente.

2.4. Ley de Competencia Desleal

Los actos de competencia desleal se regulan mediante la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, aprobada a fecha de 10 de enero, que posteriormente se corrige a través de la Ley 29/2009¹⁴, de 30 de diciembre, con el objetivo de mejorar la protección de los consumidores y usuarios.

La LCD aprobada en el año 1991, Ley en la que se sostiene actualmente dichos actos desleales, recoge su argumentación dividida en un total de 5 capítulos. En el Capítulo 1,

¹² Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Publicado en DOUEL núm. 149 de 11 de junio de 2005, vigente desde el 12 de junio de 2005 y revisada el 12 de diciembre de 2007.

¹³ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Publicado en DOUEL núm. 376 de 27 de diciembre de 2006, vigente desde 12 de diciembre de 2007.

¹⁴ 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. Publicado en BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

de forma general se agrupa su finalidad, basada en “la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”, así como el ámbito de aplicación. A lo largo del Capítulo 2, aparecen considerados los diversos actos desleales, entre los que destacan, la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva. En su nuevo Capítulo 3, vienen recogidos los actos desleales con consumidores y usuarios, vienen agrupados, además, de forma directa o indirecta los actos relacionados con la publicidad comercial. En cuanto al articulado del Capítulo 4, se determinan las diversas actuaciones a desempeñar en contra de los actos desleales, incluidos en la publicidad ilícita. Y por último, en el Capítulo 5 viene recogido el precepto de los códigos de conducta, donde se incrementa el amparo a la protección de los consumidores y usuarios a través de medios de resolución extrajudicial de conflictos.

A raíz de la modificación de la Ley de Competencia Desleal, y con la entrada en vigor de la Ley 29/2009, tuvo lugar el artículo 18, a través del cual “la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal”. Como consecuencia, determinadas actuaciones valoradas como actuaciones de competencia desleal serán, a su vez, actuaciones de publicidad ilícita, debido a que una gran diversidad de hipótesis legisladas por la LGP, ahora pertenecen al ámbito de la LCD.

De esta manera, podríamos encontrarnos ante una situación compleja de resolver a la hora de la práctica. A causa de que en el artículo 3 de la LGP los actos desleales son designados actos de publicidad ilícita, haciendo referencia a la LCD. El problema se haya cuando valoramos el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal, donde no hace referencia a dichos actos desleales, y debemos de hacer referencia de nuevo a la LGP.

Para hacer referencia a los actos de competencia desleal, debemos centrarnos en el artículo 4 de la LCD, el cual, con las modificaciones de 2009, determina que “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Entendiéndose contrario a las exigencias de buena fe, los comportamientos de empresarios y profesionales opuestos a la diligencia profesional, y que puedan influir en el comportamiento del consumidor medio.

Sin embargo, cabe diferenciar entre la libertad de empresa en el ámbito económico reconocida en el art. 38 de la Constitución Española¹⁵, considerada como lícita en el área mercantil, y la estrecha línea de sobrepasar los actos desleales sobre la competencia, sobre el que trataremos más adelante a lo largo de este trabajo.

CAPÍTULO 2: DERECHOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LOS ACTOS DESLEALES DE COMPARACIÓN

3.1. Concepto de consumidor

¹⁵ Art. 38 de la Constitución Española, mediante el cual “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de planificación”.

Debemos hacer referencia a la vulnerabilidad del consumidor frente a los actos desleales de la publicidad y los posibles actos frente a éste tipo de propaganda, ya que la competencia desleal es un mecanismo que afecta a todos los usuarios que intervienen en el mercado, pero especialmente al consumidor y a su toma de decisión. Por ello, vamos a considerar los diferentes mecanismos existentes para la protección del consumidor.

En consecuencia, es necesario detallar el concepto de consumidor y usuario recogido en el art. 3 correspondiente a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹⁶. Dicho artículo considera como consumidores o usuarios a “las personas físicas que actúen con el propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, y a su vez, “las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

3.2. Derechos del consumidor frente a la actuación desleal

El proteccionismo del consumidor o usuario frente a los actos desleales en el ámbito comercial, nace de la necesidad de corregir la descompensación existente entre el grupo de consumidores y los empresarios, donde estos últimos cargan campañas publicitarias llenas de abusos improcedentes, y para ello es necesaria la mediación del legislador.

Cabe destacar, que se asumen actos desleales que atentan directa o indirectamente contra el grupo más vulnerable del mercado, los consumidores o usuarios, a través de la confusión producida por anuncios de publicidad engañosa¹⁷ incidiendo en la decisión de éstos. En consecuencia, las restricciones de los actos desleales de la publicidad tienen por objeto, no sólo la protección de los empresarios frente a posibles actuaciones consideradas inadecuadas por la competencia, sino también, el amparo de los consumidores.

Ahora bien, existe incertidumbre sobre la compatibilidad de los diferentes preceptos establecidos para la protección de consumidores o usuarios y las normas contra actos empresariales considerados como ilícitos a través de la competencia desleal.

Debemos citar el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹⁸ para hacer referencia a los derechos básicos de los consumidores y usuarios. Dicho artículo considera como derechos primordiales de consumidores y usuarios: el amparo frente al peligro de salud o seguridad, la

¹⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Publicado en BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, vigente desde 1 de diciembre de 2007.

¹⁷ Según lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, se considera engañosa “toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio”. A su vez, también considera como práctica engañosa “toda práctica comercial haga o pueda hacer al consumidor medio tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.

¹⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Publicado en BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, vigente desde 1 de diciembre de 2007 y modificada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo de 2014.

protección de sus intereses económicos o sociales en relación a posibles actos desleales, indemnización de daños, la correcta información de productos o servicios, el amparo de sus derechos ante situaciones de inferioridad y la intervención en los temas que afecten a sus intereses. Como podemos ver a lo largo de las diferentes leyes existentes frente a este tipo de actos, se trata de un tema cuya regulación es muy extensa. Por ello, nos vamos a centrar según el objeto del tema, en el derecho que determina la “protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”.

Es a través de las modificaciones de la Ley 29/2009 donde se aprecia el incremento del amparo de los consumidores frente a este tipo de actos desleales en el mercado, Ley que afecta a diferentes preceptos que protegen a consumidores o usuarios: Ley General de Publicidad, Ley de Competencia Desleal, Ley de Comercio Minorista y Ley General de Consumidores y Usuarios.¹⁹

Por otro lado, en la CE se consideran determinados derechos sobre el amparo de consumidores y usuarios, preceptos que protegen sus intereses económicos y aludiendo a su derecho correcto de información²⁰. En relación, se aprueba la Ley 1/2007, citada anteriormente, para proteger a consumidores y usuarios dentro del ámbito de las competencias del Estado.

A pesar del continuo crecimiento de restricciones consideradas a favor del consumidor, a día de hoy, siguen sucediendo numerosas prácticas comerciales destinadas a mermar la racionalidad de dicho grupo a la hora de tomar una decisión con pleno conocimiento de causa sobre la elección de un determinado producto o servicio. En consecuencia, y para incrementar el nivel de protección de los consumidores sobre actos comerciales desleales que atentan contra sus intereses económicos, surge la Directiva 2005/9/CE. Es en su art. 5 donde se prohíben las prácticas comerciales desleales, entendiendo así como práctica comercial desleal al acto contrario a las condiciones de diligencia profesional y a los actos que puedan tergiversar la conducta económica del consumidor medio. De forma más característica, considera actuaciones comerciales desleales las que hagan referencia al término de publicidad engañosa, ya citada anteriormente, o al término de publicidad agresiva²¹.

La información de carácter comercial debe presentar una propiedad verídica sin incurrir en confusión al consumidor. En este aspecto, a través del art. 4, en su apartado 5, de la Ley General de Comunicación Audiovisual²² se considera que toda persona tiene derecho de recibir una información veraz y acorde a dicho pluralismo, así como recibir una información transparente y clara, considerado en el apartado 5 de su art. 6.

¹⁹ Javier Rey: “publicidad engañosa y competencia desleal”, Unión de Consumidores de Madrid a 1 de mayo de 2019. (Visitado en 22 de mayo de 2020).

²⁰ Art. 51.1 de la Constitución Española de 1978, a través del cual se considera que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. A la vez, en su punto 2, determina que dichos poderes “promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”.

²¹ Según lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, se considera agresiva “toda práctica comercial que merme o pueda mermar mediante acoso, coacción o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio”.

²² Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Publicado en BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010, vigente de 1 de mayo de 2010.

Bien es cierto, que además de la protección del marco jurídico existen asociaciones que tratan de ayudar al consumidor. Asociaciones tales como la AUC, la cual se encarga del acatamiento de la LGP y la LGDCU, al mismo tiempo que se encarga de las diferentes protestas de ciudadanos ante actos desleales. Así como, la existencia de la AAP cuyo fin es contribuir a favor del consumidor ante la ética y la lealtad.

Ahora bien, la legislación española revela la necesidad de tipificar todos los preceptos existentes en las diferentes leyes referentes a la protección del consumidor, como es el caso de la LCD y la LGP. A pesar de la introducción de la LGDCU, como medida para aliviar dicha preocupación, no se ha conseguido mermar los conflictos existentes, excluyendo importantes leyes y creando relevantes contradicciones entre éstas.

3.3. Protección de la competencia ante la publicidad comparativa

Si antes hablábamos del sector de los consumidores y usuarios como uno de los grupos más vulnerables frente a los actos desleales de la publicidad, a su vez, nos vemos en la obligación de hacer referencia al sector de la competencia, el cual día a día sufre el gran impacto de anuncios que intentan buscar la herramienta del menosprecio para destacar sobre el resto sin tener en cuenta el concepto de lealtad.

La libre competencia es uno de los principales derechos en el ámbito comercial, recogido en el art. 38 CE. Derecho del cual los empresarios se aprovechan, y por el cual la legislación española se ha visto obligada a sacar nuevas normas y leyes que regulen dichos actos. De esta manera, surgió la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia²³ cuyo objetivo era establecer una competencia efectiva²⁴ y ampararla ante cualquier acto que atente contra el interés público, al mismo tiempo que sea compatible con el resto de organismos que se dedican a legislar el mercado.

Ley que surge en la inspiración de diferentes normas comunitarias consideradas en el ámbito de la competencia, cuyo propósito es el de mejorar las brechas surgidas en la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre la Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia²⁵.

Ahora bien, debido al constante incremento estable de la economía, y por tanto de la creación de empleo, se requiere de una gran labor para conseguir un mercado regido por la lealtad y la moralidad. En consecuencia, el legislador busca establecer organizaciones que se encarguen del amparo de la competencia, donde tiene lugar la Ley 52/1999, de 28 de diciembre de 1999, sin alterar ningún tipo de acuerdo y siguiendo los principios de la Ley anterior.

Bien es cierto, desde su vigencia, la Ley De Defensa de la Competencia ha sufrido grandes transformaciones de cierta relevancia. Una de las modificaciones tuvo lugar

²³ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Publicado en BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989.

²⁴ Cuando se produce una competencia efectiva, los recursos productivos se distribuyen manera eficiente y ello genera innovación y fomenta la productividad. Esta eficiencia da lugar al beneficio de la sociedad en su conjunto, especialmente en un beneficio entre consumidores y empresas.

²⁵ Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Publicado en BOE núm. 175, de 23 de julio de 1963. Ley que considera como prácticas restrictivas: “el de la práctica restrictiva colusoria y de la práctica abusiva de las empresas con dominio de mercado”.

como consecuencia de la promulgación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, destinada al orden de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de la protección de la competencia. Además, el marco comunitario del amparo de la competencia ha dado pie al nuevo Reglamento 139/2004, de 20 de enero de 2004, referente a las restricciones de las agrupaciones entre empresas, a su vez, que trata los actos sobre la competencia basadas en el Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, sobre las conductas ante la competencia establecidas en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

Actualmente, existen restricciones que regulan los actos de competencia, que prohíben, tal y como se recoge en los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, las prácticas que brotan de decisiones, convenios o conductas cuya finalidad sea la de dificultar, falsear o limitar la competencia en parte o totalidad del mercado. Al mismo tiempo, se prohíben prácticas abusivas a través de las cuales las empresas ejercen su dominio en parte o totalidad del mercado, y que en consecuencia pueda ser perjudicial para la economía, los intereses de consumidores o la intervención de competidores.

Concretamente, y como se establece en los artículos citados anteriormente, se prohíben las prácticas cuyo objeto sea la fijación de precios u otras cláusulas comerciales que se consideren imparciales; la restricción de producción, distribución, el desarrollo técnico o de inversiones perjudicial para la economía; la división de mercados y el origen de los aprovisionamientos; las relaciones comerciales o de servicio cuyos requisitos no sean equitativos y en consecuencia difundan desigualdades entre competidores; la aceptación de prestaciones suplementarias no recogidas en el contrato.

La importancia de proteger el buen funcionamiento del mercado y la imposición de una serie de restricciones en contra de toda acción que vulnere dicha actividad, hace que sea de gran necesidad la intervención de la Administración a través de dos organismos: el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

CAPÍTULO 3: La psicología publicitaria y los márgenes de la libertad de información

4.1. Conocimientos del marketing y neuromarketing

A día de hoy, nos encontramos con una gran diversidad de definiciones e ideas sobre la concepción del marketing. Ahora bien, en lo que sí coincidimos, es en que es un sistema de investigación cuya actividad se centra en el estudio de los comportamientos del mercado, y poder así satisfacer las múltiples necesidades de los consumidores. La idea es atraer, captar y retener la clientela a través de solucionar las inquietudes de usuarios.

Inconscientemente, asociamos el marketing con la publicidad, sumergidos en la idea de las numerosas herramientas utilizadas para la creación de un valor ficticio a productos y servicios que en realidad no lo tienen, como es el caso de la fórmula de las cuatro P's²⁶.

²⁶ La combinación del marketing se basa en todo aquello que la empresa es capaz de realizar para generar una mayor influencia en la demanda de sus productos y servicios. En esta ocasión, estamos hablando de cuatro variables:

Producto: conjunto de bienes y servicios que la empresa oferta en el mercado.

Al final, somos cada uno de los consumidores quien de verdad generamos cierto valor determinando a cada producto o servicio en nuestro subconsciente.

En consecuencia, es el consumidor con el paso del tiempo quien ha ido adquiriendo gran importancia empoderándose de la comunicación de las marcas, quitando control a la empresa. De una manera más concreta, Philip Kotler²⁷ define el marketing como un “proceso social y administrativo mediante el cual grupos e individuos obtienen lo que necesitan y desean a través de generar, ofrecer e intercambiar productos de valor con sus semejantes”

Ahora bien, no nos podemos olvidar de la importancia del marketing sensorial, y de su influencia en la decisión final del consumidor. Los expertos intentan atraer al cliente a través de su parte emocional, culpable de un importante porcentaje de sus decisiones. De esta manera, se pretende conseguir una agradable experiencia de un determinado producto por mediación de los sentidos, humanizando la marca y buscando así una diferenciación con la competencia.

Las campañas publicitarias tienen como objetivo que los anuncios permanezcan en el recuerdo del *target* el mayor tiempo posible, generando una estrecha unión emocional con el cliente potencial. Durante años los profesionales del marketing se preguntaban cómo sería eso posible, y después de numerosos estudios se llegó a la conclusión de que toda persona tiene la capacidad de recordar un 35% a través del olfato, un 15% por las papilas gustativas, un 5% mediante la vista, un 2% de lo que escucha y un 1% por mediación del tacto.

A través de numerosas investigaciones y estudios, se ha llegado a la conclusión de que el consumidor no escoge un comportamiento racional a la hora de elegir un producto. Es decir, la decisión del cliente viene determinada en un 95% de las veces por estímulos tales como los olores, los colores o sabores, que le generen una satisfacción o un bienestar en su subconsciente.²⁸

Es ahora cuando el *neuromarketing*²⁹ empieza a tener un papel relevante, a través de diversidad de estudios de nuestra actividad neuronal, donde la publicidad tiene una gran influencia en la decisión del consumidor, concretamente la publicidad de las marcas.

Gracias a esta última disciplina, se tiene un conocimiento más exacto sobre el nivel de interés al que responde un consumidor frente a un estímulo. Nos adentramos de esta manera en el ámbito de la psicología, a través de estudios relacionados con el conjunto de emociones ocasionadas por un estímulo, el nivel de observación de nuestro cerebro

Precio: estrategia a través de la cual las empresas intentan liderar el mercado mediante la diferenciación, obteniendo la mayor rentabilidad posible.

Promoción: actividad para intentar que el producto llegue al máximo número de clientes o del segmento al que se dirige.

Distribución: conjunto de fases y canales por los que pasa el producto hasta que llega a manos del consumidor.

²⁷ Philip Kotler, profesor universitario estadounidense nacido en el año 1931, conocido como el Padre del Marketing moderno debido a sus numerosas contribuciones y conocimientos dentro de esta área.

²⁸ El subconsciente es un concepto empleado por la psicología para hacer referencia a todo aquello que se encuentra “debajo de la conciencia y que es débilmente consciente”. Estamos hablando de la mente emocional, aquella que se guía por los gustos y los deseos, y a través de la cual se basa el 99% de nuestras elecciones de compra.

²⁹ Considerado como el conjunto de técnicas de la neurociencia aplicadas al ámbito del marketing, cuya finalidad es conocer los niveles de atención que muestran los individuos ante diferentes estímulos.

frente a dicho estímulo o la memoria a través de la cual se estimulan recuerdos sobre una determinada experiencia de compra.

Es de gran atractivo comprender la influencia que tiene la publicidad y concretamente la publicidad de las marcas, a través del conocido concepto del *branding*³⁰. De esta manera, todo lo explicado se puede observar a través de un simple ejemplo, un estudio elaborado por el científico Read Montague, quien puso a prueba a varios individuos a través de la elección de dos marcas de refrescos conocidas a nivel mundial: Pepsi y Coca-Cola. En esta ocasión, los sujetos debían de probar ambas bebidas sin poder diferenciarlas a simple vista, y más de la mitad de los individuos se decantaron por el sabor de Pepsi. Posteriormente, tendrían que elegir entre ambos refrescos observando previamente las marcas, es entonces cuando alrededor del 75% de los sujetos acabó eligiendo la opción de Coca-Cola, como consecuencia de la publicidad llevada a cabo por ésta última durante años y la gran reputación obtenida a cambio. Este famoso experimento demostró que en muchas ocasiones el consumidor tiene cierta lucha interna entre su pensamiento racional y emocional del cerebro, llegando a la conclusión de que existía cierta duda, venciendo finalmente la parte emocional.³¹

Por consiguiente, se puede llegar a entender la gran influencia de la publicidad de las marcas sobre la decisión de todo consumidor, provocando en la mayoría de decisiones de elección de un producto o servicio que el individuo se guie por la irracionalidad.

4.2. Psicología publicitaria

Todos somos conscientes de algún anuncio televisivo concreto que nos ha conmovido y que a día de hoy seguimos recordando, un hecho que no es fruto de la casualidad, sino que es resultado de una gran labor realizada por la psicología publicitaria.

Se trata de un pilar fundamental en el ámbito de la estrategia publicitaria, cuyo resultado es entender el procedimiento de consumo a través de diversos análisis exhaustivos sobre el sonido y el lenguaje utilizados en la propaganda publicitaria con la finalidad de generar sentimientos encontrados en el individuo.

De esta manera, entendemos el concepto de psicología publicitaria como una rama de la psicología cuya actividad se encarga de comprender las peculiaridades y consecuencias de los anuncios publicitarios en el *target*. La publicidad busca toda aquella solución que consiga como resultado obtener un producto seductor que robe la atención del consumidor, es por ello que como consumidores buscamos la diferenciación con productos que destaquen sobre el resto.

Ahora bien, la psicología publicitaria lleva a cabo cuatro estrategias para conseguir los resultados planteados en el individuo:

³⁰ El branding hace referencia al proceso y construcción de una marca, es decir, la combinación de todos los elementos tangibles e intangibles que dan forma a la propia marca a través de la diferenciación. Incluyendo en este término la imagen corporativa, los colores empresariales y la identidad. A día de hoy, se trata de un concepto fundamental para la empresa, cuya labor es la de consolidar la marca y conseguir que ésta gane relevancia.

³¹ Sara Gómez Jaramillo: “Neuromarketing, experimento Coca-Cola vs. Pepsi (racional e irracional)”, Identidad de marca. (Visitado en 29 de mayo de 2020)

- **Mecanicista:** repetición constante de anuncios publicitarios, cuya finalidad es influenciar en la decisión del consumidor a través de imponer un eslogan o una marca mediante el avasallamiento de propaganda.
- **Persuasivas:** atrae la atención del consumidor en base al uso de palabras, sentimientos o razonamientos. Se trata de una estrategia llena de verosimilitud, destacan las cualidades del productos priorizando sus ventajas y resaltando el producto por encima de la competencia. Por eso, se trata de vender el producto como una imagen llena de valores apelando al subconsciente.
- **Proyectiva:** estrategia cuya finalidad es comprender los sentimientos y pensamientos del consumidor con respecto a una marca, a través de los cambios culturales y modo de vida del individuo. Se basan en resaltar productos o servicios elegidos por la mayoría de los consumidores de las mismas características, aprovechando la situación del sujeto principal quien se deja influenciar por las opiniones y decisiones del resto.
- **Sugestiva:** trata de investigar en profundidad al ser humano experimentando sus miedos, angustias y ansiedades. Utiliza el psicoanálisis para presentar así un producto especial que consiga recaer en los sentimientos del individuo.

Como se ha observado en numerosos estudios, las compras impulsivas se desarrollan cada vez con más frecuencia apelando a la irracionalidad del ser humano, y es por ello que los expertos de la publicidad deciden aprovechar la situación llevando a cabo una serie de aspectos estratégicos. Después de miles de análisis exhaustivos, se ha llegado a la conclusión de que es de gran importancia conocer el cerebro humano, donde se procesan antes las imágenes que las palabras. En consecuencia, es imprescindible cuidar la percepción del producto ante la mirada del consumidor y conseguir así captar su atención a través de envases e imágenes originales. La importancia del color como uno de los instrumentos principales que influyen de una manera u otra en la atención de los consumidores, un estudio reciente de la psicología que destaca el color azul como significado de frescura y profesionalidad, y el color rojo como uno de los más destacados y que más resalta a vista del individuo. Otro aspecto relevante para los expertos es conseguir un precio perfecto para los productos, intentando establecer un precio que no se encuentre por debajo de la media, ya que ello genera una sensación de un producto precario y de poca calidad, ni tampoco un precio elevado provocando así el rechazo de gran parte de clientes.

Es impensable como la publicidad tiene el poder de transformar el comportamiento del consumidor a través de sencillos elementos. Uno de ellos es la reiteración, mentalizando al cliente de que necesita un determinado producto mediante la repetición de anuncios sobre una marca u objeto. Los anuncios son los encargados de generar un sentimiento de necesidad en el individuo, provocando así la motivación de compra mediante la percepción de carencia. De esta manera, la psicología publicitaria juega con la tendencia de las promociones para generar un vínculo entre el producto o servicio y el cliente, las palabras “gratis” y “oferta” provocan una presión en el individuo quien acaba ejerciendo la acción de comprar.

Ahora bien, el mayor éxito de la publicidad es asociar un producto o servicio a personas famosas. Las campañas publicitarias basadas en el *branding* intentan conseguir que el cliente potencial asocie las cualidades de un determinado famoso con la marca. Con ello, se genera una mejor imagen de la marca como podemos ver a menudo en el mundo del deporte, puede ser el caso de Rafa Nadal representante de Nike o el caso de los anuncios donde aparece la belleza del hombre o mujer promocionando colonias o perfumes conocidos. De esta manera, el consumidor se ve presionado indirectamente a cumplir con una serie de requisitos, manteniendo un determinado estatus dentro de la sociedad y llevar la última moda dentro de su grupo social.

Según el psicólogo António Damásio³², “las emociones son cruciales en casi todas las decisiones que tomamos, pues éstas, que se asocian a experiencias previas, fijan valores a las opciones que estamos considerando”. Hoy en día, la propaganda emocional tiene mayor relevancia que la simple publicidad, donde la mayoría de productos presentan beneficios similares debido a los grandes avances tecnológicos de los últimos tiempos, y es por ello, que se apela a los deseos a través de los productos.

Por otro lado, un concepto que ha sido digno de estudio es el de disonancia cognitiva³³, que explica cómo los individuos tienen la necesidad de que exista una armonía entre sus ideologías y sus conductas, surgiendo sentimientos de malestar en caso contrario. Ello provocaría cambios de comportamiento incitando a la parte racional del ser humano. Se puede ver con un sencillo experimento: Festinger y Carlsmith dividieron a un grupo de estudiantes en tres sectores, se les presionó para que cada uno de los grupos mintiera diciendo que la actividad realizada había sido divertida. Así pues, al primer grupo no se le ofreció nada a cambio, mientras que al segundo se le compensó con 1 dólar y al tercer grupo con un total de 20 dólares. Tiempo más tarde, los tres grupos fueron preguntados por la actividad, y sólo el grupo 2 afirmó que había sido una actividad divertida. En consecuencia, la conclusión fue que la falta de justificación externa provoca con mayor facilidad el cambio de pensamientos, es por ello que los únicos que cambiaron su idea fueron los individuos del grupo 1, ya que un dólar es una cantidad insuficiente y esto provoca el concepto de disonancia cognitiva, concepto que se puede trasladar al acto de comprar un producto o servicio influenciado por el cambio de ideas.³⁴

El ser humano es un individuo emocional, punto a favor de las campañas de marketing, ya que como dice el neurólogo Donal Caine “la diferencia esencial entre emoción y razón es que la emoción incita a la acción”.

4.3. Los límites de la libertad de expresión de los medios publicitarios

La publicidad tiene como finalidad principal la de persuadir y atraer al consumidor para generar la demanda de un determinado producto o servicio incrementando así el consumo. Acontecimiento que en la mayoría de los casos los expertos del marketing

³² António Damásio (Lisboa, 25 de febrero de 1944), es un profesor de neurociencia, neurología y psicología en la Universidad de Southern California, ligado a la investigación de las emociones y los diferentes sistemas de la conciencia.

³³ Se entiende por disonancia cognitiva al malestar o incomodidad interior de todo ser humano cuando se encuentra en una situación entre dos planteamientos contrarios, es decir, cuando no existe una armonía entre sus pensamientos y sus comportamientos.

³⁴ Jonathan García-Allen: “disonancia cognitiva, la teoría que explica el autoengaño”, Psicología y Mente. (Visitado en 7 de junio de 2020).

pretenden que el consumidor se vea reflejado con una marca propia a través de introducirla dentro de la sociedad. Es entonces cuando, frecuentemente, los anuncios publicitarios sobrepasan los límites legales, llevando a cabo una serie de campañas consideradas ilícitas por desleales. Los actores de la publicidad justifican estos hechos por mediación de la libertad de expresión así como de la libertad de información.

Es a través del caso *Mitsubishi*, del que hablaremos con detalle más adelante, donde el Tribunal Supremo alude a la doctrina europea para hacer referencia a la libertad de expresión y de la información, entendiendo dicho caso como un anuncio de utilidad informativa para el consumidor, considerando su tono jocoso y metafórico, opinión que no comparte la gran mayoría de usuarios por el contenido agresivo y desleal del propio anuncio.

Ahora bien, surge el planteamiento de que si la libertad de expresión y de información, reconocida como derecho fundamental en los arts. 20³⁵ y 38³⁶ de la Constitución Española, se trata de un derecho público subjetivo o una condición institucional. De esta manera, se ponen de manifiesto dichos derechos constitucionales, como podemos ver en la sentencia dictada en el caso *Mitsubishi*.

En consecuencia, la jurisprudencia referida al TEDH sigue siendo tenaz en el derecho comercial de difundir información e ideas bajo el derecho de libertad de expresión. Aunque, es cierto que estos conceptos están sujetos a una serie de restricciones que no se deben sobrepasar. El TEDH es el encargado de establecer los márgenes dispuestos en la libertad de expresión en el ámbito mercantil, debido a la gran flexibilidad y complejidad de la información publicitaria según su contexto.³⁷

El derecho constitucional de la libertad de expresión se rige bajo unos límites o restricciones dentro de una sociedad, dónde el carácter ilícito de la publicidad pasa a ser una barrera de dicho derecho en el ámbito publicitario. Estos límites a los que hacemos referencia vienen determinados principalmente por los arts. de la LGP y LCD ya comentados con anterioridad, ya que no existe justificación alguna para que la libertad de expresión sea absoluta.

En resumen, la publicidad corresponde a un sector que se ha ido perfeccionando con el paso de los años y de numerosos estudios, donde en la mayoría de los casos el contexto de los anuncios queda expuesto a la imaginación e interpretación de cada individuo. Es por ello, que hablamos de la complejidad de la publicidad y su flexibilidad, donde las restricciones de la libertad de expresión e información serán interpretadas por el TS, en referencia a la Ley, según el razonamiento del actor de la publicidad así como de las consecuencias generadas en el demandante.

³⁵ La libertad de expresión es un derecho que hace referencia a la libertad para comunicar pensamientos, ideas u opiniones a través de cualquier medio de difusión con ciertas restricciones. Mientras que, la libertad de información hace referencia a la comunicación a través de cualquier medio con un carácter que pretende ser objetivo, a diferencia de la subjetividad de la libertad de expresión.

³⁶ Derecho de “Constitución económica” cuyas características se centran en la riqueza de orden constitucional de carácter económico y social, en la flexibilidad de esta normativa y el dualismo en la interpretación de dicha normativa.

³⁷ Cristina Gil Membrado: “El anuncio publicitario como ejercicio del derecho a la libre expresión. A propósito del caso *Mitsubishi*”, *Universitat de les Illes Balears*, con fecha de abril de 2011.

CAPÍTULO 4: SUPUESTOS DE PUBLICIDAD DESLEAL

5.1. Publicidad engañosa, publicidad desleal y publicidad agresiva

La ley 34/1988 General de Publicidad modificada por la Ley 29/2009, en el apartado e) de su art. 3 considera como publicidad ilícita a “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 LCD”.³⁸

Debemos recurrir a la información expuesta en la LCD para concretar los conceptos y la reglamentación de la publicidad ilícita considerada en el apartado e) del art. 3 de la LGP.

5.1.1. Actos de engaño

Ahora bien, tenemos que recurrir al art. 5 de la Ley de Competencia Desleal para entender el significado de actos de engaño, concretamente en su art. 5.1 donde se considera engañosa toda aquella publicidad que disponga de “información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”. Al mismo tiempo, en su art. 7.1 se entiende por engañosa la publicidad que recurre a “la omisión u ocultación necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa”. Además, considera de desleal también la “información poco clara, ininteligible, ambigua, que no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”.³⁹

Por otro lado, en el mismo art. 5 de dicha Ley se recogen una serie de condiciones para que se considere la información como publicidad engañosa:

- a) La presencia o la esencia de un bien o servicio determinado.
- b) Las particularidades imprescindibles del bien o servicio, como pueden ser sus ventajas, la fecha de fabricación, su origen, el procedimiento de fabricación, etc.
- c) La atención al cliente una vez efectuada la venta del producto y el recibo de reclamaciones.
- d) La responsabilidad del empresario o profesional, los términos de contrato y los motivos de la conducta comercial.
- e) La obligación de una prestación, sustitución o reparación.

³⁸ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Recogido en BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988. Vigente desde 5 de diciembre de 1988 y modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, donde viene recogida en su art. 3 la publicidad considerada como ilícita, concretamente en su apartado e haciendo referencia a la publicidad engañosa. La publicidad desleal y la publicidad agresiva.

³⁹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia Desleal. Recogido en BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991, vigente desde 31 de enero de 1991 y modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre. Haciendo referencia a los arts. 5 y 7 donde se recoge la información correspondiente a los actos de engaño considerados de publicidad desleal.

- f) El importe o su método de consolidación, así como la existencia de cierta ventaja sobre dicho importe.
- g) La esencia, las particularidades y derechos del propietario, como pueden ser su identidad y capacidad adquisitiva, sus especializaciones, su situación, distinciones recibidas, etc.
- h) Los derechos constitucionales del cliente o los peligros en los que éste último pueda incurrir.

De forma paralela, debemos recurrir a la Directiva 2006/114/CE para hacer referencia a la publicidad engañosa. Y es en el apartado b) de su art. 2 donde habla sobre dicho concepto, calificando como engañosa toda información que incita o puede incitar a la confusión de los consumidores, y que en consecuencia se vea involucrado económicamente o pueda perjudicar a la competencia.⁴⁰

Imagen 1. Ejemplo Burger King por publicidad engañosa



Fuente: La publicidad engañosa y sus efectos en el consumidor

Del mismo modo que en la LCD se recogía una serie de condiciones para calificar la información como engañosa, a lo largo de este Decreto también se tendrán en cuenta una serie de requisitos para calificar la publicidad de engañosa. Es concretamente en su art. 3 donde viene recogida dicha información:

- a) Las peculiaridades de los bienes y servicios, como pueden ser su esencia, su fecha de fabricación, su origen, etc.
- b) El importe o método de consolidación y los requisitos de suministro de bienes o servicios.

⁴⁰ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, sobre la publicidad engañosa y publicidad comparativa, haciendo referencia a su art. 2 b) donde viene recogida la información correspondiente sobre la publicidad engañosa.

- c) La esencia, las peculiaridades y los derechos del empresario, como pueden ser su identidad y capacidad adquisitiva, obsequios obtenidos, sus cualificaciones, etc.

Caso Brita Iberia, S.L.U.

La prestigiosa asociación que engloba alrededor de 81 marcas españolas de agua envasada, Asociación Nacional de Empresas de Aguas de Bebida Envasadas, formuló demanda contra Brita Iberia, S.L.U. (encargada de promocionar la transformación de agua de grifo a través de una red de suministro público o de jarras adaptadas). En la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona con fecha de 30 de junio de 2016⁴¹, determinó la propaganda de su página web y el anuncio publicado en televisión por Brita, haciendo referencia al texto “Me encanta beber agua de excelente sabor, y también me gusta ahorrar dinero. La tecnología de filtración de Brita transforma el agua del grifo reduciendo el cloro, la cal y otras impurezas. Así de fácil y tan sólo por unos céntimos el litro. Brita ayuda además a reducir envases de plástico. Hagamos de nuestro mundo un lugar mejor. Brita, my water, my life”, como actos de publicidad desleal. Se declara este acto como ilícito por considerarse de publicidad engañosa y denigratoria, por el incumplimiento del art. 4.1 de la LCD cuyo comportamiento es entendido como contrario a la buena fe.

De esta manera, ANEABE lleva ante un tribunal a la demandada por considerar la campaña publicitaria de Brita como un acto desleal, donde se intenta comparar el agua mineral con el agua filtrada, hablando de precios y de reducción de contaminación por la inexistencia de agua embotellada, calificando estos actos de ilícitos según el apartado e) del art. 3 de la LGP y en correspondencia a la publicidad engañosa, comparativa y denigratoria.

El juez “a quo” interpreta el análisis realizado por los peritos, considerando que no existe posibilidad alguna de comparación entre el agua filtrada y el agua mineral, debido a las numerosas diferencias.

Centrándonos en el acto de engaño, la demandante hace alusión a lo dispuesto en el art. 5 de la LCD, considerando que la información contrastada sea verídica o no provoca confusión en el consumidor medio llevándole al error de que el agua filtrada presenta las mismas características que el agua mineral.

Por consiguiente, Brita ha sido condenada a retirar cualquier anuncio publicitario televisivo como en su página web que consideren la comparativa con el agua mineral, según lo dispuesto en el Juzgado Mercantil núm.5 de Barcelona.

Aun así, Brita apeló la sentencia dictada considerando que toda la información expuesta en sus anuncios es totalmente verídica y no da lugar a error, defendiendo que cumple con los arts. 5, 7 y 9.1 correspondientes a la LCD. Al mismo tiempo, considera que todo consumidor es consciente de que agua mineral y agua filtrada presenta diferencia y que este último es un método de ahorro aludiendo al importe de 180€ al año consumidos por el cliente de agua embotellada frente a los 27€ del cliente de agua filtrada.

El recurso de apelación por la parte demandada fue desestimado por la Audiencia Provincial de Barcelona al considerar de información desleal por acto de engaño, ocultando información necesaria para el consumidor medio induciendo a éste al error y

⁴¹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (Sección 15ª), nº 158/2016, rec. 269/2015, de 30 de junio de 2016.

dificultando una decisión económica con todo conocimiento del producto, como se dispone en el art. 7.1 de la LCD.

En consecuencia, el hecho de Brita de no haber especificado y aclarado las diferencias que existen entre el agua mineral y el agua filtrada, resaltando las características de esta última, no la exime de su comportamiento desleal, siendo destacable para dar lugar a error al consumidor, se entiende así como una campaña publicitaria claramente ilícita por considerarse engañosa.

5.1.2 Actos desleales

Existe cierta complejidad para determinar las actividades comerciales consideradas como actos de publicidad desleal publicadas por la Ley. Ahora bien, debemos recurrir al art. 4.1 de la Ley de Competencia Desleal⁴² para comprender las cláusulas generales de dicho concepto. A lo largo del artículo, y como ya hemos citado a lo largo del trabajo, se considera desleal todo acto que atente contra la buena fe, entendiéndose así todo comportamiento del empresario que perjudique o pueda perjudicar el patrimonio económico de consumidores o usuarios. Dicho artículo hace referencia a las conductas económicas a todo comportamiento relacionado con:

- a) La decisión de una oferta.
- b) Los requisitos y el procedimiento del contrato para la adquisición de un bien o servicio.
- c) El desembolso ocasionado.
- d) La preservación de dicho objeto.
- e) Los derechos relacionados con el bien o servicio.

Del mismo modo, en el art. 6 de la LCD viene recogida información correspondiente a este tipo de actos desleales, considerando así todo acto que genere o pueda generar confusión con la actividad, los servicios o el comercio ajeno. Además, como viene recogido en su art. 20 haciendo referencia a la publicidad desleal con consumidores o usuarios a toda información, incluida la comparación, que de forma objetiva da lugar a confusión, a través de productos, marcas o nombres comerciales de la competencia, y que afecta al patrimonio económico del consumidor.⁴³

Imagen 2. Ejemplo de Don Simón por publicidad desleal comparativa

⁴² Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Recogido en BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991 y vigente desde 31 de enero de 1991. Haciendo referencia en su art. 4.1 a las cláusulas generales de los comportamientos dispuestos contrarios a las condiciones de la buena fe.

⁴³ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Recogido en BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991 y vigente desde 31 de enero de 1991. Haciendo referencia en su art. 6 al conocimiento de los comportamientos desleales que son considerados como actos de confusión, así como a las prácticas engañosas por confusión para los consumidores en su art. 20.



Fuente: Observatorio comunicación en cambio

En cierto modo, nos vamos a centrar en los arts. de la LGP y la LCD que hacen especial hincapié en los actos desleales referidos a comportamientos de comparación y denigración entre otros, que son los principales objetos de este estudio.

De esta manera, la LCD concibe en su art. 9 como desleal las publicaciones frente a terceros cuyo contenido perjudique su reputación en el mercado, salvo que sean verídicas. Permitiendo así a lo largo de su art. 10 la publicidad comparativa, siempre que cumpla las siguientes condiciones: los productos que se comparen deben de tener un objetivo común a la hora de cubrir las necesidades del consumidor, se debe realizar de manera objetiva entre varias particularidades siempre y cuando sea verídico, deberán de ser de la misma denominación de origen en su caso, no se permitirá la imitación de productos con una marca comercial existente y se deberá cumplir lo establecido en los arts. 5, 7, 9, 12 y 20.⁴⁴

Por otro lado, y como viene recogido en el art. 12 de la LCD se considera desleal “el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”.⁴⁵

Caso Pepsi VS Coca cola

En este caso es un particular quién ha llevado a cabo una demanda contra la conocida compañía de Bebidas Pepsico, S.L. En la sentencia del Jurado de Autocontrol con fecha de 28 de noviembre de 2019⁴⁶, calificando la propaganda de Pepsi de publicidad ilícita, al considerar un acto desleal por la comparativa realizada en un anuncio de televisión, difundido también por internet, en el cual se promocionaba el refresco Pepsi Max. Dicho anuncio empieza con la lata que se está promoviendo topando con otra lata de

⁴⁴ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Recogido en BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991 y vigente desde 31 de enero de 1991. Donde en su art. 9 viene recogida la información correspondiente a los actos desleales según un comportamiento denigratorio, así como la relevancia de los actos de comparación dentro de la publicidad en su art. 10.

⁴⁵ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Recogido en BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991 y vigente desde 31 de enero de 1991. Haciendo referencia en su art. 12 a la explotación de la reputación ajena.

⁴⁶ Resolución de la Sección Séptima del Jurado de Autocontrol con fecha de 28 de noviembre de 2019.

color rojo sin marca, al mismo tiempo que se puede leer “VS”. A medida que transcurre el anuncio se puede ver una degustación a ciegas por varios participantes, donde se lee “Reto del sabor”. Además, se muestra un collage de fotografías donde se manifiesta la sonrisa de diversos individuos junto a la bebida que se promociona, tras aparecer un texto que dice que “el 54% habéis elegido el sabor de Pepsi Max”.

A lo largo de la publicidad se puede observar en letra pequeña como se hace referencia a una selección a ciegas entre Coca-Cola zero y Pepsi Max, al mismo tiempo que se puede leer “máximo sabor. Zero azúcar”.⁴⁷

El demandante califica el anuncio de publicidad ilícita haciendo referencia a la comparativa realizada entre dos bebidas conocidas usando el sabor como objeto de comparación. Mientras tanto, la compañía de Bebidas Pepsico, S.L. alude a la imparcialidad del test realizado con una serie de criterios totalmente objetivos. De esta manera, considera que cumple con la normativa de la Directiva 2006/114/CE sobre la publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Según lo dispuesto, a pesar de que la publicidad comparativa es una característica lícita de la propaganda publicitaria, en este caso se incumple el art. 10 de la LCD en relación con los actos de comparación. Así pues, no cumple con los criterios de objetividad y veracidad expuestos, entendiéndose de esta manera como un anuncio de engaño. Al mismo tiempo, que se considera como un foco de confusión para los consumidores a la hora de elección entre estas dos marcas reconocidas a nivel mundial influyendo en el comportamiento económico del individuo, como viene recogido en el art. 20 de la LCD.

En consecuencia, la Sección Séptima del Jurado de Autocontrol considera esta campaña como publicidad ilícita por actos comparativos al tiempo que entiende que el sabor es parámetro subjetivo, y que por tanto se incumple la norma 22 del Código de Conducta Publicitaria. Se considera que los datos mostrados no son objetivos ni verificables en base a las características de dichos refrescos, como es el objeto de este caso: el sabor.

5.1.3. Actos agresivos de la publicidad

Tras la modificación de la Ley 29/2009 se incorporó en la Ley la información necesaria respecto a la publicidad agresiva. Concretamente en el art. 8 de la LCD viene recogida la definición correspondiente a este tipo de prácticas, donde se entiende por acto agresivo aquella conducta que por mediación de acoso, presión o dominio inmorales vea afectada la decisión del consumidor con total libertad y en consecuencia perjudique a su patrimonio económico.⁴⁸

⁴⁷ Test certificado por la compañía de investigación de mercados alemana Gfk, con un total de 22.008 participantes con fecha de 6 de junio – 28 de julio de 2019.

⁴⁸ 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. Recogido en BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

Imagen 3. Ejemplo de Pepsi por publicidad desleal agresiva



Fuente: Publicidad Conquense, la publicidad agresiva

Según el concepto de los actos agresivos de la publicidad en el art. 8 de la LCD se citan dos planteamientos relevantes. Por un lado, hace referencia al comportamiento indebido mediante conductas de acoso, coacción e influencia⁴⁹ y, por otro lado, al comportamiento que influye sobre la libertad del consumidor o usuario y que perjudique o pueda perjudicar su patrimonio económico.

Caso Mitsubishi

La asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), conocida como la asociación de consumidores, presentó una demanda contra la publicidad llevada a cabo por la empresa Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA. En la sentencia del Juzgado de la Sala de lo Civil de Madrid con fecha de 15 de enero de 2010⁵⁰, desestimando el recurso de apelación propuesto por el demandado determinó el anuncio de publicidad ilícita en relación con el art. 3 a) de la LGP, como defendía la AUC. De esta manera, se considera de acto desleal la publicidad en la cual aparece un directivo de la empresa titular caminando por el interior de un garaje, quien observa un vehículo bajo el que se puede leer “director general”. Es entonces, cuando se escucha la voz de un individuo secundario: “¿has visto el coche del nuevo director general” ¡Es impresionante el coche del nuevo director general! ¡Cómo me gustaría probar el coche del nuevo director general!”. Acto seguido, el individuo se dedica a desinflar las ruedas de dicho vehículo, saliendo posteriormente del garaje bajo un texto en el que se podía leer “presidente”, al mismo tiempo que el individuo secundario manifestaba que la “regla número uno de los negocios es que el director general nunca debe comprarse un coche mejor que el del presidente”.

La demandante pide que se dicte sentencia contra este acto por infringir las leyes de la publicidad, catalogando este anuncio de publicidad ilícita en relación a los arts. 3 a) y e) de la LGP en referencia al art.8 de la LCD. Entiende que se trata de una campaña publicitaria sobre prácticas agresivas donde se intenta disminuir la libertad de elección

⁴⁹ Entendemos influencia indebida al abuso de dominio del empresario sobre el consumidor o usuario, utilizando la presión como herramienta esencial, sin hacer falta el uso de fuerza ni amenazas.

⁵⁰ Sentencia del Juzgado de la Sala de lo Civil de Madrid (Sección 1ª), nº 860/2009, rec. 1516/2005, de 15 de enero de 2010.

del propio consumidor, quien se ve afectado económicamente y a quien se le incita a la violencia y a los actos agresivos.

Mientras tanto, la demandada alega que dicho anuncio goza de tono y de un carácter totalmente humorístico, además de hacer referencia a los derechos reconocidos en el art. 20 de la CE.⁵¹

En consecuencia, la sala de lo Civil del Tribunal Supremo defiende el contenido jocoso del anuncio, además de considerar que no se atenta contra la dignidad de las personas sino que se centra en la mera información. Así pues, se estima el recurso de apelación interpuesto por Mitsubishi contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Treinta y cuatro de Madrid, donde se obliga al cese de dicho anuncio por incurrir en publicidad ilícita, catalogando así de lícito su contenido, y desestimando de esta manera la demanda interpuesta por la AUC.

CAPÍTULO 5: POSIBLES SOLUCIONES FRENTE A LA PUBLICIDAD ILÍCITA

6.1. Análisis jurisprudencial

La jurisprudencia española considera publicidad lícita toda aquella campaña de publicidad habitual basada en exageraciones y temas jocosos, cuyo objetivo no se centra en una interpretación literal.

En cambio, vivimos en una sociedad que se nutre de la competencia para enriquecerse y sobrevivir. Por lo que en la mayoría de los casos la publicidad se declina por conductas deshonestas, hecho que ha dado lugar a la existencia de diferentes medios para asegurar un comportamiento ético en el mercado.

Debemos recurrir a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 860/2009, de 15 de enero de 2010, sobre el caso *Mitsubishi*, ya comentado con anterioridad, para acudir al primer caso donde el Tribunal Supremo interpreta el anuncio publicitario como objeto de libertad de expresión. Acontecimiento contrario a una diversidad de arts. de la Constitución Española (arts. 10, 96 y 20).

El procedimiento para acabar con los actos de la publicidad ilícita se ha convertido en un hecho práctico de tramitaciones costosas y penalizaciones inadecuadas, y esto es debido a la ineficacia de órganos administrativos, Jueces y Tribunales ordinarios, así como a los beneficios existentes en este ámbito. De esta manera, como bien define el especialista en Derecho Mercantil, Bercovitz, “a pesar del perfeccionamiento expuesto en los supuestos ilícitos, por mucho interés que el legislador muestre en estos casos, todo será en vano si no se llevan a cabo una serie de procedimientos ágiles y unas sanciones adecuadas”.⁵²

⁵¹ Se declaran y amparan los derechos referidos a la libertad de expresión, difundiendo libremente pensamientos, ideas y opiniones.

⁵² Alberto Bercovitz: “procedimientos y sanciones en materia de publicidad desleal”. Jornadas de Derecho de la publicidad. INP. Madrid, 1980, pág. 126.

Tras varios años de ineficacia por parte del Jurado de Publicidad para paliar las consecuencias de la publicidad ilícita, donde los principales individuos protegidos eran los empresarios dejando desamparados a los propios consumidores, surgen los caminos administrativos y judiciales para condenar dichos actos, a través de la Directiva 84/450⁵³. En su art. 4.1 apartado b) establece la posibilidad de “acudir a un órgano administrativo encargado de gestionar las reclamaciones correspondientes o emprender acciones judiciales”. Se perfecciona de esta manera el amparo de consumidores, reforzando su versión por mediación de dicho órgano, debido a las dificultades existentes por la falta de medios.⁵⁴

Por consiguiente, si se opta por la vía administrativa para reprimir los actos ilícitos, se deberían acatar los requisitos expuestos en el art. 4.3 de la Directiva 84/450: la posición de imparcialidad debe quedar clara, requiere de competencia necesaria para evaluar y condenar los pronunciamientos acerca de las reclamaciones expuestas, así como motivar sus decisiones. Haciendo alusión a dichas características recogidas en la Directiva, según el catedrático, en Derecho Mercantil, José Antonio García-Cruces González el órgano administrativo debería ser elaborado en su mayoría por consumidores, obstaculizando de esta manera el posible corporativismo.⁵⁵

El legislador opta por la vía judicial, entendiéndose así que los consumidores y usuarios serían amparados de forma más eficaz que si se hubiera llevado a cabo por un camino administrativo. Al respecto, existen autores que defienden la existencia de ambas vías, existiendo así la posibilidad de que el demandante pueda optar libremente por la Administración Pública o por el TJE, defendiendo la vía administrativa por su mayor rapidez.⁵⁶

Ahora bien, el legislador intenta frenar el engaño y la comparativa inadecuada de la publicidad, pero lo cierto es, como bien dice López Camargo, que toda publicidad va dirigida a persuadir al consumidor para que éste termine realizando el acto de compra, generando así cierta confusión en la licitud del mensaje. En realidad, la mayor parte de los anuncios publicitarios contienen una parte verídica y otra engañosa, de los cuales deberían ser calificados como publicidad engañosa todos aquellos que puedan causar error al consumidor y que afecten al comportamiento de dicho individuo (Martín LLaguno, 2007: 21). En consecuencia, durante los últimos años se ha puesto mayor énfasis en estos actos desleales, aunque bien es cierto que se debería establecer un protocolo de mayor eficacia (Perelló Oliver, Muela Molina y Hormigos Ruiz, 2016: 63).⁵⁷

De este mismo modo, se considera en la STC 220/1991, de 25 de noviembre, que el hecho de obtener información real es un derecho todo ciudadano. Existiendo así campañas publicitarias que carecen de claridad, los cuales pueden revocar en un

⁵³ Directiva del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa.

⁵⁴ José María de la Cuesta Rute: “la directiva de la CEE sobre publicidad engañosa”, pág. 92.

⁵⁵ José Antonio García-Cruces González: “la armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE (introducción al estudio de la Directiva CEE 84/450, de 10 de septiembre de 1984)”, pág. 479.

⁵⁶ Manuel Broseta Pont: “la publicidad y la protección del consumidor en la legislación del Estado y de las CCAA”. Problemas actuales del Derecho de la publicidad.

⁵⁷ Jesús López de Lerma Galán: “la protección constitucional del consumidor frente a la publicidad engañosa”, Universidad Rey Juan Carlos, con fecha de 21 de febrero de 2018.

procedimiento judicial. Además, no solo se consideran engañosos aquellos anuncios que no se comprometen con la veracidad de la información, sino que también se incluyen en este ámbito aquellos que esconden datos relevantes para la decisión del consumidor medio (Martín LLaguno, 2007: 21-24).

Tenemos que acudir a la sentencia de 19 de diciembre de 2013, sobre el caso *TrentoSviluppo*⁵⁸, para comprender lo que el Tribunal entiende por acto de engaño de la publicidad. Dictando así aquella campaña que contiene información errónea o que sea confusa para el consumidor, así como que provoque una transformación en la capacidad económica del individuo. Es en el caso *02 Holding LTD*⁵⁹ donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace referencia a la publicidad comparativa, alegando este tipo de actos desleales a aquella campaña que hace mención a un determinado producto o servicio, a una empresa o marca en concreto, facilitando su reconocimiento.

Cabe destacar que el Tribunal Supremo es el único cuya jurisprudencia⁶⁰ pueda casar una transgresión llevada a cabo por una sentencia de un Tribunal inferior.

6.2. Regulación normativa en materia de publicidad

Hasta la transformación 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 consumidores y usuarios, representativa para la LGP y la LCD, existía cierta incoherencia a la hora de dictar sentencia, debido a las diferencias que presentaban dichas leyes sobre las mismas conductas.

Es entonces cuando se modifica la normativa referente a la sección procesal, además de enlazar la normativa considerada frente a los actos ilícitos contemplados en la LGP y la LCD. Hecho que tiene lugar con la aplicación del art. 32.1 de la Ley de Competencia Desleal⁶¹, a través de la cual se ejercitan una serie de actuaciones frente a los actos desleales, incluidas las conductas ilícitas, manteniendo así el amparo de terceros por mediación de la vía judicial.

Las acciones ejercidas frente a la publicidad ilícita vienen reflejadas en el art. 6.1 de la Ley General de Publicidad, donde establece que serán constituidas “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” (art. 32.1).

La modificación de la Ley 29/2009 establece a partir del art.32 de la LCD las acciones llevadas a cabo para legislar la publicidad ilícita, es en los arts. 33 y 34 donde se recoge la legitimación activa y pasiva, los cuales consideran que “cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 19 de diciembre de 2013, sobre las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 12 de junio de 2008, sobre el derecho exclusivo del titular de la marca.

⁶⁰ La jurisprudencia puede ser entendida como el conjunto de fallos ejercidos por un Tribunal en la resolución dictada.

⁶¹ Actuación desleal, actuación de cesación de acto desleal o veto de su reincidencia en el futuro, actuación de transformación de las consecuencias producidas por el comportamiento desleal, actuación de corrección de la comunicación engañosa, actuación de compensación de los daños causados, así como la actuación de lucrarse en consecuencia de perjudicar una posición jurídica.

perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el art. 32.1, 1ª a 5ª”.⁶²

6.3. Autorregulación de la publicidad

De manera paralela a la vía judicial, existe otro tipo de solución frente a los actos ilícitos de la publicidad, como es el caso de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial⁶³. Se trata de un mecanismo de autocontrol que se rige bajo una serie de reglas éticas y que son aprobadas por el conjunto de empresas para la autoprotección de las conductas desleales llevadas a cabo por la industria publicitaria, las cuales no han sido implantadas por parte del Estado. En consecuencia, se trata de una asociación cuyo objeto principal es el amparo de terceros, a través de la honestidad, la veracidad, la legalidad y la lealtad de la publicidad.

La finalidad ética de la Autorregulación se lleva a cabo por mediación de una serie de pautas conciliadas en los Códigos de Conducta, regulados en el capítulo V de la Ley de Competencia Desleal, a partir de su art. 37. Debemos acudir a la Directiva 2005/29/CE para comprender su significado, a través del apartado f) de su art. 2 cuya definición dice que se trata de un “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos”.⁶⁴

Por consiguiente, se pretende perfeccionar la rivalidad y la claridad de las empresas en el ámbito comercial, incrementando el amparo de consumidores y usuarios reduciendo en la medida de lo posible la existencia de actos ilícitos en el mercado. De esta manera, dicha protección se gestiona por medio de una serie de acciones: procedimiento de reclamaciones expuestas por consumidores, empresas o asociación de consumidores, la creación de códigos éticos concretos y su adaptación por mediación del Jurado de la Publicidad. Además, ofrece asesoramiento previo⁶⁵ sobre las campañas publicitarias con anterioridad a su publicación, y en último lugar se encarga de prestar asesoramiento jurídico sobre *cookies* con la idea de apoyar a las diferentes empresas en su adecuación

⁶² Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Recogido en BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991, vigente de 31 de enero de 1991. Arts. 33 y 34 referentes a la legitimación activa y pasiva, recogidos en el título IV sobre acciones derivadas de la competencia desleal.

⁶³ Asociación sin ánimo de lucro que tiene origen en el año 1995, más conocida como Autocontrol, creada con la idea de regular y defender la veracidad y credibilidad de la publicidad.

⁶⁴ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005. Relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁶⁵ El servicio *Copy Advice* es considerado un instrumento dentro de la publicidad de gran utilidad para establecer la ejecución normativa y reducir en gran medida posibles infracciones, mediante la revisión previa de anuncios publicitarios y su consideración al respecto, por parte del departamento técnico de Autocontrol.

a las restricciones legales de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico dispuestas en su art. 22.2.⁶⁶

La propia Asociación trabaja bajo los conceptos de lealtad y de la buena fe a través de la imposición de una serie de normas éticas, que como se recoge en el art. 1 del Código de Conducta Publicitaria se fijarán a aquella tarea publicitaria que promueva directa o indirectamente la adquisición de un bien o servicio, así como impulsar una marca determinada. Por otro lado, también será fijada para toda aquella persona física o jurídica privada que fomente ciertas conductas a través de sus campañas publicitarias.

En consecuencia, ambas partes se benefician de este tipo de autocontrol, por un lado los consumidores al recibir una información clara y leal sobre la publicidad, y por otro lado el conjunto de empresas viendo reducidas estas conductas desleales en el mercado. Así pues, debemos destacar que la mayor parte de las veces estos conflictos acaban en la Autorregulación del Jurado de la Publicidad previamente a acudir a la vía judicial, debido a que nos encontramos ante un sistema reconocido por su rapidez a la hora de resolver diferentes incidencias y por su compatibilidad con el procedimiento jurídico.

Bien es cierto, que la Autorregulación busca aumentar el amparo de terceros frente a la regulación legal de forma extrajudicial, pero es costoso observar infracciones o normativas diferentes a las ya expuestas por la vía judicial.

6.4. Acciones y sanciones frente a actos ilícitos en materia de publicidad

Tras la aprobación de la Ley 29/2009, a través de la cual se logra mayor eficacia en el amparo de consumidores y usuarios, resolviendo así los problemas de coexistencia de la LGP y la LCD, cuyas normativas presentaban un contexto específico generando así cierta incertidumbre a la hora de establecer el tipo de acciones que se deberían llevar a cabo en los diferentes supuestos de publicidad ilícita.

Como interpreta Cuesta Rute (2002), las conductas desleales de la publicidad se pueden gestionar por mediación de tres vías concretas: procedimiento civil, procedimiento penal y procedimiento administrativo.⁶⁷

Desde un punto de vista del procedimiento de sanciones civiles, se gestionan una serie de acciones que serán llevadas a cabo, por mediación de su art.32, frente a los actos desleales comentados a lo largo de nuestra investigación.

Dicho artículo hace referencia a los actos declarados desleales, que serán reconocidos por el juez siempre y cuando contengan una conducta desleal y cuyo interés no sea únicamente el de la mera información. Se contempla la acción de cesación de cierta campaña publicitaria, prohibiendo de esta manera su propagación futura a pesar de que la conducta desleal no haya sido aún reconocida. Además, el juez será el encargado de sanar las consecuencias generadas por este tipo de comportamientos a través de actos de remoción de los efectos producidos, cuya diferencia con la cesación de cierto anuncio se centra en que mientras ésta última intenta frenar la ilicitud de la publicidad, la acción de

⁶⁶ Garbiñe Martínez Zalaya: "Protección del consumidor ante la publicidad engañosa", *Universidad de Zaragoza* con fecha de 2016. (Visitado en 19 de junio de 2020).

⁶⁷ Sandra Vilajoana Alejandre: "Límites jurídicos de la publicidad en España", *Universitat Ramon Llull*, publicado en diciembre de 2015, pág. 113.

remoción pretende eliminar los efectos producidos por la misma. Por otro lado, se da la opción de rectificar y de esta manera extraer la negativa conducta generada por los actos desleales retirando la falsa o engañosa información. De una manera más drástica, se aprueba la acción de indemnizar por daños y perjuicios generados por el actor de la publicidad frente a un consumidor o usuario, cuyo objeto principal es reparar el deterioro económico causado al cliente en el caso de dictarse como acto ilícito de la publicidad. En último lugar, cabe hacer mención al acto de enriquecimiento injusto, el cuál tan sólo tendrá lugar cuando la figura jurídica se vea perjudicada económicamente en favor del actor de la publicidad.⁶⁸

Cuando exista sentencia estimatoria de las acciones descritas en el párrafo anterior, el juzgado o tribunal puede acordar, si lo estima procedente, la publicación de la sentencia íntegra, parte de ella o de una declaración rectificadora debiendo asumir los costes de la antedicha publicación la parte condenada. Con esta medida recogida en el art.32.2 LCD, se pretende dar a conocer de forma fehaciente el resultado de la Sentencia y paliar los efectos de la conducta desleal.

Esta rectificación es acordada por los tribunales cuando campañas publicitarias tienen una gran difusión y su mensaje es engañoso o induce a error al consumidor causando, al mismo tiempo, perjuicios a los consumidores. Esto sucedió así, por ejemplo, en la controversia existente entre Granini y Don Simón cuando, a través de la campaña publicitaria de la primera, se llevaba a error al consumidor en cuanto al producto que ofrecía en el mercado, confundiendo el zumo con el néctar de naranja.

Para abordar las sanciones de ámbito administrativo debemos hacer referencia al art. 8 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, donde se establecen una serie de derechos básicos. Haciendo una especial mención en el amparo de sus intereses económicos contra las conductas desleales, así como la compensación frente a daños y perjuicios, obteniendo como un derecho esencial el de recibir una información clara al igual que veraz sobre las características de bienes y servicios.⁶⁹

En consecuencia, a través de los arts. 51 y 52 de la LGDCU se gestionan una serie de sanciones diferentes según su grado de gravedad, permitiendo así a las administraciones públicas gestionar el poder de condenar los actos considerados ilícitos por parte de los anuncios publicitarios.

Por último y como última opción, debemos considerar las sanciones penales reguladas por el art. 282 del Código Penal, el cuál determina que “serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses a los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismo, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la

⁶⁸ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Recogido en BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991, vigente desde 31 de enero de 1991, referente a su art. 32 correspondiente al capítulo IV sobre acciones derivadas de la competencia desleal.

⁶⁹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Recogido en BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, vigente desde 1 de diciembre de 2007. En referencia a su art. 8 de su capítulo II sobre los derechos básicos de los consumidores y usuarios.

pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”⁷⁰. Aunque en la práctica, son la minoría de los casos de conductas desleales los que son abordados a través de la vía penal por su dificultad de delimitación.⁷¹

7. Conclusiones

En una sociedad donde día a día todos los intervinientes en el mercado, ya sea como empresarios, competidores o consumidores y usuarios convivimos con la publicidad, los autores de ésta generan nuevos métodos comerciales dando lugar, cada vez con más frecuencia, a campañas publicitarias llenas de anuncios ilícitos por ser desleales. Al mismo tiempo, las leyes destinadas al amparo de consumidores y otros competidores frente a la ilicitud de la publicidad se han ido perfeccionando, un ejemplo de ello es la entrada en vigor 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 consumidores y usuarios, dando lugar a la compatibilidad de las principales leyes bajo las que se rige la publicidad: LGP y LCD.

Bien es cierto que la doble regulación ha generado grandes controversias en la doctrina sobre la coherencia de dichas leyes, dando lugar a diferentes interpretaciones en los tribunales. Hecho que se puede reafirmar a través del art. 3 de la LGP, el cual nos remite a la LCD en referencia a los actos desleales, y una vez revisado el art. 18, donde se consideran este tipo de actos, se vuelve a hacer referencia a la anterior Ley nombrada. Esto es un claro ejemplo de la confusión que genera la legislación vigente a la hora del amparo de terceros frente a la ilicitud de la publicidad, donde en ciertas ocasiones no están claros los conceptos y deja en evidencia la vulnerabilidad de consumidores y competidores. Y, a pesar de que el Tribunal Supremo terminó con este debate en el TS 4-7-05, donde determina que un anuncio publicitario puede dar lugar a acciones acumulables, pudiendo considerarse ilícito y desleal al mismo tiempo, la realidad es que en la práctica siguen surgiendo diversidad de problemas.

Por otro lado, la delgada línea que separa la libertad de expresión y el derecho de terceros es un tema que preocupa en la jurisprudencia española, donde la inmensa mayoría de los autores de propaganda publicitaria se aprovechan del tono jocoso y burlesco de sus anuncios para incurrir en la ilicitud de éstos, sobrepasando el derecho de libertad de información, un claro ejemplo que se puede ver en el caso “*Mitsubishi*”. Ello nos permite comprender la ineficacia o insuficiencia de la doctrina establecida por el TJCE, que relaciona el derecho a la libertad que tienen las empresas para expresar sus ideas en las campañas publicitarias y el derecho de consumidores y competidores ante las conductas desleales de éstas.

No nos podemos olvidar de las circunstancias sanitarias ocurridas actualmente con la COVID-19, un acontecimiento que ha provocado un gran desabastecimiento económico a nivel mundial. De esta manera, muchas de las empresas que han abierto de nuevo sus puertas van a aprovechar la situación para sobrepasar los límites legales de la

⁷⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recogido en BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995. En referencia a su art. 282 sobre las sanciones penales frente a los actos desleales de la publicidad.

⁷¹ Garbiñe Martínez Zalaya: “Protección del consumidor ante la publicidad engañosa”, *Universidad de Zaragoza*, publicado en 2016, págs. 41-42.

publicidad, con campañas agresivas, desleales y engañosas, cualquier método para permanecer en el mercado.

Como colofón, hemos de decir que, con el paso de los años, las empresas han pasado de la mera información a persuadir constantemente al consumidor, sobrepasando los límites legales de la publicidad. Al mismo tiempo, realizan numerosas campañas comparativas, donde no solo se ven afectados los competidores, sino que de forma indirecta también influye en la decisión del consumidor medio. Así pues, por mediación de las diferentes sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del TS podemos afirmar que la jurisprudencia española, en relación con la publicidad, se encuentra limitada, ya que a pesar de las numerosas modificaciones en la normativa y de los numerosos intentos por frenar este tipo de conductas, continúan aumentando la emisión de anuncios desleales perjudicando a consumidores y competidores, siendo necesario una reorganización de la legislación y la aparición de nuevas asociaciones y organismos que frenen dichas conductas.

A la hora de hacer referencia a las posibles soluciones existentes para frenar las conductas desleales de la publicidad, debemos hacer especial mención a la existencia de organismos de autorregulación publicitaria, siendo el caso de Autocontrol, un mecanismo al que acuden la mayor parte de consumidores por su eficacia y mayor rapidez, frente a la tardía respuesta de la vía judicial. Hecho que refleja en muchas ocasiones el desamparo de terceros frente a la publicidad, ya que, en muchas ocasiones, los anuncios considerados ilícitos son cesados con bastante posterioridad a su publicación y habiendo perjudicado notablemente a consumidores y competidores.

En mi opinión y tras el estudio e investigación de la materia que nos ocupa, considero que debería existir mayor control previo y regulación sobre publicidad, ya que la problemática en materia de publicidad ilícita se está extendiendo cada vez más. La vía judicial y la vía administrativa pierden eficacia frente a este tipo de conductas, obteniendo de ambas una respuesta tardía e ineficaz, lo cual en muchas ocasiones, provoca que los consumidores no acudan a ellas.

Se debería potenciar el uso de métodos alternativos extrajudiciales para solventar las controversias que en esta materia se generan como pueden ser arbitraje, mediación u otros sistemas específicos que se creen, lo cual, es factible debido al elevado número de conflictos que existen en este sector. Esto permitiría desahogar a la justicia así como acercar soluciones tanto a los empresarios envueltos en este tipo de controversias así como a consumidores y usuarios, sanando de esta manera la competencia, lo cual, redundaría en un interés general.

8. Bibliografía

Obras de autores

Barba, J. M. (2013-2014). *Universidad de Zaragoza*. Recuperado el 17 de Junio de 2020, de La experiencia del consumidor en su comportamiento de compra: <https://zaguan.unizar.es/record/17099/files/TAZ-TFG-2014-2285.pdf>

Bercovitz, A. (1980). *Jornadas de Derecho de la publicidad*. Recuperado el 25 de Junio de 2020, de Procedimientos y sanciones en materia de publicidad desleal:

https://books.google.es/books?id=aktyDwAAQBAJ&pg=PA310&lpg=PA310&dq=procedimientos+y+sanciones+en+materia+de+publicidad+desleal%20%9D.+Jornadas+de+Derecho+de+la+publicidad&source=bl&ots=h_GdYUDmTv&sig=ACfU3U0BRRFOW-ytQDmPLaloWUXgnD_5kQ&hl=es-419&sa=X&v

- Casado, H.-C. B. (s.f.). *La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios*. Recuperado el 15 de Mayo de 2020, de La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=157490>
- Cruz, N. G. (s.f.). *Colegio Universitario de Estudios Financieros*. Recuperado el 8 de Junio de 2020, de Actos de competencia desleal: http://biblioteca.cunef.edu/gestion/catalogo/doc_num.php?explnum_id=2153
- Desantes, J. M. (1991). *La Ley General de Publicidad y la legislación protectora de los consumidores*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra.
- Devesa, C. L. (Diciembre-Febrero de 2014). *Derecom*. Recuperado el 17 de Mayo de 2020, de La publicidad comparativa en la Unión Europea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4796952>
- Devesa, C. L. (15 de Marzo de 2018). *Universidad Complutense de Madrid*. Recuperado el 27 de Junio de 2020, de Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6529420>
- Fuentes, J. (2006). *Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. Recuperado el 2 de Junio de 2020, de Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1582/documento/b01.pdf?id=2084>
- Galán, J. L. (21 de Febrero de 2018). *Universidad Rey Juan Carlos*. Recuperado el 26 de Junio de 2020, de La protección constitucional del consumidor frente a la publicidad engañosa : https://www.researchgate.net/publication/324905978_La_proteccion_constitucional_del_consumidor_frente_a_la_publicidad_enganosa
- González Tirado, J. (Junio de 2015). *Universidad de Jaén*. Recuperado el 6 de Junio de 2020, de La competencia desleal en el mercado: actos de comparación: <http://tauja.ujaen.es/bitstream/10953.1/4459/1/TFG-Gonzalez-Tirado%2CJose.pdf>
- González, J. A.-C. (1988). *La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE*. Recuperado el 25 de Junio de 2020, de La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=37975>
- Jiménez, D. L. (Enero de 2013). *La publicidad desleal en la competencia en el ámbito digital: publicidad denigratoria, confusionista y comparativa*. Recuperado el 13 de Junio de 2020, de La publicidad desleal en la competencia en el ámbito digital:

- publicidad denigratoria, confusionista y comparativa:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4788627>
- López, L. S. (Julio de 2016). *Universidad de Valladolid*. Recuperado el 18 de Junio de 2020, de Publicidad ilícita: La publicidad lesiva de derecho al honor, la intimidad y la propia imagen:
<https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/17976/TFG-N.407.pdf;jsessionid=09194D64B5CC29924FFC25054DE2E8DD?sequence=1>
- Membrado, C. G. (Abril de 2011). *Universitat de les Illes Balears*. Recuperado el 22 de Junio de 2020, de El anuncio publicitario como ejercicio del derecho a la libre expresión. A propósito del caso Mitsubishi:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1837489
- Nemet, A. (3 de Julio de 2019). *Universidad de Valladolid*. Recuperado el 23 de Junio de 2020, de Las prácticas agresivas como supuesto de competencia desleal:
<https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/37075/TFG-N.1151.pdf?sequence=1>
- Plaza, A. T. (2015). *Universidad Carlos III de Madrid*. Recuperado el 27 de Mayo de 2020, de El derecho español contra la competencia desleal ante la codificación mercantil: estado actual y perspectiva de futuro: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21043/derecho_tato_RIO_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Puig, A. R. (2077). *Universidad Pompeu Fabra*. Recuperado el 27 de Junio de 2020, de Publicidad comercial y libertad de expresión, la protección constitucional de la información en el mercado:
<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7303/tarp.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Pont, M. B. (1995). *Problemas actuales del Derecho de la publicidad*. Recuperado el 25 de Junio de 2020, de La publicidad y la protección del consumidor en la legislación del Estado y de las CCAA:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=2392>
- Rey, J. (1 de Mayo de 2019). *Unión de Consumidores de Madrid*. Recuperado el 15 de Mayo de 2020, de Publicidad engañosa y competencia desleal:
<https://ucemadrid.com/publicidad-enganosa-y-competencia-desleal-2/>
- Rute, J. M. (1986). *La directiva de la CEE sobre publicidad engañosa*. Recuperado el 25 de Junio de 2020, de La directiva de la CEE sobre publicidad engañosa:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3168617>
- Soto, E. M. (s.f.). *Universidad de la Rioja*. Recuperado el 24 de Mayo de 2020, de Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección del consumidor:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3257853>
- Vicente, M. A. (s.f.). *Universidad de Granada*. Recuperado el 28 de Mayo de 2020, de El consumidor ante la publicidad ilícita en los medios de comunicación:
<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/36196/Pages%20from%20libro-actas-congreso-etica-comunicacion-11.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Zalaya, G. M. (2016). *Universidad de Zaragoza*. Recuperado el 19 de Junio de 2020, de Protección del consumidor ante la publicidad engañosa: <https://zaguan.unizar.es/record/57359/files/TAZ-TFG-2016-1131.pdf>

Legislación

Agencia Estatal Boletín Oficial de Estado. (15 de Noviembre de 1988). Recuperado el 30 de Junio de 2020, de Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (20 de Julio de 1963). Recuperado el 7 de Junio de 2020, de Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia.: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1963-14051>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (11 de Junio de 1964). Recuperado el 16 de Mayo de 2020, de Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1964-9400>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (29 de Diciembre de 1978). Recuperado el 26 de Junio de 2020, de Constitución Española: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (17 de Julio de 1989). Recuperado el 7 de Junio de 2020, de Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia.: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-16989>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (11 de Enero de 1991). Recuperado el 27 de Junio de 2020, de Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628#:~:text=Art%C3%ADculo%201.-,Finalidad.&text=Esta%20ley%20tiene%20por%20objeto,la%20Ley%20General%20de%20Publicidad.>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (1995 de Noviembre de 23). Recuperado el 27 de Junio de 2020, de Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal : <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (12 de Diciembre de 2006). Recuperado el 19 de Mayo de 2020, de Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2006-82663>

Agencia Estatal Boletín Oficial del estado. (16 de Noviembre de 2007). Recuperado el 5 de Junio de 2020, de Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (30 de Diciembre de 2009). Recuperado el 5 de Junio de 2020, de 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.:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-21162>

Agenica Estatal Boletín Oficial del Estado. (31 de Marzo de 2010). Recuperado el 6 de Junio de 2020, de Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-5292>

Diario Oficial de la Unión Europea. (11 de Mayo de 2005). Recuperado el 19 de Mayo de 2020, de DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO: <https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>

Oficina de Publicaciones de la UE. (10 de Septiembre de 1984). Recuperado el 14 de Junio de 2020, de Directiva 84/450 / CEE del Consejo, del 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/84562917-1ad5-43a3-9b5e-eaf61780821d/language-es>

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 12 de junio de 2008, sobre el derecho exclusivo del titular de la marca:
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-533/06>

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 19 de diciembre de 2013, sobre las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/40b79e04-0a75-47be-bf86-aff7f05683c9>

CENDOJ, 1 (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil de Madrid 15 de Enero de 2010):
<http://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/5054748/Publicidad%20ilicita/20100304>

CENDOJ, 15 (Audiencia Provincial de Barcelona 30 de Junio de 2016):
<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7814432/Publicidad%20licita/20160919>

Autoncontrol.es (Jurado de Autoncontrol 28 de Noviembre de 2019):
https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/01/resolucion_jurado_publicidad_comparativa2528.pdf

Recursos electrónicas

Asesores de pymes. (18 de Enero de 2016). Recuperado el 17 de Junio de 2020, de La importancia de la psicología en el marketing: <https://asesoresdepymes.com/la-importancia-de-la-psicologia-en-el-marketing/>

Blanco, G. (6 de Julio de 2016). *Entrepreneur*. Recuperado el 20 de Junio de 2020, de Neuromarketing vs. marketing tradicional: <https://www.entrepreneur.com/article/278652>

- Bolsalea*. (21 de Enero de 2020). Recuperado el 18 de Junio de 2020, de Olfato, tacto, gusto, oído y vista: el marketing sensorial: <https://www.bolsalea.com/blog/2017/01/el-marketing-sensorial/>
- Castelló, A. (15 de Abril de 2015). *Observatorio comunicación en cambio*. Recuperado el 20 de Junio de 2020, de Don Simón o cómo comunicar comparando zumos: <https://comunicacionencambio.com/don-simon-o-como-comunicar-comparando-zumos/>
- Consumadrid. (s.f.). Recuperado el 25 de Mayo de 2020, de Derechos básicos de los consumidores y usuarios: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=Page&childpagename=PortalConsumidor%2FPPage%2FPTCS_contenido&cid=1328078230658&pagename=PTCS_wrapp er
- Derecho Mercantil. (5 de Febrero de 2013). Recuperado el 25 de Junio de 2020, de Publicidad, libertad de expresión y sentido del humor. La STS Mitsubishi: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2013/02/publicidad-libertad-de-expresion-y.html>
- DtE, R. (2 de Octubre de 2017). *Domestica tu economía*. Recuperado el 6 de Junio de 2020, de La publicidad engañosa y los derechos del consumidor: <http://www.domesticatueconomia.es/la-publicidad-enganosa-los-derechos-del-consumidor/>
- Galán, J. S. (2018). *Economipedia*. Recuperado el 20 de Mayo de 2020, de Publicidad ilícita: <https://economipedia.com/definiciones/publicidad-ilicita.html>
- García-Allen, J. (s.f.). *Psicología y mente*. Recuperado el 7 de Junio de 2020, de Disonancia cognitiva: la teoría que explica el autoengaño: <https://psicologiamente.com/psicologia/disonancia-cognitiva-teoria-autoengano>
- García-Allen, J. (s.f.). *Psicoogía y mente* . Recuperado el 18 de Junio de 2020, de 7 claves de la psicología aplicadas al Marketing y la Publicidad: <https://psicologiamente.com/organizaciones/claves-psicologia-marketing-publicidad>
- Grapsas, T. (27 de Noviembre de 2017). *Marketing de Conteúdo*. Recuperado el 11 de Mayo de 2020, de Demos juntos una vuelta por la Historia de la publicidad, ¿estás listo?: <https://rockcontent.com/es/blog/historia-de-la-publicidad/>
- Guías jurídicas.wolterskluwer.es*. (s.f.). Recuperado el 11 de Junio de 2020, de Defensa de la competencia: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIINDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQ_QGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAKGtcrDUAAAA=WKE
- Instituto de Crédito Oficial*. (Diciembre de 2015). Recuperado el 26 de Junio de 2020, de Códigos de Conducta: <https://www.ico.es/documents/19/14629/III+04+-Codigo+de+conducta+16+diciembre.pdf/2ded7608-d56c-44ff-b216-f55f27a35569>

- Jaramillo, S. (s.f.). *Identidad de marca*. Recuperado el 29 de Mayo de 2020, de Neuromarketing, experimento Coca-Cola vs. Pepsi (racional e irracional): <https://identidaddemarca.wordpress.com/2014/02/18/neuromarketing-experimento-coca-cola-vs-pepsi-racional-e-irracional/>
- Jimena, R. S. (1 de Noviembre de 2010). *ElDerecho.com*. Recuperado el 17 de Junio de 2020, de La nueva regulación de la publicidad ilícita: <https://elderecho.com/la-nueva-regulacion-de-la-publicidad-ilicita>
- Joel, N. (19 de Junio de 2019). *DerechoUned*. Recuperado el 20 de Mayo de 2020, de Competencia desleal y protección de los consumidores: <https://derechouned.com/libro/mercantil-1i/2380-competencia-desleal>
- Marciaga, C. (19 de Enero de 2015). *Emprendices*. Recuperado el 28 de Junio de 2020, de La publicidad engañosa y sus efectos en el consumidor: <https://www.emprendices.co/la-publicidad-enganosa-y-sus-efectos-en-el-consumidor/>
- Negocios, T. d. (15 de Noviembre de 2017). *Tiempo de negocios*. Recuperado el 14 de Junio de 2020, de Conoce el Marketing según Philip Kotler y aplícalo en tu estrategia: <https://tiempodenegocios.com/philip-kotler-marketing/>
- Parrondo, E. d. (s.f.). *Principales modificaciones de la Ley de Competencia Desleal*. Recuperado el 27 de Junio de 2020, de https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/principales_modificaciones_de_la_ley_de_competencia_desleal_618.pdf
- Publicidad conquense* . (23 de Enero de 2009). Recuperado el 21 de Junio de 2020, de La publicidad agresiva: <http://publicidadconquense.blogspot.com/2009/01/la-publicidad-agresiva.html>
- Rodríguez, M. (30 de Agosto de 2019). *Nuevatribuna.es*. Recuperado el 15 de Mayo de 2020, de Érase una vez la publicidad... del "Escarabajo" a los "Influencers": <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/publicidad-influencia-consumidores/20190828161725165667.html>
- Ruiz, F. (31 de Mayo de 2013). *Educadictos*. Recuperado el 17 de Junio de 2020, de Neuromarketing: el experimento de Coca-Cola y Pepsi: <https://www.educadictos.com/neuromarketing-el-experimento-de-coca-cola-y-pepsi/>
- Thompson, I. (Julio de 2005). *Historia de la publicidad*. Recuperado el 9 de Mayo de 2020, de Conozca la historia de la publicidad, su inicio y evolución a través del tiempo hasta nuestros días: <https://www.promonegocios.net/mercadotecnia/publicidad-historia.html>
- Vitola, R. (8 de Julio de 2019). *Economistjurist.es*. Recuperado el 19 de Junio de 2020, de La tipificación de determinados tipos de publicidad ilícita en la LCD: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-tipificacion-de-determinados-tipos-de-publicidad-ilicita-en-la-lcd/>