

A PUBLICIDADE ENGANOSA NO MODERNO DEREITO ESPAÑOL

CARLOS LEMA DEVESA
Departamento de Dereito Mercantil
Facultade de Ciencias Económicas e Empresariais
Universidade Complutense de Madrid

Palabras clave: *Publicidade enganosa; Defensa do consumidor; Competencia desleal; Lexislación publicitaria.*

Key words: *Unfair publicity; Consumer Defence; Unfair competition; Publicity legislation.*

Resumo

No pasado ano 1993, os investimentos publicitarios ascenderon á astronómica cifra de un billón douscentos seis mil millóns de pesetas. A publicidade invádeo todo e ningún cidadán é alleo á mesma. Agora ben, cada día son máis frecuentes as críticas cara á publicidade e, concretamente, cara á publicidade enganosa. As causas son dúas: tal modalidade publicitaria é a que máis prolifera na práctica e é a publicidade enganosa a que lles afecta de maneira máis directa ós consumidores. As anteriores circunstancias explican que a publicidade enganosa se prohibira en toda Europa, dende hai case un século. A lexislación publicitaria española recolle tamén esta prohibición, cumprindo así a directiva da CEE sobre publicidade enganosa.

Ó longo deste traballo, iremos analizando esta lexislación e ilustrando a súa aplicación cunha serie de sentencias.

Abstract

In 1993, publicity investments reached the huge figure of one billion two hundred and six million pesetas. Publicity invaded everything and no citizen is free from it. However, everyday reproaches to publicity and, precisely to unfair publicity are more frequent. There are two aspects: such publicity is, in practice, the most

prolific one and, it is the unfair publicity the one which most seriously affects consumers. The above circumstances account for the fact that unfair publicity has been banned throughout Europe for almost a century. Spanish legislation on publicity also includes this prohibition thus obeying the EEC directive on unfair publicity.

Throughout this paper that legislation will be examined and its application will be illustrated with several sentences.

1. INTRODUCCIÓN

No pasado ano 1993, os investimentos publicitarios ascenderon á astronómica cifra de un billón douscentos seis mil millóns de pesetas. Non obstante, os mesmos diminuíron na cantidade de 58.500 millóns de pesetas. Tal circunstancia non debe inducirnos a crer que a actividade publicitaria está en crise. Lonxe de ser así, simplemente foi un ano pouco propicio para a actividade publicitaria debido á crise industrial. Actualmente podemos dicir —sen temor á esaxeración— que a publicidade o invade todo e que ningún cidadán é alleo á mesma.

Agora ben, cada día son máis frecuentes as críticas cara á publicidade e, concretamente, cara á publicidade enganosa. As causas que poden apoiar tales críticas son dúas. En primeiro lugar, tal modalidade publicitaria é a que máis prolifera na práctica. Convén ter presente que a maioría das sentencias dictadas ata o momento polos no-

os Tribunais de Xustiza afectan a esta deformación publicitaria. En segundo lugar, a publicidade enganosa ou falaz é a que afecta dunha maneira máis directa ós consumidores. Se as mensaxes publicitarias non se axustan á verdade, lóxicamente o consumidor é inducido en erro e, en última instancia, efectúa unha compra que vai repercutir negativamente no seu patrimonio. De tódalas maneiras, non hai que esquecer que esta modalidade tamén afecta ós competidores.

As anteriores circunstancias explican, entre outras cousas, que a publicidade enganosa fora obxecto de prohibición en Europa dende hai case un século. En efecto, a lei alemá contra a competencia desleal de 1896 prohibía a publicidade enganosa. No noso dereito, a Lei de Propiedade Industrial de 16 de maio de 1902 tamén cualificaba como competencia ilícita a publicidade falaz. Esta lei, actualmente derogada, deixou paso a normas moito máis modernas e xuridicamente máis perfectas. Agora ben, antes de examinármola regulación xurídica da publicidade enganosa no dereito español vixente, convén facer unha breve alusión ó "antigo réxime".

2. A PUBLICIDADE ENGANOSA NO ESTATUTO DA PUBLICIDADE DE 1964

O Estatuto da Publicidade de 11 de xuño de 1964 prohibía categoricamente a publicidade enganosa. O artigo 6 do devandito texto legal proclamaba os catro principios básicos da actividade publicitaria: legalidade, veracidade, autenticidade e libre competencia. O principio de veracidade consagrábase no art. 8 do Estatuto da Publicidade, que declaraba: "En toda actividade publicitaria deberá respectarse a verdade evitando que se deformen os feitos ou que se induza en erro". E, a continuación, engadía: "As afirmacións que conteñan alegacións que se refiran á natureza, composición, orixe, ou cualidades substanciais dos produtos ou prestacións de servicios obxecto de publicidade serán sempre exactas e susceptibles de proba en calquera momento".

Como sostivo Fernández-Nóvoa, o parágrafo 1º do art. 8 do Estatuto da Publicidade contiña unha "pequena cláusula xeral contra a publicidade desleal". Agora ben, advertía o citado autor que o parágrafo primeiro do art. 8 do devandito

Estatuto non se aplicaba de maneira indiscriminada a tódolos anuncios e locucións publicitarias. Ó seu xuízo, os anuncios constituídos por simples frases triviais ou baleiras, os xuízos estimativos ou valorativos e as esaxeracións publicitarias subtraíanse do ámbito de aplicación do principio de veracidade.

Por iso, no seu momento, sostiven que o primeiro parágrafo do art. 8 do devandito Estatuto debería de interpretarse no sentido de que o principio de veracidade se aplicaba a tódalas formas que poida revesti-la publicidade, isto é, a toda clase de publicidade: tanto a publicidade escrita como a publicidade oral e, mesmo, a publicidade configurada a través de gráficos, debuxos, imaxes, etc. Sen embargo, o devandito precepto non podía interpretarse no sentido de que absolutamente tódalas expresións publicitarias tivesen que suxeitarse ferreamente ó principio de veracidade.

Agora ben, o xa citado art. 8 permitía cualificar como publicidade enganosa non só a alteración de determinados feitos, senón tamén a publicidade que sen deformar feitos inducise en erro. Ademais, o parágrafo segundo do art. 8 concretaba a súa declaración xenérica, consignando unha serie de supostos nos que a publicidade debería ser sempre veraz.

A regulación da publicidade enganosa no "ancien regime" non era todo o perfecta que sería desexable. Así, por exemplo, non se recollía explicitamente unha importantísima subhipótese da publicidade falaz: a publicidade enganosa por omisión. De maneira paralela, tampouco se recollía a acción de cesamento, para coutar esta deformación publicitaria. E, por último, non se prevía a lexitimación activa das asociacións de consumidores e empresarios, para presentar demandas por publicidade falaz. Estas deficiencias, unidas á necesidade de harmonizalo noso dereito da publicidade coas directivas da CEE, que regulan a materia (unha vez que España ingresou na CEE), contribuíron á derogación do Estatuto da Publicidade.

3. A PUBLICIDADE ENGANOSA NA DIRECTIVA CEE DE 1984

Como acabamos de indicar, a integración de España na CEE, o 1 de xaneiro de 1986, contri-

buíu á reforma do dereito español da publicidade. O simple feito da adhesión de España á CEE non tería que implicar *per se* a actualización do noso dereito da publicidade. Pero se se ten en conta que o 10 de setembro de 1984 apróbase a Directiva concernente á aproximación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos Estados membros en materia de publicidade enganosa, imponse a adaptación do dereito español á devandita Directiva.

Esta breve Directiva (consta só de 9 artigos) subministra unha definición de publicidade enganosa. En efecto, o seu art. 2 dispón:

"É publicidade enganosa: Toda publicidade que, dunha maneira calquera, incluída a súa presentación, induce ou pode inducir en erro ás persoas ás que se dirixe ou afecta e que, debido ó seu carácter enganoso, pode afectar ó seu comportamento económico ou que, por estas razóns, prexudica ou é capaz de prexudicar a un competidor".

A grandes trazos, podemos sinalar que a definición da publicidade enganosa que recolle a Directiva susténtase sobre a idea da inducción en erro. Ou, por mellor dicir, da susceptibilidade para inducir en erro. Non obstante, non podemos descoñecer —como afirma Cuesta Rute— que o texto comunitario considera o posible engano como un dos supostos que fan a publicidade enganosa. De tal sorte que, en opinión do devandito autor, "a Directiva non reproba o engano publicitario en si, senón a publicidade enganosa como unha especial categoría".

Polo demais, hai que indicar que —en contraste coa Proposta de Directiva— na Directiva se suprimiu unha polémica modalidade de publicidade falaz: a publicidade enganosa por omisión ou silencio do denunciante. Por outro lado, é criticable que se introducese como un requisito da publicidade enganosa que a mesma sexa susceptible de prexudicar a un competidor. Esta esixencia, en rigor, é un factor *alleo* á publicidade enganosa: pode existir tal publicidade, sen que se lesione a ningún competidor.

Finalmente, debe reseñarse que a definición de publicidade enganosa se complementa co art. 3 da Directiva, que contén un catálogo de circunstancias concretas que deberán tomarse en

consideración para determinar se a publicidade é enganosa. O texto comunitario, segundo o cal "deberán terse especialmente en conta esas indicacións", para establecer se un anuncio é veraz ou enganoso debería modificarse e sinalar que "deberán ser exactas as alegacións" concernentes ás cuestións consignadas, que atinxen ás características dos produtos ou servicios, ós prezos e condicións de subministro e ós datos identificadores do anunciante.

4. A REGULACIÓN DA PUBLICIDADE ENGANOSA NO DEREITO ESPAÑOL VIXENTE

4.1. A REGULACIÓN NA LEI XERAL DE PUBLICIDADE

Ó transpóñe-la Directiva Comunitaria sobre publicidade enganosa, a Lei Xeral de Publicidade de 11 de novembro de 1988 (LXP) dedica unha intensa regulación a esta figura. Así mesmo, temos que anticipar que a Lei de Competencia Desleal de 10 de xaneiro de 1991 (LCD) prohibe os actos de engano e, anteriormente, a Lei Xeral para a Defensa de Consumidores e Usuarios de 19 de xullo de 1984 cualificaba a publicidade falsa ou enganosa como fraude, lexitimando ás asociacións de consumidores para que puideran iniciar e intervir nos procedementos administrativos que tendían a facela cesar.

4.1.1. O concepto de publicidade enganosa

Malia estar regulada en tres leis, a definición de publicidade enganosa recóllese na Lei Xeral de Publicidade seguindo —case literalmente— a Directiva Comunitaria. En efecto, despois de estar cualificada como publicidade ilícita no art. 3 da LXP, o art. 4 dispón:

"É enganosa a publicidade que de calquera maneira, incluída a súa presentación, induce ou pode inducir en erro ós seus destinatarios, podendo afectar ó seu comportamento económico, ou prexudicar ou ser capaz de prexudicar a un competidor".

Ó aludir á publicidade que, de calquera maneira, induce ou pode inducir en erro ós destina-

tarios, o precepto transcrito prohibe tallantemente a publicidade falaz. Polo tanto, existirá publicidade enganosa, en primeiro lugar, cando se alteren os feitos e, en segundo lugar, cando —sen deforma-los feitos— se induza en erro. De sorte que o anunciante realizará publicidade enganosa, non só faltando conscientemente á verdade a través de alegacións inexactas senón tamén a través de anuncios que, considerados en abstracto, poden ser exactos pero que o público interpreten erroneamente.

Polo demais, para cualificar como enganosa a publicidade, non ten que versa-lo engano sobre a totalidade da correspondente comunicación publicitaria. Cando un texto sexa parcialmente veraz e parcialmente enganoso, poderá considerarse enganoso na súa totalidade se induce en erro ós destinatarios.

Para que exista publicidade enganosa, a LXP non esixe que se induza efectivamente en erro ó público; é suficiente a susceptibilidade ou, o que é o mesmo, a potencialidade de inducir en erro. Agora ben, en todo caso, será preciso que o demandante probe —sen ningún xénero de dúbidas— esa susceptibilidade de inducir en erro. No caso contrario, se non existe tal proba, os Tribunais non poderán cualifica-lo anuncio como enganoso.

Se continuamos a debulla-lo concepto de publicidade enganosa, observamos que o texto legal fala de que a mesma "poida afectar ó comportamento económico dos destinatarios" pero, a *contrario sensu*, parece que se a publicidade non é susceptible de afectar ó comportamento económico do consumidor non merece o cualificativo de enganosa. En tal hipótese estaríamos en presenza dunha esaxeración publicitaria que é lícita. A esaxeración definiuse como "un eloxio altisonante e carente de fundamento obxectivo", é dicir, un anuncio que non é tomado en serio nin ó pé da letra polo público. Ó non outorgarlle creto ó correspondente anuncio, é obvio que o consumidor non resulta enganado nin incorre en erro.

Como colofón, hai que indicar que é supérflua a esixencia de que, para que exista publicidade enganosa, se poida prexudicar a un competidor. Ó meu modo de ver, non é preciso esixir un prexuízo do competidor porque, no caso do empresario monopolista, pode realizar unha pu-

blicidade enganosa sen que, obviamente, lle cause dano a un rival. Doutra banda, hai que ter en conta que o prexuízo do competidor é un efecto reflexo da publicidade enganosa. Así pois, nunca se debeu consignar este requisito no marco da definición desta figura. O excesivo apego do noso lexislador á letra da Directiva Comunitaria levouno a incorrer neste descoido.

4.1.2. A publicidade encuberta

Dentro da publicidade enganosa pódese incluír como unha modalidade ou subhipótese á publicidade encuberta. Así, dedúcese da Directiva CEE de 1984 que considera enganosa a publicidade que, pola súa representación, é susceptible de inducir en erro. A fórmula empregada pola Directiva é recollida no art. 4 da LXP que, lémbrese, dispón: "É enganosa a publicidade que de calquera maneira, incluída a súa presentación, induce ou pode inducir en erro ós seus destinatarios...".

Como indica Fernández-Nóvoa, a publicidade encuberta xorde cando o público non é consciente de que unha determinada manifestación constitúe unha actividade publicitaria. A publicidade encuberta, baixo a roupaxe dunha información, dun programa de entretemento ou dun concurso, produce a falsa impresión de que se trata dunha manifestación dun terceiro imparcial ou dun acontecemento alleo ó anunciante, e de aí que o público lle outorgue maior credibilidade.

Pois ben, seguindo a tan citada Directiva Comunitaria de 1984, a LXP non configurou a publicidade encuberta como unha modalidade autónoma da publicidade enganosa. Aínda que é certo que no caso da publicidade encuberta se produce un engano no público dos consumidores, non é menos certo que ese engano —por empregar un xogo de palabras— se produce sobre o continente e non sobre o contido. Ó público engánaselle no modo de presenta-la comunicación publicitaria malia que a mesma sexa veraz.

Así as cousas, cabe soste que a publicidade encuberta induce en erro ós consumidores sobre a clase, a orixe e o valor das alegacións publicitarias. En primeiro lugar o público non identifica a clase ou natureza desta manifestación publici-

taria, xa que non a recoñece como tal publicidade, en segundo lugar o público descoñece a orixe da manifestación que atopa no anunciante e pensa que é allea a este último e en terceiro lugar, e como consecuencia do anterior, o público outórgalle un valor superior a esa alegación publicitaria no tocante á credibilidade.

Se se parte da base de que a publicidade encuberta se inclúe dentro do concepto de publicidade enganosa, cabe indicar que determinados principios aplicables a esta última figura tamén lle serían aplicables á primeira. Así, no tocante á intencionalidade do anunciante non se require a mesma. Esta opinión corrobora tanto o art. 2 da Directiva CEE como o art. 4 da LXP, que basean a prohibición da publicidade enganosa na posibilidade de indución en erro.

Polo que concerne ó problema de se é preciso que o medio que difunde a publicidade encuberta sexa remunerado, cabe afirmar que a remuneración non é necesaria, ou dito con outras palabras, a publicidade será encuberta e levará a engano ó público debido á forma de presentación, independentemente de que o medio percibira ou non unha remuneración do anunciante.

Finalmente, convén engadir que o art. 11 da LXP establece o "principio de identificación publicitaria". De acordo con este precepto, os medios de difusión e os anunciantes teñen a obriga de identificala publicidade, agora ben, o tratamento autónomo do principio de autenticidade, que aparecía recollido no Estatuto da Publicidade, non foi mantido pola Lei Xeral de Publicidade. Cómpre lembrar que a publicidade encuberta se inclúe como un suposto de publicidade enganosa.

Pois ben, a situación do art. 11 no Título III da LXP (destinado á contratación publicitaria) é desafortunada, dado que da mesma puidera desprenderse que o art. 11 establece unha obriga entre os suxeitos publicitarios en sede contractual e non unha obriga destes suxeitos fronte ós destinatarios da publicidade. Fronte a este último existe a obriga de deslindala publicidade da información ou programación do medio, de aí que se interprete o art. 11 como un complemento do art. 4 da LXP e, no caso contrario, a obriga imposta ós anunciantes e medios de identificala publicidade quedaría sen sanción.

4.1.3. A publicidade enganosa por omisión

Despois de establecerlo concepto xeral de publicidade enganosa, o art. 4, apartado 2º da LXP cualificaba de enganosa a publicidade que "silencia datos fundamentais dos bens, actividades ou servicios cando dita omisión induza en erro ós destinatarios". É evidente que a LXP non cualifica o silencio *per se* como enganoso. Lonxe de ser así, a Lei establece os requisitos para que a omisión orixine a publicidade enganosa por silencio do anunciante.

En primeiro lugar, os datos que deben silenciarse deben ser fundamentais, de maneira que a omisión de datos accidentais ou intrascendentes non orixinaría esta deformación publicitaria. A esixencia deste requisito é lóxica, xa que é inherente á publicidade que o empresario poña de relevo as características que favorecen ós seus produtos, e non pode esixirlle ó anunciante que efectúe un verdadeiro "test de mercadorías" ou que desempeñe unha función notarial consignando escrupulosamente tódalas vantaxes e desvantaxes dos seus produtos ou servicios.

En segundo lugar, para que a omisión de datos fundamentais na publicidade implique que esta deba cualificarse como enganosa, é mester que a omisión induza efectivamente en erro ós destinatarios. Por contraste co concepto xeral de publicidade enganosa, no suposto da publicidade enganosa por omisión, non abonda a susceptibilidade de erro senón que debe inducirse en erro dunha maneira efectiva.

Así as cousas, hai que advertir que a Lei Xeral de Publicidade foi máis lonxe cá Directiva Comunitaria. A risco de ser reiterativos, convén lembrar que nesta última non se recollía a publicidade enganosa por omisión. De tódolos xeitos, serán escasos os supostos desta figura publicitaria. Ó meu modo de ver, os mesmos poderán xurdir no sector da publicidade farmacéutica cando se silencian datos que poidan afectar á saúde dos consumidores. Así mesmo, tamén poderá producirse no sector financeiro e bancario cando as institucións de crédito oculten determinados datos que, de ser coñecidos polo consumidor, o levarían a adoptar unha conducta distinta. Noutros sectores, agás que as circunstancias concretas evidencien o contrario, será

máis difícil que xurda a publicidade enganosa por omisión ou silencio do anunciante.

4.2. SENTENCIAS SOBRE PUBLICIDADE ENGANOSA

Nos seis anos de vixencia da Lei Xeral de Publicidade xa se dictaron algunhas sentencias moi significativas en materia de publicidade enganosa. Co fin de analiza-las mesmas pasaremos revista, en primeiro lugar, ás sentencias das Audiencias Provinciais e, en segundo lugar, comentaremos as sentencias dos Xulgados de Primeira Instancia. O feito de que non se expoñan sentencias do Tribunal Supremo obedece a que, ata o momento actual, o alto Tribunal non dictou ningunha sentenza aplicándolle a LXP ós anuncios enganosos; non obstante, existen algunhas sentencias do Tribunal Supremo que versan sobre publicidade enganosa pero que aplicaron o derogado Estatuto da Publicidade.

4.2.1. Sentencias das Audiencias Provinciais

■ *O CASO "CAIXA DE ZAMORA"*: No caso resolto pola sentenza firme da Audiencia Provincial de Zamora de 29 de xullo de 1991, a Caixa de Aforros Provincial de Zamora realizara unha campaña de promoción do aforro e de financiamento para comprar unha cubertería e unha enciclopedia. Ó mesmo tempo, ofrecíalle ó investidor un regalo como estímulo do seu aforro. Fronte a esta publicidade, diversas asociacións empresariais da cidade de Zamora difundiran un anuncio no que, entre outras cousas, se dicía: "As promocións comerciais que a Caixa de Zamora realiza á marxe da súa actividade financeira son de dubidosa ética profesional". A Caixa Provincial de Aforros de Zamora iniciou unha demanda por denigración e as asociacións demandadas formularon reconvencción sostendo que a publicidade para promociona-lo financiamento de cuberterías era enganosa.

Na sentenza do Xulgado de Primeira Instancia Nº 1 de Zamora de 30 de novembro de 1990, desestimouse a demanda e estimouse —parcialmente— a reconvencción. No fundamento de dereito duodécimo declarouse:

"7º.- Na publicidade, a Caixa de Zamora ofrece como regalo unha sensacional cadea de música JVC, sendo este anuncio enganoso dende o momento no que, posteriormente, e ó ir asinalo contrato, o consumidor atópase con que a Caixa se reserva, na cláusula terceira, o dereito de substituír este obsequio por outro de similar valor, o que supón un caso de publicidade enganosa dos arts. 4 e 5.3 da LXP (condicións económicas de adquisición); sen embargo, é indiferente que no contrato se estableza que o cliente debe aboar 2.300 pesetas pola montaxe da cadea musical, pois iso é opcional e na publicidade só se regala a cadea, non o servizo de instalación.

8º.- Constitúe un caso manifesto de publicidade enganosa o que, sendo a Caixa, segundo o folleto, quen regala unha sensacional cadea de música JVC, quede logo, no contrato, libre de toda responsabilidade polos posibles defectos da mesma (arts. 4 e 5.1.b), calidade de bens ou servizos.

9º.- ... resulta evidente que a intención da entidade recriminada era financiar —e con toda probabilidade financiou— pois, no caso contrario, tería sido dilixente en presentar en autos o número de financiamentos realizados, máis de 250 cuberterías, co que é tamén falsa a afirmación do folleto publicitario de "*promoción limitada a 250 cuberterías*"; de novo, entramos nun caso de publicidade enganosa dos arts. 4 e 5 da LXP.

10º.- En canto á alegación dos reconvinentes de que as cuberterías e o moble cuberteiro estilo Luis XV non son artesanais... No caso que nos ocupa non importa a interpretación que da palabra "artesanal" faga a parte demandada senón a interpretación que calquera cidadán lle dá ó termo e que coincide, en xeral, coa que lle dá o dicionario e esta non é outra que "relativo á artesanía, á profesión ou traballo social dos artesáns que son os traballadores manuais que exercitan un oficio pola súa conta". Por iso, aínda que poida admitirse que unha grande empresa como Cruz de Malta sexa a fabricante das cuberterías, non pode ser admitido o erro no que se lle fai caer ó potencial cliente ó darlle a

entender que o que vai adquirir foi elaborado manualmente pois, hoxe en día, a este tipo de fabricación recoñéceselle máis valor ca ó industrial. Existe, en consecuencia, unha publicidade enganosa do art. 4 en relación co art. 5.1.c)".

Sobre a base deste e outros fundamentos de dereito, o Xulgado de Primeira Instancia Nº 1 de Zamora declarou enganosa a devandita publicidade da citada institución, relativa ó financiamento dunha cubertería de prata. En consecuencia, decretouse o cesamento e prohibición definitiva da citada publicidade, ordenando que se publicasen os fundamentos xurídicos e o fallo desta sentenza nun diario e en emisoras de radio da localidade.

Sen embargo, esta resolución xudicial foi revogada pola sentenza da Audiencia Provincial de Zamora de 29 de xullo de 1991, que declarou lícita a devandita publicidade sobre a base dos seguintes motivos: en primeiro lugar, o feito de non advertir sobre a posibilidade de que podía ser cambiada a cadea musical non era enganoso xa que se entregaba outro obxecto do mesmo valor; en segundo lugar, a circunstancia de que a Caixa non advertise que quedaba libre de responsabilidade polos defectos da cadea musical non supoñía engano porque a obriga a asumira a empresa especializada en tales operacións; en terceiro lugar, non había publicidade enganosa porque era indiferente o número de cuberterías que se venderan e non se probara que as vendidas superaran o número das ofrecidas. Como colofón, engadíase que tanto a cubertería como o moble onde se expoñía eran de deseño artesanal, engadíase tamén que o anuncio afirmaba que a produción era de serie e que, actualmente, ninguén podía pensar que as pezas ofertadas se realizasen "a golpe de cicel e de martelo, pois serían máis imperfectas e peor acabadas". Como argumento final para soste-la licitude da citada publicidade, a Audiencia aludía a que os "afortunados adquirentes da cubertería non se sentiran enganados pola publicidade".

Ó parecer, estamos ante unha sentenza que —utilizando a terminoloxía do xadrez— "deixou en táboas ós contendentes". Esta afirmación apóiase nun parágrafo do fundamento de dereito sétimo da devandita sentenza, onde se di que "o problema puido resolverse cun pouco de pacien-

cia e comprensión polas partes litigantes", engadindo que "a Audiencia esperaba que este proceso fose o último, polo ben de Zamora, da Caixa e do comercio zamorano".

■ *O CASO "CITROËN"*: Os feitos que deron lugar á sentenza —non firme— da Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de outubro de 1991, poden resumirse da seguinte maneira. Durante os meses de setembro a novembro de 1989, a empresa CITROËN HISPANIA S.A. realizou unha campaña de publicidade en prensa, na que se destacaba a frase "*Ni un duro hasta abril de 1990*", ó final desta aparecía un asterisco. Na parte inferior do anuncio, a continuación do asterisco e en caracteres tipográficos diminutos, inseríase a locución "*excepto entrada inicial*". A Unión de Consumidores de España iniciou unha demanda contra a devandita empresa sostendo que a publicidade era enganosa e solicitaba que se condenase á demandada á publicación da sentenza, así como a difundir publicidade correctora.

O Xulgado de Primeira Instancia Nº 3 de Madrid estimou a demanda e considerou que a publicidade era enganosa. A este respecto sostivo:

"A frase empregada para facer atractiva ante o público a campaña divulgativa non se axusta de ningunha maneira á realidade da oferta ó non ser certo que o pagamento do prezo tivese lugar a partir do mes de abril de 1990, dado que o eventual comprador dun vehículo viña obrigado a satisfacer, como entrada inicial, unha porcentaxe do prezo que tampouco especificaba o anunciante.

Fronte a tal conclusión, carecen de relevancia os argumentos esgrimidos pola parte demandada, xa que a frase "*excepto entrada inicial*" non só non complementa á que lles serve de chamada de atención ós destinatarios da publicidade, senón que se opón radicalmente a aquela e pon de manifesto a súa falta de consistencia; pero, dado o tamaño das súas letras —ostensiblemente máis pequenas cás do resto do anuncio— e o seu propio emprazamento, resulta inadecuada para cumprir dunha maneira fiel a finalidade de toda publicidade, que é servir de maneira veraz para promove-la contratación

de bens, neste caso, vehículos da marca "Citroën".

Sobre a base desta argumentación, o Xulgado de Primeira Instancia N° 3 de Madrid condenou á compañía demandada a publicar *in extenso* a sentenza como modalidade de publicidade correctora.

Agora ben, na sentenza de 7 de outubro de 1991, a Audiencia Provincial de Madrid estimou o recurso de apelación e, por conseguinte, revogou a anterior sentenza absolvendo á empresa anunciante. De maneira concreta, no fundamento de dereito terceiro declarouse:

"De acordo co devandito art. 4, a Unión de Consumidores de España, na demanda formulada, entende que o engano producido coa publicidade denunciada consiste na contraposición entre o anunciado —"*ni un duro hasta abril de 1990*"— e as condicións reais da compra, na que se esixe o pagamento dunha entrada inicial, valéndose para dito engano da diferenza de tamaño das letras utilizadas; pois ben, sendo iso así, pode declararse que a afirmación do primeiro parágrafo no sentido de que existe contraposición entre o anunciado e as condicións reais de compra, non pode considerarse como certa, pois, trala frase "*ni un duro hasta abril de 1990*", existe un asterisco que remite á frase de "*excepto entrada inicial*", o que motiva que non exista contraposición entre o anunciado e as condicións reais de compra xa que no propio anuncio se fai constar, expresamente, que existe unha entrada inicial e, se tal acontece, non pode afirmarse que non consta ou que existe contraposición coa realidade da compra; a segunda parte da tese demandante, para reputar enganosa a publicidade do apelante, baséase na diferenza de tamaño das letras utilizadas, co que incide nun evidente contrasentido, pois, se primeiro sostén que o engano se produce por non facer constar as condicións da operación e logo admite que esta si consta, aínda que sexa en letra pequena, xa non se pode entender producido o primeiro suposto da acción de demanda, sendo preciso determinar se esta frase, en letra máis pequena, poder ser constitutiva do engano que se di que pode producir; tal suposto non pode admitirse cando, dunha parte, o anunciante non está obrigado a suxeitarse nas mensaxes publicitarias a

montalas de acordo cuns esquemas predeterminados, sendo de uso constante nas distintas empresas empregar modelos como o que aquí se examina e, doutra, porque a través desa frase en letra pequena se lle quere facer ver ó posible comprador as condicións nas que se vai producir a operación, que dependerá de varios factores, pois esa entrada inicial dependerá do que ó respecto conveñan as partes, en razón á posible entrega ou non dun vehículo xa usado e das condicións de financiamento ás que cheguen".

De maneira paralela, no fundamento xurídico cuarto desta sentenza engádese:

"...o anuncio, nos termos nos que está concibido, non pode inducir en erro nin pode interpretarse illadamente unha frase nel contida, senón que debe selo na totalidade do contexto e é indubidable que calquera que quixera mercar un coche, en razón ó anuncio discutido, sabe que ten que discutir e chegar a un acordo respecto á forma do seu pagamento; finalmente, pode engadirse que a mensaxe debe motiva-la decisión do comprador e, no caso que nos ocupa, non se probou pola actora que houbera un só comprador enganado polo anuncio".

Á miña maneira de ver, é digna de eloxio a sentenza da Audiencia Provincial de Madrid por varios motivos: en primeiro lugar, debe terse presente que, á hora de adquirir un automóbil, o consumidor non descoñece que ten que satisfacer unha entrada inicial; así se consignaba no anuncio e, ademais, vén esixida pola Lei de Ventas a Prazos. En segundo lugar, hai que ter presente que o consumidor, antes de adquirir estes bens (polo seu valor económico), adoita visitar varios establecementos, efectúa comparación de prezos e, con frecuencia, aconséllase coa súa familia ou con outras persoas para mercalos e, en terceiro lugar, debe destacarse que a demandante non probou que un só consumidor fose inducido a engano por esta publicidade e, polo tanto, a mesma non podía cualificarse como enganosa.

■ *O CASO "ASOCIACIÓN EMPRESARIOS DE PUBLICIDADE"*: Os feitos que orixinaron a sentenza firme da Audiencia Provincial de Sevilla, de 12 de maio de 1992, foron os seguin-

tes: A Asociación de Empresarios de Publicidade de Sevilla difundiu en prensa un anuncio que, entre outras, contiña a seguinte locución: "*Empresas legalmente constituídas e inscritas en esta Asociación*", a continuación a relación das mesmas e, finalmente, a indicación de que celebraban a festa do seu patrono. Fronte a esta publicidade, unha axencia, que non pertencía á Asociación de Empresarios de Publicidade de Sevilla, iniciou unha demanda sinalando que a devandita locución era enganosa: a través da mesma podía inferirse que as empresas non mencionadas non estaban legalmente constituídas. Así as cousas, solicitaba a rectificación publicitaria deste anuncio e unha indemnización por danos e perdas. Na sentenza do Xulgado de Primeira Instancia Nº 16 de Sevilla, de 5 de outubro de 1990, estimouse a demanda e mantívose:

"Analizando o controvertido parágrafo do anuncio impugnado con toda meticulosidade, pode colixirse que, aínda que o texto en nada falta á verdade, contén unha compoñente innecesaria e, en certo modo, supérflua que é o de "empresas legalmente establecidas" (*sic*) e é innecesaria e supérflua porque de tratarse de empresas que non reunisen a condición de estar legalmente establecidas, de ningunha maneira poderían pertencer á asociación, e aínda admitindo como admitimos que esta compoñente se introduciu sen o deliberado propósito de prexudicar ás empresas non asociadas, é evidente que a mesma, a xuízo deste Tribunal, obxectivamente formado, carrega a posibilidade de inducir ou poder inducir en erro, de prexudicar ou poder prexudicar a un competidor, motivo polo que é procedente admiti-la demanda".

A citada resolución foi confirmada pola Audiencia Provincial de Sevilla, na súa sentenza firme de 12 de maio de 1992, que sostivo:

"No caso que é obxecto destas actuacións non cabe dúbida de que, aínda que o anuncio do que se pretende rectificación non falta en si á verdade, posto que "empresas legalmente constituídas e inscritas en la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla" son tan só aquelas que relaciona, sen embargo, facilmente, pode inducir no erro de pensar que as empresas do

ramo non incluídas nesa relación, como a entidade actora, non están legalmente constituídas, movendo o comportamento económico da clientela e prexudicando a estas empresas fronte ás que aparecen no anuncio. De feito, algúns clientes da actora, que declararon como testemuñas, ó le-lo anuncio dubidaron da súa legalidade e inmediatamente se puxeron en contacto con ela para que lles aclarase a súa situación".

Sobre a base da fundamentación xurídica exposta, cualificouse como enganosa a publicidade e, por conseguinte, foi condenada a Asociación demandada a que procedese á súa rectificación, expresando nos anuncios correctores que, aínda que as empresas pertencentes á Asociación estaban legalmente constituídas, existían outras empresas, tamén legalmente constituídas, que non pertencían a aquela.

Na miña opinión é criticable esta sentenza posto que non estamos ante un suposto tan grave que determine impoñe-la sanción da publicidade correctora. A este respecto, hai que ter en conta que a propia Audiencia admite que a publicidade é veraz ou, dito con outras palabras, que non falta á verdade, aínda que poida inducir en erro. Sen dúbida ningunha, o feito de que o anunciante fose unha Asociación de Empresas de Publicidade pesou demasiado á hora de impoñe-la gravosísima sanción da publicidade correctora.

■ *O CASO "FEBER"*: No caso resolto pola sentenza firme da Audiencia Provincial de Alicante de 16 de marzo de 1994, a empresa FEBER difundira en televisión unha película publicitaria —protagonizada por un famoso presentador— para anunciar unha cadeira de xoguetes "Complet". Na película díciase literalmente: "*La silla "Complet" es la única, repito la única, que cumple todas las normas de seguridad españolas y de la Comunidad Europea y es así porque con los niños no se juega*". A Asociación Española de Fabricantes de Xoguetes estableceu unha demanda, argüíndo que a citada publicidade era enganosa, porque existían outros fabricantes españois que fabricaban ese tipo de xoguetes e que cumprían coas correspondentes normas de seguridade.

O Xulgado de Primeira Instancia de Ibi estimou integramente a demanda na súa senten-

cia de 5 de decembro de 1992 e declarou que a devandita locución publicitaria é unha "indicación, cando menos incorrecta, susceptible de inducir en erro ás persoas ás que se dirixe sobre as características e calidade do produto". Consecuentemente, condenou á demandada a que se abstivese de difundir-lo anuncio e a que se publicase baixo a súa responsabilidade o encabezamento e parte dispositiva da sentenza.

A devandita resolución foi confirmada pola citada sentenza do 16 de marzo de 1994, dictada pola Audiencia Provincial de Alacante, que sinalou:

"A propia empresa mercantil demandada veu recoñecer, implicitamente, a actuación ilícita que se lle imputa, como o demostra o feito de que cando foi requirida en varias ocasións pola entidade demandante, durante o mes de decembro de 1991, para que cesara no uso de dita publicidade enganosa e excluínste, limitouse a escusarse alegando que iso non era posible dado o avanzado da campaña, pero non foi capaz de aducir argumentos contrastados en favor da legalidade da mesma. Neste mesmo sentido, o representante da recorrente admitiu descoñecer, en proba de confesión xudicial, se existían daquela no mercado outras cadeiras ou carriños de boneca que cumpriran tódalas normas da Comunidade Económica Europea, o que xustifica claramente que o anuncio televisivo non estaba baseado en feitos certos e demostrables, senón máis ben na idea de excluír ó resto dos competidores facéndolles figurar ante o público nunha posición de segundo plano e de menor garantía na fabricación do produto, fronte á preeminente e única posuída pola demandada".

Dende esta perspectiva, a película publicitaria cualificouse como publicidade enganosa, nos termos do art. 3 da Lei Xeral de Publicidade, posto que inducía en erro ós seus destinatarios e era susceptible de prexudicar ós competidores.

4.2.2. Sentencias de Xulgados de Primeira Instancia

■ *O CASO "MAPFRE"*: Tamén existen algunhas sentencias firmes, dictadas por Xulgados de Primeira Instancia, que versan sobre

publicidade enganosa. Entre estas, hai que destacar a sentenza do Xulgado de Primeira Instancia N° 14 de Madrid de 15 de febreiro de 1991 que desestimou a demanda da Unión de Consumidores de España (UCE) contra Mapfre Compañía de Seguros por suposta publicidade enganosa. Os feitos que orixinaron a demanda baseábanse en que a devandita compañía de seguros empregaba a locución publicitaria "*van por la vida más seguros, tranquilidad al cien por cien*", para anunciar los seguros de automóviles. Segundo a UCE, este slogan tan só era veraz cando se contrataban seguros a todo risco. Fronte a tal manifestación, a empresa demandada sostíña que ninguén resultaba enganado porque a publicidade había que examinala no seu conxunto e, tendo en conta o criterio dos seus destinatarios, que coñecían que se non contrataran un seguro a todo risco, non terían dereito a unha cobertura total. O Xulgado desestimou a demanda sobre a base da seguinte fundamentación xurídica:

"Dende antigo... defendeuse e protexeuse a boa fe que debe existir e reinar na contratación mercantil e por iso foi sempre dura a sanción para o emprego da maquinaria, o engano ou a insidia, pero non debe confundirse o que na práctica mercantil e baixo a expresión de "dolus bonus" era sinxelamente a exaltación das excelencias do que se vendía ou ofrecía para atraer clientela e, precisamente, sobre esta orientación xirou a existencia das campañas publicitarias no mundo actual. Por iso chama a atención que no presente caso, a Unión de Consumidores de España, sen dar exemplo da defensa do consumidor senón, sinxelamente, facendo alarde dunha hiperestesia ou dunha sensibilidade non amparable polo dereito, pretenda pór en dúbida a licitude e validez dunhas pólizas de seguro que, pola súa propia natureza, son consecuencia de contratos libremente pactados nos que ten que haber coincidencia de vontade entre quen ofrece e quen acepta e, contando coa prudencia e exame das cláusulas, abonda con ler para comprender-lo contido obrigacional e cales serán as consecuencias de que xurdan sinistros...".

Como facilmente se observa, o Xulgado recorreu á vella teoría do "dolus bonus" para permitir tal anuncio. Dito con outras palabras, recoñécese que na actualidade está permitida e é admisible a esaxeración publicitaria. Polo demais, a publicidade axuizada non resultaba

enganosa porque no contexto do anuncio se desfacía calquera equívoco.

■ *O CASO "SUPER-CONTAS"*: Unha sentenza posterior do Xulgado de Primeira Instancia Nº 12 de Madrid de 4 de xuño de 1991 desestimou outra demanda da UCE contra o Banco de Comercio pola publicidade das denominadas "Super-Contas". Neste caso, a UCE sostíña que o engano residía no slogan "*Desde la primera peseta y sin ninguna penalización*", que levaba a crer que se remuneraba calquera cantidade que se depositase nunha conta, cando en realidade se remuneraba o capital que superase as 300.000 pesetas.

O Xulgado de Primeira Instancia desestimou a demanda, afirmando:

"... o anuncio é o suficientemente claro e completo como para non inducir en erro a ningún destinatario, sen poder afecta-lo seu comportamento económico —nos termos do art. 4 da Lei— prevalecendo esta última estimación á vista de que tanto a información "*desde la primera peseta y sin ningún tipo de penalización*" como a aclaración "*TAE, según saldos medios, saldo medio mínimo de 300.000 pesetas*" figuran no mesmo anuncio con idénticos caracteres tipográficos e a posible diferenza que cabería extraer da primeira información en relación coa segunda, deducida da proximidade daquela ó tipo de rédito anunciado en caracteres de maior tamaño ou da súa primeira lectura, quedaba desvirtuada pola inclusión do asterisco xunto ó "*11,25%*", que atrae a atención do lector cara á información aclaratoria...".

4.3. A REGULACIÓN NA LEI DE COMPETENCIA DESLEAL

Expostas as sentencias sobre publicidade enganosa que aplicaron a LXP, vexamos agora a regulación desta figura na LCD. A prohibición da publicidade enganosa tamén se recolle no art. 7 da LCD, a teor do citado precepto:

"Considérase desleal o emprego ou difusión de indicacións incorrectas ou falsas, a omisión das verdadeiras e calquera outro tipo de práctica que, polas circunstancias nas que teña lugar, sexa susceptible de inducir en erro ás persoas ás

que se dirixe ou alcanza, sobre a natureza, modo de fabricación ou distribución, características, aptitude no emprego, calidade e cantidade dos produtos e, en xeral, sobre as vantaxes realmente ofrecidas".

Ó prohibi-los actos de engano, o devandito precepto emprega o termo "indicacións", que é sinónimo de alegacións, é dicir, no ámbito do devandito termo non só se inclúen os textos escritos ou falados senón tamén as imaxes, sons, etc. Agora ben, a Lei de Competencia Desleal distingue entre alegacións incorrectas (*rectius* inexactas) e falsas, isto é, diferenza entre que o empresario actuara con negligencia ou con dolo. En ámbolos dous casos se cualificarían como enganosas as súas indicacións.

Polo demais, o devandito precepto tamén prohibe a omisión de indicacións verdadeiras que sexan susceptibles de inducir en erro ás persoas ás que se dirixen ou alcanzan. Por contraste coa Lei Xeral de Publicidade, neste precepto non se establecen os requisitos para que o silencio do anunciante mereza o cualificativo de publicidade enganosa, de aí que nos pareza criticable esta redacción. Ademais, non esixe unha inducción efectiva ó engano, senón que abonda a susceptibilidade. E, por último, contempla a posibilidade de que o engano xurda fronte ás persoas ás que "alcanza" a publicidade, que non son destinatarios primordiais da mesma.

Finalmente, o devandito art. 7 considera como acto de engano calquera tipo de práctica diferente á sinalada no seu parágrafo inicial (indicacións incorrectas ou falsas, omisión das verdadeiras), que sexa susceptible de inducir en erro ós eventuais destinatarios. Entre as prácticas que poden levar a erro ós destinatarios, sobre as vantaxes realmente ofrecidas, entendo que, en determinados casos, se pode engloba-la publicidade encuberta.

5. CONSIDERACIÓNS FINAIS

Para concluír esta exposición, teño que indicar que existe unha regulación reiterativa da publicidade enganosa. Tres importantes leis prohiben esta deformación publicitaria e, o que é máis grave, os textos da LXP e da LCD son diferentes. De tal sorte que orixinaron serios conflitos á hora de interpreta-los mesmos, tanto

á Doutrina como ós Tribunais de Xustiza. É certo que Vicent Chuliá sostén que a Lei de Competencia Desleal derogou, cando menos parcialmente, a Lei Xeral de Publicidade, pero non é menos certo que non podo compartir esta opinión. A LXP é unha lei especial e, por conseguinte, non pode considerarse derogada por unha lei de carácter xeral como a LCD.

Así o recoñeceu a recente Lei de 12 de xullo de 1994, que incorpora ó Ordenamento Xurídico Español a Directiva Comunitaria de 1989 sobre coordinación de disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos Estados membros no exercicio da actividade de radiodifusión televisiva. Tamén o recoñeceu o Real Decreto de 26 de xuño de 1994, que regula a publicidade dos medicamentos de uso humano e, por conseguinte, transpón a Directiva comunitaria sobre a publicidade de medicamentos. Ámbalas dúas normas se

remiten á LXP para regula-la publicidade enganosa. O mesmo debeu face-la LCD. Ó non telo feito así, o lexislador, se cadra, tivo en conta o vello aforismo "o que abonda non prexudica", esquecéndose de que, neste caso, a abundancia de normas provocará, sen dúbida ningunha, distorsións que non terán unha fácil solución.

En todo caso, e poño punto final, a estatística xudicial pon de manifesto que é maior a porcentaxe de sentencias absolutorias que de sentencias condenatorias por publicidade enganosa. Pero este feito non debe interpretarse no sentido de que se respecta escrupulosamente a normativa publicitaria en vigor. Lonxe de ser así, entendo que ata o momento presente son escasas as demandas que se formulan perante os Xulgados e Tribunais. O día no que se alcance un número importante, se cadra varíe sensiblemente a situación descrita.