

Reflexiones en torno al engaño en las comunicaciones comerciales

Reflections about misleading advertising

Alejandro Perales Albert

Asociación de usuarios de la comunicación, España
aperales@auc.es



Recibido: 26-03-2018
Aceptado: 16-4-2018

Resumen

El engaño al consumidor y usuario es uno de los supuestos de ilicitud de mayor recorrido en el ámbito de la regulación de las comunicaciones comerciales. La normativa española contempla el engaño desde diferentes perspectivas: por la forma del mensaje y por su contenido; por acción u omisión; por el destinatario del mismo; por aspectos intrínsecos de dichos mensajes o, por su comparación con las ofertas con sus competidores. El presente artículo plantea una reflexión sobre las diferentes maneras de entender el engaño publicitario, analizando la legislación básica y teniendo en cuenta también algunos aspectos clave de la jurisprudencia. Dicha reflexión pone de relieve que, sin menoscabo de los casos de engaño por el contenido material del mensaje publicitario, la defensa de los consumidores en materia de comunicaciones comerciales habría de orientarse cada vez más hacia aquellos formatos que, por su integración dentro de otros contenidos no publicitarios, o por su apariencia no comercial, no se identifican como tales. Formatos que por esa falta de identificación, escamotean al destinatario un conocimiento básico al que tiene derecho: saber si tras una determinada mención o mostración de producto o marca, tras un determinado evento del que se da cuenta, o tras una determinada propuesta narrativa, se esconde o no un interés comercial.

Palabras clave: publicidad ilícita, publicidad comparativa, publicidad encubierta, publicidad desleal, consumidor medio.

Abstract

Misleading advertising is one of the major problems of the regulation of commercial communications. The Spanish legal framework contemplates the deception from different perspectives: form and content of the message; omitting information; intrinsic or comparative aspects of such messages, target audience. This article proposes a reflection about the different ways of understanding false advertising, analyzing the basic legislation and also some key aspects of the case law. This reflection shows that the defence of consumers on the commercial communications field should be oriented more and more towards those formats which are not identified as such, due to its integration within other non-advertising content, or by their non-commercial appearance. This Forms therefore concealing the recipient a basic knowledge has that right: know if behind a message about a certain product or brand, event, or even proposal narrative is hidden or not a commercial interest.

Key words: Illicit advertising, Comparative Advertising, Surreptitious Advertising, Unfair Advertising, Average Consumer.

Sumario

1. Introducción | 2. Metodología | 3. Resultados | 3.1. comunicaciones comerciales y libertad de expresión | 3.2. Lo verdadero, lo veraz, lo verosímil | 3.3. La veracidad y el consumidor medio | 3.4. El engaño por omisión | 3.5. El engaño por comparación | 3.6. Las comunicaciones comerciales encubiertas | 4. Conclusiones | Referencias bibliográficas

Cómo citar este artículo

Perales Albert, A. (2018): "Reflexiones en torno al engaño en las comunicaciones comerciales", *methaodos.revista de ciencias sociales*, 6 (1): 52-63. <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.226>

1. Introducción

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, define ésta en su artículo 2 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".

Se trata de una definición que:

- Al referirse a "toda forma de comunicación", trasciende al concepto estricto de la publicidad tal y como hoy la entendemos, es decir, como una de las diferentes modalidades, o como uno de los diferentes formatos, que adopta la comunicación comercial, junto con otros formatos como los patrocinios, las promociones o los publirreportajes; los emplazamientos de marca en sus diferentes modalidades (incluyendo el branded content), e incluso el marketing directo y las relaciones públicas. Hay que tener en cuenta que las normas que sobre esta actividad han ido desarrollándose en España con posterioridad, han dado en referirse cada vez a la "comunicación comercial" como objeto a regular, corroborando esa visión más parcial del término "publicidad" en sentido estricto. Así, por ejemplo, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, define en su artículo 2.24 la Comunicación comercial (audiovisual) como:

"Las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica (...). En todo caso son formas de comunicación comercial audiovisual: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto" (también la telepromoción, aunque quizás por inadvertencia no se menciona expresamente en esta definición).

Al tiempo que asimila la definición de publicidad a la recogida en la Ley 34/88, entendiéndola como tal (artículo 2.25) el "mensaje" de "una empresa pública o privada o de una persona física en relación con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones".

- Circunscribe la naturaleza publicitaria del mensaje al contexto comercial; es decir, a la procura de una transacción (de venta o alquiler) de bienes y servicios que se formula y difunde en beneficio de su responsable. En ello se adecua a la definición de publicidad recogida originalmente en la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre Publicidad Engañosa, y mantenida en sus diferentes modificaciones; y, al mismo tiempo, es más coherente que la definición de comunicación comercial recogida en el Libro Verde de la Comisión de 8 de mayo de 1996 sobre Commercial Communications in the Internal Market, el cual, a despecho del adjetivo "comercial", incluye en la definición otros ámbitos en los cuales también se recurre a la persuasión comunicativa, como pueden ser los sociales, los político-ideológicos o los institucionales¹, que suelen referenciarse más a un término de claras raíces religiosas, como es el de "propaganda" (Méndiz, 2007: 44):

"Commercial communications can be defined as: "All forms of communication seeking to promote either products, services or the image of a company or organisation to final consumers and/or distributors." The term includes all forms of advertising, direct marketing, sponsorship, sales promotions and public relations. It also covers the use of such commercial communication services by all goods and

¹ En España, a nivel estatal, cabe mencionar la Ley 7/2017, de 22 de mayo, de Comunicación y Publicidad Institucional, que entiende por comunicación institucional "toda actividad de comunicación que sea promovida por los entes sujetos a esta ley, con el objeto de difundir un mensaje común a una pluralidad de destinatarios mediante cualquier formato, soporte o medio", considerando que nos encontramos ante publicidad institucional cuando esa difusión del mensaje se realiza "mediante la utilización de formatos o soportes publicitarios contratados con terceros o cedidos por estos". Véase también, en relación a la regulación de la publicidad institucional, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

service industries as well as public and semi-public bodies, charities and political organisations. Packaging is not included. This does not imply that problems do not arise in this field and does not therefore preclude consideration by the Commission of the regulatory framework existing in this domain”.

- Y se trata, además, de una definición finalista, que pone el foco en la intención publicitaria del emisor del mensaje. Es decir, no se considera publicidad la mera mostración o mención de una marca a través de un canal de difusión o medio de comunicación. Es necesario, además, que esa mención o mostración no sea casual o colateral (por ejemplo, la valla publicitaria que aparece en las imágenes de un accidente retransmitidas por televisión, o la referencia a una marca en un informativo justificada por un interés periodístico objetivable), sino que exista una clara voluntad de contribuir directa o indirectamente a la adquisición del bien o servicio por parte de sus consumidores o usuarios potenciales².

2. Metodología

Una vez definido el marco conceptual de referencia, es decir, la comunicación comercial tal y como se define en la legislación española, lo que aquí se plantea, desde el punto de vista metodológico, es una reflexión sobre las diferentes maneras de entender el engaño en las comunicaciones comerciales en general y en la publicidad en particular, a partir del análisis exegético de la legislación marco vigente en España, con referencias a su evolución y también a algunos aspectos clave de la jurisprudencia a la que ha dado lugar.

Para llevar a cabo este análisis, se parte de un esquema conceptual según el cual, el discurso publicitario y promocional:

- Tiene como objeto de referencia el producto anunciado (significado) y /o la marca (significante) que lo identifica.
- Se construye articulando una dimensión estética, que tiene que ver con la creatividad y la formulación retórica audiovisual del mensaje, puesta al servicio de esa intención comercial que supone el elemento diferencial del discurso que analizamos, y una dimensión semántico-pragmática de naturaleza informativa, cuyo objetivo es predicar del producto anunciado toda una serie de ventajas derivadas de su adquisición, uso y consumo (benefits), o al menos, cuando se trata de bienes y servicios menos aspiracionales, toda una serie de desventajas que la oferta soluciona o puede evitar a futuro (gappers).
- Predica del producto de un modo intrínseco o paradigmático. Intrínseco, si se refiere únicamente bien al producto en sí, es decir, a sus ingredientes, precio, modo de empleo o efecto material, o bien a las personas que usan el producto y a los procesos psicosociales (de identificación, proyección, pertenencia) o afectivo-axiológicos (éxito, felicidad, bondad) que la relación con el producto y la marca pueden generar; es decir, a sus valores funcionales o a sus valores simbólicos. Y paradigmático sí además pretende dar cuenta de por qué el consumidor o usuario debe elegir un determinado producto frente a otros, o una determinada marca frente a otras respecto de un determinado producto. Es decir a los valores de cambio (es que se denomina “publicidad comparativa”).

A luz de este sintético esquema conceptual, que siempre está presente, aunque no necesariamente de un modo integral, en todos y cada uno de los mensajes comerciales, hemos intentado determinar cuáles son las características de la regulación de las comunicaciones comerciales engañosas hic et nunc, pero también proyectar, a la luz de la evolución legal, hacia dónde puede orientarse esa regulación en un futuro caracterizado por la convergencia tecnológica y la hibridación de formatos.

² La mencionada Ley 7/2010, en su también mencionado artículo 2.24, vincula la posible naturaleza comercial de la comunicación televisiva a la existencia de “una contraprestación a favor del prestador del servicio”, se entiende que no necesariamente dineraria (bartering, ayudas a la producción, etc.).

3. Resultados

3.1 Comunicaciones comerciales y libertad de expresión

El engaño es uno de los supuestos de ilicitud de mayor recorrido en el ámbito de las comunicaciones comerciales. En nuestro país, la Ley 61/1964, de 21 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad, señalaba ya en su artículo 8º que “En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error”.

Tras el cambio democrático, la doble naturaleza comunicativa y comercial de las prácticas publicitarias y promocionales encuentra su reconocimiento en la Constitución Española: en el artículo 38, referido a la libertad de empresa “en el marco de la economía de mercado”; en la defensa de los consumidores y usuarios y su adecuada información (artículo 51), y en el derecho a la libertad de expresión reconocido en su artículo 20.

Si bien parece claro que la actividad de las empresas se desarrolla en un doble plano, ejecutivo (la producción y/o distribución de bienes y servicios) y expresivo (la producción y/o distribución de mensajes), y que “la libertad de mercado conlleva necesariamente el derecho del empresario a invertir recursos para proporcionar información al consumidor con la finalidad de que éste último discierna e identifique el abanico de ofertas que se le presentan” (Solans, 2010), el amparo de las comunicaciones comerciales bajo el paraguas del derecho a la libertad de expresión ha sido cuestión ampliamente debatida desde la aprobación del texto constitucional, y ha tenido también un camino zigzagueante atendiendo el punto de vista jurisprudencial.

Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 104/1986 de 17 de julio, señalaba que:

“el fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que aquella, aun siendo también una forma de comunicación, se vincula al ejercicio de una actividad comercial (...). La publicidad, por tanto, no es manifestación del ejercicio del derecho fundamental ex art. 20.1 d) de la Constitución, por cuanto este derecho da cobertura a la libre y veraz transmisión de hechos que (...) puede permitir a los ciudadanos formar sus convicciones ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos”.

En esa misma línea, años después, el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de septiembre de 1988, vino a negar que la publicidad, “como medio de captación de clientela” comportara el ejercicio de una actividad comprendida como derecho fundamental en el art. 20 de la Constitución, ya que:

“no se produce la mera expresión de un pensamiento, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, como indica ese precepto, sino la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad”.

Sin embargo, este mismo tribunal, en su Sentencia 860/2009, de 15 de enero, reconoce de forma expresa que la publicidad se encuentra amparada dentro del ámbito del artículo 20 de la Constitución, estando sujeta a los límites o restricciones que legítimamente se le impongan, aseverando que, si bien existen diferentes categorías de mensajes comerciales, algunos con alto interés informativo para el consumidor y otros con escaso valor aparente, todos contribuyen a que el consumidor decida acerca de un producto y en definitiva esté mejor informado³.

Ahora bien, tal y como ha indicado el TC en diferentes Sentencias (61/1988, 223/1992, 47/2000), cuando hablamos de libertad de expresión a la luz del artículo 20 de la Constitución nos encontramos ante situaciones diferentes, ya que una cosa es la libertad de expresión que tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor, y otra el derecho a comunicar y recibir libremente información, que versa, en cambio, sobre hechos y, como tales, susceptibles de verificación.

³ Apoya la Sala su conclusión en la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica de la Corte Constitucional Italiana y del Tribunal Constitucional Alemán.

Así, a la hora de analizar la protección del discurso publicitario que garantiza el artículo 20 de la Constitución cabría diferenciar dos aspectos:

- En su dimensión estética o narrativa, dicho discurso se beneficia de una "lectura amplia" del derecho a la libertad de expresión, en la medida en la que puede asimilarse a la expresión artística (bien que aplicada), teniendo como única cortapisa o límite "el respeto a los derechos reconocidos en el Título I, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia", tal y como se señala en el apartado 4 del artículo 20.
- En su dimensión semántica e informativa, el derecho a la libertad de expresión que ampara el discurso publicitario se ve restringido además por el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz, o, dicho de otro modo, se ve restringido por la obligación de veracidad que afecta tanto al responsable del mensaje como al que lo difunde. La libertad de información se manifiesta como una libertad activa, el derecho a buscar y difundir información, pero también como una libertad pasiva, el derecho a recibir información veraz (Núñez, 2008:295).

3.2 Lo verdadero, lo veraz, lo verosímil

Por lo que se refiere al ámbito normativo, la veracidad de las comunicaciones comerciales, o la cuestión del engaño como el envés de ese haz, no es asunto sencillo desde el punto de vista conceptual, y menos aún desde el punto de vista casuístico (Muela, y Perelló, 2011:110).

La mencionada Ley General de Publicidad, en su redacción inicial, era muy clara al determinar en su artículo 4, siguiendo a la también mencionada Directiva del 84, como publicidad engañosa,

"La que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios".

Tras la modificación operada en 2009, a la luz de la entrada en vigor de la denominada Directiva de 2005 sobre las prácticas comerciales desleales⁴, esa definición desaparece y la norma se limita a mencionar, en su artículo 3.e), a la publicidad engañosa como uno de los supuestos de publicidad ilícita. En el nuevo marco legal, es necesario acudir a la también modificada Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y más en concreto, a su artículo 5, para colegir que las comunicaciones comerciales constituirán un "acto de engaño" cuando difundan "información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios"⁵, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico"⁶.

En esta definición encontramos, explicitada, la clave de bóveda de la peculiaridad de la información publicitaria como materia protegida por el derecho a la libertad de expresión, protección menos rotunda que la que opera para la información periodística o social.

En el ámbito de la información periodística (vale decir, de la información no comercial), y así lo pone de relieve la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional a la que hemos

⁴ 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 («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»)

⁵ Las personas a las que se dirige el mensaje publicitario o a las que éste alcanza, según el artículo 2 de la Ley General de Publicidad.

⁶ A mayor abundamiento, el artículo 1 de la Ley General de Publicidad señala que "La publicidad se regirá por esta Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias". Y el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal, indica que "La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal.

hecho referencia, la veracidad ocuparía un lugar central entre lo verdadero y lo verosímil. El principio de realidad exigible al profesional de la información no llega hasta el punto de pretender que todo lo que publique sea verdadero. Entre otras cosas, porque la verdad, aun en el entorno aristotélico en el que se mueve la ética periodística en nuestros tiempos, puede no ser cognoscible (o ser inasible) en el momento en el que se elabora una información, a causa de la falta de datos, porque el hecho no ha finalizado su proceso, o debido a otras circunstancias que hacen complejo acceder a la verdad. Lo que se pide al enunciador y al distribuidor de la información es, por un lado, neutralidad ideológica o, al menos, imparcialidad en el desempeño de su actividad profesional, así como diferenciación clara entre la doxa y la episteme, es decir, entre las opiniones y los hechos. Pero también se reclama de su práctica diligencia profesional en la procura de la verdad, acercándose a la realidad hasta donde sea posible, contrastando fuentes y dejando patente qué aspectos son (todavía) dudosos o no se conocen.

Parodiando a Chesterton, podría decirse que lo veraz no es lo contrario de lo falso (lo contrario de lo falso es lo verdadero), si no simplemente lo contrario de lo engañoso, de lo doloso, de lo mendaz. Por ello, el reproche ético a las hoy denominadas fake news (antes hoax), al igual que tradicionalmente a los rumores, no es tanto su carácter falso, o no verdadero, sino el hecho de que sus promotores, aun cuando no mientan a sabiendas, se conformen con la apariencia de verdad (verosimilitud) de lo que relatan, sin mayor contraste. Desde el convencimiento de que su mensaje se hará viral porque conecta con los deseos, o con los temores, de la ciudadanía.

En el caso de las comunicaciones comerciales, sin embargo, nos movemos en un territorio significativamente diferente al hablar del engaño (Macías, 2017), y así lo refleja la normativa que hemos mencionado.

Por un lado, el anunciante (la "persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad", según el artículo 8 de la Ley General de Publicidad) posee el monopolio enunciativo sobre el mensaje, determina qué se predica y qué no del bien o servicio. Por otro, su conocimiento de la realidad (de la verdad) del bien o servicio publicitado es total, en la medida en la que lo fabrica, lo presta, lo distribuye, o lo comunica. De ahí que, mientras la información periodística no necesita ser verdadera para ser veraz; para la información publicitaria la verdad (no afirmar nada falso del producto promocionado) es condición necesaria, pero no suficiente. Debe cumplir, además, la doble condición de ser veraz (lo que implica inexistencia de animus decipiendi, de deseo de engañar) e incluso auténtica (Mejías, 2014:67), y lo suficientemente clara y leal como para no incurrir en la probabilidad de confundir a los receptores del mensaje con a consecuencia de condicionar negativamente su libre decisión como consumidores y, por ende (en un contexto comercial) afectar de modo también desfavorable a sus intereses.

La definición de actos de engaño recogida en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal incluye también otro aspecto de capital importancia para la comprensión adecuada del engaño publicitario y de su regulación. Se trata de la diferencia entre los que podríamos denominar el "engaño por presentación" y el "engaño por contenido". Dejando aparte, por ahora, el primero, al que volveremos en la última parte de este artículo, cabe señalar que la Ley 3/1991 tasa en los artículos 5.1 y 23 el posible engaño cuando la comunicación se refiera a características como la naturaleza y composición del producto; su utilidad y sus riesgos o contraindicaciones; su existencia y disponibilidad; su origen y fecha de fabricación; su modo de empleo y accesorios necesarios; su seguridad y servicio postventa; su precio final. Valores todos ellos de carácter funcional⁷.

El legislador se evita así (con las excepciones a las que luego nos referiremos) el pantanoso terreno del posible engaño que el anunciante pudiera perpetrar recurriendo a los valores simbólicos predicados del bien o servicio, que en muchas ocasiones aparecen sugeridos (e incluso afirmados) en la dimensión estética o narrativa del mensaje, por entender que forman parte de la generalmente admitida y aceptada naturaleza hiperbólica del discurso publicitario. Así se expresa en el artículo 4 de la Ley cuando establece

⁷ Hay que tener en cuenta, además, que de acuerdo con el artículo 61 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, el contenido de la publicidad de los bienes o servicios (prestaciones, condiciones jurídicas o económicas, garantías ofrecidas) serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

como excepción o, al menos, como eximente de un supuesto comportamiento desleal del oferente⁸, “la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal”.

Podríamos decir, en definitiva, que la publicidad engañosa “se produce cuando la falta de veracidad en el mensaje publicitario afecta directamente al adquirente del producto con base en promesas potencialmente falsas” (Perelló et al., 2016:57).

3.3. La veracidad y el consumidor medio

Como hemos visto, el artículo 5 de la Ley de Competencia desleal, al definir la publicidad engañosa pone el foco en su capacidad para inducir a error a los destinatarios, pero haciendo especial hincapié en que la consecuencia de ese error o engaño ha de ser, también potencialmente, la alteración de su comportamiento económico⁹.

Ya en su artículo 4, la citada norma se refiere a la distorsión “significativa” del comportamiento económico del consumidor medio como una práctica contraria a la honestidad, la diligencia profesional y la buena fe que deben imperar en las relaciones comerciales, sin generar expectativas en el consumidor que el anunciante no puede garantizar (Muela y Perelló, 2013:19). Entendiendo por:

- “comportamiento económico”, la actuación o no actuación del consumidor o usuario en relación a la oferta;
- “distorsión significativa”, la merma de su capacidad para adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, tomando así una decisión “que de otro modo no hubiera tomado”, y
- “consumidor medio”, no sólo el que pueda identificarse en el conjunto del mercado, sino también el que pueda entenderse como tal en un segmento concreto de consumidores, atendiendo a sus conocimientos previos, a su edad, a una posible discapacidad, o a otros supuestos que conviertan a ese segmento en especialmente vulnerable por tener mermada su capacidad de comprensión o análisis crítico en relación a la información comercial que se les proporciona.

El concepto de consumidor medio, como alguien “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, se ha ido consolidando en las jurisprudencia y en la normativa europeas, así como la idea de que cuando una práctica comercial se dirige específicamente a un grupo concreto de consumidores, es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Más controvertida es la identificación de ese consumidor medio, ya que, si bien es cierto que la normativa europea (Véase el considerando 18 de la ya mencionada Directiva 2005/29/CE) precisa que la referencia al consumidor medio no es de naturaleza estadística, no lo es menos que el TJUE ha declarado que cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro tenga que verificar el posible carácter engañoso de una campaña publicitaria y deba tomar en consideración las expectativas del

⁸ Según ese artículo 4 “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (...) a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado.

⁹ Así, la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencias de 18/12/12 y 9/12/09, afirma que “El engaño (en publicidad) no debe medirse o enjuiciarse con el significado objetivo de las expresiones empleadas en las manifestaciones o afirmaciones esenciales de la publicidad, sino con el alcance o impresión que las mismas provocan (o son aptas para provocar) en los destinatarios”.

La Audiencia Provincial de Málaga, en la sentencia de 16/09/10, señala que “uno de los requisitos exigidos para que una publicidad pueda considerarse engañosa consiste no sólo en que la misma induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, sino que ese error pueda afectar a su comportamiento económico o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de abril de 2006, aclara dos aspectos importantes: que la carga de la prueba sobre la veracidad y exactitud de las manifestaciones realizadas en el anuncio publicitario recae sobre la parte demandada, y que el perjuicio a los destinatarios que pueda derivarse de la publicidad engañosa no necesita haberse producido de forma efectiva para determinar el engaño; es decir, basta en que el análisis del mensaje publicitario demuestre las posibilidad de engaño sin tener que aportar testimonio de que éste se haya producido.

consumidor medio, el Derecho comunitario no se opone a que pueda ordenar que se realice un estudio de mercado y/o un sondeo de opinión o recabar un dictamen pericial para fundamentar su decisión (González, 2007:24).

En todo caso, cuando el target al cual se orienta el producto no sólo es un segmento específico de consumidores, sino que concurren también elementos de peligrosidad potencial de la oferta o de vulnerabilidad de dichos consumidores, encontramos en las regulaciones específicas prohibiciones o limitaciones añadidas no sólo en relación a los valores funcionales de los productos, sino también exigencias de veracidad en relación a los valores simbólicos, como ocurre, sin podernos detener en este aspecto, con la denominada publicidad testimonial en el caso de la publicidad infantil o de la relacionada con la salud, o con los argumentos aspiracionales en relación a esos ámbitos o a la publicidad del juego

3.4. El engaño por omisión

A la luz de la Ley de Competencia desleal pueden mencionarse otros supuestos de publicidad engañosa, como sería el caso de la publicidad confusa, que induce al consumidor a establecer una asociación no existente entre la actividad de una determinada marca y producto con las prestaciones o el establecimiento de un tercero (artículos 6, 20 y 25); la imitación indebida, cuando esa asociación comporta un aprovechamiento o explotación de la reputación y del esfuerzo ajeno (artículos 11 y 12); la falsa pertenencia o la inatención a los códigos de conducta (artículos 5 y 21); las promociones señuelo (artículo 22); la venta piramidal (artículo 24) u otras de diferente naturaleza recogidas en el artículo 27¹⁰. Y muy especialmente, el engaño por defecto u omisión (artículo 7).

Hay que tener en cuenta que informar, en el marco de una comunicación comercial, de la realidad de un producto no implica necesariamente abordar la toda verdad de ese producto en su realidad material o intangible, algo que sería imposible para el mensaje publicitario y para las limitaciones expresivas y espacio-temporales de la práctica publicitaria. Tampoco cabe considerar inveraz el hecho de que ese mensaje se centre o haga hincapié en aquellos aspectos de la oferta que más favorecen al producto anunciado. Pero sí se considera engañosa, de acuerdo con el artículo 7, "la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa". Es decir, que no se mencionen o muestren características fundamentales del producto (como las ya mencionadas en el artículo 5) que puedan influir de modo significativo en la elección del consumidor o usuario.

En la misma línea, recoge este artículo 7 otros engaños por defecto como puede ser la falta de claridad del mensaje (a la que ya nos hemos referido), la ambigüedad, la ininteligibilidad (piénsese también en la ilegibilidad de un scroll en pantalla por su tamaño, su velocidad, su falta de contraste con el fondo) o cuando "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".

No es que no decir toda la verdad equivalga a mentir, pero sí se considera engañoso, en el caso de la publicidad, no decir toda la verdad que objetivamente importa conocer para garantizar la elección libre e informada de los consumidores (Kariyawasam y Wigley 2017: 75, 76). En este sentido, se valora

¹⁰ Artículo 27. Otras prácticas engañosas.

Igualmente se consideran desleales por engañosas las prácticas que:

1. Presenten los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional.
2. Realicen afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia, el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio.
3. Transmitan información inexacta o falsa sobre las condiciones de mercado o sobre la posibilidad de encontrar el bien o servicio, con la intención de inducir al consumidor o usuario a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado.
4. Incluyan en la documentación de comercialización una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor o usuario la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado.
5. Afirman de forma fraudulenta o creen la impresión falsa de que un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario.

positivamente la diligencia del anunciante cuando es capaz de superar las limitaciones del medio de comunicación al que antes nos referíamos, adoptando medidas como, por ejemplo, la información por capas en el caso de la difusión por internet o remitiendo a una página web en el caso de la difusión por medios convencionales.

3.5. El engaño por comparación

Ya hemos señalado al inicio de este artículo que los valores de uso o simbólicos que la publicidad predica de los bienes y servicios anunciados pueden plantearse además de modo intrínseco o como valores de cambio que expresan ventaja frente a otros competidores o concurrentes.

En este último caso nos encontramos ante la denominada publicidad comparativa (Lema, 2014: 313), práctica comercial perfectamente lícita cuando la comparación se establece de modo verdadero y verificable (la *exceptio veritatis*), pero que deviene en desleal por engañosa cuando (artículo 10) los bienes o servicios comparados no tienen la misma finalidad o no satisfacen las mismas necesidades; la comparación no se circunscribe a valores “esenciales, pertinentes y verificables y representativos”(normalmente funcionales), o incurre en engaño, imitación, denigración o aprovechamiento impropio de terceros.

Hay que recordar, en este sentido, que algunas legislaciones específicas (como las relacionadas con la salud y el cuidado personal) señalan la ilicitud de presentar como exclusivas características que poseen todos los productos similares concurrentes.

3.6. Las comunicaciones comerciales encubiertas

Veíamos que la Ley 34/1988 vinculaba la naturaleza publicitaria de un mensaje a la finalidad de promover la actividad comercial “de forma directa o indirecta”. Puede existir, efectivamente, publicidad indirecta cuando en un anuncio se incluye un producto o marca principal y otro complementario, o, cuando se llevan a cabo prácticas de co-branding en las que uno de los dos anunciantes adopta una posición subsidiaria (Nguyen, Romaniuk, Faulkner y Cohen, 2018:47). Se trata de una práctica que sólo plantea problemas de naturaleza legal cuando uno de los productos anunciados (generalmente el “indirecto”) tiene prohibida su comunicación comercial, y aún así difícilmente puede argumentarse la existencia de engaño.

Cuestión diferente es la de aquellos mensajes publicitarios que no se identifican como tales, que no desvelan la naturaleza publicitaria que mueve a su difusión. Es lo que, siguiendo la definición de actos de engaño recogida en la Ley de Competencia Desleal podemos denominar publicidad engañosa por su presentación.

La Ley General de Publicidad ya sanciona negativamente esta práctica en su artículo 9, según el cual los anunciantes deben “desvelar inequívocamente” el carácter publicitario de sus anuncios y los medios de comunicación han de deslindar de modo perceptible “las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad”.

En esa misma línea, la Ley de Competencia Desleal se refiere a la falta de veracidad formal en su artículo 26, en el que se considera práctica comercial encubierta incluir como aparente información en los medios de comunicación contenidos publicitarios, sin que quede claramente especificada su naturaleza en el propio mensaje o mediante imágenes y sonidos claramente identificables e interpretables por el consumidor y usuario. También se refiere esta Ley (artículo 27) a la falsa impresión que puede inducirse en el mensaje de que “un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional”, incluso presentándose de forma fraudulenta como un consumidor o usuario.

No cabe duda de que en la actualidad, sin menoscabo de los casos de engaño que aún pueden detectarse por el contenido material del mensaje publicitario (especialmente en determinados sectores de actividad como puede ser el de los productos de pretendida finalidad sanitaria), la defensa de los consumidores en materia de comunicaciones comerciales se orienta cada vez más hacia aquellos formatos que, por su integración dentro de otros contenidos no publicitarios, o por su apariencia no comercial, no se identifican como tales y, por tanto, escamotean al destinatario un conocimiento básico al que tiene derecho: saber si tras una determinada mención o mostración de producto o marca, tras un determinado

evento del que se da cuenta, o tras una determinada propuesta narrativa, se esconde o no un interés comercial (Perales, 2014:191).

Es por ello importante que, además de lo ya regulado por la normativa de carácter general a la que hemos venido haciendo referencia, tanto la legislación audiovisual como la que afecta a internet y a las redes sociales mantengan estas cautelas de cara a los formatos comunicativos que difunden¹¹.

Por el momento, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, prohíbe en su artículo 18.2 la comunicación comercial encubierta, entendiéndose por tal (artículo 2.32), la "presentación verbal o visual" de productos o marcas integrada en la programación, siempre que exista intención publicitaria (en particular si se hace a cambio de contraprestación) y no existan advertencias de algún tipo, de modo que "pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación". Se trata de una definición muy general que busca fundamentalmente diferenciar este ilícito de prácticas ya "despenalizadas" como el emplazamiento de producto y las ayudas a la producción, pero que en modo alguno es eficaz a la hora de regular adecuadamente la compleja hibridación de formatos presentes de una forma cada vez más clara en la oferta televisiva (Arias, 2012:196):

Aún más parca es la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, la cual se limita a señalar en su artículo 20.1 que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deben ser "claramente identificables como tales", así como "la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan". Es cierto que el artículo 8 permite actuar contra el prestador si se atenta contra los intereses de los consumidores y usuarios, pero mediante un procedimiento prolijo y poco operativo que requiere, además, apelando a la libertad de expresión como derecho fundamental, de decisión judicial.

Sin menoscabo de lo anterior, y frente a lo que ocurre con la Ley General de Publicidad y con la Ley de Competencia Desleal, ha de indicarse que tanto la Ley General de la Comunicación Audiovisual como la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información contemplan, además de la actuación ante los tribunales (muy especialmente la acción de cesación), un régimen administrativo de infracciones y sanciones, dirigidas a los prestadores del servicio; es decir, a los responsables del canal a través del cual se difunden las comunicaciones comerciales (cadenas de televisión, emisoras de radio, páginas web).

En el caso de la comunicación audiovisual encubierta, el artículo 58.8 la considera infracción grave, con multas de (artículo 60.2) 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva, y de 50.001 a 100.000 euros para los servicios de radiodifusión sonora, de servicios conexos e interactivos y de servicios televisivos a petición.

En el caso de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, el incumplimiento de lo previsto en el artículo 20 para las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos se considera infracción leve (artículo 38), con multas por la comisión de esta infracción de hasta 300.000 euros.

4. Conclusiones

Las comunicaciones engañosas son uno de los principales supuestos de ilicitud en el ámbito de la regulación de las comunicaciones comerciales. La legislación española, que traspone o incorpora al ordenamiento jurídico español la normativa comunitaria en este ámbito, contempla el engaño desde diferentes perspectivas: por la formulación del argumentario y por el contenido; por acción u omisión; por los destinatarios de los mensajes; por aspectos intrínsecos de dichos mensajes o, por su comparación con las ofertas con sus competidores.

Se trata de un marco normativo bien trabado a la hora de actuar contra el engaño en los contenidos del mensaje, especialmente en el caso de los valores funcionales que se predicán de los bienes y servicios promocionados. Queda claro, en ese sentido, que la publicidad no puede falsear la realidad de la oferta; que ha de ser completa (en términos significativos); que ha de ser clara y leal con los principios de la buena fe y respetuosa con los consumidores y usuarios, garantizando su libertad de decisión.

¹¹ Algo que debería extenderse también a otros productos audiovisuales, como las películas cinematográficas o los videojuegos.

Sin embargo, Teniendo en cuenta que los mensajes comerciales van abandonando progresivamente el espacio enunciativo de la publicidad convencional (De Aguilera, Baños y Ramírez, 2015: 534), con el fin de evitar la desconexión y/o la reticencia de los consumidores y usuarios ante dichos mensajes, la defensa de los consumidores en materia de comunicaciones comerciales debería orientarse cada vez más, en futuros desarrollos legislativos, hacia la evitación de las comunicaciones comerciales encubiertas. Hacia la regulación adecuada de aquellos formatos que, por su integración dentro de otros contenidos no publicitarios, o por su apariencia no comercial, no se identifican como tales.

La hibridación entre los contenidos publicitarios y no publicitarios presente cada vez más en televisión y, sobre todo en internet (branded content, youtubers, menciones de marca en las redes sociales, publicidad nativa) es un fenómeno que crecerá de forma exponencial, apoyado además en la segmentación personalizada que las cookies, el big data y la publicidad comportamental permiten desarrollar (Amazeen y Muddiman, 2018:176). Formatos que sin duda pueden proporcionar enormes ventajas tanto para los oferentes (afinar en su target) como para los consumidores (evitar las comunicaciones comerciales indeseadas o ajenas a sus intereses), pero que también pueden ser enormemente invasivos. Y sobre todo, como decíamos, que escamotean al destinatario un conocimiento básico al que tiene derecho: saber si tras una determinada mención o mostración de producto o marca, tras un determinado evento del que se da cuenta, o tras una determinada propuesta narrativa, se esconde o no un interés comercial.

Referencias bibliográficas

- Amazeen, M. y Muddiman, A. (2018): "Saving Media or trading on trust? The effects of native advertising on audience perceptions of legacy and online news publishers". *Digital Journalism*, (6)2: 176-195
- Arias, V. (2012): "Publicidad encubierta y emplazamiento de producto. Sentencia del TJUE , de 9 de junio de 2011 (caso 'Alter Chanel')"- *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 66: 169-196.
- De Aguilera, J., Baños, M. y Ramírez, J (2015): "Branded entertainment: los contenidos de entretenimiento como herramienta de comunicación de marketing. Un estudio de su situación actual en España". *Revista Latina de Comunicación Social*, 70: 519-538.
- González, L. (2007): "Las nociones consumidor medio y miembro medio de un grupo particular de consumidores en el Reglamento nº 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)". *ReDeco, Revista Electrónica de derecho de consumo y de la alimentación*, 11: 15-31.
- Kariyawasam, K. y Wigley, S. (2017): "Online shopping, misleading advertising and consumer protection". *Information & Communications Technology Law*, (26)2: 73-89, DOI: 10.1080/13600834.2017.1289835
- Lema, C (2014): "La publicidad comparativa en la Unión Europea". *Revista de Derecho Mercantil*, 291: 313-326
- Macías, B. (2017): *El delito de publicidad engañosa*. Madrid. Dykinson
- Mejías, J.J. (2014): "El principio de autenticidad en la comunicación comercial". *Revista Comunicación*, 12, Vol. 1: 65-81. ISSN 1989-600X pp 61-81
- Méndiz, A. (2007): "Diferencias conceptuales entre publicidad y propaganda: una aproximación etimológica". *Questiones Publicitarias*, 12, Vol 1: 43-61
- Muela, C y Perelló, S. (2011). "La publicidad desleal en la radio española: un análisis empírico". *Doxa Comunicación: revista interdisciplinar de estudios de comunicación y ciencias sociales*, 12: 107-128. Retrieved from https://www.researchgate.net/publication/270647207_La_publicidad_desleal_en_la_radio_espanola_un_analisis_empirico.
- (2013). "Misleading advertising: a study of radio spots in Spain". *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, 20(62): 13-43. Retrieved from <http://scielo.unam.mx/pdf/conver/v20n62/v20n62a1.pdf>.
- Nguyen, C., Romaniuk, J., Faulkner, M.y Cohen, J (2018): "Are two brands better than one? Investigating the effects of co-branding in advertising on audience memory". *Marketing Letters* (29)1: 37-48
- Nuñez, M. (2008): "El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española" *UNED, Revista de Derecho UNED* Nº 3: 289-317.

- Perales, A. (2014): "El marco legal del branded content", en Ron, R. Álvarez, A. y Núñez, P. (coord.): Bajo la influencia del "branded content" efectos de los contenidos de marca en niños y jóvenes. Madrid: ESIC
- Perelló, S., Muela, C. y Hormigos, J. (2016): "Publicidad ilícita, productos saludables y autorregulación" Cuadernos.info N° 38: 51-67. DOI: 10.7764/CDI.38.922
- Solans, S. (2010): "Publicidad y libertad de expresión: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno de 15 de enero de 2010" (01-12-2010). Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4604-publicidad-y-libertad-de-expresion:-comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-supremo-sala-de-lo-civil-pleno-de-15-de-enero-de-2010/>

Breve CV del autor

Licenciado con grado en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid. Asesor Técnico de la Asociación de Usuarios de la Comunicación. Miembro del Consejo de Administración de Radio Televisión Madrid. Su principal línea de investigación es el diseño y aplicación de técnicas de análisis de contenido a los mensajes difundidos por los medios de comunicación y medios sociales, en ámbitos como el tratamiento de las drogodependencias, la violencia, la representación de la identidad juvenil o los discursos políticos.