

Grado en Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de León  
Curso 2016 / 2017



**RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD  
ENGAÑOSA: INCIDENCIA EN LAS  
COMUNICACIONES COMERCIALES ONLINE**

(Legal arrangement of misleading advertising: impact on  
commercial communications online)

Realizado por el alumno Don Luis Soto Viñas

Tutorizado por la Profesora Doña María Angustias Díaz Gómez

## ÍNDICE

OBJETO .....	5
RESUMEN .....	6
METODOLOGÍA.....	8
ABREVIATURAS .....	10
CAPÍTULO I.- DERECHO DE LA PUBLICIDAD .....	12
I.- Origen .....	12
II.- Intereses en conflicto .....	12
III.- Sujetos de la actividad publicitaria .....	14
IV.- Fuentes del Derecho de la publicidad.....	17
CAPÍTULO II.- PUBLICIDAD ONLINE Y COMUNICACIONES COMERCIALES.....	18
I.- Ventajas .....	18
II.- Importancia económica actual y de futuro .....	20
III.- El ámbito publicitario en el comercio electrónico .....	22
IV.- Prácticas ilícitas frecuentes en las redes .....	24
V.- Comunicaciones comerciales por vía electrónica.....	27
1.- Principios de la normativa española.....	27
2.- Condiciones exigidas y derechos que asisten a los destinatarios.....	28
3.- Tratamiento de datos personales con fines publicitarios .....	30
VI.- Protección del consumidor en el entorno digital .....	31
CAPÍTULO III.- PUBLICIDAD ONLINE ENGAÑOSA .....	34
I.- Regulación, concepto y requisitos.....	34
II.- Tipología: .....	37
1.- La publicidad engañosa en sentido estricto.....	37
2.- La publicidad engañosa por confusión.....	40
3.- La publicidad comparativa.....	40

4.- La publicidad engañosa sobre códigos de conducta .....	41
5.- La publicidad engañosa por omisión .....	42
7.- La exageración publicitaria .....	45
8.- Otros supuestos relacionados con el engaño: el tono excluyente y los testimonios .....	46
III.- La publicidad en el ámbito de la “Estrategia 2020” para la UE .....	49
1.- La importancia de la publicidad en el mercado interior.....	49
2.- La Directiva 2006/114/CE .....	50
IV.- Contenido engañoso del sitio Web y/o de determinados formatos publicitarios .....	52
1.- Sitios Web engañosos en su totalidad.....	54
2.- Banners engañosos .....	56
3.- Publicidad encubierta en sitios Web .....	58
V.- Acciones frente a actos de publicidad online engañosa.....	61
VI.- Régimen sancionador .....	66
CAPÍTULO IV.- AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA .....	70
I.- Autorregulación como complemento de la normativa imperante .....	70
II.- Códigos de conducta .....	71
1.- Códigos de conducta publicitaria.....	72
III.- Órgano de control .....	73
IV.- La integración de la ética en la publicidad comercial .....	74
V.- Ventajas y resultados de la autorregulación publicitaria .....	75
VI.- Balance anual autocontrol 2016 .....	76
VII.- Organizaciones privadas internacionales que han aprobado documentos sobre la materia.....	78
II.- Verificación <i>a posteriori</i> .....	81
1.- Sistema de tramitación de reclamaciones transfronterizas ( <i>cross-border complaint</i> ).....	81

2.- Jurado de autocontrol de la publicidad. ....	82
2.1.- Pronunciamiento del Jurado de la Publicidad frente a empresas ....	86
2.2.- Pronunciamiento del Jurado de la Publicidad frente a terceros.....	86
CONCLUSIONES .....	89
BIBLIOGRAFÍA .....	93
ANEXO JURISPRUDENCIAL .....	100
Jurisprudencia Internacional .....	100
Jurisprudencia interna .....	101
Resoluciones del Jurado de Autocontrol.....	102

## OBJETO

El objeto de estudio de este trabajo es la publicidad engañosa, haciendo especial mención a la publicidad en Internet como instrumento de comunicación interactiva con el potencial consumidor. Lo que se pretende es analizar si los supuestos estudiados vulneran nuestro ordenamiento jurídico tomando como referencia un marco normativo europeo que vincula a España como Estado miembro. Desde un punto de vista legislativo, la publicidad es una de las actividades económicas más reguladas: aproximadamente trescientas normas (comunitarias, estatales y autonómicas) estructuran el régimen jurídico de la publicidad en España. Por lo tanto, podemos afirmar que el estudio de la base legal será clave en las responsabilidades no solo éticas, sino también sociales y económicas procedentes de un incumplimiento de la legislación.

Dentro de esta perspectiva, procedemos a analizar cada una de las modalidades de publicidad engañosa en la línea de la Directiva 2006/114/CEE y siempre con referencia a la jurisprudencia más relevante para ilustrar esta tipología. A continuación, llevaremos a cabo un estudio más exhaustivo sobre las prácticas más comunes de publicidad engañosa en la Red, concretando los factores, requisitos y consecuencias que ocasionan estos actos ilícitos en la práctica.

Al hilo de lo planteado en el párrafo anterior, abordaremos los mecanismos de denuncia publicitaria canalizados a través de un repertorio de acciones que el sujeto perjudicado puede ejecutar en el supuesto de encontrarse ante una de las conductas descritas. En este sentido, debemos poner de relieve la existencia de un régimen sancionador que detallaremos en función de tres pilares fundamentales: legitimación, competencia e infracciones y sanciones clasificadas en función de su gravedad.

Al margen de las cuestiones anteriormente analizadas, centraremos nuestra investigación en el sistema de autorregulación publicitario entendido como complemento de la normativa imperante y, tomando como punto de partida dos presupuestos necesarios: el código de conducta y el órgano de control.

Para concluir el trabajo, nos ceñiremos al estudio de los Códigos de Conducta, haciendo especial mención al Código de Conducta Publicitaria en base a la existencia de dos variantes de verificación: *a priori* y *a posteriori*.

## **RESUMEN**

En el presente trabajo nos vamos a centrar en el análisis de la publicidad engañosa dentro del marco de las comunicaciones comerciales por vía electrónica.

En síntesis, podemos afirmar que desde la perspectiva del comercio electrónico, la publicidad ha de ser entendida como una actividad cuyo objetivo es difundir vía electrónica, ideas asociadas a bienes y servicios capaces de persuadir a los sujetos destinatarios. En este sentido, la problemática a la hora de llevar a cabo esta comunicación viene dada no sólo por cuestiones económicas sino también por cuestiones vinculadas con la inseguridad jurídica y con la posible vulneración de derechos fundamentales básicos. Estos dos argumentos han motivado al legislador europeo y español ha introducir preceptos legales que eviten las prácticas comerciales abusivas.

Si bien es cierto que la publicidad online se encuentra sometida a nuestro ordenamiento jurídico, en ocasiones la existencia de este régimen resulta inadecuado por lo que será complementado por el mecanismo de la autorregulación. Este fenómeno ha de ser entendido como un sistema desarrollado voluntariamente por las empresas con el fin de garantizar una publicidad transparente, legal y garantista.

**PALABRAS CLAVE:** publicidad, desleal, engañosa, consumidor, Internet, autorregulación, código de conducta, destinatario.

## **ABSTRACT**

In the present work we will focus on the analysis of misleading advertising within the framework of commercial communications electronically.

In summary, we can affirm that from the perspective of electronic commerce, advertising has to be understood as an activity whose objective is to disseminate electronically, ideas associated with goods and services capable of persuading target subjects. In this sense, the problem in carrying out this communication is given not only by economic issues but also by issues related to legal insecurity and the possible violation of basic fundamental rights. These two arguments have motivated the European and Spanish legislature to introduce legal precepts that avoid abusive commercial practices.

Although it is true that online advertising is subject to our legal system, sometimes the existence of this regime is inadequate and will be complemented by the mechanism of self-regulation. This phenomenon has to be understood as a system voluntarily developed by companies in order to guarantee transparent, legal and guarantor publicity.

**KEYWORDS:** advertising, unfair, misleading, consumer, internet, self-regulation, code of conduct, addressee.

## METODOLOGÍA

La metodología de investigación utilizada para la realización de este trabajo podemos estructurarla de la siguiente manera:

En primer lugar, hemos realizado la elección de este tema entre la inmensidad de campos que ofrece el *Derecho Mercantil*. Centrándonos en el *Derecho de la Publicidad*, y más concretamente en la publicidad engañosa difundida a través de la Red de redes como mecanismo de comunicación interactiva.

En cuanto a la elección del tema objeto de análisis, consideramos que es una pieza fundamental en el *Derecho Mercantil*, ya que, junto con otras instituciones, la publicidad online reviste especial interés no solo por la inminente evolución de las nuevas tecnologías en los últimos años sino también por la directa incidencia en el propio funcionamiento del mercado.

En segundo lugar, hemos enfocado la temática desde una triple dimensión:

- Normativa: Hemos estudiado las normas jurídicas que regulan el Derecho de la Publicidad.
- Fáctica: El análisis realizado se ha centrado en un ámbito geográfico determinado.
- Valorativa: Hemos realizado una interpretación del ordenamiento jurídico tomando como referencia los valores que rigen actualmente en nuestra sociedad.

En tercer lugar, procedimos a elaborar un índice que hemos seguido a lo largo de todo el trabajo, reflejando, en el mismo, aquellos aspectos que entendemos de mayor relevancia en la materia. Asimismo, lo dividimos en cinco capítulos, con sus respectivos apartados, ordenándolos desde las cuestiones más generales en el campo de la publicidad hasta los supuestos más específicos vinculados con el cumplimiento de los Códigos de Conducta Publicitaria.

Dentro de este marco, hemos partido de los siguientes métodos que nos han permitido respaldar nuestra investigación:

- Observación de la realidad



- Aplicación sistemática de normas jurídicas tanto nacionales como comunitarias.
- Valoración de los intereses en juego: En el ámbito publicitario no solo se ven involucrados los anunciantes y los destinatarios de la publicidad sino también todos los sujetos que de un modo u otro intervienen en el mercado.

Al hilo de lo expuesto en los párrafos anteriores, localizamos las fuentes que más se ajustaban a la elección del tema, abarcando no solamente monografías, manuales, artículos de revista, etc. sino que también fue necesario acudir a la jurisprudencia española y europea. A continuación, una vez elaborado el índice y localizadas las fuentes, comenzamos a redactar los aspectos más relevantes indicados, acudiendo con frecuencia al Área de Derecho Mercantil para supervisar y controlar cuanto aquello íbamos haciendo.

Para concluir, quiero agradecer a mi tutora Doña María Angustias Díaz Gómez la continua dedicación que ha mostrado desde el primer momento que decidí la temática del trabajo así como su supervisión constante sin la cual no hubiera sido posible llevar a cabo esta investigación.

## ABREVIATURAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
B2B	<i>Business to Business</i>
B2C	<i>Business to Consumer</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.P	Código Penal
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCP	Código de Conducta Publicitaria
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador
Dir.	Director
DNS	<i>Domain Name Server</i>
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Dr.	Doctor
EAT	<i>European Advertising Tripartite</i>
Ed.	Editorial
GBDe	<i>Global Business Dialogue on Electronic Commerce</i>
IAA	<i>International Advertising Association</i>
INC	Instituto Nacional de Consumo
Jur.	Resoluciones no publicadas en los productos CD de Aranzadi
LCD	Ley de Competencia Desleal
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LPCI	Ley Publicidad y Comunicación Institucional
LSSICE	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
MMS	<i>Multimedia Messaging Service</i>
Núm.	Número
Pág.	Página
Prof.	Profesor
PSI	Prestadores de Servicios de Internet
RDL	Real Decreto Legislativo
RJ	Repertorio de Jurisprudencia

SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SILEC	Sociedad Interamericana para la Libertad de Expresión Comercial
SMS	<i>Short Message Service</i>
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

## **CAPÍTULO I.- DERECHO DE LA PUBLICIDAD**

### **I.- Origen**

Los primeros indicios de la industria publicitaria<sup>1</sup> se remontan al primer tercio del siglo XX, momento en el cual se generaliza la sociedad de masas. La expansión y desarrollo en el ámbito de los medios de comunicación de masas hace que la publicidad concebida como instrumento de comunicación comercial se transforme en un instrumento común y genérico en la sociedad de la época<sup>2</sup>.

De este modo, la publicidad se transforma en un medio clave para incrementar el beneficio empresarial así como para incentivar el volumen de negocios. La causa que contribuye a este desarrollo empresarial se debe al mayor alcance de los nuevos medios de comunicación, incentivando así a un mayor número de destinatarios a contratar sus productos y servicios. La función de la publicidad se vincula además con la tarea consistente en gestionar la imagen y prestigio de los productos y servicios ofertados.

En este contexto, el ordenamiento jurídico<sup>3</sup> comenzará a regular el ámbito de la publicidad delimitando las formas de actuación, la relación entre los agentes que intervienen en la actividad publicitaria y los criterios para resolver conflictos que puedan surgir en la materia.

### **II.- Intereses en conflicto**

De forma previa a analizar los intereses en conflicto en el sector de la publicidad, debemos concretar los agentes intervinientes en este ámbito.

Los agentes: son los sujetos que intervienen en la actividad consistente en la difusión de mensajes con fines publicitarios:

---

<sup>1</sup> Sin embargo, si aludimos a un concepto de “publicidad” como la actividad consistente en mostrar o exponer un producto al público su origen es mucho más remoto.

<sup>2</sup> En nuestro ordenamiento jurídico, la primera norma legal aprobada en materia de publicidad es el Estatuto de la publicidad, aprobado por ley de 11 de junio de 1964. Publicado en *BOE* núm. 142, de 13 junio de 1964.

<sup>3</sup> La norma actualmente en vigor es la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988. Publicado en *BOE* núm. 274, de 15 de noviembre de 1988. Versión vigente desde 29 de marzo de 2014.

- Anunciante<sup>4</sup>: Sujeto que solicita la difusión del mensaje.
- Destinatarios: Se definen en el art. 2 LGP como: *personas a las que se dirige el mensaje publicitario o a las que este alcance.*

La publicidad<sup>5</sup> es una forma de comunicación persuasiva generando conflictos entre los agentes que operan en el sector.

En lo que al anunciante respecta, su actuación tiene como objetivo influir en las decisiones económicas de los destinatarios del mensaje comercial, tratándoles de convencer de la contratación<sup>6</sup> de un determinado producto o servicio.

Una vez recibidos los mensajes persuasivos, los destinatarios decidirán sobre la contratación de productos satisfaciendo así sus necesidades o por el contrario, viendo frustradas sus expectativas movidos por algún tipo de publicidad ilícita.

El Derecho de la publicidad no se limita a regular relaciones entre anunciantes y destinatarios, sino que la expansión progresiva de la publicidad ha derivado en la aparición de profesionales de la comunicación publicitaria. Estos profesionales<sup>7</sup> elaboran la actividad publicitaria por encargo del emisor, actuando además, en el marco organizativo de una empresa.

Para concluir, la publicidad repercute en los intereses de terceros<sup>8</sup> (agentes) que no se incluyen en la relación de comunicación publicitaria, pero que actúan en ese mismo

---

<sup>4</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., HERRERO SUÁREZ, C., HERNÁNDEZ-RICO, J. y MARTÍN GARCÍA, L.: *Derecho de la publicidad*, Pamplona (Aranzadi), 2015, pág. 28.

<sup>5</sup> En relación con los intereses en conflicto generados por la publicidad, la SAP de Orense mayo 2009 (AC 2009\1570) considera que el fin último de la publicidad es la captación de clientela en el grupo al que se dirige, destacando los elementos más atractivos del bien promoviendo así la contratación de bienes y servicios. En este proceso se ven afectados consumidores, usuarios y competidores, por lo tanto se va a requerir su regulación en el ordenamiento jurídico.

<sup>6</sup> ZUBERO QUINTANILLA, S.: *Las Declaraciones Publicitarias en la Contratación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, págs. 91-97.

<sup>7</sup> Los profesionales de la comunicación publicitaria son empresas de publicidad que ofrecen sus servicios a otras empresas cuya pretensión consiste en el anuncio de un bien o servicio generando así, una nueva relación contractual: los contratos publicitarios.

<sup>8</sup> A tenor de la SAP de Barcelona 2 julio 2009 (JUR 2009\464831), una de las empresas que actúa en este sector (sillas de la marca Maxi-Cosi) entendió que la publicidad derivaba en acto de competencia desleal, afectando así a otros competidores, por lo que demandó al anunciante por publicidad engañosa.

mercado de tal forma que, cualquier comportamiento en el mismo suponga un acto de competencia<sup>9</sup>.

### **III.- Sujetos de la actividad publicitaria**

En términos generales, podemos afirmar que en la relación publicitaria existen dos sujetos:

- Anunciante: Sujeto que solicita la emisión del mensaje publicitario.
- Público: Destinatarios de este mensaje.

La evolución de la industria publicitaria y de los medios de comunicación han contribuido a incrementar la complejidad en esta materia, derivando en la existencia de nuevos sujetos intervinientes: agencias y medios de publicidad.

#### **ANUNCIANTE**

Se define en el art. 8 LGP como: *persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad*. La publicidad supone una forma de comunicación realizada por el anunciante para obtener la contratación en su ámbito de aplicación. El anunciante presenta los siguientes rasgos:

- Se constituye como persona física o jurídica.
- Es una persona jurídico-pública o jurídico-privada: A pesar de que las empresas públicas se integran en el concepto de anunciante no sucede lo mismo con los organismos públicos.
- Ejerce una actividad comercial, profesional, industrial o artesanal. Nos encontramos por lo tanto ante una concepción amplia del término “anunciante”.
- Generalmente responde frente a la emisión de publicidad ilícita.
- Impulsa la actividad publicitaria obteniendo los beneficios resultantes.

#### **DESTINATARIOS**

---

<sup>9</sup> Las relaciones empresariales en un mismo mercado son objeto de regulación mediante el Derecho de la competencia así como por el Derecho de la publicidad.

Se regula en el art. 2 LGP, es el público, *personas a las que se dirige el mensaje publicitario o a las que éste alcance*. El número de destinatarios varía en función del instrumento empleado por el anunciante para emitir la publicidad. Nos encontramos con dos modalidades de destinatarios:

Público objetivo o audiencia intencional: Hace referencia a los potenciales clientes que interesan especialmente al anunciante ya que fácticamente es más probable que contraten los servicios o productos el empresario.

Público en general o audiencia de hecho: Al margen de la audiencia intencional, la difusión de la publicidad alcanza a un conjunto global de personas. Este público genérico ha de ser tenido en cuenta en lo que respecta a la protección de ciertos colectivos como es el caso de los menores<sup>10</sup>.

#### AGENCIAS DE PUBLICIDAD

Se regulan en el art. 8 LGP, *son personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante*. Procedemos a analizar las siguientes cuestiones de la definición anterior:

-Dedicación profesional y organizada: Las agencias de publicidad pueden intervenir como personas físicas o jurídicas. Actualmente, predomina la intervención de profesionales integrados a través de una persona jurídica debido a los privilegios que esta modalidad supone.

-Tienen como objetivo crear, preparar, programar o ejecutar la publicidad: Existe una tipología de agencias en función del momento concreto dentro del proceso publicitario en el cual actúen:

---

<sup>10</sup> Resolución de 9 marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se estima la reclamación presentada por dos particulares, contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Netflix International B.V. La Sección estimó la reclamación declarando que la publicidad reclamada infringía la norma 28 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (protección de niños y adolescentes: “La publicidad dirigida a niños deberá ser extremadamente cuidadosa. La misma no deberá explotar la ingenuidad, inmadurez, inexperiencia o credulidad natural de los niños o adolescentes, ni abusar de su sentido de la lealtad. La publicidad dirigida a los niños o adolescentes, o susceptible de influirles, no deberá contener declaraciones o presentaciones visuales que puedan producirles perjuicio mental, moral o físico”.

a) *Boutique* creativas o estudios: Abarca los aspectos creativos del proceso publicitario diseñando la publicidad.

b) Agencias de medios o centrales de compra: Llevan a la práctica el plan de medios por cuenta del anunciante o la agencia. Desarrolla funciones de asesoramiento, investigación, planificación y contratación.

c) Agencias de servicios plenos: Se encargan de tareas vinculadas con la creación y gestión de la publicidad.

-Reciben el encargo del anunciante: La actividad publicitaria de la agencia se impulsa por un anunciante que tiene como prioridad lograr la contratación de sus productos o servicios, mediando entre ambos una relación contractual.

## MEDIOS DE PUBLICIDAD

Se regulan en el art. 8 LGP como *personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten.*

Se encargan de emitir la publicidad logrando que esta sea captada por el público. Ostentan la titularidad sobre los medios de comunicación social.

Los medios de comunicación de carácter público deben respetar los principios de igualdad y no discriminación<sup>11</sup> garantizando, sin ningún tipo de diferenciación, la emisión de publicidad por parte de los anunciantes. Los medios de comunicación de carácter privado se rigen por la libre competencia.

---

<sup>11</sup> Resolución de 3 de noviembre de 2016 del Tribunal del Jurado. Se estima parcialmente la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente a una publicidad de la que es responsable la mercantil Mahou, S.A. La Sección estimó parcialmente la reclamación declarando que existía infracción de la norma 21 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (denigración) y del art. 8.2 del Código Ético de Confianza Online.



#### **IV.- Fuentes del Derecho de la publicidad**

El régimen jurídico de las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica<sup>12</sup> (a través de Internet, correos electrónicos, mensajes SMS o MMS, así como nuevas fórmulas de comunicación comercial online que se vayan desarrollando en el futuro) se estructura en base a tres normas:

-Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico (LSSI).

-Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

-Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).<sup>13</sup>

El art. 19 de la LSSI establece que las comunicaciones comerciales por vía electrónica se regularán no solo por la presente ley sino también por la normativa vigente en materia comercial y de publicidad. En todo caso debemos aplicar la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales.*

En definitiva, la publicidad en Internet se constituye en función de lo dispuesto en la LSSI, por su normativa propia<sup>14</sup> si la hubiere y en todo caso por la normativa general en materia de publicidad (LGP y LCD). Nos guiaremos también por lo dispuesto en la LOPD y su Reglamento en relación a la obtención y tratamiento de datos personales con fines publicitarios.

---

<sup>12</sup> VEGA VEGA, J.A.: *Derecho mercantil electrónico*, Madrid (Reus), 2015, págs. 280-282.

<sup>13</sup> HERRERO SUAREZ, C.: “La Publicidad ilícita” en AA.VV: *Derecho de la Publicidad*, Navarra (Aranzadi), 2015, pág. 95.

<sup>14</sup> Por ejemplo en el ámbito del juego existe normativa que regula el juego online (Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego). Publicado en *BOE* núm. 127, 28 mayo 2011.

## CAPÍTULO II.- PUBLICIDAD ONLINE Y COMUNICACIONES COMERCIALES

### I.- Ventajas

En términos generales, podemos afirmar que la publicidad en Internet ofrece múltiples ventajas<sup>15</sup> en comparación con los medios de comunicación tradicionales o de carácter físico. Desde un punto de vista económico constituye una publicidad más barata<sup>16</sup>. Ahora bien, puede suceder que los anunciantes diseñen páginas Web en función de las peculiaridades nacionales o regionales<sup>17</sup> de los destinatarios a los que se dirigen.

En relación con lo planteado en el párrafo anterior, se deberán analizar los mercados en los cuales surtirá efecto la actividad publicitaria en base a diversos criterios, entre otros: uso de nombres de dominio de primer “*top level domain*” genéricos o neutros en lo que se refiere a la localización de su titular (por ejemplo, dominio .com o .eu), y no nacional “*country code top level domain*” ( en el caso de España, el dominio .es); moneda en la que se ofertan bienes y servicios; exposición de itinerarios desde otros Estados miembros (por ejemplo, conexiones ferroviarias internacionales y aeropuertos); lugar de prestación del servicio; carácter internacional de la actividad de que se trate; y dimensión del anunciante<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> La Exposición de Motivos de la LSSICE menciona ventajas como el incremento de posibilidades de elección de los destinatarios, la mejora en la eficiencia de la empresa y el nacimiento de nuevos modos de empleo.

<sup>16</sup> CORTÉS MARTÍNEZ, D.: “La banca online”, en AA.VV. (MÉNDIZ NOGUERO, A. Y VICTORIA MAS, J.A. Coords.), *Publicidad, comunicación y Marketing en Internet. Reiniciar el sistema: Actas de las III Jornadas de Publicidad Interactiva*, Málaga (Área de Cultura y Educación de la Diputación Provincial de Málaga), 2002, págs. 219-224.

<sup>17</sup> Nos referimos a una manifestación de la glocalización, modalidad más compleja de la globalización que engloba “globalización” y “localización”.

<sup>18</sup> Nos remitimos a las consideraciones realizadas por la STJCE 7 diciembre 2010, Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09 (Peter Pammer/Hotel Alpenhof GesmbH contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG/ Oliver Heller). En los fundamentos 83 y 84 analiza los presupuestos para determinar si la publicidad de un sitio Web se dirige a los consumidores y/o usuarios de otros Estados miembros. En torno a este pronunciamiento Vid. ALVÁREZ ARMAS, E. y DECHAMPS M.: “Arrêt Pammer et Hotel Alpenhof L'équilibre entre consommateurs et professionnels dans l'e-commerce”, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, págs. 447-453; LEANDRO, A.: “Trasporti marittimi: nella formula tutto compreso non basta un sito per dirigere l'attività all'estero”, *Guida al Diritto*, 2011, núm. 2, págs. 111-113; ÁLVAREZ TORNE, M.: “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sentencia de 7 de diciembre de 2010, Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG y Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011, núm. 2, págs. 543-550; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Competencia judicial internacional en materia de

A tenor del artículo 20.2 de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, cabe la posibilidad de que los prestadores de servicio de la sociedad de información limiten expresamente su actividad comercial estableciendo condiciones de acceso a los servicios en función de la nacionalidad<sup>19</sup> o del lugar de residencia, siempre que tal limitación se fundamente en criterios objetivos<sup>20</sup>. A pesar de lo mencionado en el precepto anterior, debemos destacar que su principal objetivo es suprimir los obstáculos a los intercambios transfronterizos<sup>21</sup>, exigiendo a los Estados miembros que eliminen las discriminaciones llevadas a cabo por los comerciantes en función de la nacionalidad o residencia de los consumidores.

En comparación con otros medios tradicionales, Internet habilita la opción de obtener el perfil del destinatario de la publicidad en el que se valorarán sus preferencias. Esta alternativa se lleva a cabo a través de la monitorización del comportamiento del potencial consumidor derivando así en el llamado “marketing directo”. Como regla general, podemos considerar que la emisión de publicidad previo consentimiento del destinatario es menos intrusiva en contraste a otros medios (sin perjuicio de la proliferación del *spam*).

Al hilo de cuanto planteamos, cabe señalar que Internet constituye un instrumento de comunicación interactiva con el potencial consumidor y/o usuario, filtrando a tiempo real múltiples datos e integrando así un servicio personalizado. En efecto, a diferencia de los medios de carácter tradicional donde el consumidor ejerce una labor pasiva, en la publicidad online este ostenta un papel activo.

---

contratos celebrados con consumidores internautas - Comentario a la STJUE de 7 de diciembre de 2010, As. C-585/08 y C-144/09”, *Noticias de la Unión Europea*, 2012, núm. 329, págs. 181-188.

<sup>19</sup> Existen diversos motivos por los que el prestador de servicios puede restringir la actividad comercial en otros países. Por ejemplo, que mantenga una estrategia comercial de incrementar su competitividad en una región determinada; que desee mantener una clientela fija y fiel que ha conseguido en el Estado miembro de su domicilio; el elevado precio del coste de transporte a otros Estados miembros.

<sup>20</sup> En consecuencia, podemos observar algunos ejemplos de factores objetivos en el Considerando 95 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (publicada en DOUE núm. 376, de 27 de diciembre de 2006): diferencias en las condiciones de mercado; costes adicionales por las características técnicas de la prestación o por la distancia; riesgos adicionales procedentes de diversas regulaciones de las del Estado miembro del establecimiento.

<sup>21</sup> DAUSES, M.A.: “La Jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior”, *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 39, 2000, pág. 305.

Finalmente debemos aludir, como última ventaja, al crecimiento exponencial<sup>22</sup> de los usuarios de Internet en la última década. Mientras que en el año 2000 había 381 millones de internautas, en 2011 se estimó una cifra próxima los 2100 millones de usuarios en todo el mundo. En lo que respecta a España, la tasa media de penetración es del 62,2% con 29 millones de usuarios en 2013.

## **II.- Importancia económica actual y de futuro**

La publicidad emitida en Internet<sup>23</sup>, en base a las últimas estadísticas<sup>24</sup>, constituye indudablemente un formato en continuo avance<sup>25</sup>. Aun teniendo en cuenta los devastadores efectos de la crisis económica que hemos sufrido en los últimos años, la inversión publicitaria<sup>26</sup> en Internet presenta unas expectativas de futuro muy optimistas.

Para llevar a cabo el análisis del sector publicitario en España tomaremos como referencia el control realizado por InfoAdex, empresa que ha publicado el “Estudio de la Inversión Publicitaria en España 2015“. A través de este análisis, la inversión real<sup>27</sup> estimada en el mercado publicitario registró un volumen de 11.078,2 millones de euros, lo que representa un crecimiento del 5,9% sobre los 10.461,3 millones de euros que se alcanzaron en el año anterior. En 2014 la inversión real estimada registrada en el mercado publicitario se situó en un volumen de 11.078,2 millones de euros, representando un crecimiento del 5,9% sobre los 10.461,3 millones de euros que se alcanzaron en el año 2013.

La inversión real estimada en medios convencionales obtuvo 4.532,9 millones de euros durante el año 2014, representando un crecimiento del 6,4% respecto a la registrada el año anterior. Después de un periodo de contracción de 3 años, el 2014 presenta

---

<sup>22</sup> Estos resultados revelan como a día de hoy no existe ningún otro medio de comunicación que esté experimentando un crecimiento tan significativo.

<sup>23</sup> ASOCIACION EUROPEA DE PUBLICIDAD INTERACTIVA: *Estudios Mediascope Europe 2010*, <http://recursos.anuncios.com/files/340/66.pdf>, 2010.

<sup>24</sup> MEDIA SCOPE: *El estudio de Calidad de los Medios de Comunicación en España*, <http://www.grupoconsultores.com/spa/files/mediascope09.pdf>, 2009.

<sup>25</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid (Iustel), 2005, págs. 107-121.

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ DEL BOSQUE, I., SUÁREZ VÁZQUEZ, A. y GARCÍA DE LOS SALMONES, M.M.: *Dirección publicitaria*, Barcelona (UOC), 2008, pág. 148.

<sup>27</sup> PRICEWATER-HOUSECOOPERS: *Global Entertainment and Media Outlook*, <http://kc3.pwc.es>, 2009.

una tendencia de crecimiento (que no sucedía desde 2010), mostrando todos los medios convencionales un aumento de sus cifras de negocio exceptuando los diarios que sufre una caída del -1,0% y de los dominicales con un descenso en el volumen de inversión del -2,6%.

Los medios no convencionales registran en 2014 el 59,1% de la inversión total, con 6.545,2 millones de euros invertidos en el ejercicio, cifra un 5,6% superior que los 6.200,3 millones registrados en el 2013.

<b>INVERSIÓN REAL ESTIMADA (en millones de euros)</b>							
Todos los medios - años 2010 / 2011 / 2012 / 2013 / 2014							
<b>MEDIOS CONVENCIONALES</b>		<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>%14/13</b>
<b>Cine</b>	<b>Cine</b>	24,4	25,8	22,5	20,2	26,2	29,5
<b>Diarios</b>	<b>Diarios</b>	1.124,4	967,0	766,3	662,9	656,3	-1,0
<b>Dominicales</b>	<b>Dominicales</b>	72,2	67,1	52,0	38,7	37,7	-2,6
<b>Exterior</b>	Carteleras	65,1	59,2	52,2	45,0	45,5	1,3
	Lonas	14,2	12,7	12,1	8,8	8,2	-6,4
	Luminosos	15,0	13,5	10,9	9,5	10,0	5,7
	Mobiliario (exterior + interior + cabinas)	198,1	184,1	155,6	147,0	148,9	1,3
	Monopostes	21,9	20,1	18,1	17,9	16,6	-7,2
	Transporte	88,2	88,5	70,7	47,7	55,4	16,3
	Otros	18,3	16,7	6,8	6,2	6,6	7,7
	<b>Total Exterior</b>	<b>420,8</b>	<b>394,8</b>	<b>326,3</b>	<b>282,0</b>	<b>291,4</b>	<b>3,3</b>
<b>Internet<sup>(1)</sup></b>							
<b>Fijo</b>	Enlaces patrocinados	417,2	459,9	462,5	487,7	510,0	4,6
	Formatos gráficos <sup>(2)</sup>	381,7	419,6	372,8	340,2	361,0	6,1
<b>Móvil</b>	Formatos gráficos <sup>(2)</sup>		19,7	45,2	68,4	85,5	25,0
	<b>Total Internet</b>	<b>798,8</b>	<b>899,2</b>	<b>880,5</b>	<b>896,3</b>	<b>956,5</b>	<b>6,7</b>
<b>Radio</b>	<b>Radio</b>	<b>548,5</b>	<b>524,9</b>	<b>453,5</b>	<b>403,6</b>	<b>420,2</b>	<b>4,1</b>
<b>Revistas</b>	Inform. general., femeninas, ... <sup>(3)</sup>	218,8	213,6	183,1	148,3	152,2	2,6
	Otras	179,0	167,5	130,6	105,5	102,0	-3,4
	<b>Total Revistas</b>	<b>397,8</b>	<b>381,1</b>	<b>313,7</b>	<b>253,9</b>	<b>254,2</b>	<b>0,1</b>
<b>Televisión</b>	Canales de pago	65,0	60,2	43,1	43,6	59,3	36,0
	TV. autonómicas <sup>(4)</sup>	272,6	198,0	126,8	120,4	128,7	---
	TV. locales	5,5	2,0	1,5	1,3	1,3	4,0
	TV. nacionales en abierto	2.128,8	1.977,0	1.643,9	1.538,1	1.701,1	10,6
	<b>Total Televisión</b>	<b>2.471,9</b>	<b>2.237,2</b>	<b>1.815,3</b>	<b>1.703,4</b>	<b>1.890,4</b>	<b>11,0</b>
<b>SUBTOTAL MEDIOS CONVENCIONALES</b>		<b>5.858,8</b>	<b>5.497,1</b>	<b>4.630,0</b>	<b>4.261,0</b>	<b>4.532,9</b>	<b>6,4</b>

Fuente: Estudio Infoadex de la Inversión Publicitaria en España 2017.

MEDIOS NO CONVENCIONALES	2010	2011	2012	2013	2014	%14/13
Actos de patroc., mecenaz., mark. social y RSC	537,3	486,8	397,7	404,5	465,9	15,2
Actos de patrocinio deportivo	465,6	420,9	335,0	314,9	325,9	3,5
Animación punto de venta	62,1	68,7	70,9	73,6	71,8	-2,4
Anuarios, guías y directorios	387,8	171,4	156,3	148,5	145,5	-2,0
Buzoneo / folletos	791,3	717,7	641,6	595,4	569,2	-4,4
Catálogos	112,5	55,6	49,3	49,3	50,5	2,3
Ferias y exposiciones	86,1	72,2	64,2	66,3	69,2	4,3
Juegos promocionales off line	39,3	30,9	27,9	26,5	24,6	-7,2
Mailing personalizado	1.971,3	1.914,1	1.881,6	1.900,4	1.953,6	2,8
Marketing móvil (mensajería, advergaming, apps y otros) <sup>28</sup>	22,0	36,6	30,2	25,0	28,1	12,5
Marketing telefónico	1.103,1	1.140,6	1.157,7	1.180,8	1.336,7	13,2
P.L.V., merchandising, señalización y rótulos	1.263,7	1.276,3	1.285,3	1.300,7	1.390,4	6,9
Public. de emp.: revistas, boletines, memorias	25,3	22,7	22,1	21,8	22,3	2,3
Regalos publicitarios off line	125,2	113,5	80,1	62,7	58,4	-6,9
Tarjetas de fidelización off line	41,8	28,0	28,9	29,7	32,9	10,8
<b>SUBTOTAL MEDIOS NO CONVENCIONALES</b>	<b>7.034,3</b>	<b>6.555,9</b>	<b>6.228,8</b>	<b>6.200,3</b>	<b>6.545,2</b>	<b>5,6</b>
<b>GRAN TOTAL</b>	<b>12.893,1</b>	<b>12.053,0</b>	<b>10.858,8</b>	<b>10.461,3</b>	<b>11.078,2</b>	<b>5,9</b>

Fuente: Estudio Infoadex de la Inversión Publicitaria en España 2017.

### III.- El ámbito publicitario en el comercio electrónico

El concepto de “publicidad”<sup>28</sup> integra un conjunto de términos, por lo tanto lo debemos delimitar en el ámbito que procedemos a analizar, es decir, en el comercio electrónico. A tal efecto, utilizaremos como referencia la acepción de “publicidad comercial”.

El art. 2 de la LGP define “publicidad” 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 refiere esta disposición a la publicidad comercial, es decir, la publicidad de carácter económico<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> La actividad publicitaria supone un factor clave del desarrollo económico ya que afecta los criterios de referencia empleados en el estudio de los resultados de las empresas. En lo que respecta al significado de publicidad: VEGA VEGA, J.A.: “La contratación publicitaria: normas generales”, *Tratado de Derecho de la Competencia y la Publicidad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, págs. 1983-1986.

<sup>29</sup> Junto a la publicidad comercial, debemos destacar la existencia de la publicidad institucional, regulada en la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional (LPCI). Publicado en *BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 2005. Se trata de una modalidad emitida de forma no gratuita por los órganos públicos, más concretamente, por el Estado o las Administraciones públicas y contratada con los medios de comunicación social. El art. 1.2 de la dicha ley dispone *que no será de aplicación a las campañas de carácter industrial, comercial o mercantil que desarrollen los sujetos enumerados en el*

La definición a la que venimos haciendo referencia se refiere tanto a la publicidad directa, cuyo fin es lograr un aumento en la demanda, como a la indirecta conocida como “publicidad institucional privada”, que mantiene un carácter más social ya que se vincula con el patrocinio publicitario comercial cuyo objetivo es destacar la labor social de su empresa y no las características de los bienes y servicios ofertados<sup>30</sup>.

Ahora bien, el concepto de publicidad regulado en la LGP es análogo a la definición ofrecida en el art. 2 a) de la Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa<sup>31</sup>. En lo que respecta al propio concepto de “comunicación comercial”, ha de tratarse de una comunicación, es decir, la difusión de un mensaje. El contenido de este mensaje debe ser comercial, refiriéndose aquí a toda modalidad de actividad de contenido económico así como las ejecutadas profesionalmente en el mercado.

La propia LSSICE en la letra f) de su Anexo, establece el concepto de “comunicación comercial” así como su ámbito de aplicación. Sin embargo, en concordancia con la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, su ámbito de regulación no es absoluto, remitiendo por ello el artículo 19 a la normativa propia y a la legislación vigente en el ámbito del comercio y de la publicidad.

Al hilo de lo planteado en el párrafo anterior, debemos excluir<sup>32</sup> de comunicación comercial los datos elaborados por un tercero que no conlleven una contraprestación

---

*apartado anterior en el cumplimiento de los fines que les son propios.* Con la entrada en vigor de la LPCI se han precisado las fuentes normativas en lo que respecta a la adjudicación de contratos publicitarios. Esta normativa se complementa en cada caso con las disposiciones de análogo contenido relativo a las CC.AA.

<sup>30</sup> En materia de comunicaciones comerciales debemos mencionar la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Publicado en *BOE* núm. 79, de 1 de abril de 2010. Se reconoce en el art. 16 el derecho al patrocinio de los prestadores de servicios de la comunicación audiovisual, exceptuando “programas de contenido informativo de actualidad”.

<sup>31</sup> La Directiva 2006/114/CE, 12 diciembre (publicada en *DOUE* núm. 376, de 27 de diciembre de 2006), deroga la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa, cuya definición sobre publicidad es coincidente. En el art. 2.a) se establece que la publicidad es *toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones.*

<sup>32</sup> SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A.J.: “Publicidad en Internet mediante nombres de dominio e indicadores de hipertexto”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 34, 2014, págs. 7-14.

económica, este es el caso de la dirección de correo electrónico y el nombre de dominio<sup>33</sup> por tratarse de acto informativo y no publicitario<sup>34</sup>.

#### **IV.- Prácticas ilícitas frecuentes en las redes**

Al margen de los actos ilícitos que pueden darse en cualquier modalidad de publicidad y, teniendo en cuenta el análisis que venimos haciendo de las comunicaciones comerciales, nos centraremos ahora en las actuaciones que en las redes perjudican a la libre competencia y a la protección de los consumidores<sup>35</sup>.

*Spam*: Técnica de marketing consistente en el envío indiscriminado de e-mails, SMS o MMS a miles de direcciones o números de teléfono de particulares. La eficiencia de esta técnica publicitaria es muy elevada pues a muy bajo coste se logra una cobertura publicitaria muy grande<sup>36</sup>.

Los países con legislaciones menos protectoras en la protección de datos personales como puede ser Estados Unidos favorecen la evolución del *spamming*. De hecho, existen empresas cuya actividad consiste en gestionar los datos personales de los usuarios bien para promocionar<sup>37</sup> productos, bien para su venta.

Las ventajas que el *spammer* (remitente) logra con esta técnica son:

---

<sup>33</sup> STJUE 11 julio 2013, Asunto C-657/2011 (Belgian Electronic Sorting Technology NV contra Bert Peelaers). La evidencia de esta resolución es evidente puesto que el TJUE resuelve la cuestión prejudicial vinculada con la interpretación del concepto de "publicidad" en la Directiva 84/450. Tomamos como referencia el litigio entre una empresa y un particular fundador de una empresa que también es parte, en relación con el registro y la utilización de ésta última del nombre de un dominio de Internet y de la utilización por dicha sociedad de indicadores de hipertexto. El Tribunal manifiesta que el término "publicidad" integra, en una situación como la controvertida en el asunto principal, el uso de un nombre de dominio y el de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet. Sin embargo, no abarca este concepto el registro, como tal, de un nombre de dominio.

<sup>34</sup> VEGA VEGA, J.A.: *Derecho mercantil electrónico*, cit., pág. 284. "En todo caso, no se requiere que medie una retribución directa, sino que podría bastar que el servicio constituyera para el prestador una actividad económica con ánimo de lucro, en la que podría englobarse la actividad publicitaria o el patrocinio<sup>34</sup>. De acuerdo con estas ideas, es decir, al no tener un carácter oneroso directo ni estén fundamentadas en la intención de obtener una promoción económica, es lógico que haya que excluir tales comunicaciones del régimen de la publicidad".

<sup>35</sup> CAMACHO PEREIRA, C.: *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario, integración de la publicidad en el contrato*, Madrid (Aranzadi), 2012, págs. 54-58.

<sup>36</sup> LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: "La protección del consumidor en el entorno digital", en AA.VV. (GARCÍA MIRETE, C.), *Derecho TIC*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, págs. 246-247.

<sup>37</sup> VEGA VEGA, J.A.: *Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual*, Madrid (Reus), 2002, págs. 218-219.



- Selección concreta de destinatarios a través de listados de personas permitiendo una mayor efectividad en la ejecución de campañas publicitarias.
- Al tratarse de un mensaje personal como regla general suele leerse.

En el ámbito europeo<sup>38</sup>, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho a la intimidad frente a la perturbación ocasionada por esta técnica: *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*. El e-mail es un dato personal por lo que su obtención debe hacerse de conformidad con la legislación en la materia. Dicha legislación viene establecida en las Directivas 2000/31 y 2002/58 sobre privacidad y las comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/136.

En relación con las comunicaciones no solicitadas, el art. 13.1 de la Directiva 2002/58 dispone que: *Sólo se podrá autorizar<sup>39</sup> la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo*.

En todo caso, el prestador de servicios ha de facilitar procedimientos que de una forma rápida y eficaz permitan al usuario ejercer su derecho de revocación en lo que respecta al consentimiento prestado para recibir comunicaciones comerciales<sup>40</sup>. En este sentido, el art. 13.3 (art. 20.4 L. 34/2002) prohíbe la ocultación de identidad del prestador de bienes y servicios en el envío de mensajes electrónicos con fines de venta directa.

Enlaces abusivos (links) o hipervínculos<sup>41</sup>: Supone la recepción involuntaria de mensajes publicitarios por parte del destinatario mientras visita sitios Web. Esta recepción

---

<sup>38</sup> MARTÍNEZ SALCEDO, J.C.: “Derecho comunitario europeo sobre publicidad y su transposición al derecho español”, *Revista Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, núm. 29, 2016, págs. 108-110.

<sup>39</sup> Sin embargo, la limitación del art. 13 de la Directiva 2002/58 (Publicado en DOUE núm. 201, de 31 de julio de 2002) no operará cuando el envío de la comunicación proceda de una relación contractual previa en la que el prestador lícitamente obtenga la identificación del consumidor para enviar información comercial vinculada con productos similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente (art. 13.2/art. 21.2 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Publicado en *BOE* núm. 166, de 12 de julio de 2002).

<sup>40</sup> En España se establece que si la comunicación se envía mediante correo electrónico, la revocación debe poder enviarse por ese mismo medio (art. 21.2 y 22 L.34/2002).

<sup>41</sup> Mediante el mecanismo de hipervínculo o hipermedio, algunos propietarios de sitios Web logran un gran volumen de su beneficio comercial empleando enlaces para provocar la navegación sobre páginas ajenas.

inconsciente puede ser aislada o en base a una referencia que habilite accesos preferentes, en los cuales el usuario suele captar la existencia de dicha publicidad.

Metanames, banners y cookies: Estas acciones no solo vulneran normas publicitarias perjudicando a los competidores sino que además puede derivar en competencia desleal.

Metanames: Se fundamenta en un lenguaje no reconocido por los usuarios<sup>42</sup> pero sí por los ordenadores mediante unos conceptos conocidos como “metatags” o “metanames”, que los buscadores vincularan a determinadas Webs. Se trata de una publicidad engañosa y por lo tanto ilícita. El art. 8.3 del Código Ético de Publicidad en Internet<sup>43</sup> prohíbe<sup>44</sup> estos nombres ocultos en los códigos de fuentes.

Banners: Se vinculan con el problema de la identificación de la publicidad. Es un programa informático integrado por gráficos, imágenes, textos cuya combinación permite al navegante o usuario de la red acceder al sitio de una anunciante donde se ubican los bienes o servicios ofertados. El usuario se suele ver atraído por los aspectos estéticos del programa que al mismo tiempo pueden dificultar la navegación ocasionando gastos de tiempo y dinero. En ocasiones, son empleados a modo de estafa generando fraudes a través de las tarifas telefónicas de conexión a la red. Existe un aspecto sobre el que merece la pena incidir y es la infracción del principio de publicidad en el supuesto de que se oculte la publicidad emitida desviando al consumir sin que este sea consciente.

Cookies: Instrumentos que permiten obtener las rutas de navegación de un usuario e indirectamente sus gustos comerciales<sup>45</sup>, permitiendo al titular de los datos negociar con

---

<sup>42</sup> STABILE, S.: *La pubblicità nel cyberspace fra business, etica e autodisciplina*, Milano (Egea), 1999, pág. 172.

<sup>43</sup> El Código Ético sobre Publicidad en Internet de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, como norma de autorregulación, fue aprobado el 14 de abril de 1999. El Código Ético de Confianza Online, presentado el 28 de noviembre de 2002, entró en vigor en enero de 2003. Su última versión de febrero de 2015 incorpora las modificaciones introducidas por la Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones (publicado en *BOE* núm. 114, de 10 de mayo de 2014) y la Ley 3/2014 de 27 de marzo por la que se modifica el TRLGDCU (publicado en *BOE* núm. 76, de 28 de marzo de 2014) y otras leyes complementarias aprobadas por R.D. Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre (publicado en *BOE* núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

<sup>44</sup> MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *Problemática jurídica de la publicidad en Internet*, Madrid (La Ley), 2001, págs. 257-258.

<sup>45</sup> RIBAS ALEJANDRO, J.: “Marketing y publicidad en Internet”, *Boletín Oficial de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 28, 1999, pág. 22. Define esta práctica como “pequeños ficheros de datos que se generan

empresas la transmisión de esta información creando campañas publicitarias concretas destinadas a posibles consumidores. El tráfico de estos datos sin autorización del titular constituye una vulneración del derecho a la intimidad infringiendo así la normativa de protección de datos. Es posible el uso lícito de las *cookies* siempre que el usuario manifieste su consentimiento de forma expresa.

## **V.- Comunicaciones comerciales por vía electrónica**

### **1.- Principios de la normativa española**

La legislación española relativa a las comunicaciones comerciales por vía electrónica, y más específicamente la vigente LSSICE asienta los siguientes principios:

Identificación: Las comunicaciones comerciales vía electrónica deberán ser identificables con facilidad en los siguientes términos:

- El destinatario ha de ser consciente de la recepción de una comunicación sin ningún tipo de complejidad.
- Identificación de la persona física o jurídica que emite la comunicación. Esta identificación en ocasiones puede que no sea clara, si por ejemplo, media una agencia de publicidad.
- Identificación con nitidez de ofertas o promociones comerciales<sup>46</sup> (descuentos, premios y regalos).
- Identificación de concursos o juegos promocionales.

Información: Los destinatarios del servicio y los órganos competentes tienen derecho a acceder de una forma transparente, gratuita y clara a los datos relativos a la

---

a través de las instrucciones que los servidores web envían a los programas navegadores, y que se guardan en un directorio específico del ordenador del usuario”.

<sup>46</sup> A tenor de la disposición adicional primera de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (publicado en BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2009), *a partir de la entrada en vigor de esta Ley no se exigirá la autorización administrativa previa para la organización, celebración y desarrollo de combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales, cualquiera que sea la fórmula de loterías o juegos promocionales que revistan, incluidos los establecidos en el artículo 20 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, siempre que la participación del público en estas actividades sea gratuita y en ningún caso exista sobreprecio o tarificación adicional alguna cualquiera que fuere el procedimiento o sistema a través del que se realice.*

identidad, normas de conducta y situación registral o profesional propios del prestador de servicios.

- Deber de colaboración: En el supuesto de que las comunicaciones comerciales no cumplan la legislación vigente, el prestador de servicios está obligado a cooperar con la Administración competente en la suspensión de determinadas materias.
- Claridad: Las ofertas relativas a promociones, juegos y concursos deben ser nítidas y accesibles, así como todas sus condiciones.
- Legalidad<sup>47</sup>: Se prohíben las ofertas, promociones o concursos ilícitos por vulnerar la legislación estatal en materia de publicidad, comercial o protección de datos de carácter personal.
- Adecuación a códigos de conductas: A pesar de que la vinculación a estos códigos no es obligatoria, se pretende la adhesión a los mismos con el objetivo de proteger a los destinatarios así como eliminar contenidos ilícitos.
- Prohibición del *spam*: Consiste en vedar comunicaciones comerciales no solicitadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica similares. Constituye una autorización tácita por parte del destinatario las comunicaciones comerciales no deseadas producidas en el seno de una relación comercial preexistente.

## **2.- Condiciones exigidas y derechos que asisten a los destinatarios**

La LSSI en su artículo 20 refleja los requisitos que han de concurrir en las comunicaciones comerciales por vía electrónica, es decir, correos electrónicos, SMS, MMS o cualquier otra modalidad de comunicación comercial que se realice online.

Los requisitos son los siguientes:

---

<sup>47</sup> Resolución de 16 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol. Estima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable la empresa Dipana Cultural, S.L. La Sección estimó la reclamación declarando que la publicidad infringía la norma 2 (principio de legalidad) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL: “La publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”.

- Facilidad y transparencia a la hora de identificar la publicidad online como tal.
- La persona física o jurídica en nombre de la cual se realiza la publicidad ha de ser identificada con claridad.
- Las condiciones exigidas deben abordar no solo lo previsto en el precepto mencionado sino también la regulación establecida por las CCAA con competencias exclusivas sobre consumo.
- Se prohíben las comunicaciones comerciales online que estimulen a los destinatarios a acceder a contenidos Web que vulneren lo previsto en el artículo 20 LSSI o que dificulte la identidad del anunciante.

La LSSI en su artículo 21 hace mención al *spam* o comunicación comercial no deseada. Si bien es cierto que inicialmente se utilizó el término “*spam*” para referirse exclusivamente al correo electrónico comercial no deseado, es a través de la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) de 29 de septiembre de 2008 donde se define este concepto: *todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo, se entiende por spam cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa.* Podemos afirmar por lo tanto, que *spam* puede ser un correo electrónico, un MMS, un SMS o cualquier otro sistema de mensajes.

Condiciones exigidas dependiendo del supuesto de hecho:

- Se exige consentimiento, solicitud o autorización expresa del destinatario de la comunicación comercial por Internet para el envío de la misma.
- Se requiere consentimiento presunto del destinatario para el envío de una comunicación comercial online en los siguientes casos:
  - El anunciante cumpla la LOPD a la hora de obtener los datos de contacto del destinatario.
  - Exista relación contractual previa destinatario-anunciante.
  - El envío de comunicaciones comerciales por parte del destinatario incida sobre productos de su empresa similares a los obtenidos previamente por el consumidor.
- En cualquier caso, el destinatario de la comunicación comercial tiene derecho a :

- Negarse a la utilización de sus datos con objetivos comerciales a través de un procedimiento sencillo y gratuito. Esta opción ha de ser posibilitada por el anunciante tanto en el momento de recoger sus datos personales como en cada una de las comunicaciones comerciales enviadas al destinatario.
- Revocar su consentimiento (ya sea expreso o tácito) mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

Como he mencionado en los párrafos anteriores, el medio de revocación u oposición para el envío de comunicaciones comerciales ha de ser sencillo y gratuito. Esto significa que debe estar integrado por una *dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse* el derecho aludido, no permitiéndose por lo tanto el envío de comunicaciones comerciales que carezcan de la pertinente dirección electrónica.

### **3.- Tratamiento de datos personales con fines publicitarios**

A fin de analizar adecuadamente este apartado, han de tenerse claros algunos conceptos:

Así, en primer lugar, el artículo 3 letra a) LOPD comienza definiendo el término “dato de carácter personal”, esto es, toda información relativa a personas físicas identificadas o identificables.

En segundo lugar, debemos aludir al concepto de “fuente accesible al público” reflejado en la letra j) del art. 3 LOPD, estableciendo que se trata de *ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación*. Estas fuentes se delimitan en el art. 7 del Reglamento de protección de datos y están constituidas por: el censo promocional, repertorios telefónicos, listas de personas pertenecientes a grupos profesionales, diarios y boletines oficiales así como los medios de comunicación. Finalmente, la AEPD a través del informe 342/2008 ha concluido que el Internet (y por lo tanto las redes sociales) no es fuente de acceso al público.

Una vez aclarados los conceptos anteriores, procedemos a analizar las exigencias de legalidad que ha de reunir el tratamiento personal con fines publicitarios:

- En el supuesto de que los datos personales de los destinatarios de la publicidad comercial estén integrados en una fuente accesible al público, no se exigirá el consentimiento de aquéllos para su utilización. Sin embargo, el anunciante deberá informar en cada comunicación del medio que ha permitido la obtención de dichos datos, los derechos de los destinatarios de la publicidad comercial así como la identidad del sujeto que gestionará los datos.

- En el caso de que los datos personales de los destinatarios de la publicidad comercial no formen parte de una fuente de acceso público, se exigirá el consentimiento de los destinatarios para su utilización.

- Si los destinatarios se negaran (previa petición y sin gastos) a la utilización de sus datos personales, serán dados de baja del tratamiento y se anularán las informaciones que les afectan mediante simple solicitud.

Para finalizar este apartado relativo al tratamiento de datos personales con fines publicitarios no debemos obviar el envío masivo de comunicaciones comerciales online.

Se trata de una práctica agresiva en relación con los consumidores y usuarios regulada en el art. 29.2 de la LCD, objeto de sanción tanto por la LCD como por la LSSI y la LOPD.

Esta práctica desleal, consiste en el envío de informaciones no deseadas y reiteradas a través de cualquier medio de comunicación a distancia, exceptuándose los casos en los que se pretenda el cumplimiento por parte del destinatario de una obligación contractual.

El consumidor o usuario tiene derecho a manifestar su oposición respecto de las comunicaciones comerciales a través de medios aportados por el empresario. Para garantizar el cumplimiento de este derecho, en el caso de que las propuestas sean emitidas por vía telefónica se exigirá que sean llevadas a cabo mediante un número de teléfono identificable.

## **VI.- Protección del consumidor en el entorno digital**

En primer lugar, debemos poner de manifiesto como los prestadores de servicios de Internet (PSI) destinan la mayor parte de sus actividades a consumidores y usuarios<sup>48</sup>. Es decir, sujetos que celebran contratos con un fin privado, al margen de su actividad profesional. En esta línea, nos encontramos ante el sector del comercio electrónico denominado *Business to Consumer (B2C)*<sup>49</sup>.

Dentro de esta perspectiva, la posición de debilidad del consumidor<sup>50</sup> en las transacciones con el empresario se evidencia a partir de los siguientes motivos:

- El empresario cuenta con unos recursos económicos que un particular carece para afrontar un proceso judicial.
- El consumidor carece de poder de negociación. El profesional fija las condiciones del contrato mientras que el consumidor<sup>51</sup> tan solo puede aceptar o no dichos términos, pero en ningún momento solicitar una modificación en atención a sus intereses particulares.
- A diferencia del empresario, el consumidor presenta mayor vulnerabilidad respecto de la publicidad engañosa y falta de información necesaria para celebrar un contrato con determinadas garantías de seguridad.

---

<sup>48</sup> TATO PLAZA, A.: “La protección de las creaciones publicitarias”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2017, pág. 5.

<sup>49</sup> El régimen jurídico de estos contratos es diferente al tratamiento que reciben los contratos celebrados entre empresarios (B2B). En el entorno europeo, disponemos de los siguientes mecanismos aplicables a los contratos B2C: Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores. Publicado en DOUE núm. 304, de 22 de noviembre de 2011; Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico. Publicado en DOUE núm. 178, de 17 de julio de 2000; Directiva 99/44 sobre garantías sobre bienes de consumo. Publicado en DOUE núm. 171, de 7 de julio de 1999; Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas. Publicado en DOUE núm. 95, de 21 de abril de 1993; Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales. Publicado en DOUE núm. 149, de 11 de junio de 2005; En el sector de los servicios financieros existe la Directiva 2002/65 sobre la comercialización a distancia de servicios financieros. Publicado en DOUE núm. 271, de 9 de octubre de 2002. Las directivas mencionadas se incorporan al Derecho español en el RDL 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Publicada en *BOE* núm. 287, de 20 de noviembre de 2007. Esta norma sufre una importante modificación con la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Publicada en *BOE* núm. 76, de 28 de marzo de 2014; y en la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Publicada en *BOE* núm. 166, de 7 de diciembre de 2002. Asimismo, debemos hacer mención a la LCD, LGP y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Publicado en *BOE* núm. 166, de 12 de julio de 2007.

<sup>50</sup> Esta necesidad de protección a los consumidores se precisa imponiendo obligaciones a los profesionales, limitando la autonomía de la voluntad contractual y creando derechos irrenunciables para los consumidores.

<sup>51</sup> SAP Barcelona 26 junio 2014 (AC 2014\1457). Destaca en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios. Se anuncia al destinatario que ha ganado un premio de 18.000 euros, sin embargo, en letra pequeña dice todo lo contrario de lo que resulta del resto de la comunicación.



- Si bien es cierto que, en la mayoría de los casos el consumidor carece de conocimientos jurídicos para interpretar las cláusulas de un contrato, el profesional intentará redactarlo de modo que repercuta positivamente en sus intereses.

A continuación es conveniente mencionar a los motivos específicos del comercio electrónico:

- En el comercio electrónico se incrementa la dificultad para identificar al prestador de servicios.

- La normativa de protección al consumidor está ideada para consumidores de bienes tangibles, es por ello por lo que se emplean expresiones como “compraventa de bienes muebles corporales<sup>52</sup>”.

- El crecimiento exponencial de los contratos internacionales<sup>53</sup> de consumo que, debido a la expansión de Internet, los proveedores acceden a un mayor número de consumidores.

- Los bienes digitales descargados por los consumidores<sup>54</sup> en Internet se protegen a través de mecanismos DRM (medidas técnicas de protección y de gestión de los derechos de propiedad intelectual) cuya existencia se justifica por la necesidad de evitar que los bienes sean copiados ilícitamente respetando las garantías de las licencias contractuales.

- Los bienes digitales protegidos por DRM solo pueden ser utilizados por los usuarios en los dispositivos de la empresa que los distribuye o fabrica, desfavoreciendo a los intereses de los consumidores y a las empresas competidoras.

---

<sup>52</sup> Estos dos conceptos (compraventas y bienes muebles corporales) en ningún momento detallan si la protección que ofrecen afecta a contratos de licencia de usuario final- CLUF o EULA-, contratos relativos a bienes intangibles (programas de ordenador, videojuegos, *ebooks*, obras audiovisuales en mp3) y contratos de suscripción a servicios de descarga.

<sup>53</sup> Existen dos aspectos de los contratos internacionales de consumo que diferencian a los ya existentes: a) mayor complejidad para litigar en el extranjero; b) mayor nivel de inseguridad jurídica debido a la ignorancia del consumidor sobre la ley estatal que determina sus derechos.

<sup>54</sup> Los usuarios desconocen a menudo las restricciones de utilización de dichos bienes. En reiteradas ocasiones, se ven imposibilitados para llevar a cabo actos para los cuales, en principio, pueden considerarse legitimados. Este sería el caso de los actos cubiertos por una excepción al derecho de exclusividad o la utilización del bien en ciertos dispositivos o en varios dispositivos a la vez.

El *Stream of Commerce*<sup>55</sup> es una práctica realizada por el empresario, bien mediante la utilización de un sitio Web que permite a los consumidores la adquisición de bienes domiciliados en un país determinado, bien a través del envío de un e-mail publicitario a un consumidor<sup>56</sup> potencial cuyo domicilio se ubica en otro Estado. Debemos poner de manifiesto que los consumidores activos, es decir, los que contratan con un profesional traspasando las fronteras del Estado de su domicilio no disfrutarán de una plena protección del Reglamento comunitario.

Partiendo de los supuestos anteriores, podemos afirmar que a la luz de los arts. 17 a 19 del Reglamento 1215/2012 (Publicado en DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012), el consumidor se verá protegido mediante las normas especiales de competencia judicial cuando un empresario promueva la contratación a distancia en un Estado miembro mediante una página Web interactiva. No obstante, si esta página Web excluye la oferta en determinados países a través de declaraciones, los consumidores afectados<sup>57</sup> del Estado excluido no estarán protegidos por los artículos anteriores. En este último caso, aplicaríamos las normas generales del Reglamento en materia contractual.

### **CAPÍTULO III.- PUBLICIDAD ONLINE ENGAÑOSA**

#### **I.- Regulación, concepto y requisitos**

En lo que respecta a la regulación de la publicidad engañosa<sup>58</sup>, junto con las directivas comunitarias<sup>59</sup>, existe una ley nacional que no ha supuesto ningún obstáculo para que las CCAA hayan empleado la misma visión general para enfocar la materia. De este modo, la Ley española general de publicidad rige junto a la legislación autonómica

---

<sup>55</sup> CARRIZO AGUADO, D.: “La relación de causalidad como indicio justificativo de la actividad dirigida en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2016, págs. 311-313.

<sup>56</sup> HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A.: “La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario: cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *Estudios sobre consumo*, núm. 79, 2006, pág. 26.

<sup>57</sup> REYES LÓPEZ, M.J.: *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Madrid (La Ley), 2012, págs. 292-293.

<sup>58</sup> TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Algunos supuestos de publicidad engañosa”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 86, 2010, págs. 348.

<sup>59</sup> Directiva 84/450/CEE del Consejo de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Publicada en DOUE núm. 250, de 19 de septiembre de 1984. Modificada por la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Publicada en DOUE núm. 166, de 11 de junio de 1998. Modificada por la Directiva 97/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre, sobre publicidad comparativa. Publicada en DOUE núm. 290, de 23 de octubre de 1997.

(por ejemplo Ley 9/2000, de 7 de julio, de regulación de la publicidad dinámica en Cataluña, publicada en DOGC núm. 3189 de 24 de Julio de 2000 y BOE núm. 203 de 24 de Agosto de 2000).

Por otro lado, existen determinados sectores con una regulación específica con el fin de aportar una protección especial a los destinatarios de la publicidad. En este ámbito destacan productos<sup>60</sup> sanitarios<sup>61</sup>, tabaco<sup>62</sup>, alimentarios, vivienda, turismo; o mediante medios agresivos: televisión o espacios directos; o cuando el consumidor es el destinatario de la publicidad su protección se regirá por el art. 8 de la Ley General de Defensa del consumidor y usuarios.

En el ámbito comunitario, la publicidad engañosa se regula en la Directiva 84/450/CE, derogada por la Directiva 2006/114/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de Publicidad engañosa y comparativa<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Resolución de 6 de abril de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se estima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable la empresa Mundo Saludhogar S.L. La Sección estimó la reclamación declarando que la publicidad reclamada contravenía la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL en relación al Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

<sup>61</sup> STJUE 5 mayo 2011, Asunto C-316/09 (Caso MSD Sharp and Dohme). Una empresa farmacéutica difunde en una página Web información relativa a medicamentos sujetos a prescripción médica. En este caso debemos tener presente la prohibición de publicidad de los medicamentos que sólo puedan dispensarse con receta médica. No obstante, en materia de publicidad en productos biosanitarios el TEDH ha declarado que el margen de apreciación de los Estados miembros para establecer restricciones que no infrinjan la libertad de expresión resulta particularmente amplio, por ser mensajes parciales, criterio que se acentúa en la publicidad comercial por tratarse de mensajes mercantiles y estar integrada en un sector tan complejo y variable como el de la competencia desleal: DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Restricciones nacionales a la publicidad en Internet y Derecho de la Unión”, *Diario La Ley*, núm. 49, 2017, recurso electrónico.

<sup>62</sup> STJUE 4 mayo 2016, Asunto C-358/14 (Caso Polonia/Parlamento y Consejo). Prohibición de comercialización de productos del tabaco que tienen un aroma característico incluyendo los productos del tabaco que contienen mentol; STEDH 19 febrero 2015 (TEDH 2015\26) (Caso Ernest August Von Hannover contra Alemania).

<sup>63</sup> Resolución de 23 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se estima parcialmente la reclamación presentada por la mercantil Reckitt Benckiser España, S.L.U. contra una publicidad de la que es responsable la compañía Procter & Gamble España, S.A. La Sección estimó parcialmente la reclamación, declarando que la publicidad infringía las normas 14 (principio de veracidad), 21 (denigración) y 22 (comparaciones) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL. A la luz de la norma 3 del Código de Conducta Publicitaria, la publicidad ha de ser analizada en su conjunto, sin descomponer sus partes integrantes y atendiendo a la impresión global que genere en sus destinatarios; Resolución de 26 de enero de 2017 del Tribunal del Jurado. Se desestima la reclamación presentada por un particular contra una publicidad de la que es responsable la empresa Serimebel S.L. La Sección desestimó la reclamación declarando que no existía infracción del art. 3 del Código Ético de Confianza Online ni la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (Principio de veracidad).

Finalmente, en materia de regulación normativa, debemos destacar la alusión que en la Ley de mejora de la protección jurídica del consumidor 44/2006 de 29 de diciembre se hace respecto a la publicidad engañosa en el art. 1.3, cuando dice: *la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades y servicios será perseguida y sancionada como fraude.*

La publicidad engañosa es una modalidad de publicidad ilícita, junto con la desleal, subliminal o toda aquella que vulnere la dignidad<sup>64</sup> del individuo. El art. 2 B) de la Directiva 2006/114 define la publicidad engañosa<sup>65</sup> *como toda publicidad capaz de inducir a error<sup>66</sup> por su carácter engañoso pudiendo afectar al comportamiento económico de sus destinatarios así como lesionar los intereses de los competidores.*

No se exige un error efectivo, sino que la existencia de un peligro concreto de daño es suficiente para calificar una publicidad de “engañosa”. No es relevancia en este ámbito la existencia de pocas, muchas o ninguna reclamación por considerar la publicidad desarrollada como engañosa. Además, la doctrina ha considerado que, el carácter engañoso de la publicidad, no exige la contratación de las prestaciones objeto de la publicidad en cuestión.

A tenor del art. 5.1 de la Directiva 2006/114<sup>67</sup>, la legitimación activa para llevar a la práctica los mecanismos contra la publicidad engañosa corresponden a los Estados,

---

<sup>64</sup> SAP Málaga 22 diciembre 2016 (AC 2017\235). Nos encontramos ante un supuesto de publicidad vejatoria, donde la compañía RyanAir a través de la oferta: “Tarifas al rojo vivo ¡Y la tripulación!” induce a pensar de modo inequívoco que la tripulación está al rojo vivo, se acompaña de una foto de una mujer en bikini en postura cuando menos sensual, después se indica que se puede pinchar para ver el calendario de la tripulación, y ello acompañado del recuadro para reservar los vuelos.

<sup>65</sup> En la actualidad, existe cierto sector doctrinal especializado que afirma que la LGP subjetiviza la noción de engaño modificando la prohibición basada en el respeto de la verdad por la prohibición de la inducción a error procedente de la directiva comunitaria. En este sentido, se emplea el sentido de la verdad del consumidor medio para hablar de la visión subjetiva de la verdad.

<sup>66</sup> Resolución de 9 de febrero de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se desestima la reclamación presentada por un particular frente a una publicidad de la que es responsable la empresa Nestlé España S.A. La Sección desestimó la reclamación declarando que la publicidad analizada no infringía la norma 14 (publicidad engañosa) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL ni el art. 3 del Código Ético de Confianza Online: “la existencia de la promoción ha resultado debidamente acreditada. Dicho con otras palabras, el mensaje que se transmite en la publicidad reclamada y la información que en ella se vierte coinciden exactamente con la realidad, por lo que difícilmente puede inducir al consumidor medio a error alguno sobre un extremo esencial de la promoción ofrecida”.

<sup>67</sup> Art. 5.1 de la Directiva: *Los Estados miembros velarán porque existan los medios adecuados y eficaces para luchar contra la publicidad engañosa y con miras al cumplimiento de las disposiciones en materia de publicidad comparativa en interés de los comerciantes y de los competidores.* Estos “medios adecuados”

sin que ello derive en la exclusión de procedimientos judiciales, administrativos o la intervención de organismos autónomos. Asimismo, el Estado ostenta la legitimación para decidir si el tribunal o el órgano administrativo deben exigir la interposición de un recurso previo a otras alternativas para la resolución de reclamaciones. Igualmente, el Estado ha de determinar qué procedimiento se adoptará, bien la vía judicial, bien el sometimiento de la publicidad a una autoridad administrativa. Finalmente, los Estados miembros determinarán:

a) La utilización separada o conjunta de las vías legales contra varios empresarios de un mismo sector.

b) La posibilidad de proceder contra el responsable de un código si este promueve el incumplimiento de requisitos legales.

En aras de asegurar la protección del interés general, los tribunales y los órganos administrativos deben de estar facultados por los Estados miembros para imponer el cese de un acto de publicidad engañosa junto con las acciones judiciales adecuadas para lograrlo.

Al margen de lo planteado en los párrafos anteriores, la Directiva 2006 dispone que las apreciaciones para determinar si una publicidad es engañosa son:

-Las condiciones de suministro de bienes y servicios así como el modo de fijar su precio<sup>68</sup>.

-Disponibilidad, naturaleza, ejecución, fecha de fabricación, origen geográfico de los bienes o servicios.

-Características del anunciante: identidad, distinciones recibidas y derechos de propiedad intelectual, industrial o comercial.

## **II.-Tipología:**

### **1.- La publicidad engañosa en sentido estricto**

---

deben permitir proceder judicialmente contra esta publicidad así como someterla a una autoridad administrativa competente.

En todo caso, la Directiva de de 2005, divide las prácticas engañosas en acciones engañosas y omisiones engañosas. De este modo, el art. 6 de la Directiva califica de “engañosas”<sup>69</sup> toda práctica comercial que integre información que induzca a error o sea falsa, afectando así al consumidor medio<sup>70</sup>, a pesar de que el contenido publicitario sea verídico respecto de los elementos de la transacción.

- a) Información falsa e información susceptible de inducir a error. Dentro de las acciones engañosas<sup>71</sup> debemos distinguir: por un lado la difusión de información falsa, y por otro, la difusión de información que es susceptible de inducir a error<sup>72a</sup> a los consumidores a pesar de no ser falsa.

La información falsa<sup>73</sup> no se corresponde con la realidad y se origina por dos motivos: bien porque el anunciante declare que no se ajuste a la realidad, bien porque mencione que un hecho no se corresponde con la verdad. Si bien es cierto, que en ambos supuestos se requiere la afectación manifiesta en la conducta de los consumidores.

En función de lo establecido en la Directiva, no es imprescindible la veracidad de la información, sino la impresión provocada en el consumidor. De este modo, la

---

<sup>69</sup> OTERO LASTRES, J.M.: “Los eslóganes publicitarios en la jurisprudencia”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 282, 2011, págs. 7-28.

<sup>70</sup> Resolución de 9 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se desestima la reclamación presentada por un particular contra una publicidad de la es responsable Bankia, S.A. La Sección desestimó la reclamación, declarando que la publicidad reclamada no infringe la norma 10 (publicidad discriminatoria) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL. Este Jurado considera que un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, del conjunto del anuncio percibirá justo lo contrario a lo que la reclamante mantiene. Se trata de un anuncio en el que aparecen reflejados “un hombre y una mujer intercambiando opiniones sobre la conveniencia o no de adquirir un piso determinado, que esta tarea les corresponde a ambos, y que, como no podía ser de otro modo, los dos tienen derecho a exponer y defender sus opiniones, por más inverosímiles o absurdas que sean”.

<sup>71</sup> SAP Madrid 3 julio 2013 (AC 2013\2110). Publicidad engañosa.

<sup>72</sup> SAP Barcelona 18 diciembre 2013 (AC 2013\830). El tribunal detalla el procedimiento de interpretación de la publicidad para calificarla de engañosa: “La publicidad merece el reproche de engañosa si las afirmaciones, objetivamente falsas o no, son aptas para inducir a error a sus destinatarios. El engaño 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”.

<sup>73</sup> El art. 6 de la Directiva establece como condición en estos dos supuestos que la información pueda justificar la decisión adoptada por el consumidor en lo que respecta a una transacción que de otro modo no se habría efectuado. De esta forma, una información falsa no comprensible para el consumidor, difícilmente puede resultar engañosa.

calificación de engañosa ha de fundamentarse en la interpretación<sup>74</sup> realizada por los consumidores.

b) Extremos sobre los que debe versar la información falsa o susceptible de inducir a error

Los apartados a) a g) del art. 6 concretan las condiciones de falsedad o error determinantes del engaño. Además de los términos señalados en el art. 3.3 de la Directiva de 1981<sup>75</sup>, debemos contemplar otros extremos que se han incorporado con posterioridad: la naturaleza del proceso de venta, afirmaciones<sup>76</sup> que declaren que un producto o comerciante son objeto de un patrocinio, derechos del consumidor, alcance de los consumidores del comerciante y el origen de la práctica comercial.

c) Influencia en la toma de decisiones de los consumidores.

Por último, no es suficiente con la falsedad o la provocación de una impresión errónea<sup>77</sup> en el destinatario, sino que se requiere una apreciación más: la consecuencia de incentivar en el consumidor la adquisición de un producto, concretando las condiciones en las que se efectuará dicha transacción. Sobre la base de las ideas expuestas, esta fórmula aclara la licitud relativa a la exageración publicitaria: cuando una alegación no condiciona al consumidor para la toma de una decisión en una transacción no será engañosa, sino que constituirá una exageración publicitaria.

---

<sup>74</sup> SAP Guipúzcoa 26 junio 2014 (AC 2014\1749). La conducta de la demandada, con independencia de su intención última, no puede considerarse acorde con la buena fe.

<sup>75</sup> El art. 3.3 de la Directiva de 1981 dispone de los siguientes términos: *características de los bienes y servicios-tales como su naturaleza, disponibilidad, ejecución, composición-, el precio o su modo de fijación, resultados de las pruebas así como controles ejecutados.*

<sup>76</sup> STS 3 abril 2008 (RJ 2007\1757). Supuesto de publicidad engañosa en sentido estricto por contenido falso. El TS confirma la sentencia de primera instancia por la cual se declara “el carácter desleal de parte de la campaña de publicidad realizada por la sociedad Fuentes SA para promocionar los productos de “El Pozo” por haber difundido informaciones absolutamente incorrectas sobre el nivel de colesterol de los huevos que vienen a desacreditar la imagen de éstos en el mercado”.

<sup>77</sup> STS 25 abril 2006 (RJ\2006\2201); STS 5 octubre 2005 (RJ\2005\8755); STS 24 junio 2008 (RJ\2008\3232).

## 2.- La publicidad engañosa por confusión

El art. 6.2 a) de la Directiva de 2005<sup>78</sup> alude a la confusión<sup>79</sup> originada en torno al origen empresarial de los bienes y servicios. En esta línea, la generalidad de supuestos recogidos en la Directiva es originada por el empleo de la expresión “otras marcas distintivas” que, a pesar de su pésima traducción al castellano, el legislador europeo manifiesta la intención de proteger del riesgo de confusión, los signos distintivos no registrados<sup>80</sup>.

Si bien es cierto, que el hecho de no incluir de forma expresa el riesgo de asociación<sup>81</sup> en el art. 6.2 a), no ha de conllevar la exclusión de su ámbito de aplicación. En consecuencia, el riesgo de asociación es la posibilidad de que el consumidor crea que los bienes se originan en una misma empresa por tratarse de una ramificación en la producción o de que, existen relaciones económicas u orgánicas a pesar de que proceden de distintas empresas.

## 3.- La publicidad comparativa

---

<sup>78</sup> El precepto mencionado integra dentro de las acciones engañosas una modalidad de actuaciones que nuestro Ordenamiento Jurídico ha legislado mediante los preceptos destinados a combatir los actos de confusión (art. 6 de la LCD y art. 6 b) de la LGP).

<sup>79</sup> STS 4 julio 2005 (RJ\2005\5093). Sentencia relevante en el ámbito de la publicidad engañosa por confusión. En esta ocasión, se declara ilícita por confusión la publicidad de un programa de *software* de fútbol por ser una copia idéntica de la publicidad realizada previamente por una empresa competidora para promocionar su programa PC Fútbol: “El motivo tiene razón en su crítica a la sentencia recurrida por utilizar, como una de las razones de su fallo, el art. 11 LCD, ya que una imitación de la publicidad ajena no es propiamente «imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas», que es a lo que se refiere el art. 11. La actora no ha fundamentado su demanda en que el PC de las demandadas imita el suyo, sólo en la imitación de la publicidad ajena que beneficia la venta de aquéllas”; STJUE 11 julio 2013 2013\19), Asunto C-657/11, (Caso Belgian Electronic Sorting Technology); STEDH 13 julio 2012 (Caso Mouvement Raelien contra Suiza).

<sup>80</sup> Dentro del ámbito de los signos distintivos no registrados debemos aludir a las marcas, nombres comerciales y creaciones publicitarias.

<sup>81</sup> La idea de “riesgo de asociación” se incluyó en su momento con el objetivo de evitar una interpretación excesivamente estricta del riesgo de confusión, en él se introducirán los casos de riesgo de confusión en sentido estricto y el riesgo de confusión en sentido amplio, reflejados en la jurisprudencia de algunos ordenamientos europeos.



El art. 6.2 a) de la Directiva<sup>82</sup> dispone que se trata de un acto de comercialización<sup>83</sup> que puede ser engañoso por inducir a confusión<sup>84</sup>. En este caso es necesario aclarar que, independientemente de la probabilidad de sistematización, las condiciones de licitud<sup>85</sup> de esta publicidad se seguirán rigiendo por la Directiva 84/450/CEE. Si bien es cierto, que desde el punto de vista del consumidor<sup>86</sup>, queda asegurada su posibilidad de proceder contra las empresas que haciendo un uso inadecuado de esta conducta, pueden afectar a su comportamiento económico<sup>87</sup> en el mercado.

#### **4.- La publicidad engañosa sobre códigos de conducta**

A tenor del art. 6.2 b) de la Directiva, esta conducta constituye un incumplimiento por parte de los empresarios de los Códigos de Conducta, generando así un supuesto de

---

<sup>82</sup> En el ámbito de la publicidad comparativa a nivel europeo destacan las siguientes resoluciones: STJCE 19 abril 2007, Asunto C-381/05 (Caso De Landtsheer Emmanuel SA contra Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne Veuve Clicquot Ponsardin SA); STJCE 23 febrero 2006, Asunto C-59/05 (Caso Siemens AG contra VIPA Gesellschaft für Visualisierung und Prozeßautomatisierung mbH); STJCE 8 abril 2003, Asunto C-44/2001 (Caso Pippig Augenoptik GmbH and Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH).

<sup>83</sup> STS 15 febrero 2017 (RJ 2017\586). La publicidad efectuada a través de servicios de referenciación en motores de búsqueda es un supuesto de publicidad contextual incardinable conocido en la doctrina como «publicidad adhesiva» ya que se constituye en base a signos distintivos de productos o servicios de otro operador económico con el fin de poner de manifiesto la similitud de rasgos comunes entre éstos y los propios. La Directiva 2006/114/CE prohíbe la publicidad comparativa cuando se obtenga *indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores*.

<sup>84</sup> STS 22 febrero 2006 (RJ\2006\828). El TS considera que el mensaje publicitario difundido por una perfumería de Palma de Mallorca es desleal, comparativo y denigratorio. La parte demandada con el objetivo de fomentar la venta de sus productos anunciaba lo siguiente: «en fragancias y perfumes el nuevo Corte se queda corto... ante el gran recorte de siempre de Perfumerías Cañellas».

<sup>85</sup> AP La Rioja 27 febrero 2015 (AC 2015\648). Esta sentencia es relevante en materia de publicidad comparativa de precios en productos sobre registros de dominio de Internet y *hosting*: “La doctrina ha considerado que se habla en general de publicidad engañosa cuando se trata de una publicidad que provoca o que es susceptible de provocar error en las personas sobre las que se proyecta o a las que afecta, y está prohibida en la medida en que ese carácter engañoso puede determinar la conducta económica o en el mercado de consumidores y otros empresarios o profesionales así como causar perjuicio a otro competidor”.

<sup>86</sup> STJCE 8 febrero 2017, Asunto C-562/15 (Carrefour Hypermarchés SAS contra ITM Alimentaire International SASU). La relevancia de esta sentencia radica en el análisis que lleva a cabo sobre los criterios interpretativos necesarios para determinar si un acto de publicidad es engañoso por comparación. En este sentido, a tenor de lo dispuesto en el art.4 de la Directiva 2006/114/CE, en relación con el art. 7 de la Directiva 2005/29/CE podemos afirmar que en el supuesto de encontrarnos ante una publicidad controvertida como en el litigio principal será lícita siempre que los destinatarios (consumidores) sean informados de un modo claro y preciso en el anuncio publicitario de que la comparación ha sido efectuada entre los precios aplicados en los establecimientos de formatos superiores del grupo del anunciante y los aplicados en establecimientos de tamaños inferiores de los grupos competidores. En esta línea, se deberá tomar como referencia el criterio del consumidor razonablemente atento y perspicaz y normalmente informado así como las indicaciones contenidas en la publicidad.

<sup>87</sup> LEMA DEVESA, C.: “La publicidad engañosa y la publicidad comparativa en la Ley de Competencia Desleal”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 58, 2010, págs. 97-99.

publicidad engañosa. En todo caso, se exigen dos requisitos: por un lado, que haya asumido la obligación de respetar los códigos de una forma verificable, es decir, no es suficiente con que se haya manifestado el fin de cumplir sus normas; por otro lado, se debe de haber expresado tal vinculación en un acto comercial.

En relación con las implicaciones anteriores, en esta ocasión la acción engañosa es la vulneración del código en sí mismo. En síntesis, el incumplimiento debe motivar que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no se hubiera llevado a cabo a la práctica.

### **5.- La publicidad engañosa por omisión**

En virtud de lo dispuesto en la Directiva, se considera “engañosa por omisión”<sup>88</sup>, la ausencia total de información<sup>89</sup> sustancial<sup>90</sup> y la ocultación<sup>91</sup> de esa información<sup>92</sup>. Debemos poner de relieve que, en los supuestos en los que se difunde una información ininteligible, ambigua o en un momento inadecuado, no existirá omisión. En esta

---

<sup>88</sup> STS 30 Mayo 2011 (RJ 2011\3995). La importancia de esta sentencia se debe a la aclaración que la misma realiza sobre la publicidad engañosa por omisión, aclaración que la ley no alcanza en su articulado. En síntesis, no se comunica a un comprador la realidad fáctica, sino que se le oferta algo que todavía no se ha aprobado. La información requerida en la venta de un inmueble (vivienda) se estructura a través un conjunto de normas previas y posteriores al contrato. Esta información ha de ser precisa, obligando al empresario a adecuarse a la normativa publicitaria en vigor, en el supuesto relativo de las características físicas y jurídicas de la vivienda.

<sup>89</sup> Resolución de 6 de abril de del Jurado de Autocontrol. La Sección del Jurado desestima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable la empresa DZ Licores, S.L.U. La Sección afirmó que no existía vulneración de los arts. 6.2 y 7.2 del Código de Autorregulación la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE)-Licoreros Españoles. Se debe analizar si el anuncio reclamado cumple con los requisitos exigidos para la publicidad de bebidas alcohólicas en el art. 7.2 del Código de FEBE, el cual, como hemos visto, recoge la obligación de *incluir el mensaje de consumo responsable desarrollado por la propia industria, y que deberá ir acompañado, igualmente, de la mención a la graduación alcohólica del producto publicitado a la que se refiere*. Asimismo el art. 6.2 del Código de FEBE, según el cual *la publicidad que sea visualmente perceptible –salvo aquella en la que se difunda un patrocinio o publicidad corporativa, cuando no se promuevan productos o el consumo-, informará en un formato claramente legible por sus destinatarios sobre la graduación alcohólica de la bebida publicitada en las condiciones previstas en el artículo 7*.

<sup>90</sup> STS 25 abril 2006 (RJ 2006/2201). La presente resolución analiza la omisión de datos esenciales en esta modalidad de publicidad engañosa. La empresa Imeco-cajasalud ofrece con el carácter de coberturas de seguro, servicios odontológicos por precios que califica como “franquicias” y que pueden inducir a los asegurados a creer que son una parte del precio cuando, la valoración de la prueba, manifiesta en realidad se corresponde al precio total más una comisión del 5%, por lo tanto la empresa actúa como intermediaria en la prestación de servicios. En función de lo dispuesto en la LGP, la publicidad es engañosa cuando omite datos fundamentales relativos a los bienes y servicios, siempre que esta omisión derive en un error en la percepción de los destinatarios. En este sentido, el Estado está obligado a evitar el engaño en la publicidad, incluso cuando no hay pérdida real, intencional o no, del anunciante.

<sup>91</sup> Resolución de 6 de abril de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se desestima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable la empresa Diageo España, S.A. La Sección desestimó la reclamación declarando que no existía vulneración del art. 7.2 del Código de Autorregulación de Autorregulación de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE)-Licoreros Españoles. En este supuesto el mensaje objeto de reclamación menciona una concreta bebida alcohólica y algunas de sus características, sin incluir ni la leyenda apelando al consumo responsable ni la graduación alcohólica del producto.

<sup>92</sup> SAP Pontevedra 5 noviembre 2010 (AC 2010\26). En este caso, aparentemente se ofrece un plan de pensiones ligado a un tipo de interés del 8%, cuando lo cierto es que se trata de un plan de previsión asegurado donde el interés no es ordinario sino un «interés técnico»: interés en realidad del 1,75%. El apenas legible mensaje que explica el tipo de interés ofertado resulta equívoco. Se desconoce si ese 8% es, efectivamente, el tipo ciertamente sugerente para los contratos que se concluyan en un determinado lapso temporal o si, transcurrido dicho lapso el tipo de interés garantizado será el de 1,75% "durante 20 años" o si el 8% se garantiza solamente durante un plazo de tiempo determinado, durante el cuatrimestre de octubre a enero de 2008, como aparenta resultar a la vista del cuadro que se adjunta, incluido, según se afirma, en las condiciones particulares del contrato. La aclaración resulta confusa y, por ello, susceptible de generar error. “El interés técnico, en esta clase de producto, debe garantizarse durante toda la vida del contrato, no sólo durante un lapso temporal. Sí resulta posible establecer un tipo adicional, incluso en determinados tramos de la vida del contrato, pero nada de eso resulta de la información publicitada, donde en apariencia, el tipo es lineal en un 8% durante todo el contrato”.

situación, este supuesto se debía haber incluido en el ámbito de las “acciones engañosas” y no en las “omisiones engañosas”.

En relación con las implicaciones anteriores, esta modalidad de engaño gira en torno a la omisión de información sustancial<sup>93</sup> y, por lo tanto, no es necesaria una relación causa-efecto entre las conductas económicas de los consumidores y las falsas expectativas. A este respecto, para valorar si nos encontramos ante una omisión, debemos tener en cuenta las limitaciones de espacio o tiempo inherentes a los medios de difusión utilizados<sup>94</sup>.

## **6-. La publicidad engañosa *per se***

Con motivo de las modificaciones derivadas de la Ley 29/2009, la LCD incorporó un nuevo catálogo<sup>95</sup> de prácticas agresivas y engañosas consideradas prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios, sin que sea imprescindible la concurrencia de presupuestos requeridos para calificar como engañosa una actividad.

En relación al catálogo mencionado anteriormente, existen prácticas engañosas que además, pueden ser calificadas como agresivas<sup>96</sup>. A modo ejemplificativo, podemos citar las conductas reguladas en el apartado 12 del Anexo: *prohibición de hacer afirmaciones materialmente inexactas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro*<sup>97</sup> que supondría para la seguridad personal del consumidor o de su familia el

---

<sup>93</sup> Si bien es cierto que la Directiva concreta que, en cualquier caso, será información sustancial la que con carácter obligatorio se debe aportar a los consumidores en función de lo dispuesto en las Directivas comunitarias relacionadas en su Anexo II (viajes combinados, contratación de derechos de utilización de inmuebles en tiempo compartido, información de medicamentos, etc.).

<sup>95</sup> Aun teniendo en cuenta que el fin inicialmente era evitar la comprobación relativa a los requisitos de engaño, en realidad la generalidad de las prácticas reflejadas en el Anexo son incompatibles con la automaticidad de un juicio de deslealtad. El empleo de algunas expresiones como “intención de promocionar” o “sin revelar la existencia de motivos razonables” derivan en juicios de valor y no en enunciados irrefutables.

<sup>96</sup> STJUE 13 marzo 2014, Asunto C-52/13 (Caso Posteshop).

<sup>97</sup> Dictamen de 6 de abril de 2017. Se expresa el parecer de la Sección sobre la corrección deontológica de una publicidad de la que es responsable Securitas Direct España, S.A.U. La Sección entendió que la publicidad analizada no infringía la norma 5 (explotación del miedo) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL. Entrando ya en el fondo del asunto planteado, a la vista de los antecedentes expuestos, y del tenor y contenido de la reclamación que ha dado origen al presente Dictamen, esta Sección considera que la publicidad debe ser examinada a la luz de la norma 5 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (en adelante “el “Código de Autocontrol”). Dicha norma establece que *la publicidad no ofrecerá argumentos que se aprovechen del miedo, temor o supersticiones de los destinatarios. Los*

*hecho de que el consumidor no compre el producto.* Por otro lado, las conductas relatadas en el apartado 31 que prohíben generar una falsa impresión sobre la obtención de un hipotético premio o ganancia por parte del destinatario se incluirán como un supuesto de publicidad engañosa y no agresiva.

Adicionalmente, entre las prácticas engañosas en sí mismas destacan determinadas modalidades de imitación de productos, ciertas manifestaciones de publicidad encubierta, ofertas señuelo o la falsa afirmación<sup>98</sup> del periodo de disponibilidad de una oferta. Para concluir, debemos reseñar la relevancia de hipótesis de importancia subsidiaria como puede ser la ausencia de aviso del idioma en el que se prestará el servicio postventa, cuando su disponibilidad se ofreció en otro idioma.

## **7.- La exageración publicitaria**

La exageración publicitaria<sup>99</sup> constituye una práctica habitual en la práctica europea y española, siendo su objetivo evitar la indiferencia<sup>100</sup> en el consumidor que es involucrado en una influyente carga publicitaria. Los tres rasgos que caracterizan esta práctica son: la falta de seriedad en el destinatario; el hecho de formular una alegación comprobable y concreta; y por último, tener un núcleo verdadero.

---

*anunciantes podrán recurrir al miedo, siempre proporcionado al riesgo, para alentar un comportamiento prudente o desalentar acciones peligrosas, imprudentes o ilegales.*

<sup>98</sup> STS 13 octubre 2009 (RJ\2009\5567).

<sup>99</sup> SAP Barcelona 30 junio 2016 (JUR 2016\194768). Supuesto de exageración publicitaria, descartamos por lo tanto la existencia de publicidad engañosa: "Me encanta beber agua de excelente sabor, y también me gusta ahorrar dinero. La tecnología de filtración de Brita transforma el agua del grifo reduciendo el cloro, la cal y otras impurezas. Así de fácil y tan sólo por unos céntimos el litro. Brita ayuda además a reducir envases de plástico. Hagamos de nuestro mundo un lugar mejor. Brita, my water, my life". En el inicio del anuncio, durante pocos segundos, unas imágenes correspondientes a unas riberas de un río o de un lago en las que resulta la visión del agua; pocos segundos más tarde, y también durante pocos segundos más, una niña camina en dirección al agua a la que se dispone a arrojar una piedra. Hacia el final se puede observar a una supuesta ama de casa que, con gesto displicente, barre con la mano una gran cantidad de botellas vacías de plástico de agua tirándolas al suelo (de forma simultánea a la audición de la frase "Brita te ayuda a reducir envases de plástico"). En base a esta información, el tribunal considera que el anuncio no tiene como finalidad inducir a engaño o a error a los consumidores equiparando el agua mineral embotellada y el agua filtrada. En nuestra opinión, el anuncio se limita a exaltar las cualidades del producto publicitado y de sus ventajas o prestaciones frente a otras alternativas que puede ofrecer el mercado.

<sup>100</sup> Resolución de 11 de mayo de 2017 del Jurado de Autocontrol. La Sección desestima la reclamación presentada por un particular, contra una publicidad de la que es responsable Calvo Distribución Alimentaria, S.L.U. El Jurado concluye que nos encontramos ante una publicidad "presidida por un claro tono humorístico, desenfadado y exagerado y que, por esa razón, no traslada un mensaje objetivo y creíble al público al que se dirige que pudiera considerarse vejatorio para ninguna persona".

El problema al localizar<sup>101</sup> la exageración en la publicidad es concretar si el consumidor realmente aprecia esta exageración. Sin embargo, para localizar esta modalidad de publicidad, nos apoyaremos en las siguientes medidas:

-En primer lugar, el hecho de que el anuncio adopte forma de verso constituye un indicio de encontrarnos ante un contenido de carácter jocoso, gracioso<sup>102</sup> o cómico ya que no se tomará al pie de la letra por el destinatario.

-En segundo lugar, debemos prestar atención si en el anuncio se reitera la utilización de una determinada expresión.

-En tercer lugar, debemos analizar el sector económico<sup>103</sup> donde el anuncio es emitido.

-Finalmente, no podemos admitir que los anuncios emitidos en poderosos medios de comunicación sean interpretados en su literalidad, mientras que los anuncios difundidos en otros medios deban considerarse una exageración publicitaria. En la actualidad, pequeñas, medianas y grandes empresas emplearán medios de comunicación de masas, por lo que en ningún caso supondrá un criterio decisivo para localizar una exageración.

## **8.- Otros supuestos relacionados con el engaño: el tono excluyente y los testimonios**

Cabe decir que existen dos supuestos de engaño publicitario no abordados en la legislación pero que, sin embargo, han sido objeto de análisis por la doctrina. En este

---

<sup>101</sup> La doctrina alemana, a título orientativo y desde un punto de vista psicológico, dispone que existe exageración cuando el anuncio ocasione en el destinatario una sonrisa indulgente, sin que en ningún caso ocasione en el consumidor ningún tipo de reflexión ulterior.

<sup>102</sup> Resolución de 1 de febrero de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se desestima la reclamación presentada por un particular contra una publicidad de la que es responsable la empresa Media Saturn Admón España, S.A.U. La Sección desestimó la reclamación declarando que la publicidad reclamada: “no infringía la norma 7 (principio de no incitación a comportamientos ilegales) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL. El anuncio que nos ocupa se limita a vincular, en un tono claramente jovial, exagerado y humorístico, la tarjeta de descuentos que se promueve y que es de color negro con las conocidas tarjetas negras, y todo ello con el único fin de incrementar el atractivo de la publicidad gracias a su tono humorístico e irónico, sin incurrir en ningún momento en comportamiento alguno que pueda ser interpretado –siquiera sea lejanamente- como una incitación a comportamientos delictivos”.

<sup>103</sup> Debemos poner de relieve, que en el sector de los espectáculos, detergentes o de los productos de cosmética son comunes las exageraciones publicitarias. No obstante, en el sector de los medicamentos, en el ámbito financiero, inmobiliario o infantil no se podrá motivar la existencia de exageraciones publicitarias.

sentido, nos referimos a la publicidad de tono excluyente y a la publicidad testimonial, consideradas lícitas siempre que respeten el principio de veracidad.

Tal y como he mencionado anteriormente, si bien es cierto que la publicidad de tono excluyente carece de regulación en la LGP y en la LCD, esta modalidad posee gran relevancia práctica. En este sentido de vacío legal, debemos partir del concepto doctrinal propuesto por Lema Devesa<sup>104</sup>.

Los criterios<sup>105</sup> para delimitar la publicidad de tono excluyente son:

- Debe mostrar un rasgo o característica significativo respecto a los competidores.
- No debe reseñar ventajas accesorias o irrelevantes.
- Debe cumplir el principio de veracidad así como los demás requisitos de licitud.
- Se exige un punto de referencia que evidencie una posición<sup>106</sup> preeminente en el mercado.

---

<sup>104</sup> Debemos destacar la labor de investigación llevada a cabo por el profesor Carlos Lema Devesa en el ámbito de la publicidad de tono excluyente. Lema Devesa, C.: *La publicidad de tono excluyente*, Santiago de Compostela (tesis doctoral), 1979, pág. 422. Entiende por publicidad de tono excluyente: “Toda alegación con un contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige o alcanza; y a través de la cual se manifiesta que la empresa, producto o servicio anunciados ocupan la posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor o, en su caso, por un círculo limitado de competidores”.

<sup>105</sup> En la última década, debemos poner de relieve el incremento de anuncios publicitarios que, a través de la autorregulación, han sido retirados de los medios por constituir un tono excluyente vulnerando los criterios aludidos con anterioridad.

<sup>106</sup> En relación con la necesidad de justificar mediante un punto de referencia la posición preeminente en el mercado, debemos destacar el supuesto contemplado en la STS 4 junio 2003 (RJ\2003\5856) que anuló la sentencia previa recurrida y declaró engañosa la publicidad de la Escuela de Estética Francis. Esta empresa, sin ser cierto, afirmaba lo siguiente: “no se deje engañar. El único centro que CEM tiene en Sevilla se encuentra en la calle Rastro...”. La parte demandante incorporó pruebas que evidenciaban que en el momento de la emisión de la publicidad existía otro centro en Sevilla que empleaba el mismo método que la demandada afirmaba ofrecer en exclusiva. El TS estimó el recurso sobre la base de los siguientes motivos: “Es indudable que aunque las dos entidades pueden hacer publicidad de los cursos CEM, la publicidad de la demandada tiene claras y terminantes alusiones a la propiedad en exclusiva y de su utilización legítima que, 'a sensu contrario' presumen la ilegitimidad de la competidora, enunciado este que hay que estimar sustancialmente falso, por lo que es indudable que tal publicidad realizada mediante los anuncios en prensa ha de calificarla de ilícita por engañosa para los consumidores, ya que pueden hacer creer que las enseñanzas llevadas a efectos por DIPROFEM, S.L., no siguen los auténticos cursos CEM de estética y peluquería, ni está legitimada por su titular para desarrollarlos. La publicidad es engañosa, cuando pueda producir error en los destinatarios, como ocurre en el caso de autos al considerar que si la metodología y nombre CEM, como proclaman sus anuncios sólo puede ser utilizado legítimamente por ESCUELA EUROPEA DE ESTETICA FRANCIS, S.L., o que el único centro Oficial de CEM en Sevilla es el de la referida entidad, el de la competidora que se anuncia en los mismos medios de prensa, es ilegítimo;

- No debe destacar rasgos comunes del género de bienes o servicios.
- No debe realzar ventajas que queden neutralizadas por otros inconvenientes.

Partiendo del supuesto publicitario anterior, procedemos a analizar la publicidad testimonial, modalidad que tampoco se contempla de forma expresa en nuestra legislación<sup>107</sup>. En este sentido, acudiremos a la definición doctrinal propuesta por De la Cuesta Rute<sup>108</sup>.

Podemos deducir de este concepto la trascendencia que supone el hecho de contar con un tercero caracterizado por mostrar confianza y experiencia evitando así la posibilidad de inducción a error. Se observa también, como el empleo de elementos personales<sup>109</sup> del testificante exigirán la autorización<sup>110</sup> del mismo, evitando así la vulneración del derecho a la propia imagen<sup>111</sup>.

---

circunstancia que como se sostiene en la propia sentencia recurrida no es cierta, sino que ambas entidades litigantes en la fecha de autos podían impartir legalmente los auténticos cursos de CEM”.

<sup>107</sup> Llama la atención dado su reiteración en la práctica de la actividad publicitaria, que el legislador no haya dedicado ningún precepto a regular explícitamente ni los supuestos de tono excluyente ni de publicidad testimonial.

<sup>108</sup> CUESTA RUTE, J.M.: *Curso de Derecho de la Publicidad*, Navarra (Eunsa S.A), 2002, pág. 162. La publicidad testimonial es “aquella que en sus mensajes se hace aparecer a una persona o entidad diferente del anunciante expresando una opinión favorable acerca de éste o de sus productos o servicios.”

<sup>109</sup> Nos remitimos a los dispuesto en la LGP (art. 3) y en la Ley Orgánica 1/1982 de protección del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 7.6).

<sup>110</sup> Esta autorización exige un contrato oneroso que vinculará a las partes contratantes (empresario y testimonio).

<sup>111</sup> Teniendo en cuenta lo relativo al predominio del interés histórico, científico o cultural, la STS 18 noviembre 2008 (RJ 2008\6054), mantiene que “no toda información tiene que ser necesariamente política, económica, científica o cultural, sino que también existe el género más frívolo de la información de espectáculo o de entretenimiento. Se admite también la licitud de la publicación de imágenes incontestadas de personajes cuya notoriedad o proyección pública deriva precisamente de su aparición en programas televisivos o revistas del género frívolo o de entretenimiento y no de su dedicación a la política ni de su reconocimiento científico, cultural o artístico”.



Por otra parte, debemos poner de manifiesto la existencia de normativa especial<sup>112</sup> que prohíbe la publicidad testimonial en el comercio de determinados bienes<sup>113</sup>, como regla general, vinculados con el sector biosanitario<sup>114</sup>.

El principio de veracidad se configura en la publicidad testimonial en torno a cuatro presupuestos:

1. El testimonio no puede ser descontextualizado, reelaborado o modificado de modo que se manipule la opinión del testificante.
2. El anunciante debe verificar la opinión del testificante en plazos moderados ya que el paso del tiempo puede cambiarla.
3. Con el objetivo de evitar la inducción a error, el testimonio debe fijar las experiencias u opiniones de un modo verídico.
4. El testificante ha de ser usuario real del producto en el supuesto de que la publicidad así lo manifieste.

### **III.- La publicidad en el ámbito de la “Estrategia 2020” para la UE**

#### **1.- La importancia de la publicidad en el mercado interior**

A modo introductorio, la Estrategia Europa 2020<sup>115</sup> persigue un crecimiento económico liderado por un mercado único<sup>116</sup> europeo, donde un desarrollo óptimo e

---

<sup>112</sup> En este contexto, el art. 78.2 d) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (publicado en *BOE* núm. 178, de 27 de julio de 2006) dispone que la publicidad un medicamentos que sea objeto de publicidad al público no deberá incluir *ni testimonios sobre las virtudes del producto ni de profesionales o personas cuya notoriedad pueda inducir al consumo*.

<sup>113</sup> STJUE 4 mayo 2017, Asunto C-339/15 (Caso Vanderborght). Es incompatible con el Derecho de la Unión prohibir de manera general y absoluta la publicidad de las prestaciones de tratamientos bucales y dentales. Sin embargo, los objetivos de protección de la salud pública y de dignidad de la profesión de odontólogo pueden justificar que se determinen las formas y modalidades de los instrumentos de comunicación utilizados por los odontólogos

<sup>114</sup> STJCE 8 noviembre 2007, Asunto C-143/06 (Caso Ludwigs-Apotheke München Internationale Apotheke contra Juers Pharma Import-Export GmbH). Prohibición nacional en materia de publicidad sobre farmacéuticos de importados de otro Estado miembro carentes de autorización sanitaria en el Estado de importación.

<sup>115</sup> Comunicación de la Comisión “Europa 2020- Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, documento COM 2020.

<sup>116</sup> En esta línea de crecimiento basado en un mercado único europeo, la Comisión ha concretado el modo en que la Directiva 2006/114/CE se aplica en los Estados miembros.

integrador así como una adecuada protección a los consumidores<sup>117</sup> constituyan los dos pilares básicos de su funcionamiento.

Dentro de este marco, la Comisión<sup>118</sup> declara que las empresas competidoras y los clientes prevén que las empresas ejecuten sus transacciones comercial<sup>119</sup> en base a una diligencia profesional y una veracidad<sup>120</sup> que, en beneficio de las pequeñas empresas<sup>121</sup>, se garantice la libre competencia.

A tenor de lo dispuesto en la Directiva 2006/114/CE la exigencia de un marco “claro y eficiente” garantiza un nivel mínimo común de protección contra la publicidad comparativa<sup>122</sup> y engañosa<sup>123</sup> protegiendo así, a los consumidores y competidores en el entorno europeo.

## **2.- La Directiva 2006/114/CE**

La Directiva 2006/114/CE<sup>124</sup> es un mecanismo horizontal cuya aplicación se traslada a toda actividad empresarial. El apartado 2.1 de la Comunicación relativa a la protección contra las prácticas engañosas:

---

<sup>117</sup> BALKYTÉ, A.: “Perception of Competitiveness in the Context of Sustainable Development Facets of Sustainable Competitiveness”, *Journal of Business and Management*, núm. 2, 2010, págs. 341-365.

<sup>118</sup> La Comisión de la UE emitió en el año 2012 una Comunicación bajo el título “Proteger a las empresas contra las prácticas comerciales engañosas y garantizar una aplicación efectiva” con el siguiente subtítulo: “Revisión de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa”.

<sup>119</sup> DOUGLAS, T.: *Guía completa de la publicidad*, Madrid (Blume), 1999, págs. 6-9

<sup>120</sup> Dictamen de 30 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol. En esta ocasión, se analiza la corrección deontológica de una publicidad de la que es responsable la empresa IERP Motobuykers, S.L. La Sección entendió que la publicidad analizada infringiría la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (principio de veracidad).

<sup>121</sup> Si bien es cierto que las pequeñas empresas constituyen la base de la economía europea, debemos tener en consideración su vulnerabilidad respecto a los actos engañosos debido a su carencia de medios para protegerse contra ellas.

<sup>122</sup> GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: “UE luces y sombras en la propuesta de revisión de la normativa comunitaria sobre la publicidad engañosa y la comparativa”, *Autocontrol*, núm. 187, 2013, págs. 12-15.

<sup>123</sup> STS 20 marzo 2000 (RJ\2000\2019). En esta resolución se confirma la existencia de publicidad engañosa de una marca de vinos. El empresario afirmaba que sus productos gozaban de una Denominación de Origen, sin estar inscrita en el debido Registro

<sup>124</sup> La Directiva 84/450/CE y sus modificaciones fueron codificadas por la Directiva 2006/114/CE, que permitió su integración en un único texto legislativo. En este proceso de codificación se manifestó claramente la intención garantizar la protección de los competidores, eliminando así toda alusión a los consumidores.

- Favorece a los Estados miembros<sup>125</sup> un nivel de protección flexible, evitando así cualquier acto de publicidad engañosa en las transacciones comerciales de la UE<sup>126</sup>.
- En el sector de la publicidad comparativa<sup>127</sup> unifica los criterios para determinar cuándo se considera lícito este tipo de publicidad<sup>128</sup>
- Define la publicidad desde un punto de vista genérico, es decir, como toda forma de comunicación que fomenta el consumo de bienes o servicios.

En el apartado 2.2 de la Comunicación relativa a la protección contra las prácticas engañosas se especifica como la Directiva 2006/114/CE se ha de aplicar en los Estados miembros. Debemos poner de relieve que, a pesar de que las reglas armonizadas en el ámbito de la publicidad comparativa<sup>129</sup> se han incorporado a los ordenamientos nacionales con uniformidad, existe multitud de preceptos<sup>130</sup> que van más allá de la protección mínima a escala de la UE<sup>131</sup> contra la publicidad engañosa.

En definitiva, la Comisión ha puesto de manifiesto el resultado catastrófico que, debido al diverso nivel de protección en las empresas europeas, se ha generado en el mercado interior dando lugar a una incertidumbre de sus derechos y obligaciones en situaciones transfronterizas.

---

<sup>125</sup> Asimismo, la Directiva 2006/114/CE delega en los Estados miembros la elección de medios adecuados para conseguir los términos de licitud específicos de la comparación para la procedencia de la publicidad comparativa.

<sup>126</sup> GARCÍA MEXÍA, P.: *Derecho europeo de Internet: hacia la autonomía académica y la globalidad geográfica*, La Coruña (Netbiblo), 2009, pág. 183.

<sup>127</sup> Toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor.

<sup>128</sup> A tenor de lo dispuesto en el art. 1 de la Directiva 2006/114/CE *se protegerá a los consumidores contra la publicidad engañosa, pero fija las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa emitida a empresas y consumidores.*

<sup>129</sup> STJCE 25 octubre 2001, Asunto C-112/99 (Caso Toshiba Europe GmbH contra Katun Germany GmbH). No cabe considerar que un anunciante obtenga indebidamente ventaja de la reputación de los signos distintivos de un competidor suyo cuando la referencia a esos signos distintivos sea condición necesaria para que exista una competencia efectiva en el mercado de que se trate.

<sup>130</sup> La información recopilada por la Comisión sobre los sistemas jurídicos de los Estados miembros evidencian la gran variedad de disposiciones superan esa protección mínima de la UE.

<sup>131</sup> NEWMAN RODRÍGUEZ, S.: “La protección de los competidores en Europa”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2010, págs. 5-9.

#### IV.- Contenido engañoso del sitio Web y/o de determinados formatos publicitarios

El Derecho de la Publicidad se fundamenta en el principio de veracidad<sup>132</sup> cuyo objetivo es eliminar cualquier clase de error en el contenido de los mensajes publicitarios<sup>133</sup>, es decir, la publicidad engañosa<sup>134</sup> o falaz.

La regulación se encuentra en los arts. 3 de la LGP, 5 y 7 de la LCD (tras la modificación de la Ley 29/2009 de 30 de diciembre). El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) desde su primer pronunciamiento<sup>135</sup> sobre la Directiva 84/450 del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa<sup>136</sup> (actualmente derogada) atribuye un carácter autónomo al concepto de publicidad engañosa, estando los tribunales estatales obligados a interpretar la legislación nacional según el significado de esa categoría en el Derecho comunitario<sup>137</sup>.

El punto de partida tomado por el TJCE para calificar el carácter engañoso de los actos y prácticas se asemeja al utilizado en la práctica por la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos que, desde la *Policy Statement on Deception* de 1983, que toma como referencia el criterio del consumidor o grupo razonable o medio. Debemos aclarar que las

---

<sup>132</sup> Resolución de 9 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se desestima la reclamación presentada por Lactalis Puleva, S.L.U. frente a una publicidad de la que es responsable la compañía Calidad Pascual, S.A.U. La Sección desestimó la reclamación declarando que la publicidad no infringía la norma 14 (principio de veracidad) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL (principio de veracidad) ni el art. 3.1 del Código Ético de Confianza Online.

<sup>133</sup> El 8 de junio de 2011 se aprobó en la sesión plenaria del Senado, una iniciativa del Partido Popular, por la que se insta al Gobierno a promover medidas que garanticen la veracidad en la información publicitaria, tal y como recoge la Directiva del Parlamento Europeo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Cabe destacar que, Maestre Martín de Almagro (senadora del Grupo Parlamentario socialista) calificó en el curso de los debates los sistemas de autorregulación como mecanismos “útiles, eficaces y necesarios” que complementan los instrumentos legales.

<sup>134</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: *La publicidad en Internet. Regulación y Autorregulación*, Navarra (Aranzadi), 2013, págs. 71-91.

<sup>135</sup> STJCE de 16 de enero de 1992, Nissan, Asunto C-373/90.

<sup>136</sup> AVENTOSA DEL RÍO, J.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Valencia (Universitat de Valencia), 2008, págs. 299-308.

<sup>137</sup> MARCHAL ESCALONA, N.: *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Granada (Comares), 2002, pág. 232.

opciones de inducción a error disminuyen puesto que el consumidor no puede ser fácilmente engañado<sup>138</sup>.

Al hilo del párrafo anterior, si trasladamos el criterio para calificar el carácter engañoso a la publicidad difundida en Internet<sup>139</sup>, a nivel general observamos que el usuario que acude a la Red posee un nivel superior a la media<sup>140</sup>.

Debe ponerse de relieve la existencia de determinados grupos de personas especialmente vulnerables caracterizados por su reducido nivel de información y de atención que exigen, por lo tanto, mayor tutela jurídica. En este sentido, la Directiva de prácticas comerciales desleales y el art. 4.3 de la LCD regularon una nueva modalidad de consumidor medio, rebajando el nivel general de consumidor medio<sup>141</sup>, donde las posibilidades de engaño serán ligeramente superiores<sup>142</sup>. A través de esta nueva

---

<sup>138</sup> En relación a esta cuestión, resulta de interés la resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 4 de febrero de 2010, caso OMIC Mancomunidad de Servicios Uribe Kosta (Particular) vs. BBK BANCO BILBAO BIZKAIA “Préstamo Hipotecario Joven”. Se examina la reclamación presentada por un particular, a través de la Oficina Municipal de Información al Consumidor de la Mancomunidad de Servicios Uribe Kosta, contra una publicidad difundida a través de Internet de la que es responsable BBK BANCO BILBAO BIZKAIA KUTXA. En la misma se incluye la siguiente información: “Préstamo hipotecario Joven. Desde Euribor +0,35 y hasta 50 años de plazo para jóvenes entre 18 y 35 años. Adaptamos la financiación a tus necesidades”. A juicio del Jurado, el destinatario de la publicidad no interpretará la alegación “desde Euribor +0,35” como precio fijo, aplicable en todo caso, sino como una referencia al tipo de interés más bajo a partir del cual podrá acceder al producto promocionado si cumple determinados requisitos. En este sentido, no parece que la configuración del anuncio pueda desencadenar el error en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. En consecuencia, se desestimó la reclamación.

<sup>139</sup> CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L.: “Una aproximación a la problemática legal ocasionada por la publicidad a través de palabras clave o “keywords advertising” en internet”, en AA.VV (VIERA GONZÁLEZ, A.J., Dir.): *Distribución comercial y derecho de la competencia*, Navarra (Aranzadi), 2011, págs. 621-642.

<sup>140</sup> STJUE 23 de marzo 2010, Asunto C-278/08 (Google France SARL y otros contra Louis Vuitton Malletier SA y otros). En torno a este pronunciamiento, *Vid.* MARÉCHAL, C.: “Liens « sponsorisés » et droit des marques: les suites de l’arrêt Google”, *Gazette du Palais*, núm. 10, págs. 351-352; STJUE 13 enero 2000, Asunto C-220/98 (Estée Lauder Cosmetics GmbH contra Co. OHG); ROMERO MELCHOR, S.: “La sentencia “Lancaster” ¿un lifting de la noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas?”, *Gaceta Jurídica de la U.E. y de la Competencia*, 2000, nº 209, págs. 59-72; GARCÍA PÉREZ, R.: “Obstáculos a la libre circulación de mercancías generados por las normas sobre competencia desleal de los Estados miembros (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2000, “Estée Lauder/Lancaster”)”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 2000, págs. 458.

<sup>141</sup> PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 96, 2012, págs. 37-41.

<sup>142</sup> RUIZ PERIS, J.I.: *La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, pág. 59. Este autor establece que la escasa técnica legislativa de la Directiva y de la LCD conlleva el sinsentido de que se limiten las posibilidades de protección de grupo que se pretende proteger en mayor medida. En efecto, al modificar el prototipo de consumidor medio por el de miembro medio de un grupo de consumidores especialmente vulnerables se protege, en mayor medida, a éstos. Ahora bien, al

modalidad, se permite prescindir del conjunto del público destinatario de una determinada práctica y enjuiciarla, según sus efectos, sobre un grupo específico de consumidores, siempre que estos presenten una especial vulnerabilidad y sean claramente identificables, siendo el efecto de la práctica previsible para el comerciante.

En línea con la cuestión anteriormente analizada, debemos destacar la distinción entre comportamientos engañosos y simples exageraciones publicitarias, que son creaciones comerciales que el público no suele interpretar con literalidad<sup>143</sup>. Ahora bien, existe un sector doctrinal que considera como lícito un cierto nivel de engaño en la oferta, debiendo especificar el límite del “engaño tolerable”<sup>144</sup>.

A continuación, analizaremos las prácticas más comunes de publicidad engañosa en la Red:

### **1.- Sitios Web engañosos en su totalidad**

Es una práctica ilícita, constituida por la creación fraudulenta de sitios Web<sup>145</sup> corporativos o de *banner* que pueden encontrarse en redes sociales o enlaces electrónicos accesibles a través de correos electrónicos no solicitados<sup>146</sup>, que redireccionan con las páginas de bancos, cajas de ahorro o empresas que ofertan bienes servicios especialmente atractivos para el consumidor.

A diferencia del apartado que analizaremos a continuación, los sitios Web engañosos son banner engañosos que ocultan algún tipo de información relevante para

---

establecer que la distorsión sea previsible para el empresario o profesional autor del comportamiento –lo que, en cierta forma, equivaldría a una suerte de dolo eventual-, se reduciría sustancialmente la protección.

<sup>143</sup> Debemos hacer mención en este contexto a las ofertas vacías en la Red. Son ofertas ubicadas en la publicidad virtual en las cuales se muestra un bien y/o servicio al que no podemos acceder en el mercado o en el comercio electrónico. En estos casos, se incrementa el riesgo de error exponencialmente. El consumidor medio (atento y perspicaz) actúa en torno a unas expectativas que no se asocian con las ofertas reales, por lo tanto el art. 16 del Código de Conducta Publicitaria lo sancionará.

<sup>144</sup> En cualquier mensaje promocional siempre existe cierto engaño ya que su objetivo es inducir la demanda de un producto y/o servicio.

<sup>145</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: “La publicidad engañosa en la red”, *Revista valoraciones desde el ordenamiento jurídico europeo y español*, núm. 1, 2013, págs. 55-69.

<sup>146</sup> El Jurado de Autocontrol ha realizado un estudio de estos supuestos. Muestra de ello es la Resolución de 27 de mayo de 2004, en la que la Asociación de Usuarios de la Comunicación presentó una reclamación frente a otro correo electrónico que, en principio, se consideraba enviado por Banesto. Más tarde, se destacó que estábamos ante un intento fallido de averiguar las claves bancarias de sus destinatarios.

el usuario o manifiesta contradicciones con la información de la página Web<sup>147</sup> con la que enlazan. Cabe destacar el *phishing* y el *pharming* (modalidad del primero) cuyo fin es obtener contraseñas en la banca electrónica<sup>148</sup> de un modo fraudulento.

El *phishing* supone la suplantación de ciertos sitios de Internet a través de correos electrónicos engañosos<sup>149</sup> y sitios Web<sup>150</sup> fraudulentos que aparentan prestigio y confianza para inducir a error al destinatario y obtener sus claves personales.

El *pharming*<sup>151</sup> es un instrumento más peligroso que el *phishing* (aunque su objetivo es el mismo), ya que se basa en la modificación de las direcciones *Domain Name Server* (DNS) que teclea el usuario para acceder al sitio Web. El usuario accederá a páginas que sin ser verdaderas, aparentemente son muy similares.

Al margen de la legislación civil<sup>152</sup> (LGP, LCD y el TRLGDCU<sup>153</sup>) que sanciona la publicidad ilícita (art. 282 C.P), también será regulada por las leyes penales, más

---

<sup>147</sup> ESTEBAN TALAYA, A.: *Principios de Marketing*, Madrid (Esic), 2006, págs. 54-78.

<sup>148</sup> El campo de actuación de la banca electrónica es el comercio electrónico. En este sector, las entidades de crédito ofrecen sus servicios directamente en Internet: asumen obligaciones dinerarias, posibilitan la opción de liquidar pagos y cobros electrónicamente, etc. Para asumir las obligaciones anteriores, se requieren redes cerradas frente a terceros mediante garantías, créditos documentarios o transferencias. Sin embargo, los servicios bancarios también actúan en abierto a través de Internet ya sea con usuarios o con otro tipo de clientes.

<sup>149</sup> A nivel general, los argumentos más empleados por estos sitios Web se basan en necesidades urgentes de seguridad, mantenimiento, actualización del servicio o confirmación de la identidad.

<sup>150</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: “Respuesta penal frente a fraudes cometidos en Internet: estafa, estafa informática y los nudos de la Red”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2007, págs. 225-228.

<sup>151</sup> El *pharming* presenta diversas variantes. La más eficaz es la ejecutada a nivel local (individualmente o en cada equipo). Para obtener el fraude tan solo debe manipularse un archivo denominado “HOSTS” que presenta todo ordenador que funcione bajo el sistema operativo Windows y, navegue a través de Internet Explorer. Mediante este archivo no será necesario acceder al servidor DNS para visualizar la página Web en cuestión, ya que contiene un listado de direcciones de servidores e IP más utilizados por el usuario. Este fichero es manipulable a través de virus, que actúan mediante códigos como *JavaScript*, *VisualScript*, *ActiveX*, HTML, PHP, entre otros, programas de mensajería instantánea y otros mecanismos que modifican el ordenador de la víctima para obtener la información.

<sup>152</sup> Las prácticas fraudulentas publicitarias pueden repercutir en la celebración de contratos, que serán viciados por parte del consumidor. De esta forma, el consumidor puede iniciar una acción de cumplimiento demandando las prestaciones presentes en la publicidad. Puede además, resolver el contrato cuando nos encontremos ante un incumplimiento grave, así como entablar una acción de resarcimiento de daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento. En este sentido, si el contrato no ha finalizado, el perjudicado puede ejercitar *culpa in contrahendo* que le permitirá demandar los gastos ocasionados por la no celebración del contrato.

<sup>153</sup> DÍAZ GÓMEZ, M.A.: “Ámbito objetivo y subjetivo de la integración publicitaria prevista en el art. 61 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 2, 2008, págs. 65-99.

concretamente a través del delito de publicidad engañosa en relación con otros tipos penales como el delito de estafa. Finalmente, debemos valorar la alternativa de imponer sanciones administrativas.<sup>154</sup>

## 2.- Banners engañosos

Se trata de un acto de engaño y por lo tanto de publicidad engañosa. El *banner* puede integrar información sobre el sitio Web<sup>155</sup> con el que se vincula o sobre los bienes que se ofrecen en aquel. Nos encontramos ante dos alternativas, bien que el sitio Web contradiga el contenido del banner (acto de engaño), bien que omita datos esenciales (engaño por omisión).

En virtud del art. 5.1 LCD, cualquier acción que emita información falsa<sup>156</sup> o induzca a error al consumidor manipulando su comportamiento económico<sup>157</sup> será calificada como desleal por engañosa. Debemos señalar que los mecanismos empleados en Internet no pueden generar falsas<sup>158</sup> expectativas en los consumidores. La información que induce a error es aquella que a pesar de corresponderse con la realidad<sup>159</sup> da lugar a una interpretación errónea de la misma.

Para analizar la probabilidad de inducción a error debemos descartar el criterio de interpretación gramatical y/o literal<sup>160</sup>, así como la intención real del empresario

---

<sup>154</sup> Debemos tener en cuenta los arts. 48 a 52 del TRLGDCU relativos a las infracciones y sanciones en la defensa de los consumidores y usuarios.

<sup>155</sup> ARQUÉS SALVADOR, N.: *Aprender comunicación digital*, Barcelona (Paidós), 2006, pág. 106.

<sup>156</sup> GARCÍA VIDAL, A.: *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa*, Madrid (Marcial Pons), 2010, págs. 356 y 357.

<sup>157</sup> La influencia en el comportamiento económico de los consumidores indirectamente lesiona los intereses de los competidores debido a que sus productos no serán elegidos por los destinatarios. En esta línea, CURTO POLO, M.: “Notas sobre la publicidad engañosa y su tratamiento jurisprudencial”, *Revista quincenal*, 2000, núm. 3, pág. 2385.

<sup>158</sup> MARTÍNEZ NADAL, A.: “Publicación en páginas web de valoraciones falsas con incidencia en la reputación digital de los empresarios de alojamiento”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297, 2015, págs. 155-158.

<sup>159</sup> Resolución de 9 de febrero de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se desestima la reclamación presentada por un particular frente a una publicidad de la que es responsable la empresa Nestlé España S.A. La Sección desestimó la reclamación declarando que la publicidad analizada no infringía la norma 14 (publicidad engañosa) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL ni el artículo 3 del Código Ético de Confianza Online: “la existencia de la promoción ha resultado debidamente acreditada. Dicho con otras palabras, el mensaje que se transmite en la publicidad reclamada y la información que en ella se vierte coinciden exactamente con la realidad, por lo que difícilmente puede inducir al consumidor medio a error alguno sobre un extremo esencial de la promoción ofrecida”.

<sup>160</sup> En materia de interpretación del criterio gramatical debemos hacer mención a la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 30 de septiembre de 2010, del caso Jazz Telecom, SAU vs Vodafone



(anunciante), siendo aplicable con carácter exclusivo la interpretación efectuada por el consumidor medio<sup>161</sup>.

Un acto engañoso que induce a error al consumidor es el generado por el empresario (anunciante) al mostrar una característica de un bien y/o servicio como exclusiva o singular cuando en realidad se trata de un rasgo común del sector de mercancías al que pertenece. Esta modalidad de engaño se conoce con la expresión “alegación de lo obvio<sup>162</sup>”.

En lo relativo a la expresión “comportamiento económico”, la doctrina manifiesta la necesidad de una interpretación amplia, integrando además de la fase de decisión de la compra, el periodo previo de búsqueda de la información así como los derechos y garantías generados del contrato perfeccionado.

En cuanto al engaño por omisión, se trata de una figura desleal objeto de regulada en el art. 7.1 LCD *Se considera desleal 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 también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando*

---

España SA “Con Vodafone, tu casa es más casa”. Nos encontramos ante una reclamación presentada por Jazz Telecom, SAU contra una publicidad emitida por Vodafone España S.A. En [www.vodafone.es](http://www.vodafone.es) figura el siguiente *banner*: “Vodafone ADSL 4,90€mes para siempre con tu tarifa plana de voz móvil. Descúbrelo”. Este *banner* redirecciona al consumidor a otra pantalla en la que consta el siguiente banner: “Con Vodafone ADSL tu casa es más casa. Llévate Vodafone ADSL por 4,90€mes para siempre con tu tarifa plana de voz”. En el margen izquierdo aparece la siguiente aclaración: “Tarifa plana en ADSL+ Llamadas a fijos+ Llamadas a móviles. Contrátalo ahora”. El Jurado estableció que la afirmación “Vodafone ADSL 4,90€mes para siempre con tu tarifa plana de voz móvil” vulneraba el art. 14 del Código de Conducta así como el art. 3.1 del Código de Confianza Online ya que emitía expectativas irreales en los destinatarios. El Jurado decidió que la aplicación del precio ofertado dependía de la contratación de una tarifa plana de voz. En este caso, el anunciante tenía que haber empleado una expresión más transparente evitando así confusiones en el consumidor.

<sup>161</sup> Resolución de 16 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se desestima la reclamación presentada por un particular contra una publicidad de la que es responsable la empresa Media Saturn Admón. España, S.A.U. (Media Markt). La Sección desestimó la reclamación declarando que la publicidad no infringía la norma 14 (principio de veracidad) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL ni el art. 3 del Código Ético de Confianza Online. La publicidad reclamada “no es apta para provocar una expectativa errónea al consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz sobre el obsequio (el Fan Pack que incluye una gorra, una chapa y una púa) que la reclamada ofrece cuando se reserva el nuevo disco de Revolver promocionado”.

<sup>162</sup> El art. 26 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol de la publicidad establece: *nadie puede sugerir, en su publicidad, que su producto o servicio posee características particulares cuando éstas sean comunes entre los productos o servicios similares.*

*no resulte evidente por el contexto.* A tal fin, la probabilidad de ocasionar engaño por omisión en el destinatario dependerá de la situación específica del mismo<sup>163</sup>, en este sentido debemos tener en consideración el art. 7.2 LCD *Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado.*

Asimismo, debemos mencionar los *banner* emitidos en concursos y/o juegos promocionales, donde el nivel de atracción generado en el destinatario ha derivado en la regulación de determinadas cautelas. De esta forma, en virtud del art. 20 de la LSSI se deben poder identificar con facilidad, expresando de forma clara e indudable los términos de acceso y participación.

Para concluir, debemos reseñar los *banner* que ofrecen el acceso a páginas Web de contenido sexual, modos de juego online, o posibilitan la descarga de tonos de llamada o animaciones. En este supuesto, cuando se accede a estos sitios Web, se instala un *dialer* que atribuye al usuario un número de tarificación adicional<sup>164</sup>.

### **3.- Publicidad encubierta en sitios Web**

Son mensajes comerciales emitidos por una empresa a cargo de un tercero independiente<sup>165</sup>. A pesar de que se manifiestan como información objetiva, en realidad se trata de un supuesto de emisión de material publicitario. En sentido estricto, no es una práctica engañosa debido a que el mensaje publicitario como tal no lo es, sino la forma

---

<sup>163</sup> La omisión puede derivar en error cuando las partes estén vinculadas de forma permanente en un ámbito comercial y se genere una modificación (sin previa advertencia) respecto a la situación anterior. El consumidor y/o usuario puede interpretar que las condiciones del contrato permanecen invariables puesto que no se ha especificado la modificación de datos relevantes que incentivan la decisión final de compra.

<sup>164</sup> La regulación de este medio de pago se encuentra en el art. 10.3 de la LSSI. El consumidor descarga una aplicación que se abrirá cada vez que acceda al servicio. Esta aplicación se conectará a Internet a la Red a través de un código numérico de tarificación adicional, generándose así un cargo adicional. La LSSI-CE establece como requisito necesario el previo consentimiento del usuario para proceder a la descarga de tales aplicaciones. De esta forma, el anunciante debe clarificar la siguiente información: *Las características del servicio que se va a proporcionar; las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará; el procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin; el procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional.*

<sup>165</sup> IGLESIAS PRADA, J.L.: *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid (Civitas), 1996, pág. 873.

mediante la que se emite la publicidad<sup>166</sup>. El hecho de que el mensaje publicitario se constituya a través de un mensaje informativo incrementa la vulnerabilidad de las víctimas<sup>167</sup>. De este modo, para que la publicidad encubierta<sup>168</sup> sea desleal, se requiere no solo la posibilidad de inducir a error al destinatario sino además pase desapercibido<sup>169</sup> por el mismo.

Aludiendo ahora a nuestra legislación, en la LCD (que transpone la Directiva de prácticas desleales), la publicidad engañosa puede describirse como un acto de engaño o como un acto de engaño por omisión<sup>170</sup>. Para esto se requiere que en el mensaje se vea reflejado una acción engañosa y una omisión engañosa (ausencia de indicación de finalidad comercial).

Al hilo del párrafo anterior y, continuando con el análisis de nuestra legislación en esta materia, el art. 20.1 de la LSII-CE afirma que *las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser*

---

<sup>166</sup> JOINT, A.: *Selling cyberspace: new legal segues emerge as the online advertising industry continues to grow*, 2003, págs. 39-43.

<sup>167</sup> Este ámbito se relaciona con el principio de autenticidad. Su objetivo es evitar el error de los consumidores a la hora de interpretar la configuración externa con la que se manifiestan las expresiones publicitarias. Además se encuentra muy vinculado con el principio de veracidad que lucha contra el engaño. En relación a esta última cuestión, FERNANDEZ NOVOA, C.: “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias: introducción al estudio de los principios generales de la publicidad”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 107, 1968, págs. 489-507; FERNÁNDEZ NOVOA, C.: “La publicidad encubierta”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 1976, págs. 378-388.

<sup>168</sup> STEDH 5 marzo 2009 (TEDH 2009\31) (Caso Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia). En la presente resolución se condena al pago de una multa por la publicación de una fotografía de los ganadores de una carrera de fórmula 1 en cuyos monos aparecían los logotipos de conocidas marcas de tabaco que patrocinaban la prueba. Nos encontramos ante un supuesto de publicidad indirecta del tabaco que, aunque ocupa en la fotografía un mínimo espacio, es fácilmente identificable, se asocia directamente al éxito de un deportista y tiene gran impacto entre el público joven.

<sup>169</sup> STS 18 noviembre 2011 (RJ 2012\1631). En la presente resolución se analiza un supuesto de publicidad encubierta. En este caso, se aprovecha el escenario de una comedia televisiva para mostrar en reiteradas ocasiones una marca comercial de tabaco en la parte frontal de una máquina expendedora siendo perfectamente visible para los espectadores. En este sentido, el Tribunal considera que el signo en cuestión no solo no aporta credibilidad al escenario sino que en ningún caso es lícito hacer uso de la técnica de emplazamiento pasivo para vencer las reticencias de la publicidad del tabaco ante los mensajes publicitarios.

<sup>170</sup> Dictamen de 9 de marzo del Jurado de Autocontrol. Expresa su parecer sobre una publicidad de la que es responsable la empresa Latam Airlines Group, S.A. La publicidad estaría omitiendo una información fundamental: “La oferta de canje de puntos de fidelidad por un asiento de rango superior caso de adquirir un billete con ciertas características no es viable para los residentes de Reino Unido y, además, que el billete adquirido necesariamente tiene que haber sido emitido por la empresa TAM para poder gozar de esa promoción”.

*claramente identificable*. En este sentido, es obvia la exigencia de emplear instrumentos para delimitar ambos<sup>171</sup>.

En esta modalidad de publicidad, el destinatario de la página Web en cuestión, (como es el caso de un periódico digital), cree incorrectamente que la información que percibe es neutral y procedente de un tercero, no siendo por lo tanto consciente, de que está recibiendo un mensaje publicitario. En la emisión de tales mensajes ha de existir una contraprestación económica<sup>172</sup> (interpretada en su sentido más amplio).

Por otro lado, debemos distinguir una variante de publicidad encubierta que está excluida del campo de aplicación de la Directiva 2005/29, de 11 de mayo de 2005, relativa a prácticas comerciales desleales (transpuesta por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre). Es el caso de los comentarios elogiosos o perniciosos ideados por consumidores en redes sociales, foros y blogs para consumidores que incluyen valoraciones de los productos ofertados por empresas. Resulta complejo diferenciar este tipo de comentarios de las meras opiniones de los usuarios<sup>173</sup>.

Ahora bien, la Directiva en materia de prácticas comerciales desleales solo es aplicable a la publicidad virtual en relaciones entre consumidores<sup>174</sup> y empresas, por lo tanto debemos descartar las relaciones entre consumidores.

---

<sup>171</sup> Debemos tener en cuenta la Resolución del Jurado de la Publicidad, de 17 de diciembre de 1996, caso FACUA-CECU vs Merck Farma y Química, S.A “Biománán, Especial Fibra” que dio la razón al carácter eminentemente publicitario de la información analizada debido al empleo de los términos “publiinformación” o “publirreportaje”, que utilizados en un contexto concreto diluyen la percepción de noticia real. En el caso de que la emisión del publirreportaje no se hubiera producido su identificación, al no tomar las medidas suficientes, nos encontraríamos ante una publicidad encubierta.

<sup>172</sup> En el ordenamiento jurídico italiano, esta modalidad publicitaria es conocida bajo la expresión de “publicidad redaccional” debido a que el mensaje se presenta aparentemente como un artículo o noticia bajo la iniciativa de un determinado periódico.

<sup>173</sup> Existe un aspecto sobre el que merece la pena incidir, en determinadas ocasiones el comentario interesado de un *blogger* puede ser calificado como publicidad cuando alude a un producto y el empresario tiene capacidad para inducir al destinatario a su adquisición.

<sup>174</sup> De esta forma, el art. 27.5 de la LCD establece que *se consideran desleales por engañosas las prácticas que afirmen 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*. En nuestro caso, debemos destacar el segundo comportamiento, donde el empresario omite su verdadera identidad, creando así una confusión en el consumidor.

Por último, debemos diferenciar la publicidad encubierta<sup>175</sup> de la publicidad subliminal<sup>176</sup>. Esta última, a tenor del art. 4 de la LGP se constituye por *técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida*<sup>177</sup>. Nos encontramos ante una práctica que suele emplearse en aquellas comunicaciones que, aunque no son necesariamente publicitarias, recurren a medios audiovisuales en virtud de los que resulta más fácil influir en los estímulos de los sujetos que la reciben sin que sean conscientes de ello, anulándose, en cierta medida, la libertad de decisión del consumidor.

## **V.- Acciones frente a actos de publicidad online engañosa**

En términos generales, la publicidad ilícita se divide en tres ámbitos<sup>178</sup> de responsabilidad: civil, penal y administrativo. A tenor de lo reflejado en la parte general del Derecho de la Publicidad, es decir en la LGP y en la LCD, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de las acciones ejercitadas relativas a la competencia desleal y a la publicidad.<sup>179</sup>

Al margen de lo planteado anteriormente, debemos destacar la responsabilidad penal derivada de ciertas actuaciones en el ámbito de la publicidad engañosa que constituyen el delito publicitario (art. 282 C.P). Este delito es sancionado en forma de multa o prisión. Finalmente, tomando como referencia la legislación complementaria y especial, la publicidad ilícita puede desencadenar en responsabilidad en el ámbito *administrativo* a través de una multa económica recurrible judicialmente ante los tribunales por vía contencioso-administrativa.

---

<sup>175</sup> SAP Madrid 29 septiembre 2000 (AC 2000\2083). Publicidad encubierta de la marca de tabaco.

<sup>176</sup> TOBÍO RIBAS, A.M.: “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 237, 2000, págs. 1184-1186.

<sup>177</sup> En cualquier caso, debemos excluir de la calificación de “subliminal” los supuestos en los que exista una mera posibilidad de que el mensaje se perciba mediante los sentidos y de forma consciente por el destinatario.

<sup>178</sup> VILAJOANA, A.: *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Barcelona (UOC), 2011, pág. 118.

<sup>179</sup> En virtud del art. 86 ter. 2 a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) (publicada en *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985) los Juzgados de lo Mercantil conocerán de *las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad*. La LOPJ ha sido modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (publicado en: *BOE* núm. 174, de 22 de julio de 2015).

Ahora bien, centrándonos en el análisis de la responsabilidad civil, la Ley 29/2009 deroga el Título IV de la LGP (suprimiendo la acción de cesación o rectificación de la publicidad ilícita) que regulaba las normas procesales sancionadoras de la publicidad ilícita, sin perjuicio del control a través de los organismos de autodisciplina. Se resuelve así la duplicidad generada por la coexistencia de acciones por publicidad ilícita en la LGP (acciones por publicidad ilícita) y en la LCD (acciones por competencia desleal), ya que esta doble tipología generaba una situación de ambigüedad y confusión al interponer acciones ante los tribunales.

Una vez resuelta la confusión mencionada en el párrafo anterior, actualmente existe un único mecanismo de denuncia en materia publicitaria. En base al art. 6.1 LGP la nueva redacción de la LGP establece que *las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*<sup>180</sup>.

Existe un aspecto sobre el que debemos incidir, se trata de la opción de acumular la acción de cesación con otras acciones adicionales a las reguladas en la LCD. Estas acciones complementarias se regulan bien en la LGP, bien en otras leyes específicas: la acción de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades.<sup>181</sup>

El art. 32 de la LCD establece seis acciones judiciales ejercitables contra los actos de competencia desleal y contra los supuestos de publicidad ilícita tipificados en la LGP:

- Acción declarativa de deslealtad: Se regula en el art. 32.1.1ª LCD. Esta acción es positiva, la acción negatoria de deslealtad no está permitida, es decir, solo cabe solicitar que una acción se declare ilícita. Tenemos que demostrar que el acto es ilícito y que afecta algún interés o derecho. Tampoco está permitido realizar pretensiones de carácter consultivo. El objetivo del demandante perjudicado es obtener una determinación judicial

---

<sup>180</sup> STS 22 febrero 2006 (RJ 2006\828) que establecía la primacía de la LCD frente a la LGP, debido a la situación en que se encontraban esas normas antes de la entrada en vigor de la Ley 29/2009.

<sup>181</sup> La opción de acumular acciones es reconocida por la LGP a través de la reforma su art. 6 integrada por la Ley 3/2014, de 27 marzo, que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

expresa de la deslealtad de una acción del demandado (anunciante en el ámbito publicitario) sin que ello suponga condenar al demandado.

En la práctica, es común que esta acción se ejercite junto con el resto de acciones que analizaré a continuación. Por ejemplo, el perjudicado puede pretender junto con la acción declarativa de deslealtad la cesación de la conducta así como la indemnización por los daños y perjuicios causados. El hecho de que exista la posibilidad de acumulación no conlleva en ningún momento una disminución en la autonomía de esta acción declarativa

-Acción de cesación<sup>182</sup> o de prohibición preventiva o futura de la publicidad ilícita: Se regula en el art. 32.1.2ª LCD. Con el ejercicio de esta acción el demandante<sup>183</sup> puede pretender tres fines<sup>184</sup>: la cesación de la publicidad ilícita, prohibición de su reiteración y prohibición de su futura difusión.

El art. 30 de la LSSICE establece, en caso de conflicto, la acción de cesación<sup>185</sup> como solución judicial. Debemos poner de relieve que esta acción de cesación tiene como objetivo<sup>186</sup> la obtención de una sentencia donde se condene al demandado a la cesación de la conducta en cuestión así como a la prohibición de reiteración futura de la misma.

---

<sup>182</sup> GONZÁLEZ GRANDA, P.: “Protección judicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, núm. 4, págs. 10-13.

<sup>183</sup> SAP Madrid 17 octubre 2014 (AC 2014\1999). En este supuesto, la AP concreta la legitimación a la hora de ejercitar una acción de cesación: “El acto de cesación de la actividad publicitaria depende, lógicamente, del anunciante, al que le asiste el derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad. No cualquier beneficiado por el anuncio o interesado en el acto publicitario, que conforme al diccionario de la Lengua Española de la Real Academia sería cualquier persona que tiene interés en la publicidad, gozaría de legitimación pasiva en este tipo de acciones, sino sólo el interesado que impulsa el acto publicitario y tiene la posibilidad de controlar la ejecución de la campaña de publicidad y, en consecuencia, de cesar en la conducta ilícita”.

<sup>184</sup> SAP Islas Baleares 19 octubre 2011 (AC 2011\1585). La AP considera que la acción de cesación no se trata de una especie de acción popular en la que una persona sin especial interés pretende que se declare la veracidad o no de una afirmación realizada por una parte.

<sup>185</sup> Las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil regirán el ejercicio de la acción de cesación (art. 30.3 LSSICE).

<sup>186</sup> SAP Madrid 8 junio 2010 (AC 2010\1245). La relevancia de este pronunciamiento se debe a la desestimación de la acción de cesación frente a una publicidad considerada engañosa por la parte demandante. La falta de otras acciones contra la publicidad política realizada por el partido político demandado, y concretamente la improcedencia de acudir a las acciones que contra la publicidad ilícita establece la LGP, no supone que la parte actora sufra indefensión, sino que en los casos en los que la publicidad política no incurra en esas infracciones de los derechos al honor, la intimidad o la propia imagen o no traspase otros límites previstos en el ordenamiento jurídico, como son los establecidos por las leyes que regulan los procesos electorales o las normas penales, dicha publicidad es lícita y no puede ser prohibida. La parte recurrente no puede alegar indefensión por no poder conseguir un resultado que carece de sustento en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, al margen de la acción judicial planteada anteriormente, la LSSICE contempla el arbitraje y otros instrumentos de resolución extrajudicial de controversias. Más concretamente, estos mecanismos<sup>187</sup> son los reflejados en la legislación de arbitraje y defensa de los consumidores y usuarios (como por ejemplo el Sistema Arbitral de Consumo competente), así como los códigos de conducta u otros medios de autorregulación.

-Acción de remoción de los efectos producidos por la publicidad ilícita: Se regula en el art. 32.1.3<sup>a</sup>. Con el ejercicio de esta acción el perjudicado no evita la cesación o repetición en el futuro, sino que solicita la eliminación por el acto desleal. Esta acción no opera sobre el acto desleal sino sobre sus efectos (si la campaña de publicidad ha cesado no tiene sentido ejercitar esta acción). Los criterios de necesidad y proporcionalidad deben estar presentes en la propuesta de medidas de eliminación planteadas en la demanda. Un ejemplo gráfico sería la medida consistente en destruir una serie de revistas por explotación de reputación ajena.

-Acción de rectificación<sup>188</sup> de las informaciones: Se regula en el art. 32.1.4<sup>a</sup> LCD. *Mediante esta acción, el demandante persigue que el mercado conozca el carácter ilícito de la publicidad previamente difundida. Para garantizar el objetivo de la acción, el público destinatario de la publicidad correctora debe ser el mismo que ha recibido previamente la información engañosa o denigratoria y que, por ello, ha podido retener datos incorrectos susceptibles de modificar su decisión de comprar un producto o contratar un servicio. La rectificación puede consistir en una comunicación de la corrección, verosimilitud o justificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Además, el mensaje de rectificación tendrá que especificar que tiene su origen en una sentencia judicial condenatoria por competencia desleal<sup>189</sup>.*

-Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios: Se regula en el art. 32.1.5<sup>a</sup> LCD. No es posible ejercitar esta acción en ausencia dolo o culpa<sup>190</sup> por parte del agente.

---

<sup>187</sup> En virtud del art. 32 LSSICE, en la ejecución de estos procedimientos pueden emplearse medios electrónicos previstos en la normativa específica.

<sup>188</sup> SAP Castellón 17 abril 2001 (AC 2001\1779). Acción de rectificación.

<sup>189</sup> TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C.: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid (La Ley), 2010, pág. 256.

<sup>190</sup> En virtud de lo dispuesto en el CC, el dolo es la voluntad de llevar a cabo un acto de cuya deslealtad se tiene conocimiento, sin que sea preciso el ánimo adicional de causar un daño. Así, cuando existe dolo lo que se infringe voluntariamente es el deber genérico de no quebrantar las reglas de juego de una sana



El objetivo es obtener una indemnización como consecuencia de los “daños y perjuicios” ocasionados en el demandante. Por “daño” entenderemos el desembolso cuyo objetivo es prevenir las consecuencias que la publicidad ilícita pudiera producir en los destinatarios (por ejemplo gastos de investigación). El término “perjuicio” integra los beneficios dejados de obtener o la ganancia frustrada. El demandante debe cumplir tres requisitos:

1.- La existencia de lesión patrimonial y/o moral consecuencia de un daño emergente o lucro cesante<sup>191</sup>.

2.- Vínculo entre la lesión y la acción del demandado.

3.- Dolo o culpa del autor.

De modo ilustrativo, algunos ejemplos de daño emergente son: la minoración en el valor de la imagen, los gastos de representación procesal y asesoramiento jurídico, el valor de los bienes dañados y la publicación de campañas o anuncios para contrarrestar los efectos del acto desleal. Asimismo, debemos destacar la existencia de un daño moral cuanto el acto desleal repercute en derechos extrapatrimoniales, es decir, en la cualidad de la persona (por ejemplo: prestigio social, sentimientos y salud<sup>192</sup> física o psíquica).

-Acción de enriquecimiento injusto: Se regula en el art. 32.1.6<sup>a</sup> LCD donde se dispone que *sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.*

Debemos señalar que el enriquecimiento injusto del demandado como regla general conlleva la producción de un daño económico en el demandado. Para ejercitar la acción de enriquecimiento injusto se han de cumplir los siguientes requisitos:

---

competencia en el mercado. Por otra parte, la culpa es la desatención de un estándar mínimo de diligencia con arreglo al cual el sujeto podía comprender *ex ante* que la conducta en cuestión sería ilícita.

<sup>191</sup> En virtud del art. 1106 CC: *La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.*

<sup>192</sup> Resolución de 11 de mayo de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se desestima la reclamación presentada por un particular contra una publicidad de la que es responsable la mercantil El Corte Inglés, S.A. La Sección desestimó la reclamación, declarando que la publicidad no infringía la norma 29 (protección de la salud) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL. En estas circunstancias, cuestiones como la planteada por el reclamante sólo pueden ser resueltas a través de la aplicación de la norma 29 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (en adelante, “Código de Autocontrol”). Dicha norma establece que: *La publicidad evitará incitar a sus receptores, en especial a los adolescentes, a la adquisición de pautas/comportamientos que puedan resultar nocivos para su salud.*

-En primer lugar, el demandado debe obtener una ventaja patrimonial con el correlativo empobrecimiento del demandante.

-En segundo lugar, la ausencia de causa lícita que justifique el enriquecimiento del demandado.

-En tercer lugar, la relación de causalidad entre el mencionado enriquecimiento y el empobrecimiento del perjudicado.

-Finalmente, la lesión de una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva.

Se ofrece la opción de publicar<sup>193</sup> la sentencia a costa del demandado en los cuatro primeros supuestos del art. 32 LCD siempre que el juez estime la demanda y condene al demandado a pagar la publicación de la sentencia. Esta medida no la puede acordar el juez de oficio, ha de ser solicitada con la demanda. No se trata de una venganza o una sanción sino que debe establecerse a tenor del principio de proporcionalidad.

## **VI.- Régimen sancionador**

En primer lugar, los sujetos legitimados para interponer la acción de cesación son (art. 31 LSSICE):

a) Las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo.

b) Los grupos de consumidores o usuarios afectados.

c) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

d) El Ministerio Fiscal.

---

<sup>193</sup> Esta medida constituye un régimen adicional debido a que las acciones de remoción y rectificación integran por sí solas la posibilidad de solicitar la publicación de sentencia.

e) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

f) Las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección<sup>194</sup> de los intereses colectivos o difusos de los consumidores que estén habilitadas ante la Comisión Europea mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

El art. 43 LSSICE dispone la potestad sancionadora en función del tipo de infracción cometida<sup>195</sup>, de esta forma:

- En las infracciones muy graves: Ministro de Industria, Energía y Turismo
- En las infracciones graves y leves: Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

La competencia sancionadora regulada en la LSSICE se ejecutará teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas de desarrollo. Sin embargo, el plazo máximo de duración del procedimiento simplificado es de tres meses. En las infracciones muy graves, el Ministro de Industria, Energía y Turismo llevará a cabo la imposición de sanciones y en las graves y leves, el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (art. 43 LSSICE).

Al hilo del párrafo anterior, en el título VII de esta ley los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sometidos<sup>196</sup> a su régimen sancionador, que se

---

<sup>194</sup> CAZORLA GONZÁLEZ, M.J.: “La incidencia de la publicidad engañosa en el consumidor”, en AA.VV (TOMILLO URBINA, J.L. Dir.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, 2008, Madrid (Civitas), 2008, págs. 175-187.

<sup>195</sup> No obstante lo anterior, la imposición de sanciones por incumplimiento de las resoluciones dictadas por los órganos competentes en función de la materia o entidad de que se trate a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 38.2 de esta Ley corresponderá al órgano que dictó la resolución incumplida. Igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de esta Ley.

<sup>196</sup> LGT ha integrado un supuesto de responsabilidad vinculado con el ámbito publicitario. De esta forma, a tenor del art. 37 LSSICE cuando el motivo de las *infracciones contempladas en el artículo 38.3 i) y 38.4 g) sea la instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de la información fruto de la cesión por parte del prestador del servicio de la sociedad de la información de espacios propios para mostrar publicidad, responderán de la infracción tanto el prestador del servicio de la sociedad de la información*

corresponde con tres modalidades de infracciones: muy graves<sup>197</sup>, graves<sup>198</sup> (multa de 30.001 hasta 150.000 euros) o leves (multa de hasta 30.000 euros) (art. 38 LSSICE).

Debemos señalar que, a la luz del art. 39.1 a) LSSICE *la reiteración en el plazo de tres años de dos o más infracciones muy graves, sancionadas con carácter firme, podrá dar lugar, en función de sus circunstancias, a la sanción de prohibición de actuación en España, durante un plazo máximo de dos años.*

La LSSI tipifica como *infracciones leves* determinados supuestos semejantes a los tipificados como infracción grave pero que han ocasionado un perjuicio menor:

-Incumplir con el deber de informar sobre las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos.

-El envío de comunicaciones comerciales mediante una comunicación electrónica equivalente cuando se vulneren los requisitos establecidos en el art. 21 y no constituya infracción grave.

-El incumplimiento “no significativo” de la obligación del prestador de servicios establecida en el artículo 22.1 en relación con los procedimientos para revocar el consentimiento prestado cuando no constituya una infracción grave.

-Emplear dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos cuando no se hubiera aportado documentación o no se hubiera obtenido el consentimiento del destinatario del servicio.

En materia de *infracciones graves*, destaca el envío masivo de comunicaciones comerciales por medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos

---

*como la red publicitaria o agente que gestione directamente con aquel la colocación de anuncios en dichos espacios .*

<sup>197</sup> A título informativo, el único caso de infracción muy grave procede (siempre que un órgano administrativo lo ordene) del incumplimiento de la transmisión de datos u otras prestaciones de intermediación, asignándose una multa de 150.001 hasta 600.000 euros.

<sup>198</sup> El art. 39.2 LSSICE afirma que en el supuesto de encontrarnos ante infracciones graves y muy graves, cabe la posibilidad de publicar, a costa del demandado, la *resolución* sancionadora en el Boletín Oficial del Estado, o en el diario oficial de la Administración pública que, en su caso, hubiera impuesto la sanción; en dos periódicos cuyo ámbito de difusión coincida con el de actuación de la citada Administración pública o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador, una vez que aquella tenga carácter firme.

establecidos en el art. 21 de la LSSI. Además, se incluye como infracción grave, el incumplimiento del deber del prestador de servicios de facilitar procedimientos gratuitos que permitan al destinatario el derecho a revocar el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales<sup>199</sup>.

El art. 40 LSSICE regula los mecanismos que permiten graduar la cuantía de las sanciones en base a una serie de criterios: concurrencia de intencionalidad; duración de la infracción; reincidencia declarada por resolución firme; cuantía de perjuicios ocasionados; beneficios a causa de la infracción o adhesión a un sistema de autorregulación.

En los supuestos de infracciones graves o muy graves, se puede provisionalmente adoptar medidas cuyo objetivo sea lograr la eficacia de la resolución, eliminar los efectos de la infracción y asegurar el cumplimiento de los intereses generales. Para ello, el art. 41 LSSICE regula medidas como el cierre provisional de los establecimientos del prestador de servicios, suspensión temporal de sus actividades, incautación de soportes y archivos informáticos o comunicar a los destinatarios sobre las posibles infracciones que se pueden llegar a producir así como, de la incoación del expediente sancionador.

En lo relativo a la *prescripción* de infracciones y sanciones, la LSSI establece los siguientes plazos: las *infracciones muy graves* prescriben a los tres años, las *graves* a los dos años y las *leves* a los seis meses. Las sanciones correlativas a las infracciones anteriores prescriben a los tres años las muy graves; las impuestas *por faltas graves* a los dos años y las impuestas por faltas *leves* al año (art. 45 LSSICE).

---

<sup>199</sup> SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V.: *Régimen jurídico de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Madrid (La Ley), 2007, pág. 183.

## CAPÍTULO IV.- AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA

### I.- Autorregulación como complemento de la normativa imperante

La autorregulación publicitaria es un sistema creado de forma voluntaria por las empresas que componen el sector publicitario (anunciantes, agencias y medios de comunicación) con el objetivo de lograr un ejercicio legal, honesto y responsable de la actividad publicitaria (tradicional<sup>200</sup> y virtual<sup>201</sup>) beneficiando así a consumidores y usuarios, competidores, mercado publicitario y sociedad en general. El cumplimiento de las normas de conducta integrantes del sistema de autorregulación se encomienda a un órgano de control. Todo sistema de autorregulación se fundamenta en torno a dos presupuestos necesarios: documento de referencia (código de conducta) y el órgano de control, sin descartar la posibilidad de que puedan concurrir otros elementos con carácter complementario.

Los actores de la industria publicitaria: anunciantes (que abonan gastos de publicidad), agencias (encargadas de la forma y contenido de la publicidad) y los medios (constituyen el soporte) acuerdan unos mínimos de conducta.

La autorregulación publicitaria transfronteriza refleja la evolución de una normativa extraestatal que difiere tanto de la legislación estatal como de la normativa internacional (integrada en convenios internacionales). Esta diferenciación se proyecta tanto en la ordenación de las relaciones mercantiles como en la protección<sup>202</sup> de los consumidores en un entorno de expansión de la contratación internacional de consumo.

La regulación insuficiente e ineficaz de la normativa legal en este ámbito ha dado lugar a una hiperregulación en materia de comunicación comercial fruto de la pluralidad de legisladores, enfoques, intereses y controles.

Existen múltiples factores que influyen en la cuestión que estudiamos como la celeridad de las modificaciones tecnológicas en el espacio analizado, la

---

<sup>200</sup> RAMOS FERNÁNDEZ, F.: *La publicidad contaminada: los consumidores ante la autorregulación publicitaria*, Madrid (Universitas), 2012, págs. 220-229.

<sup>201</sup> En relación con esta materia, GÓMEZ SEGADE, J.A.: *Comercio Electrónico en Internet*, Madrid (Marcial Pons), 2001, págs. 449-475.

<sup>202</sup> CÁMARA LAPUENTE, S.: “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, págs. 111-114.

extraterritorialidad de la Red o importancia de garantizar exigentes niveles de protección<sup>203</sup> de los agentes que intervienen, siendo por todo esto necesario completar la normativa vigente, sin sustituirla, por el método de la autorregulación.

La evolución permanente de la autodisciplina se debe a los perjuicios causados a los consumidores como consecuencia de una regulación en materia de competencia desleal y publicidad compleja con una elevada litigiosidad ante los tribunales de justicia. Ahora bien, la autorregulación de la publicidad no genera una escisión entre Estado y sociedad, sino que más bien hace confluir los intereses públicos y privados.

Finalmente, debemos destacar el principio de autonomía de la voluntad como garante en la creación de la autorregulación publicitaria, sin olvidar el respeto a la legislación imperativa que ha de regir en todo momento sobre el particular.

## **II.- Códigos de conducta**

Se definen en el art. 2 f) de la Directiva Comunitaria sobre prácticas desleales<sup>204</sup> como un *acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado Miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos*. Su objetivo es integrar en la legislación interna las previsiones de la Directiva mencionada en el párrafo anterior.

Ahora bien, debemos destacar la función que ejercen los Códigos de Conducta como instrumento clave en la ordenación de algunos sectores del Derecho Privado, y más concretamente, en el Derecho de la Publicidad.

Al hilo de lo planteado anteriormente, supone un conjunto de normas que establecen una obligación de hacer o no hacer, imponiendo una conducta determinada. En todo caso estas normas se construyen a partir de principios, reglas y pautas

---

<sup>203</sup> GARCÍA UCEDA, M.: *Las claves de la publicidad*, Madrid (Esic), 2008, pág. 469.

<sup>204</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

deontológicas que determinan una correcta práctica publicitaria, y que persiguen evitar que se produzcan determinadas conductas que podrían causar un perjuicio a la actividad desarrollada por otras empresas.

### **1.- Códigos de conducta publicitaria**

El origen de la autorregulación publicitaria en España lo ubicamos en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1996 donde se aprueba el Código de Conducta Publicitaria (en adelante CCP) a tenor de lo establecido en los Estatutos de Autocontrol. Su última revisión tiene lugar en 2011.

El CCP constituye un compendio de normas éticas aplicables referido, a nivel general, a toda actividad de comunicación publicitaria, a excepción expresa de la publicidad política. La adhesión de las empresas al CCP conlleva el compromiso de cumplir determinados principios y normas de conducta en el ámbito publicitario<sup>205</sup>, más concretamente, alude a los principios de legalidad, veracidad, buena fe y lealtad. En este último sentido, prohíbe la difusión de una publicidad abusiva que, a partir de la buena fe del consumidor, vulnere el honor, la intimidad y la propia imagen del consumidor.

El contenido del CCP se compone de dos partes claramente diferenciadas: una parte general que establece diferentes normas relativas a la aplicación del código, y una segunda parte constituida por auténticas normas éticas aplicables a la actividad publicitaria.

Una vez que hemos esbozado, de forma somera, los caracteres de este CCP, debe advertirse que al margen de este último existen una serie de Códigos Sectoriales<sup>206</sup> que serán aplicados en defecto de aplicación del Código General. La mayoría de estos

---

<sup>205</sup> Vid. Art. 37.4 LCD: *Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria.*

<sup>206</sup> Algunos de los Códigos Sectoriales son, entre otros: Código de Normas Deontológicas de la Asociación Nacional de Especialidades Farmacéuticas Publicitarias (ANEFP), Código de la Asociación Española de Anunciantes para la Autorregulación de la Publicidad de los Productos del Tabaco en España, Convenio sobre Principios para la Autorregulación de las Cadenas de Televisión en relación con determinados contenidos de su programación referidos a la Protección de la Infancia y la Juventud, etc.



Códigos Sectoriales no establecen colaboración alguna con la Asociación de Autocontrol, pero a pesar de ello, ésta asumirá el compromiso de aplicarlos.

A tenor del artículo 1 del CCP, *estas normas deontológicas se aplicarán a toda actividad de comunicación publicitaria tendente a fomentar, de manera directa o indirecta y sean cuales fueren los medios empleados, la contratación de bienes o servicios, o el potenciamiento de marcas<sup>207</sup> y nombres comerciales, así como a cualquier anuncio emitido por cuenta de cualesquiera personas físicas o jurídicas, de carácter privado, con el fin de promover determinadas actitudes o comportamientos. Cabe destacar que no podrá ser de aplicación en el caso de publicidad política.*

Respecto al cumplimiento del CCP, el punto final del mismo recoge el control de su cumplimiento, así como el de los restantes códigos sectoriales, diciendo que “podrá verificarse a través de los medios previstos en el Reglamento del Jurado”, teniendo en cuenta además que, *los órganos directivos de la asociación podrán establecer anualmente un plan específico de revisión del cumplimiento del presente Código o de los Códigos sectoriales aplicables en relación con grupos o categorías de anuncios que puedan ser agrupados conforme a criterios específicos y homogéneos.*

### **III.- Órgano de control**

El órgano de control es la institución básica y central de cualquier sistema de autorregulación publicitaria. Se trata de un órgano independiente, caracterizado por la especialización publicitaria y la imparcialidad de todos sus miembros, que dirimirá las controversias que le sean presentadas. Para ello, *el órgano de control aplicará las normas de conducta correspondientes, determinará en sus resoluciones la valoración ética que le merecen los casos que deba resolver y garantizará, en todo momento, el derecho de defensa del reclamado, la igualdad entre las partes y el respeto al principio de contradicción. La doctrina coincide al afirmar que los órganos de control afianzan la credibilidad de los sistemas de autorregulación al aplicar los Códigos de Conducta y garantizar, mediante su labor, la imparcialidad de los mismos<sup>208</sup>.*

---

<sup>207</sup> VÁZQUEZ RUANO, T.: “La promoción de la marca a través de las técnicas publicitarias utilizadas en Internet”, en AA.VV (MARTÍNEZ GUTIERREZ, A., Dir.): *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, Madrid (La Ley), 2009, pág. 565.

<sup>208</sup> PATIÑO ALVES: *La autorregulación publicitaria*, Barcelona (Bosch), 2007, págs. 223-228.

En relación a su composición recordemos que, para garantizar su independencia y eficacia, el órgano de control debe incluir a terceros ajenos al sistema especializados en ámbitos profesionales y académicos relacionados con la actividad publicitaria. En cuanto a su estructura, los órganos de control pueden constituirse en una única instancia opción que, en consecuencia, no permite la revisión del asunto por una instancia superior; en dos instancias, modelo que permite la revisión de las resoluciones; incluso en un sistema tripartito cuyo organismo de control incorpora a sus dos instancias propias, una tercera ajena al sistema cuya intervención dependerá del cumplimiento de la resolución por la parte sancionada.

Además de resolver las controversias derivadas del posible incumplimiento de sus normas de conducta, las funciones del órgano de control pueden contemplar, entre otras cuestiones, la elaboración de anteproyectos de códigos éticos, la emisión de dictámenes de carácter técnico o deontológico, o el control del cumplimiento de los códigos de conducta. En cualquier caso, debe tratarse de un órgano cuyo esquema se articule en base a los principios de independencia, eficacia, celeridad, accesibilidad, transparencia e imparcialidad.

#### **IV.- La integración de la ética en la publicidad comercial**

En la recopilación de normas de conducta, los códigos de conducta no se limitan a efectuar una “mera compilación” de la normativa legal en materia de publicidad, sino que también se integran por valores éticos.

La ética es el conjunto de principios que guían la conducta de una persona o un grupo así como la convivencia en la sociedad. En relación con el párrafo anterior, la ética puede diferir en ciertos aspectos respecto de la normativa legal.

La ética se refiere al individuo y no a las instituciones, por lo que en el sector publicitario prevalece la voluntad de la persona. Debemos apuntar que, desde el punto de vista de la eficiencia en el comercio, la actuación de la empresa ha de ir orientada al bien común de la sociedad y no solo ceñirse a magnitudes económicas.

Al hilo de lo planteado en los párrafos anteriores, debemos entender la publicidad ética como aquella comunicación cuya recepción no vulnere el conjunto de valores

sociales, culturales, religiosos y morales del grupo social que resulte afectado por el mensaje, dando lugar a una merma del bienestar común <sup>209</sup>.

La importancia de la ética en el ámbito de la publicidad (tradicional y virtual) se está expandiendo como consecuencia de la evolución de un entorno empresarial cada vez más competitivo, donde diferenciarse de los competidores, incrementar ventas<sup>210</sup> y asegurar la fidelidad de los clientes se convierten en elementos primordiales de la actividad comercial.

Después de todo lo apuntado, la naturaleza de Internet en sus ramas informativa y comercial hace que sea imprescindible compatibilizar los principios fundamentales con el adecuado desarrollo de la libertad de expresión<sup>211</sup> y de empresa sin vulnerar otros valores objeto de protección (como por ejemplo desarrollo de la infancia y juventud). Los obstáculos característicos de las legislaciones estatales como el alcance global de las actividades, la volatilidad de los contenidos o la posibilidad de desplazar la ubicación física del servidor desde el que se opera, hace que no debamos dejar al margen la autorregulación de la publicidad, sin que ello conlleve una ruptura de la legalidad<sup>212</sup>.

## **V.- Ventajas y resultados de la autorregulación publicitaria**

Uno de los beneficios más relevantes que presenta la autorregulación publicitaria<sup>213</sup> en comparación con la vía judicial es la opción de resolver conflictos a través de un órgano especializado de gran prestigio, no solo en el ámbito publicitario sino también en el Derecho de la Competencia. Este órgano es el Jurado de la Publicidad.

---

<sup>209</sup> IRÁKULIS ARREGUI, N.: “Publicidad lícita y ética”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, 2008, pág. 74

<sup>210</sup> ANTÓN JUÁREZ, I.: “Problemas de la venta on line de productos de marca”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 16, 2015, recurso electrónico.

<sup>211</sup> STS 15 enero 2009 (RJ\2010\415). Caso Mitsubishi Galant. Su relevancia jurisprudencial radica en reconocer por primera vez a los mensajes publicitarios como una manifestación de la libertad de expresión.

<sup>212</sup> Resolución de 16 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol. Se estima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) contra la publicidad de la que es responsable la mercantil RS7 Regenerator & Energy, S.L. La Sección estimó la reclamación, declarando que la publicidad reclamada infringía la norma 2 (principio de legalidad) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL en relación con el artículo 44.3 de la Ley 17/2011, de 5 de julio de Seguridad Alimentaria y Nutrición (publicado en *BOE* núm. 160, de 6 de julio de 2011).

<sup>213</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: “El sistema de autodisciplina europeo en materia de comercio electrónico el código de conducta Euro-Label”, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 77, 2009, págs. 270-277.

En segundo lugar, debemos destacar la rapidez en la resolución de conflictos, esta rapidez se convertirá en un factor clave en aquellas campañas publicitarias difundidas en muy breves periodos de tiempo. El tiempo medio de resolución de controversias presentadas ante el Jurado de Autocontrol en 1ª instancia es de 14 días, desde la fecha de presentación de la reclamación hasta la resolución de la misma. En segunda instancia este periodo llega a los 28 días.

Los beneficios de la autorregulación publicitaria se proyectan sobre los consumidores, industria y administración:

-En cuanto a los consumidores<sup>214</sup>, pretende aportar un sistema de reclamaciones gratuito y eficaz.

- En cuanto a la industria, asegura una competencia leal donde se respeten las normas legales y deontológicas.

- La Administración actuará gratuitamente con el fin de garantizar el cumplimiento de la normativa.

Por último, haciendo referencia a las estadísticas correspondientes al año 2015<sup>215</sup>, se puede observar que el sistema de autorregulación constituye un enorme éxito, pudiendo calificarse como el principal y más importante cauce para la resolución de conflictos en materia de publicidad en nuestro país.

## **VI.- Balance anual autocontrol 2016**

- En el año 2016 el Jurado resolvió 281 casos, a partir de 1802 reclamaciones presentadas frente a 395 anuncios.

- En el año 2016 se emitieron 35.684 consultas sobre publicidad (31% más que en 2015): 26.199 Copy Advice® y 9.489 Consultas Legales.

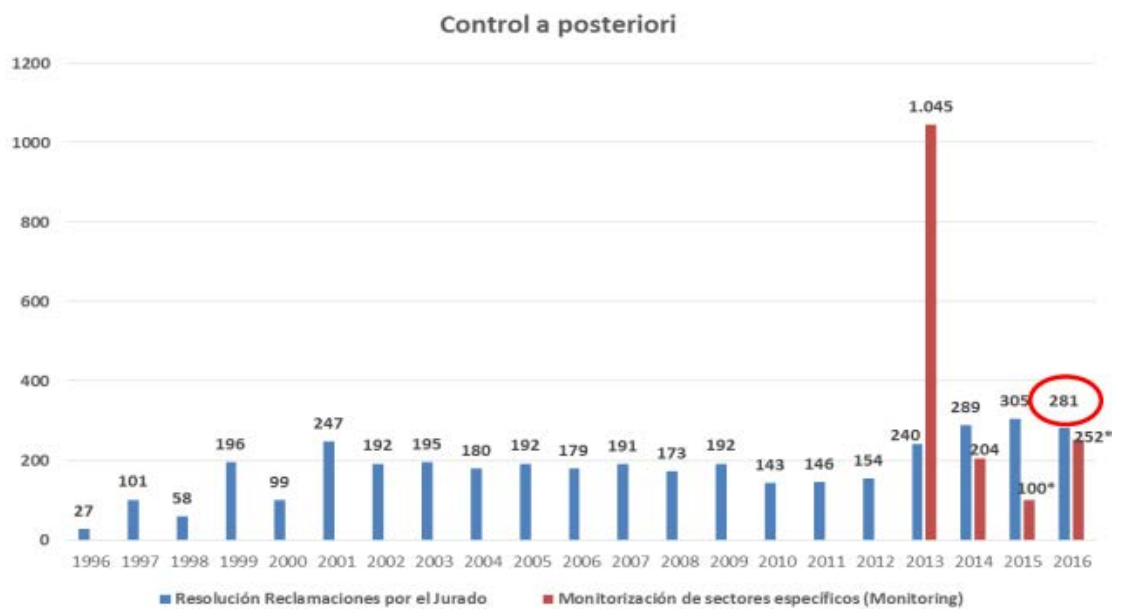
- El Informe EASA 2015 afirma que España sigue en la 2ª posición en nº de Copy Advice® emitidos.

---

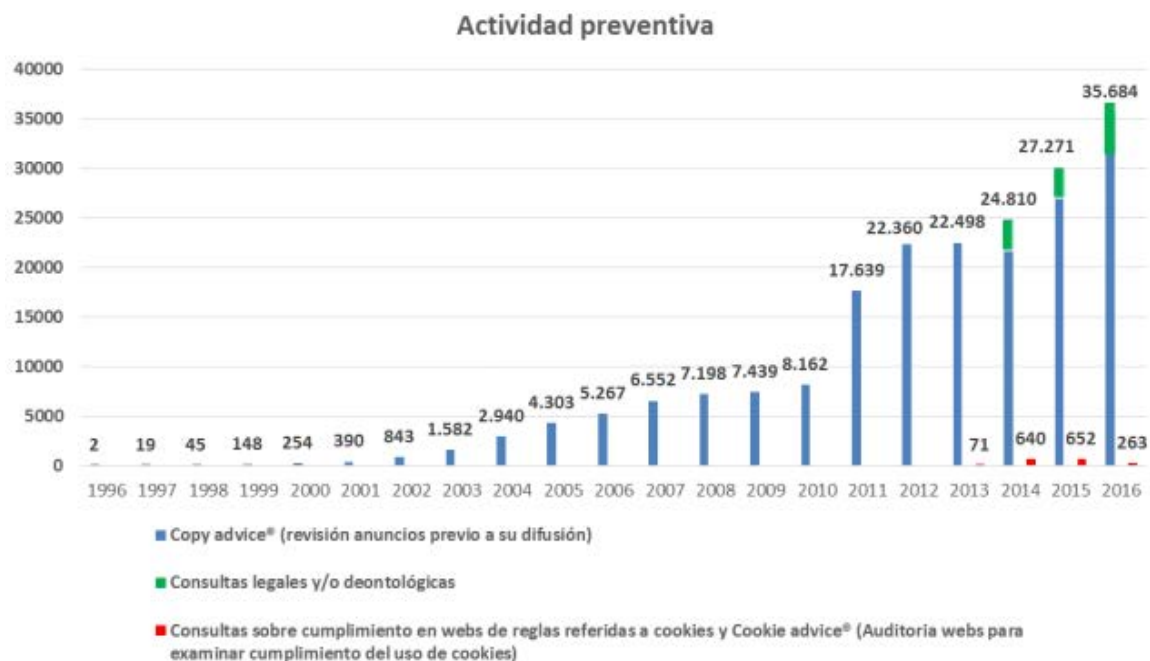
<sup>214</sup> MARÍN LÓPEZ J.M.: “El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma de TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pág. 11.

<sup>215</sup> Estadísticas obtenidas en [www.autocontrol.es](http://www.autocontrol.es).

- En 2016 existe un 20% más de Copy Advice® que en 2015, y un 70% más de consultas legales.
- El Informe EASA 2015 ratifica que España ocupa la décima posición en casos resueltos por el Jurado.
- Más de 500 socios directos (49 nuevas adhesiones en 2016).



Fuente: Balance Anual Autocontrol 2016: [www.autocontrol.es](http://www.autocontrol.es)



Fuente: Balance Anual Autocontrol 2016: [www.autocontrol.es](http://www.autocontrol.es)

## VII.- Organizaciones privadas internacionales que han aprobado documentos sobre la materia

Las organizaciones internacionales no gubernamentales que han elaborado normas en el ámbito de la autorregulación publicitaria poseen una naturaleza heterogénea.<sup>216</sup>

La máxima referencia en este tipo de organizaciones es la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Las reglas privadas creadas por esta organización en materia de publicidad y de marketing son generalmente aceptadas por la comunidad empresarial a escala internacional. La CCI no ha formulado un sistema internacional de autorregulación sino que ha creado un repertorio de documentos bajo la forma códigos de conducta y de directrices: *Guidelines*.

Los documentos elaborados por la CCI más significativos son:

<sup>216</sup> En 1911 se elaboró en América el primer código de conducta en la materia cuando se redactó el Código de Conducta de la Asociación de Clubs de Publicidad de América. Debido a la evolución en el contexto social, los documentos mencionados se van actualizando, reflejando las controversias propias de las nuevas técnicas de publicidad.

Código Ético de Publicidad de 1937<sup>217</sup>; Código de Prácticas Legales en Materia de Publicidad de 1955; Código Internacional de Práctica Publicitaria de 1997- *ICC International Code of Advertising Practice*-, aplicable a la publicidad para la promoción de cualquier modalidad de bienes o servicios y por cualquier medio; Código Internacional sobre Publicidad Medioambiental de 1991-*ICC International Code of Environmental Advertising*-; Directrices sobre publicidad y marketing en Internet de 1998<sup>218</sup>; Código Internacional sobre Marketing Directo de 1998<sup>219</sup>- *ICC International Code of Direct Marketing*-; y el Código Internacional en Materia de Esponsorización de 1992, cuya última reforma data de 2003-*ICC International Code of Sponsorship*-.

En materia publicitaria nos encontramos con otras asociaciones internacionales como es la *International Advertising Association* (IAA), que opera como un sistema de intercambio de información en el entorno de las mejoras publicitarias que colabora con las secciones nacionales en la creación de sistemas de autorregulación.

Al hilo de lo planteado en los párrafos anteriores, nos encontramos con otras organizaciones internacionales como es la Federación Nacional de Anunciantes- *World Federation of Advertisers*-, que promueve la autorregulación pero se ve limitada a la hora de uniformizar los sistemas de autorregulación nacionales.

Para concluir, debemos resaltar *Global Business Dialogue on Electronic Commerce* (GBDe)<sup>220</sup>. Se trata de una iniciativa en el ámbito de la publicidad electrónica cuyo objetivo es la redacción de recomendaciones en un ámbito internacional, afectando así a las legislaciones nacionales y a los estándares de actuación empresarial.

## **CAPÍTULO V.- CUMPLIMIENTO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA**

### **I.- Verificación *a priori*: el *copy advice***

---

<sup>217</sup> Su fin fue promover la autorregulación publicitaria en el ámbito internacional. Este código de conducta, a pesar de sus múltiples reformas, sigue en vigor.

<sup>218</sup> Su objetivo es extender las normas que, hasta ahora se limitaban a regular Internet, a otros medios como SMS, televisión y radio de carácter digital.

<sup>219</sup> En esta línea, debemos tener en cuenta el código internacional sobre promociones de venta de 1987-*International Code of Sales Promotion*- y, por otro lado, el código internacional de venta directa de 1999-*International Code of Direct Selling*.

<sup>220</sup> En 1999, GBDe elaboró ciertas recomendaciones en materia de comunicaciones comerciales. Si bien es cierto que su contenido no integra legislación material destacable, sí se posiciona a favor del principio de control en origen.

El control *a priori* es un instrumento de carácter voluntario que nos permite verificar el cumplimiento de los documentos de buenas prácticas (códigos de conducta), este control es el servicio de asesoramiento previo o *copy advice*.

El *copy advice* es un mecanismo confidencial, voluntario y como regla general no vinculante. Este servicio asesora sobre la corrección legal y ética con carácter previo a la emisión<sup>221</sup> de un proyecto de campaña o anuncio.

La solicitud de este servicio puede provenir del anunciante, de su agencia o del medio donde proceda a emitirse. Esta función de asesoramiento, como regla general, proviene de gabinetes técnicos no vinculados a los jurados que resolverán las controversias. Ahora bien, en España este servicio voluntario es prestado por Autocontrol<sup>222</sup>, a través de su Gabinete Técnico<sup>223</sup>. De este modo, una vez planteado el *copy advice*, juristas y publicistas estudiarán si en el proceso de elaboración un determinado anuncio respeta el contenido normativo y ético de los códigos de conducta. En otras palabras, no se trata de un mecanismo de resolución de conflictos sino una alternativa para evitar que estos se produzcan, es decir, efectúa una labor preventiva. Haciendo referencia al art. 37.4 de la LCD los códigos de conducta *podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios*.

Sin perder de vista el control *a priori*, debemos destacar la puesta en práctica de un sistema de *copy advice* transnacional: EASA. Se trata de un organismo con alcance

---

<sup>221</sup> CURTO GORDO, V.: *Redacción publicitaria. Copy writing*, Barcelona (UOC), 2008, pág. 173.

<sup>222</sup> Representa una asociación voluntaria sin ánimo de lucro, que se rige por la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo reguladora del Derecho de Asociación (publicado en *BOE* núm. 73, de 26 de marzo de 2002). A tenor del art. 5 de los Estatutos de la Asociación, según el texto aprobado por la Asamblea Constituyente el día 11 de mayo de 1995 (cuya última versión data de 25 abril de 2007), su objeto es *contribuir a que la publicidad constituya un instrumento particularmente útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad con exclusión de la defensa de los intereses profesionales*.

<sup>223</sup> GARCÍA ABURUZA, M.P.: “Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección al consumidor?”, *Revista doctrinal Aranzadi*, núm. 6, 2009, págs. 127-158.



transfronterizo que incluye todos los sistemas de autorregulación europeos<sup>224</sup> y algunos de otras zonas<sup>225</sup>.

## **II.- Verificación *a posteriori***

El control *a posteriori* es un instrumento de carácter preceptivo efectuado por parte del organismo de control que opera una vez que se ha difundido la campaña publicitaria. En el supuesto de que se vulnere el código de conducta, las resoluciones valorarán la ilicitud de la publicidad, instando al anunciante a la cesación o modificación de la publicidad.

Al hilo de lo planteado en el párrafo anterior, el Jurado de Autocontrol de la Publicidad constituye un sistema de resolución extrajudicial de conflictos con consumidores. Se basa en la solución de controversias vinculadas con la publicidad emitida a través de Internet, tomando como referencia el Código de Conducta de Confianza Online.

Si las reclamaciones emitidas en materia de publicidad online no figuran en el ámbito de aplicación territorial del sistema de autodisciplina nacional en cuestión, se transmitirán a través del sistema *cross-border complaint*.

### **1.- Sistema de tramitación de reclamaciones transfronterizas (*cross-border complaint*)**

*Cross-border-complaint* es un sistema de tramitación de reclamaciones transfronterizas instaurado por EASA. Transfiere dichas reclamaciones, planteadas ante cualquier órgano (siempre que no sea el del país donde radica el medio de difusión), al organismo de autodisciplina de dicho Estado. Podemos afirmar que este mecanismo más que un verdadero sistema transfronterizo de reclamaciones, es un marco de cooperación entre los sistemas de autorregulación nacionales<sup>226</sup> que, básicamente se fundamenta, en

---

<sup>224</sup> En lo que a España respecta, el sistema de autorregulación se denomina Autocontrol de la Publicidad, que permitirá a través de EASA verificar el cumplimiento de la legislación y los códigos de conducta publicitarios cuando se proceda a difundir una campaña publicitaria en otro país miembro.

<sup>225</sup> Debe tenerse en consideración que, además de EASA, existen organismos supranacionales vinculados con la publicidad. Se trata, entre otros, de: la European Advertising Tripartite (EAT), con sede en Bruselas; la International Advertising Association (IAA), con sede en Nueva York; y la Sociedad Interamericana para la Libertad de Expresión Comercial (SILEC).

<sup>226</sup> El art. 12.2 del Reglamento del Jurado de la Publicidad prevé que tal órgano conocerá y resolverá las reclamaciones transfronterizas que se presenten según los procedimientos establecidos por EASA.

el compromiso asumido por parte de los responsables de los sistemas de autodisciplina de remitir las reclamaciones presentadas por sujetos residentes en su territorio al organismo competente.

Debemos indicar que en el supuesto de Internet, la averiguación del país de origen para la determinación del órgano competente se realizará en función del lugar de establecimiento del anunciante<sup>227</sup>.

En todo caso, si tenemos en cuenta que EASA promueve la aplicación del criterio comunitario de reconocimiento mutuo, los órganos nacionales de autodisciplina deberán admitir las campañas aceptadas por los órganos procedentes de otros países, a pesar de que sus reglas de conducta no sean idénticas<sup>228</sup>.

## **2.- Jurado de autocontrol de la publicidad.**

El Jurado de Autocontrol de la Publicidad es, en materia de publicidad interactiva, un órgano extrajudicial de resolución de conflictos a nivel europeo que, conservando su independencia, se integra en Autocontrol<sup>229</sup>.

Existe un aspecto sobre el que merece la pena incidir, Autocontrol es el único organismo privado español incorporado por la Comisión Europea a su Red Extrajudicial Europea debido al cumplimiento por parte del Jurado de la Publicidad de los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257 CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> Este criterio contrasta con el Derecho comunitario (Directiva de comercio electrónico) donde se especifica que el criterio del país de origen alude al país de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de información que difunde la publicidad.

<sup>228</sup> GALÁN GONZÁLEZ, C.: *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, págs.19-26.

<sup>229</sup> Esta asociación se creó en 1995, tomando como precedente Autocontrol de la Publicidad S.A constituida en 1977. Los asociados de Autocontrol (anunciantes, agencias y medios) representan a más del 75% de la industria publicitaria en España.

<sup>230</sup> Ahora bien, no faltan reclamaciones administrativas en las que expresamente se alude a la falta de independencia e imparcialidad del Jurado de la Publicidad. En este sentido, la Resolución, de 28 de abril de 2008, de la Comisión Nacional de la Competencia (AC 2008, 1775), que desestima el recurso planteado por Ausbank Consumo frente a Autocontrol. A este respecto, Ausbank Consumo entendía que el Jurado carecía de tales caracteres, dado que estaba integrado en la propia estructura de quien crea las normas, ser designado y pagado por Autocontrol.

En los Estatutos de Autocontrol de 11 de mayo de 1995 (reformado por última vez el 3 de abril de 2006) y en el Reglamento del Jurado de la Publicidad de 23 de abril de 1997 (reformado por última vez el 2 de octubre de 2012) se detalla la composición, funciones y funcionamiento del Jurado.

A tenor de los arts. 44.1 del Estatuto de Autocontrol y 3 del Reglamento del Jurado, el Jurado se compone de un presidente, seis vicepresidentes y veinte vocales de indiscutible imparcialidad. En todo caso, los miembros del Jurado deben mantenerse al margen de cualquier tipo de relación las empresas adheridas. Las causas de abstención y recusación se regulan en el art. 14 del Reglamento del Jurado: *a) Tener interés directo o indirecto en el asunto del que conoce el Jurado. b) Prestar o haber prestado servicios profesionales, en un plazo inferior a un año, para alguna de las partes contendientes. c) Mantener o haber mantenido relaciones laborales con alguna de las partes contendientes. d) Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta. e) Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes. f) Tener o haber tenido pleito pendiente con alguna de éstas. g) Amistad o enemistad manifiesta con alguna de las partes.*

El Jurado puede funcionar en pleno o en secciones. El pleno aprueba los anteproyectos de códigos y normas de conducta elaboradas por las secciones y resuelve los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones dictadas por las secciones. Por otro lado, las competencias de las secciones son: resolver reclamaciones por infracción de los códigos y normas de conducta que aplica la asociación; redactar los anteproyectos de códigos y normas de conducta para la asociación; solventar las solicitudes de revisión de *copy advice* planteadas por anunciantes; atender las solicitudes de aclaración de las resoluciones.

Debemos incidir en que la dependencia administrativa del Jurado respecto de Autocontrol de la Publicidad no supone, en ningún caso, que sea un órgano suyo. Está constituido por expertos<sup>231</sup> en diversos campos del saber: Derecho, Economía, Publicidad, Comunicación, Sociología, etc. El Instituto Nacional de Consumo selecciona

---

<sup>231</sup> De hecho, entre los vocales de las diferentes secciones se encuentran ex directivos de agencias de publicidad, ex directivos de medios, así como personas que ocuparon puestos de relevancia en materia de consumo en el ámbito de la Administración Pública.

el 25% de los integrantes<sup>232</sup> del Jurado cuya intervención se efectuará cuando una controversia está planteada y respetando los principios de igualdad de las partes, audiencia y contradicción. Si bien es cierto que su creación es reciente en el tiempo, el sistema de autorregulación publicitaria diseñado por Autocontrol es el instrumento más empleado en la resolución de conflictos en España (superando a los tribunales de justicia<sup>233</sup>).

Los dictámenes emitidos por Autocontrol no tienen el valor jurídico de la resolución del Jurado ya que son emitidos por los órganos de la propia asociación, sin responder a ningún procedimiento regular y sin solventar extrajudicialmente los conflictos.

Al margen de lo planteado en el párrafo anterior, la actuación del Jurado únicamente opera sobre publicidad comercial, excluyendo por consiguiente, toda modalidad de publicidad política, institucional y religiosa. Dentro de este marco y, en virtud del art. 13.2 del Reglamento del Jurado, se exige que la publicidad sea emitida en España en los últimos 12 meses, incluyéndose la publicidad de carácter transfronterizo así como aquella procedente del extranjero si existen indicios de una futura tramitación en España siempre que haya condena en firme por el respectivo órgano nacional de autocontrol integrado en EASA. En este sentido, en función del art. 13.3 del Reglamento del Jurado *no se admitirá a trámite una reclamación referida a una comunicación comercial que haya sido resuelta o esté en tramitación en un proceso judicial o procedimiento administrativo*<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> Autocontrol ha firmado tres convenios con el Instituto Nacional de Consumo-INC-. El primero de tales convenios, firmado en 1999, tiene como fin establecer un marco de relación que posibilite la cooperación mutua en el seguimiento de la publicidad y la detección, corrección, y supresión de la publicidad incorrecta. De hecho, en el mismo, se prevé que corresponderá al INC el nombramiento de un 25% de los miembros del Jurado, como medio para garantizar la participación de los consumidores en dicho órgano.

<sup>233</sup> FERNANDO MAGARZO, M.R.: "Arbitraje y publicidad. La resolución extrajudicial de controversias en el ámbito publicitario: el jurado de autocontrol de la publicidad", *Anuario de justicia alternativa*, núm. 8, 2007, págs. 91- 92.

<sup>234</sup> Debe manifestarse que la presentación de una demanda ante los tribunales de justicia, en relación a una publicidad de la que esté conociendo el Jurado, supondrá la inmediata paralización del procedimiento iniciado en este último.

Finalmente, debemos excluir de la consideración de normas legales<sup>235</sup> a aquellos textos que sirven de referencia a las resoluciones del Jurado de Publicidad ya que, en este caso se estaría invadiendo la función jurisdiccional reflejada en el art. 117 CE que compete exclusivamente a jueces y tribunales<sup>236</sup>. En el ámbito de la publicidad interactiva, las resoluciones de conflictos se fundarán en el código de conducta publicitaria, así como en el de Confianza Online.

En base al art. 12.1 del Reglamento del Jurado: *el procedimiento se incoará por solicitud o reclamación de cualquier persona que tenga interés legítimo en que se proceda en relación con una determinada comunicación comercial. También podrán iniciarlo de oficio, cuando las circunstancias lo requieran, los órganos de gobierno de la Asociación.* Atendiendo a estas consideraciones, cualquier interesado puede presentar una reclamación sin que se exija como condición ser miembro<sup>237</sup> o estar adherido a Autocontrol. Exceptuando aquellas entidades que no forman parte de Autocontrol, nos encontramos ante un procedimiento gratuito<sup>238</sup> siempre que el interesado en cuestión se encuentre asociado a Autocontrol.

En relación con el precepto mencionado en el párrafo anterior, se exige que el actor ostente un interés legítimo, es decir, exista un vínculo con el anuncio en cuestión, de tal forma que la resolución afecte de algún modo al interesado.

Las solicitudes y reclamaciones emitidas al Jurado se han de referir exclusivamente a un único anunciante. Los titulares de los medios de comunicación así como las agencias de publicidad en ningún caso tendrán la consideración de “partes”.

Debemos tener en cuenta que las resoluciones del Jurado pueden recaer tanto en terceros no adheridos como en empresas asociadas. En cualquier caso, debemos

---

<sup>235</sup> Esta situación varía respecto a la calificación de la naturaleza jurídica de la autodisciplina publicitaria propia de la doctrina italiana que valora las normas éticas de la publicidad como parte de un ordenamiento jurídico privado.

<sup>236</sup> BARONA VILAR, S.: *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, pág. 258.

<sup>237</sup> En determinados códigos de conducta se exige, antes de acudir a la vía judicial o administrativa, el deber de plantear la reclamación ante el Jurado. A modo de ejemplo, sería el caso del Código Español de Buenas Prácticas para la promoción de los medicamentos y de interrelación de la industria farmacéutica con los profesionales sanitarios.

<sup>238</sup> Debemos poner de relieve el coste variable de las acciones acometidas por los no asociados ante el Jurado. De modo orientativo, el coste de la tramitación de reclamaciones es de 2400€, mientras que la tramitación de recursos de alzada ante el Pleno del Jurado es de 1800 euros.

considerar que los pronunciamientos del Jurado son de obligado cumplimiento para sus destinatarios, con independencia de que estos estén asociados o simplemente hayan aceptado como terceros no adheridos la actuación de dicho órgano.

### ***2.1.- Pronunciamiento del Jurado de la Publicidad frente a empresas***

Como regla general, podemos afirmar que las empresas adheridas al sistema de autorregulación son el objeto principal de sus pronunciamientos. En cualquier caso, los códigos de conductas constituyen la base sobre la cual el Jurado resolverá las controversias en el ámbito de la publicidad interactiva<sup>239</sup>.

En todo caso, debemos aclarar que la actuación del Jurado de la Publicidad respecto a empresas adheridas se limitará a aquellos supuestos en los que la mediación de Autocontrol no prospere. En efecto, se trata de un mecanismo de resolución de conflictos voluntario para las partes y previo a la intervención del Jurado, que consiste en determinar las posiciones de ambas partes por parte del secretario del Jurado que actúa como tercero.

El secretario del Jurado está legitimado para proponer soluciones al conflicto planteado, supuesto que ha generado controversias a la hora de considerar la imparcialidad del Jurado si el sujeto que reclama decide someter en un futuro el conflicto a tal procedimiento donde el mediador actúa como secretario.

En términos generales, las situaciones que generan la presentación de reclamaciones son: el envío vía MMS (*Multimedia Messaging System*), SMS (*Short Message Service*) o correo electrónico de comunicaciones comerciales no solicitadas previamente; infracción de los derechos de propiedad intelectual e industrial; discriminación por razón de raza, sexo, religión, orientación sexual, motivos políticos o por otras causas sociales o personales.

### ***2.2.- Pronunciamiento del Jurado de la Publicidad frente a terceros***

Teniendo en consideración la voluntariedad que rige en el proceso de incorporación de cualquier sistema de autorregulación por parte de los prestadores de

---

<sup>239</sup> BUSTO LAGO, J.M.: *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Navarra (Thomson Aranzadi), 2007, págs. 163.

servicios de la sociedad de la información, la entidad promotora no puede demandar el cumplimiento<sup>240</sup> de un empresario no adherido al código de conducta en cuestión.

Si bien es cierto que el sistema se caracteriza por su voluntariedad, no podemos negar la fuerza moral que desprenden los pronunciamientos del Jurado de la Publicidad, bien se trate de sujetos adheridos, o bien no se hayan incorporado al sistema.

A este respecto, el Jurado no dictará resolución<sup>241</sup> si un tercero no asociado rechaza someterse al Jurado. Esta situación no obsta para que el reclamante solicite al Jurado un dictamen<sup>242</sup> no vinculante<sup>243</sup> sobre la publicidad del tercero no asociado.

Con motivo de la SAP de Madrid, de 24 de mayo de 2004<sup>244</sup>, Autocontrol modificó el Reglamento del Jurado, por lo tanto, en la actualidad si un tercero no asociado se niega a someterse al procedimiento del Jurado, éste no dictará resolución. No obstante, el reclamante puede solicitar un dictamen<sup>245</sup> no vinculante en relación con la publicidad del tercero no asociado.

Finalmente, existe un movimiento doctrinal que mantiene que los sistemas de autorregulación pueden pronunciarse sobre la eventual vulneración de normas éticas cometida por empresas no adheridas, siempre que actúen en cooperación con las

---

<sup>240</sup> Debemos apuntar que, a diferencia de las normas jurídicas, los códigos de conducta carecen de aplicación general.

<sup>241</sup> El término resolución se emplea cuando la reclamación se dirige frente a un socio o a un no socio que haya aceptado la competencia del Jurado de la Publicidad.

<sup>242</sup> El sistema extrajudicial de resolución de conflictos expresará su valoración en un dictamen, de este modo manifestará su opinión deontológica sin vincular a las empresas no adheridas.

<sup>243</sup> Dictamen de 30 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol. Muestra su parecer sobre la corrección deontológica de una publicidad de la que es responsable la empresa Don Piso Franquicias S.L. La Sección entendió que la publicidad reclamada infringiría la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL. En este supuesto, el anunciante no estaba adherido al sistema de autodisciplina: “este dictamen constituye una mera opinión, no vinculante, sobre la corrección ética y deontológica de la campaña publicitaria en cuestión, emitida por expertos en la materia”.

<sup>244</sup> En esta sentencia se analizaba la actuación del Jurado de la Publicidad, consistente en afirmar la infracción del código de conducta publicitaria cometida por un anunciante. Cuando se dicta la resolución, el anunciante no era asociado y además se había opuesto expresamente a que el Jurado actuase. En efecto, tanto la SAP de Madrid como la del Juzgado de Primera Instancia consideraron que el Reglamento del Jurado slo puede entenderse en los terceros que han manifestado un sometimiento expreso y voluntario al procedimiento del Jurado.

<sup>245</sup> El dictamen no vinculante no será difundido por la Asociación ni publicado en la Web. Se trata de una opinión deontológica emitida por expertos relativa a la corrección de comunicaciones comerciales.

Administraciones Públicas. De esta forma, se conciben como mecanismos de verificación de la legislación publicitaria.



## CONCLUSIONES

Los últimos párrafos de este trabajo se centrarán en formular una breve relación de conclusiones a través de las cuales se persigue subrayar las principales aportaciones del mismo:

**PRIMERA:** La publicidad entendida como forma de comunicación comercial realizada por empresarios en el mercado, se concibe en nuestro ordenamiento jurídico, como una manifestación de la libertad de expresión. En este sentido, podemos afirmar que se fomenta la autonomía individual, el libre desarrollo de la personalidad, la verdad, así como la eficiencia en el funcionamiento del mercado teniendo en cuenta todos los agentes que operan en el mismo, y ello dentro del margen de exageración tolerable por el legislador.

**SEGUNDA:** El legislador comunitario ha manifestado la relevancia de las actuaciones publicitarias en un contexto donde las nuevas tecnologías juegan un papel esencial en las comunicaciones comerciales actuales. De esta forma, se ha visto obligado a matizar su régimen jurídico, delimitando los criterios para calificar las prácticas comerciales ilícitas, y por ello desleales. En efecto, el afán del legislador comunitario se centra en lograr una protección satisfactoria de los intereses del público destinatario a través de un conjunto de directivas que tratan de prohibir las actuaciones publicitarias engañosas. Debemos señalar que el público destinatario se encuentra en una posición de inferioridad respecto a los empresarios debido al empleo de mecanismos publicitarios para modificar los hábitos de los consumidores, manipulando así su comportamiento en el mercado respecto a los bienes, productos o servicios ofertados por los mismos.

**TERCERA:** Con el objetivo de incrementar la protección de consumidores y usuarios, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, ha modificado el régimen jurídico de la publicidad y de la competencia desleal. Como resultado de ello, nos encontramos ante la existencia de una doble regulación de la publicidad ilícita, tanto en la LGP como en la LCD. No obstante, actualmente la regulación es clara, puesto que los actos de publicidad ilícita reconocidos en el art. 3 LGP son calificados como actos de competencia desleal, por lo que se aplica el régimen previsto para dichas conductas. Particularmente destacados son los supuestos del art. 3 b) LGP, que califica de publicidad ilícita por resultar engañosa.

**CUARTA:** Respecto a los sujetos que intervienen en la publicidad, considero que han de delimitarse con precisión a fin de aplicar correctamente la normativa vigente. Así, ha de tenerse en cuenta que la publicidad afecta en primer lugar al anunciante, que es el emisor del mensaje publicitario y que se configura como la persona en cuyo interés se realiza. El anunciante será preferentemente un operador económico (empresario o profesional), pero también puede suceder que cualquier otra persona a título privado (y, por tanto, no profesional) formule ofertas publicitarias. En este supuesto, esta actividad quedaría excluida del régimen jurídico de la publicidad partiendo de la delimitación conceptual que establece la LGP, y que determina la aplicación única de referido régimen a los operadores del mercado. Además, debe señalarse la exclusión que afecta a la publicidad institucional.

La publicidad no se realiza de una forma aislada, sino que, dada la importancia económica de esta actividad, existen agentes y medios publicitarios profesionales. Los agentes son las personas físicas o jurídicas que se dedican de manera profesional y organizada a cambio de una contraprestación económica a crear, preparar, programar o ejecutar la publicidad por cuenta de un anunciante. Y finalmente, no debemos olvidar las empresas que habitualmente se dedican a la difusión de la publicidad a través de medios de comunicación social cuya titularidad ostentan.

**QUINTA:** Al estudiar el tema que nos ocupa, me parece especialmente significativo destacar la inminente evolución de la difusión publicitaria en Internet. Si bien es cierto que la crisis económica de la última década ha generado devastadores efectos, la inversión publicitaria en Internet presenta expectativas muy optimistas. Por otra parte, debemos poner de relieve que este exponencial crecimiento tiene como punto de partida los beneficios generados tanto en los agentes como en los medios de publicidad.

**SEXTA:** A propósito de la diferencia de los medios tradicionales, he podido comprobar que la publicidad online presenta una serie de ventajas que justifican su importancia económica actual y de futuro. En primer lugar, Internet provee instrumentos de monitorización del potencial comportamiento del usuario derivando en una elevada personalización, es decir, obtiene el perfil del destinatario en función de sus preferencias. En segundo lugar, en contraposición con los medios de difusión tradicionales donde el consumidor interviene de forma pasiva, en la publicidad online el destinatario ejerce un papel activo ya que interactúa con el empresario pudiendo solicitar aclaraciones e

información complementaria sobre la oferta presentada. Finalmente, debemos incidir en el crecimiento exponencial que, a nivel mundial, están llevando a cabo los usuarios de Internet. En el año 2017, más de la mitad de la población mundial utiliza Internet, con más de 3.750 millones de personas online.

**SÉPTIMA:** Resulta asimismo interesante destacar los principales inconvenientes que acompañan a las ventajas expuestas con anterioridad. La publicidad online engañosa como consecuencia del contacto entre consumidor y empresario incrementa la presión a la que este se puede ver sometido para adquirir el producto. En segundo lugar, la personalización de la publicidad puede implicar una intromisión en ámbitos privados del consumidor. En esta línea, se priva al destinatario de la posibilidad de realizar una prueba sosegada de las ofertas presentes en el mercado pudiendo incluso contratar un servicio, no por las características inherentes de mismo, sino por el deseo de liberarse de las molestias sufridas con la actividad publicitaria. Atendiendo a estas consideraciones, existe un riesgo de generalización de estas prácticas degradando sustancialmente la competencia económica y generando métodos empresariales insoportables para los particulares.

**OCTAVA:** En relación con los medios de impugnación, el titular de derechos afectado por la emisión de una publicidad engañosa dispone de dos vías. Por un lado, de las acciones judiciales reguladas en la LCD (declarativa, cesación, rectificación, remoción, resarcimiento de daños y perjuicios y enriquecimiento injusto). Por otro, puede acudir al Jurado de Autocontrol como medio extrajudicial de autorregulación publicitaria donde debemos aludir al Código de Conducta Publicitaria. Debemos tener en cuenta que la legitimación activa para ejercitar dichas acciones se atribuye a cualquier persona afectada y a quienes ostenten un interés legítimo. La autorregulación publicitaria constituye un sistema más ventajoso por ser más rápido y menos costoso que la vía judicial. Asimismo, es un órgano especializado en esta materia, razón por la cual, estudiará el caso planteado de una manera más detallada.

**NOVENA:** Como conclusión final de este Trabajo Fin de Grado, considero que la extensión, persistencia y perjuicios económicos procedentes de determinadas prácticas comerciales engañosas, tanto a escala nacional como internacional, deben abordarse de forma más específica y eficiente a nivel de la UE. En esta línea, la actual Directiva 2006/114/CE no integra un procedimiento de cooperación transfronteriza por lo que las

autoridades nacionales carecen de una base formal para solicitar una actuación a sus homólogos de otros Estados miembros. Al mismo tiempo, no existen mecanismos contrastados que nos faciliten la posibilidad de compartir información sobre actuaciones comerciales de las empresas europeas. De este modo, en las prácticas engañosas transfronterizas las víctimas ejercerán en jurisdicciones extranjeras costosas acciones civiles. Las evidencias anteriores muestran la importancia de asegurar que la normativa europea imponga la armonización plena en los sectores correspondientes.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVÁREZ ARMAS, E. y DECHAMPS M.: “Arrêt Pammer et Hotel Alpenhof L'équilibre entre consommateurs et professionnels dans l'e-commerce”, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, págs. 447-453.
- ANTÓN JUÁREZ, I.: “Problemas de la venta on line de productos de marca”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 16, 2015, recurso electrónico.
- ARCEMEDIA: *Índice de inversión publicitaria*, [http://www.arcemedia.es/images/i2p\\_1\\_2010.pdf](http://www.arcemedia.es/images/i2p_1_2010.pdf), 2010.
- ARQUÉS SALVADOR, N.: *Aprender comunicación digital*, Barcelona (Paidós), 2006.
- ASOCIACIÓN EUROPEA DE PUBLICIDAD INTERACTIVA: *Estudios Mediascope Europe 2010*, <http://recursos.anuncios.com/files/340/66.pdf>, 2010.
- AVENTOSA DEL RÍO, J.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Valencia (Universitat de Valencia), 2008.
- BALKYTÉ, A.: “Perception of Competitiveness in the Context of Sustainable Development Facets of Sustainable Competitiveness”, *Journal of Business and Management*, núm. 2, 2010, págs. 341-365.
- BARONA VILAR, S.: *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008.
- BUSTO LAGO, J.M.: *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Navarra (Thomson Aranzadi), 2007.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, págs. 79-167.
- CARRIZO AGUADO, D.: “La relación de causalidad como indicio justificativo de la actividad dirigida en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2016, págs. 301-317.
- CAZORLA GONZÁLEZ, M.J.: “La incidencia de la publicidad engañosa en el consumidor”, en AA.VV (TOMILLO URBINA, J.L. Dir.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Madrid (Civitas), 2008.

- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L.: “Una aproximación a la problemática legal ocasionada por la publicidad a través de palabras clave o "keywords advertising" en internet”, en AA.VV (VIERA GONZÁLEZ, A.J., Dir.): *Distribución comercial y derecho de la competencia*, Navarra (Aranzadi), 2011.
- CORTÉS MARTÍNEZ, D.: “La banca online”, en AA.VV. (MÉNDIZ NOGUERO, A. Y VICTORIA MAS, J.A. Coords.), *Publicidad, comunicación y Marketing en Internet. Reiniciar el sistema: Actas de las III Jornadas de Publicidad Interactiva*, Málaga (Área de Cultura y Educación de la Diputación Provincial de Málaga), 2002.
- CUESTA RUTE, J.M.: *Curso de Derecho de la Publicidad*, Navarra (Eunsa S.A), 2002.
- CURTO GORDO, V.: *Redacción publicitaria. Copy writting*, Barcelona (UOC), 2008.
- CURTO POLO, M.: “Notas sobre la publicidad engañosa y su tratamiento jurisprudencial”, *Revista quincenal*, 2000, núm. 3, págs. 2379-2414.
- DAUSES, M.A.: “La Jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior”, *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 39, 2000, pág. 305-328.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid (Iustel), 2005.
- “Restricciones nacionales a la publicidad en Internet y Derecho de la Unión”, *Diario La Ley*, núm. 49, 2017, recurso electrónico.
- DÍAZ GÓMEZ, M.A.: “Ámbito objetivo y subjetivo de la integración publicitaria prevista en el art. 61 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 2, 2008, págs. 65-99.
- DOUGLAS, T.: *Guía completa de la publicidad*, Madrid (Blume), 1999.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con consumidores internautas - Comentario a la STJUE de 7 de diciembre de 2010, As. C-585/08 y C-144/09”, *Noticias de la Unión Europea*, 2012, núm. 329, págs. 181-188.
- ESTEBAN TALAYA, A.: *Principios de Marketing*, Madrid (Esic), 2006.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C.: “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias: introducción al estudio de los principios generales de la publicidad”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 107, 1968, pág. 489-507.

- “La publicidad encubierta”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 1976, págs. 371-400.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: “Respuesta penal frente a fraudes cometidos en Internet: estafa, estafa informática y los nudos de la Red”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2007, págs. 217-243.
- FERNANDO MAGARZO, M.R.: “Arbitraje y publicidad. La resolución extrajudicial de controversias en el ámbito publicitario: el jurado de autocontrol de la publicidad”, *Anuario de justicia alternativa*, núm. 8, 2007, págs. 91-92.
- GALÁN GONZÁLEZ, C.: *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005.
- GARCÍA ABURUZA, M.P.: “Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección al consumidor?”, *Revista doctrinal Aranzadi*, núm. 6, 2009, págs. 127-158.
- GARCÍA MEXÍA, P.: *Derecho europeo de Internet: hacia la autonomía académica y la globalidad geográfica*, La Coruña (Netbiblo), 2009.
- GARCÍA PÉREZ, R.: “Obstáculos a la libre circulación de mercancías generados por las normas sobre competencia desleal de los Estados miembros (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2000, "Estée Lauder/Lancaster")”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 2000, págs. 451-468.
- GARCÍA UCEDA, M.: *Las claves de la publicidad*, Madrid (Esic), 2008.
- GARCÍA VIDAL, A.: *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa*, Madrid (Marcial Pons), 2010.
- GÓMEZ SEGADE, J.A.: *Comercio Electrónico en Internet*, Madrid (Marcial Pons), 2001.
- GONZÁLEZ GRANDA, P.: “Protección judicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, núm. 4, págs. 1-36.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: “UE luces y sombras en la propuesta revisión de la normativa comunitaria sobre la publicidad engañosa y la comparativa”, *Autocontrol*, núm. 187, 2013, págs. 12-15.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A.: “La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario: cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *Estudios sobre consumo*, núm. 79, 2006, págs. 17-34.

- HERRERO SUÁREZ, C.: “La Publicidad ilícita” en AA.VV: *Derecho de la Publicidad*, Navarra (Aranzadi), 2015.
- IGLESIAS PRADA, J.L.: *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid (Civitas), 1996.
- IRÁKULIS ARREGUI, N.: “Publicidad lícita y ética”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, 2008, págs. 71-128.
- JOINT, A.: *Selling cyberspace: new legal segues emerge as the online advertising industry continues to grow*, 2003.
- LEANDRO, A: “Trasporti marittimi: nella formula tutto compreso non basta un sito per dirigere l'attività all'estero”, *Guida al Diritto*, 2011, núm. 2, págs. 111-113
- LEMA DEVESA, C.: “La publicidad engañosa y la publicidad comparativa en la Ley de Competencia Desleal”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 58, 2010, págs. 89-106.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: “El sistema de autodisciplina europeo en materia de comercio electrónico el código de conducta Euro-Label”, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 77, 2009, págs. 263-280.
- “La publicidad desleal en la competencia en el ámbito digital: publicidad denigratoria, confusionista y comparativa”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 15, 2013, págs. 117-137.
- “La publicidad engañosa en la red”, *Revista valoraciones desde el ordenamiento jurídico europeo y español*, núm. 1, 2013, págs. 55-69.
- La publicidad en Internet. Regulación y Autorregulación*, Navarra (Aranzadi), 2013.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: “La protección del consumidor en el entorno digital”, en AA.VV. (GARCÍA MIRETE, C.), *Derecho TIC*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.
- MARCHAL ESCALONA, N.: *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Granada (Comares), 2002.
- MARÉCHAL, C.: “Liens « sponsorisés » et droit des marques: les suites de l'arrêt Google”, *Gazette du Palais*, núm. 10, págs. 351-352
- MARÍN LÓPEZ J.M.: “El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma de TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, págs. 9-16.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., HERRERO SUÁREZ, C., HERNÁNDEZ-RICO, J. y MARTÍN GARCÍA, L.: *Derecho de la publicidad*, Pamplona (Aranzadi), 2015.



- MARTÍNEZ NADAL, A.: “Publicación en páginas web de valoraciones falsas con incidencia en la reputación digital de los empresarios de alojamiento”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297, 2015, págs. 139-169.
- MARTÍNEZ SALCEDO, J.C.: “Derecho comunitario europeo sobre publicidad y su transposición al derecho español”, *Revista Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, núm. 29, 2016, págs. 101-122.
- MEDIA SCOPE: El estudio de Calidad de los Medios de Comunicación en España,** <http://www.grupoconsultores.com/spa/files/mediascope09.pdf>., 2009.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *Problemática jurídica de la publicidad en Internet*, Madrid (La Ley), 2001.
- NEWMAN RODRÍGUEZ, S.: “La protección de los competidores en Europa”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2010, págs. 5-9.
- OTERO LASTRES, J.M.: “Los eslóganes publicitarios en la jurisprudencia”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 282, 2011, págs. 7-28.
- PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación”, *Revista de derecho privado*, núm. 96, 2012, págs. 25-59.
- PATIÑO ALVES, B.: *La autorregulación publicitaria*, Barcelona (Bosch), 2007.
- PRICEWATER-HOUSECOOPERS: Global Entertainment and Media Outlook,** <http://kc3.pwc.es>, 2009.
- RAMOS FERNÁNDEZZ, F.: *La publicidad contaminada: los consumidores ante la autorregulación publicitaria*, Madrid (Universitas), 2012.
- REYES LÓPEZ, M.J.: *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Madrid (La Ley), 2012.
- RIBAS ALEJANDRO, J.: “Marketing y publicidad en Internet”, *Boletín Oficial de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 28, 1999, págs. 15-49.
- RODRÍGUEZ DEL BOSQUE, I., SUÁREZ VÁZQUEZ, A. y GARCÍA DE LOS SALMONES, M.M.: *Dirección publicitaria*, Barcelona (UOC), 2008.
- ROMERO MELCHOR, S.: “La sentencia "Lancaster" ¿un lifting de la noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas?”, *Gaceta Jurídica de la U.E. y de la Competencia*, 2000, nº 209, págs. 59-72.
- RUIZ PERIS, J.I.: *La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

- SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V.: *Régimen jurídico de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Madrid (La Ley), 2007.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A.J.: “Publicidad en Internet mediante nombres de dominio e indicadores de hipertexto”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 34, 2014, págs. 7-14.
- STABILE, S.: *La pubblicità nel cyberspace fra business, etica e autodisciplina*, Milano (Egea), 1999.
- TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C.: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid (La Ley), 2010.
- TATO PLAZA, A.: “La protección de las creaciones publicitarias”, *Revista para el Análisis del Derecho*”, núm. 1, 2017, págs. 1-42.
- TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Algunos supuestos de publicidad engañosa”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 86, 2010, págs. 337-350.
- TOBÍO RIBAS, A.M.: “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 237, 2000, págs. 1155-1210.
- TORNÉ, M.: “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sentencia de 7 de diciembre de 2010, Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG y Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011, núm. 2 pág. 543-550.
- VÁZQUEZ RUANO, T.: “La promoción de la marca a través de las técnicas publicitarias utilizadas en Internet”, en AA.VV (MARTÍNEZ GUTIERREZ, A., Dir.): *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, Madrid (La Ley), 2009, pág. 565.
- VEGA VEGA, J.A.: *Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual*, Madrid (Reus), 2002.
- “La contratación publicitaria: normas generales”, *Tratado de Derecho de la Competencia y la Publicidad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, págs. 1983-1986.
- Derecho mercantil electrónico*, Madrid (Reus), 2015.
- VILAJOANA, A.: *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Barcelona (UOC), 2011.
- ZUBERO QUINTANILLA, S.: *Las Declaraciones Publicitarias en la Contratación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.

## ENLACES WEBS MÁS UTILIZADOS

<http://infoadex.factoriadigitalpremium.es/infoadex3/content/46-resumen-anual>

[http://www.autocontrol.es/pdfs/balance\\_16\\_AUTOCONTROL.pdf](http://www.autocontrol.es/pdfs/balance_16_AUTOCONTROL.pdf)

<https://confilegal.com/20170319-crecen-en-un-20-durante-el-2016-las-consultas-previas-efectuadas-a-autocontrol/>

<https://marketing4ecommerce.net/usuarios-de-internet-mundo-2017/>

<https://www.marketingdirecto.com/marketing-general/publicidad/la-inversion-publicitaria-en-medios-crece-un-59-en-2014-segun-infoadex>

## **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

### **Jurisprudencia Internacional**

#### **Jurisprudencia Comunitaria**

STJCE 16 de enero 1992, Nissan, Asunto C-373/90.

STJUE 13 enero 2000, Asunto C-220/98 (Estée Lauder Cosmetics GmbH contra Co. OHG)

STJCE 25 octubre 2001, Asunto C-112/99 (Caso Toshiba Europe GmbH contra Katun Germany GmbH)

STJCE 8 abril 2003, Asunto C-44/2001 (Caso Pippig Augenoptik GmbH and Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH)

STJCE 23 febrero 2006, Asunto C-59/05 (Caso Siemens AG contra VIPA Gesellschaft für Visualisierung und Prozeßautomatisierung mbH)

STJCE 8 noviembre 2007, Asunto C-143/06 (Caso Ludwigs-Apotheke München Internationale Apotheke contra Juers Pharma Import-Export GmbH).

STJCE 19 abril 2007, Asunto C-381/05 (Caso De Landtsheer Emmanuel SA contra Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne Veuve Clicquot Ponsardin SA)

STJCE 7 diciembre 2010, Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09 (Peter Pammer Hotel Alpenhof GesmbH contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG Oliver Heller)

STJUE 23 marzo 2010, Asunto C-278/08 (Google France SARL y otros contra Louis Vuitton Malletier SA y otros)

STJUE 5 mayo 2011, Asunto C-316/09 (Caso MSD Sharp and Dohme)

STJUE 11 julio 2013, Asunto C-657/2011 (Belgian Electronic Sorting Technology NV contra Bert Peelaers)

STJUE 13 marzo 2014, Asunto C-52/13 (Caso Posteshop).

STJUE 4 mayo 2016, Asunto C-358/14 (Caso Polonia/Parlamento y Consejo)

STJCE 8 febrero 2017, Asunto C-562/15 (Carrefour Hypermarchés SAS contra ITM Alimentaire International SASU).

STJUE 4 mayo 2017, Asunto C-339/15 (Vanderborght)

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

STEDH 5 marzo 2009 (Caso Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia)

STEDH 13 julio 2012 (Caso Mouvement Raelien contra Suiza)

STEDH 19 febrero 2015 (TEDH 2015\26) (Caso Ernest August Von Hannover contra Alemania)

### **Jurisprudencia interna**

#### **Tribunal Supremo**

STS 20 marzo 2000 (RJ 2000\2019)

STS 4 junio 2003 (RJ 2003\5856)

STS 5 octubre 2005 (RJ 2005\8755)

STS 4 julio 2005 (RJ 2005\5093)

STS 22 febrero 2006 (RJ 2006\828)

STS 22 febrero 2006 (RJ 2006\828)

STS 25 abril 2006 (RJ 2006\2201)

STS 3 abril 2008 (RJ 2007\1757)

STS 18 noviembre 2008 (RJ 2008\6054)

STS 24 junio 2008 (RJ 2008\3232)

STS 19 mayo 2008 (RJ 2008\3089)

STS 15 enero 2009 (RJ 2010\415)

STS 13 octubre 2009 (RJ 2009\5567)

STS 30 mayo 2011 (RJ 2011\3995)

STS 18 noviembre 2011 (RJ 2012\1631)

STS 15 febrero 2017 (RJ 2017\586)

#### **Audiencias Provinciales**

SAP Madrid 29 septiembre 2000 (AC 2000\2083)

SAP Castellón 17 abril 2001 (AC 2001\1779)

SAP Orense mayo 2009 (AC 2009\1570)

SAP Barcelona 2 julio 2009 (JUR 2009\464831)

SAP Pontevedra 5 noviembre 2010 (AC 2010\26)

SAP Madrid 8 junio 2010 (AC 2010\1245)  
SAP Islas Baleares 19 octubre 2011 (AC 2011\1585)  
SAP Madrid 3 julio 2013 (AC 2013\2110)  
SAP Barcelona 18 diciembre 2013 (AC 2013\830)  
SAP Madrid 17 octubre 2014 (AC 2014\1999)  
SAP Guipúzcoa 26 junio 2014 (AC 2014\1749)  
SAP Barcelona 26 junio 2014 (AC 2014\1457)  
SAP La Rioja 27 febrero 2015 (AC 2015\648)  
SAP Málaga 22 diciembre 2016 (AC 2017\235)  
SAP Madrid 11 diciembre 2016 (AC 2016\164)  
SAP Barcelona 30 junio 2016 (JUR 2016\194768)

### **Resoluciones del Jurado de Autocontrol**

Resolución de 3 de noviembre de 2016  
Resolución de 26 de enero de 2017  
Resolución de 1 de febrero de 2017  
Resolución de 9 de febrero de 2017  
Dictamen de 9 de marzo  
Resolución de 9 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol  
Resolución de 9 marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol  
Resolución de 16 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol.  
Resolución de 16 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol.  
Resolución de 16 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol  
Resolución de 23 de marzo de 2017 del Jurado de Autocontrol  
Dictamen de 30 de marzo de 2017  
Resolución de 6 de abril de 2017 del Jurado de Autocontrol  
Resolución de 6 de abril de del Jurado de Autocontrol  
Resolución de 6 de abril de 2017 del Jurado de Autocontrol  
Dictamen de 6 de abril de 2017  
Resolución de 11 de mayo de 2017 del Jurado de Autocontrol  
Resolución de 11 de mayo de 2017 del Jurado de Autocontrol