

Capítulo 26

**La publicidad contaminada y
las fronteras de la licitud* .**

Dr. Fernando Ramos.
Universidad de Vigo.

* Intervención tenida en el “VII Congreso y Asamblea de la Sociedad Española de Periodística (SEP)”, celebrado en Sevilla entre los días 7 y 9 de marzo de 2002, cuyo texto original fue presentado como comunicación.

La publicidad engañosa contamina todos los ámbitos de la comunicación. Este fenómeno se solapa con la desaparición de las tradicionales fronteras que han diferenciado los contenidos comerciales de los informativos en el periodismo solvente. Los presentadores de determinados espacios de gran audiencia lanzan sucesivamente, sin solución de continuidad, tanto mensajes comerciales como informativos. Además, el incremento de publicidad engañosa, especialmente en televisión, constituye un fenómeno que queda reflejado en el propio balance del Jurado de la Asociación para la Autorregulación Comercial, que en el año 2001 detectó 37 casos de anuncios que vulneraban sin paliativos en principio de veracidad; es decir, era publicidad ilícita sin más¹.

¹ El Jurado de Autorregulación Publicitaria (JAAP) es un órgano especializado, e independiente, creado en el seno de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, dedicado a tareas deontológicas en el ámbito de la publicidad. Está compuesto por diez miembros, juristas de reconocida competencia y expertos en materias publicitarias. El Jurado actúa en Pleno, que tiene reservadas determinadas funciones, y en Secciones. Para el primero se necesita la presencia de 6 miembros, incluido el presidente. Las secciones, que no tienen adscripción funcional, sino que están numeradas simplemente, las componen tres miembros, y están presididas por un vocal jurista. Las competencias del JAAP están distribuidas entre el Pleno y las Secciones. Son competencias del primero: a) Aprobar los Anteproyectos de códigos de conducta que le propongan las Secciones. b) Actuar como instancia de las Secciones y resolver los recursos de alzada contra sus resoluciones; c) Emitir dictámenes según las propuestas que le formulen las Secciones. El Pleno, además, se reserva una función procesal específica: la de resolver sobre la petición de adopción de medidas cautelares instadas en algún procedimiento disciplinario. Las Secciones, que actuarán mediante un sistema de reparto de asuntos llegados al JAAP, tienen las

LAS TECNOLOGÍAS PERIODÍSTICAS: DESDE EL AYER AL MAÑANA

Casi el 51 por ciento del total de las resoluciones en respuesta a las 248 reclamaciones que presentaron empresas, asociaciones empresariales, consumidores y la propia Administración, contra 105 anuncios, y que fueron resueltas por el Jurado de Ética Publicitaria, por medio de 73 resoluciones, respondían a supuestos –confirmados- de actos de engaño.

El segundo gran apartado de publicidad ilícita consiste en la infracción de los principios de legalidad en el contenido de los reclamos, seguido del abuso de la confianza de los consumidores, vulnerando el principio de la buena fe que debe regir las relaciones comerciales.

La Ley 26/1984, de 19 de julio, General de la Defensa de los Consumidores, introdujo importantes novedades sobre el ámbito del control y alcance de la publicidad. Modificó la vieja concepción de que se trataba simplemente de una información inocua, que no suponía garantía o responsabilidad alguna como consecuencia de sus contenidos. Se ha establecido con claridad una nueva doctrina (que llevada a sus últimas consecuencias enlaza con la del contrato de adhesión, en el sentido de que los consumidores pueden exigir el cumplimiento efectivo de las prestaciones o contenidos de los anuncios o reclamos publicitarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado (art. 8.1)².

siguientes competencias: a) Emitir informes y propuesta de dictámenes que se les soliciten; b) Elaborar las propuestas de códigos deontológicos; c) Resolver los expedientes por infracción de los mismos; d) Resolver los recursos que se presenten contra la inadmisión de reclamaciones, adoptada por el Comité de Examen Previo (órgano que filtra previamente las reclamaciones presentadas) e) Actuar como árbitro en aquellas cuestiones que les sean sometidas. Para que el JAAP actúe, hay que iniciar un procedimiento establecido por el Reglamento. Puede ser de oficio o a instancia de parte, considerándose como tal cualquier persona que demuestre tiene un interés legítimo respecto a determinada y concreta publicidad explícita.

² RAMOS FERNÁNDEZ, Fernando: *Manuel de Derecho de la Información y la Publicidad*. Laverde Ediciones, Santiago de Compostela, 2000, págs. 243 y ss.

Además, los productos deben incorporar de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente (art. 13). La publicidad falsa o engañosa de productos o servicios se considera un fraude, además de sancionar con la misma calificación cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del producto o servicio (art. 34.4).

Con frecuencia, el engaño aparece en el ámbito inmobiliario y del sector de servicios. Uno de los más llamativos casos recientes se produjo en una urbanización de Ourense, anunciada en su día con un equipamiento que incluía piscina en zona verde, cancha de tenis y zona ajardinada propia. Nada de esto existía, y veintiséis afectados tendrán que ser indemnizados por daños económicos y morales.

No existía otro verde que el de la maqueta expuesta durante años en las oficinas de la agencia inmobiliaria. Tanto este montaje como los anuncios de prensa mostraban una piscina en zona verde, cancha de tenis y zona ajardinada propia. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ourense establece que la publicidad *“inducía a error a los posibles compradores”*. La piscina se construyó sobre una terraza, sin licencia municipal y sin posibilidad de uso futuro, por su imposible legalización. La cancha de tenis y el jardín, sencillamente no existen. La propia publicidad, según el juez, *“desmonta la tesis de que con la construcción, por parte del ayuntamiento, de una zona ajardinada y multijuegos en las inmediaciones de la urbanización, en terrenos de cesión obligatoria, se cumpla lo prometido sobre zona ajardinada, ya que los anuncios inducían a pensar que la zona ajardinada sería de uso privativo de la comunidad”*³.

El ilícito publicitario provoca diversos mecanismos jurídicos para corregirlo, según el caso, de ahí que, tan diligentemente, sea el propio sector quien se dota de los medios adecuados para evitarlo. Frente a la solución penal o el conflicto civil que se activan cuando el negocio publicitario deviene en actividad ilícita, anunciantes, agencias, y medios se ha dotado de un instrumento

³ *La Voz de Galicia*, 26 de enero de 2002, pág. 26

LAS TECNOLOGÍAS PERIODÍSTICAS: DESDE EL AYER AL MAÑANA

de autorregulación, en el que se ha implicado de manera voluntaria una destacada representación de elementos activos en el universo de la publicidad, a fin de fijar unas reglas de "juego limpio" y delimitar, con la ayuda de autorizados juristas, el ámbito de la licitud.

La Directiva 84/450 CE admitió, junto a los procedimientos judiciales, el control voluntario de la publicidad por organismos autónomos (art.5), y la Ley General de Defensa de los Consumidores (LGDCU), el sistema arbitral para resolución de las controversias de los consumidores, siempre que no hubiera indicios de delito (art.31), persiguiendo como fraude la publicidad engañosa (art.8.3). La Ley General de la Publicidad (LGPU) acepta el control voluntario de la publicidad por organismos de autodisciplina, y regulación de las acciones de cesación o rectificación de la publicidad ilegal, declarándolas compatibles con el ejercicio de acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden, y con la persecución como fraude de la publicidad engañosa (art. 32).

La Asociación de Autocontrol de la Publicidad, creada en 1995 por anunciantes, medios y agencias, que representa el 70 por ciento del sector publicitario en España, se ha dotado de un Código de Conducta y de una institución fundamental, el Jurado, formado por relevantes personalidades del Derecho, cuyos dictámenes y resoluciones, aceptados voluntariamente por quienes se someten a su jurisdicción, ha ido creando, en seis años de existencia, un repertorio o cuerpo de doctrina enormemente orientativo para determinar el ámbito ideal dentro de que debe moverse la actividad publicitaria.

La ahora denominada Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial ha sido el primer organismo de autodisciplina publicitaria de Europa que la Comisión Europea ha incluido en la relación de Organismos Extrajudiciales de Solución de Controversias en Materia de Consumo, creado a partir de la Recomendación 98/252/CE dictada el 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo. Desde enero de 2001 ofrece un nuevo servicio, la consulta previa, no vinculante, que permitirá a

LAS TECNOLOGÍAS PERIODÍSTICAS: DESDE EL AYER AL MAÑANA

las agencias y los anunciantes contrastar si el reclamo que se proponen elaborar o poner en circulación cumple las normas y requisitos éticos⁴.

En este sentido, entre julio de 1996 y diciembre de 2001, la Asociación tramitó 879 consultas previas e informes, de las cuales, solamente 380 se realizaron en 2001. Ello representa que frente a cada denuncia por presunta publicidad ilícita, agencias, medios y anunciantes solicitaron 1,6 informes o dictámenes previos sobre la licitud de los reclamos⁵.

Resulta de especial interés destacar el hecho de que de las 728 reclamaciones contra un total de 441 anuncios (es decir, que un mismo anuncio ha parecido engañoso o ilícito a más de un denunciante), recibidas por la Asociación para el Autocontrol de la Comunicación Comercial entre julio de 1996 y diciembre de 2001, 121 casos; es decir, más del veintisiete por ciento se resolvieron por mediación, lo que conlleva la rectificación o la retirada del reclamo. El último año, sobre 248 reclamaciones contra 105 anuncios, se avinieron reclamante y reclamado en casi uno de cada cuatro casos.

⁴ El informe sobre cada anuncio o proyecto de reclamo es realizado por el gabinete técnico de la Asociación, en un tiempo medio de tres días hábiles, lo que no entorpece la actividad ordinaria de la agencia. Este servicio de consulta previa (Copy Advice) se realiza con total confidencialidad con la documentación que aporta el propio anunciante. Caso de que se produjera alguna reclamación posterior sobre el anuncio, el citado informe no es vinculante para el Jurado. Tampoco supone compromiso alguno para el solicitante, quien finalmente decide lo que más le conviene.

⁵ Autocontrol: *El control de la publicidad en 2001*. Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, número 60, enero 2002, pág. 25.

LAS TECNOLOGÍAS PERIODÍSTICAS: DESDE EL AYER AL MAÑANA

Cuadro número 1. Balance de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

	2001	%	1996-2001	%
Reclamaciones	248		728	
Anuncios reclamados	105		441	
Reclamaciones de oficio	-		4	0,9
De empresas o asociaciones	140	56,45	236	32,41
De consumidores o asociaciones de consumidores	96	38,70	449	61,67
De la Administración	12	4,8	39	5,35

Fuente: Elaboración propia a partir de la memoria anual de la Asociación para el Autocontrol de la Comunicación Comercial.

Globalmente, en la historia de la Asociación, más del cincuenta y seis por ciento de las reclamaciones fueron formuladas por empresas o asociaciones; pero en el año 2001, las asociaciones de consumidores representaron cerca del 62 por ciento de las demandas.

Casi en el 69 por ciento de los casos, el Jurado atiende directamente las reclamaciones y emite resoluciones sobre las cuestiones que le son expuestas. En el balance global de la Asociación, casi cuatro de cada diez reclamaciones son aceptadas totalmente por estas perfectamente fundamentadas, se estima parcialmente otro diez por ciento y se desestima casi el veinte por ciento. Otras cinco de cada diez son desviadas al conocimiento de otra autoridad.

Cuadro número 2. Resolución de los casos presentados ante el Jurado de Ética Publicitaria Periodo 1996-2001.

	Global 96-2001	%	2001	%
Reclamaciones totales	728		248	34,06
Anuncios Reclamados	441		105	
Decisiones del Jurado sobre anuncios reclamados	302	68,48	73	69,52
Estimativas	176	39,90	49	46,66
Desestimativas	84	19,04	15	14,28
Estimación parcial	42	9,52	9	8,7
Casos resueltos por mediación	121	27,43	26	24,76
No tramitados o desviados a autoridades	18	4,08	6	5,7
Recursos de alzada	86	28,47	18	24,65
Informes y consultas previas	879		380	

Fuente: Elaboración propia a partir de la memoria anual de la Asociación para el Autocontrol de la Comunicación Comercial.

El número total de reclamaciones del periodo 96-2001 (728) con relación al número total de anuncios reclamados, arroja una media de 1,6 reclamaciones por anuncio.

El cuadro refleja que el volumen de reclamaciones totales el año 2001 fue del 34,06% con relación a la actividad del Jurado desde 1996. Seguidamente se refleja el porcentaje de las decisiones emitidas por el Jurado con relación al

LAS TECNOLOGÍAS PERIODÍSTICAS: DESDE EL AYER AL MAÑANA

número total de reclamaciones presentadas y el porcentaje de cada una de las decisiones (estimativas, desestimativas, estimación parcial o desvío a otros órganos) con relación a la totalidad de los anuncios reclamados. El porcentaje representativo de los recursos de alzada se calcula en función del total de las decisiones. Por último, se establece la relación que representan los informes y consultas previas en función de las reclamaciones totales. En este sentido, por cada reclamación contra un anuncio efectuada en el periodo 1996-2001, se realizaron 1,2 consultas o se emitieron informes previos a la emisión del reclamo. Esa relación subió a 1,5 consultas o informes por cada reclamación en 2001.

LA TELEVISIÓN ENGAÑA MÁS

Casi el cuarenta y siete por ciento de los reclamos contra los que los consumidores y las empresas presentaron reclamaciones en el periodo 96-2001, se emitieron en Televisión. Es decir, que los usuarios de la comunicación creen que Televisión engaña más, si bien el último año ese porcentaje se reduce a menos de un 38 por ciento. Sigue en desconfianza la prensa, casi un 28 por ciento y los folletos, 12 por ciento. La radio, con apenas un 2 por ciento de reclamaciones, parece gozar de mayor credibilidad. En 2001 se produjeron siete reclamaciones por publicidad engañosa en Internet, casi un seis por ciento del total de las reclamaciones. Todo parece indicar que este aspecto irá a más.

LAS TECNOLOGÍAS PERIODÍSTICAS: DESDE EL AYER AL MAÑANA

Cuadro número 3. Medios en los que se emitieron o insertaron los anuncios reclamados.

Medio	96-2001	%	2001	%
Cine	2	0,4	1	0,85
Etiquetado y presentación	9	1,9	1	0,85
Folletos	57	12,05	20	17,09
Internet y nuevas tecnologías	12	2,5	7	5,9
Prensa escrita	131	27,69	31	26,4
Publicidad exterior y vallas	26	5,49	9	7,6
Radio	9	1,9	3	2,5
Televisión y vídeo	225	47,56	44	37,60
Otros medios: teletexto 2000	2	0,4	1	0,85
Total	473		117	

Fuente: Elaboración propia a partir de la memoria anual de la Asociación para el Autocontrol de la Comunicación Comercial

EL ABUSO DE LA BUENA FE

El abuso de la buena fe del consumidor constituye la base de todo el proceso de engaño publicitario. Por ello, además del marco penal, donde se ha introducido la nueva figura del delito publicitario, o del ámbito civil general, o más específicamente por el conjunto de reglas del lícito comercio, donde las relaciones de carácter contractual tienen su específica regulación, la actividad publicitaria se encuentra limitada por la norma jurídica en uno u otro sentido. Aparte de las reglas específicas sobre publicidad, incluida la de competencia desleal, o el derecho de los consumidores, que la limitan y enmarcan, la actividad publicitaria puede chocar con la legislación que protege derechos fundamentales de la persona (honor, propia imagen o intimidad), con el derecho

LAS TECNOLOGÍAS PERIODÍSTICAS: DESDE EL AYER AL MAÑANA

de rectificación, la protección de datos, el secreto de estado, las leyes sanitarias o la protección de la infancia.

La historia jurídica española de la prohibición de la publicidad engañosa es inseparable de la historia de la doctrina general de la disciplina de la competencia desleal. Las normas prohibitivas de la publicidad engañosa continúan desempeñando en nuestros días, según enseña el doctor FERNÁNDEZ NOVOA, el papel de ser el motor impulsor del desarrollo del Derecho de la Competencia Desleal, particularmente cierto en la órbita del Derecho Comunitario Europeo.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades ha establecido que la prohibición de la publicidad engañosa tiene que ser interpretada teniendo en cuenta las finalidades perseguidas por la Directiva Comunitaria al respecto: proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, así como los intereses del público en general contra la publicidad ilícita y sus consecuencias desleales.

La prohibición de la publicidad engañosa es un mecanismo tendente a garantizar el funcionamiento competitivo, tanto de los productos como de los servicios que se ofertan en el mercado de un sistema competitivo libre y basado en los propios méritos de los operadores económicos.

LAS CATEGORÍAS DEL ENGAÑO

En 2001, casi el 51 por ciento de las resoluciones del Jurado de Ética Publicitaria se refirieron a casos de infracción del principio de veracidad de los reclamos en todas sus formas. Resulta evidente que las 248 reclamaciones presentadas por los consumidores y las empresas contra 105 anuncios, la mayor parte de ellos emitidos en televisión, estaban justificadas.

LAS TECNOLOGÍAS PERIODÍSTICAS: DESDE EL AYER AL MAÑANA

La infracción del principio de legalidad, en cuanto a que la publicidad se atenga a todas las normas que la afectan, es la segunda causa de irregularidad, seguida del repetidamente citado abuso de la buena fe de las personas.

Cuadro número 4. Motivos estimados por el Jurado en sus resoluciones. El porcentaje que representa cada motivo de resolución está calculado sobre el total de las decisiones del jurado con respecto a los anuncios reclamados.

	96-2001	%	2001	%
Decisiones del Jurado	302		73	
MOTIVO DE LAS RESOLUCIONES				
Abuso de la buena fe del consumidor	48	15,89	8	10,95
Disponibilidad de los productos	6	1,9	-	
Explotación del miedo/incitación a la violencia	6	1,9	1	1,3
Imitación y aprovechamiento del prestigio ajeno	7	2,3	2	2,7
Infracción del principio de autenticidad	6	1,9	2	2,7
Infracción del principio de legalidad	47	15,56	12	16,43
Infracción del principio de veracidad	122	40,39	37	50,58
Promociones	9	2,9	1	1,3
Protección de niños y adolescentes	11	3,6	3	4,1
Publicidad comparativa ilícita	11	3,6	3	4,1
Publicidad denigratoria	18	5,9	5	6,8
Publicidad discriminatoria	5	6,8	1	1,3
Respeto al buen gusto	4	1,3	1	1,3

Fuente: Elaboración propia a partir de la memoria anual de la Asociación para el Autocontrol de la Comunicación Comercial

No se debe dejar de pasar por alto que, junto la infracción de los principios de veracidad y legalidad, así como el abuso general de la buena fe de los consumidores, la publicidad ilícita engaña o incumple la ley de otras muchas maneras: desde la falta de disponibilidad de productos anunciados, sobre todo en las promociones (casi 2 por ciento de todos los casos en el periodo 96-2001), a la explotación del miedo, la incitación a la violencia, al aprovechamiento del prestigio ajeno (casi un tres por ciento de las resoluciones emitidas el último año con relación a los conflictos entre marcas); pasando por la infracción del principio de autenticidad, o las inadecuadas promociones.

Capítulo aparte merece el fenómeno de la vulneración de las normas sobre publicidad infantil y la protección de la adolescencia y la infancia, con una presencia sostenida por encima del 3,5 por ciento de los casos en cinco años, y que ha subido por encima del cuatro por ciento del total de los anuncios denunciados como ilícitos en 2001.

LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

El apartado c del artículo 6 de la Ley General de Publicidad consideró desleal la publicidad comparativa, "cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado".

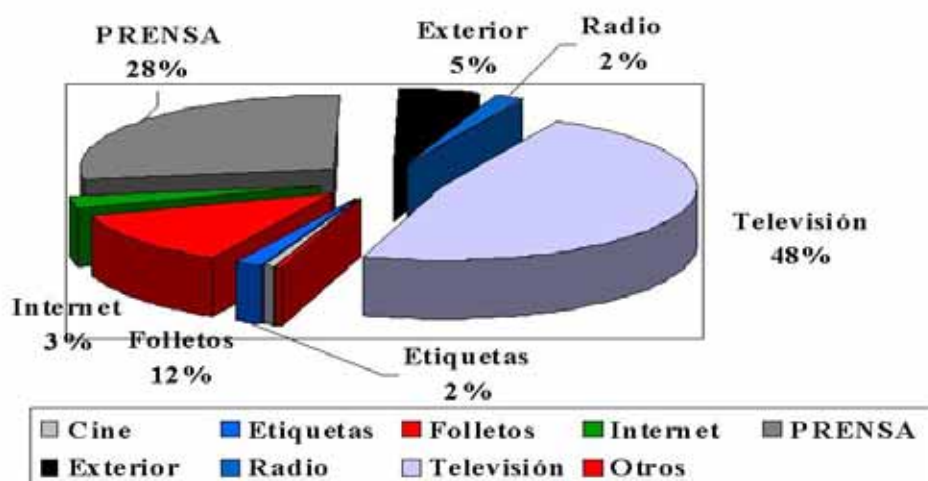
Conforme a su repetidamente expresado deseo de armonizar las normas nacionales en materia de publicidad comparativa, el 15 de junio de 1997, el Parlamento Europeo aprobaba una norma reguladora por medio de la cual se trata de establecer un único criterio en todo el territorio de la Unión⁶.

⁶ La norma europea contempla la posibilidad de admitir la utilización de la técnica de la publicidad comparativa (la publicidad que explícita o implícitamente alude a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor), cuando se den determinadas circunstancias, ante todo que la publicidad no sea engañosa; que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas

LAS TECNOLOGÍAS PERIODÍSTICAS: DESDE EL AYER AL MAÑANA

Pese a que las normas parecen estar claras, el pasado año, el Jurado de Etica Publicitaria resolvió cinco casos de publicitaria denigratoria. Asimismo se detectaron sendos casos de publicidad discriminatoria y de falta de respeto al buen gusto. Aunque este último concepto es difícil de definir, existe una convención social, un sentimiento genérico de lo correcto que posee cualquier persona común. Es en tal sentido como debe entenderse.

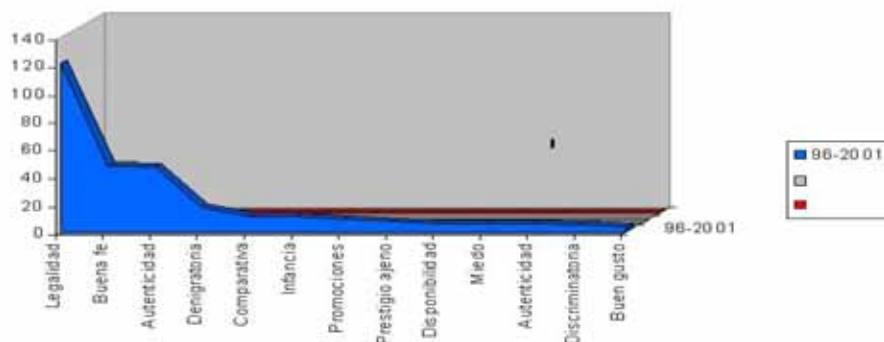
Medios en los que se insertaron los anuncios reclamados en el periodo 1996-2001



necesidades o tengan la misma finalidad, compare de modo objetivo características esenciales, pertinentes y verificables, no dé lugar a confusi3n en el mercado ni desacredite ni denigre las marcas, bienes o servicios del competidor.

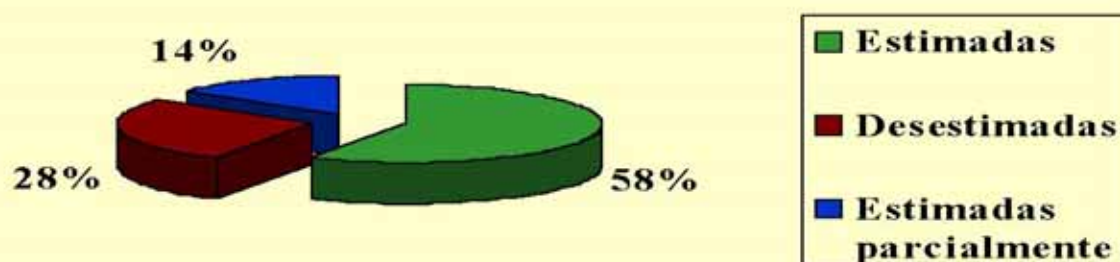
LAS TECNOLOGÍAS PERIODÍSTICAS: DESDE EL AYER AL MAÑANA

Motivos de las resoluciones del jurado de ética publicitaria



Resultado de las decisiones del jurado sobre las reclamaciones contra anuncios 96-2001.

Total 302 decisiones



LAS TECNOLOGÍAS PERIODÍSTICAS: DESDE EL AYER AL MAÑANA

