

Publicidad engañosa-Derecho comunitario y reglamentación nacional

Dieter Hoffmann (*)
Doctor en Derecho

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente artículo traza los elementos principales de la normativa comunitaria relativa a la publicidad engañosa según se deriva de la Directiva 84/450(1) y tratará, en cierta medida, de mostrar sus relaciones con reglamentaciones similares o parecidas, en especial en el plano comunitario, dirigidas en su conjunto al mismo objetivo, es decir una mejor información del consumidor.

2. Ante todo, recordemos que nuestro texto de referencia principal es una directiva comunitaria, por lo tanto, una legislación-marco que deja a los Estados miembros un cierto margen variable según los términos utilizados y los temas tratados en una directiva. Así pues, el análisis práctico de una directiva comunitaria sólo puede realizarse sobre la base del derecho nacional correspondiente, tanto si, llegado el caso, existe ya dicho derecho, o bien si es adoptado por el legislador nacional siguiendo su obligación de transponer el derecho comunitario. Los límites de este margen de maniobra y la conformidad con una directiva, partiendo del derecho nacional correspondiente son investigados e incluso determinados en último lugar, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya sea en el marco de un procedimiento de infracción según el artículo 169 del Tratado de la CEE, adoptado a iniciativa de la Comisión, o bien en el marco de un procedimiento prejudicial según el artículo 177 del mismo Tratado, iniciado con motivo de un litigio ante una instancia nacional.

Es necesaria una cierta prudencia con respecto a cualquier interpretación «auténtica» en el caso de la Directiva sobre la publicidad engañosa, ya que cubre una realidad socioeconómica muy compleja relativa a facetas especialmente diversas y cuya terminología está compuesta desde su inicio por términos relativamente poco precisos. Asimismo, incluye importantes secciones en las cuales se dejan opciones diferentes a los Estados miembros (ver su art. 4).

(*) Las opiniones expresadas sólo comprometen al autor.

(1) D. O. L 250 del 19 de septiembre de 1984, pág. 17.

3. En base a las observaciones generales presentadas anteriormente, procederemos a continuación a efectuar un breve análisis de la Directiva de 1984, haciendo referencia al Derecho español de aplicación en la materia, es decir la Ley General de Publicidad del 11 de noviembre de 1988(2).

II. SITUACIÓN DE LA TRANSPOSICIÓN

Mediante la adopción de la citada Ley, España ha procedido a una modificación completa de la legislación nacional de aplicación en la materia; dicha Ley cubre, asimismo, un campo mucho más amplio que el de la publicidad engañosa exclusivamente.

Otros Estados miembros, que ya cuentan con una «tradición» jurídica en la materia (Francia, Alemania y Holanda), no han tomado nuevas iniciativas a nivel nacional para llenar las posibles lagunas en sus legislaciones en vigor. Al parecer han considerado que sus diferentes textos, llegado el caso, se han interpretado, incluso completado mediante la jurisprudencia de sus tribunales nacionales y/o sus autoridades administrativas competentes, eran suficientes en relación con las exigencias de la Directiva. Observemos que Portugal disponía también, en el momento de la adopción de la Directiva, de una reglamentación nacional correspondiente, incluida en el Decreto-Ley n.º 303/83 del 28 de junio de 1983.

Para los países de «Common Law», la Directiva tenía probablemente el carácter más «innovador». El Reino Unido la ha transpuesto mediante «The Control of Misleading Advertising Regulations 1988» que entró en vigor el 20 de junio de 1988, e Irlanda mediante las «European Communities (Misleading Advertising) Regulations 1988».

(2) N.º 34/1988, n.º 274 del 15 de enero de 1988.

(3) Para comparación entre la situación actual y la legislación anterior así como un resumen de los trabajos preparatorios a nivel nacional ver: C. Lema Devesa, «De Schutz des Verbrauchers im Allgemeinen Werbegesetz Spaniens», Gewerblicher Rechsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil (GRUR INT) 1990, pág. 208.

Dinamarca ha completado mediante un Decreto ministerial de 1986 su Ley sobre las Prácticas Comerciales de 1974, mientras que Luxemburgo ha efectuado la transposición en el marco de una legislación totalmente nueva sobre competencia desleal, que entró en vigor el 1 de diciembre de 1986.

Dos países, Bélgica y Grecia, se han visto ya condenados por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo por incumplimiento de sus obligaciones, mediante dos sentencias del 16 de noviembre de 1989 (asunto 360/88) y del 6 de diciembre de 1989 (asunto 329/88) respectivamente, y está todavía en curso un procedimiento del mismo tipo contra Italia. Grecia ha transpuesto finalmente la Directiva mediante una Ley del 17 de enero de 1990.

La amplitud de las soluciones elegidas por los diferentes legisladores nacionales (4) y que no pueden presentarse aquí, confirma lo que ya se ha dicho anteriormente a propósito del examen de la conformidad de cada legislación nacional, es decir, un examen así deberá hacerse sobre todo a partir de la transposición de estas reglamentaciones al marco jurídico nacional, en especial a la luz de casos concretos tratados por las instancias competentes y, llegado el caso, también por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

III. CAMPO DE APLICACIÓN

1. Observemos ante todo que la Directiva sobre publicidad engañosa de 1984 no es un texto destinado exclusivamente a la protección de los consumidores. También está destinado a la protección de los competidores «honestos» y a la del público en general, lo cual se desprende claramente de la redacción de su artículo 1. Por otra parte, el artículo 4, párrafo 1, estipula que debe contarse también con «medios adecuados y eficaces para controlar la publicidad engañosa en interés... de los competidores y del público en general» (5). Esto queda reflejado en la Ley número 34/1988, artículo 25, página 1 que estipula: «... Los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita».

4) Para un resumen parcial de las actas de transposición en los diferentes Estados miembros ver: Ph. Renaudière, «La Directiva 84/450/CEE sobre la publicidad engañosa» ...Revue Européenne de Droit de la Consommation 1989, pág. 3.

Recordemos que el proyecto inicial de la Directiva, publicado en 1978, incluía también una parte sobre «publicidad desleal» (6) la cual no tuvo el acuerdo unánime a nivel del Consejo, en especial debido a las dudas de los Estados miembros con tradición de «Common Law» que no podían familiarizarse con esa concepción, bastante general, de «competencia desleal». No obstante, en los propios considerandos de la Directiva de 1984, la Comisión está invitada expresamente a efectuar propuestas a este respecto «en una segunda fase».

Se han adoptado nuevamente ciertos elementos de lo que ya se ha considerado en los proyectos anteriores como «publicidad desleal» (en el sentido amplio de la palabra), en lo referente al campo de la publicidad en televisión, en la Directiva 89/552 del 3-10-89 relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisada (7). Esta Directiva, comúnmente llamada «Televisión sin Fronteras», incluye un capítulo IV sobre la publicidad televisada y sobre el patrocinio (arts. 10 a 21) encontrándose en el artículo 12 el siguiente texto:

«La publicidad televisada no debe:

- a) atacar al respeto a la dignidad humana;
- b) incluir discriminaciones en cuanto a razas, sexo o nacionalidad;
- c) atentar contra convicciones religiosas o políticas;
- d) estimular comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad;
- e) estimular comportamientos perjudiciales para la protección del medio ambiente.»

(5) Ahora bien, se demuestra que la Directiva constituye al mismo tiempo una medida de armonización parcial del derecho de protección de los consumidores y del derecho de la competencia desleal. Recordemos que en efecto los trabajos preparatorios que son finalmente el tema de esta Directiva, habían surgido en los años 60 en un contexto más global, con vistas a la armonización, al menos en sus campos principales. Ver en especial la obra excelente como siempre del profesor Ulmer del Max-Planck-Institut de Munich, «La represión de la competencia desleal en los Estados Miembros de la CEE» 1.1, Derecho comarado, 1967.

(6) D. O. C. 70 del 21 de marzo de 1978, pág. 4, ver Artículo 2, apartado 3.

(7) D. O. L 296 del 3 de octubre de 1989, pág. 23.

Asimismo, se abordan los temas de la publicidad para el tabaco (art. 13), las medicinas (art. 14), las bebidas alcohólicas (art. 15), así como para la protección de los menores (art. 16) (8). Observemos también que según sus considerandos, esta Directiva «no prejuzga las leyes comunitarias de armonización en vigor o futuras que tienen por objeto, en especial, respetar los imperativos relativos a la defensa de los consumidores, la lealtad de las operaciones comerciales y la competencia».

Los asuntos cubiertos parcialmente (para la publicidad en televisión) por un texto comunitario (recordemos que la Directiva 89/552 entrará en vigor el 3 de octubre de 1991) parecen estar ya, en gran medida o por completo (9), ratificados por la nueva legislación española (ver en especial los arts. 6, 7 y 8 de la Ley 34/1988), y no sólo para un medio —la televisión— sino para cualquier forma de publicidad.

3. Otra cuestión que queda abierta en la Directiva 84/450, tal y como se adoptó finalmente, es la publicidad comparativa. Esta forma de publicidad puede verse también bajo el ángulo de publicidad engañosa (en la medida en que corre el riesgo de inducir a error cuando las comparaciones quedan, casi inevitablemente, incompletas) y bajo el de la publicidad desleal (en la medida en que implica a menudo un elemento denigratorio con respecto al competidor).

En lo que respecta a esta forma particular de publicidad, también formaba parte del proyecto de Directiva de 1978(10) que la autorizaba «en la medida en que establecía una comparación entre elementos esenciales y verificables, y en la medida en que no es engañosa ni desleal». Este texto se presta a múltiples discusiones, en especial porque en muchos Estados miembros, la publicidad comparativa, como tal es considerada —siempre— como una forma de publicidad desleal (11). Si esta parte del proyecto de 1978 tampoco fue aceptada finalmente por el Consejo, la oposición no vino esta vez de países de derecho anglosajón, donde se admite, a reserva de ciertas precauciones, la publicidad comparativa (12). Simplemente no se llegaron a resolver los diferentes argumentos en pro y en contra de la publicidad comparativa, tema que no sólo divide a los consumidores por un lado, y a los productores/comerciantes por otro, sino que tampoco cuenta con unanimidad en el interior de cada grupo.

Por otra parte, la Comisión ha dado recientemente un nuevo impulso a favor de la «liberalización» de este tipo de publicidad, anunciando una modificación de la Directiva 84/450 en este sentido (13).

Es interesante observar que el Derecho español admite esta forma de publicidad, aunque dentro del marco de la publicidad desleal y mediante una formulación negativa en el artículo 6 (c) de la Ley 34/1988:

«Es desleal:

c) 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».

Además de estas condiciones, hay que suponer que una publicidad así no debería ser engañosa tampoco y que, en especial, no debería serlo por omisión como se estipula en el artículo 4, párrafo 2, de la Ley 34/1988.

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

Por tanto los anunciantes deberán reflexionar detenidamente antes de lanzar una campaña publicitaria de este tipo.

(8) No obstante, esta Directiva, al contrario que la directiva 84/450, queda prácticamente muda sobre los detalles de la puesta en práctica de estas disposiciones a nivel nacional (ver su Art. 21). Por lo tanto cabe preguntarse si los procedimientos mucho más detallados, previstos en el Artículo 4 de la Directiva 84/450, deberían aplicarse también.

(9) En lo referente al artículo 8, párrafo 5, primer apartado de la Ley 34/1988, parece incluso ir más lejos.

(10) Ver FN 6, artículo 5.

(11) Ver N. Reich, H. W. Micklitz, «El derecho del consumo en los países miembros de la CEE. Un análisis comparativo», Van Nostrand Reinhold Company 1981, pág. 61.

(12) Ver M. H. Whincup, «Consumer Legislation in the United Kingdom and the Republic of Ireland», Van Nostrand Reinhold Company 1980, pág. 41 ss., ver también sec. 21 del IBA Code of Advertising Standards and Practice, Independent Broadcasting Authority, Londres, abril 1985.

(13) Plan Trienal de Acción sobre Política de los Consumidores en la CE (1990-1992) COM (90) 98 del 3 de mayo de 1990, pág. 13.

IV. NOCIÓN DE PUBLICIDAD

1. El artículo 2, párrafo 1, de la Directiva da una definición de publicidad y habla de «toda forma de comunicación efectuada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal cuyo objetivo es promocionar el suministro de bienes o de servicios, incluyendo los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones». La Directiva ha elegido así la definición más amplia que pueda imaginarse. Para citar sólo un ejemplo, se aplicará por ejemplo al cacareo de las gallinas en la radio en un spot publicitario para pastas, teniendo como fin evocar una fabricación a base de huevos frescos —publicidad engañosa— si no fuese ese el caso (14). Conviene observar también que la Directiva engloba la publicidad efectuada para los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones.

«Cualquier comunicación» también es aquella efectuada por un profesional verbalmente y en especial por representantes del comercio, ya que la definición no exige ningún apoyo tangible para el mensaje publicitario —aunque en situaciones similares la prueba a aportar y también las diligencias judiciales u otras a entablar, serán difíciles.

Sin embargo, la definición limita claramente el campo de aplicación del texto comunitario a las comunicaciones efectuadas en un contexto profesional, excluyendo así los anuncios puramente privados. La legislación española, que por otra parte ha adoptado literalmente la definición de la Directiva, ha ampliado no obstante el campo de aplicación incluso a los anuncios privados.

2. La definición facilitada en la Directiva es por otra parte bastante amplia a fin de cubrir también el anuncio de numerosas formas de promoción de venta, tales como la venta con prima, los juegos (en especial «Sweepstakes»), los descuentos, las acciones «bola de nieve» etc., al menos en lo que respecta a su presentación al público. Esto no significa que la Directiva haya dicho ya todo al respecto, pero al menos, en lo referente al mensaje mediante el cual se anuncia, deben ajustarse al criterio de veracidad.

3. La definición dada en la Directiva nos parece también suficientemente amplia para cubrir el «etiquetado» en el sentido técnico de la palabra. Si el etiquetado se considera a menudo como un campo distinto de la publicidad (en especial en el espíritu de los propios publicitarios, pero también en la «clasificación» efectuada por la doctrina jurídica), no es menos cierto que puede asimilarse a esta última, en la medida en que estos dos campos incluyen medios de información susceptibles de guiar la elección del consumidor. Incluso si el texto de la Directiva habla de «cualquier comunicación efectuada... con el fin de promover el suministro, etc.» esto no quiere decir que una comunicación así tenga siempre un carácter especialmente «promocional», excluyendo así las informaciones de orden técnico, en general recogidas en el etiquetado. Estas últimas, también, se comunican para «hacer vender» incluso en el caso de que representen una obligación legal.

Observemos como «lex specialis», el artículo 2 de la Directiva 79/112 referente al etiquetado de los alimentos, y modificada por la Directiva 89/395(15):

«1. El etiquetado y las modalidades según las cuales se realiza no deben:

- a) ser de una naturaleza que induzca al comprador a error, en especial:
 - I) sobre las características de los alimentos y en especial sobre la naturaleza, identidad, calidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia, modo de fabricación u obtención,
 - II) atribuyendo al alimento efectos o propiedades que no posee,
 - III) sugiriendo que el alimento posee características particulares, cuando todos los alimentos similares poseen estas mismas características;

(14) Este ejemplo se ha encontrado en una sentencia del Bundesgerichtshof (alemán), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1961, pág. 544.

(15) D. O. L 33 del 8 de febrero de 1979, pág. 1 y J. O. L 186 del 30 de junio de 1989, pág. 17.

4. Un aspecto particular de la publicidad «abusiva» es el de la publicidad que no se presenta como tal. Esta no se menciona expresamente en la Directiva de 1984; la Ley 34/1988 hace mención únicamente en los artículos 3 (d) y 7 que tratan de la publicidad subliminal —el caso extremo de una publicidad clandestina.

En lo que se refiere a la Directiva de 1984, parecen posibles dos interpretaciones: de un lado, se comprueba que una precisión del texto del proyecto inicial de 1978, añadida por la Comisión en su propuesta modificada de 1979 (16), siguiendo el dictamen del Parlamento Europeo sobre este proyecto, según la cual «la publicidad se considera en especial como engañosa en el caso de que no pueda ser fácilmente percibida como publicidad ...» no se ha incluido en el texto finalmente adoptado. Asimismo, el actual artículo 3 de la Directiva sólo menciona «elementos» (incluso si éstos son de todo tipo y su enumeración no es exhaustiva), mientras que la publicidad «disfrazada» se caracteriza más por su presentación general (en la que todos los «elementos» pueden ser, por otra parte, correctos), deberá concluirse que este aspecto ha sido separado del campo de aplicación de la Directiva. Por otra parte, se observa que según la definición general del artículo 2, es engañosa «toda publicidad que de cualquier forma, incluyendo su presentación, induce a error...».

En la situación actual, parece difícil elegir entre estas dos interpretaciones. Añadamos, no obstante, que en el marco de la Directiva 89/552 (18) «Televisión sin Fronteras», se ha juzgado oportuno, incluso necesario, prever dos normas expresas que estipulan:

Artículo 10, párrafo 1: «La publicidad televisada debe ser fácilmente identificable como tal y ser claramente distinta del resto del programa gracias a medios ópticos y/o acústicos», y

Artículo 19, párrafo 4: «La publicidad clandestina está prohibida» (19).

V. CARÁCTER ENGAÑOSO DE UNA PUBLICIDAD

1. El artículo 3 de la Directiva enumera una relación de elementos —referentes a la propia naturaleza del producto/servicio (art. 3a), a las modalidades de su oferta (art. 3b) o a las cualificaciones del proveedor (art. 3c)— que pueden ser objeto de una indicación engañosa en la publicidad.

Los detalles de esta relación se encuentran todos, en un orden ligeramente diferente, en el artículo 5 de la Ley 34/1988. Por otra parte, este mismo artículo de la Ley nacional menciona cierto número de otros criterios que pueden servir también de referencia para constatar Negado el caso el carácter engañoso de una publicidad. En general, se puede comprobar que parecen no crear problemas porque, según el artículo 7 de la Directiva, los Estados miembros tienen las manos libres para adoptar o para mantener disposiciones asegurando una protección más amplia. Asimismo, la lista del artículo 3 de la propia Directiva no quiere ser exhaustiva, presentándose mediante la palabra «en especial».

2. De los criterios suplementarios incluidos en el artículo 5 de la Ley 34/1988, algunos merecen observaciones especiales:

a) El artículo 5, párrafo 1 (f), se refiere a la nocividad, es decir la peligrosidad eventual de un producto. Aunque estos criterios podrían considerarse como una simple ejemplificación del criterio más general del «carácter apropiado», esta aclaración parece totalmente perfecta. Refleja, en efecto, el hecho de que el consumidor solicita cada vez más una información «honesta» a este respecto, un aspecto que posiblemente se haya abandonado demasiado en el pasado (20).

b) El artículo 5, párrafo 4, indica que también los «motivos de la oferta» pueden ser objeto de un examen crítico. Nos parece que esto confirma nuestra opinión expresada anteriormente según la cual las acciones de promoción de venta, en lo referente a su presentación al público, caen dentro del campo de aplicación del texto.

(16) D.O. C 194 del 1 de agosto de 1979, pág. 3. Ver artículo 3, párrafo 2 modificado.

(17) D.O. C 140 del 5 de junio de 1979, pág. 23.

(18) D. O. L 298 del 3 de octubre de 1969, pág. 23.

(19) Uno se pregunta si las dos disposiciones no miran hacia el mismo fenómeno en especial la definición dada en el artículo 1 (c) de esta misma Directiva, de la «publicidad clandestina» que, en efecto, parece clarificar también el artículo 10, párrafo 1 y el artículo 10, párrafo 4.

(20) Ver también, en un contexto ligeramente diferente, el artículo 4, párrafo 2, de la Propuesta de directiva relativa a la seguridad general de los productos (D. O. C 193 del 31 de marzo de 1989, pág. 1): «La indicación del riesgo se presentará de forma tal que permita al usuario o consumidor previsto o potencial valorar por sí mismo el riesgo, antes de que adquiera el producto o tenga que utilizarlo, cuando tal indicación constituya un elemento importante en su decisión de comprar o de utilizar el producto».

- c) El artículo 5, párrafo 6, menciona expresa mente los servicios postventa. De nuevo se podría argüir que éste es sólo un aspecto particular del criterio más general de las «condiciones de suministro», pero también pensamos que es muy útil hacer una mención especial de este elemento que, en el marco de la adquisición de un buen número de bienes de consumo, puede constituir un factor primordial,
- d) Recordemos finalmente, una vez más, que el artículo 4, apartado 2.º, de la Ley 34/1988 hace referencia también a las omisiones que pudiesen dar a la publicidad un carácter engañoso.

3. A fin de cuentas, el carácter engañoso de una publicidad viene determinado en gran medida por el público objetivo y por la forma en que se concibe su percepción.

a) En cuanto al público objetivo que se desea proteger, el artículo 2, párrafo 3 de la Directiva contesta con bastante precisión: se dirige a «las personas a las cuales (una publicidad) se dirige o afecta» y se entiende por persona «cualquier persona física o jurídica». Por esta última definición, se dice claramente que la publicidad destinada a los profesionales está contemplada también en el texto.

En lo referente a la publicidad que afecta a un cierto público sin que esté dirigida forzosamente a él, debe observarse que el proyecto de 1978 (21) estaba redactado de forma más restrictiva. En efecto, en su artículo 2, excluía a las personas «de las cuales se pudiese razonablemente considerar que era imprevisible que estuviesen... afectadas». Esto se hizo a fin de evitar que la publicidad efectuada en campos técnicos o científicos o que revistiese en otra forma un carácter muy especializado, pudiese crear, si caía por casualidad en manos de no iniciados, una confusión que conllevara eventualmente consecuencias nefastas que no pudiesen reprocharse a los autores de esta publicidad.

Pero, a lo largo de las discusiones del proyecto, se llegó a la conclusión de que en casos similares las secuelas de una coincidencia así no podían ser atribuidas a un cierto carácter engañoso de la propia publicidad, sino a la capacidad de comprensión limitada del lector que el anunciante no ha tenido en cuenta. Estas situaciones no constituyen por tanto casos de publicidad engañosa. No obstante, está cubierta por el texto la publicidad que por su naturaleza y su forma en general y en especial por el medio utilizado, alcanza inevitablemente a un público más amplio, incluso si éste no estaba especialmente previsto en la concepción del marketing del anunciante.

(21) D. O. C 70 del 21 de marzo de 1978 pág 4 Ver artículo 2 párrafo 3.

b) Cualquier examen del carácter eventualmente engañoso de una publicidad conlleva un elemento de subjetividad, —dejando de lado las situaciones de fraudes evidentes—, de modo que la subjetividad del consumidor «víctima» de un mensaje publicitario no coincide obligatoriamente con la del «controlador» «funcionario o juez» que procederá a este examen. Aparte de las diferencias de nivel intelectual en general de las personas implicadas, no olvidemos que la situación del controlador es más cómoda y se presta por tanto a una mayor lucidez por su parte la cual no es la situación del consumidor durante la preparación y la ejecución de sus «actos de consumo».

Nos parece por tanto que la noción de «consumidor medio» no debería concebirse de una forma demasiado abstracta. Nos inclinaremos, más bien, a ver en la frase «... o susceptible de inducir a error...» del artículo 2, párrafo 2 de la Directiva de 1984, una llamada del texto comunitario para tener en consideración al consumidor en toda su subjetividad incluyendo su nivel intelectual quizás poco elevado y la situación concreta en la cual recibe el mensaje publicitario en cuestión.

VI. PROCEDIMIENTO Y PUESTA EN PRACTICA

1. En sus artículos 4 al 6, la Directiva de 1984 incluye normas de procedimiento a fin de asegurar una protección efectiva frente a la publicidad engañosa. A primera vista, parecen muy complejas. Esto se explica sobre todo por el hecho de que se ha querido dejar un poder discrecional bastante amplio a los Estados miembros a fin de permitirles, en la medida de lo posible, proteger sus propios sistemas de control ya existentes.

a) La Directiva estipula, como principio, que tiene que haber un medio de recurso ante una autoridad competente; la iniciativa de un control del respeto a la prohibición de la publicidad engañosa no se deja por tanto (solamente) a las propias autoridades públicas. En lo referente a la propia naturaleza de este recurso, los

Estados miembros, en principio, pueden elegir entre tres tipos de procedimiento: un procedimiento judicial propiamente dicho, un procedimiento administrativo, siempre que las normas de éste aseguren esencialmente las mismas garantías que el primero, y un procedimiento «mixto», en el cual el recurso a un organismo de autocontrol voluntario (generalmente de carácter privado) puede integrarse, como primera etapa, en el procedimiento ante la autoridad pública (ver artículo 5).

b) Esta posibilidad de recurso debe facilitarse a todas «las personas u organizaciones que tengan, según la legislación nacional, un interés legítimo» y debe incluir, al menos, la facultad de solicitar el cese de una publicidad engañosa. Este tipo de recurso debe admitirse sin que se exija ninguna prueba de un perjuicio por parte del mandante, ni de negligencias por parte del anunciante. En cuanto a la prueba del carácter engañoso de una publicidad, los tribunales u otras administraciones competentes tienen que tener, al menos, la posibilidad de exonerar al demandante en casos adecuados. El recurso debe existir, en las condiciones estipuladas anteriormente, incluso en el marco de un procedimiento acelerado. La puesta en práctica de estos principios en el contexto del derecho nacional es, en general, examinar a la luz del precepto fundamental según el cual los medios existentes tienen que ser «adecuados y eficaces» (ver artículo 4, párrafo 1).

2. El legislador español ha elegido, entre estas diferentes opciones posibles, el procedimiento judicial «ordinario» en la rama civil.

En este marco, las normas específicas del artículo 28, párrafo 5 de la Ley 34/1988, sin incluir la mención general a la Ley de Enjuiciamiento Civil, se inspiran en gran parte en el texto de la propia Directiva y se aproximan mucho a ella. No obstante cabe observar el procedimiento «prejudicial» previsto en los artículos 25, párrafo 2, 26 y 27, que impone al solicitante advertir al anunciante mediante una especie de requerimiento antes de poder entablar el procedimiento judicial propiamente dicho.

Aun reconociendo la necesidad de limitar el número de asuntos que pueden llegar a los tribunales, uno puede preguntarse si este procedimiento, justo en el caso en que lleva al cese de la publicidad por parte del anunciante, tiene un efecto suficientemente disuasorio, dado que el requerimiento y la reacción ante éste son, en principio, una correspondencia entre particulares. Además, la Directiva en su artículo 4, párrafo 2, último apartado, «invita» al menos a los Estados miembros a facilitar a las instancias competentes también la facultad de ordenar la publicación de «rectificativos» — invitación que, por otra parte, ha sido seguida por el legislador español en el marco del procedimiento judicial, en el artículo 31 (d)— («publicidad correctora»).

Por tanto, sería deseable encontrar los medios para que las «soluciones amistosas» obtenidas según este procedimiento prejudicial obtengan también una «publicidad» adecuada a fin de conferirles más peso en calidad de «precedentes».

3. Es necesario aún abordar un problema específico: la eficacia de las medidas nacionales (cualquiera que sea su naturaleza) en situaciones transnacionales. Por «situaciones transnacionales» entendemos: los casos en que el mensaje publicitario, engañoso llegado al caso, «parte» de un Estado miembro y es «recibido» en otro Estado miembro. Esto puede producirse también por medios «tradicionales» como el correo (por ejemplo, el envío de catálogos de ventas por correspondencia), y por medios «nuevos» como la televisión vía satélite.

Conviene emplear principios como, «el derecho del lugar donde se comete el delito es el de aplicación», o principios similares (según la rama judicial competente), quedando el hecho que resulta difícil, si no imposible, hacer ejecutar una sentencia correspondiente (cualquiera que sea su naturaleza), con respecto a un anunciante que no puede ser embargado (en persona o mediante los bienes en el lugar) en el territorio de la jurisdicción competente.

En lo relativo a las acciones eventuales a entablar ante las instancias competentes en el domicilio social del «autor» de la publicidad (situado en otro Estado miembro) pueden plantearse graves problemas referentes al derecho aplicable (conflicto de leyes), y al derecho a litigar (*locus standi*) sobre todo si la publicidad en cuestión no se propaga en el territorio de la jurisdicción ante la cual se presenta el recurso.

«El espacio jurídico europeo» (invocado en los considerandos de la Ley 34/1988) se encuentra todavía inermemente frente a este tipo de problemas. En especial la Convención referente a la competencia judicial y a la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil de 1968, denominada «Convención de Bruselas» (22) no parece aportar una solución apropiada, independientemente de que todavía no es de aplicación para todos los Estados miembros:

— Dado que sólo cubre «materias civiles y mercantiles», no puede aplicarse con respecto a las legislaciones nacionales que han adoptado un sistema de represión penal o administrativo.

— Además, cabe preguntarse si está «hecha» para el tipo de acción entablada para los fines previstos en la Directiva 85/450, incluso si la acción se efectúa en el marco de la rama civil judicial. Surgen dudas sobre todo cuando se trata de recursos introducidos por asociaciones de profesionales o de consumidores que, por definición, no hacen valer ningún interés «personal» sino que actúan, en este campo, más en nombre del interés público. Observemos una vez más que es justamente esta particularidad de la Directiva 84/450 que no debe exigirse ninguna prueba de pérdida o de perjuicio real para presentar un recurso admisible. Las dudas en cuanto a la «aptitud» de la «Convención de Bruselas» se acentúan más aún cuando se piensa en la ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento acelerado.

Estas cuestiones no pueden profundizarse aquí. Sugerimos simplemente, a título de reflexión, que sería conveniente que las asociaciones nacionales contempladas por la Directiva 84/450 obtengan el derecho a litigar ante cualquier otra instancia competente de otro Estado miembro a fin de poder actuar, llegado el caso, contra cualquier publicidad engañosa «en el origen».

(22) Varias versiones son actualmente aplicables: ver D. O. C 37 del 14 de febrero de 1989, pág. 1. Para la adhesión de España y de Portugal, ver texto del acuerdo O. O. L 265 del 3 de octubre de 1990, pág.1.

RESUMEN

El artículo analiza la Directiva del Consejo 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa y la situación en que se encuentra su transposición en los Estados miembros de la Comunidad, deteniéndose, en particular, en la situación de España y en su Ley 34/1988, General de Publicidad.

ABSTRACT

The article analyses Directive 84/450/EEC of the Council on deceitful publicity and its status when transposed in the Member States of the Community, with particular consideration to the case of Spain and its General Law 34/1988 on Publicity.

Colaboradores

HOFFMANN, Dieter

Doctor en.Derecho, Jefe del Sector «Cuestiones Jurídicas» del Servicio Político de los Consumidores, Comisión de las Comunidades Europeas.

ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes

Juez excedente, Profesora asociada de Derecho Mercantil.

CAPELLI, Fausto

Catedrático de Derecho comunitario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Parma, y Director del Colegio Europeo de Parma, Italia.

AEDA

Sección Española de la *Asociación Europea para el Derecho Alimentario*.

SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid.