

DR 29 4

Esto es Revista de Derecho, un programa de la Facultad de Derecho de la UNED. Decir que vivimos en una sociedad de consumo parece un tópico por las muchas veces que se ha caracterizado a la sociedad occidental industrialmente avanzada con esta expresión. La abundante publicidad difundida a través de los diferentes medios de comunicación nos lleva a un aumento del consumo que cada día se convierte más en un abuso de consumo.

Apenas se aplica la legislación recogida en el Estatuto de la Publicidad, por ello se hace necesario un ordenamiento claro y racional de este tema. Hoy en Revista de Derecho vamos a hablar de algunos puntos de la regulación jurídica de la publicidad, centrándonos en un aspecto importante del derecho a la publicidad, como es la publicidad engañosa. Para ello contamos con la participación de don Carlos Lamo de Besa, catedrático de Derecho de la Publicidad de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid, y con don Ricardo Pérez Solero, director de la Asociación Española de Agencias de Publicidad.

Esta es la entrevista que ha realizado nuestro compañero Arturo Fernández. Ante todo, buenas noches a nuestros invitados, y ya vamos a comenzar preguntándole al profesor Lema de Besa que nos dé una caracterización general sobre cuál es el nivel actual de los estudios de Derecho de la Publicidad. Buenas noches ante todo.

Pues a este respecto pienso que el nivel actual de los estudios de Derecho de la Publicidad en España es un nivel elevado, y la razón de que el nivel sea elevado obedece sin duda alguna a que somos, me atrevería a decir, pienso que el único país del mundo que tiene una facultad, la Facultad de Ciencias de la Información, con una rama específica, la rama de Derecho de la Publicidad, mejor dicho, y con una asignatura concreta que es Derecho de la Publicidad. Esta circunstancia ha contribuido a que en los últimos años, por supuesto, haya habido personas, entre las cuales me incluyo, dedicadas a estudiar temas y aspectos específicos del Derecho de la Publicidad. Por otro lado, en las facultades de Derecho, concretamente en los departamentos de Derecho Mercantil, y desde los años sesenta, desde mediados de los años sesenta, también se había iniciado el estudio, el examen y la investigación en materias concretas de Derecho de la Publicidad.

Con este respecto puedo citar, por ejemplo, el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago, que además de estudiar problemas de Derecho Industrial y de competencia desleal, abordó temas específicos de Derecho de la Publicidad, sin duda alguna, porque la actividad publicitaria constituye una de las armas más importantes dentro de la competencia. La competencia se articula, la mayoría de las veces, a través de la actividad publicitaria y, lógicamente, los excesos frecuentes en el mundo del Derecho de la Publicidad han dado origen a la intervención del legislador y también a la intervención de la doctrina al estudiar los diferentes supuestos, las diferentes hipótesis que se plantean a la hora de regular esta importante actividad empresarial y actividad económica. Es decir, que el Derecho de la

Publicidad, sin duda, ya constituye una disciplina independiente, que se ha desgajado un poco de sus orígenes en el Derecho mercantil.

A mi modo de ver, sí, es decir, el Derecho de la Publicidad, así lo he sostenido en su momento, tiene una autonomía. Esta autonomía hay que entenderla con gran osalís, me explico. No puede afirmarse, sin duda alguna, que el Derecho de la Publicidad tiene la misma autonomía que el Derecho mercantil, por poner un ejemplo de un sector del ordenamiento jurídico privado o que el Derecho administrativo en el terreno del Derecho público, pero sí tiene autonomía desde la perspectiva en que regula una determinada institución y hay una serie de disposiciones específicas dedicadas a ordenar esa institución, que es la actividad publicitaria.

Desde este punto de vista, desde este prisma, insisto, pienso que puede hablarse de autonomía del Derecho de la Publicidad. Y en el Derecho comparado, ¿cuál es la situación? Nos lo puede decir nuestro otro invitado, don Ricardo Pérez Solero. Bueno, sí, en la situación del Derecho comparado podríamos hablar de que hay tres grandes ramas o tres grandes formas de aplicar las teorías jurídicas de la publicidad a la práctica.

Hay varios países, luego quizá podríamos hacer una relación de ellos, en donde existe un organismo, que se llama un organismo de autodisciplina, que está formado por los propios publicitarios, los medios publicitarios, los medios de comunicación e incluso las asociaciones de consumidores. Estos organismos son voluntarios, de adhesión voluntaria, y ellos mismos van creando una serie de normas que luego las aplican al fenómeno de la publicidad. Luego hay otra serie de países en donde la aplicación, es decir, las leyes referentes a la publicidad y su aplicación corresponde a los tribunales ordinarios.

Y luego hay otra serie de países en donde existen unos tribunales especiales, tribunales administrativos, que son los que cumplen la tarea de los tribunales en materia de publicidad. Bien. Entrando entonces ya en el tema que nos ha reunido aquí, que es fundamentalmente hablar de lo que es la publicidad engañosa, ¿qué definición podríamos dar de la misma? ¿Qué se entiende por publicidad engañosa? Bueno, yo creo que la definición es muy sencilla.

Por publicidad engañosa hay que entender aquella actividad publicitaria que es susceptible de inducir a error al público al que se dirige o alcanza. Este concepto de publicidad engañosa coincide parcialmente con el que recoge el proyecto de directriz de la Comunidad Económica Europea en materia de publicidad engañosa y desleal. De todos modos, es interesante subrayar, este proyecto así lo dispone, cómo no sólo debe considerarse publicidad engañosa aquella hipótesis en la que el anunciante realiza afirmaciones que inducen precisamente error al público y a los consumidores, sino también aquellos supuestos en que el anunciante silencia datos esenciales y comprobables y por esta omisión suscita determinadas expectativas en el público y los consumidores que el producto o servicio anunciado no pueden satisfacer.

Esta segunda hipótesis, muy importante en la actualidad, conocida como publicidad engañosa por omisión o por silencio del anunciante, también debe ser objeto de regulación jurídica y debe prohibirse en tanto en cuanto, insisto una vez más, es susceptible de inducir error al

público y a los consumidores. En un documento del OCDE del año 1975 sobre prácticas comerciales abusivas se presentaba una lista de más de 40 entre las que estaba precisamente la publicidad engañosa junto pues a la venta por recomendación, el envío de tarjetas de crédito sin solicitud previa, venta con motivo de reuniones amistosas, oferta de precio engañosa, en fin, se contaban diferentes casos. La ley que ha estado vigente frente a estas prácticas abusivas creo que ha sido la Ley de Defensa de la Competencia desde el año 1963.

¿Se puede decir que en términos generales no ha habido o carecemos de una evolución legal sobre todos estos temas de defensa de la competencia o que es necesario un nuevo replanteamiento puesto que la legislación vigente no protege suficientemente al consumidor? Bueno, yo creo que el profesor Carlos Lema está mucho más capacitado que yo para contestar esta pregunta. Yo en principio creo que sí que es necesario un estudio mucho más serio de la aplicación de estas leyes. Yo creo que tanto la Ley de Defensa de la Competencia como el propio Estatuto de la Publicidad al que se ha referido el señor Carlos Lema están ya bastante obsoletos y requieren una reestructuración porque verdaderamente su aplicación en la práctica es mínima, es decir, tiene una incidencia muy pequeña y hay grandes problemas que al final esos problemas conllevan el que la gente no acude a los tribunales porque no tiene ni capacidad ni un funcionamiento adecuado para prohibir una serie de prácticas o bien una serie de momentos en donde la publicidad puede estar engañando al consumidor.

Es cierto, pero Lema creo que algo tiene que decir, sin duda. Sí, bueno, yo comparto la opinión y el punto de vista del señor Pérez Solero. Quizá haría una matización en el sentido siguiente.

Es cierto que la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 se aplica a las citadas modalidades, pero en el mundo de la publicidad quizá la norma por excelencia que se aplica a los supuestos de deformaciones publicitarias es el Estatuto de la Publicidad de 11 de junio del 64. El Estatuto de la Publicidad de 11 de junio del 64, que en su momento nos situó a la vanguardia del derecho europeo de la publicidad, lo acaba de decir el señor Pérez Solero muy bien, ha quedado obsoleto. Y ha quedado obsoleto, entre otras razones, porque no se aplica.

La falta de aplicación de la mencionada ley publicitaria se ha agravado de manera alarmante en los últimos cinco años. En efecto, el decreto de 1 de septiembre de 1978, que había creado la desaparecida Secretaría de Estado para la Información, suprimió la antigua Subdirección General de Publicidad y Relaciones Públicas. Consiguientemente, desaparecieron las secretarías de la Junta Central de Publicidad y del Jurado Central de Publicidad.

De esta suerte, lo que la doctrina denominaba vía administrativa para la represión de la publicidad engañosa y desleal se ha convertido en una vía muerta. Y esta conversión nos sorprende a todos los juristas si tenemos en cuenta que no se han derogado expresamente los artículos 60, 61 y 62 del Estatuto de la Publicidad a través de los que se creó la Junta y el Jurado Central de Publicidad. Pero incluso si dejamos a un lado la vía administrativa de represión de la publicidad engañosa y desleal y dirigimos nuestra mirada hacia la vía judicial, el panorama que se divisa es manifiestamente desalentador.

El pasado año, en el año 1982, el Tribunal Supremo Español no ha dictado ninguna sentencia en materia de publicidad. Y lamentablemente este hecho entiendo que no puede interpretarse en el sentido de que en la publicidad todo esté en orden. Por el contrario, si observamos la realidad publicitaria, se comprueba que en su constante afán por captar el mayor número de consumidores para sus productos o servicios, los empresarios anunciantes no siempre respetan las normas publicitarias.

Y las correspondientes infracciones al Estatuto de la Publicidad no se someten a la decisión de los tribunales de justicia, entre otros motivos porque el ordenamiento jurídico español presenta una grave deficiencia. No se prevé ni se regula la acción de cesación para evitar la reiteración futura de campañas publicitarias engañosas o desleales. Y además a esta importante laguna hay que añadir una ulterior circunstancia que pone de manifiesto la inactividad de los tribunales de justicia.

Esta circunstancia es que las asociaciones de consumidores no gozan de legitimación activa para interponer las pertinentes acciones judiciales en los supuestos de publicidad engañosa. Así las cosas fácilmente se comprende cuáles son las causas de inaplicación de la legislación publicitaria española. Yo quería decir que quizá cuando ha estado hablando el profesor Carlos Lema hay que hacer una especial referencia quizá en el punto este de la publicidad engañosa a que solamente quizá el medio más importante en España que es Televisión Española y por el que pasa una gran cantidad de publicidad y que verdaderamente es el más público y donde más críticas se hacen, sí tiene establecido un cierto organismo que en la mayoría de los casos pretende por lo menos, pretende, no digo que lo logre, controlar la publicidad engañosa.

Aunque sea a lo mejor no lo hablamos aquí, lo hablamos luego posteriormente. Bien, se ha dicho, es un poco en relación a lo que el profesor Lema acaba de exponer, que el consumidor español protesta poco y mal. ¿Realmente es que protesta poco y mal o es que las organizaciones de consumidores son poco eficaces? La más importante, la de más fuerza que es la OCU, viene del año 75, quizá no ha habido tiempo para que tengan fuerza o no hay, a pesar de que se hagan leyes como el resultado de la publicidad que se acaba de decir que el problema que tiene es la falta de aplicabilidad práctica.

No puede suceder que es que realmente los tribunales o las instituciones que deben de garantizar estas leyes no funcionan con la fuerza como debían funcionar. Bien, yo pienso que las asociaciones de consumidores todavía, por supuesto, no tienen la experiencia, por ejemplo, de Alemania, de Inglaterra o de Estados Unidos, por poner un ejemplo, donde desde hace más de 50 años, casi si me apuran, vienen funcionando, aunque el fenómeno consumerista sea posterior. En España, y antes lo dije y por eso quizá las asociaciones de consumidores no acudan a los tribunales, porque no pueden, carecen de legitimación activa, tendría que acudir el consumidor individual y, lógicamente, el consumidor individual, ese consumidor medio del que con frecuencia se habla, ese hombre de la calle, primero carece de conocimientos suficientes para acudir a los tribunales de justicia, segundo, su poder económico, su capacidad adquisitiva es más bien reducida, con lo cual no invierte, perdónenme la expresión, no invierte

en un pleito ante los tribunales de justicia para lograr que se prohíba un determinado anuncio que les resultó engañoso.

Por lo demás, esta situación contrasta claramente con otros países, por ejemplo, Alemania, Francia, Estados Unidos, donde estas asociaciones de consumidores están legitimadas activamente, donde exigen incluso indemnización por daños y perjuicios, y donde hay una conciencia superior, por supuesto, que la del consumidor español. Yo pienso que el consumidor español va avanzando lentamente, hay casos muy llamativos donde han provocado, desde luego, sin duda alguna, un despertar inmediato de las asociaciones de consumidores, recordemos el triste afer de la colza, pero quizá el consumidor no se da cuenta de que con frecuencia es engañado y de que con frecuencia adquiere productos sobre la base de un engaño que no tienen una repercusión demasiado desfavorable en su economía. El que le hayan engañado un producto que le ha costado 500 o 600 pesetas no parece importante, pero si tenemos en cuenta que somos 37 millones de consumidores, lógicamente puede fácilmente efectuarse el cálculo de las ganancias que puede tener una empresa determinada practicando una campaña de publicidad engañosa.

El profesor Lema está trabajando con un equipo de personas que están preparando un nuevo proyecto de ley sobre la publicidad. ¿Podemos esperar, si algún día se aprueba esta ley, que esta legitimación activa, de la que actualmente carecen las organizaciones de consumidores, puedan tenerla, igual que en otros países? Es demasiado pronto. No, no, yo pienso que, no sé quizá si el lugar adecuado será la nueva ley de la publicidad o una reforma de la ley de enjuiciamiento civil, que sería lo más lógico, una reforma de la ley de enjuiciamiento civil reconociendo esta legitimación activa, legitimación activa que por lo demás ya parecía contenida en el Estatuto Vasco del Consumidor.

El Estatuto Vasco del Consumidor establecía en uno de sus artículos, no recuerdo ahora con exactitud el número, creo que el 21, estoy hablando de memoria, que las asociaciones de consumidores gozarían de legitimación activa para plantear ante los tribunales de justicia determinados problemas. Desgraciadamente, en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional se estableció que este artículo era inconstitucional porque era de competencia estatal la materia del derecho procesal. Insisto entonces en que quizá el lugar más adecuado para reconocer la legitimación activa sea la ley de enjuiciamiento civil, que es la ley general, y en la nueva ley de la publicidad lo que sí habrá que prever es una serie de medidas tendentes a lograr que sea eficaz la represión de la publicidad engañosa y desleal.

Me explico. En materia de sanciones, pues quizá sea oportuno y habrá que introducir la publicación de la sentencia como una sanción contra el empresario anunciante que lleva a cabo una publicidad engañosa, prever la posibilidad de indemnizar daños y perjuicios a las asociaciones de consumidores, prever incluso una sanción que yo comprendo que es muy dura, como es la publicidad correctora, pero que en algunos países se ha aplicado y con buenos resultados obligar al anunciante a que rectifique el engaño frente a los consumidores y en definitiva dotar de una mayor agilidad a los correspondientes procedimientos que es entable

en materia de publicidad engañosa y desleal, porque en España, aunque como antes decía, las asociaciones de consumidores no recurren a los tribunales ya que carecen de legitimación activa, sin embargo se observan supuestos en los que empresas que resultan perjudicadas por campañas publicitarias de un competidor tampoco acuden ya que el trámite del juicio declarativo en mayor cuantía es demasiado lento y una campaña publicitaria que tiene una vida efímera, 3 meses, 6 meses, cuando el Tribunal Supremo dictase una sentencia después de haber pasado por un tribunal de primera instancia, por una audiencia territorial y haber llegado en casación, como digo, el Tribunal Supremo transcurre en más de 6 años y lógicamente esa campaña ya ni siquiera la recuerda el público de los consumidores, no sé si el señor... Bueno, sí, yo quería añadir dos temas quizá a esta pregunta, por una parte que la publicidad no solamente va a estar regulada de una forma directa, va a estar regulada en el Estatuto que el señor Lema y varios profesores más están en estos momentos trabajando sobre el mismo, sino que a su vez toca diversos aspectos, por ejemplo, está o va a ser recogida en la ley de bases de consumidores y usuarios en la última, en el último proyecto que ha redactado el Gobierno, que ya está aprobado en Consejo de Ministros pero que todavía no ha sido enviado al Parlamento y también creo que va a tocar, va a ser afectada de una forma directa por la posible nueva ley de comercio interior, por lo tanto ahí quizá la ley de bases para los consumidores y usuarios será donde se recoja y tengo idea de haber visto un artículo donde se recoge ya la legitimación activa para las asociaciones de consumidores y por lo tanto será, es necesario un poco el pensar en cómo van a casar, digo casar estas leyes con respecto a la publicidad, es decir, la ley de comercio interior que va a regular una parte de la ley de bases de consumidores y usuarios y el futuro Estatuto de la Publicidad, por lo tanto ahí se plantea un cierto problema que también a su vez se ve afectado por el tema de las competencias de las comunidades autónomas en esta materia a la que se ha referido el señor Lema. Sí, hemos tocado algunos aspectos que son muy importantes, ¿no?, como es, qué significa desde el punto de vista de la publicidad o del derecho de la publicidad y en especial en este tema, pues un estado de las autonomías y también se ha hablado anteriormente pues qué significaba el monopolio de televisión, yo quisiera que... Sí, bueno, el problema de las autonomías, los Estatutos de Autonomía sin duda alguna van a suscitar conflictos en materia de derecho de la publicidad porque en la mayoría de ellos se prevé que las correspondientes comunidades autónomas tendrán competencia exclusiva para legislar en materia de publicidad, por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, el Estatuto de Autonomía de Galicia, el Estatuto de Autonomía de Valencia y algunos estatutos más, repito, atribuyen competencia exclusiva a la correspondiente comunidad autónoma para legislar en materia de publicidad, dice, sin perjuicio de las normas dictadas por el Estado para sectores o productos concretos.

Se suscita la duda, por lo tanto, de si en el futuro las comunidades autónomas que tengan esta posibilidad de dictar leyes podrán regular la actividad publicitaria. Este punto ya ha sido abordado por la rutina española y parece que la legislación básica tendrá que seguir siendo dictada por el Estado ya que, en caso contrario, la legislación que dictase en las comunidades autónomas tropezaría con el artículo 139 de la Constitución que establece el principio de la unidad de mercado, pero es curioso y sorprendente observar cómo otros Estatutos de

Autonomía, por ejemplo, el vasco, no se atribuye competencia exclusiva sino que comparte la competencia con el Estado y hay otros Estatutos de Autonomía que no prevengan absolutamente nada en materia de regulación de la actividad publicitaria. En definitiva, insisto, se van a plantear sin duda algunos problemas, pero quizá habrá que dictar leyes de armonización para evitar estos problemas y en última instancia, de todos modos, sí entiendo que la legislación básica en materia de publicidad tendrá que seguir siendo la legislación estatal.

Se han celebrado los días 23, 24 y 25 de noviembre del 83 las primeras jornadas internacionales de Derecho de la Publicidad, precisamente en la Facultad de Ciencias de la Información. A grandes rasgos, ¿qué es lo que sucedió en estas jornadas? Yo creo que el director ha hecho mejor que yo, sin duda. Sí, porque el señor Lehmann... Bueno, en estas jornadas... Sí.

Bien, en estas jornadas lo que se trató de llamar fundamentalmente fue la atención de la opinión pública sobre la inaplicación que antes he denunciado del Estatuto de la Publicidad. Y, lógicamente, también, por supuesto, traer a destacados juristas extranjeros, hemos contado con la intervención del profesor Remo Franceschelli, catedrático de la Universidad de Roma, del profesor Esriquer, director del Masplan de Derecho Industrial de Múnich, el profesor Desmonté, catedrático de la Universidad de Lausanne y con otros especialistas españoles para volver a reflexionar sobre diversos temas de Derecho a la Publicidad muy actuales y, en cierto modo, ir preparando el futuro terreno para esa nueva Ley de la Publicidad. Las jornadas que han contado, sin duda alguna, con una asistencia importante de público pienso que han logrado concienciar no sólo a la Administración sino también a los propios participantes en el mundo de la Publicidad, anunciantes, agencias y medios de que es necesario poner al día el viejo Estatuto del año 64.

Sería interesante insistir en la cuestión de qué significa desde el punto de vista de la Publicidad el monopolio de Televisión, porque lo hemos dicho demasiado deprisa. Sí, yo creo que hay que resaltar un aspecto bastante importante que quizá es muy desconocido del público en general, es decir, Televisión Española desde el año 74, si no me equivoco yo, por una orden de la Dirección General de Radiodifusión de aquella época, dictó y creó lo que se llama la Comisión de Consulta y Vigilancia. Esto es un organismo formado por personas provenientes de la propia Administración, por ejemplo, personas del Ministerio de Sanidad y Consumo, un miembro de la Real Academia de la Lengua, una serie de personas cuya y toda la publicidad que se emite por televisión es sometida previamente, es decir, podríamos llamarle una censura previa.

Y verdaderamente esta censura previa ha adquirido mucha importancia a lo largo de los años y mucho más va a adquirir en este momento dado que con fecha 7 de septiembre, si no me equivoco, el Consejo de Administración del Ente Público Radio y Televisión Española ha dictado una nueva normativa, que son cerca de 40 artículos, si no me equivoco, en donde se abordan con mucho más rigor, por ejemplo, con mucho más fuerza temas como por ejemplo la publicidad infantil, el uso de la imagen de la mujer en publicidad y otros temas colaterales. Lo cual quiere decir que ciertamente una gran parte de la publicidad que se emite a nivel general,

es decir, la publicidad de televisión española tiene ya un filtro bastante importante. Ahora bien, si es una opinión personal, ese filtro está mal hecho, ese filtro actúa equivocadamente y ese filtro no es claro y tan rotundo como los publicitarios quisiéramos.

Y ya casi, casi para terminar porque el tiempo se nos acaba. En opinión del señor Pérez Solero, la nueva ley sobre publicidad pues no sería muy necesaria y el don Carlos Lema parece no estar de acuerdo. ¿Por qué piensa usted que no sería necesaria esa nueva ley sobre publicidad? No, no, yo solamente quiero decir que a mí me gustaría poder referir la publicidad a los tribunales ordinarios, en principio como gran idea, pero verdaderamente tampoco estoy muy desacuerdo en que dada la situación de los tribunales ordinarios habría que pensar en algunas acciones más rápidas, quizá la acción de cesación de las cuales el señor Lema sabe mucho más que yo.

Sí, bien, yo insisto en que de acuerdo, comparto la opinión también de que los trámites ante los tribunales de justicia ordinarios son muy lentos, pero una cosa es eso y otra cosa es la necesidad de una nueva ley. Con independencia de que pueda crearse un órgano administrativo en la nueva ley para resolver los problemas, entiendo que hay que regular la actividad publicitaria y prueba evidente la tenemos en el Derecho Comparado. Países que hasta ahora no habían regulado nunca la publicidad, como Portugal, ya tienen una ley desde el año 80.

Grecia ha preparado un anteproyecto ley. Y pasmen su ustedes, un país totalmente marxista, como es el caso de la República Popular China, acaba de editar un decreto para regular la actividad publicitaria que entró en vigor hace menos de un año. Si en el Derecho Comparado vemos que se tiende a leyes, cuando en España fuimos pioneros, pienso que no sólo hay que mantener una nueva ley como ya la tuvimos, el Estatuto de 64, sino que lo que habrá que hacer es ponerla al día reformándola, aunque pienso que la reforma más necesaria sería derogarla y editar una nueva disposición legislativa que recoja todas estas aspiraciones y todas estas nuevas corrientes del mundo actual.

Bien, pues estas fueron las palabras de don Carlos Lema de Besa, catedrático de Derecho de la Publicidad en la Facultad de Ciencias de la Información de la Complutense, al que acompañó don Ricardo Pérez Solero, director de la Asociación Española de Agencias de Publicidad. Llegamos al final del programa. Enrique Gómez Reino, catedrático de Derecho de la Información, nos habló de la libertad de expresión, un derecho fundamental recogido en nuestra Constitución.

También hemos hablado de la publicidad engañosa. Estuvieron don Carlos Lema de Besa, catedrático de Derecho de la Publicidad, y don Ricardo Pérez Solero, director de la Asociación Española de Agencias de Publicidad. Nada más.

Dentro de siete días volveremos con nuevos temas. Les esperamos en Revista de Derecho.