



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO: PATENTES, MARCAS Y DERECHO DE AUTOR

## LA PUBLICIDAD Y EL DERECHO INTELLECTUAL



**T** **S**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

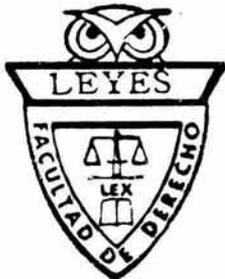
**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**MÓNICA ADRIANA SALGUERO OSUNA**

DIRECTOR: LIC. CÉSAR BENEDICTO CALLEJAS HERNÁNDEZ

ASESOR: LIC. JUAN CARLOS RUÍZ ESPÍNDOLA



CIUDAD DE MÉXICO, DISTRITO FEDERAL

A 02 DE JUNIO DE 2004.



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

V. B.  
Callejas H  
Junio 10, 2004

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
FACULTAD DE DERECHO

## **LA PUBLICIDAD Y EL DERECHO INTELECTUAL**

Seminario: Patentes, Marcas y Derecho de Autor  
Director: Lic. César Benedicto Callejas Hernández

Tesista: Mónica Adriana Salguero Osuna

Asesor: Lic. Juan Carlos Ruíz Espíndola



Ciudad de México, Distrito Federal a 02 de junio de 2004.

A mis padres, porque gracias a su apoyo y cariño he logrado esta meta.

A mi bisabuela Avelina y a mi abuela Aurora, les agradezco su cariño y sus consejos.

A mis hermanas Olivia y Angélica, por ser mis mejores amigas y ejemplos de vida.

A César Pindter, quien paciente esperaba que este día llegara.

A Jorge Fernando Fuentes Navarro, por su paciencia y amor incondicional.

A Luis Alberto Morales  
Olvera, por ser mi hermano  
durante tantos años.

A Susana Matus Camarena y  
a Elizabeth Hernández  
Rodríguez, les agradezco su  
amistad y compañía a lo  
largo de mi carrera.

A Juan Manuel Vaca  
Ordoñez, por ser un gran  
amigo.

Al Licenciado Juan Carlos Ruiz Espindola, agradezco su ayuda y apoyo durante la realización de este trabajo.

Al Licenciado Andrés Linares Carranza, por enseñarme los principios rectores de mi vida profesional.

# LA PUBLICIDAD Y EL DERECHO INTELECTUAL

## INDICE

### INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO PRIMERO

#### CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA PUBLICIDAD

1. La publicidad, concepto . . . . .	5
2. Las marcas en la publicidad. . . . .	13
3. La publicidad engañosa. . . . .	17
4. Concepto de engaño. . . . .	18
5. Concepto de publicidad engañosa. . . . .	21
6. Formas de engaño. . . . .	22
6.1 Mensajes literalmente falsos. . . . .	25
6.2 Mensajes literalmente ciertos pero engañosos. . . . .	26
6.3 Elogios subjetivos que hace el anunciante. . . . .	26
6.4 El uso de las marcas. . . . .	27

### CAPÍTULO SEGUNDO

#### REGULACION DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN EL DERECHO MEXICANO

1. Generalidades . . . . .	28
2. Marco legal de la publicidad engañosa en México. . . . .	31
2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. . . . .	31
2.2 Ley de Propiedad Industrial . . . . .	32
2.3 Ley Federal de Protección al Consumidor . . . . .	37
2.4 Ley de Radio y Televisión y su reglamento . . . . .	41
2.5 Ley Federal sobre Metrología y Normalización . . . . .	44
2.6 Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Publicidad. . . . .	45
2.7 Ley Federal sobre Competencia Económica. . . . .	57

## CAPÍTULO TERCERO

### DERECHO COMPARADO. REGULACION DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LA COMUNIDAD EUROPEA Y EN ESPAÑA.

1.	Regulación de la publicidad engañosa en la comunidad engañosa en la comunidad europea	59
1.1	La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa.	60
1.2	La Directiva comunitaria de 10 de septiembre de 1984 sobre armonización de legislaciones en materia de publicidad engañosa.	62
	a) Conceptos fundamentales.	62
	b) Ámbito de aplicación.	63
1.3	Delimitación de la publicidad engañosa.	64
	a) Publicidad formulada en términos generales	65
	b) Alegaciones publicitarias no comprobables	65
	c) Alegaciones concretas y comprobables	66
1.4	Sistema de represión y control de la publicidad engañosa	67
	a) Acción de cesación y legitimación activa de las asociaciones de consumidores	67
	b) Posibilidades de rectificación publicitaria	69
	1. La publicidad correctora	70
	2. La publicidad de la sentencia	70
	c) Órganos de control y posibilidad del autocontrol	71
2.	Regulación de la publicidad engañosa en España	72
2.1	Ley de Propiedad Industrial de 1902	73
2.2	El Estatuto de la publicidad de 1964	74
2.3	La publicidad engañosa en el vigente derecho español	75
	a) La Ley General de Publicidad	75
	b) Concepto de publicidad engañosa	76
	c) La publicidad encubierta	77
	d) La publicidad engañosa por omisión	79
	e) Ley General de Competencia Desleal	80
2.4	Jurisprudencia española en materia de publicidad engañosa	81
	a) Sentencias de audiencias provinciales	81
	1. Caso "Caja de Zamora"	81
	2. Caso "Citroën"	85
	3. Caso "Asociación empresarios de publicidad"	88
	4. Caso "Feber"	90
	b) Sentencia de juzgados de Primera Instancia	92
	1. Caso "Mapfre"	92
	2. Caso "supercuentas"	93
	c) Sentencia del Tribunal Superior de España	94

## **CAPITULO CUARTO**

### **JURISPRUDENCIA Y CASOS PRÁCTICOS EN MEXICO.**

1.	Resoluciones emitidas por la Procuraduría Federal del Consumidor .	100
1.1	Caso "Power Sex" . . . . .	100
1.2	Caso "Redugrass" . . . . .	101
1.3	Caso "Gelatin" . . . . .	102
1.4	Caso "SX Gum" . . . . .	104
1.5	Caso "Lucozade" . . . . .	105
1.6	Caso "Avantel" . . . . .	105
1.7	Caso "Auchan" . . . . .	106
1.8	Caso "Pepsi". El reto pepsi . . . . .	107
2.	Resoluciones emitidas por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial . . . . .	108
2.1	Caso "Coca-Cola vs. Pepsico". El reto Pepsi. . . . .	108
2.2	Caso "Aurrerá vs. Auchan" . . . . .	110
2.3	Caso "Farmacias Similares vs. C. Angel Omar Plascencia Arco" . . . . .	111
2.4	Caso "Promeco vs. Farmacias Similares" . . . . .	112
3.	Jurisprudencia . . . . .	115

## **CONCLUSIONES**

## **BIBLIOGRAFIA**

## INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo es *la publicidad y el derecho intelectual*, por lo que consideramos primordial señalar que el derecho intelectual es *el conjunto de normas que regulan las prerrogativas y beneficios que las leyes reconocen en favor de los autores y causahabientes, por la creación de obras artísticas, científicas, industriales y comerciales que persiguen un lucro*<sup>1</sup>; y se divide en dos grandes ramas, la primera son los derechos de autor o propiedad intelectual que comprende: derechos morales y patrimoniales, derechos conexos y reservas de derecho al uso exclusivo; la segunda rama es la propiedad industrial que está formada por el conjunto de derechos que protegen las creaciones nuevas de la industria (patentes, modelos de utilidad y diseños industriales); los signos distintivos de productos o servicios (marcas, denominaciones de origen, nombres comerciales y avisos comerciales o *eslogans*); y reprimen la competencia desleal.

Como podemos observar el derecho intelectual es sumamente amplio, puesto que comprende la regulación de un gran número de figuras jurídicas, en tal virtud es imposible que estudiemos en este trabajo la relación existente entre la publicidad y todas ellas, por lo que nos concretamos a dos de éstas que son: las marcas y la represión de la competencia desleal, comprendidas en la rama de la propiedad industrial; las primeras por ser indispensable para crear la publicidad de un producto o servicio y la segunda por constituir una de las consecuencias de la publicidad engañosa.

Respecto al tema de la publicidad, es también extenso como podremos observar en el desarrollo de este trabajo que nos presenta una visión general del mismo haciendo hincapié en la publicidad engañosa, ubicándola en el universo jurídico a fin de mostrar los escasos avances que se han hecho sobre la materia

---

<sup>1</sup> RANGELMEDINA, DAVID *Derecho de la propiedad intelectual*, McGraw Hill, México, 1998, p. 10.

en nuestro país y la evidente insuficiencia de normatividad en comparación con la Unión Europea y en específico con España, país que desde mediados del siglo pasado ha mostrado gran interés al respecto.

A fin de establecer la relación existente entre la publicidad y el derecho intelectual (en el presente caso con las marcas y la competencia desleal), resulta necesario ubicar a la publicidad como uno de los medios por los cuales las empresas presentan sus servicios y productos a potenciales clientes para efectos del consumo, siendo que, como indicamos en párrafos anteriores, la rama del derecho intelectual referente a la propiedad industrial protege, entre otras, las prerrogativas derivadas del registro de los signos distintivos de un producto o servicio y regula la competencia desleal entre empresas

Por otra parte, la publicidad, antes de ser un elemento distractor de la elección que hace el consumidor, es en sí misma una de las formas en las que se refleja su libertad de elegir, ya que sin ésta el consumidor no podría encontrar lo deseado e ignoraría la información que los anuncios publicitarios le proporcionan respecto a los diversos bienes y servicios.

En la mayoría de los casos su presentación es lícita, necesaria y conforme a los usos y buenas costumbres mercantiles. El problema surge entonces cuando la publicidad se convierte en engañosa, esto es, que logra el objetivo propuesto por medio del engaño o de la inducción al error. Así pues, los productos que se pretenden vender se muestran con determinadas calidades o cualidades que no corresponden a la realidad del mismo, siendo censurable bajo todo punto de vista, ya que afecta la competencia frente a otros y destruye la confianza de los consumidores.

Por lo anterior, la publicidad engañosa se convierte en un tema de gran importancia para el derecho intelectual ya que, como se dijo en el párrafo anterior, da lugar a la competencia desleal (influyendo en detrimento del mercado, de los

consumidores y del propio Estado) convirtiéndose en un bien jurídico indispensable y necesario para el desarrollo de las empresas, la optimización de los procesos productivos, la libre concurrencia de los ciudadanos en los mercados, la libre empresa y la protección al consumidor y a los derechos derivados de la propiedad industrial, entre otros.

En relación al desarrollo del presente trabajo, en el primer capítulo se presentan las diversas definiciones de publicidad, tanto en la doctrina económica como en la del derecho y la que nos proporciona la Ley Federal de Protección al Consumidor, así mismo se hace un estudio acerca de la importancia de las marcas dentro de la publicidad, definiéndolas, señalando su clasificación y uso dentro de la misma, así como las formas de engaño que ésta pueda revestir. En este mismo capítulo se tratan los conceptos de publicidad engañosa y de engaño, señalados en la ley y en la doctrina; y las formas de en que se da el engaño dentro de la publicidad, entre las cuales resalta, por su importancia, el uso de las marcas en virtud de que se ha convertido en un medio habitual de este tipo de publicidad, afectando los derechos marcarios, la competencia entre empresas y la libertad de elección de los consumidores.

Posteriormente, en el segundo capítulo, se analizan los diversos ordenamientos legales aplicables a la publicidad y a la publicidad engañosa en México.

En el tercer capítulo, se estudian las normas que regulan el tema de la publicidad engañosa en la Unión Europea y, específicamente en España, resaltando las diferentes formas que reviste en esa legislación, verbigracia, la publicidad subliminal o la publicidad por omisión, esto con el fin de mostrar comparativamente la deficiencias que existen en la legislación de nuestra país.

Por último, en el capítulo cuarto se presentan y analizan diversos casos resueltos tanto por la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor como por

el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial, así como tesis jurisprudenciales que indican los criterios aplicables en materia de publicidad engañosa y el uso de las marcas en ésta.

Como se puede apreciar, el trabajo que se presenta realiza una aproximación al tema de la publicidad y específicamente a la publicidad engañosa en relación con el derecho de la propiedad industrial, reuniendo los factores comunes que existen en las diferentes normas, con el objeto de establecer parámetros que pueden ser considerados por los anunciantes, las agencias, los medios y las autoridades a fin de que conjuntamente puedan perfeccionar el sistema normativo aplicable en nuestro país .

# CAPÍTULO PRIMERO

## CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA PUBLICIDAD

La publicidad interviene **directamente** en la competencia entre las empresas siendo ésta un medio **idóneo** para alcanzar objetivos eficientes en el mercado, tales como precios **justos** o una **óptima** asignación de los recursos. La competencia se trata de un **proceso dinámico** en el que intervienen consumidores y productores, y **colateralmente** las autoridades, el cual permite disciplinar las acciones de dichos agentes en el **libre mercado**. En principio, es una confrontación de beneficios entre los **oferentes** que **participan** en un mercado, con respecto de los **productos** o **servicios ofrecidos**. Pero, si bien las empresas utilizan frecuentemente los precios **para** incrementar la demanda de sus productos ( ley de la oferta y la demanda), **factores** como **la** publicidad, el desarrollo tecnológico, la creación de nuevos **productos** o **la** mejora de otros ya existentes (diferenciación de bienes) y los **servicios al cliente**, **también** son utilizados por las empresas para obtener una posición **ventajosa** frente a sus competidores, con lo cual se demuestra que el **mercado está** constituido por una serie de procesos dinámicos, pues las empresas y sus **productos cambian** con el paso del tiempo, así como los gustos y preferencias de **los consumidores**.

No sólo las **empresas que participan** en el mercado en un momento determinado, originan un **proceso competitivo**, sino también aquellas que están fuera de él, cuando **tienen** la **capacidad** de entrar (empresas competitivas de nueva creación), en **términos** de tecnología y recursos, ya que es en este momento cuando aquellas **que estaban** ya establecidas deben llevar a cabo estrategias que **garanticen su permanencia** en el mismo.

Dichas estrategias, cuya finalidad es mantener la eficiencia de las empresas que están ubicadas en el mercado, en ciertas ocasiones crean barreras o dificultades para aquellas que pretenden entrar en el mercado (barreras inocentes a la entrada), pero en ocasiones el objetivo principal es originar barreras a la entrada (barreras estratégicas a la entrada), creando desventajas para los nuevos competidores o incrementando el costo y por ende su ingreso al sistema. con lo que las empresas establecidas mantienen su posición en el mercado al alejar a los posibles competidores; dentro de este tipo de barreras se encuentra la publicidad, considerando que una empresa se mantendrá en el mercado mientras sus ventas sean altas y en virtud de que los consumidores no compran un bien solamente por sus propiedades físicas sino inducidos por el impacto de su publicidad, por lo que ésta representa el factor más importante en el proceso de consumo.

En relación con lo antes argumentado, actualmente las empresas tienen tendencias oportunistas respecto a la competencia, es decir, tienden a sacar provecho de los errores o las debilidades de los demás, en una medida que sobrepasa las reglas establecidas por el régimen jurídico, la costumbre o por los "buenos usos comerciales", ejemplo de ello lo constituye la realización de campañas publicitarias que son propensas a engañar al consumidor o que tienen como base argumentos falsos, más conocida como publicidad engañosa o desleal, siendo en este momento donde las autoridades gubernamentales ejercen su facultad de vigilancia dentro de las economías de libre mercado, impidiendo este tipo de publicidad como protección a la libre competencia entre las empresas y a los derechos del consumidor.

En lo relativo a la prohibición de la publicidad engañosa como protección a los derechos del consumidor se trata de obtener normas dirigidas a darle un carácter informativo, objetivo y veraz a la publicidad, es decir proteger la libertad de los consumidores en el momento del consumo previniendo el daño derivado de un engaño.

Así pues, tenemos que la publicidad se encuentra como uno de los factores más importantes para la libre competencia entre las empresas y la protección de los derechos de los consumidores, para asegurar la permanencia de éstas en el libre mercado y su preferencia ante los consumidores de conformidad con el régimen jurídico.

## 1. La publicidad, concepto

Desde la antigua Roma se utiliza el término de publicidad, entendido como en nuestros días, significando *dar condición pública y notoriedad a una cosa*. A lo largo de la historia se han dado diversas definiciones de *la publicidad* y al estar directamente relacionada con los procesos sociales en cada país se tiene una idea general por ejemplo para los norteamericanos la publicidad es cualquier forma pagada por un patrocinador identificado, de presentación impersonal y de promoción de ideas, mercancías o servicios; para los ingleses, es una fase de la operación mercantil que comienza desde la fábrica y no termina hasta que el consumidor está comprando el producto; por su parte para los franceses, lo que la publicidad vende es la idea de los servicios o beneficios que una mercancía ofrece; y para los japoneses, el fin de la publicidad es reflejar la realidad, mantener calidades y lograr confianza social.<sup>2</sup>

El Diccionario de la Lengua Española en una de sus diferentes acepciones define la publicidad como la "*Calidad o estado de público*", "*Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos*" y "*Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.*".

---

<sup>2</sup> FERRER, EULALIO *La Publicidad, Textos y conceptos*, 4ª ed., Trillas, México 1990, p 74.

El Dictionnaire Encyclopedique Quillet (francés) define a la publicidad como *“El conjunto de los medios empleados para dar a conocer y apreciar los productos puestos en venta, con miras a obtener el favor del público y a aumentar su consumo sin la intervención personal del vendedor. La palabra publicidad es sinónimo de réclame”*.

La Enciclopedia Webster es la única que da una definición de publicidad diferenciándola de propaganda y anuncio *“La publicidad puede definirse como el estado o acto de ser publicado, de ponerse en el conocimiento del público en general, de hacerse notorio; el término propaganda, como un proyecto o programa para propagar una doctrina o sistema; el término anuncio, como un aviso impreso, una notificación pública, un desplegado en el periódico”*.

El autor boliviano Guillermo Cabanellas, define la publicidad *“Como conjunto de procedimientos psicológicos de que los comerciantes o industriales se valen para atraer y retener la atención del público, para convertirlo en clientela, como compradores o usuarios de ciertos productos especialmente, en los cuales se recargan los gastos que la publicidad origina”, por otra parte Serra Moret expresa que “este arte de dar a conocer las excelencias de un artículo, de un servicio o de una idea, por todos los medios imaginables, es hoy el más eficaz auxiliar del comercio y se ha convertido en una industria pujante, con empresas especializadas, escuelas, tratados, teorías y sistemas que se relacionan íntimamente con la psicología individual y social y estudian todos los medios para hacer efectiva la propaganda por medio de la prensa, la radiodifusión ulteriormente y con eficacia estragadora a veces la televisión, los carteles, letreros luminosos, atracciones, exposiciones, y todo cuanto pueda llamar la atención del presunto cliente o adepto”*.

*"El proceso psicológico de la captación por medio de la publicidad comprende: atraer la atención, grabar en la memoria, suscitar el interés, avivar el deseo, crear la voluntad, para lograr la adquisición, suscripción o inscripción".<sup>3</sup>*

En nuestro país hay diversos autores que definen a *la publicidad*, dentro de estas concepciones destacan las siguientes:

*Publicidad es el arte de convencer de las ventajas de un producto o servicio al mayor número de usuarios en el menor tiempo posible. Sumando básico que, en interacción con otros, genera velocidad para que un satisfactor de mercado sea más conocido y demandado. Antonio Ariza Cañadilla.<sup>4</sup>*

*Publicidad es la acción que sirve para poner a un individuo o conjunto de individuos en situación de que con el solo conocimiento que adquiere, quede en posibilidad de satisfacer un deseo, mental o material. La publicidad pone los satisfactores al alcance de aquellos a quienes afecta. Xavier Campos Ponce.<sup>5</sup>*

*La publicidad crea necesidades, acelera la demanda, orienta el consumo y ayuda a mejorar la producción. Lionel Camps.<sup>6</sup>*

*Publicidad es un conjunto de técnicas de índole sugestiva, informativa y educativa, que se vale de los medios de difusión para crear, mantener o aumentar una clientela para un producto o servicio. Arrigo Coen Anitúa.<sup>7</sup>*

En el ámbito jurídico mexicano no encontramos en ninguna ley una definición concreta de publicidad únicamente en la Ley Federal de Protección al

---

<sup>3</sup> CABANELLAS, GUILLERMO *Diccionario de Derecho Usual*, t. VI., Editorial Heliasta, Argentina 1981, p. 509.

<sup>4</sup> FERRER, EULALIO, *op. cit. supra*, nota 1, p 103.

<sup>5</sup> CAMPOS PONCE, XAVIER *Efectos Económicos de la publicidad*, Editor: Xavier Campos Ponce, México, 1951, p.25.

<sup>6</sup> FERRER, EULALIO, *op. cit. supra*, nota 1, p 107.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p.108

Consumidor se hace referencia al tema, señalando en el artículo 16 que se entenderá por fines mercadotécnicos o publicitarios el ofrecimiento y promoción de bienes, productos o servicios a consumidores; y en el artículo 32, fracción V se establecen tres requisitos que debe cumplir la publicidad, así mismo este precepto se refiere a la prohibición de la publicidad engañosa, la cual trataremos más adelante.

Los requisitos que debe cumplir toda publicidad de productos y servicios, referidos en el párrafo anterior, son los siguientes:

1. *Veraz*.- significa que los datos que contenga deben ser verdaderos, fidedignos, es decir que correspondan con las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados.
2. *Comprobable*.- que las características de los productos y servicios anunciados deben ser susceptibles de verificación o confirmación.
3. *Precisa*.- implica que debe estar exenta de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por su inexactitud.<sup>8</sup>

La idea de publicidad en la doctrina económica ha sido estudiada en mayor medida que en la doctrina jurídica ya que, como explicamos antes, ésta es un factor determinante dentro de la libre competencia entre empresas. El estudio de la publicidad desde el punto de vista económico se divide en diversas escuelas, dando cada una de ellas un concepto determinado.

Para la escuela tradicional la publicidad equivale a un desperdicio de recursos, sin que proporcione un concepto de ella. Alfred Marshall, uno de sus principales representantes la clasifica en publicidad "constructiva" y "competitiva" considerando a esta última siempre como un desperdicio de recursos y como útil a

---

<sup>8</sup> OVALLE FAVELA, JOSÉ *Derechos del Consumidor*, serie Nuestros Derechos, UNAM- Cámara de Diputados LVIII Legislatura, México 2000, p.89.

la primera por su carácter informativo; la postura de esta escuela tiene un defecto, hace distinción entre la parte informativa de la publicidad y sus demás elementos, de los cuales el más importante es la persuasión, diferencia que en la práctica no es real pues todos los elementos que componen a la publicidad se encuentran interconectados.

Para la escuela moderna la publicidad es información, favorece la competencia y reduce los precios. Dentro de la doctrina moderna surgen dos escuelas importantes:

1. La representada por Kaldor, Bain y Clamor & Wilson; señalando que **la publicidad aumenta el poder de mercado**: *aumenta la diferenciación de los productos; reduce la elasticidad de los precios; altos niveles de publicidad llevan a niveles de beneficios altos y a una mayor proliferación de marcas de las empresas establecidas, cerrando la entrada a nuevas empresas; aumenta la demanda primaria y el consumo agregado.*

2. La representada por Stringler, Telser y Nelson; refiriendo que **la publicidad favorece la competencia**: *aumenta la información, no tiene ningún efecto sobre la diferenciación de productos, aumenta la elasticidad de los precios, llevando a precios más bajos, son los altos beneficios de las empresas los que conducen a altos niveles de publicidad, la introducción de nuevos productos al mercado exige niveles más altos de publicidad para facilitar la entrada a nuevas empresas.*

Otro doctrinario contemporáneo es F.M. Scherer, quien resume claramente los beneficios y costos de la publicidad señalando lo siguiente:

*"... la publicidad es beneficiosa (sic) en tanto que favorece: 1° La información. 2° Las economías de escala, 3° Los mercados más amplios, 4° El mantenimiento de la calidad, 5° Ayuda al subsidio de los medios de comunicación, 6° Es un arte, 7° Ayuda a la estabilización de la economía.*

*Los costes (sic) de la publicidad serían: 1° El de los recursos gastados, 2° No suministrar tanto información como ser medio de fraude y forma de persuasión. 3° Promover valores hedonísticos. 4° Posibilidad de contribuir a la diferenciación de imagen de los productos y generar deseconomías (sic) externas en el consumo, destruir utilidad, en tanto que fuerza (sic) a consumir para volver a alcanzar el nivel de satisfacción anterior. 5° En cuanto a la posibilidad de que promueva el poder de monopolio, por sí misma no es necesariamente una causa de poder de monopolio, pero interacciona junto a otras causas; su relación con él es oscura; no existen todavía datos estadísticos bastantes para dar respuesta definitiva al tema de las relaciones entre la publicidad, poder de monopolio y beneficios.”<sup>9</sup>*

Por otra parte la doctrina de la mercadotecnia señala que la actividad publicitaria está conformada por tres etapas inseparables, y que en su conjunto representan el elemento que estimula la adquisición del producto. Ellas son las siguientes:

1. La presentación comercial favorable del producto.
2. La presentación del empaque en cada producto presentado separadamente.
3. La imagen del producto presentada por los medios de comunicación masiva.

De lo dicho hasta este punto, podemos señalar que la definición de publicidad que engloba la mayoría de los criterios es la siguiente: *"un proceso de comunicación de carácter impersonal y controlado que, a través de medios masivos, pretende dar a conocer un producto, bien o servicio, con el objeto de atraer la atención, grabar en la memoria, suscitar el interés, avivar el deseo o crear*

---

<sup>9</sup> MADRENAS IBOADAS, CARMEN *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, España, 1990, p.

la voluntad de la persona o entidad a quien está dirigida, para lograr de ella su adquisición, suscripción o inscripción".<sup>10</sup>

## 2. Las marcas en la publicidad

Dentro del comercio es fundamental la designación de un nombre al producto o servicio, es decir la marca, ya que será el primer distintivo del producto y se relacionará directamente con las oportunidades de la empresa para realizar una campaña publicitaria y lograr mayor impacto que sus competidores, por esta razón la marca debe ser exclusiva para un artículo de cierta especie, Lisa Block de Bear en su libro "Lenguaje de la Publicidad" señala que la marca *no sólo debe considerarse parte del anuncio, sino su verdadera raíz.*

Diversos autores definen a la marca por ejemplo el francés Yves Saint-Gal sostiene que en el plano jurídico la marca puede ser definida como un *"signo distintivo que permite a su titular distinguir sus productos de los de su competencia. La marca es pues un signo de adhesión de la clientela"*<sup>11</sup>, por su parte el italiano Alfonso Giambrocono señala que la marca *"es cualquier signo distintivo aplicado al producto o fijado en relación al producto (por ejemplo sobre los contenidos del producto mismo), que sea en grado tal, de distinguir el producto mismo de otros similares existentes en el comercio"*<sup>12</sup>; el español Baylos Corroza, nos proporciona la siguiente definición *"la marca es un signo destinado a individualizar los productos o los servicios de una empresa determinada y hacer que sean reconocidos en el mercado por el público consumidor. No identifica un producto o servicio considerado en su individualidad; sino en cuanto ejemplares de*

<sup>10</sup> LEMA DEBESA, CARLOS, "Entorno a la publicidad engañosa", ADI, 4 ed, Argentina, 1977, p.289

<sup>11</sup> SAINT-GAL, YVES *Protection et valorisation des marques de frabique de commerce ou de service*, L.Delmas et Cie, Francia, 1978, p.C2 y C3.

<sup>12</sup> GIAMBROCONO, ALFONSO *Prática tecnico-legale della proprietà industriale*, Etas Libri, Italia, 1974, p. 74.

*una serie*<sup>13</sup>; estimamos que de las diversas definiciones doctrinales de *marca* aquella que incluye todos los elementos esenciales es la propuesta por Nava Negrete que indica “*es todo signo o medio material que permite a cualquier persona física o jurídica distinguir los productos que elabora o expende, así como aquellas actividades consistentes en servicios de otros iguales o similares cuya finalidad inmediata es la de atraer la clientela y después conservarla y aumentarla*”<sup>14</sup>

En cuanto a la definición legal de *marca* en nuestro país la Ley de Propiedad Industrial señala que entendemos por *marca* “*todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado*”, de conformidad a lo señalado en su artículo 88. Este mismo ordenamiento en el artículo 90, refiere los diferentes tipos de signos que pueden constituir una *marca*, es decir una clasificación de las *marcas*, siendo la siguiente:

1. Las denominaciones y figuras visibles.
2. Las formas bidimensionales, como etiquetas, impresos o dibujos.
3. Las formas tridimensionales, como figuras o envases.
4. Los nombres comerciales y denominaciones o razones sociales.
5. El nombre propio de una persona física, siempre que no se confunda con una *marca* registrada o un nombre comercial publicado.

Por otra parte, el mismo artículo 90 del ordenamiento mencionado, señala los signos que no podrán constituir una *marca* entre los que destacan:

1. Las denominaciones, figuras o formas tridimensionales animadas o cambiantes.
2. Los nombres técnicos o de uso común de los productos o servicios.

---

<sup>13</sup> BAYLOS CORROZA, HERMENEGILDO *Tratado de derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Civitas, España, 1978. p.838.

<sup>14</sup> NAVA NEGRTE, JORGE *Derecho de las marcas*, Porrúa, México, 1985, p.147.

3. Las formas tridimensionales que sean de dominio público o uso común que carezcan de originalidad.
4. Las letras, los dígitos o los colores aislados.
5. La traducción a otros idiomas de palabras no registrables.
6. Los nombres, seudónimos, firmas y retratos de personas sin consentimiento de los interesados.
7. Los títulos de obras intelectuales o artísticas.
8. Las denominaciones, figuras o formas tridimensionales, susceptibles de engañar al público o inducir a error.
9. Aquellas que sean iguales o semejantes a una marca conocida.

Como podemos observar en las diversas definiciones antes mencionadas, los autores y el ordenamiento legal citado coinciden en que la *marca* es un signo distintivo de productos o servicios, pero es de especial importancia resaltar que la *distinción* es la característica esencial de la *marca* mas no su finalidad, ésta la encontramos expresada claramente en la definición de Nava Negrete siendo *la de atraer la clientela y después conservarla y aumentarla*, lo que da origen al indivisible trinomio *producto-marca-publicidad*.

En la práctica, lo que se presenta a los consumidores es un producto diferenciado por la marca y no por propiedades diferentes de los objetos, siendo que la preferencia de los consumidores por el producto no se atiene a calidades o cualidades determinadas que lo distinguen sino a marcas, símbolos verbales o gráficos, es decir, el uso que la publicidad haga de la marca en conjunción con el producto. Al respecto Nava Negrete en su libro *Derecho de las marcas* cita la tesis del juez FrankFurter de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos que señala: *"la marca constituye el reconocimiento legal de la psicología de los simbolismos. Vivimos de símbolos y con símbolos compramos. El titular de la marca se esfuerza por explotar esta tendencia, impregnar la atmósfera del mercado con el poder de atracción de su símbolo comercial, y cualquiera sean(sic) los medios de que se sirve, su fin es siempre el de persuadir al posible comprador*

*que debe adquirir el artículo de su marca. Conseguido este resultado, posee ya un bien apreciable en dinero y se haya autorizado para accionar contra cualquiera que pretenda aprovechar el simbolismo de su signo”<sup>15</sup>*

En virtud de que el fin de la marca es atraer clientela conjuntamente con la publicidad, al designarle un nombre a un producto en ciertas ocasiones procuran asimilarlo con el de otro semejante o idéntico pero fabricado por distintas empresas por medio de afinidades en la nomenclatura, en colores o imágenes, sin constituir una sinonimia, que como mencionamos en párrafos anteriores está legalmente prohibida, dando lugar a una superposición parcial de significados (simbolismo) haciendo referencia a las distintas especies del mismo género de productos; a fin de aprovechar el éxito de las campañas publicitarias de marcas ya conocidas dentro del mercado. Por ejemplo en el mercado es conocida la marca de harina “Inca” otras empresas de harina, creadas posteriormente, denominaron a su producto “Maya” y/o “Azteca”, considerando que en el consumidor se ha dado un proceso de simbolismo de una marca de harina relacionándola con un nombre de cultura prehispánica, siendo clara la intención de confundirlo o provocar error en el momento de su consumo.

Posteriormente a la designación de la marca está la etapa en la que se logra la imposición de un producto-marca dentro de la colectividad, es decir, el nombre propio no se limita a distinguir o identificar el bien producido por cierta empresa sino que ya se ubica a este producto en forma genérica conjuntamente con la marca. Por ejemplo el pan de caja ya es conocido por la mayoría de los consumidores como “Bimbo” o pan “Bimbo” pero coexiste la idea de que “Bimbo” es una marca y el bien sigue siendo el pan, por lo que en esta etapa aún le da lugar a las empresas competidoras como pueden ser “Sumbeam” o “Wonder” de captar a cierto número de consumidores.

---

<sup>15</sup> Ibidem. p.155

En la última etapa se trata de llegar a la asimilación de un bien genérico con una marca específica, esta sustitución se extiende a otros objetos de la misma especie pero de marcas diferentes. Por ejemplo "Kleenex" es una marca de pañuelos desechables, y actualmente a este bien se le llama kleenex sin importar de que marca sea, quedando sin impacto otras marcas como "Scottis".

Así pues, resulta evidente la importancia de la marca en la publicidad de un producto ya que como señala Jorge Otamendi es "*el único nexo que existe entre el consumidor del producto o el servicio y su titular*"<sup>16</sup>, en consecuencia las marcas pueden constituir para las empresas un medio de publicidad engañosa, tema que explicaremos más adelante.

### 3. La publicidad engañosa

En un principio la publicidad engañosa fue considerada una representación de la competencia desleal entre las empresas sin hacer referencia a la afectación a los consumidores. Los orígenes de la regulación de la publicidad engañosa se encuentran en Francia a principios del siglo XIX, donde fue creada la disciplina de competencia desleal mediante una jurisprudencia a los artículos 1.382 y 1.383 del *Code Civil*. Posteriormente en 1890 aparece en Alemania la noción de competencia desleal, tomada de la jurisprudencia francesa y en 1894 aparece la *gesetz sun schutz der warenbezeichnungen* que contenía normas relativas a la competencia desleal, que reprimían en concreto la confusión y la publicidad engañosa. En 1964 aparecen en España normas específicas que prohibían la publicidad engañosa y desleal.

---

<sup>16</sup> OTAMENDI, JORGE *Derecho de marcas*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1989, p.11.

La idea de protección a los consumidores aparece en diversos países de Europa y en Estados Unidos de Norteamérica hasta el siglo pasado, en los años 60, frente a la competencia desleal; siendo Alemania quien por primera vez, en 1965, reconoce legitimación activa a las asociaciones de consumidores para el ejercicio de la acción de cesación de la publicidad engañosa. En los años siguientes en diversos países como Alemania, Francia, Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra se protegió a los consumidores mediante la jurisprudencia que reconocía el derecho individual de aquellos a rescindir los contratos y la legitimación activa de las asociaciones de consumidores para solicitar la cesación de la publicidad engañosa así como la indemnización por los daños causados.

#### **4. Concepto de engaño**

En este punto se presentan tres conceptos diferentes: engaño, error y confusión, que comúnmente se utilizan como sinónimos dado que las diferencias entre ellos son tenues, en nuestro estudio es de gran importancia comprender estas diferencias puesto que, como señalamos en el punto anterior, se considera también publicidad engañosa cuando induzca al error o a la confusión, es decir el concepto contiene estos tres situaciones diferentes.

En primer término conceptualizaremos el *engaño*, la palabra engañar deriva de la alocución latina *ingannare* que se traduce como burlar, es decir dar a la mentira apariencia de verdad. El Diccionario de la Real Academia Española define al engaño como "*Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre*", "*Inducir a otro a tener por cierto lo que no es valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas*" o "*Producir ilusión, sobre todo óptica*"; en tanto que el Diccionario Jurídico coincide en que el engaño es la "*Falta de verdad en lo que se dice o se hace*", adicionando un elemento subjetivo señalando que debe haber

un "ánimo de perjudicar a otro". Por otra parte en la Enciclopedia Jurídica Omeba encontramos que el engaño es "dar a algo una apariencia de cierto o verdad inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas. También significa producir una ilusión...".

Considerando las definiciones anteriores podemos conceptualizar al **engaño como el hecho de que una persona haga creer a otra algo que no es cierto por medio de palabras o hechos aparentes, fingidos o falsos a fin de obtener un beneficio**; destacando tres elementos importantes para diferenciar al engaño del error y la confusión, que más adelante explicaremos, el primero consiste en que es un hecho realizado por una persona en perjuicio de otra; el segundo elemento es que los hechos deben ser falsos, fingidos o aparentes y el tercero es que tiene la intención de conseguir un beneficio. Un ejemplo claro de engaño dentro de la publicidad es el siguiente:

*" con la moneda de los siete metales atraerá el dinero, la salud, el trabajo, alejará las envidias, bendecida (sic) desde el altar mayor, existen muy pocas..."*

El fragmento anterior se refiere a la publicidad televisiva de una moneda con siete piedras preciosas, en este caso **es** evidente el engaño pues contiene los tres elementos esenciales de la definición:

1º Es un hecho realizado por el anunciante **en** perjuicio del consumidor.

2º Contiene información falsa y no comprobable ya que señala que la persona que porte ese objeto obtendrá dinero, salud y **trabajo** de manera automática, siendo evidente que esta información verbal **carece** de sustento, es decir no puede ser comprobada, y por otra parte las imágenes que presenta dan a entender que por el simple hecho de portar la moneda **llegarán**, casi mágicamente, los beneficios prometidos; asimismo el anunciante indica **que** son pocos los productos cuando en realidad es un objeto que se fabrica **en serie**.

3º El anunciante presenta beneficios falsos al consumidor con la intención de lograr vender el producto.

Ahora bien, en cuanto al concepto de *error* el Diccionario de la Lengua Española señala que es un "concepto equivocado o juicio falso", es decir, es la falsa apreciación de la realidad por parte del sujeto receptor del mensaje, por su parte la Enciclopedia Jurídica Omeba indica que "*el error es un conocimiento cuya relación está falsamente constituida, ya porque negamos a lo conocido sus cualidades ya porque atribuimos las que no le pertenecen*"; Savigny definió al error como "*el estado intelectual en el cual la idea de la realidad de las cosas está oscurecida y oculta por un pensamiento falso*"<sup>17</sup>. Podemos concluir que el **error es la falsa interpretación y aplicación que una persona hace de una cosa o idea**, de este concepto destacamos dos elementos esenciales: que exista una idea incorrecta respecto de una cosa y que esta idea es creada por el receptor del mensaje. En el concepto de publicidad engañosa se hace referencia a una inducción al error es decir que el anunciante incluye o excluye elementos, palabras o imágenes a fin de que el consumidor interprete la idea en forma contraria a la realidad.

Por su parte la confusión es definida por el Diccionario de la Lengua Española como "la mezcla de varias personas o cosas de modo que no puedan distinguirse unas de otras", es decir **confusión es mezclar elementos, palabras o imágenes ciertas de modo que se entienda una cosa o idea diferente a la real**; los elementos a destacar en esta definición son los siguientes: primero la existencia de una mezcla o combinación, en segundo lugar los elementos, palabras o imágenes son verdaderos y tercero la intención de crear una idea diferente a la real.

---

<sup>17</sup> SAVIGNY, JACQUES *Sistema*. t.2, Civitas, México,1980, p. 202.

Así pues, concluimos que el engaño es cuando la persona emisora del mensaje incluye en él elementos o datos falsos haciendo creer que son verdaderos por ejemplo la publicidad sobre la venta de yeso que indica que se perderán dos tallas en una semana; mientras que el error se encuentra cuando el sujeto receptor del mensaje lo traduce de forma incorrecta a la realidad aunque el emisor no incluya en el datos falsos, pudiendo ser que el mensaje induzca al error si es emitido con datos incompletos o difíciles de comprender, como es el caso del anuncio de un sorteo en una tienda departamental que indica: *"en nuestro sorteo todo lo que compres puede convertirse en un Auto"*.

Por otra parte la confusión se da cuando el emisor del mensaje mezcla elementos con el fin de que el receptor asimile una idea diversa a la real por ejemplo en el refresco de cola "Big Cola" se usan los colores rojo y negro característicos de la marca "Coca-Cola", aquí el emisor usa su propia marca pero con colores ya asimilados por los consumidores como propios de una diversa dando lugar así a una confusión.

## **5. Concepto de publicidad engañosa.**

Dentro de las definiciones doctrinales de publicidad engañosa encontramos la indicada por Jaekcel Kovacs que indica *"la publicidad engañosa es aquella que realiza un anunciante para promover su propio producto, sin hacer referencia expresa a su competidor y sin dar las indicaciones que podrían llevar al consumidor a establecer una comparación con otro similar"*<sup>18</sup>.

En cuanto al concepto legal de publicidad engañosa en nuestro país la Ley Federal de Protección al Consumidor vigente no señala una definición de publicidad engañosa sólo indica el tipo de publicidad prohibida, conteniendo esta

---

<sup>18</sup> JAECKEL K. JORGE, *"La publicidad comparativa frente a la competencia desleal"*. Tesis de grado para obtener al título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1992, p.57.

prohibición los elementos de lo que doctrinalmente y en leyes de otros países se conoce como publicidad engañosa, dicha prohibición se encuentra en el artículo 32 que a la letra dice: *"La información o publicidad relativa a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión, por su inexactitud"*.

En la legislación de la Comunidad Europea se define a la publicidad engañosa en la Directiva 450/841 del Consejo de la Comunidad Económica Europea en el artículo 2 inciso 2, señalando que es *"toda publicidad que de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecte y que debido a su carácter engañoso, pueda afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a su competidor"*.

De las definiciones antes señaladas podemos concluir que la publicidad engañosa es aquella que de cualquier forma, **engaña, induce o puede inducir al error o confusión** a los consumidores que se dirige, y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o producir un daño en su patrimonio.

Cabe destacar que se considera igualmente publicidad engañosa, aquella en la que el consumidor debe interpretar metafóricamente los mensajes publicitarios. Un ejemplo de esto puede ser la frase "si no se encuentra en las páginas amarillas no existe", donde se requiere del destinatario cierto nivel cultural que le permita interpretar la información, para evitar ser engañado.

## **6. Formas de engaño**

En este apartado nos referiremos a los medios que se utilizan para hacer una publicidad engañosa, entendiendo al engaño como concepto general, es

decir, incluyendo al error y a la confusión, y no de forma específica como señalamos en el numeral anterior.

Para determinar si una publicidad es engañosa se deben tener en cuenta, además de los elementos de su definición, su contenido, en especial los siguientes puntos:

- 1.- Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:
  - a) El origen o la procedencia geográfica o comercial
  - b) La naturaleza del producto
  - c) El contenido
  - d) La finalidad
  - e) La idoneidad
  - f) La disponibilidad
  - g) La novedad
  - h) La calidad
  - i) La cantidad
  - j) Las especificaciones
2. El modo y la fecha de fabricación, suministro o prestación.
3. Los resultados que pueden esperarse de su utilización.
4. Los resultados y las características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.
5. La nocividad o peligrosidad.
6. El precio completo, presupuesto o fijación del mismo.
7. Las condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización o entrega de los bienes o de la prestación de los servicios,
8. Los motivos de la oferta.

El principio en el que se apoya la publicidad, consiste en establecer que las afirmaciones objetivas que contenga un anuncio, deben ser ciertas y verificables. Es por ello que para evaluar un mensaje comercial, las afirmaciones o imágenes

que en éste se hagan deben ser apreciadas dentro del contexto en que se desarrolla la campaña o el anuncio y no cada una de manera individual.

Por regla general el destinatario del mensaje publicitario confía en que las afirmaciones que contiene son ciertas, aunque tiene conocimiento de que el único fin del anunciante es comercializar su producto. Algunas de las razones que explican la confianza en la veracidad de los mensajes son las siguientes:

1. Se supone el conocimiento pleno que el anunciante tiene de las características de su producto, de forma tal que si no ofreciera la ventaja que se anuncia, el oferente no se expondría a que se descubriera el engaño y no se comprara el bien o servicio.
2. Si se trata de productos de consumo masivo, el destinatario del mensaje tiene cierta experiencia que lo lleva a confiar en ciertos anuncios que no conoce.
3. El destinatario no cuestiona la seriedad de aquellos productos, marcas o empresas que gozan de reconocimiento.
4. El destinatario asume que durante la fabricación de los productos se han realizado investigaciones y controles de calidad que respaldan las características que se publicitan.
5. En el caso de productos o anunciantes sometidos a vigilancia por parte de alguna autoridad, el destinatario supone que este control constituye un respaldo de la realidad del anuncio.

De acuerdo con estos parámetros, siguiendo a Jaekcel Kovacs, las afirmaciones publicitarias han sido divididas en tres categorías distintas para determinar cuándo producen engaño, las cuales son: mensajes literalmente falsos, mensajes literalmente ciertos pero engañosos y elogios subjetivos que hace el anunciante.

Dentro de la publicidad existen diversas posibilidades de engaño entre otras el hecho de que el vendedor afirme que sus productos poseen cierta característica omitiendo las demás, exagere indebidamente las cualidades de un producto, omita datos fundamentales sobre el mismo o le atribuya cualidades distintas a la que tiene, entre otras.

## **6.1 Mensajes literalmente falsos.**

Para determinar si un mensaje publicitario es falso, en primer lugar debe establecerse si se refiere a aspectos objetivos de los productos, o si se hacen afirmaciones que pueden ser medibles y en consecuencia comprobables.

De acuerdo con esto, debe compararse el mensaje transmitido con las características del producto que se publicita, con el fin de determinar si la información se ajusta a la realidad o si es errónea o equivocada. En tal sentido, la calificación de cierto o falso que se haga del anuncio, requiere que se realice un cotejo y una comprobación del mensaje con la realidad que el mismo transmite.

Ejemplo de este tipo de mensajes puede ser: "preferido por todas las amas de casa de México", esta afirmación es considerada literalmente falsa puesto que es imposible que un producto sea preferido por TODAS las amas de casa de un país.

En términos generales se consideran mensajes literalmente falsos aquellos que indican afirmaciones que en la realidad resultan imposibles como *nunca*, *siempre*, *todo*, *nada*, independientemente de aquellos que después de comparados con el producto o servicio resulten erróneos.

## **6.2 Mensajes literalmente ciertos pero engañosos.**

Se trata de aquellas afirmaciones objetivas que, a pesar de ser literalmente ciertas, transmiten un mensaje o una representación engañosa del producto que se anuncia, capaz de inducir en error al destinatario.

Un ejemplo de lo anterior puede ser un mensaje en el que se presentan datos estadísticos de preferencias de consumidores, en forma tal que el destinatario los percibe como absolutos, cuando la realidad es que son parciales y han sido descontextualizados.

## **6.3 Elogios subjetivos que hace el anunciante.**

Este tipo de publicidad se refiere al hecho consistente en que el mismo anunciante elogia sus productos o servicios. Estos casos corresponden a afirmaciones que, a pesar de no poderse verificar y, al mismo tiempo, no ser ciertas, tampoco inducen al engaño.

Las afirmaciones subjetivas que de alguna forma envuelven una exageración son permitidas y no requieren ser comprobadas ya que el destinatario no las percibe como engaño, sino como un elogio normal en la publicidad, que no es determinante, ni lo afecta en su decisión final, una muestra de una afirmación subjetiva es la frase "el mejor artículo del mundo". Mientras que las afirmaciones objetivas son aquellas en las que el anunciante indica que su producto es superior a los demás en el mercado por ejemplo es "el detergente de trastes que rinde el doble que los demás" o "es la goma de mascar más efectiva para combatir el mal aliento". En este último caso, el anunciante deberá presentar las estadísticas que respalden su afirmación.

## 6.4 El uso de las marcas

Como señalamos anteriormente las marcas son esenciales dentro de la publicidad de un producto o servicio consecuentemente pueden ser utilizadas como un medio de engaño (engaño, error o confusión) a los consumidores; una de las formas en que podría darse este engaño sería designando a un producto con un nombre similar al de otro ya colocado en el mercado, ya sea similitud fonética, visual (colores, imágenes, etc.) o ideológica, vulnerando tanto el derecho de libertad de elección de los consumidores como los derivados del registro de una marca especialmente el consistente en distinguir un producto específico, pudiendo suceder que el objetivo del anunciante fuera que el nuevo producto se aprovechara de la publicidad que le han hecho con anterioridad al primero, ya ubicado por los consumidores. Por ejemplo el registro de la marca "*O de la R*" en imitación a la anteriormente registrada "*Oscar de la Renta*".

Otra forma de publicidad engañosa por medio del uso de marcas sería el caso de denominar a un producto con un adjetivo o sustantivo que denote una característica que no le es propia por ejemplo denominar un café soluble, similar a los otros del mercado, "chococafé", en este caso el consumidor supondría que es chocolate y café en el mismo producto otorgándole una característica que en realidad no tiene, dándose así un engaño por medio de la marca.

En nuestro país el uso de marcas como medio para engañar a los consumidores y practicar competencia desleal se ha convertido en una práctica común, en la mayoría de los casos utilizando la similitud o realizando publicidad comparativa cuyo fin es desprestigiar a uno o varios competidores; violentando así los derechos marcarios y de los consumidores, y dando lugar a la competencia desleal.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN EL DERECHO MEXICANO**

#### **1. Generalidades**

En nuestro país la protección al consumidor en contra de prácticas comerciales abusivas tiene sus inicios en 1975 con la presentación del proyecto de ley por parte del entonces presidente Luis Echeverría Álvarez, la cual fue aprobada por el Congreso de la Unión, publicándose la primera Ley de Protección al consumidor en el Diario Oficial de la Federación del 22 de diciembre de 1975, misma que entró en vigor el 5 de febrero de 1976.

A fin de dar cumplimiento a este ordenamiento se crearon la Procuraduría Federal del Consumidor y el Instituto Nacional del Consumidor como organismos descentralizados con personalidad y patrimonio propios.

Al Instituto se le encomendaron las siguientes funciones:

- a) Informar y capacitar al consumidor en el conocimiento y ejercicio de sus derechos.
- b) Orientar al consumidor para que utilice racionalmente su capacidad de compra.
- c) Orientarlo en el conocimiento de prácticas comerciales publicitarias, lesivas a sus intereses.

- d) Auspiciar hábitos de consumo que protejan el patrimonio familiar y una más adecuada asignación de los recursos productivos del país.

A la Procuraduría, a su vez, se le otorgaron las siguientes atribuciones:

- a) Representar los intereses de la población consumidora ante toda clase de autoridades administrativas, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan, encaminados a proteger el interés del consumidor.
- b) Representar colectivamente a los consumidores en cuanto tales, ante entidades u organismos públicos o privados y ante los proveedores de bienes o prestadores de servicios.
- c) Representar a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales, previo el mandato correspondiente, cuando a juicio de la Procuraduría la solución que pueda darse al caso planteado, llegare a trascender al tratamiento de intereses colectivos.
- d) Estudiar y proponer medidas encaminadas a fortalecer la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones de consumo.
- e) Proporcionar asesoría gratuita a los consumidores.
- f) Ejercer, con el auxilio y participación, en su caso, de las autoridades locales, las funciones de inspección y vigilancia en materia de precios y tarifas acordados, establecidos o autorizados por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (hoy Secretaría de Economía), así como sancionar su violación y denunciar ante quien corresponda los casos de que tenga conocimiento por incumplimiento de normas de calidad, peso, medida y otras características de los productos y servicios.
- g) Denunciar ante las autoridades competentes los casos en que se presuma la existencia de prácticas monopólicas o tendientes a la creación de monopolios, así como las que violen las disposiciones del artículo 28 constitucional y sus leyes reglamentarias.

- h) Procurar la satisfacción de los derechos de los consumidores conforme a los procedimientos conciliatorio y arbitral.
- i) Denunciar ante el Ministerio Público los hechos que lleguen a su conocimiento y que puedan ser constitutivos de delito.
- j) Excitar a las autoridades competentes a que tomen medidas adecuadas para combatir, detener, modificar o evitar todo género de prácticas que lesionen los intereses de los consumidores o de la economía popular:
- k) Denunciatr ante las auotridades correspondients, y en su caso ante el superior jerárquico de la autoridad responsable, los hechos que lleguen a su conocmimiento, derivados de la aplicación de esta ley que puedan constituir delitos o infracciones.
- l) Hacer del conocmimiento público, cuando lo juzgue conveniente, las excitaitivas que haga.
- m) Organizar y manejar el Registro Público de Contratos de Adhesión.

El fundamento constitucional de la protección al consumidor es incorporado hasta el año de 1983 en que el constituyente permanente incorporó al artículo 28 de la Carta Magna la siguiente disposición: *“La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses...”*.

En 1992, en virtud de la evolución social y con ello del fenómeno de consumo, es publicada la nueva Ley Federal de Protección al Consumidor, la cual establecía, entre otras modificaciones sustantivas, las tendientes a mejorar la eficiencia de los mecanismos de atención y defensa de los derechos de los consumidores, siendo la más importante la fusión de los dos organismos existentes hasta ese momento, quedando la Procuraduría Federal del Consumidor con la totalidad de atribuciones.

La Ley de Protección al Consumidor de 1992 ha sido reformada en diversas ocasiones pero no se ha hecho ninguna modificación a los artículos referentes a publicidad engañosa, que estudiaremos más adelante, siendo ésta, en conjunto

con la Ley de Propiedad Industrial, la principal norma que regula la materia en estudio, ya que, como veremos en este capítulo, existen diversas leyes y reglamentos aplicables que resultan solamente complementarias de las disposiciones contenidas en las las dos leyes mencionadas.

## **2. Marco legal de la publicidad engañosa en México**

### **2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

A nivel constitucional es nula la regulación de la publicidad y de la publicidad engañosa, incluyéndose sólo, somera e insuficientemente, la protección a la libre concurrencia o competencia y a los intereses de los consumidores, como parte de las garantías individuales, lo que se encuentra establecido en los párrafos 2° y 3° del artículo 28, que a continuación se transcriben:

Artículo 28.- ...

... En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios, todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

... Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesaria o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses...

De lo anterior se colige que la prohibición de la publicidad engañosa es una forma de protección de las garantías individuales mencionadas, sin embargo consideramos que debería de ser incluida en el texto constitucional propiamente como una garantía, ya que en la actualidad es necesario subsanar esta deficiencia en las leyes secundarias y sus reglamentos

## **2.2 Ley de Propiedad Industrial**

Como señalamos en el capítulo anterior la Ley de la Propiedad Industrial regula la publicidad engañosa de forma indirecta normando lo referente al registro de marcas y a la competencia desleal, siendo éste uno de sus principales objetos como lo establece el artículo 2 en su fracción VI, que a la letra dice:

“Artículo 2.-Esta ley tiene por objeto:

VI. Prevenir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal relacionada con la misma y establecer las sanciones y penas respecto de ellos”

En cuanto a la regulación que hace este ordenamiento del registro de las marcas analizaremos los artículos 88, 90 y 91, que se transcriben a continuación.

Artículo 88.- Se entiende por marca a todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.

Artículo 90.- No serán registrables como marca:

I.- Las denominaciones, figuras o formas tridimensionales animadas o cambiantes, que se expresan de manera dinámica, aún cuando sean visibles;

II.- Los nombres técnicos o de uso común de los productos o servicios que pretenden ampararse con la marca, así como aquellas palabras que, en el lenguaje corriente o en las prácticas comerciales, se hayan convertido en la designación usual o genérica de los mismos;

III.- Las formas tridimensionales que sean del dominio público o que se hayan hecho de uso común y aquellas que carezcan de originalidad que las distinga fácilmente,

así como la forma usual y corriente de los productos o la impuesta por su naturaleza o función industrial;

IV.- Las denominaciones, figuras o formas tridimensionales que, considerando el conjunto de sus características, sean descriptivas de los productos o servicios que traten de protegerse como marca. Quedan incluidas en el supuesto anterior las palabras descriptivas o indicativas que en el comercio sirvan para designar la especie, calidad, cantidad, composición, destino, valor, lugar de origen de los productos o la época de producción;

V.- Las letras, los dígitos o los colores aislados, a menos que estén combinados o acompañados de elementos tales como signos, diseños o denominaciones, que les den un carácter distintivo.

VI.- La traducción a otros idiomas, la variación ortográfica caprichosa o la construcción artificial de palabras no registrables;

VII.- Las que reproduzcan o imiten, sin autorización, escudos, banderas o emblemas de cualquier país, Estado, municipio o divisiones políticas equivalentes, así como las denominaciones, siglas, símbolos o emblemas de organizaciones internacionales, gubernamentales, no gubernamentales o de cualquier otra organización reconocida oficialmente, así como la designación verbal de los mismos;

VIII.- Las que reproduzcan o imiten signos o sellos oficiales de control y garantía adoptados por un estado, sin autorización de la autoridad competente, o monedas, billetes de banco, monedas conmemorativas o cualquier medio oficial de pago nacional o extranjero;

IX.- Las que reproduzcan o imiten los nombres o la representación gráfica de condecoraciones, medallas u otros premios obtenidos en exposiciones, ferias, congresos, eventos culturales o deportivos, reconocidos oficialmente;

X.- Las denominaciones geográficas, propias o comunes, y los mapas, así como los gentilicios, nombres y adjetivos, cuando indiquen la procedencia de los productos o servicios y puedan originar confusión o error en cuanto a su procedencia;

XI.- Las denominaciones de poblaciones o lugares que se caractericen por la fabricación de ciertos productos, para amparar éstos, excepto los nombres de lugares de propiedad particular, cuando sean especiales e inconfundibles y se tenga el consentimiento del propietario;

XII.- Los nombres, seudónimos, firmas y retratos de personas, sin consentimiento de los interesados o, si han fallecido, en su orden, del cónyuge, parientes consanguíneos en línea recta y por adopción, y colaterales, ambos hasta el cuarto grado;

XIII.- Los títulos de obras intelectuales o artísticas, así como los títulos de publicaciones y difusiones periódicas, los personajes ficticios o simbólicos, los personajes humanos de caracterización, los nombres artísticos y las

denominaciones de grupos artísticos; a menos que el titular del derecho correspondiente lo autorice expresamente;

XIV.- Las denominaciones, figuras o formas tridimensionales, susceptibles de engañar al público o inducir a error, entendiéndose por tales las que constituyan falsas indicaciones sobre la naturaleza, competentes o cualidades de los productos o servicios que pretenda amparar;

XV.- Las denominaciones, figuras o formas tridimensionales, iguales o semejantes a una marca que el Instituto estime notoriamente conocida en México, para ser aplicadas a cualquier producto o servicio.

Se entenderá que una marca es notoriamente conocida en México, cuando un sector determinado del público o de los círculos comerciales del país, conoce la marca como consecuencia de las actividades comerciales desarrolladas en México o en el extranjero por una persona que emplea esa marca en relación con sus productos o servicios, así como el conocimiento que se tenga de la marca en el territorio, como consecuencia de la promoción o publicidad de la misma.

A efecto de demostrar la notoriedad de la marca, podrán emplearse todos los medios probatorios permitidos por esta Ley.

Este impedimento procederá en cualquier caso en que el uso de la marca por quien solicita su registro, pudiese crear confusión o un riesgo de asociación con el titular de la marca notoriamente conocida, o constituya un aprovechamiento que cause el desprestigio de la marca. Dicho impedimento no será aplicable cuando el solicitante del registro sea titular de la marca notoriamente conocida.

XVI.- Una marca que sea idéntica o semejante en grado de confusión a otra en trámite de registro presentada con anterioridad o a una registrada y vigente, aplicada a los mismos o similares productos o servicios. Sin embargo, sí podrá registrarse una marca que sea idéntica a otra ya registrada, si la solicitud es planteada por el mismo titular, para aplicarla a productos o servicios similares, y

XVII.- Una marca que sea idéntica o semejante en grado de confusión, a un nombre comercial aplicado a una empresa o a un establecimiento industrial, comercial o de servicios, cuyo giro preponderante sea la elaboración o venta de los productos o la prestación de los servicios que se pretendan amparar con la marca, y siempre que el nombre comercial haya sido usado con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud de registro de la marca o la de uso declarado de la misma. Lo anterior no será aplicable, cuando la solicitud de marca la presente el titular del nombre comercial, si no existe otro nombre comercial idéntico que haya sido publicado.

Artículo 91.-No podrá usarse ni formar parte del nombre comercial, denominación o razón social de ningún establecimiento o persona moral, una marca registrada o una semejante en grado de confusión a otra marca previamente registrada, cuando:

I. Se trate de establecimientos o personas morales cuya actividad sea la producción, importación o comercialización de bienes o servicios iguales o similares a los que se aplica la marca registrada, y

II. No exista consentimiento manifestado por escrito del titular del registro de la marca o de quien tenga facultades para hacerlo.

Como podemos observar el artículo 88, antes transcrito, señala el concepto de marca, respecto al cual cabe mencionar que si bien indica que es todo signo visible en el artículo 90 encontramos una extensa lista de los signos que no serán registrables como marca destacando las fracciones XIV, XV, XVI y XVII, que hacen referencia a la prohibición de registrar como marca un signo que pueda engañar, inducir al error o confundir, es decir utilizar una marca como medio de publicidad engañosa. Por su parte el artículo 91 señala en forma específica la prohibición del uso de una marca como medio para confundir. De lo anterior se colige que este ordenamiento regula a la publicidad engañosa prohibiendo el registro de marcas que la pudieran originar.

Ahora bien en caso de que se contravengan las disposiciones antes señaladas o se incurra en competencia desleal el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial realizará el procedimiento correspondiente de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la ley en estudio, así mismo impondrá las sanciones previstas en el artículo 214, de conformidad a lo establecido en el artículo 213 respecto a infracciones administrativas, siendo aplicables a publicidad engañosa y/o competencia desleal las fracciones I, IV, V, VIII y X, que se citan a continuación.

Artículo 213.- Son infracciones administrativas:

I. Realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal y que se relacionen con la materia que esta ley regula.

IV. Usar una marca parecida en grado de confusión a otra registrada, para amparar los mismos productos o similares productos o servicios que los protegidos por la registrada.

V. Usar, sin consentimiento de su titular, una marca registrada o semejante en grado de confusión como elemento de un nombre comercial o de una denominación o razón social, o viceversa, siempre que dichos nombres, denominaciones o razones sociales estén relacionados con establecimientos que operen con los productos o servicios protegidos por la marca.

VIII. Usar una marca previamente registrada o semejante en grado de confusión como nombre comercial, denominación o razón social o como partes de éstos, de una persona física o moral cuya actividad sea la producción, importación o comercialización de bienes o servicios iguales o similares a los que se aplica la marca registrada, sin el consentimiento, manifestado por escrito, del titular del registro de marca o de la persona que tenga facultades para ello.

X. Intentar o lograr el propósito de desprestigiar los productos, los servicios, la actividad industrial o comercial o el establecimiento de otro. No estará comprendida en esta disposición, la comparación de productos o servicios que ampare la marca con el propósito de informar al público, siempre que dicha comparación no sea tendenciosa o exagerada en los términos de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Artículo 214.- Las infracciones administrativas a esta Ley o demás disposiciones derivadas de ella, serán sancionadas con:

I. Multa hasta por el importe de veinte mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

II. Multa adicional hasta por el importe de quinientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, por cada día que persista la infracción;

III. Clausura temporal hasta por noventa días;

IV. Clausura definitiva;

V. Arresto administrativo hasta por 36 horas.

Por otra parte este ordenamiento contiene también los actos constitutivos de delito en materia de propiedad industrial, siendo que la fracción I del artículo 223 indica el tipo aplicable para el uso de una marca como medio de publicidad engañosa, señalando lo siguiente:

Artículo 223.- Son delitos:

I. Reincidir en las conductas previstas en las fracciones II a XXII del artículo 213 de esta Ley, una vez que la primera sanción administrativa impuesta por esta razón haya quedado firme;

## 2.3 Ley Federal de Protección al Consumidor

La Ley Federal de Protección al Consumidor vigente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 24 de diciembre de 1992, sin que hasta la fecha haya sido reformada en materia de publicidad.

El artículo 32 de esta ley señala los requisitos que debe cumplir la publicidad comercial, en términos generales, buscando proteger los intereses de los consumidores frente a los proveedores de bienes y servicios; indicando que la publicidad debe cumplir tres requisitos:

1. Veracidad, es decir que los datos que contenga sean verdaderos, fidedignos, que correspondan a las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados.
2. Comprobación, lo que significa que las características indicadas de los productos o servicios anunciados deben ser susceptibles de verificación o confirmación.
3. Precisión, es decir que no induzca o pueda inducir a error o confusión por su inexactitud.

Estos requisitos fundamentales tienen como base el *principio general de buena fe*, conforme al cual no debe existir la publicidad engañosa; dicho principio se encuentra en el artículo 1, fracciones III y VII de la ley en estudio, que a la letra señala:

Artículo 1.-...El objeto de esta ley es promover y proteger los derechos del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

Son principios básicos en las relaciones de consumo:

... III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen;

...VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

Cuando la publicidad de algún bien o servicio no cumple con los requisitos antes señalados la Procuraduría Federal del Consumidor tiene la facultad de ordenar al proveedor la suspensión de la publicidad o la realización de publicidad correctiva, siendo ésta una facultad discrecional de conformidad a lo establecido en el artículo 35.

Artículo 35. Sin perjuicio de la intervención que otras disposiciones legales asignen a distintas dependencias, la Procuraduría podrá:

I. Ordenar al proveedor que suspenda la publicidad que viole las disposiciones de esta ley;

II. Ordenar que se realice la publicidad correctiva en la forma en que se estime suficiente;

III. Imponer las sanciones que corresponda, en términos de esta ley.

En la imposición de las anteriores sanciones deberá concederse al infractor la garantía de audiencia a que se refiere el artículo 123 de este ordenamiento.

En cuanto al requisito de veracidad en la publicidad existe artículo expreso que regula la falta de éste, señalando que, independientemente de las sanciones que se indiquen en otros preceptos, cuando exista dicha falta de veracidad el proveedor está obligado a cumplir lo ofrecido o bien reponer los gastos que haya erogado el consumidor y, en su caso, pagar los daños y perjuicios que hubiera sufrido el consumidor. Lo anterior se encuentra en el artículo 37 que se transcribe a continuación:

Artículo 37. La falta de veracidad en los informes, instrucciones, datos y condiciones prometidas o sugeridas, además de las sanciones que se apliquen conforme a esta ley, dará lugar al cumplimiento de lo ofrecido o, cuando esto no sea posible, a la reposición de los gastos necesarios que

pruebe haber efectuado el adquirente y, en su caso, al pago de daños y perjuicios.

Cabe destacar que este precepto otorga un derecho a los consumidores, para su protección de la publicidad engañosa, independientemente de las sanciones administrativas que imponga la autoridad, derecho que se encuentra reforzado en el artículo 42 de este mismo ordenamiento.

Artículo 42. El proveedor está obligado a entregar el bien o suministrar el servicio de acuerdo con los términos y condiciones ofrecidos o implícitos en la publicidad o información desplegados, salvo convenio en contrario o consentimiento escrito del consumidor.

En cuanto a la imposición de sanciones administrativas por parte de la Procuraduría Federal del Consumidor, a que se refieren los artículos 35 y 37 de este ordenamiento, el procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 123 denominado "procedimiento por infracciones a la ley", precepto que se transcribe a continuación:

Artículo 123. Para la imposición de las sanciones que se refiere esta ley, la Procuraduría notificará al infractor de los hechos motivo del procedimiento y le otorgará un término de diez días hábiles para que rinda pruebas y manifieste por escrito lo que a su derecho convenga. En caso de no rendirlas, la Procuraduría resolverá conforme a los elementos de convicción de que disponga.

La Procuraduría admitirá las pruebas que estime pertinentes y procederá a su desahogo. Asimismo podrá solicitar del presunto infractor o de terceros las demás pruebas que estime necesarias.

Concluido el desahogo de las pruebas, la Procuraduría notificará al presunto infractor para que presente sus alegatos dentro de los dos días hábiles siguientes.

La Procuraduría resolverá dentro de los quince días siguientes.

Respecto a la sanción que se impondrá ésta consiste en una multa de uno a mil quinientos salarios mínimos vigentes en el Distrito Federal, en caso de reincidencia se podrá duplicar la multa o bien clausurar el establecimiento de conformidad a lo establecido en los artículos 127, 129 y 130 de la ley en cuestión, que señalan lo siguiente:

Artículo 127. Las infracciones a lo dispuesto por los artículos 7, 13, 17, 32, 33, 34, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 58, 59, 61, 62, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 75, 78, 79, 81, 82, 86, 87, 91, 93 y 95 serán sancionadas con multa hasta por el equivalente de una a mil quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

Artículo 129. En caso de reincidencia se podrá aplicar multa hasta por el doble de las cantidades señaladas en los artículos 126, 127 y 128; y proceder a la clausura del establecimiento hasta por treinta días, en el caso de las infracciones a que se refiere el artículo 128, e inclusive arresto administrativo hasta 36 horas.

Artículo 130. Se entiende que existe reincidencia cuando el mismo infractor incurra en dos o más violaciones del mismo precepto legal durante el transcurso de un año, contado a partir del día en que se cometió la primera infracción.

La determinación de la multa la realizará la Procuraduría Federal del Consumidor quien deberá considerar los puntos señalados en el artículo 132, que a letra dice:

Artículo 132. Para determinar la sanción, la Procuraduría estará a lo dispuesto por esta Ley y su Reglamento y deberá considerarse, conforme al siguiente orden:

1. La condición económica del infractor;
2. El carácter intencional de la infracción;
3. Si se trata de reincidencia;
4. La gravedad de la infracción; y
5. El perjuicio causado al consumidor o a la sociedad en general.

Como podemos observar de los preceptos antes transcritos el monto de las multas aplicables a proveedores que hagan uso de publicidad engañosa no es

cuantioso, en virtud de que esta ley no pretende conseguir un beneficio económico a favor del estado sino establecer derechos a favor de los consumidores que sean objeto de este tipo de publicidad, a fin de que si por esta causa sufren algún daño o perjuicio puedan exigir la indemnización que corresponda.

De lo dicho en este punto concluimos que la Ley Federal de Protección al Consumidor establece reglas o requisitos para evitar que la publicidad referente a cualquier bien o servicio sea engañosa y ,en caso de que lo sea, las sanciones administrativas que se impondrán y los derechos de los consumidores que sean objeto de esta publicidad.

## **2.4 Ley Federal de Radio y Televisión y su Reglamento**

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 19 de enero de 1960 y respecto a la publicidad regula solamente aquella que es transmitida por radio y televisión.

En el artículo 67 de este ordenamiento se encuentran las bases a las que debe sujetarse la publicidad que se transmita por la radio y la televisión, siendo las siguientes:

ARTICULO 67.- La propaganda comercial que se transmita por la radio y la televisión se ajustará a las siguientes bases:

I.- Deberá mantener un prudente equilibrio entre el anuncio comercial y el conjunto de la programación;

II.- No hará publicidad a centros de vicio de cualquier naturaleza;

III.- No transmitirá propaganda o anuncios de productos industriales, comerciales o de actividades que engañen al público o le causen algún perjuicio por la exageración o falsedad en la indicación de sus usos, aplicaciones o propiedades.

IV.- No deberá hacer, en la programación referida por el artículo 59 bis, publicidad que incite a la violencia, así como aquella relativa a productos alimenticios que distorsionen los hábitos de la buena nutrición.

Esta ley señala reglas específicas para ciertos productos o servicios como son bebidas alcohólicas, aparatos terapéuticos, artículos de belleza, tratamientos y artículos de higiene, loterías, sorteos, rifas, entre otros, independientemente de lo establecido en otros ordenamientos legales; dichas reglas se encuentran en los artículos que a continuación se citan.

Artículo 68.- Las difusoras comerciales, al realizar la publicidad de bebidas cuya graduación alcohólica exceda de 20 grados, deberán abstenerse de toda exageración y combinarla o alternarla con propaganda de educación higiénica y de mejoramiento de la nutrición popular, en la difusión de esta clase de publicidad no podrán emplearse menores de edad; tampoco podrán ingerirse real o aparentemente frente al público, los productos que se anuncian.

Artículo 69.- Las difusoras comerciales exigirán que toda propaganda de instalaciones y aparatos terapéuticos, tratamientos y artículos de higiene y embellecimiento, prevención o curación de enfermedades, esté autorizada por la Secretaría de Salubridad y Asistencia (actualmente Secretaría de Salud).

Artículo 70.- Sólo podrá hacerse propaganda o anuncio de loterías, rifas y otra clase de sorteos, cuando estos hayan sido previamente autorizados por la Secretaría de Gobernación. la propaganda o anuncio de las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares y de las operaciones que realicen, deberá contar con la autorización de la Secretaría de Hacienda.

Por otra parte, el reglamento de esta ley establece en su artículo 7 que la radio y la televisión en su propaganda comercial deberán estimular el consumo de bienes y servicios de origen nacional, tomarán en cuenta la situación económica del país a fin de restringir, en cada caso, la publicidad de artículos suntuarios y propiciarán la elevación del nivel de vida del auditorio por medio de una adecuada orientación en la planeación del gasto familiar

De conformidad a los artículos 10 de la Ley y 8 del reglamento, en comento, compete a la Secretaria de Gobernación vigilar el cumplimiento de estos ordenamientos, pudiendo expedir Normas Oficiales Mexicanas que determinen reglas específicas para la publicidad de ciertos bienes o productos, siendo esto común respecto al requisito de veracidad y comprobación que debe cumplir toda publicidad en cuanto a las características del producto, por lo que la Secretaria de

Gobernación tiene la facultad de verificación y sanción en caso de que no se cumplan estas normas o los requisitos generales de la publicidad; las sanciones pueden ser: multa, prohibición de comercializar el producto o inmovilización del producto hasta que sea modificada la información errónea, de conformidad a lo establecido por los artículos 23 y 57 de la Ley Federal de Radio y Televisión.

Artículo 23.- Si al verificarse la cantidad indicada como contenido neto de los productos empacados o envasados de encontrarse que están fuera de la tolerancia fijada, podrá la Secretaría, además de imponer la sanción administrativa que proceda, prohibir su venta hasta que se remarque el contenido neto de caracteres legibles o se complete este.

La selección de muestras para la verificación del contenido neto se efectuará al azar y mediante el sistema de muestreo estadístico, en cuyo caso se estará al resultado de la verificación para, de proceder, prohibir la venta en tanto se remarque o complete el contenido neto.

Artículo 57.- Cuando los productos o los servicios sujetos al cumplimiento de determinada norma oficial mexicana, no reúnan las especificaciones correspondientes, la autoridad competente prohibirá de inmediato su comercialización, inmovilizando los productos, hasta en tanto se acondicionen, reprocesen, reparen o substituyan. de no ser esto posible, se tomarán las providencias necesarias para que no se usen o presten para el fin a que se destinarian de cumplir dichas especificaciones.

Si el producto o servicio se encuentra en el comercio, los comerciantes o prestadores tendrán la obligación de abstenerse de su enajenación o prestación a partir de la fecha en que se les notifique la resolución o se publique en el Diario Oficial de la Federación. cuando el incumplimiento de la norma pueda dañar significativamente la salud de las personas, animales, plantas, ambiente o ecosistemas, los comerciantes se abstendrán de enajenar los productos o prestar los servicios desde el momento en que se haga de su conocimiento. Los medios de comunicación masiva deberán difundir tales hechos de manera inmediata a solicitud de la dependencia competente.

Los productores, fabricantes, importadores y sus distribuidores serán responsables de recuperar de inmediato los productos.

Quienes resulten responsables del incumplimiento de la norma tendrán la obligación de reponer a los comerciantes los productos o servicios cuya venta o prestación se prohíba, por otros que cumplan las especificaciones correspondientes, o en su caso, reintegrarles o bonificarles su valor, así como cubrir los gastos en que se incurra para el tratamiento, reciclaje o disposición final, conforme a los ordenamientos legales y las recomendaciones de expertos reconocidos en la materia de que se trate.

El retraso en el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior podrá sancionarse con multas por cada día que transcurra, de conformidad a lo establecido en la fracción I del artículo 112 de la presente ley.

## **2.5 Ley Federal sobre Metrología y Normalización**

La Ley Federal de Metrología y Normalización tiene, principalmente, dos objetos, en primer término verificar tanto los instrumentos de medición que utilizan los productores como la veracidad del contenido de los productos señalada en sus etiquetas; por otra parte vigilar el establecimiento y cumplimiento de las normas oficiales mexicanas aplicables a la producción, transportación y comercialización de bienes.

De la simple lectura de los objetos de esta ley concluimos que se relacionan con el tema de la publicidad engañosa ya que regulan algunos de los medios utilizados para su realización, como son el contenido del producto y las características y/o especificaciones que deben contener las etiquetas del mismo.

Respecto al contenido del producto, al indicar el productor en la etiqueta o anuncio publicitario uno diverso al verdadero, estamos en presencia de publicidad engañosa; que afecta directamente al consumidor y a los competidores ya que, obvia señalar, el contenido real será menor al indicado.

El artículo 21 de esta ley, que a continuación se transcribe, indica la reglas aplicables en cuanto al contenido de los productos.

Artículo 21.- Los productos empacados o envasados por fabricantes, importadores o comerciantes deberán ostentar en su empaque, envase, envoltura o etiqueta, a continuación de la frase contenido neto, la indicación de la cantidad de materia o mercancía que contengan. Tal cantidad deberá expresarse de conformidad con el Sistema General de Unidades de Medida, con caracteres legibles y en lugares en que se aprecie fácilmente.

Cuando la transacción se efectúe a base de cantidad de partes, accesorios o unidades de efectos, la indicación deberá referirse al número contenido en el empaque o envase y, en su caso, a sus dimensiones.

En los productos alimenticios empacados o envasados el contenido neto deberá corresponder al total. Cuando estén compuestos de partes líquida y sólida, además del contenido neto deberá indicarse la cantidad de masa drenada.

En caso de que el productor no cumpla con las indicaciones previstas en el artículo señalado, la Secretaría de economía será competente para aplicar las sanciones a que se refiere el artículo 23.

Artículo 23.- Si al verificarse la cantidad indicada como contenido neto de los productos empacados o envasados, de encontrarse que están fuera de la tolerancia fijada, podrá la Secretaría, además de imponer la sanción administrativa que proceda, prohibir su venta hasta que se remarque el contenido neto de caracteres legibles o se contemple éste.

La selección de muestras para la verificación del contenido neto se efectuará al azar y mediante el sistema de muestreo estadístico, en cuyo caso se estará al resultado de la verificación para, de proceder, prohibir la venta en tanto no se remarque o complete el contenido neto.

## **2.6 Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Publicidad.**

La Ley General de Salud entró en vigor a partir del primero de julio de mil novecientos ochenta y cuatro., en el artículo 306 señala los requisitos que debe tener la publicidad.

Artículo 306 La publicidad a que se refiere esta Ley se sujetará a los siguientes requisitos:

- a. La información contenida en el mensaje sobre calidad, origen, pureza, conservación, propiedades nutritivas y beneficios de empleo deberá ser comprobable;
- b. El mensaje deberá tener contenido orientador y educativo;

- c. Los elementos que compongan el mensaje, en su caso, deberán corresponder a las características de la autorización sanitaria respectiva,
- d. El mensaje no deberá inducir a conductas, prácticas o hábitos nocivos para la salud física o mental que impliquen riesgo o atenten contra la seguridad o integridad física o dignidad de las personas, en particular de la mujer;
- e. El mensaje no deberá desvirtuar ni contravenir los principios, disposiciones y ordenamientos que en materia de prevención, tratamiento de enfermedades o rehabilitación, establezca la Secretaría de Salud, y

VI. El mensaje publicitario deberá estar elaborado conforme a las disposiciones legales aplicables.

Al respecto en el Reglamento (entró en vigor el dos de mayo de dos mil) de dicha ley se contempla la definición de la publicidad que no sea comprobable, en el artículo 9 del reglamento en estudio, que señala:

Artículo 9. La publicidad no es comprobable o no corresponde a la calidad sanitaria, origen, pureza, conservación, propiedades nutritivas y beneficios de empleo de los productos o servicios, cuando:

- a. Induzca al error;
- b. Oculte las contraindicaciones necesarias;
- c. Exagere las características o propiedades de los productos o servicios;
- d. Indique o sugiera que el uso de un producto o la prestación de un servicio, son factor determinante de las características físicas, intelectuales o sexuales de los individuos en general, o de los personajes reales o ficticios que se incluyen en el mensaje, siempre que no existan pruebas fehacientes que así lo demuestren, y
- e. Establezca comparaciones entre productos cuyos ingredientes sean diferentes cuando por ello se puedan generar riesgos o daños a la salud.

En relación al contenido de la publicidad dicho Reglamento, en su artículo 14, establece que el anunciante deberá comprobar las afirmaciones que realice en relación a la calidad, origen, pureza, conservación, propiedades nutritivas y los

beneficios que se obtengan por el empleo del producto, para lo cual deberá presentar la información técnica y científica que la Secretaría de Salud le solicite.

En estos ordenamientos encontramos requisitos para la publicidad de determinados productos los cuales señalaremos en la siguiente tabla, indicando los preceptos donde se encuentran contenidas estas reglas:

PRODUCTO	REQUISITOS	ARTÍCULOS
Alimentos y bebidas no alcohólicas.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No deberá asociarse directa o indirectamente con el consumo de bebidas alcohólicas.</li> <li>- No deberá inducir a hábitos de alimentación nocivos ni atribuir a los alimentos industrializados un valor superior o distinto al que tengan en realidad.</li> <li>- Deberá incluir mensajes precautorios de la condición del producto o mensajes promotores de una alimentación equilibrada.</li> <li>- No deberá presentarlos como estimulantes ni modificadores del estado físico o mental, excepto que lo sean</li> <li>- No podrá realizar comparaciones en menoscabo de la propiedad de los alimentos naturales.</li> <li>- Expresar o sugerir, a través de personajes reales o ficticios, que la ingestión de estos productos proporciona a las personas características o habilidades extraordinarias.</li> <li>- Declarar propiedades que no puedan comprobarse, o que los productos son útiles para prevenir, aliviar, tratar o curar una enfermedad, trastorno o estado fisiológico.</li> </ul>	307 LGS 21,22 FIV, V , VII reg
Bebidas alcohólicas y tabacos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se limitará a dar información sobre las características, calidad y técnicas de elaboración de estos productos.</li> <li>- No deberá presentarlos como productos de bienestar o salud, o asociarlos a celebraciones cívicas o religiosas.</li> </ul>	308 LGS 34 reg

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No se podrá asociar estos productos con ideas o imágenes de mayor éxito en la vida afectiva y sexualidad de las personas, o hacer exaltación de prestigio social, virilidad o feminidad.</li> <li>- No se podrá asociar estos productos con actividades creativas, deportivas, del hogar o del trabajo ni emplee imperativos que induzcan directamente a su consumo.</li> <li>- No podrá incluir en imágenes o sonidos la participación de niños o adolescentes ni dirigirse a ellos.</li> <li>- En el mensaje no podrán ingerirse o consumirse real o aparentemente los productos de que se trate.</li> <li>- En el mensaje no podrán participar personas menores de 25 años.</li> <li>- No debe promover un consumo inmoderado o excesivo.</li> <li>- No debe atribuir al producto propiedades nutritivas, sedantes, estimulantes o desinhibidoras.</li> <li>- No podrá utilizarse a deportistas reconocidos o a personas con equipos o vestuario deportivo.</li> <li>- No debe emplear imperativos que induzcan al consumo.</li> <li>- No debe promover el producto a través de sorteos, concursos o coleccionables, dirigidos a menores de edad.</li> <li>- No se deben utilizar promocionales dirigidos a menores de edad relacionados con material escolar o artículos para fumador.</li> </ul>	
<p>Medicamentos, remedios herbolarios, equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales e insumos de uso odontológico, materiales</p>	<p>* En este rubro la publicidad se clasifica en:</p> <p><b>1. Publicidad dirigida a profesionales de la salud.</b> Deberá circunscribirse a las bases de publicidad aprobadas por la Secretaria de Salud en la autorización que haga del producto en específico.</p> <p><b>2. Publicidad dirigida a la población en general.</b> Sólo se efectuará sobre medicamentos de libre venta y remedios herbolarios y deberá incluirse en ella en</p>	<p>310 LGS 44 Y 56 REG</p>

quirúrgicos y de curación y agentes de diagnóstico.	<p>forma visual, auditiva o ambas, según el medio de que se trate el texto "consulte a su médico", así como otras leyendas de advertencia que determine la Secretaría de Salud.</p> <p>No debe:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Presentarse como solución definitiva en el tratamiento preventivo, curativo o rehabilitatorio.</li> <li>- Promover su consumo a través de sorteos, rifas, concursos, coleccionables o eventos de azar.</li> <li>- Promover su consumo a cambio de otro producto o servicio.</li> <li>- Usar declaraciones o testimoniales que puedan confundir al público o no están sustentados.</li> <li>- Emplear técnicas de caricaturización que puedan confundir e inducir a los menores de edad al consumo del producto.</li> </ul> <p>- Debe ser clara, concisa y comprensible.</p> <p>- Debe coadyuvar mediante leyendas a la educación higiénica.</p> <p>- Expresar en el mensaje precautorio si el uso o consumo representa un riesgo a la salud.</p>	
Productos higiénicos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No debe promover prácticas nocivas para la salud.</li> <li>- No debe atribuir cualidades preventivas, terapéuticas o rehabilitatorias en el tratamiento de una enfermedad.</li> </ul>	Art. 55 reg
Fórmulas para lactantes	<p>Debe de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Fomentar la lactancia materna.</li> </ul> <p>Indicar expresamente que su uso se recomienda sólo:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a. Por intolerancia del niño a la leche materna.</li> <li>b. Por ausencia de la madre.</li> <li>c. Por incapacidad de la madre a dar leche.</li> </ol> <p>- Incluir información sobre el manejo correcto, su preparación y los cuidados específicos de los biberones.</p>	25 reg

Suplementos alimenticios	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No deberán anunciarse como dietéticos.</li> <li>- Deberá contener los mensajes precautorios que determine la Secretaría de Salud.</li> </ul>	Art. 27 reg
Productos de aseo	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberá incluir leyendas de prevención de riesgos o promotoras de hábitos higiénicos.</li> <li>- No podrá utilizar a niños manipulando el producto o en situaciones que pongan en riesgo su salud.</li> <li>- No mostrará un uso inadecuado del producto que implique un riesgo o daño a la salud.</li> </ul>	57,58 y 59 reg
Productos de perfumería y belleza	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberá emplear leyendas promotoras de higiene y salud, excepto cuando lo incluya en imágenes, escenas o diálogos.</li> <li>- No debe atribuir cualidades terapéuticas, preventivas o rehabilitatorias.</li> <li>- No debe insinuar modificaciones de las proporciones del cuerpo.</li> <li>- No debe presentarlos como indispensables para la vida del ser humano.</li> </ul>	60 y 61 del reg.
Servicios y procedimientos de embellecimiento	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los resultados reales que causen deberán ser comprobados técnica y científicamente ante La Secretaría de Salud.</li> <li>- Debe acreditar las afirmaciones que contenga mediante pruebas y documentación con validez científica.</li> <li>- Manifestar los riesgos de salud por su uso.</li> <li>- Señalar claramente las contraindicaciones y efectos secundarios.</li> <li>- El anunciante debe acreditar que cuenta con los recursos técnicos, humanos y materiales adecuados para el servicio o procedimiento que anuncie.</li> </ul>	63,64 y 65 del Reglamento
Plaguicidas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberá señalar la clasificación toxicológica.</li> </ul>	6 7 d e l reglamento

A continuación se transcriben los artículos de la Ley General de Salud y del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Publicidad, que se señalan en el cuadro anterior.

### **Ley General de Salud**

**ARTÍCULO 307.-** *Tratándose de publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas, ésta no deberá asociarse directa o indirectamente con el consumo de bebidas alcohólicas. La publicidad no deberá inducir a hábitos de alimentación nocivos, ni atribuir a los alimentos industrializados un valor superior o distinto al que tengan en realidad. La publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas deberá incluir en forma visual, auditiva o visual y auditiva, según sea para impresos, radio o cine y televisión, respectivamente, mensajes precautorios de la condición del producto o mensajes promotores de una alimentación equilibrada.*

**ARTÍCULO 308.-** *La publicidad de bebidas alcohólicas y del tabaco deberá ajustarse a los siguientes requisitos:*

- I. Se limitará a dar información sobre las características, calidad y técnicas de elaboración de estos productos;*
- II. No deberá presentarlos como productores de bienestar o salud, o asociarlos a celebraciones cívicas o religiosas;*
- III. No podrá asociar a estos productos con ideas o imágenes de mayor éxito en la vida afectiva y sexualidad de las personas, o hacer exaltación de prestigio social, virilidad o femineidad;*
- IV. No podrá asociar estos productos con actividades creativas, deportivas, del hogar o del trabajo, ni emplear imperativos que induzcan directamente a su consumo;*
- V. No podrá incluir, en imágenes o sonidos, la participación de niños o adolescentes ni dirigirse a ellos;*
- VI. En el mensaje, no podrán ingerirse o consumirse real o aparentemente los productos de que se trata.*
- VII. En el mensaje no podrán participar personas menores de 25 años, y*
- VIII. En el mensaje deberán apreciarse fácilmente, en forma visual o auditiva, según el medio publicitario que se emplee, las leyendas a que se refieren los Artículos 218 y 276 de esta Ley. La Secretaría de Salud podrá dispensar el requisito previsto en la fracción VIII del presente Artículo, cuando en el propio mensaje y en igualdad de circunstancias, calidad, impacto y duración, se promueva la moderación en el consumo de bebidas alcohólicas, desaliente el consumo de tabaco especialmente en la niñez, la adolescencia y la juventud, así como advierta contra los daños a la salud que ocasionan el abuso en el consumo de bebidas alcohólicas y el consumo de tabaco. Las disposiciones reglamentarias señalarán los requisitos a que se sujetará el otorgamiento de la dispensa a que se refiere el párrafo anterior.*

**ARTÍCULO 308 BIS** La publicidad de tabaco deberá observar, además de las mencionadas en el artículo 308, los siguientes requisitos:

- I. No podrá asociarse a este producto ideas o imágenes atléticas o deportivas y popularidad; ni mostrar celebridades o figuras públicas, o que éstos participen en su publicidad;
- II. En el mensaje, no podrán manipularse directa o indirectamente los recipientes que contengan a los productos;
- III. No podrán distribuirse, venderse u obsequiarse, directa o indirectamente, ningún artículo promocional que muestre el nombre o logotipo de productos de tabaco, salvo aquellos que sean considerados como artículos para fumadores. La distribución de muestras de productos de tabaco queda restringida a áreas de acceso exclusivo a mayores de 18 años.
- IV. No podrán distribuirse, venderse u obsequiarse a menores de edad artículos promocionales o muestras de estos productos, y
- V. No deberá utilizar en su producción dibujos animados, personajes virtuales o caricaturas.

**ARTÍCULO 309 BIS** La exhibición o exposición de la publicidad de tabaco se sujetará a las siguientes disposiciones:

- I. Queda prohibida toda publicidad de tabaco en revistas dirigidas a niños, adolescentes o aquellas con contenidos educativos, deportivos o de salud, no podrán aparecer en portada, contraportada, tercera y cuarta de forros, de revistas, periódicos o cualquier otra publicación impresa; así como su colocación en lugares, páginas o planas adyacentes a material que resulte atractivo para menores de edad;
- II. Queda prohibida toda publicidad de tabaco en radio y televisión. En salas de proyección cinematográfica queda prohibida toda publicidad de tabaco en las proyecciones a las que puedan asistir menores de edad. Queda prohibida toda publicidad de tabaco en Internet a menos y hasta que se disponga de la tecnología para que cada persona que busque acceso al sitio de Internet en el cual dicha publicidad se pretenda transmitir, provea la verificación de que el usuario o receptor es mayor de edad;
- III. Ninguna publicidad exterior de tabaco podrá situarse a menos de 200 metros de cualquier escuela de educación inicial, jardines de niños, educación especial, primarias, secundarias y nivel medio superior; así como de hospitales, parques recreativos y clubes deportivos, educativos o familiares. Así mismo, no se podrá localizar publicidad en anuncios exteriores que excedan en su tamaño total 35 metros cuadrados, sea de manera individual o en combinación intencional con otra publicidad;
- IV. Queda prohibida toda publicidad de tabaco en las farmacias, boticas, hospitales y centros de salud, y
- V. Queda prohibido patrocinar a través de publicidad de tabaco, cualquier evento en el que participe o asistan menores de edad.

**ARTÍCULO 310** En materia de medicamentos, remedios herbolarios, equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales e insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos y de curación y agentes de diagnóstico, la publicidad se clasifica en: I. Publicidad dirigida a profesionales de la salud, y II. Publicidad dirigida a la población en

general. La publicidad dirigida a profesionales de la salud deberá circunscribirse a las bases de publicidad aprobadas por la Secretaría de Salud en la autorización de estos productos, y estará destinada exclusivamente a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud.

La publicidad a que se refiere el párrafo anterior, no requerirá autorización en los casos que lo determinen expresamente las disposiciones reglamentarias de esta Ley.

La publicidad dirigida a la población en general sólo se efectuará sobre medicamentos de libre venta y remedios herbolarios, y deberá incluirse en ella en forma visual, auditiva o ambas, según el medio de que se trate, el texto: Consulte a su médico, así como otras leyendas de advertencia que determine la Secretaría de Salud. Ambas se limitarán a difundir las características generales de los productos, sus propiedades terapéuticas y modalidades de empleo, señalando en todos los casos la conveniencia de consulta médica para su uso. Artículo 311 Sólo se autorizará la publicidad de medicamentos con base en los fines con que estos estén registrados ante la Secretaría de Salud. Artículo 312 La Secretaría de Salud determinará en qué casos la publicidad de productos y servicios a que se refiere esta Ley deberá incluir, además de los ya expresados en este Capítulo, otros textos de advertencia de riesgos para la salud.

## **Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Publicidad**

**ARTÍCULO 21.** La publicidad de alimentos, suplementos alimenticios y bebidas no alcohólicas no podrá presentar a estos productos como estimulantes ni modificadores del estado físico o mental de las personas, excepto aquellos casos que así hayan sido reconocidos por la Secretaría.

**ARTÍCULO 22.** La publicidad de alimentos, suplementos alimenticios y bebidas no alcohólicas, no deberá:

- I. Inducir o promover hábitos de alimentación nocivos para la salud;
- II. Afirmar que el producto llena por sí solo los requerimientos nutricionales del ser humano;
- III. Atribuir a los alimentos industrializados un valor nutritivo superior o distinto al que tengan;
- IV. Realizar comparaciones en menoscabo de las propiedades de los alimentos naturales;
- V. Expresar o sugerir, a través de personajes reales o ficticios, que la ingestión de estos productos proporciona a las personas características o habilidades extraordinarias;
- VI. Asociarse directa o indirectamente con el consumo de bebidas alcohólicas o tabaco, y
- VII. Declarar propiedades que no puedan comprobarse, o que los productos son útiles para prevenir, aliviar, tratar o curar una enfermedad, trastorno o estado fisiológico.

**ARTÍCULO 25.** *La publicidad y la promoción publicitaria de fórmulas para lactantes deberá:*

- I. Fomentar la lactancia materna, para lo cual señalará claramente los beneficios de ésta;*
- II. Indicar expresamente que el uso de las fórmulas para lactantes se recomienda únicamente en los siguientes casos: a. Por intolerancia del niño a la leche materna, b. Por ausencia de la madre y c. Por incapacidad de la madre para dar leche o por cualquier otra razón sanitaria fundada, y*
- III. Incluir información sobre el manejo correcto de las fórmulas, su preparación y los cuidados específicos a los que hay que someter los biberones antes de ofrecerlos a los lactantes.*

**ARTÍCULO 27.** *La publicidad de los productos que se ostentan como medios para disminuir el consumo de nutrimentos no podrá mencionarlos como dietéticos y deberá designarlos por la clasificación que, de conformidad con la normatividad aplicable, les corresponda. En todos los casos, se establecerán los mensajes precautorios respecto de los posibles efectos que su consumo pudiera originar.*

**ARTÍCULO 34.** *No se autorizará la publicidad de bebidas alcohólicas cuando:*

- I. Se dirija a menores de edad;*
- II. Promueva un consumo inmoderado o excesivo;*
- III. Se transmitan ideas o imágenes de éxito, prestigio, fama, esparcimiento, tranquilidad, alegría o euforia como consecuencia del consumo del producto o éste se presente como elemento desencadenante de las relaciones interpersonales;*
- IV. Atribuya al producto propiedades nutritivas, sedantes, estimulantes o desinhibidoras;*
- V. Asocie el consumo con actividades creativas, educativas, deportivas, del hogar o del trabajo;*
- VI. Asocie el consumo con celebraciones cívicas o religiosas;*
- VII. Haga exaltación del prestigio social, virilidad o femineidad del público a quien va dirigido;*
- VIII. Presente al producto como elemento que permita o facilite la ejecución de cualquier actividad creativa;*
- IX. Se utilice a deportistas reconocidos o a personas con equipos o vestuario deportivo;*
- X. Se incorporen en vestimentas deportivas símbolos, emblemas, logotipos, marcas o similares de los productos a que se refiere este capítulo, excepto cuando se trate de marcas de productos clasificados como de contenido alcohólico bajo, que aparezcan exclusivamente en la parte correspondiente a la espalda de las camisetas, y que su tamaño no sea mayor a la sexta parte de la superficie posterior de las mismas;*
- XI. Se asocie con actividades, conductas o caracteres propios de jóvenes menores de 25 años;*
- XII. Se consuman real o aparentemente en el mensaje los productos o se manipulen los recipientes que los contengan. Únicamente podrán incluirse escenas en las que se sirva producto sin la presencia de ningún ser humano;*
- XIII. Emplee imperativos que induzcan directamente al consumo de los productos;*

- XIV. *Promueva el producto a través de sorteos, concursos o coleccionables, dirigidos a menores de edad, y*
- XV. *Se utilicen artículos promocionales dirigidos a menores de edad, relacionados con material escolar o artículos para fumador.*

**ARTÍCULO 44.** *No se autorizará la publicidad de medicamentos y remedios herbolarios dirigida a la población en general cuando:*

- I. *Los presente como solución definitiva en el tratamiento preventivo, curativo o rehabilitatorio de una determinada enfermedad;*
- II. *Indique o sugiera su uso en relación con sintomatologías distintas a las expresadas en la autorización sanitaria del producto;*
- III. *Altere la información sobre posología que haya autorizado la Secretaría;*
- IV. *Promueva su consumo a través de sorteos, rifas, concursos, coleccionables u otros eventos en los que intervenga el azar;*
- V. *Promueva el consumo ofreciendo a cambio cualquier otro producto o servicio;*
- VI. *Haga uso de declaraciones o testimoniales que puedan confundir al público o no estén debidamente sustentados;*
- VII. *Emplee técnicas de caricaturización que puedan confundir e inducir a los menores de edad al consumo de los productos, y*
- VIII. *Omita las leyendas señaladas en la fracción II del artículo 43 de este Reglamento.*

**ARTÍCULO 55.** *No se podrá realizar publicidad de los productos higiénicos cuando:*

- I. *Promueva prácticas nocivas para la salud por el empleo inadecuado de estos productos, y*
  - II. *Atribuya cualidades preventivas, terapéuticas o rehabilitatorias en el tratamiento de una determinada enfermedad, salvo en aquellos casos en que esta circunstancia haya sido comprobada plenamente. En la publicidad de los productos higiénicos se deberán expresar las precauciones necesarias, en caso de que el uso del producto se efectúe dentro de las cavidades corporales o en la piel.*
- ARTÍCULO 56.** *La publicidad de los productos a que se refiere este Capítulo que vaya dirigida a la población en general deberá:* I. *Ser clara, concisa y fácilmente comprensible para el sector del público al que va dirigida;* II. *Coadyuvar, mediante el empleo de leyendas, a la educación higiénica, y* III. *Expresar en el mensaje precautorio, en su caso, si el uso o consumo del producto representa un riesgo para la salud.*

**ARTÍCULO 57.** *La publicidad de los productos de aseo podrá referirse a las propiedades de los mismos y a sus modalidades de empleo, y deberá incluir leyendas de prevención de riesgos o promotoras de hábitos higiénicos de acuerdo con las características de los productos.*

**ARTÍCULO 58.** *En la publicidad de productos de aseo no podrá utilizarse a niños manipulando el producto o en situaciones que pongan en riesgo su salud.*

**ARTÍCULO 59.** *No se podrá difundir publicidad de productos de aseo que muestre un uso inadecuado de los mismos que implique un riesgo o daño para la salud.*

**ARTÍCULO 60.** *En la publicidad de los productos de perfumería y belleza se deberán emplear leyendas promotoras de higiene y salud, excepto en aquellos casos en que en el mensaje se incluyan imágenes, escenas, textos o diálogos que las comprendan.*

**ARTÍCULO 61.** *No se podrá realizar publicidad de productos de perfumería y belleza cuando:*

- I. *Atribuya a estos productos cualidades terapéuticas, preventivas o rehabilitatorias;*
- II. *Insínúe modificaciones de las proporciones del cuerpo, y*
- III. *Presente a estos productos como indispensables para la vida del ser humano.*

**ARTÍCULO 63.** *Para efectos de este Reglamento se entenderá por servicios y procedimientos de embellecimiento a los que se utilicen para modificar las características del cuerpo humano, mediante:*

- I. *La práctica de técnicas físicas;*
- II. *La acción de aparatos o equipos, y*
- III. *La aplicación de productos y métodos. En ningún caso se podrán atribuir a este tipo de servicios o productos cualidades preventivas, rehabilitatorias o terapéuticas.*

**ARTÍCULO 64.** *La publicidad de los servicios y procedimientos de embellecimiento deberá limitarse a los resultados reales que causen en la apariencia física del ser humano, los cuales deberán ser comprobados técnica y científicamente ante la Secretaría.*

**ARTÍCULO 65.** *La publicidad de los servicios y procedimientos a que se refiere este Título, sólo se autorizará cuando:*

- I. *Se acrediten las afirmaciones que en ella se hagan mediante pruebas y documentación con plena validez científica;*
- II. *Se manifiesten los riesgos para la salud que puedan derivar de su aplicación;*
- III. *Se señalen de manera clara las contraindicaciones y efectos secundarios, y*
- IV. *Se acredite ante la Secretaría que el anunciante cuenta con los recursos técnicos, humanos y materiales adecuados para el servicio o procedimiento que anuncie.*

**ARTÍCULO 67.** *La publicidad de plaguicidas y sustancias tóxicas deberá señalar la clasificación toxicológica del producto, indicando que cualquier uso distinto al autorizado será sancionado conforme a la Ley, sin perjuicio de lo que establezcan otros ordenamientos legales. La Secretaría señalará en la autorización correspondiente la leyenda precautoria o de prevención de riesgos a la salud, de conformidad con el nivel de toxicidad del producto.*

## 2.7 Ley Federal sobre Competencia Económica

Este ordenamiento no trata de manera específica a la publicidad engañosa sino de manera indirecta al regular el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, siendo éste su objeto principal de conformidad al artículo 2.

De conformidad al artículo 10, fracción VII podemos considerar que en este ámbito la publicidad engañosa constituye una práctica monopólica ya que es un acto que impide el proceso de competencia o libre concurrencia en la comercialización de productos, dicho precepto se transcribe a continuación.

Artículo 10 ... se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

... VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

El ordenamiento en estudio indica dos requisitos para que dichos actos se consideren prácticas monopólicas, éstos se encuentran en el artículo 11 que señala:

Artículo 11.- Para que las prácticas monopólicas a que se refiere el artículo anterior se consideren violatorias de esta ley, deberá considerarse:

- I. Que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante.
- II. Que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.

El estudio sobre los casos de posibles prácticas monopólicas denunciados, será realizado por la Comisión Federal de Competencia Económica, quien, en su caso, podrá imponer las sanciones contempladas en el artículo 35 de la ley mencionada, siendo éstas de dos tipos: la suspensión, corrección o supresión de la práctica, o bien el pago de una multa cuyo monto dependerá del costo del daño que tuvo el competidor afectado. De conformidad al artículo 36. la Comisión en la

imposición de multas, deberá considerar la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del infractor, así como su capacidad económica.

Del análisis anterior se colige que la Ley Federal de Competencia Económica regula a la publicidad engañosa de forma indirecta y exclusivamente si causa un daño a otro competidor, sin considerar la afectación que por esta práctica sufran los consumidores, aún cuando éstos son considerados como un factor primordial y determinante dentro del mercado.

# CAPÍTULO III

## DERECHO COMPARADO REGULACION DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LA COMUNIDAD EUROPEA Y EN ESPAÑA

### 1. Regulación De la publicidad engañosa en la Comunidad Europea

La evolución del mundo económico y social en los últimos cincuenta años ha llevado a los países a unirse en grandes bloques para lograr objetivos comunes, tales como la ampliación del mercado, la desaparición de las fronteras, la eliminación de obstáculos al comercio internacional, la posible creación de una ciudadanía comunitaria y el uso de una moneda única.

En dicha integración la ciencia del derecho también ha sufrido cambios puesto que se hace una legislación común al bloque de países de que se trate, específicamente en el tema que nos ocupa, la Comunidad Económica Europea ha logrado grandes avances legislativos encaminados a prohibir la publicidad engañosa, considerada como una práctica contraria al libre comercio y a la protección de los derechos de los consumidores.

Dentro de la legislación comunitaria sobre la materia encontramos en primer término la **Directiva del Consejo Europeo 84/450/CEE del 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"*, la cual fue adicionada por la **Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de**

**6 de octubre de 1997**, *"por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa"*.

### **1.1 La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la comunidad económica europea**

Durante el período comprendido entre los años 1958 a 1965, los países miembros de la Comunidad Económica Europea inician trabajos tendientes a la armonización del derecho industrial aplicable, especialmente en cuanto al tema de patentes y marcas. Adicionalmente, se configura desde ese momento la estructuración de un derecho comunitario en materia de competencia desleal. Es así como se observa que en los países miembros se sigue un doble modelo frente al tema de la publicidad engañosa, en algunos se pretende fundamentalmente, proteger el derecho del competidor frente a aquel que lo denigra con su conducta desleal en el mercado; y en los otros, en cambio, se tiene la finalidad de salvaguardar los derechos de los consumidores, otorgando al dañado una acción civil frente al competidor desleal.

Durante esta primera etapa se observa que en este tema cada país miembro tiene un enfoque particular sobre la publicidad engañosa y la finalidad de su regulación así pues encontramos que en Alemania se considera que este tipo de publicidad es un acto de competencia desleal cuando resulta contrario a las buenas costumbres o a los buenos usos mercantiles, siempre y cuando el interés protegido no sea sólo el del posible competidor sino el del público en general; en este sistema se justifica el derecho del particular o competidor, frente a quien desarrolló la competencia desleal, afirmando que este último adquiere con tal actuación en el mercado una ventaja competitiva, sin considerar la existencia de un interés o derecho para lograr la verdad. Este planteamiento tiene la importante consecuencia de permitir fácilmente la conexión del interés individual, es decir, el

de los otros competidores afectados, con el interés más general de los consumidores.

Por otra parte se encuentran los sistemas jurídicos que siguen el modelo francés en el que la determinación del carácter engañoso de la publicidad tiene como finalidad satisfacer el legítimo interés particular, es decir el del competidor. Actualmente en materia de publicidad y sobre todo en materia de publicidad engañosa el criterio predominante es el alemán, ya que se considera al consumidor como el árbitro en el mercado.

En virtud de las diferencias que existían en los países miembros sobre el tema, la Comisión de la Comunidad Económica Europea inicia el estudio de las legislaciones nacionales, así como textos adoptados por la Cámara de Comercio Internacional en materia de publicidad, concentrando su esfuerzo en la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa y desleal, análisis que se plasmó en el primer programa de protección de los consumidores de 1975, en el que las propuestas de armonización del derecho de la competencia desleal quedaron reducidas a la del derecho publicitario para lograr la necesaria protección de los consumidores.

Posteriormente realizan la Directiva Comunitaria 84/450 del 10 de septiembre de 1984 que, como señala la propia exposición de motivos, se centra en tres aspectos: la libre circulación de mercancías y servicios, la distorsión de las condiciones de competencia, y la tutela y protección de los consumidores. Su finalidad es evitar la distorsión de la competencia que la publicidad engañosa puede ocasionar en el Mercado Común y el riesgo de que la misma induzca al consumidor a tomar decisiones, cuando éste adquiere bienes o utiliza servicios, que le sean perjudiciales a sus intereses.

## 1.2 La Directiva Comunitaria del 10 de septiembre de 1984 sobre armonización de legislaciones en materia de publicidad engañosa.

### a) Conceptos fundamentales

La Directiva establece en su artículo 2 las definiciones de *publicidad* y *publicidad engañosa*, entendiéndose por *publicidad* "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"; y por *publicidad engañosa*: "toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta, y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor"

De la definición de *publicidad engañosa* se deducen características importantes, las cuales se describen a continuación:

1. La expresión "*toda publicidad*" denota la irrelevancia del medio por el que esta se desarrolle, es decir tan engañosa puede ser la *publicidad* escrita u oral como la realizada por imágenes, sonidos etc.
2. No es necesario que la *publicidad* sea, en *strictu sensu*, falaz, puesto que es considerada engañosa la que "*induce a error o puede inducir a error*", contemplando a aquella que sea absoluta o parcialmente falaz y, a la que siendo exacta en un plano abstracto es engañosa por inducir a error a los consumidores. Tratándose de *publicidad* que induce a error la autoridad ordenará su cesación y, en caso de que no induzca a error, la actuación judicial o administrativa se concretará en su prohibición.

3. El carácter engañoso de la publicidad puede afectar el comportamiento económico de los consumidores , por un lado y los intereses de los competidores, por otro.

El artículo 3 de esta Directiva contempla los elementos que se deben considerar para determinar si una publicidad es engañosa, siendo los siguientes:

- “1. Las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, su naturaleza, su ejecución, su composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado, sus utilidades, su cantidad; sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o los servicios.*
- 2. El precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios*
- 3. La naturaleza, las características y los derechos del anunciante, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios que haya recibido o sus distinciones.* “<sup>19</sup>

## **b) Ámbito de aplicación**

Esta norma comunitaria tiene una amplia esfera de aplicación ya que como hemos señalado está dirigida a la protección de los consumidores y de los competidores, lo que se encuentra plasmado en su artículo 1 que determina como

---

<sup>19</sup> ACOSTA ESTEVEZ, JOSÉ B. *La protección de los consumidores en la comunidad europea*. PPU, España, 1990. p.107.

su principal objetivo *"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 engañosa y sus consecuencias desleales"*.

De este modo, el derecho comunitario contra la publicidad engañosa opta, por indicar los intereses presentes en estas circunstancias, esto es, uno general o de los consumidores y otro interés individual o del competidor que ve menoscabada su posición en el mercado, como consecuencia de la actividad del empresario competidor que realiza algún tipo de publicidad engañosa. Esta opción por la aplicación de ambos intereses, permite determinar importantes consecuencias en orden a la determinación de la legitimación activa de las acciones en contra de la publicidad engañosa y desleal, en especial mediante el reconocimiento de la legitimación activa en favor de las asociaciones de consumidores.

Lo anterior tiene relevancia ya que desarrolla el segundo programa de la Comunidad Europea para una política de protección e información de los consumidores.<sup>20</sup>

### **1.3 Delimitación de la publicidad engañosa**

Una vez analizadas las definiciones que de publicidad y publicidad engañosa nos indica la Directiva en cuestión, es necesario determinar, desde un punto de vista material o de contenido, la delimitación de la publicidad que puede ser engañosa, lo cual responde a un interrogante: ¿Toda publicidad, con independencia de su forma, puede ser engañosa?.

---

<sup>20</sup> Resolución del Consejo Europeo del 19 de mayo de 1981

Para responder esta inquietud, la doctrina europea distingue tres grandes clases de publicidad: la formulada en términos generales, las alegaciones no comprobables y las alegaciones concretas y comprobables<sup>21</sup>, las cuales analizaremos a continuación. Cabe mencionar que se entiende por alegaciones aquellos argumentos u oraciones informativos acerca del bien o servicio que se encuentren contenidos en el anuncio publicitario.

#### **a) Publicidad formulada en términos generales**

Se trata de expresiones publicitarias generales que para los consumidores tienen únicamente el significado de una invitación o llamada insistente, sin que contenga alegaciones referentes al producto anunciado, y tienen carácter trivial y genérico, normalmente en forma de alabanza del bien o servicio de que se trate.

Este tipo de publicidad no puede ser constitutiva de publicidad engañosa, ya que su naturaleza excluye el principio de veracidad por tratarse de información que no puede ser comprobable. Se trata, por tanto, de expresiones que no inducen a error, ya que no afectan al comportamiento económico del consumidor y carecen de contenido informativo.

#### **b) Alegaciones publicitarias no comprobables**

Se trata de la publicidad que contiene juicios estimativos o valoraciones del propio empresario anunciante, no contiene una información comprobable sino que supone la exteriorización de una opinión o juicio subjetivo, refiriéndose a aspectos estéticos o predilecciones personales, en la que no puede establecerse objetivamente su validez o autenticidad.

---

<sup>21</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO "La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE". Revista de Derecho Mercantil, España, núm 195, enero- marzo, 1990.

Es por esto, por lo que no puede aplicarse el principio de veracidad en tales supuestos, ya que no existe un criterio objetivo que determine su posible carácter engañoso.

### **c) Alegaciones concretas y comprobables**

Es toda publicidad que se refiere a circunstancias objetivas, es decir, concretas y susceptibles de prueba, es en ésta donde se aplica el principio de veracidad de manera directa, ya que la información que proporciona tienen carácter informativo, pudiendo comprobarse su veracidad mediante criterios objetivos. A fin de determinar el carácter engañoso de este tipo de publicidad, deben considerarse las características de los bienes y servicios, procedimientos, fechas, precio, modo de fijación del precio, derechos de propiedad industrial del anunciante y demás elementos objetivos que en ella se incluyan.

Ahora bien, en la publicidad concreta y comprobable puede existir la exageración, es decir, la alabanza del producto o servicio carente de fundamento, el problema entonces será delimitar cuándo se está en presencia de una exageración publicitaria y, por tanto, determina el ámbito de aplicación del principio de veracidad.

La delimitación referida en el párrafo anterior ha sido desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemana mediante la elaboración de criterios generales, los cuales pueden ser resumidos de la siguiente forma:

En primer lugar, debe considerarse, en conjunto, la estructura y contenido de la alegación publicitaria, esto es cuanto más concreta, en términos generales, sea la publicidad habrá menores posibilidades de exageración; debiendo

considerarse también circunstancias diversas, tales como el tono humorístico de la publicidad u otras que incidan notablemente en la exageración publicitaria.

Aunado a lo anterior ha de tenerse en cuenta la naturaleza del bien o servicio anunciado, puesto que el crédito concedido a determinada marca por los consumidores disminuye notablemente la posibilidad de exageración dentro de su publicidad; así mismo el sector al que pertenece el empresario anunciante, ya que, por ejemplo, la exageración es más usual en el sector cinematográfico que en el químico o en el sanitario.

En segundo lugar se deben analizar las características de la empresa anunciante, sobre todo su dimensión. Así, la actividad publicitaria será juzgada más severamente si la empresa anunciante es mayor o más acreditada, pues esto significa en sí una ventaja frente a sus competidores..

Por último, debe considerarse el medio de comunicación en que se desarrolle la publicidad a fin de terminar lo efectos de la exageración publicitaria en función del grado de difusión y penetración del anuncio frente a los consumidores.

En conclusión, el principio de veracidad debe aplicarse, no a toda publicidad, sino a aquella que presente un contenido informativo y sea valorada por los consumidores como tal. Es decir, sólo es susceptible de considerarse como publicidad engañosa aquella que contenga alegaciones concretas que sean susceptibles de ser comprobadas, con la reserva para los supuestos de exageración publicitaria.

## **1.4 Sistema de control y represión de la publicidad engañosa**

### **a) Acción de cesación y legitimación activa de las asociaciones de consumidores**

La Directiva de 10 de septiembre de 1984 exige a los países miembros de la Comunidad Económica Europea, el reconocimiento de la legitimación activa en favor de las asociaciones de consumidores, para que puedan ejercer las acciones oportunas frente a la publicidad engañosa a fin de lograr su cesación. Se exige para ello que la legislación nacional interna de cada país miembro demuestre un interés legítimo en la prohibición de la publicidad engañosa, como consecuencia directa de la "función social" que cumple el derecho de la competencia desleal y, de modo especial, la normativa de prohibición de la publicidad engañosa.

Aunado a lo anterior, existe la legitimación activa de los consumidores individualmente, quienes no tienen interés en que cese la publicidad engañosa sino en la reparación de los daños que la misma le pueda haber causado.

La primera acción contra la publicidad engañosa, establecida en el derecho comunitario, es *la acción de cesación* contenida en el artículo 4.2 de la Directiva en estudio, el cual señala que todos los países miembros deben reconocer competencia a los Tribunales para que ordenen el cese de una publicidad engañosa o emprendan las acciones pertinentes para que se ordene dicho cese.

Con este reconocimiento, el derecho comunitario opta por la principal y más importante acción en materia de competencia desleal; su importancia radica en su fundamento que es la eficacia del sistema de represión de esta práctica. Siendo indispensable la cesación puesto que al ser la publicidad un acto continuo e inserto en la actividad empresarial, el acto de publicidad engañosa puede llegar a ser, con toda probabilidad, repetido en el futuro, lo cual sólo se evitará mediante el ejercicio de esta acción.

Por último, debe advertirse que para entablar la acción de cesación contra la publicidad engañosa no es necesaria la culpabilidad o negligencia del empresario anunciante, incluso se puede ejercer en ausencia de prueba de una pérdida o de un perjuicio real, es decir la acción de cesación prospera independientemente de que el anunciante actúe o no de manera culposa, siendo los únicos requisitos: la existencia de un acto de publicidad engañosa y la posibilidad de repetición del mismo.<sup>22</sup>

## **b) Posibilidades de rectificación publicitaria**

En todos los ordenamientos jurídicos europeos se reconoce una acción de remoción y la Directiva que se comenta no es ajena a esta circunstancia, concretando su ejercicio en dos facultades: la publicidad correctora y la publicación de la sentencia.

Estas facultades, en cuanto concreción de una acción de remoción en materia de publicidad engañosa, no se encuentran expresas en la Directiva, ya que en el texto se señala que los Estados miembros "podrían" adoptar tales medidas. Sin embargo, si se atiende a su fundamento podrá comprobarse su carácter necesario.

Así, la simple prohibición de continuar difundiendo una publicidad engañosa, que es la ya estudiada acción de cesación, constituye una medida necesaria pero insuficiente, ya que los consumidores seguirán dando crédito al engaño que caracterizaba la anterior publicidad; con la acción de remoción, se trata entonces, de evitar que perduren los efectos de la publicidad engañosa.

---

<sup>22</sup> MATLU, J.F., CEPAS, R. y PEDERNAL, M.J. *La protección de los consumidores y el medio ambiente en la CEE*, Madrid, Editorial Trivium, 1986, págs. 63 y 64.

La finalidad de la acción de remoción se puede alcanzar, principalmente, de dos formas: por medio de la publicidad correctora o bien por la publicación de la sentencia.

## **1. La publicidad correctora**

Conocida en el derecho anglosajón como "corrective advertising", es aquella publicidad cuya finalidad estriba en la rectificación de las impresiones que suscitó entre los consumidores una actividad publicitaria anterior de carácter engañoso, pues es necesario evitar la persistencia de los efectos de una publicidad engañosa aunado a la necesidad del anunciante de proyectar una publicidad futura lícita y creíble, desde la perspectiva de los consumidores.

La rectificación publicitaria es realizada por el anunciante en el mismo medio de comunicación en que se hizo la engañosa, señalando que en la anterior el contenido era falaz e indica la información cierta.

## **2. La publicidad de la sentencia**

Junto a la publicidad correctora, la Directiva señala otra medida tendiente a eliminar los efectos de la publicidad engañosa, que consiste en la publicación de la sentencia condenatoria de aquella actividad publicitaria calificada como engañosa.

Si bien es cierto, que todas las sentencias de los Tribunales deben tener la publicidad que exigen los ordenamientos procesales, la publicidad de la sentencia a la que se refiere la Directiva es la publicación de la resolución judicial en los medios de comunicación, con lo cual se elimina la subsistencia de los efectos de la publicidad ilícita por ser engañosa. Sin embargo, este mecanismo no parece ser

eficaz para la represión de la publicidad desleal, pues si se atiende a que se inserta la sentencia en los medios, el común de la gente, ante las formulaciones técnicas del texto, omite su lectura.

En conclusión, la publicidad de la sentencia debe ser tal que el consumidor conozca que una determinada publicidad es engañosa. Esto se logra mediante una adecuada redacción de la sentencia en la que se destaquen los hechos principales, la identificación de la publicidad ilícita y su calificación como engañosa. De esta manera, se evita el riesgo de la publicidad correctora como medio de rectificación publicitaria, ya que ésta no puede ser manipulada por el anunciante.

No obstante, un sistema eficaz de protección de los consumidores exige la interacción de estas dos posibilidades. Así, la publicación de la sentencia es una primera medida que se complementa con una adecuada publicidad de la calificación de engañosa de la actividad publicitaria, mediante la publicidad correctora.

### **c) Órganos de control y posibilidad del autocontrol**

La Directiva de 10 de septiembre de 1984 establece la posibilidad de acudir, tanto a los Tribunales ordinarios, como ante un órgano administrativo competente, para pronunciarse sobre las reclamaciones o para emprender las acciones judiciales pertinentes.

De esta manera, se admite la existencia de una entidad administrativa encargada del control de la publicidad engañosa, cuya función puede ser encargada de la determinación del carácter engañoso de la actividad publicitaria o como órgano con competencia reconocida para el ejercicio de acciones judiciales tendientes a la represión de la publicidad engañosa.

La norma a su vez establece los parámetros sobre los cuales se deben estructurar este tipo de entidades, de tal manera que su composición debe evitar cualquier duda acerca de su imparcialidad, impidiendo que participen en tales organismos los profesionales de la actividad publicitaria. Por otra parte, y en coherencia con las finalidades perseguidas por la Directiva, el predominio en la composición de los miembros de este organismo administrativo deberá otorgarse a los consumidores, fundamentalmente, a través de sus asociaciones.

En cuanto al autocontrol, se trata de un mecanismo por el cual, y atendiendo al hecho de que la publicidad engañosa elimina la confianza de los consumidores en la publicidad, los profesionales publicitarios elaboran normas y códigos de prácticas, cuyo cumplimiento y observancia se encarga a organismos constituidos por la industria publicitaria.

El problema que plantea el sistema de autocontrol es el de la eficacia, ya que las sanciones pueden oscilar desde la comunicación de la decisión adoptada a los medios de comunicación hasta la improbable expulsión del infractor dentro de la asociación profesional, medidas poco eficaces en el logro de una protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Ante estos resultados, fácilmente se concluye que la autodisciplina no excluye el control judicial o administrativo de la publicidad engañosa.

## **2. Regulación de la Publicidad Engañosa en España**

En España, en los últimos años, las inversiones publicitarias han crecido de manera considerable; sin embargo, cada día son más frecuentes las críticas hacia la publicidad y concretamente hacia la publicidad engañosa.

Las causas que pueden apoyar tales críticas son dos: en primer lugar, tal modalidad publicitaria es la que más prolifera en la práctica y, en segundo, la publicidad engañosa o falaz es la que afecta de una manera más directa a los consumidores.

Las anteriores circunstancias explican que la publicidad engañosa haya sido objeto de prohibición en Europa, desde hace casi un siglo,. Especialmente en España. Antes de examinar la regulación jurídica de la publicidad engañosa en el vigente derecho español, conviene hacer una breve alusión a la evolución legislativa que se ha dado en este país, en torno a este tema.

## **2.1 Ley de Propiedad Industrial de 1902**

El primer antecedente lo encontramos en la Ley de Propiedad Industrial publicada el 16 de mayo de 1902, ordenamiento que calificaba a la publicidad falaz como competencia ilícita, de carácter penal, sin que regulará específicamente el tema de la publicidad engañosa.

Este ordenamiento consideraba constitutivas de competencia desleal conductas tales como la confusión con otro establecimiento, la imitación de los embalajes que puedan inducir a confusión con algún competidor, aprovecharse de la denominación de un establecimiento de renombre, propalar falsas aseveraciones contra un competidor con objeto de quitarle clientela, o publicar anuncios o reclamos que tiendan a depreciar la calidad de los productos de un competidor.

El 26 de julio de 1929 , Primo de Rivera; promulga el Real Decreto-ley conservando , en su totalidad los conceptos contenidos en la Ley de Propiedad Industrial. Posteriormente en 1931 se derogan las disposiciones relativas a las sanciones penales subsistiendo lo referente a la propiedad industrial.

## 2.2 El Estatuto de la Publicidad de 1964

La regulación específica de la publicidad engañosa tiene lugar hasta 1964 en el Estatuto de la Publicidad, el cual prohibía tajantemente la publicidad engañosa y establecía los cuatro principios básicos de la actividad publicitaria: legalidad, veracidad, autenticidad y la libre competencia.

El principio de veracidad reviste la importancia suficiente para incluir de una u otra forma a los tres restantes, el artículo 8 del estatuto publicitario señalaba: *"En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad evitando que se deformen los hechos o se induzca a error (...) Las afirmaciones que contengan alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen o cualidades substanciales de los productos o prestaciones de servicios objeto de publicidad serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento"*.

El profesor Fernández Novoa afirma que *"el artículo 8.1 del Estatuto de Publicidad español contenía una cláusula general contra la publicidad desleal. Igualmente, advierte que esta norma no se aplicaba de manera indiscriminada a todos los anuncios y locuciones publicitarias, por ejemplo, los anuncios constituidos por simples frases triviales o huecas. Así mismo, los juicios estimativos o valorativos y las exageraciones publicitarias se sustraían del ámbito de aplicación del principio de veracidad, ya que los mismos podían ser tomados como alabanzas subjetivas que realizaba el anunciante de su producto"*.<sup>23</sup>

Como se puede apreciar, el principio de veracidad se aplicaba a todas las formas que pudiera revestir la publicidad, es decir, a toda manifestación de publicidad, incluyendo la determinada por medio de gráficos, dibujos, imágenes, etc. Pero esta norma no podía interpretarse en el sentido que absolutamente todas las expresiones publicitarias deben regirse al principio de veracidad.

---

<sup>23</sup> C. FERNÁNDEZ NOVOA, *"La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad"*, ADI. 2, 1975, p. 374.

Este ordenamiento, principalmente, regula a los sujetos de la actividad publicitaria y los contratos publicitarios y por ende protege sus intereses; define a la publicidad engañosa como aquella que altera determinados hechos o induce al error.

Esta ley deja vacíos importantes, tales como la falta de regulación de temas como la publicidad engañosa por omisión. De igual manera, tampoco se recoge la acción de cesación ni se prevé la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y empresarios para entablar demandas por publicidad falaz. Estas deficiencias, unidas a la necesidad de armonizar el derecho de la Publicidad con las Directivas de la Comunidad Económica Europea que regulan la materia, una vez que España ingresó en la Comunidad Económica Europea, contribuyeron a la derogación del Estatuto de la Publicidad.

## **2.3 La Publicidad Engañosa en el vigente Derecho Español**

### **a) Ley General de Publicidad.**

La Ley General de Publicidad 34/1998, del 11 de noviembre de 1988, deroga en su totalidad el Estatuto de Publicidad de 1964. Este ordenamiento introduce tres novedades: *modificaciones en el contenido de la prohibición de publicidad ilícita (Título II); cambios sustanciales en materia de jurisdicción, acciones y sistema de sanciones (Título IV), y, finalmente una nueva regulación, aunque muy breve, de los contratos publicitarios (título III)*<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> MADRENAS, BOADAS, CARME *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, España, 1990, p.85.

Por otra parte, la Ley de Competencia Desleal, del 10 de enero de 1991, hace una breve referencia al tema de la publicidad engañosa prohibiendo los actos de engaño en términos generales.

Adicionalmente, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, del 19 de julio de 1984, determina que la publicidad falsa o engañosa constituye fraude, con lo cual se permite a las asociaciones de consumidores iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos, con la finalidad de lograr la cesación de sus efectos.

#### **b) Concepto de publicidad engañosa.**

La definición de publicidad engañosa se plasma en la Ley General de Publicidad, en concordancia con lo dispuesto en la Directiva Comunitaria analizada en el capítulo anterior, señalando en el artículo 4:

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

De la definición anterior se desprende que existirá publicidad engañosa cuando se alteren los hechos, se deformen los existentes o se induzca a error, de tal suerte que el anunciante realiza esta conducta no sólo eludiendo la verdad, mediante afirmaciones incompletas o inexactas, sino también por medio de avisos que pueden ser exactos, pero que el público los interpreta erróneamente. En este último caso, es suficiente la susceptibilidad de los consumidores o la potencialidad de inducirlos a error, la cual debe ser probada por los afectados.

En el derecho español para calificar a la publicidad como engañosa se consideran, primordialmente, dos elementos: la existencia de una afectación en el

comportamiento económico del consumidor y en la confianza que tenga el consumidor en la marca; en caso de que no existiera el primer elemento la publicidad no podría ser calificada como engañosa, considerándola sólo una exageración publicitaria, entendida ésta última como un elogio altisonante y carente de fundamento objetivo. En el supuesto de carecer del segundo elemento sería un anuncio que no es tomado en serio, y por ende, si no se otorga crédito al anuncio, es natural que sea nula la posibilidad de que el consumidor sea engañado o caiga en error.

Algunos autores señalan que adicionalmente, para que exista publicidad engañosa, debe poderse perjudicar a un competidor, de acuerdo con el Profesor Lema Devesa, *no es necesario exigir un perjuicio del competidor, porque en el caso del empresario monopolista puede realizar una publicidad engañosa sin causar daño a un rival*<sup>25</sup>, este aspecto sería únicamente una consecuencia de la publicidad engañosa.

### **c) La publicidad encubierta.**

Algunos tratadistas españoles, establecen que dentro de la publicidad engañosa puede subsumirse la publicidad encubierta. Esta afirmación se basa en la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1984, que determina como engañosa la publicidad que es susceptible de inducir a error. Esta apreciación utilizada por la Directiva es tenida en cuenta por el artículo 4 de la Ley General de Publicidad que dispone: *"Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios..."*<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> C. LEMA DEvesa, en el prólogo a *Legislación Publicitaria*. Tecnos, Madrid, 1995, p. XI a XIV.

<sup>26</sup> C. FERNÁNDEZ NOVOA "La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad", ADI, 2, 1975, p. 369 a 380.

El Profesor Fernández Novoa afirma que, "*...la publicidad encubierta surge cuando el público no es consciente de que una determinada manifestación constituye una actividad publicitaria. La publicidad encubierta, bajo el ropaje de una información, de un programa de entretenimiento, de un concurso, produce la falsa impresión de que se trata de una manifestación de un tercero imparcial o de un acontecimiento ajeno al anunciante. Y de ahí que el público le otorgue mayor credibilidad*".<sup>27</sup>

De esta manera, y conforme lo establece la Directiva comunitaria de 1984, la Ley General de Publicidad Española no configuró la publicidad encubierta, como un tipo autónomo de la publicidad engañosa. Es necesario aclarar que la publicidad encubierta produce un engaño en los consumidores, pero ese engaño ocurre en la forma y no sobre el contenido. En este punto, el público es engañado en el "cómo se presenta", a pesar de que la publicidad misma es cierta.

Sobre esta base, la doctrina española sostiene que la publicidad encubierta conlleva a error al consumidor en la clase, origen y valor de las aseveraciones publicitarias, toda vez que no identifica la naturaleza de la afirmación publicitaria, por no reconocerla como publicidad. De otra parte, el público no conoce la génesis de la manifestación que se encuentra en el anunciante y considera que es independiente o ajeno. Por último, y como resultado de lo expuesto, se le da un valor superior de credibilidad a la afirmación publicitaria.

Conforme a lo anterior, se concluye que si la publicidad encubierta se subsume en la publicidad engañosa, se le aplican los mismos principios. De esta manera, la intencionalidad del anunciante, no es requisito *sine qua non* para que se cumpla la misma, conforme se establece de la lectura del artículo 2 de la Directiva comunitaria.

---

<sup>27</sup> Ibidem

Ahora bien, la Ley no diferencia el medio en que se difunde la publicidad desde un punto de vista económico, esto es, si debe ser o no remunerada, por lo cual, la publicidad es encubierta e induce a engaño al público debido a la forma de presentación, independiente a que el medio haya o no tenido remuneración para el anunciante.

Aunado a lo anterior, le ley en estudio plasma en su artículo 11 el "principio de identificación publicitaria", en virtud del cual los medios de difusión y los anunciantes se encuentran obligados a identificar la publicidad. Sin embargo, la autonomía del principio de autenticidad del antiguo Estatuto de la Publicidad, no se mantiene en esta norma, porque la publicidad encubierta se encuentra inmersa en uno de los supuestos de la publicidad engañosa.

Esta norma establece una obligación entre los sujetos publicitarios en cuanto a la relación contractual y no una obligación de estos sujetos frente a los destinatarios de la publicidad. Frente a estos últimos existe la obligación de destinar la publicidad de la información o programación del medio. De ahí que haya que interpretar el artículo 11 como un complemento del artículo 4° de la Ley General de Publicidad. En caso contrario, la obligación impuesta a los anunciantes y medios de comunicación consistente en identificar la publicidad queda sin sanción.

#### **d) La publicidad engañosa por omisión.**

En el apartado 2 del artículo 4 de la Ley en cuestión, encontramos el concepto de publicidad engañosa por omisión, entendiéndose como aquella que *"silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios"*.

En este tipo de publicidad engañosa la información que se omite debe ser fundamental, es decir los datos intrascendentes no originan esta deformación publicitaria. Esta petición es lógica, toda vez que es inherente a la publicidad que el anunciante exprese las características que favorecen a sus productos, y no puede exigírsele que señale específicamente las ventajas y desventajas de sus productos o servicios dentro del anuncio publicitario.

Además de lo anterior, para que la omisión de datos fundamentales en la publicidad sea engañosa, debe inducir efectivamente a error a los destinatarios.

La regulación de este tipo de publicidad engañosa en la Ley General de Publicidad significa un avance del derecho español frente al comunitario puesto que la Directiva, estudiada en el capítulo anterior, no la contempla.

#### **e) Ley General de Competencia Desleal**

Este ordenamiento regula el tema de la publicidad engañosa, considerada como una forma de competencia desleal, en su artículo 7 que señala:

*"Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas..."*

Al prohibir los actos de engaño, el mencionado precepto utiliza el término "indicaciones" que es sinónimo de alegaciones, es decir, incluye los textos escritos o hablados, las imágenes, sonidos etc. Ahora bien, la Ley de Competencia Desleal distingue alegaciones incorrectas (inexactas) y alegaciones falsas, esto es,

diferencia la conducta del empresario siempre que haya actuado con negligencia o con dolo. En ambos casos, se **calificarán** como engañosas sus indicaciones.

Así mismo, este artículo **prohíbe** la omisión de indicaciones verdaderas que sean susceptibles de inducir a error a las personas a las que se dirigen o alcanzan. Por contraste con la Ley General de Publicidad, en esta norma no se establecen requisitos para que la omisión del anunciante sea calificada como publicidad engañosa. Además, **no** exige una inducción efectiva al engaño, sino que basta la susceptibilidad. Por último, contempla la posibilidad de que el engaño surja frente a las personas a las que alcanza a la publicidad y que no son destinatarios primordiales de la misma.

Aunado a lo anterior, el citado artículo 7 considera como acto de engaño cualquier tipo de práctica diferente a la señalada en su párrafo inicial (indicaciones incorrectas o falsas, omisión de las verdaderas) que sea susceptible de inducción al error a los eventuales destinatarios.

## **2.4 Jurisprudencia española en materia de publicidad engañosa.**

A continuación se analizan algunos de los casos más importantes en torno al tema en estudio, fallados en Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia españoles:

### **a) Sentencias de audiencias provinciales.**

#### **1. Caso "Caja de Zamora".**

En el caso resuelto por la sentencia firme de la Audiencia Provincial de Zamora del 29 de julio de 1991, la Caja de Ahorros Provincial de Zamora había

realizado una campaña de promoción del ahorro y de financiación para comprar una *cuartería* y una enciclopedia. Al mismo tiempo, ofrecía al inversor un regalo como estímulo del ahorro. Frente a esta publicidad, diversas asociaciones empresariales de la ciudad de Zamora habían difundido un anuncio en el que - entre otras cosas- se decía "Las promociones comerciales que la Caja de Zamora realiza al margen de su actividad financiera son de dudosa ética profesional". La Caja Provincial de Ahorros de Zamora entabló demanda de denigración y las asociaciones demandadas formularon reconvencción, sosteniendo que la publicidad para promocionar la financiación de *cuarterías* era engañosa.

En la sentencia del Juzgado Número 1 de Primera Instancia de Zamora, de fecha 30 de noviembre de 1990, se desestimó la demanda y se estimó parcialmente la reconvencción. En el fundamento de Derecho duodécimo se declaró:

"7.- En la publicidad, la Caja de Zamora ofrece como regalo una sensacional cadena de música J.V.C. siendo este anuncio engañoso desde el momento en que, posteriormente, y al ir a firmar el contrato, el consumidor se encuentra con que la Caja se reserva, en la Cláusula tercera, el derecho de sustituir este obsequio por otro de similar valor, lo cual supone un caso de publicidad engañosa de los artículos 4 y 5,3 de la Ley General de Publicidad (condiciones económicas de adquisición) sin embargo es indiferente el que en el contrato se establezca que el cliente debe abonar 2.300 pesetas por el montaje de la cadena musical, pues ello es opcional y en la publicidad sólo se regala la cadena, no el servicio de instalación.

*8.- Constituye un caso manifiesto de publicidad engañosa el que, siendo la Caja, según folleto, quien regala una sensacional cadena de música J.V.C. quede luego en el contrato libre de responsabilidad por*

los posibles defectos de la misma. (art. 4 y 5, 1 b, calidad de bienes o servicios).

9.- ....resulta evidente que la intención de la entidad reconvenida era financiar y con toda probabilidad financió, pues en caso contrario hubiera sido diligente en presentar en autos el número de financiación realizadas, más de 250 cuberterías, con lo que de nuevo entramos en un caso de publicidad engañosa de los artículos 4 y 5 de la Ley General de Publicidad.

10.- En cuanto a la alegación de los reconvenientes de que las cuberterías y el mueble cubertero estilo Luis XV no son artesanales....En el caso que nos ocupa no importa la interpretación de la palabra "artesanal" haga la parte demandada, sino la interpretación que cualquier ciudadano da al término y que coincide en general con la que da el Diccionario y ésta no es otra que "relativo a la artesanía, la profesión o trabajo social de los artesanos que son los trabajadores manuales que ejercitan un oficio por su cuenta ". Por ello, aunque pueda admitirse que una gran empresa como Cruz de Malta sea la fabricante de las cuberterías, no puede ser admitido el error en que se hace caer al potencial cliente; al darle a entender que lo que va a adquirir ha sido elaborado manualmente, pues hoy día a este tipo de fabricación se le reconoce más valor que al industrial. Existe en consecuencia una publicidad engañosa del artículo 4 en relación con el artículo 5. í c)."

Sobre la base de este y otros fundamentos de derecho el Juzgado de Primera Instancia Número 1 de Zamora declaró engañosa la publicidad de la citada institución, relativa a la financiación de una cubertería de plata. En consecuencia, se decretó la cesación y prohibición definitiva de la citada

publicidad, ordenando que se publicaran los Fundamentos de derecho y el fallo de esta sentencia en un diario y en emisoras de radio de la localidad.

Sin embargo, esta resolución judicial fue revocada por la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 29 de julio de 1991, que declaró lícita la mencionada publicidad, por los motivos que se describen a continuación:

- a. El hecho de no advertir sobre la posibilidad de que podía ser cambiada la cadena musical no era engañoso, ya que se entregaba otro objeto del mismo valor.*
- b. La circunstancia de que la Caja no advirtiese que quedaba libre de responsabilidad por los defectos de la cadena musical no suponía engaño, porque su obligación la había asumido la empresa especializada en tales operaciones.*
- c. No había publicidad engañosa porque era indiferente el número de cuberterías que se vendieron y no se había probado que las ventas superaran el número de las ofrecidas.*
- d. Como argumento final para sostener la licitud de la citada publicidad, la Audiencia aludía a que los "afortunados adquirentes de la cubertería no se habían sentido engañados por la publicidad".*

En el caso en análisis consideramos válidos los argumentos del Juez de Primera Instancia y en consecuencia como publicidad engañosa la realizada por la Caja de Zamora, en razón de los siguientes argumentos:

1. La Caja ofrece en su publicidad como regalo una cadena musical al adquirir la cubertería, siendo que si entrega un objeto de valor similar la publicidad se convierte en engañosa puesto que el consumidor compra la cubertería

esperando la cadena musical, no cualquier obsequio de determinado valor, es decir existe una alteración de su comportamiento económico como consecuencia de lo ofrecido por el anunciante.

2..Resulta evidente que la publicidad es engañosa pues contiene datos falsos en cuanto al origen o fabricación y valor del bien puesto que la Caja anuncia la cubertería como un producto artesanal cuando no lo es, dando al consumidor un concepto erróneo del bien que adquiere.

## **2. Caso "Citroën".**

Los hechos que dieron lugar a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 7 de octubre de 1991 pueden resumirse de la siguiente forma: durante los meses de septiembre a noviembre de 1989, la empresa Citroën Hispania S.A., vendedora de automóviles, realizó una campaña de publicidad en prensa, en la que se destacaba la frase "ni un duro hasta abril de 1990", al final de la cual aparecía un asterisco. En la parte inferior del anuncio, a continuación del asterisco y en caracteres tipográficos más diminutos, se insertaba la locución "excepto entrada inicial".

La Unión de Consumidores de España entabló demanda contra la citada empresa, sosteniendo que la publicidad era engañosa y solicitaba que se condenara a la demandada a la publicación de la sentencia, así como a difundir la correspondiente publicidad correctora.

El Juzgado Número 3 de Primera Instancia de Madrid estimó la demanda y consideró que la publicidad era engañosa. A este respecto sostuvo:

*"La frase utilizada para hacer atractiva ante el público la campaña divulgada no se ajusta en modo alguno a la realidad de la oferta, al no ser cierto que el pago del precio tuviese lugar a partir del mes de abril*

*de 1990, toda vez que el eventual comprador de un vehículo estaba obligado a satisfacer como entrada inicial un porcentaje del precio que tampoco especificaba el anunciante.*

*Frente a tal conclusión, carecen de relevancia los argumentos esgrimidos por la parte demandada, ya que la frase "excepto entrada inicial" no sólo no complementa la que sirve de llamada de atención a los destinatarios de la publicidad, sino que se opone radicalmente a aquella y pone de manifiesto su falta de consistencia, pero dado el tamaño de sus letras - ostensiblemente más pequeñas que las del resto del anuncio- y su propia ubicación, resulta inadecuada para cumplir de una manera fiel la finalidad de toda publicidad, que es servir de manera veraz para promover la contratación de bienes, en este caso, vehículos de la marca Citroën ".*

Sobre la base de esta argumentación, el Juzgado Número 3 de Primera Instancia de Madrid condenó a la compañía demandada a publicar -in extenso- la sentencia como modalidad de publicidad correctora.

Ahora bien, en la sentencia del 7 de octubre de 1991, la Audiencia Provincial de Madrid estimó procedente el recurso de apelación interpuesto por Citroën y, consecuentemente, revocó la anterior sentencia, absolviendo a la empresa anunciante. De esta manera concreta, en el fundamento de derecho tercero se declaró:

*"De acuerdo con el art. 4 acabado de citar, la Unión de Consumidores de España, en la demanda formulada entiende que el engaño producido con la publicidad denunciada consiste en la contraposición entro lo anunciado" "ni un duro hasta abril del 90"- y las condiciones reales de la compra, en la que se exige el pago de una entrada inicial, valiéndose para dicho engaño de la diferencia de tamaño de las letras utilizadas;*

*pues bien, siendo ello así, puede declararse que la afirmación del primer párrafo, de que exista contraposición entre lo anunciado y las condiciones reales de compra, no puede tenerse como cierto, pues, tras la frase "ni un duro hasta abril del 90" existe un asterisco que remite a la frase de "excepto entrada inicial" lo que motiva no haya contraposición entre lo anunciado y las condiciones reales de compra, ya que, en el propio anuncio se hace constar, expresamente, que existe una entrada inicial y, si tal acontece, no puede afirmarse que no consta o pues haya contraposición con la realidad de la compra; la segunda parte de la tesis demandante, para reputar engañosa la publicidad del apelante, se basa en la diferencia de tamaño de las letras utilizadas, con lo que incide en un evidente contrasentido, pues, si primero sostiene que el engaño se produce por no hacer constar las condiciones de la operación y luego admite que ésta si consta, aunque sea en letra pequeño, ya no se puede entender producido el primer supuesto de la acción de demanda, siendo preciso determinar si esta frase, en letra más pequeña, puede ser constitutiva del engaño que se dice puede producir tal supuesto no puede admitirse, cuando, de una parte, el anunciante no está obligado a sujetarse en los mensajes publicitarios a montarlos de acuerdo con unos esquemas predeterminados, siendo de uso constante en las distintas empresas emplear modelos como el que aquí se examina, y, de otra parte, porque a través de esa frase en letra pequeña se quiere hacer ver al posible comprador las condiciones en que la operación se va a producir, que dependerá de varios factores, pues esa entrada inicial, dependerá de los que al respecto convengan las partes, en razón a la posible entrega o no de un vehículo ya usado y de las condiciones de financiación a que lleguen".*

De manera paralela, en el Fundamento jurídico cuarto de esta sentencia se añade:

"...el anuncio, en los términos en que está concebido, no puede inducir a error ni puede interpretarse aisladamente una frase en el contenido, sino que debe serlo en la totalidad del contexto, y, es indudable que cualquiera que quisiera comprar un coche, en razón del anuncio discutido, sabe que tiene que discutir y llegar a un acuerdo respecto a la forma de su pago, finalmente, puede añadirse que el mensaje debe motivar la decisión del comprador y, en el caso de autos, no se ha probado por la actora que haya habido un solo comprador engañado por el anuncio."

En el presente caso no concordamos con la sentencia de segunda instancia puesto que la publicidad de la empresa anunciante resulta claramente contradictoria ya que como mensaje principal menciona que no se deberá hacer pago alguno hasta 1990 y en letras pequeñas la excepción de un pago inicial, consecuentemente debe ser considerada como engañosa ya que las aseveraciones no cumplen con el principio de veracidad; independientemente de que ningún consumidor haya sido afectado en virtud de que esta publicidad implica un probabilidad de engaño futuro.

### **3. Caso "Asociación empresarios de publicidad".**

Los hechos que originaron la sentencia firme de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de mayo de 1992 fueron los siguientes: la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla difundió -por prensa escrita- un anuncio que contenía la siguiente locución: "*Empresas legalmente constituidas e inscritas en esta Asociación*". Se entregaba una relación de las mismas y, finalmente, la indicación de que celebraban la fiesta de su patrono.

Frente a esta publicidad, una agencia, que no pertenecía a la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla, entabló una demanda, señalando que la

citada locución era engañosa, pues a través de la misma se podía inferir que las empresas no mencionadas no estaban legalmente constituidas. Así las cosas solicitó, la rectificación publicitaria de este anuncio y una indemnización por daños y perjuicios.

En sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 16 de Sevilla, de 5 de octubre de 1990, se estimó la demanda y se dijo:

"Analizando el controvertido párrafo del anuncio impugnado, con toda meticulosidad, puede colegirse que si bien dicho texto en nada falta a la verdad, contiene un componente innecesario y en cierto modo superfluo, cual es el de "empresas legalmente establecidas" (*sic*), y es innecesario y superfluo porque de tratarse de empresas que no reunieran la condición de estar legalmente establecidas, en modo alguno podrían pertenecer a la asociación, y aún admitiendo como admitimos, que ese componente se introdujo, no con el deliberado propósito de perjudicar a las empresas no asociadas, es evidente que el mismo, a juicio de este Tribunal, objetivamente formado, conlleva a la posibilidad de inducir o poder inducir a error de perjudicar o poder perjudicar a un competidor, motivo por el cual es procedente admitir la demanda".

La citada resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Sevilla, en sentencia en firme de 12 de mayo de 1992, que sostuvo:

*"En el caso que es objeto de estas actuaciones no cabe duda de que, aunque el anuncio cuya rectificación se pretende, no falta en sí a la verdad, puesto que "empresas legalmente constituidas e inscritas en la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla" son tan sólo aquellas que relaciona, sin embargo, fácilmente, puede inducir al error de pensar que las empresas del ramo no incluidas en esa relación, como la entidad actora, no están legalmente*

*constituidas, moviendo el comportamiento económico de la clientela y perjudicando a estas empresas frente a las que aparecen en el anuncio. De hecho, algunos clientes de la actora, que declararon como testigos, al leer el anuncio, dudaron de su legalidad e inmediatamente se pusieron en contacto con ella para que les aclarase su situación."*

Sobre la base de la fundamentación jurídica expuesta, se calificó como engañosa la publicidad y, por consiguiente, se condenó a las Asociación demandada a que procediese a rectificar, expresando en los anuncios correctores que, aunque las empresas pertenecientes a la Asociación estaban legalmente constituidas, existían otras empresas, también legalmente constituidas que no pertenecían a aquella.

#### **4. Caso "Feber".**

En el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Alicante, mediante fallo del 16 de marzo de 1994, la empresa Feber emite por televisión un anuncio publicitario -protagonizada por un famoso presentador para anunciar la silla de juguete "Completo". En la película se dijo *"La silla Completo es la única, repito, la única que cumple todas las normas de seguridad españolas, y de la Comunidad Europea y es así porque con los niños no se juega"*.

La Asociación Española de Fabricantes de Juguetes entabló demanda, arguyendo que la citada publicidad era engañosa, porque existían otros fabricantes españoles que fabricaban ese tipo de juguetes y que cumplían con las correspondientes normas de seguridad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, en su sentencia del 5 de diciembre de 1992, y declaró que la mencionada publicidad *"es una locución, al menos incorrecta, susceptible de inducir a error a las personas a*

*las que se dirige sobre las características y calidad del producto",* consiguientemente, condenó a la demandada a que se abstuviese de difundir el anuncio y que se publicase a su costa el encabezamiento y parte dispositiva de la sentencia.

La mencionada resolución fue confirmada por la citada sentencia del 16 de marzo de 1994, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, que señaló:

*"La propia mercantil demandada ha venido a reconocer implícitamente la actuación ilícita que se le imputa, como lo demuestra el hecho de que cuando fue requerida en varias ocasiones por la entidad demandante, durante el mes de diciembre de 1991, para que cesara en el uso de dicha publicidad engañosa y excluyente, se limitó a excusarse alegando que ello no era posible dado lo avanzado de la campaña, pero no fue capaz de aducir argumentos contrastados en favor de la legalidad de la misma. En este mismo sentido el representante de la recurrente admitió desconocer, en prueba de confesión judicial, si existía entonces en el mercado otras sillas o carritos de muñeca, que cumplieran todas las normas de la Comunidad Económica Europea, lo que justifica claramente que el spot televisivo no estaba basado en hechos ciertos y demostrables, sino más bien en la idea de excluir al resto de los competidores, haciéndoles figurar ante el público en una posición de segundo plano y de menor garantía en la fabricación del producto, frente a la preeminente y única detentada por la demandada."*

Desde esta perspectiva, el anuncio publicitario se calificó como publicidad engañosa, en los términos del art. 3º de la Ley General de Publicidad, puesto que inducía a error a sus destinatarios y era susceptible de perjudicar a los competidores.

## **b) Sentencia de Juzgados de Primera Instancia.**

### **1. Caso "Mapfre".**

De los fallos dictados por Juzgados de Primera Instancia hay que destacar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 14 de Madrid de 15 de febrero de 1991, que estimó la demanda de la Unión de Consumidores de España contra *Mapfre* Compañía de Seguros por supuesta publicidad engañosa.

Los hechos origen de la demanda se basa en que la citada compañía de seguros utilizaba la locución publicitaria "*van por la vida más seguros, tranquilidad al cien por cien*", para anunciar los seguros de automóviles. Según la Unión de Consumidores de España, este eslogan sólo era veraz cuando se contrataban seguros a todo riesgo.

Frente a tal manifestación, la empresa demandada sostenía que nadie resultaba engañado, porque la publicidad había que examinarla en su conjunto y teniendo en cuenta el criterio de sus destinatarios, los cuales conocían que si no habían contratado un seguro a todo riesgo, no tendrían derecho a una cobertura total. El Juzgado desestimó la demanda, sobre la base de la siguiente fundamentación jurídica:

"Desde antiguo ...se defendió y protegió la buena fe que debe existir y reinar en la contratación mercantil y por ello, fue siempre dura la sanción para el empleo de la maquinación, el engaño o la incida (SIC), pero no debe confundirse lo que en la práctica mercantil y bajo la expresión de *dolus bonus* era sencillamente la exaltación de las excelencias de lo que se vendía u ofrecía para atraer clientela y precisamente sobre esta orientación ha girado la existencia de las campañas publicitarias en el mundo actual. Por ello llama la atención que en el presente caso, la Unión de Consumidores de España, sin dar

ejemplo de la defensa del consumidor sino sencillamente haciendo alarde de una hiperestesia o una sensibilidad no respaldable por el derecho, pretenda poner en duda la licitud y validez de unas pólizas de seguros que por su propia naturaleza son consecuencia de contratos libremente pactados, en el que tiene que haber coincidencia de voluntad entre quien ofrece y quien acepta y contando con la prudencia y examen de las cláusulas, basta leerlas para comprender el contenido obligacional y cuales serán las consecuencias de que surjan siniestros..."

Como se puede apreciar, el Juzgado recurrió a la teoría del *dolus bonus* para permitir tal anuncio. Dicho con otras palabras, se reconoce que en la actualidad está permitida y es admisible la exageración publicitaria. Por lo demás, la publicidad enjuiciada no resultaba engañosa, porque en el contexto del anuncio se deshacía cualquier equívoco.

## 2. Caso "Super-Cuentas".

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 12 de Madrid de 4 de junio de 1991 desestimó otra demanda de la Unión de Consumidores de España contra el Banco del Comercio, por la publicidad de las denominadas "Super-Cuentas".

En este caso, la Unión de Consumidores de España sostenía que el engaño residía en el eslogan "*desde la primera peseta y sin ninguna penalización*", que inducía a creer que se remuneraba cualquier cantidad que se depositase en una cuenta, cuando en realidad se remuneraba el capital que superara las 300,000 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, afirmando:

"...el anunciante es lo suficientemente claro y completo como para no inducir a error a ningún destinatario, sin poder afectar a su comportamiento económico, en los términos del art. 4 de la Ley, prevaleciendo esta última estimación a la vista de que tanto la información "desde la primera peseta y sin ningún tipo de penalización" como aclaración "TAE, según saldos medios, saldo medio mínimo de 300.000 pesetas" figuran en el mismo anuncio con idénticos caracteres tipográficos y la posible diferencia que cabría extraer de la primera información en relación con la segunda, deducida de la proximidad de aquella al tipo de interés anunciado en caracteres de mayor tamaño o de su primera lectura, queda desvirtuada por la inclusión del asterisco junto al "91,25%" que atrae la atención del lector hacia la información aclaratoria..."

### **c) Sentencia del Tribunal Supremo de España**

A continuación se transcribe un pronunciamiento del Tribunal Supremo de España, Sala Primera, de fecha 8 de mayo de 1997, Magistrado Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, en el cual desestima el recurso interpuesto por la entidad mercantil contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que revocó la del juzgado, declarando que las afirmaciones en los anuncios constituyen actos de denigración de los productos de cloración de las piscinas, constituyendo un acto de publicidad ilícita, y ordenó la prohibición de dicha publicidad:

*"Primero.- Habiéndose ejercitado una acción de competencia desleal y, alternativamente, de publicidad ilícita a propósito de un determinado anuncio de un producto de tratamiento del agua de las piscinas, la*

*sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 20 de Barcelona desestimó la demanda.*

Habiendo interpuesto recurso de apelación la parte demandante "Derivados Electroquímicos de Levante, S.A." la Audiencia Provisional de Barcelona, Sección 4a, revocó la sentencia anterior y estimó la demanda (parcial, pero esencialmente), declarando que constituía un acto de publicidad ilícita.

*La parte demandada A., SA" ha interpuesto el presente recursos de casación articulado en cuatro motivos, todos ellos al amparo del nº 4 del art. 1692 de la C.P.C., alegando infracción de las normas de la Ley 3/1991, de 10 de enero, sobre competencia desleal, y de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad. Además de la mala técnica de mezclar normas distintas sin diferenciarlas suficientemente en cada motivo de casación, hay que advertir que la sentencia de instancia se basa en la normativa de la ley general de publicidad y que la esencia del fallo es la declaración de publicidad ilícita. Son, pues, las normas de dicha ley las que han de ser analizadas al resolver el presente recurso de casación. Tanto más cuanto la competencia desleal se concreta en la mención expresa de la entidad que puede sufrir las consecuencias de la misma, lo que no ocurre en el presente caso.*

**Segundo.-** *Tal como se dice en la sentencia de la Audiencia, objeto del presente recurso, el art. 38 de la CE proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y si bien se reconoce a todo ciudadano el derecho a ejercitar una actividad económica o empresarial, tal derecho no es absoluto e ilimitado, sino que, como en todo derecho, se establecen unos límites en su ejercicio que son la competencia ilícita, la usurpación de derechos de la propiedad industrial*

*y la competencia desleal; y una forma de manifestación de ésta es, precisamente, la publicidad desleal.*

*Dicha ley califica la publicidad ilícita, en su art. 3 entre otros supuestos, la publicidad engañosa (apartado b) y la publicidad desleal (apartado c), definiendo la primera, la engañosa, su artículo 4, como la que induce o puede inducir a error en sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico; y la segunda, la desleal, la considera el artículo 6, entre otros casos, la que provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades (aportado a) y la comparativa (apartado c).*

**Tercero.-** *El primero de los motivos de casación alega infracción del art. 25.1 de la Ley general de publicidad (y también del art. 19.1 de la Ley de competencia desleal, aunque ya se ha dicho que aquella es expresión específica de ésta). Se insiste en la excepción de falta de legitimación activa de la parte demandante. El art. 25.1 de aquella Ley atribuye legitimación activa, en lo que aquí interesa, a las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo.*

*Se trata de la legitimación activa ad causam (la legitimación ad procesum no es otra que la capacidad procesal) como la cualidad de un sujeto consistente en hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de una pretensión que ejercita. En el caso presente, consta como hecho que los productos fabricados por la demandante son productos químicos que al entrar en contacto con el agua liberan cloro, es decir, se produce una cloración. La cloración es el efecto de desinfectar con cloro el agua, lo que consigue con compuestos químicos que al contacto con el agua liberan cloro. La*

*publicidad a que se refiere este proceso trata directamente de la cloración y del cloro, destacando los inconvenientes y los efectos perniciosos de éste. Por lo cual, siendo la demandante fabricante de tales productos químicos, resulta afectada por la publicidad y tiene interés legítimo en ejercer las acciones pues le brinda la Ley general de publicidad.*

Tiene, pues, legitimación activa y debe, por ello, desestimarse este primer motivo de casación.

**Cuarto.-** *El tercero de los motivos de casación alega la infracción del artículo 4 de la ley general de publicidad (además del art. 7 de la Ley de competencia desleal, de contenido esencialmente análogo y de carácter más amplio). La publicidad que se ha dado en el presente caso anuncia un producto y destaca los inconvenientes y peligros del cloro y, por ende, de la cloración.*

La sentencia de instancia, declara que se produce error al consumidor y parte de un hecho: "con el propio sistema del demandado se siguen utilizando productos químicos e incluso determinadas dosis no concretadas del cloro"; añade que la lógica conclusión del consumidor es "que el producto anunciado prescinde de aquellos (los productos químicos), cosa que en realidad no sucede". Con lo cual, debe estimarse que la publicidad es engañosa, ya que, partiendo de los hechos expuestos, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, que afectará a su comportamiento económico adquisitivo, ya que resaltando los peligros del cloro y ocultando que su producto también tiene cloro, se falsean los resultados (artículo 5.1.d) y la nocividad (art. 5.1.f, de la Ley general de publicidad).

*Este motivo, pues, debe ser también desestimado.*

**Quinto.-** Los motivos 2º y 4º convienen ser examinados conjuntamente, pues ambos se refieren a la publicidad desleal (artículo 3, apartado c, de la Ley general de publicidad) y se alegan las normas de la Ley general de publicidad y de la Ley de competencia desleal referidas al mismo tema jurídico. Con referencia concreta a la publicidad desleal, se considera así, la que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades (artículo 6, apartado a, de la ley general de publicidad), y la comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios (artículo 6, apartado c, de la misma ley).

A la vista de los hechos que se exponen como acreditados en la sentencia de instancia, esta Sala considera que la publicidad empleada por parte demandada provoca un indudable descrédito, denigración o menosprecio de los productos químicos que provocan la cloración y, además, hay una clara comparación del producto propio, anunciado, con los productos químicos, con la cloración, con el cloro, que no se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostradas de los productos; es decir, no es objetiva, no se apoya en caracteres demostrados. Por lo cual, ambos motivos deben ser también desestimados.

**Sexto.-** Al desestimarse todos los motivos de casación, debe declararse no haber lugar al recurso, con imposición de costas a la parte recurrente, tal como dispone el artículo 1795.2 de la LEC."

De lo anterior se colige, en primer término que la última instancia judicial en materia de publicidad engañosa es el Tribunal Supremo de España, quien conoce

del recurso de casación o revocación en contra de las sentencias de Audiencias Provisionales y Juzgados de Primea Instancia.

Por otra parte nos percatamos que las resoluciones de este Tribunal son estrictamente apegadas a derecho considerando, principalmente elementos objetivos, por ejemplo en el caso concreto no se considero la susceptibilidad de los consumidores al engaño, considerado un factor subjetivo.

## CAPÍTULO CUARTO

### JURISPRUDENCIA Y CASOS PRÁCTICOS EN MEXICO.

#### 1. Resoluciones emitidas por la Procuraduría Federal del Consumidor.

##### 1.1 Caso “Power sex”

El comercial televisivo relativo a este producto menciona *“Llegó a México POWER SEX, un producto cien por ciento natural, sin hormonas ni químicos, que puede ser usado incluso por hombres sanos de cualquier edad”*. Posteriormente, enumera los beneficios que, supuestamente, se obtendrán con su uso, señalando puntualmente: *“mediante el consumo del producto usted obtendrá mucha más vitalidad, más energía, potencia y claro, deseo sexual de manera natural”*, el mensaje publicitario finaliza diciendo: *“Si usted desea mantener una mejor vida sexual, más energía y vitalidad, sólo con POWER SEX lo podrá lograr”*.

Al respecto resaltamos que tanto el anuncio como el producto deberían incluir alguna advertencia o restricción en cuanto a su uso, ya que la afirmación que se hace en el anuncio, indicando que incluso hombres sanos pueden utilizarlo, tiene un riesgo intrínseco, especialmente en el caso de los jóvenes.

Por otra parte, en el comercial se hace la promesa de que mediante el uso del producto mejorará la vida sexual, debiendo considerar que la vida sexual de

las personas no se limita al aspecto físico, también incluye el psicológico, es decir, la convivencia, la comunicación y el respeto entre la pareja.

La Procuraduría Federal del Consumidor consideró que la publicidad de este producto es contraria a lo dispuesto por los artículos 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, 9 fracción IV, 21 y 22 fracción VII del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad; en consecuencia *ordena a la empresa Biotanic S.A de C.V., realice en la publicidad impresa en la –sic- ofrece a la venta el producto denominado Power Sex, la “corrección de su publicidad en el sentido de insertar en forma clara y precisa que los resultados pueden variar de persona a persona así como un teléfono de atención al consumidor, en el cual pueda obtener información más detallada del producto, se pueda realizar cualquier aclaración o reclamación inherente al mismo y en su caso el procedimiento y requisitos para hacer efectiva la garantía dl producto de referencia, de igual forma deberá de indicar el tiempo en el cual el consumidor una vez hecho el pedido recibirá el bien adquirido, lo anterior a efecto de evitar la inducción al error o confusión a la población de consumidores a que va dirigida... se le concede 15 días hábiles”.*

## **1.2 Caso “Redugrass”.**

Redugrass es una marca que presenta diversos productos como son gel, cápsulas, jabones, chicles, fajas, entre otros; cuyo uso o consumo promete la disminución considerable de peso y medidas.

Al analizar la publicidad de estos productos destacamos en primer término que es presentada por un joven cuyo cuerpo se distingue por una marcada musculatura, las tomas de cámara resaltan su abdomen, brazos y torso, relacionando estas características de manera directa con el uso del producto, el

cual, presumiblemente, no sólo elimina la obesidad sino que la transforma en una envidiable figura, sin que presente la certificación de ello.

El anuncio también argumenta que el producto es indispensable para modificar el ánimo y la forma general de percibir la vida, con frases como las siguientes; *" Tú también, como yo, puedes ser una persona sana, delgada y sobre todo feliz"* o *"Redugrass cambió mi vida"*, dando a entender que las personas que no usan este producto se sentirán frustradas e infelices.

Aunado a lo anterior, este comercial contiene impresiones respecto a los ingredientes, forma de uso, precauciones y contraindicaciones; por lo que no concuerda con lo estipulado en el artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, de igual modo contraviene los artículos 6, fracción II, 9, fracción IV y 61, fracciones II y III, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad.

En virtud de lo anterior, la Procuraduría Federal del Consumidor resolvió, en fecha cinco de diciembre de dos mil dos, *"con fundamento en los artículos 127, 128 y 129 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, se le impone a Naturezza Latinoamericana S.A. de C.V., una sanción consistente CLAUSURA TEMPORAL POR DIEZ DÍAS EN EL DOMICILIO COMERCIAL...se ordena... la suspensión inmediata de la publicidad relacionada con el producto REDUGRASS, toda vez que es violatoria de la Ley de la materia"*.

### 1.3 Caso "Gelatin"

Gelatin son unas cápsulas que, de acuerdo a su publicidad, contienen *ingredientes de origen natural*. El anuncio comienza diciendo lo siguiente: *"¿Usted padece osteoporosis, artritis, dolores de huesos, se siente cansado, tiene migraña, problemas digestivos o incluso gastritis? Si contestó afirmativamente por haberse*

*enfrentado a cualquiera de los padecimientos o síntomas mencionados, ¡felicidades! , porque llegó a México una auténtica maravilla y se llama Gelatin"* , respecto a este primer texto debemos señalar que menciona los padecimientos, que de acuerdo a diversas encuestas médicas, son los más frecuentes en la población mexicana.

El mensaje continúa señalando que al tomar dos cápsulas en cada comida (seis por día), se obtendrán los siguientes beneficios: *"prácticamente se olvidará de problemas como caída de cabello en el caso de los hombres, mientras que en las mujeres se eliminarán las arrugas, celulitis y estrías. Pero eso no es todo ¿sabía que también contribuye a que los niños sean más inteligentes y se desarrollen mejor?*. En relación a este argumento destacamos que el cuerpo humano tiene la capacidad de asimilar los nutrientes necesarios para su funcionamiento, eliminando lo que no necesita y almacenando como reserva otros elementos, por lo que si este producto proporciona un exceso de nutrientes no dará como resultado la mejoría en el funcionamiento del cuerpo sino que éstos serán desechados. Siendo que el anuncio en ningún momento señala que el producto sólo beneficiará a aquellas personas que les falten ciertos nutrientes.

Por otra parte, este anuncio no incluye ninguna precaución expresa respecto a los periodos mínimos y máximos durante los cuales se puede consumir el producto, o si puede ingerirlo cualquier persona sin importar su edad o estado de salud.

Cabe destacar, que en relación a la promesa de contribuir a que los niños sean más inteligentes y tengan un mejor desarrollo, la inteligencia es un atributo cuyo desarrollo se debe fomentar desde la infancia con métodos didácticos adecuados e inculcando hábitos como el de la lectura, que despierten la curiosidad de los niños y los motive a descubrir el mundo que los rodea.

Considerando los argumentos expuestos, la publicidad de este anuncio es considerada engañosa al violar lo dispuesto por los artículos 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, 306, fracción I de la Ley General de Salud 9, fracciones I,II,III y IV y 23 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad, por lo que la Procuraduría Federal del Consumidor dispuso mediante sentencia de fecha primero de marzo de dos mil dos, que se incluya en la publicidad de este producto, *“de forma clara y precisa que los resultados pueden variar de persona a persona así como un teléfono de atención al consumidor, en el cual puedan obtener información más detallada del producto, se pueda realizar cualquier aclaración o reclamación inherente al mismo y en su caso el procedimiento y requisitos para hacer efectiva la garantía del producto de referencia, de igual forma deberá de indicar el tiempo en el cual el consumidor una vez hecho el pedido recibirá el bien adquirido, lo anterior a efecto de evitar la inducción al error o confusión a la población de consumidores a que va dirigida... se le concede 15 días hábiles”*.

#### **1.4 Caso “SX Gum”**

El anuncio afirma que la goma de mascar en cuestión puede ayudar a manejar el estrés y a disfrutar de la vida en pareja; también asegura que durante los encuentros íntimos, la aproximación cuerpo-espíritu, así como la percepción sensorial, serán estimuladas por el producto. Con estas afirmaciones infringe la fracción I del artículo 7 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario, que prohíbe la publicidad que no sea congruente con las características y especificaciones con las que fueron autorizados los productos que promueve, tampoco respeta lo dispuesto por el 32 de Ley Federal de Protección al Consumidor.

Por lo anterior, PROFECO requirió al representante de la empresa para que suspendiera la transmisión del anuncio.

### 1.5 Caso “Lucozade”

El anuncio de Lucozade, una bebida energética, presenta a una pareja grabando una escena de telenovela en la que se encuentran discutiendo con golpes e insultos, luego de tan violenta situación, los actores hacen un alto en la grabación para tomar esta bebida, mientras en la pantalla aparece un texto que dice “*Lucozade. Energía para seguir activo*”.

Las autoridades consideraron que este anuncio incitaba a la violencia, puesto que daba a entender que con el consumo del producto se obtendría la energía suficiente para pelear o discutir agresivamente, por lo que quebranta flagrantemente lo dispuesto por los artículos 63 y 67 de la Ley Federal de Radio y Televisión, así como la fracción IV del Código de Ética Publicitaria que señala que *la propaganda comercial que se transmita por radio y televisión IV: No deberá incitar a la violencia*. A este respecto por sí misma la empresa productora de Lucozade retiró del aire la publicidad.

### 1.6 Caso “Avantel”.

Avantel es una empresa que presta servicio de telefonía sólo de larga distancia nacional e internacional, esta empresa en su publicidad señalaba que era la única que ofrecía ahorros garantizados por escrito y afirmaba que Teléfonos de México, la compañía líder en el mercado de telefonía, no lo hacía.

Dicha publicidad dió origen a un juicio de arbitraje ante la Procuraduría Federal del Consumidor, en el que Teléfonos de México acreditó que sí ofrecía ahorros garantizados por escrito, una vez que los consumidores celebraban el contrato de adhesión con ésta y dichos ahorros dependían del servicio que se contratara.

En virtud de lo anterior, la Procuraduría Federal del Consumidor determinó que *la publicidad realizada por la empresa “Avantel” a través de sus folletos es contraria a lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, toda vez que la información adolece de inexactitud y puede inducir a error o confusión al consumidor al afirmarse que Avantel es la única que garantiza ahorros por escrito.* La empresa Avantel suspendió voluntariamente este tipo de publicidad, por lo que la Procuraduría Federal del Consumidor no aplicó sanción alguna.

### **1.7 Caso “Auchan”.**

En la mencionada resolución se consideró que el consumidor asocia la palabra austera como sinónimo de carencia, mala calidad, pobreza, escueto relacionándola con la imagen de la “A” perteneciente a la marca Aurrerá, siendo notoria la intención de la empresa Auchan de realizar una publicidad dirigida a desprestigiar a un competidor.

Por lo anterior la Procuraduría Federal del Consumidor, con fundamento en los artículos 35,97, 127 y 132 de la Ley Federal de Protección al Consumidor impuso a Auchan una sanción de 1,400 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, equivalente a \$42,280.00 (cuarenta y dos mil doscientos ochenta pesos 00/100).

### **1.8 Caso “Pepsi”. El reto pepsi.**

La empresa Pepsico S.A. de C.V. realizó una campaña publicitaria denominada “El reto Pepsi”, en la que durante varios meses en distintas ciudades de la República Mexicana colocó módulos a los que acudía el público en general

para probar dos diferentes marcas de refresco de cola, por un lado Pepsi y por otra Coca-Cola, determinando cual prefería, en la fase final de esta campaña la empresa Pepsico S.A. de C.V. realizó anuncios publicitarios de radio y televisión en los que señalaba "Porque más de la mitad de la gente prefiere el sabor de pepsi".

La empresa Coca-Cola Company presentó una queja ante la Procuraduría Federal del Consumidor, por considerar esta publicidad engañosa; al analizar el caso la Procuraduría descubrió irregularidades en las bases que fundamentaban la afirmación que realizaba Pepsico en su publicidad puesto que del estudio de investigación de mercado ("El reto Pepsi") encomendado a la empresa Pearson S.A. de C.V. se obtuvo que el 50.40% de las personas prefirió Pepsi y el 49.60% Coca-Cola, considerando que las muestras fueron realizadas tan sólo en 21 ciudades.

Considerando lo anterior la Procuraduría resolvió que la mencionada publicidad realizada por Pepsico S.A. de C.V. *no cumplía cabalmente con el artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor por su inexactitud, induce o puede inducir a error o confusión a la población consumidora y por tanto deberán suprimirla o corregirla en un plazo no mayor a 10 días hábiles.* en este caso no se determinó ninguna sanción pecunaria.

## **2.Resoluciones emitidas por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.**

### **2.1 Caso "Coca- Cola vs. Pepsico" El reto pepsi.**

El presente caso se refiere a la campaña publicitaria "el reto Pepsi" , sancionada en expediente diverso por la Procuraduría Federal del Consumidor, el

cual se analizó en el apartado inmediato anterior; como señalamos, dicha campaña consistió en que la empresa Pepsico S.A de C.V. colocó, en distintas ciudades de la República Mexicana, módulos a los que acudía el público en general para probar dos diferentes marcas de refresco de cola, por un lado Pepsi y por otro Coca-Cola, indicando su preferencia por alguno. En la fase final de esta campaña la empresa Pepsico S.A. de C.V. realizó anuncios publicitarios de radio y televisión en los que señalaba "Porque más de la mitad de la gente prefiere el sabor de pepsi".

The Coca- Cola Company, después de haber obtenido una resolución favorable ante la Procuraduría Federal del Consumidor, presentó en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial una demanda en contra de Pepsico por competencia desleal y uso de su marca sin autorización. El Instituto dictó sentencia en la que condena a Pepsico S.A. de C.V. por considerar que su publicidad era engañosa y ejercía competencia desleal en relación a The Coca-Cola Company, basando su resolución en los siguientes argumentos:

" ... La campaña cuyas características se analizan contiene información tendenciosa, falsa o exagerada, por lo que se configura la competencia desleal en razón de que es evidente que el consumidor va a juzgar el valor del producto elaborado por Pepsico S.A de C.V., no según su propio gusto sino la opinión atribuida al público.

Por otra parte, dicha campaña publicitaria no cumple con los requisitos de lealtad, veracidad y objetividad que toda publicidad comparativa que se maneje en el marco de la legalidad debe cumplir.

...el anuncio comparativo adopta un tono apto para degradar o minimizar el producto amparado por el registro marcario propiedad de la actora, toda vez que aparecen comentarios exagerados entorno a

la preferencia del público consumidor habiendo inclusive un uso ilícito de la marca Coca-Cola, por no estar permitido el uso de la marca ajena para degradar el producto que distingue.

...Dicha campaña compara características iguales o similares, sin la base real de una demostración objetiva y realmente comprobable.

...Al no tratarse de una publicidad comparativa de carácter informativo sino de una publicidad comparativa en la que se comunica información falsa, tendenciosa y exagerada se está en presencia de un uso ilícito de la marca Coca-Cola pues se hizo sin autorización.

... Por la anterior es contraria a lo establecido en los artículos 213, fracción X y 211, fracción I de la Ley de Propiedad Industrial...

...PRIMERO.- De acuerdo a lo establecido en la fracción I del artículo 214 de la Ley de Propiedad Industrial se impone a Pepsico S.A. de C.V. la sanción de 10,000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

SEGUNDO.- Se ordena se abstenga de seguir empleando en la publicidad que realice frases que por su falsedad confundan al público consumidor y perjudiquen a la empresa actora The Coca-Cola Company, para lo que tiene un plazo de 15 días hábiles, o en su caso contar con el consentimiento por escrito de dicha empresa actora."

En el presente caso observamos una de las prácticas más comunes de publicidad engañosa entre empresas de gran relevancia en el mercado, que acertadamente fue sancionada por las dos autoridades competentes en materia de publicidad engañosa. Sin embargo, consideramos que la sanción impuesta por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial es mínima, puesto que se trata de las

dos empresas refresqueras más importantes a nivel mundial, en consecuencia el hecho de que una de ellas, Pepsico S.A de C.V. haga una campaña publicitaria en los medios masivos de comunicación, con la finalidad de desprestigiar a la otra, The Coca-Cola Company, lo cual implica competencia desleal; y por otra parte engañe al público consumidor, debería de haberse sancionado con una multa mayor; considerando que la impuesta, equivalente a \$35,000.00 aproximadamente, es irrelevante en relación a las ganancias que obtiene la empresa infractora y a las pérdidas que causó a la actora.

## **2.2 Caso “Aurrera vs. Auchan”**

En el presente caso, la empresa Auchan, super mercado de reciente creación en México, al elaborar y publicar sus volantes de ofertas utilizó el diseño protegido con los registros marcarios de la empresa Aurrerá, tienda de autoservicio con varios años en el mercado mexicano, con el propósito de desprestigiar los servicios que presta esta empresa; por lo que, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, consideró que esta situación se adecuaba a la hipótesis prevista en la fracción X del artículo 213 de la Ley de Propiedad Industrial.

*Así mismo, determinó que esta publicidad era contraria a los buenos usos y costumbres en la industria y el comercio, en virtud de que la empresa Auchan se aprovechó del prestigio obtenido lícitamente por un competidor, desviando clientela y causando confusión, en consecuencia se originó competencia desleal en agravio de Aurrerá, contrario a lo dispuesto en el artículo 28 Constitucional y la fracción I del artículo 213 de la Ley de Propiedad Industrial.*

En atención a los argumentos señalados, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial impuso una sanción de 5,000 salarios y se ordena se abstenga de seguir publicando volantes de ofertas que vulneren los derechos de

los registros de las marcas de Aurrerá otorgándole 15 días para que tome las medidas necesarias para no seguir cometiendo las infracciones que en este acto se sancionan.

En el mismo sentido que el caso analizado en el numeral anterior, consideramos que la multa es ínfima e inadecuada respecto a la capacidad económica de la empresa infractora y el perjuicio ocasionado a Aurrerá, en virtud de que vulnera sus derechos marcarios y realiza actos de competencia desleal en su contra.

### **2.3 Caso “Farmacias Similares vs. C. Angel Omar Plascencia Arco”**

Este asunto tiene la peculiaridad de que el infractor es un particular, quien utilizaba, sin autorización, las marcas *“Farmacias de Similares lo mismo pero más barato”*; *“Dr.Simi”*; *“lo mismo pero más barato”*; *“Farmacias Similares”* *“Farmacias Similares del Dr. Simi”*, que pertenecen a la empresa actora, para prestar los mismos servicios de farmacia; siendo que, en realidad el demandado tenía registrado el nombre comercial *“Farmacias Similares Farmagen”*.

En virtud de lo anterior, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial estableció mediante sentencia *“que este acto crea una confusión respecto al origen de los servicios de farmacia y perfumería, por lo que se piensa en una relación entre las partes, porque se hace suponer al público consumidor que ambos servicios provienen de una misma empresa, actualizando la hipótesis jurídica prevista en los incisos a) y c) de la fracción IX del artículo 213 de la Ley de Propiedad Industrial”*.

Aunado a lo anterior, se considera competencia desleal por parte del demandado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 213 fracciones XVII y XVIII de la Ley de Propiedad Industrial. Así mismo, la autoridad determinó que *“el*

*actuar de la demandada es contrario a los buenos usos y costumbres de la industria y el comercio aprovechándose del prestigio obtenido lícitamente por un competidor, desviando clientela, causando confusión, por lo que es evidente la competencia desleal contraria a la fracción I del artículo 213”.*

*Finalmente en la sentencia mencionada se indica que el perjuicio causado a la actora es grave, dado que atenta de manera franca y abierta contra los derechos de propiedad industrial legítimamente obtenidos por su parte, en cuanto que no sólo sin derecho a ello utiliza como marca una denominación y diseños idénticos a las marcas registradas base de la acción; así como del nombre comercial. Sino que además desprestigia los servicios que ésta ofrece al inducir a la confusión de los consumidores.*

En virtud de los argumentos anteriores se impuso al demandado una sanción 200 días de salario mínimo y se ordenó la abstención de seguir prestando servicios de farmacia si vulneraban los derechos de las marcas en cuestión, para lo que le otorgaron un plazo de 15 días.

#### **2.4 Caso “Promeco vs. Farmacias Similares”**

Promeco es un laboratorio Médico que tiene los derechos marcarios de diversos productos farmacéuticos, entre los cuales se encuentran los siguientes: “Buscapina”, “Mucosolvan”, “Prodolina”, “Furoxona”, “Macrodotina” y Persantin”. Estas marcas fueron utilizadas por Farmacias Similares en su folleto promocional a fin de comparar sus medicamentos *similares* con los productos que amparan las marcas mencionadas, afirmando que estos últimos eran más caros que los que ellos vendían a pesar de ser lo mismo.

La sentencia emitida por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial señala lo siguiente:

" ... Farmacias Similares S.A de C.V. en su publicidad compara productos y precios entre los "líderes" (las marcas señaladas) y los similares señala la frase "lo mismo pero más barato"...

... Se desprende que Farmacias Similares ha realizado y realiza publicidad comparativa, a través de medios masivos de comunicación, tales como periódicos y televisión, en la que se comparan los productos comercializados por ésta con varios de los productos elaborados por otros laboratorios, encontrándose entre las listas los productos señalados.

... Este Instituto estima que la parte actora ha demostrado que la empresa Farmacias Similares S.A de C.V. se encuentra llevando a cabo la publicidad comparativa a través de medios masivos de comunicación como lo son los periódicos, la televisión o el internet; situación que es aceptada de manera tácita por la infractora.

... la parte actora acreditó que los medicamentos identificados por la demandado como "similares" no pueden ser considerados como "lo mismo" que los medicamentos nombrados o de referencia, mismos que son ejemplificados por la infractora como líderes o de marca líder ya que de acuerdo a la Ley General de Salud sólo los medicamentos conocidos como genéricos, intercambiables poseen los mismos niveles de bioequivalencia y biodisponibilidad de los medicamentos inovadores o de referencia, situación esta que aceptó la infractora.

Esta autoridad considera que las comparaciones de medicamentos realizadas por la infractora junto con las frases "lo mismo pero más barato" , " Si quieres comprar lo mismo pero más caro sigue comprando ti medicamento de marca líder", " Una medicina similar es

un medicamento con distinto nombre, idéntica sustancia activa pero muy distinto precio o sea lo mismo pero más barato", " Hasta un 75% de ahorro o más" y " No tenemos todo pero lo que hay está mucho más barato " induce o pueden inducir al público consumidor a error o engaño, en virtud de que se presenta la realidad de una manera parcial o incompleta toda vez que dichas frases encierran en sí mismas una comparación ya que para que exista algo "más caro", "más barato" o que sea "lo mismo" debe existir una comparación entre productos, y sí como se aclaró la comparación es tendenciosa o parcial.

... la infractora hace creer que sus productos son lo mismo pero más baratos, muestra una rivalidad entre la infractora y los fabricantes de los medicamentos innovadores o de marca líder entre los que se encuentran los referidos.

... Sin embargo, ninguna de las muestras de publicidad acreditan que Farmacias Similares se encuentra realizando actos que induzcan al público a error, confusión o engaño, haciéndolo creer infundadamente que está vendiendo productos bajo autorización, especificaciones o licencia de la actora.

... No obstante, que el tipo de afirmaciones y comparaciones que realiza la infractora a través de su publicidad actualizan las causales de infracción mencionadas al presentar los productos de la parte actora "lo mismo pero más caro".

... No se contaron con elementos fácticos para determinar una sanción a la infractora.

... Se ordena a Farmacias Similares que cese de inmediato y definitivamente toda la publicidad que hace por su conducto o por

terceros, a través de los volantes, listas de productos que distribuye al público, las bolsas en los que entrega los productos que vende, los exhibidores, rótulos, anuncios, letreros, posters y cualquier otro material localizado en todos y cada uno de los establecimientos de "Farmacias Similares", así como la publicidad que realiza a través de medios masivos de comunicación como prensa, radio y televisión que contenga comparaciones entre los productos identificados por la infractora como " Similares", " de marca barata", " de marca econónima" o cualquier otra denominación contra los productos identificados como "líder", "de marca líder", "de marca caro" o cualquier otra denominación similar, que pueda causar un desprestigio en los productos y las marcas propiedad de la demandante así como provocar confusión entre el público consumidor respecto de la naturaleza o características de los productos "Similares" a fin de mantener un marco de legalidad dentro de la industria farmacéutica."

## **2. Jurisprudencia**

La jurisprudencia se considera una fuente de derecho, que es obligatoria cuando es dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se conforma de cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, en el mismo sentido y respecto a casos semejantes.

Respecto a la publicidad engañosa no existe jurisprudencia que se refiera directamente al tema, sin embargo encontramos que hay diversas tesis que al referirse a la regulación de las marcas y la competencia desleal regulan indirectamente la publicidad engañosa; dichas tesis se transcriben a continuación.

Séptima Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo III, Parte TCC

Tesis: 687

Página: 504

**MARCAS. ANALISIS DE SU POSIBLE CONFUSION.** Si bien este Tribunal ha sostenido que para determinar si dos marcas son semejantes en grado de confusión, se debe atender no sólo a un análisis minucioso, sino principalmente al efecto que puedan producir en el público consumidor al primer golpe de vista, o al ser pronunciadas rápidamente, ello no significa que quien deba juzgar sobre la semejanza de las marcas no pueda fijarse minuciosamente en sus detalles, para determinar o aclarar el efecto que visual o fonéticamente puedan producir cuando se las lee u oye en forma ordinaria, sin poner atención muy cuidadosa. **Pues la impresión subjetiva que las marcas produzcan de momento, puede ser objeto de un análisis cuidadoso, que no olvide que debe atenderse a la primera impresión que dichas marcas produzcan en el público.**

Amparo en revisión 487/74. Henkel & Cie. G.M.B.H. 22 de octubre de 1974. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 527/74. Henkel & Cie. G.M.B.H. 29 de octubre de 1974. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 204/77. Industrias Valvet de México, S. A. 2 de agosto de 1977. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 861/79. Brs. Inc. 23 de enero de 1980. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 527/81. Aqua Mex, S. A. 24 de agosto de 1981. Unanimidad de votos.

Séptima Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo III, Parte TCC

Tesis: 689

Página: 505

**MARCAS, CONFUSION DE.** Cuando las dos marcas cuya posible confusión se examina contengan un elemento común, que resulte en alguna forma descriptivo del origen de los productos, de sus características o propiedades, o de sus efectos o aplicaciones, como es el caso del elemento "vista", tratándose de medicinas y preparaciones farmacéuticas de la clase 6 de la clasificación oficial, dicho elemento debe ser considerado con poco énfasis al hacer la comparación, la que debe centrarse con atención acentuada en el otro elemento que contengan las marcas en disputa, para ver si ese elemento adicional de diferenciación elimina la posible confusión

entre las marcas, pues éste es el sentido que debe darse a las fracciones I, II y IV del artículo 105 de la Ley de la Propiedad Industrial, en relación con la fracción XIV, del propio artículo y en relación también con el artículo 106.

Amparo en revisión 983/70. Enrique Ortiz Colina. 10 de mayo de 1971. Unanimidad de votos.

*Amparo en revisión 227/73. Roussel Uclaf. 9 de julio de 1973. Unanimidad de votos.*

Amparo en revisión 251/73. Laboratorios Grossman, S. A. 13 de agosto de 1973. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 641/74. Kananhit, S. A. 7 de enero de 1975. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 84/76. Byk Gulden, S. A. de C. V. 30 de marzo de 1976. Unanimidad de votos.

Novena Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Enero de 1999

Tesis: I.3o.A. J/22

Página: 686

**MARCAS, CONFUSIÓN DE. ARTÍCULO 91, FRACCIÓN XVIII, DE LA LEY DE INVENCIONES Y MARCAS.** Si en el caso a estudio no se presenta el problema de que sólo hubieran sido reservados determinados elementos de la marca, la regla aplicable, es que ambas marcas deben compararse en su conjunto, es decir, no deben seccionarse para determinar si alguna de sus partes es o no parecida a la otra marca, a menos de que ambas lo sean en toda su extensión, sino que debe atenderse primordialmente al efecto que producen. La exigencia legal se aplica porque lo que constituye las marcas es su conjunto y su aspecto general, de modo que la imitación se produce cuando dos marcas tienen en común casi todos sus elementos característicos, aunque existan diferencias entre los elementos aisladamente considerados. Por lo tanto, es a las semejanzas y no a las diferencias a lo que se debe atender para determinar si hay imitación. La similitud entre dos marcas no depende fundamentalmente de los elementos distintos que aparezcan en ellas, sino de los elementos semejantes, de manera que el juzgador debe guiarse primordialmente por las semejanzas que resultan del conjunto de elementos que constituyen las marcas, porque de ello es de donde puede apreciarse la semejanza en grado de confusión de las marcas en cuestión y, de manera secundaria, por las discrepancias que sus diversos detalles pudieran ofrecer separadamente.

Amparo en revisión 146/81. Laboratorios Miles de México, S.A. 7 de septiembre de 1981. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 746/81. Intercontinental Hotels Corporation. 7 de septiembre de 1981. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 1829/81. Hardy Spicer Limited. 15 de marzo de 1982. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.

Amparo en revisión 60/82. Barco of California. 15 de marzo de 1982. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 1459/79. Kern Foods, Inc. 3 de mayo de 1982. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 3193/96. Marcas Asociadas, S.A. de C.V. 24 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Alfredo Soto Villaseñor. Secretario: Jacinto Juárez Rosas.

Séptima Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo III, Parte TCC

Tesis: 690

Página: 506

**MARCAS, CONFUSION DE. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINARLA. INTERPRETACION DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 91 DE LA LEY DE INVENCIONES Y MARCAS.** Cuando se trate de determinar si dos marcas son semejantes en grado de confusión, conforme a la fracción XVIII del artículo 91 de la Ley de Invenciones y Marcas, debe atenderse primordialmente a su conjunto, es decir, al efecto que produzcan tomadas globalmente, y de manera importante debe atenderse a la primera impresión, esto es al efecto que puedan producir en el público consumidor al primer golpe de vista, o al ser oídas cuando son pronunciadas rápidamente, pues es de suponerse que el público consumidor no siempre hace un análisis minucioso y detallado de las marcas de los productos que adquiere, así como tampoco es necesario que fatalmente todos sus elementos constitutivos sean semejantes, sino fundamentalmente que la similitud de los elementos principales pueda originar confusión. Por tanto, para establecer si entre dos o más marcas registradas, o cuyo registro se pretende, existen elementos de confusión que puedan servir para determinar si una de ellas imita a las otras, no debe apelarse primordialmente al análisis de las diferencias que entre una y otra existan, porque no ha sido esa la mente del legislador en el caso, ya que ello requiere una elaborada operación mental subjetiva, que el público consumidor que es el que puede ser inducido a error, no está en aptitud de hacer en cada caso, sino que debe atenderse al análisis de las semejanzas que fácilmente pueden advertirse entre una y otra marca y que son las únicas susceptibles de provocar la confusión del público consumidor, induciéndolo a error respecto de alguna de ellas. Tal es el criterio que sustenta el legislador en el precepto legal citado, al establecer que no se admitirá a registro una marca que sea semejante (igual o tan parecida) a otra ya registrada y vigente, aplicada a los mismos o similares productos o

servicios, en grado tal que pueda confundirse con la anterior, tomándola en su conjunto o atendiendo a los elementos que hayan sido reservados.

Amparo en revisión 146/81. Laboratorios Miles de México, S. A. 7 de septiembre de 1981. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 746/81. Intercontinental Hotels Corporation. 7 de septiembre de 1981. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 1829/81. Hardy Spicer Limited. 15 de marzo de 1982. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 60/82. Barco of California. 15 de marzo de 1982. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 1459/79. Kern Foods, Inc. 3 de mayo de 1982. Unanimidad de votos.

Séptima Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo III, Parte TCC

Tesis: 693

Página: 509

**MARCAS, CONFUSION. PRODUCTOS DIFERENTES.** Para que una marca no deba registrarse, aplicando para ello el artículo 105, fracción XIV, inciso b), de la Ley de la Propiedad Industrial aplicable, se requiere que los artículos amparados por ambas marcas tengan características semejantes. De manera que si se trata de artículos que no tienen mayor relación entre sí, por su naturaleza y uso, o por las tiendas en que se venden, no hay inconveniente en usar marcas que podrían confundirse, cuando no hay la menor posibilidad de confusión en los productos, o de competencia comercial desleal entre los productores. La propiedad de una marca tiende, esencialmente, a proteger el prestigio de un fabricante, de manera que otro no pueda aprovecharse de ese prestigio para obtener un provecho comercial, en detrimento del propietario de la marca anterior, ni pueda causar a éste algún desprestigio en relación con la calidad de su producto. Pero cuando los productos a que se aplican las dos marcas son de naturaleza substancialmente diferente, o se aplican a usos substancialmente diferentes, y se expenden en comercios substancialmente diferentes (cuando se trata de establecimientos especializados), no se ve que haya razón para negar el registro de una marca por su posible semejanza o confusión con la otra. Pues en estos casos no podrá haber confusión para adquirir el producto del dueño de la marca anterior, con motivo del registro del otro, ni el productor dueño de la anterioridad podrá sufrir daño en su prestigio ni en su economía con el uso de la otra marca. Ni podrá el dueño de la segunda usar el prestigio de la primera, para vender su producto, ya que ambos productos se encontrarán en esferas diferentes de uso, aplicaciones y expendios comerciales (o departamentos especiales, en comercios generales). Por lo demás, aunque los productos amparados por

una marca pertenezcan a una categoría, y la marca se haya expedido en principio para amparar todos los productos de esa categoría, si la realidad es que la marca está destinada a amparar productos de cierta naturaleza y destinados a ciertos usos afines, el registro de esa marca no impide el registro de una segunda marca semejante que se destine a amparar exclusivamente ciertos productos que, aunque pertenezcan a la misma categoría en la clasificación del artículo 71 del reglamento de la ley, sean artículos de naturaleza esencialmente distinta, y de uso y aplicaciones esencialmente distintos, y que esencialmente se venden en comercios de naturaleza también diferente, como en el caso, por ejemplo, de cepillos para muebles, pisos y tapicería y de cepillos dentales.

Amparo en revisión 21/76. Johnson & Johnson. 16 de marzo de 1976. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 707/76. Dresser Industries, Inc. 1o. de marzo de 1977. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 131/77. American Cyanamid Company. 12 de abril de 1977. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 291/77. Laboratorios Infan, S. A. 21 de junio de 1977. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 347/77. Central Exportadora Nacional, S. A. 9 de agosto de 1977. Unanimidad de votos.

Séptima Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo III, Parte TCC

Tesis: 697

Página: 513

**MARCAS, DISTINCION DE LAS. DEBE SER SUFICIENTE PARA PODER DIFERENCIAR LOS PRODUCTOS O SERVICIOS A QUE SE APLIQUEN Y NO DEBEN REGISTRARSE SI SON CONFUNDIBLES CON OTRAS REGISTRADAS CON ANTELACION. PECULIARIDADES DE LAS ESTABLECIDAS EN LOS ARTICULOS 90 Y 91, FRACCION XVIII, DE LA LEY DE INVENCIONES Y MARCAS.** Tratándose de cuestiones relativas a confusión de marcas, debe sostenerse que es el público consumidor quien fundamentalmente merece protección para evitar la desorientación y el error respecto a la naturaleza y origen de los distintos productos que concurren en el mercado, y obviamente, al mismo tiempo, garantizar la integridad y buena fama del signo distintivo adoptado por el comerciante, asegurando la fácil identificación de las mercaderías; en otras palabras, la marca ha de ser peculiar para poder distinguirse claramente entre las demás marcas que fluyen en el comercio o están registradas, y la protección de la ley ha de ser plena para que su poder de atracción y su capacidad distintiva no sufran mengua; esto justifica la existencia de la exigencia de que las marcas sean suficientemente distintivas entre sí, de suerte que el público consumidor no sólo no confunda una con otra, sino que ni siquiera exista la posibilidad de

que las confunda. Estas peculiaridades las implica la ley de la materia, cuando establece en sus artículos 90 y 91, fracción XVIII, que la denominación que constituye la marca debe ser suficientemente distintiva para poder distinguir o identificar los productos o servicios a que se aplique o trata de aplicarse, frente a los de su misma especie y clase, y que una marca no debe registrarse si es confundible con otra registrada con antelación.

Amparo en revisión 146/81. Laboratorios Miles de México, S. A. 7 de septiembre de 1981. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 746/81. Intercontinental Hotels Corporation. 7 de septiembre de 1981. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 1829/81. Hardy Spicer Limited. 15 de marzo de 1982. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 60/82. Barco of California. 15 de marzo de 1982. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 1459/79. Kern Foods, Inc. 3 de mayo de 1982. Unanimidad de votos.

#### Séptima Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo III, Parte TCC

Tesis: 698

Página: 514

**MARCAS, EXAMEN DE LAS.** Cuando se trata de determinar si dos marcas son semejantes en grado de confusión conforme a la fracción XIV del artículo 105 de la Ley de la Propiedad Industrial, debe atenderse no sólo a un análisis minucioso de sus elementos gráficos, fonéticos e ideológicos (es decir, a las ideas que sugieren), examinando las marcas parte por parte, sino que también debe atenderse a su conjunto, es decir, al efecto que produzcan tomadas globalmente. Y, de manera importante, es de atenderse a la primera impresión; al efecto que puedan producir en el público consumidor al primer golpe de vista, o al ser oídas cuando son pronunciadas rápidamente, pues no es de suponerse que dicho público consumidor haga siempre un análisis minucioso y detallado de las marcas de los productos que adquiere.

Amparo en revisión 983/70. Enrique Ortiz Colina. 10 de mayo de 1971. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 527/74. Henkel & Cie. GMBH. 29 de octubre de 1974. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 899/70. Fichtel & Sacns A. G. 18 de febrero de 1974. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 110/76. Jacobo Tarrab Sidauy. 4 de mayo de 1976. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 694/76. Avon Products, Inc. 1o. de marzo de 1977.  
Unanimidad de votos.

Novena Epoca

*Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.*

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Junio de 1996

Tesis: I.4o.A.108 A

Página: 870

**MARCAS. SU SIMILITUD DEBE ATENDER AL PRODUCTO ACABADO Y NO A SU COMPOSICION.** Si la parte actora alega, entre otras cosas, que la similitud de marcas consiste en la composición de productos amparados bajo una misma clasificación, conforme a lo dispuesto por los artículos 90 y 151 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial (ahora denominada Ley de la Propiedad Industrial), la nulidad solicitada no procede, toda vez que la clasificación marcaría para efectos de un registro atiende al producto en su forma acabada y no en relación a cada uno de los ingredientes que lo forman, pues de no ser así, se llegaría al desorden generalizado en materia marcaría, ya que existirían productos contemplados en dos o más clasificaciones.

Amparo en revisión 2674/95. Rompopo Santa Clara, S.A. de C.V. 10 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime C. Ramos Carreón.  
Secretario: Luis Enrique Ramos Bustillos.

Novena Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Agosto de 2001

Tesis: 1a. LXXIX/2001

Página: 182

**PROPIEDAD INDUSTRIAL. EL ARTÍCULO 213, FRACCIONES IV, XVIII Y XIX, DE LA LEY RELATIVA QUE PREVÉ INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN RELACIÓN CON EL USO DE UNA MARCA PARECIDA EN GRADO DE CONFUSIÓN A LA REGISTRADA, O DE UNA MARCA REGISTRADA, SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR O SIN LA LICENCIA RESPECTIVA, Y CON EL OFRECIMIENTO DE VENDER O PONER EN CIRCULACIÓN PRODUCTOS IGUALES O SIMILARES A LOS QUE SE APLICA UNA MARCA REGISTRADA, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** Si bien es cierto que el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la prohibición de toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario que tenga por objeto el alza de precios; de todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, comerciantes o empresarios de servicios

que tengan como finalidad el evitar la libre competencia, la competencia entre sí, o bien, la constitución de una ventaja comercial o mercantil a favor de una o varias personas determinadas en detrimento del público en general o de alguna clase social, también lo es que al preverse en las fracciones IV, XVIII y XIX del artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial como infracciones administrativas, el uso de una marca parecida en grado de confusión a otra registrada, para amparar los mismos o similares productos o servicios que los protegidos por la registrada; la utilización de una marca registrada sin el consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva en productos o servicios iguales o similares a los que la marca se aplique; y el ofrecimiento en venta o puesta en circulación de productos iguales o similares a los que se aplica una marca registrada, a sabiendas de que ésta se usó en los mismos sin consentimiento de su titular, no transgrede el referido precepto constitucional, pues al señalarse en el indicado artículo 213 infracciones administrativas por el uso indebido de marcas, no se limita en modo alguno la libre competencia ni se fomenta el monopolio del producto que ampara una marca, sino que únicamente se prohíbe el uso de ésta, es decir, la protección marcaria se limita a proteger su uso y no la comercialización del servicio o producto.

Amparo en revisión 2183/99. Mauricio Ramón Cantú Barajas. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

De las tesis jurisprudenciales transcritas se colige que los criterios más relevantes para determinar si alguna marca causa engaño o confusión, son los siguientes:

- a) El contraste de las marcas atendiendo a su aspecto visual, gramatical, fonético o ideológico.
- b) En función a los productos o servicios que distinguen.
- c) En atención a la coincidencia de vocablos en su conjunto.
- d) En función del público al que se dirigen los productos y servicios y los lugares en que se expenden y proporcionan.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La Publicidad es un conjunto de técnicas de índole sugestiva, informativa y educativa, que se vale de diversos medios para crear, mantener o aumentar la clientela correspondiente a un producto o servicio.

**SEGUNDA.-** Los requisitos generales que debe cumplir toda publicidad de productos y servicios son: a) *veracidad*.- significa que los datos que contenga deben ser verdaderos y fidedignos, es decir que correspondan con las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados, b) *comprobable*.- que las características de los productos y servicios anunciados deben ser susceptibles de verificación o confirmación y, c) *precisión*.- implica que debe estar exenta de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por su inexactitud.

**TERCERA.-** En la actualidad la publicidad utiliza una diversidad de medios para obtener mayores ventas del producto de que se trate; dichos medios pueden ser materiales como el producto en sí y sus características, intelectuales como la marca y el *eslogan* o psicológicos como el impacto causado en el público consumidor; estos factores algunas veces son utilizados para realizar la publicidad engañosa; por lo que, al ser medios tan diversos, es difícil regular este tipo de publicidad previendo todas las hipótesis .

**CUARTA.-** La marca del producto o servicio es el factor más importante al realizar su publicidad, por lo que no debe considerarse sólo como una parte del anuncio publicitario sino como su verdadera raíz, puesto que a partir de ella se realizará el *eslogan* publicitario y las frases que se incluirán en el anuncio, aunado a que la marca será el nexo de identificación entre el producto o servicio y el consumidor.

**QUINTA.**- La publicidad engañosa se puede definir como aquella que de cualquier forma, engaña, induce o puede inducir al error o confusión a los consumidores que se dirige, y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o producir un daño en su patrimonio.

**SEXTA.**- La definición de publicidad engañosa comprende tres ideas principales: engaño, error y confusión, se entiende por engaño el hecho de que una persona haga creer a otra algo que no es cierto por medio de palabras o hechos aparentes, fingidos o falsos a fin de obtener un beneficio; error es la falsa interpretación y aplicación que una persona hace de una cosa o idea y, confusión es mezclar elementos, palabras o imágenes ciertas de modo que se entienda una cosa o idea diferente a la real.

**SÉPTIMA.**- Ante la diversidad de formas o medios utilizados para realizar la publicidad engañosa, la doctrina propone una clasificación general, compuesta básicamente de cuatro rubros: 1) mensajes literalmente falsos, son aquellos que indican afirmaciones que en la realidad resultan imposibles por ejemplo *nunca, siempre, todo, nada*, entre otras; 2) mensajes literalmente ciertos pero engañosos, son aquellas afirmaciones ciertas pero que transmiten un mensaje o representación falaz; 3) elogios subjetivos que hace el anunciante, a su vez se dividen en subjetivos y objetivos, los primeros son exageraciones de las cualidades del producto y no están prohibidos, mientras que los segundos son aquellos en los que el anunciante indica que su producto tiene una cualidad superior a todos los demás y, por último, 4) el uso de las marcas, mediante la similitud con otras ya registradas o la denominación de un producto con un adjetivo o sustantivo que no le corresponde.

**OCTAVA.**- La marca es definida, por el autor Nava Negrete como *"todo signo o medio material que permite a cualquier persona física o jurídica distinguir los productos que elabora o expende, así como aquellas actividades consistentes en servicios de otros iguales o similares cuya finalidad inmediata es la de atraer la*

*clientela y después conservarla y aumentarla"* . De dicha definición, cabe resaltar que la *distinción* es la característica esencial de la *marca* mas no su finalidad consistente en *atraer la clientela y después conservarla y aumentarla*, lo que da origen al indivisible trinomio *producto-marca-publicidad*.

**NOVENA.**- El uso de las marcas en la realización de la publicidad engañosa se materializa de diversas formas, por ejemplo designando a un producto con un nombre similar al de otro ya colocado en el mercado, denominar a un producto con un adjetivo o sustantivo que denote una característica que no le es propia o bien comparando el producto con uno de la competencia utilizando la marca sin autorización entre otras.

**DÉCIMA.**- En nuestro país el uso de las marcas en la publicidad como medio para engañar a los consumidores se ha convertido en una práctica común, lo que vemos reflejado en la imitación de marcas registradas y en la publicidad comparativa cuyo fin es desprestigiar a uno o varios competidores, violentando los derechos marcarios y de los consumidores, y dando lugar a la competencia desleal.

**DÉCIMA PRIMERA.**- En México las normas aplicables a la regulación y sanción de la publicidad engañosa se encuentran en diversos ordenamientos, en primer término el fundamento Constitucional de su regulación lo encontramos en la protección de la libre competencia y los derechos de los consumidores plasmada en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, después encontramos las normas establecidas en diversas leyes secundarias y sus reglamentos, como son: la Ley de Propiedad Industrial, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley de Radio y Televisión y su reglamento, Ley Federal sobre Metrología y Normalización, Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Publicidad y Ley Federal sobre Competencia Económica. Lo anterior, refleja que la regulación de la publicidad en nuestro país tiene un gran retraso puesto que son seis leyes

secundarias y dos reglamentos donde encontramos las normas aplicables, siendo que la reunión de las normas relativas a una materia en un solo cuerpo legal logra un mayor conocimiento y cumplimiento de ellas, por parte de la ciudadanía.

**DÉCIMA SEGUNDA.**- Del cúmulo de normas que regulan la publicidad engañosa destaca la Ley Federal de Protección al Consumidor en la que encontramos las características que debe tener la publicidad en general (veracidad, comprobación y precisión), la prohibición expresa de la publicidad engañosa y las sanciones aplicables a quien la lleve a cabo; teniendo este ordenamiento como finalidad la protección de los derechos de los consumidores y de los competidores.

**DÉCIMA TERCERA.**- La publicidad engañosa dentro del derecho de la propiedad industrial (rama del derecho intelectual) se encuentra regulada de forma indirecta en la Ley de Propiedad Industrial a través de las normas que regulan el registro de las marcas y la competencia desleal, previendo los procedimientos y sanciones administrativas correspondientes y el delito en que se incurre por reincidir en el uso de una marca como medio de publicidad engañosa, si este acto fue considerado como infracción administrativa por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

**DÉCIMA CUARTA.**- La regulación del uso de la marca como medio para realizar publicidad engañosa se encuentra previsto en el artículo 90 de la Ley de Propiedad Industrial en el que prohíbe el registro de una marca que engañe, induzca a error o sea semejante en grado de confusión a otra. Así mismo el artículo 213 del ordenamiento en cuestión señala que este uso indebido de la marca constituirá una infracción administrativa cuya sanción podría ser multa, clausura temporal o definitiva, o arresto administrativo hasta por 36 horas, sanciones que son aplicadas discrecionalmente por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial una vez realizado el procedimiento administrativo correspondiente.

**DÉCIMA QUINTA.**- Del estudio comparativo podemos concluir, en primer término, que en la Unión Europea las disposiciones relativas a la publicidad engañosa se encuentran sólo en dos ordenamientos, que son **Directiva del Consejo Europeo 84/450/CEE del 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"*, la cual fue adicionada por la **Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997**, *"por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa"*. Lo anterior refleja un adelanto legislativo, al englobar en tan sólo dos directivas todas las normas referentes a la materia, evitando así la dispersión legal y facilitando a la ciudadanía el conocimiento del derecho aplicable al tema.

**DÉCIMA SEXTA.**- De las Directivas mencionadas, se desprende el sistema de control para la publicidad engañosa en la Unión Europea, el cual se materializa en dos acciones: la de cesación y la de rectificación publicitaria, ésta última se lleva a cabo mediante la publicidad correctora o la publicación de la sentencia.

**DÉCIMA SÉPTIMA.**- Ahora bien, del análisis realizado al sistema legal español se colige que las normas aplicables en materia de publicidad engañosa se encuentran en tres ordenamientos: la Ley General de Publicidad 34/1998, la Ley de Competencia Desleal y la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios, esta agrupación normativa es un reflejo del sistema legal de la Unión Europea pues España es miembro de ésta y uno de sus principales objetivos es la unificación legal.

## BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ESTEVEZ, JOSÉ B. *La protección de los consumidores en la comunidad europea*, PPU, España, 1990.

BAYLOS CORROZA, HERMENEGILDO *Tratado de derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1978.

BECERRA RAMIREZ, MANUEL *Derecho de la propiedad intelectual*, Porrúa, México, 2000.

BEL MALLÉN, IGNACIO Y LORETO CORREIDORA Y ALGONSO (coords.) *Derecho de la información*, Ariel, España, 2003.

BERNAL SAHAGUN, VICTOR M. *Anatomía de la publicidad en México*, Nuestro Tiempo S.A. México, 1971.

BLOCK DE BEHAR, LISA *El lenguaje de la publicidad* 4ed, Ed. Siglo XXI, 1992.

CABANELLAS, GUILLERMO *Diccionario de Derecho Usual*, t. VI. Heliasta, Argentina, 1981.

CAMPOS PONCE, XAVIER *Efectos Económicos de la publicidad*, Editor: Xavier Campos Ponce, México, 1951.

CASADO CERVIÑO, ALBERTO, *El sistema comunitario de marcas: normas, jurisprudencia y práctica*, Lex Nova, España, 2000.

CORRIENTES CORDOBA, JOSÉ ANTONIO *La protección de los consumidores en la Europa Comunitaria: de los tratados fundacionales de la unión Europea*", 2ed. Iberdrola, España, 1994.

DURANDIN, GUY *La mentira en la propaganda política y en la publicidad*, Paidós, Barcelona, 1983.

FERRER, EULALIO *La Publicidad, Textos y conceptos*, 4ª ed., Trillas, México 1990.

FERRER, ROSELLO, CLEMENTE *El consumidor frente a la publicidad*, Index, España, 1980.

GIAMBROCONO, ALFONSO *Practica tecnico-legale della proprietá industriale*, Etas Libri, Italia, 1974.

JAECKEL K. JORGE, *La publicidad comparativa frente a la competencia desleal*. Tesis de grado para obtener al título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 1992.

JALIFE DAHER, MAURICIO, *Crónica de propiedad intelectual*, SISTA, México, 2000.

JALIFE DAHER, MAURICIO, *Marcas, aspectos legales de las marcas en México*, 6 ed. SISTA, México, 2003.

LEMA DEBESA, CARLOS, *Entorno a la publicidad engañosa*, ADI, 4 ed, Argentina, 1977.

LORENZANO, LUIS *La publicidad en México*, Ed. Quinto Sol, México, 1985.

MADRENAS IBOADAS, CARMEN *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, España, 1990.

MARTIN GONZALEZ, J.J. *Teoría General de la Publicidad*, Fondo de cultura económica, México, 1997.

MORENO Y BRAVO, EMILIO *El delito de publicidad falsa*, Bosh, España, 2001.

MATLU, J.F. , CEPAS, R. y PEDERNAL, M.J. *La protección de los consumidores y el medio ambiente en la CEE*, Madrid, Editorial Trivium, 1986.

NAVA NEGRETE, JORGE *Derecho de las marcas*, Porrúa, México, 1985.

OTAMENDI, JORGE *Derecho de marcas*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1989.

OVALLE FAVELA, JOSÉ *Comentarios a la Ley Federal de Protección al consumidor*, Serie Jurídica, Mc Graw Hill, México, 1994.

OVALLE FAVELA, JOSÉ *Derechos del Consumidor*, serie Nuestros Derechos, UNAM- Cámara de Diputados LVIII Legislatura, México, 2000.

RANGEL MEDINA, DAVID *Derecho intelectual*, Mc Graw Hill, México, 1998.

RANGEL MEDINA, DAVID *Tratado de derecho Marcario*, Libros de México, México, 1960.

SAINT-GAL, YVES *Protection et valorisation des marques de frabique de commerce ou de service*, L.Delmas et Cie, Francia, 1978.

SANTAELLA, MANUEL *introducción al derecho de la publicidad*, Civitas, España, 1982.

SERRANO MIGALLÓN, FERNANDO *La propiedad industrial en el derecho mexicano*, 3 ed. Porrúa, México, 2000.

SONÍ CASSANÍ, MARIANO y SONÍ FERNÁNDEZ MARIANO comp. *Marco jurídico mexicano de la propiedad industrial*, 2 ed. Porrúa, 2001.

VIÑAMATA PASCHKLES, CARLOS *La propiedad intelectual*, Trillas, México, 1998.

## HEMEROGRAFÍA

AGUILAR ZINSER, ADOLFO *Medios masivos de comunicación: ¿función ideológica o función económica?*, Revista de Estudios del Tercer Mundo, México, volumen 3, número 3, septiembre 1980.

Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

ARACAMA ZARRAQUIN, ERNESTO *Contra la publicidad comparativa*, Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, número 20, 1990-1991.

Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CAMPA CIFRIÁN, ROBERTO *Procuraduría Federal del Consumidor*, Revista de Administración Pública, México, número 97, 1998.

Centro de Documentación de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor.

ESTENIOU MADRID, JAVIER *Medios de comunicación y acumulación de capital?*, Revista de Estudios del Tercer Mundo, México, volumen 3, número 3, septiembre 1980.

Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO *Derecho comunitario y derecho de consumo*, Revista de Derecho Mercantil, España, num.192, abril-junio 1989.

Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO *"La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE"*, Revista de Derecho Mercantil, España, núm 195, enero- marzo, 1990.

Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

MUNNÉ, FEDERICO *Información social y persuasión social, en la publicidad de masas*, Revista del Instituto de Ciencias Sociales. España, número 10, 1967.

Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

RANGEL MEDINA, DAVID *Protección legal de los signos distintivos de la empresa*, Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, número 20, 1990-1991.

Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

RANGEL ORTIZ. HORACIO *La piratería de marcas y su represión*, Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, número 20, 1990-1991.

Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

VILLAR FUENTES, ISABEL MARÍA *Algunas reflexiones sobre la legitimación para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios*, Revista Jurídica 2001, Revista de derecho procesal, España, 2001.

Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

WITKER, JORGE Y VARELA, ANGÉLICA *Derecho De la competencia económica en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, serie doctrina jurídica, número 157, 2003.

Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

---, *Explotan la preocupación por la obesidad*, Revista del Consumidor, México, número 286, diciembre 2000.

Centro de Documentación de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor.

---, *Cuando la chispa se agota*, Análisis de la Publicidad, Revista del Consumidor, México, número 294, agosto 2001.

Centro de Documentación de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor.

---, *Cuando bajar de peso no es suficiente*, Análisis de la Publicidad, Revista del Consumidor, México, número 295, septiembre 2001.

Centro de Documentación de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor.

---, *De todo como en botica*, Análisis de la Publicidad, Revista del Consumidor, México, número 296, octubre 2001.

Centro de Documentación de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor.

---, *¿Hormonas trabajando?*, Análisis de la Publicidad, Revista del Consumidor, número 298, México, diciembre 2001.

Centro de Documentación de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor.