
La presentación engañosa del mensaje publicitario en el ámbito pseudosanitario: análisis de un caso concreto

Julio Álvarez Rubio

Prof. Derecho Mercantil. Facultad de Derecho. Universidad de Cantabria.

Las comunicaciones comerciales han de sujetarse necesariamente a ciertos principios, a fin de salvaguardar los derechos de consumidores y usuarios. Tales principios se hallan recogidos en diferentes normas y, en el ámbito sanitario, la dispersión es mayor aún, al tener que garantizarse no sólo el tradicional respeto a los derechos económicos de los potenciales afectados sino, fundamentalmente, el derecho a la salud y seguridad de los mismos. Si bien tal objetivo se halla por lo general asegurado en las diferentes normas específicas que regulan la publicidad de medicamentos dirigidos al público en general, lo cierto es que, como se comprobará en el presente trabajo, existen ciertas lagunas en anuncios de productos que, sin ser técnicamente calificados como medicamentos, sí realizan alegacio-

nes terapéuticas sin estar sujetos a las cautelas propias de la publicidad sanitaria.

Centrándonos por tanto en la publicidad “común”, las normas transversales al respecto (Ley General de Publicidad y, especialmente tras la última reforma, Ley de Competencia Desleal), señalan como principios informadores de las comunicaciones comerciales, el respeto a la dignidad y a los valores y derechos reconocidos en la Constitución, la veracidad, entendida ésta como la necesidad de que el mensaje se corresponda con la realidad, con aquello que luego se encontrará el destinatario de la comunicación y la lealtad, que pudiera interpretarse bien en sentido estricto, al identificarla con la corrección y los buenos usos mercantiles, bien en sentido amplio, como la mera adecuación a la buena fe contemplada de

forma objetiva⁽¹⁾, lo que sin duda redundaría en una más amplia protección al consumidor al aumentar el espectro de posibles prácticas ilícitas por desleales.

En función del incumplimiento de unos u otros de estos diferentes principios, nos encontraremos con distintos tipos de publicidad ilícita. Así, podríamos hablar de la publicidad incivil, atentatoria, agresiva u ofensiva, por contraria al principio de dignidad o determinados valores cuya protección tiene rango constitucional.

En segundo lugar, nos topáramos con la publicidad desleal, que comprende en sí misma tres posibles subtipos: la confusionista, que pretende, como su propio nombre indica, confundir al consumidor en relación con la procedencia u origen del producto que se anuncia, la denigratoria, que intenta desprestigiar o denigrar al competidor, sus signos distintivos o servicios, y la comparativa, que no es desleal siempre, ya que el régimen general permite realizar comparaciones entre bienes siempre que las mismas se hagan de forma objetiva,

en relación con elementos pertinentes, verificables, esenciales, etc.⁽²⁾.

Por último⁽³⁾, y por contraria al principio de veracidad, hablaríamos de la publicidad engañosa, que es la “patología” más típica y la que de forma más grave lesiona los intereses económicos del consumidor. Puede serlo por acción, porque la comunicación transmite un mensaje directamente falso, que no coincide con la realidad, pero también por omisión, al ocultar un dato que es esen-

⁽²⁾ No obstante, y refiriéndonos ya al concreto ámbito de la publicidad sanitaria, la publicidad comparativa se encuentra total y absolutamente prohibida, por muy “correctamente” que fuese realizada, al estimarse que el beneficio que eventualmente pudiese originar al consumidor en forma de “aumento” de información no compensa el riesgo que generaría un posible dolo u error en el desarrollo de tan agresiva estrategia.

⁽³⁾ Al margen del incumplimiento de esos tres grandes principios apuntados, existen además infinidad de publicidades ilícitas por contrarias a normas administrativas específicas: así, la publicidad de tabaco y alcohol en determinados medios o por encima de ciertas graduaciones, la publicidad de determinados productos sanitarios, la publicidad insalubre, seudosanadora o seudocientífica, que utiliza determinados estudios de forma sesgada o torticera para intentar avalar la supuesta excelencia de un producto desde un punto de vista “objetivo”, etc. Asimismo, nos encontraremos también con prácticas publicitarias que, independientemente del fondo del mensaje, utilizan la forma del mismo para disfrazar su carácter publicitario: la publicidad encubierta, la publicidad subliminal, la publicidad “editorial” o incluso la publicidad indirecta, en la que la pretendida publicidad de un producto persigue que el destinatario asocie el mensaje con otro bien distinto del anunciado, en un probable intento de eludir alguna prohibición de las ya referidas.

⁽¹⁾ Art. 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

cial para que el cliente pueda, de manera verdaderamente informada, formar su consentimiento. Publicidad engañosa puede existir, incluso, por razón de la presentación del mensaje, lo que supone una especie de *tertium genus*, una forma mixta de publicidad engañosa. Tal práctica constituye, hoy por hoy, la principal lacra que afecta a los consumidores y usuarios, dada la frecuencia con que éstos son bombardeados con mensajes que, leídos en su totalidad y con detalle sí se corresponden con la realidad, pero en los que un primer vistazo produce en el destinatario una impresión muy diferente de la oferta final, dada la maquetación interesada de los diferentes elementos que integran el mensaje. Son comunicaciones en las que abundan grandes y destacados caracteres que anuncian todo tipo de ventajas que luego son matizadas, o incluso absolutamente corregidas, en una tipografía mucho más reducida en tamaño y disimulada en apariencia. A este problema se enfrentó, con particular acierto en nuestra opinión, la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales, lo que demuestra la consciencia de la Unión Europea acerca de la singular incidencia que esta práctica está teniendo en los últimos tiempos.

Es esta última práctica la que merece nuestra atención en este trabajo pues, si la misma es especialmente dañina cuando lo que está en juego son los intereses económicos de los eventuales destinatarios del mensaje publicitario, no cabe duda de que el problema se agrava sensiblemente cuando el bien jurídico a proteger es la salud o seguridad de los potenciales adquirentes del producto publicitado.

Si el producto objeto de comunicación comercial fuese considerado medicamento y cumpliera con las exigencias legales de cara a permitirse su publicidad al público en general (cuando los medicamentos objeto de las mismas no necesiten receta, estén indicados para el alivio, prevención y tratamiento de síntomas y síndromes de carácter leve, se encuentren excluidos de la financiación con cargo a fondos públicos y del régimen de precios autorizados y, por supuesto, no contengan sustancias psicotrópicas o estupefacientes) el posible efecto de una táctica de *marketing* como la referida se vería minimizado por las severas restricciones a que tales anuncios se encuentran sometidos. Así, los principios generales que han de cumplir las antiguamente

denominadas “especialidades farmacéuticas publicitarias” vienen determinados en la Orden Ministerial de 10 de diciembre de 1985, estableciéndose además un previo control administrativo que valorará si tales comunicaciones cumplen o no con los requisitos normativamente exigidos, que son, a los efectos que nos ocupa, los siguientes:

– Identificación: el cumplimiento de este principio ha de garantizar que, en todo caso, el destinatario del mensaje publicitario conozca el carácter promocional del mismo, que lo pueda identificar como mensaje promocional. Además, tal constancia ha de venir completada por los datos del laboratorio responsable de la comercialización, por la indicación expresa acerca del carácter de medicamento del producto que está siendo objeto de promoción e, incluso, por la indicación terapéutica del mismo.

– Veracidad: la adecuación del tradicional principio de veracidad al ámbito sanitario supone la necesidad de que el mensaje publicitario se corresponda con la ficha técnica del medicamento, evitando que se exageren las propiedades del producto trasladando tasas de curación insólitas y, en consecuencia, restringién-

dose enormemente las posibilidades que suele ofrecer en la práctica publicitaria el *dolus bonus*. Asimismo, se evitará a toda costa la banalización del fármaco que se está promocionando, obviando los efectos secundarios del mismo o asimilándolo a un alimento o cosmético. Se ha de procurar, de esta forma, un uso racional e informado del mismo.

Y si el control administrativo previo fallase en la “depuración” de posibles mensajes engañosos, al menos la naturaleza médica del producto promocionado exigiría el cumplimiento del tercero de los principios, el del “correcto uso”, cuya aplicación exige el empleo en todas las comunicaciones comerciales de textos claramente legibles y comprensibles así como la obligación de incluir una serie de informaciones específicas entre las que destaca la conocida leyenda de “lea las instrucciones de este medicamento y consulte al farmacéutico”, que responderá además a una maquetación predeterminada en función del medio en que se difunda el mensaje publicitario.

En definitiva, e independientemente del también importante principio de lealtad, la garantía del cumplimiento de los principios reseñados

por el órgano administrativo competente aseguraría por parte del posible usuario un nivel de atención alto, que impediría una eventual “relajación” y reduciría en gran parte los riesgos originados por una estrategia de presentación engañosa del mensaje publicitario.

El problema surge cuando el producto en cuestión no es un medicamento, no ha de cumplir por tanto con las exigencias aludidas y, sin embargo, realiza alegaciones de tinte claramente terapéutico con los consiguientes riesgos para la salud del destinatario.

El supuesto de hecho al que nos referiremos es un anuncio que ha sido objeto de difusión reciente, tanto en medios audiovisuales como en prensa e incluso en vallas publicitarias y que pretende la promoción de un alimento que contiene estanoles vegetales, lo cual le hace idóneo para aquellas personas que quieran reducir el colesterol.

Aun cuando no sea estrictamente publicidad sanitaria, bien pudiera incluirse entre aquellas comunicaciones comerciales que tengan por objeto la promoción de productos con pretendida finalidad sanitaria, lo cual la situaría bajo el ámbito de aplicación del Real Decreto 1907/1996, de 2 de

agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria. Tal norma trata de ordenar la publicidad y promoción comercial de los productos, materiales, sustancias, energías o métodos que se anuncian o presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, adelgazamiento, modificación del estado físico o psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas u otras pretendidas finalidades sanitarias, para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma (art. 1). La nómina de productos que están en el ámbito de aplicación de esta norma es ingente; así, y al margen de la prohibición de remedios secretos y fórmulas magistrales, existe una prolija enumeración de productos y sustancias con pretendida finalidad sanitaria cuya promoción se encuentra expresamente prohibida (art. 4 del Real Decreto 1907/2006); en ella se incluyen desde los que se destinen a la prevención, tratamiento o curación de enfermedades transmisibles, cáncer y otras enfermedades tumorales, insomnio, dia-

betes y otras enfermedades del metabolismo, hasta los que sugieran propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad, pasando por los que proporcionen seguridades de alivio o curación cierta o los que atribuyan a los productos alimenticios, destinados a regímenes dietéticos o especiales, propiedades preventivas, curativas u otras distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial. Sería precisamente este último presupuesto el aplicable, en su caso, a la publicidad que ahora nos ocupa. Sin embargo, y como ahora vamos a comprobar, no resulta pacífico en absoluto que el anuncio de referencia esté en el ámbito de aplicación de la citada norma.

En efecto, si partimos de la base de que cada uno de los envases del producto promocionado cuenta en su composición con 2 g de estanol vegetal y que tal sustancia, consumida diariamente, coadyuva a la reducción del colesterol total y del colesterol unido a lipoproteínas de baja densidad al inhibir parcialmente su absorción⁽⁴⁾, podríamos afir-

mar que la publicidad, que únicamente refiere, en varias ocasiones, que la ingesta de una dosis diaria del producto resulta óptima para propiciar una reducción eficaz del colesterol, no atribuye en ningún caso propiedades distintas de las “reconocidas” y, por tanto, no se puede predicar el carácter de “pretendida” a la finalidad sanitaria que se evidencia en la comunicación comercial estudiada y que, a la postre, justificaría la aplicación del Real Decreto ahora mencionado.

Por tanto, habría que concluir que no le resultan aplicables al anuncio las normas propias de la publicidad de medicamentos ni aquellas que restringen de forma severa la publicidad de “productos milagro”. Sin embargo, también resulta obvio que la comunicación comercial refiere propiedades terapéuticas que sitúan al producto dentro de la órbita conceptual de los alimentos funcionales, con todo lo que ello implica a efectos de etiquetado y, también, de respeto de ciertos principios en las comunicaciones comerciales⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Disponible en: <http://salud.abc.es/nutricion/febrero07/benecol.htm> (página web consultada el 4 de julio de 2010).

⁽⁵⁾ Reglamento (CE) n.º 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos.

En síntesis, las normas comunitarias tratan de impedir que la información proporcionada en las campañas publicitarias de tales alimentos⁽⁶⁾ provoque dudas sobre la seguridad o la adecuación nutricional de otros alimentos competidores (lo que supondría un claro supuesto de publicidad comparativa rayana en la denigratoria), que aliente o incite al consumo excesivo de un alimento, que fomente el consumo de un producto afirmando, sugiriendo o dando a entender que una alimentación equilibrada no proporciona todos los nutrientes necesarios, que se refiera a cambios en las funciones corporales que pudieran crear alarma en el consumidor o, de forma más genérica pero no menos importante, que incluya mensajes falsos, ambiguos o engañosos.

Pues bien, de todos los principios referidos, el anuncio que ahora se analiza únicamente podría ser abordado de la mano de la interpretación estricta del término engañoso, ya que, como se comprobará, ni los mensajes comerciales pueden reputarse directamente como “falsos” y

ni siquiera la utilización del término “natural” en el envase o la atribución de una supuesta exclusividad en la comercialización resultan reprochables, al corresponderse tales cautelas con el principio de lealtad en su acepción exigible, específicamente, al ámbito de la publicidad de medicamentos.

El problema se plantea en los siguientes términos: si bien las repetidas menciones al efecto favorable que el consumo del producto generaría en forma de reducción del colesterol no sólo es correcta, sino exigible de acuerdo con las normas aplicables a tales categorías de alimentos, de igual forma se habría de haber avisado de los eventuales riesgos que semejante ingesta puede acarrear, especialmente si ésta se produce, ya no de forma excesiva, sino simplemente por encima de la dosis recomendada por el empresario anunciante, lo que agrava si cabe el problema de la ausencia de aviso en similares o parecidos caracteres. Aquí es donde radica el problema: si bien no se puede hablar de publicidad engañosa por omisión, pues las advertencias, como ahora se explicitará, efectivamente existen, no parece tolerable que las mismas guarden, en

⁽⁶⁾ Complementada por la Directiva 2000/13/CE, relativa al etiquetado, que prohíbe la información que puede inducir a error al consumidor.

tamaño, forma y ubicación, una desproporción tan desmesurada respecto de las alegaciones efectuadas “en positivo”, especialmente cuando la no lectura de las primeras puede originar riesgos ciertos para la salud del consumidor.

Se trata, por tanto, en nuestra opinión, de un claro caso de publicidad engañosa por razón de la presentación del mensaje, al utilizarse, de forma claramente interesada, una evidente diferencia tanto en el tamaño de unas y otras leyendas como en la situación de las mismas. Así, mientras las frases que cantan las excelencias del producto como “reductor” del colesterol, resaltando además que la dosis óptima diaria coincide con el contenido del envase, se encuentran en la parte superior del mensaje impreso, en tamaño grande y en colores llamativos, las advertencias que corrigen o matizan en buena medida las bondades del alimento se encuentran en letra casi microscópica, de color negro y a pie de página.

Nótese además que el contenido de las referidas advertencias no es en ningún caso baladí para el consumidor potencialmente interesado, pues sólo tras otras indicacio-

nes de muy diferente índole⁽⁷⁾ (lo cual confunde aún más al interesado en cuanto al alcance o importancia de lo reseñado en tan discreto lugar) se le informa de que el producto en cuestión, además de encontrarse indicado “exclusivamente” para personas que quieren reducir su colesterol, “puede no ser nutricionalmente adecuado para embarazadas, o mujeres durante la lactancia, o menores de cinco años. Si usted toma medicamentos para reducir los niveles de colesterol consulte con su médico. Se recomienda mantener una dieta saludable con frutas y verduras. Un consumo superior a tres gramos al día de estanoles vegetales debe evitarse”.

Es más, así como las indicaciones primeras recogidas en la nota al pie,

(7) La primera nota al pie señala que el tamaño de la botella que aparece en el anuncio no se encuentra a escala real; la segunda, que el producto se comercializa en España en exclusiva por el empresario anunciante; la tercera, aclara la frase del cuerpo principal del mensaje publicitario, que señala que el estanol vegetal es el más testado científicamente en alimentación, circunscribiendo tal aseveración al ámbito de los ingredientes fitosteroles empleados para reducir el colesterol, y la cuarta, por último, apoya en un par de artículos la afirmación, también presente en la parte principal del anuncio, de que “estudios científicos demuestran que dos gramos es la dosis óptima diaria de ingrediente activo (del producto promocionado) para una reducción eficaz del colesterol”.

de mucho menor calado e importancia para el consumidor que las recién comentadas, se encuentran todas y cada una de ellas convenientemente referenciadas y enlazadas con las partes del mensaje principal que pretenden aclarar o complementar, no sucede así con éstas, que aparecen como “por generación espontánea” a final de párrafo, cuando lo lógico, a la luz de su tenor literal, hubiera sido que estuviesen relacionadas con aquellas afirmaciones que pretenden matizar: verbigracia, si en el mensaje principal se indica, como así sucede, que un envase es la “ración diaria recomendada” y, en paralelo, se anuncia de nuevo que 2 g (de estanol vegetal) es la dosis óptima diaria de ingrediente activo para una reducción eficaz del colesterol, parece lógico que, de inmediato, se hubieran relacionado semejantes aseveraciones, bien mediante el correspondiente número o asterisco, con la muy importante advertencia de que “un consumo superior a tres gramos al día de estanoles vegetales debe evitarse”, pues, de desconocerse tal indicación, la simple duplicación de la supuesta dosis “óptima” podría conllevar efectos perjudiciales para la salud del consumidor.

Sin duda, este tipo de presentaciones, cuando menos “desequilibradas”, de los distintos componentes informativos del mensaje, pueden generar, en abundantes ocasiones, el engaño de los adquirentes, que podrían incurrir en consumos excesivos de forma absolutamente ignorante y descuidada. Si esta “patología” ha sido afortunadamente combatida de la mano de normas recientes⁽⁸⁾ que persiguen fundamentalmente la protección de los intereses económicos de los eventualmente perjudicados, con mucho más motivo habrían de perseguirse cuando lo que puede resultar amenazado es la salud de los con-

⁽⁸⁾ El art. 6 de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales con las empresas en sus relaciones con los consumidores (norma recientemente transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico de la mano de la Ley de Competencia Desleal), es un claro ejemplo de cómo poner coto a tales técnicas publicitarias, al definir como acciones engañosas, entre otras, aquellas que “en la forma que sea, incluida su presentación general, induzcan o puedan inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos”. Resulta claro que la referencia a la presentación del mensaje ha de ser entendida en sí misma, es decir, considerando el mensaje como un todo que, convenientemente maquetado o presentado, y aun respondiendo a la realidad en último término, provoque o pueda provocar una impresión errónea en el consumidor, de tal manera que lo que resulta decisivo no es la exactitud o veracidad de la información suministrada sino, por el contrario, la “impresión” que la presentación torticera o farragosa de ésta ocasiona en el futuro cliente.

sumidores en un ámbito, paradójicamente, de “saludabilidad” en la alimentación. Si cabe, el problema adquiere tintes aún más graves al observar el espectro comercial en el que el producto ha de encontrar, en buena lógica, mejor acogida, resultando éste de de las personas de edad avanzada, a las que, por sus propias condiciones físicas, les resultará aún más complicado apreciar las advertencias comentadas, dado el tamaño y ubicación de las mismas. El “consumidor medio” en este supuesto agrava, en nuestra opinión, el deber de diligencia del empresario anunciante, y mucho más cuando, al no ser considerado medicamento, el anuncio del producto no va acompañado de la muy socorrida leyenda que invita a leer las instrucciones y consultar al farmacéutico, lo que bien hubiera podido, en parte, minimizar lo discreto de las advertencias referidas.

Por último, y a pesar de que, en un primer momento, es el propio jurado de autocontrol el que obliga a la empresa anunciante a incluir las advertencias ahora cuestionadas⁽⁹⁾ (al inicio de la emisión de los anun-

cios ni siquiera figuraban en lugar alguno, por discreto que éste fuese, en lo que constituía un claro caso, ahora sí, de publicidad engañosa por omisión), hemos de discrepar en esta ocasión de la habitualmente acertada doctrina del órgano de autorregulación. En efecto, en su resolución de 7 de mayo de 2009, la sección primera del jurado concluyó que la publicidad reclamada (versión audiovisual del anuncio ahora analizado) no vulnera la norma 3.3 (legibilidad del mensaje) del Código de Conducta Publicitaria, en tanto que la sobreimpresión que aparece en pantalla, si bien no está configurada como mensaje principal, se inserta a una velocidad y con un tamaño de letra suficientes para permitir su legibilidad y, por ende, para advertir a los destinatarios de que la ingesta del producto promocionado está sometida a ciertas precauciones. Creemos que tal interpretación no debiera de haberse producido en un caso como el presente, en el que lo que está en juego es la salud del consumidor y no un mero interés económico. De hecho, e independientemente de que al ojo humano le resulta difícil asimilar dos leyendas al tiempo (y mucho más cuando una de ellas

⁽⁹⁾ Resolución de 26 de abril de 2007 de la Sección Primera del jurado.

se encuentra en movimiento y en un tamaño y localización absolutamente secundarios respecto de la imagen principal), entendemos que lo que hace el jurado es, en cierta medida, obviar la norma 3.1 del Código, que señala a las claras que “los anuncios y las expresiones publicitarias deben ser analizadas en su conjunto, sin descomponer sus partes integrantes y atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios”, pues la excepción prevista en el número 2 de la misma norma (“no obstante lo anterior, podrán ser objeto de análisis específico aquellas partes que, por aparecer de forma especialmente destacada, capten principalmente la atención del consumidor”) se prevé únicamente para las partes principales de los anuncios y no, como ha sucedido en la presente resolución, para los elementos secundarios de los mismos. Es obvio que si el consumidor tuviera ocasión de ver dos veces el anuncio fijándose cada vez

en los diferentes mensajes solapados tendría capacidad para asumir también el secundario, pero, lamentablemente, tal hecho no se produce de ordinario, haciéndose precisa, para apreciar con claridad el posible efecto engañoso de la comunicación, una interpretación conjunta, como acertadamente predicaba la norma 3.1, que el jurado, por las razones que fuesen, no entendió conveniente practicar.

En definitiva, si la publicidad engañosa por razón de presentación ha de ser controlada cuando resulta potencialmente dañina en términos económicos, con mucho más motivo cuando puede afectar a la salud o seguridad de los consumidores, siendo conveniente establecer límites precisos que incrementen la seguridad jurídica en relación con cuestiones tales como la ubicación, el tamaño, el color o los enlaces en los que han de realizarse matizaciones como las aludidas en un ámbito “seudosanitario”.

