

# Publicidad comercial: la regulación uruguaya sobre publicidad engañosa y comparativa

Beatriz Bugallo Montaña

## RESUMO

A publicidade comercial é um instrumento de mercado atualmente fundamental para o desenvolvimento da livre concorrência. No direito comparado foi algo regulado há muito tempo, destacando-se seus princípios fundamentais. No Uruguai não existe uma normativa geral sobre a publicidade comercial, mas apenas algumas normas específicas na Lei n. 17.250, de 11 de agosto de 2000, acerca das Relações de Consumo. Tal lei, além de consagrar certos princípios que se estendem à publicidade comercial desde a ótica da proteção do consumidor, regula o conceito de publicidade enganosa e publicidade comparativa nos mesmos termos dos padrões internacionais.

**Palavras-chave:** Publicidade comercial. Publicidade enganosa. Publicidade comparativa.

## Commercial advertising: Uruguayan regulation on misleading and comparative advertising

### ABSTRACT

Commercial advertising is actually an important market tool for the development of free competition. In Comparative Law has been regulated since long ago, emphasizing its fundamental principles. In Uruguay there are no general legal rules but some specific ones, in the Law N ° 17,250 of 11/august/2000, about Consumer Relations. This Act, not only enacts certain principles that can be extended to commercial advertising from the perspective of consumer protection, but regulates the concept of misleading advertising and comparative advertising following international standards.

**Keywords:** Commercial advertising. Misleading advertising. Comparative advertising.

## 1 CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMERCIAL

La palabra publicidad, deriva de *public*, del latín *publicus*, significa hacer público, dar a conocer<sup>1</sup>, teniendo diversas aproximaciones significativas. Tal expresión puede utilizarse en un sentido jurídico, como en un sentido comercial (particularmente desde el siglo XIX).

---

Beatriz Bugallo Montaña é Profesora de Derecho Comercial y Propiedad Intelectual (Universidad de Montevideo, UDELAR, Uruguay). Doctora en Derecho (USC, España). Master en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías (UA, España). Abogada (UDELAR, Uruguay).

<sup>1</sup> Diccionario de la Real Academia (www.rae.es), 1ª acepción: "Cualidad o estado de público. ".

Desde el punto de vista de su función se relaciona con la puesta en conocimiento de ciertos hechos o actos (hablamos en este caso de publicidad jurídica) como de una técnica de comunicación de mercado (publicidad comercial). Ambas acepciones son claramente diferentes: en el primer caso estamos ante un deber impuesto a un operador jurídico, mientras en el segundo estamos ante un derecho de todo operador del mercado<sup>2</sup>.

La publicidad comercial se inserta en el sistema de competencia de la economía liberal de mercado como un instrumento que permite la lucha concurrencial, facilitando las opciones del consumidor<sup>3</sup>.

En este sentido, la publicidad es una técnica de comunicación que tiene por objetivo facilitar tanto la propagación de ciertas ideas, como las relaciones de orden económico entre ciertas personas que tienen una mercadería o un servicio a ofrecer y las demás, que pueden necesitar o utilizar tal mercadería o servicio<sup>4</sup>. Se identifican dos dimensiones de comunicación publicitaria: la informativa, que apunta a crear un vínculo objetivo entre anunciante y consumidores potenciales a través del conocimiento; la argumentativa, que procura convencer, sensibilizar o suscitar necesidades para crear un vínculo subjetivo entre el anunciante y los consumidores<sup>5</sup>. Asimismo, tratándose de publicidad comercial, se distingue entre un elemento material, utilización de un medio de expresión con datos, y un elemento intencional o finalista, su finalidad persuasiva.

No hay que olvidar que la publicidad está constituida por un mensaje de hechos al que se incorpora la persuasión y la opinión, que – en definitiva – condiciona los principios jurídicos aplicables.<sup>6</sup> Se trata de un fenómeno comunicativo autónomo<sup>7</sup> y complejo, que afecta a diversos campos de la actividad humana y entre ellas al derecho.<sup>8</sup> Es que más allá de las consideraciones teóricas de la publicidad como mecanismo de comunicación, constituye una expresión del “ius communicationes”, situándose en un campo fronterizo al Derecho de la Información.<sup>9</sup>

De manera precisa, se ha definido a la publicidad comercial como “*comunicación impersonal pagada por un anunciante identificado que usa los medios de comunicación con el fin de persuadir a una audiencia, o influir en ella*”.<sup>10</sup>

<sup>2</sup> Destaca esta diferencia SANTAELLA LÓPEZ, M.: *El nuevo derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, 1989, p.55.

<sup>3</sup> El Diccionario de la Real Academia ([www.rae.es](http://www.rae.es)) en sus restantes dos acepciones alude a este significado, estableciendo que publicidad significa “2. f. Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos. 3. f. Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”.

<sup>4</sup> HAAS, C.R., *Teoría, técnica y práctica de la publicidad*, Madrid, 1966, p.5

<sup>5</sup> WESTPHALEN M.N.; PIÑUEL, J.L. *La dirección de comunicación. Prácticas profesionales. Diccionario técnico*. Madrid: del Prado, 1993, p.445.

<sup>6</sup> DESANTES GUANTER, J.M., BEL MALLÉN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L., COUSIDO GONZÁLEZ M.P., GARCÍA SANZ, R.M. *Derecho de la información II*, Madrid, 1994, p.114-115.

<sup>7</sup> SANTAELLA LÓPEZ, M.: *Introducción al derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, 1982, p.40.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ PARDO, J., *Derecho de la comunicación*, Santiago: Laverde, 1999, p.174 a 175, quien destaca que abarca aspectos tanto del Derecho de la información como del Derecho comercial.

<sup>9</sup> SANTAELLA LÓPEZ, M., *El nuevo derecho de la publicidad*, p.33.

<sup>10</sup> WELLS, William, BURNETT, John, MORIARTY, Sandra, *Publicidad. Principios y prácticas*. 3ra. ed., tr. Concepción

Prat Gaballí, español, precursor del estudio del fenómeno publicitario y su regulación en el mundo hispanoparlante, a principios del siglo XX afirmó que se trata de una noción evolutiva: a mediados del siglo XIX se destacaba por brindar información, pero ya en la segunda década del siglo XX – época de los estudios y aportes de este profesional – se destaca su capacidad de persuasión.<sup>11</sup>

Se identifican en la noción general de publicidad comercial, los siguientes elementos:<sup>12</sup>

- a. una forma o técnica de comunicación;
- b. realización por persona física o jurídica;
- c. aplicada para el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesión liberal;
- d. con el objetivo de promover el suministro de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos u obligaciones.

Profundizando estas aproximaciones, procurando una mayor precisión, corresponde que tengamos en cuenta el concepto de Rodríguez Pardo de publicidad, quien entiende que la publicidad es “un proceso específico de comunicación que, de un modo impersonal, remunerado y controlado, utiliza los medios masivos para dar a conocer un producto, servicio, idea o institución”.<sup>13</sup> En este caso se destacan los siguientes factores:

- a. carácter impersonal, pues la comunicación se efectúa a través de medios de comunicación masivos (prensa, radio, cine, televisión, publicidad directa y exterior),

---

Verania De Parres, México et al: Prentice-Hall Hispanoamericana, 1996, p.12. JUGENHEIMER, Donald, WHITE, Gordon, *Basic advertising*, Cincinnati: College Division, South-Western Pub. C., 1991, p.10 dicen que para identificar si hay publicidad comercial corresponde formular las siguientes preguntas: “Is it paid for? Does it use the mass media? Is it personal? Is there an identified sponsor” Si las respuestas son si, si, no, si, se trata de publicidad comercial.

<sup>11</sup> PRAT GABALLI, Pedro, “Una nueva técnica: la publicidad científica”, en serie “Cámara de Comercio y Navegación de Barcelona. Lecciones explicadas en las Clases de Enseñanza Mercantil de dicha Corporación durante el Curso 1915-16”, Barcelona: Cámara de Comercio y Navegación de Barcelona, 1917, p.13-14, en el primer libro sobre publicidad en idioma español que se publicara, expresa al respecto: “En 1850 habríamos dicho: La publicidad es el conjunto de medios destinados a dar a conocer los productos del comercio y de la industria, expresando o sin expresar ventajas particulares de marca o nombre, para venderlos casi exclusivamente en la medida de las necesidades del público.

Pero algunos años más tarde, iniciado en la economía mundial el tránsito de la producción a la sobreproducción, la publicidad había de definirse ya en términos que incluyesen ideas nuevas. A saber: es el conjunto de medios destinados a dar a conocer “al mayor número posible de individuos” los productos del comercio y de la industria, “expresando precisamente ventajas particulares de marca o nombre en forma llamativa”, a fin de crear y satisfacer necesidades, incitando a una adquisición, a un gasto.

Por último, he aquí la definición que corresponde al momento actual y señala el triunfo de la orientación científica iniciada en 1895, acelerada, hecha indispensable bajo la presión de las grandes corrientes de la concurrencia. La publicidad es la ciencia que enseña a conocer el espíritu del público y a aplicar este conocimiento a los medios de que disponen la imaginación y el ingenio para dar noticia al mayor número posible de individuos de la utilidad o las ventajas de un artículo, en forma que ejerza una acción eficaz, es decir, que llegue a sugerir deseos y a determinar actos de voluntad.”

<sup>12</sup> ACOSTA ESTÉVEZ, José. *Perfiles de la ley General*. Barcelona, 1990, p.29.

<sup>13</sup> RODRIGUEZ PARDO. *Derecho de la Información. Una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*. Madrid, 2007, p.41/42.

sin un contacto directo o personal entre emisor y receptor, lo que se denomina buscar un «Público Objetivo»;

b. carácter remunerado y controlado, pues el anunciante es quien escoge los contenidos y la extensión del mensaje así como los medios, el momento y la frecuencia de emisión, lo que es posible dado su carácter remunerado;

c. costo relativo inferior al de otros medios de comunicación no masivos, pues la utilización de los medios de comunicación de masas supone una sensible reducción del costo por contacto;

d. multiplicidad de ámbitos de aplicación, en tanto las técnicas publicitarias se han demostrado útiles para la divulgación de muy diversos productos y servicios, tanto como para la difusión de ideas.

Finalmente, corresponde destacar que sus objetivos básicos son informar y persuadir. Corresponde primero informar, dar a conocer la existencia del producto, servicio o idea, para luego lograr persuadir a los consumidores a que lo compren o usen aún modificando actitudes o provocando comportamientos. De todas maneras la persuasión constituye el carácter fundamental, distintivo, del mensaje publicitario.<sup>14</sup>

Algunas veces los Tribunales han debido manifestarse en cuanto a qué principios jurídicos son predominantes en caso de publicidad comercial: si los propios del mercado o aquéllos relacionados con la libertad de opinión en general. Tomamos dos claros casos del Derecho Comparado. En España, el Tribunal Supremo<sup>15</sup> y el Tribunal Constitucional<sup>16</sup> han entendido que la publicidad comercial no puede considerarse asimilable a la actividad o función informativa en general, aunque debe mantenerse el equilibrio de los diversos derechos involucrados. Por el contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la garantía de la libertad de expresión alcanza también el mensaje publicitario<sup>17</sup>; concretamente, en el “caso Barthold” desarrolló

---

<sup>14</sup> Técnicamente se habla de intencionalidad perlocutiva en el discurso publicitario, MORRIÓN MOJICA, Carlos, *Exégesis pragmatolingüística del discurso publicitario*. Valladolid: Instituto de Ciencias de la Educación – Universidad de Valladolid, 1994, p.62.

<sup>15</sup> Según la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 1988, RJ 1988/7252, en su fundamento jurídico tercero, la publicidad no se traduce en la mera expresión de pensamientos, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier medio de reproducción, como indica el artículo 20 de la Constitución Española, sino que se traduce en la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad.

<sup>16</sup> Según la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de abril de 1989, Recurso de Amparo 1908/88, el fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria, marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La publicidad aún siendo también una forma de comunicación, se vincula al ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

<sup>17</sup> Véase en tal sentido una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 1994, caso “Casado Coca contra España”, entre otras que concluyen que las informaciones e ideas amparadas en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluyen tanto las ideas políticas,

particularmente esta posición. En este sentido se pronuncia el Libro Verde sobre las Comunicaciones Comerciales en el Mercado interior, de 23 de mayo de 1996.

Así como por un lado los actos de publicidad comercial se sustentan en la libertad de opinión y de expresión, se encuentra simultáneamente regulados o sometidos a las disposiciones que regulan el mercado. Por lo tanto, también se encuentra sujeta a las normas que procuran impedir o que sancionan los actos de competencia desleal y sus correspondientes manifestaciones en la actividad publicitaria.

## 2 PRINCIPIOS GENERALES DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL

La publicidad comercial se encuentra sometida a una serie de principios jurídicos básicos, que corresponden por tratarse de expresiones vertidas al mercado que tienen por destinatarios a los consumidores. Derivan de la aplicación de las normas del derecho contra la competencia desleal y de las normas de protección o defensa de los consumidores.

En primer lugar, se encuentra el *principio de veracidad*. Todas las afirmaciones que se realicen a través de mecanismos publicitarios deben ser veraces, verdaderas. No solamente estamos ante el comportamiento que puede calificarse como honesto sino que, visto desde la perspectiva del Derecho del consumo se trata de proteger la información precontractual de la que dispondrá el consumidor.

En materia publicitaria es compleja la valoración pues se admiten ciertas libertades o licencias en la comunicación de mensajes. Nos referimos, por ejemplo, a la tolerancia frente a la exageración publicitaria. La particularidad de estas expresiones se encuentra en que son demasiado alejadas de la realidad como para que el consumidor las crea y solamente “visten” o facilitan la publicidad. Por ello, cada mensaje debe ser analizado en particular, atendiendo el medio y contexto en el cual es pronunciado.

En segundo lugar, podemos mencionar el *principio de legalidad*. El mensaje publicitario no puede ser contrario a ninguna norma del ordenamiento jurídico a cuyo territorio vaya dirigido. Se trata de un principio general, aplicable a todas las personas y en todas las actividades, pero resulta destacable en el ámbito publicitario por su especialidad. De manera que más allá de otros derechos como la libertad de expresión o la libertad de comerciar, la licitud de la publicidad deberá equilibrarse con las normas específicas que existan para el mensaje publicitario según los productos o servicios que promocióne.

---

religiosas, como las artísticas y las comerciales. En esta última categoría resulta incluida la publicidad comercial. Otras Sentencias: Sentencia “Barthold” contra Alemania de 25 de marzo de 1985, Sentencia “Mark Item Verlag GmbH y Klaus Beermann” contra Alemania, (Sentencia “Müller y otros” contra Suiza, del 24 de mayo de 1988, (Sentencia “Gropper Radio AG y otros” contra Suiza, de 28 de marzo de 1990.

En tercer lugar, podemos incluir el *principio de autenticidad*. La publicidad debe ser claramente reconocible y diferenciarse de las expresiones simplemente informativas, es decir, que no procuran movilizar en sentido alguno la voluntad de contratación del destinatario.

Se busca así que el receptor del mensaje publicitario tenga siempre la posibilidad de estar predispuesto para esperar persuasiones deliberadamente encaminadas a la colocación en el mercado de determinado producto o servicio. Que no “consume” información persuasiva con visos de noticia o información.

En cuarto lugar, no puede dejar de estar en la lista el *principio de la libre competencia*. Es el sustento del sistema económico de nuestro país y de la prácticamente unanimidad de los países del mundo. La libertad, en nuestro sistema de derecho, implica que mientras no haya prohibición o un derecho de exclusiva siempre podrán realizarse actos para competir en el mercado. El ejercicio de tal libertad deberá limitarse en función de las leyes y principios que rigen la actividad. Por lo tanto, serán ilícitos los actos de competencia desleal así como aquéllos prohibidos por el Derecho de Defensa de la Competencia.

Este principio se encuentra vinculado con la regulación contra la publicidad desleal y la engañosa, frecuentemente regulado en torno a la protección del consumidor.

### 3 RÉGIMEN GENERAL DEL DERECHO URUGUAYO

En el derecho uruguayo hay escasa y difusa normativa sobre la publicidad comercial. Se regulan expresamente algunos aspectos generales de la publicidad en la Ley de Relaciones de Consumo, N° 17.250 de 11 de agosto de 2000, artículos 24 a 27.<sup>18</sup>

Además de estas normas generales, sustentadas en los principios y garantías constitucionales de deberes, derechos y garantías, desde tiempo atrás algunas áreas de publicidad comercial vienen siendo reguladas desde la necesaria tutela de derechos tales como la salud y el bienestar de la población.

---

<sup>18</sup> Normas de la ley N° 17.250. “Artículo 24.- Toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de forma tal que el consumidor la identifique como tal.

Queda prohibida cualquier publicidad engañosa.

Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios.

Artículo 25.- La publicidad comparativa será permitida siempre que se base en la objetividad de la comparación y no se funde en datos subjetivos, de carácter psicológico o emocional; y que la comparación sea pasible de comprobación.

Artículo 26.- La carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria, corresponde al anunciante.

Artículo 27.- La reglamentación podrá establecer un plazo durante el cual el proveedor de productos y servicios debe mantener en su poder, para la información de los legítimos interesados, los datos fácticos, técnicos y científicos que den sustento al mensaje publicitario.”

En este sentido tenemos regulación que procura informar sobre el peligro del consumo del tabaco en los propios cigarrillos (ejemplo de ello son las más recientes leyes 17.793 y 18.256, así como decretos del Ministerio de Salud Pública del 2005, de febrero del 2006 y demás); también, como en todos los países, regulación sobre la publicidad de medicamentos. La rotulación de alimentos y bebidas alcohólicas, así como su publicidad también tienen especiales controles.

## 4 PUBLICIDAD ENGAÑOSA

### 4.1 Noción

Hay publicidad engañosa cuando estamos ante un acto publicitario que a través de falsas afirmaciones, omisiones o mera sugestión, puede suscitar en sus destinatarios expectativas o convicciones que no corresponden a la verdad respecto de la calidad del producto, del servicio o de la propia empresa publicitada, así como de los productos o empresas competidoras.<sup>19</sup> La noción de engaño o falsedad es tomada en sentido amplio, pues cualquier omisión de información relevante, que puede deformar el mensaje, también será calificada como publicidad engañosa.<sup>20</sup>

En el caso de la publicidad engañosa se procura incidir en el criterio del consumidor a través del incremento artificioso del propio prestigio del empresario que emite los mensajes publicitarios.<sup>21</sup>

El error de los consumidores puede derivarse del hecho de que el anunciante silencie determinadas circunstancias esenciales, cuya omisión determina el engaño del público<sup>22</sup>. Basta con que se induzca a error, no se necesita que efectivamente se haya caído en el error para que se detone el mecanismo de persecución y sanción en esta materia.<sup>23</sup>

Tratándose de expresiones del lenguaje publicitario, siguiendo a Fernández-Nóvoa, corresponde tener claro que no pueden emplearse criterios gramaticales y filológicos para la interpretación.<sup>24</sup> Por otra parte, siguiendo tradicionales pronunciamientos de los Tribunales alemanes se debe dejar de lado el significado que tiene la expresión publicitaria para el empresario anunciante pues deben ser imputadas al anunciante tal y como el público las interpreta, no como el primero pretendía que las percibieran.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> ROSSI, Giuseppe. *La pubblicità dannosa, concorrenza sleale, diritto a non essere ingannati, diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 2000, p.5.

<sup>20</sup> Cfme: GHIDINI, Gustavo, "Della concorrenza sleale", en *Il Codice Civile. Comentario*. Dir. por Piero Schlesinger, Milano: Giuffrè, 1991, p.263.

<sup>21</sup> GHIDINI, "Della concorrenza sleale", cit., p.200.

<sup>22</sup> LEMA DEVESA, "En torno a la publicidad engañosa", 4 Actas de Derecho Industrial (ADI) 1977, p.300.

<sup>23</sup> LEMA DEVESA, "En torno a la publicidad engañosa", 4 ADI 1977, p.301.

<sup>24</sup> FERNANDEZ NOVOA, Carlos, "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. (Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad)", 107 RDM 1968, p.34.

<sup>25</sup> FERNANDEZ NOVOA, "La interpretación jurídica", 107 RDM 1968, cit., p.35.

## 4.2 Régimen jurídico

En el derecho uruguayo, en virtud del artículo 24 de la ley N° 17.250 resulta expresamente prohibida la publicidad engañosa. Dicha norma la caracteriza como “cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios.”

Las notas que configuran la publicidad engañosa son:

- a. irrelevancia del medio por el cual se realiza la publicidad;
- b. inducción a error al destinatario, quien está recibiendo un mensaje falso;
- c. basta la posibilidad de que pueda inducir a error.

La determinación respecto de si una publicidad es engañosa se realizará teniendo en cuenta todos los elementos e indicaciones en su conjunto, sin perjuicio de que la ley nacional hace referencia a naturaleza, cantidad, origen y precio solamente.

Hay que tener en cuenta que el engaño puede llevarse a cabo por comisión o por omisión. Es decir, que es bastante, a su vez, para la calificación de publicidad engañosa que ésta omita o silencie datos fundamentales de los productos o servicios que promociona, siempre que ésta también pueda inducir a error al destinatario. También en este caso se identifica la contradicción entre la realidad o la verdad y el contenido del mensaje que pretende impedir y sanciona el legislador.

No debe confundirse esta situación con la publicidad encubierta, que se caracteriza en distinta forma. Este último caso trata de la actividad publicitaria que externamente no aparece como tal, sino con apariencia informativa, por ejemplo, la cual se desdibuja mediante su finalidad persuasiva.

La publicidad encubierta supone un engaño para los destinatarios de la misma y lesiona el buen funcionamiento de la competencia en el mercado de los servicios de la publicidad.

Las circunstancias de su caracterización imponen separar los regímenes de la publicidad engañosa de la publicidad encubierta, ya que esta última no es un supuesto de publicidad engañosa, por no estar en juego el principio de veracidad, pues en el contenido del mensaje publicitario encubierto pueden no ser falsos los atributos del producto o servicio promocionado. La publicidad encubierta es ilícita porque induce a error a los destinatarios en la configuración externa del mensaje publicitario. La doctrina en general afirma que es necesario proscribir la publicidad encubierta en orden a la tutela de los destinatarios del mensaje publicitario y al buen funcionamiento e la competencia en el seno del mercado.

En nuestro derecho, el inciso primero del artículo 24 establece que “Toda

publicidad debe ser transmitida y divulgada de forma tal que el consumidor la identifique como tal.”, de modo que ha de considerarse prohibida por el legislador uruguayo.

Se ha cuestionado la referencia por la doctrina y algunas normas de derecho comparado a que deba valorarse si “perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”. Se ha dicho que, si efectivamente causa tal perjuicio debería considerarse como publicidad desleal y no como publicidad engañosa. Autores como Acosta Estévez<sup>26</sup>, entienden que el concepto de publicidad engañosa, que deriva del principio de veracidad de la publicidad, tan sólo debe hacer referencia a las conductas que en su conjunto induzcan o puedan inducir a error con relación a los productos o servicios, y no respecto a los restantes competidores, pues a estas últimas conductas ya se refiere la denominada publicidad desleal.

En definitiva, la tipificación de la publicidad engañosa, tiene por objetivo último la defensa de los destinatarios del mensaje publicitario – potenciales consumidores – a través de la represión de todas las alegaciones contrarias a la verdad contenidas en las expresiones publicitarias.

Por ejemplo, la publicidad de un suplemento dietario que exprese que contiene propiedades adelgazantes sería decididamente engañosa dado que ese tipo de productos no poseen propiedades terapéuticas de ningún tipo.

Otro ejemplo: cuando se expresa que una conocida firma de arquitectos está vinculada a un proyecto de construcción de un edificio, es engañoso no aclarar que solamente lo están como agente inmobiliario y no como empresa constructora (rubro fundamental de conocimiento en el mercado de dicha firma).<sup>27</sup>

A la publicidad engañosa se opone la publicidad ditirámica o enfática, que también ha sido calificada como superlativa o hiperbólica. Este tipo de publicidad es lícita en tanto no pueda inducir a error al consumidor o receptor de los mensajes. No se está pretendiendo informar, ni adoptando expresiones que encubran un engaño en la forma de una información. En estos casos el mensaje publicitario no importa obligación positiva alguna de información.<sup>28</sup> Sin embargo, también corresponde tomar con mesura las afirmaciones que tienden a ser hiperbólicas o de exageración cuando hacen referencia a actos o hechos concretos. En tales situaciones podrá estarse induciendo a error o confusión al público. Analizamos más adelante con más detenimiento las características de las expresiones publicitarias superlativas o de tono excluyente.

Finalmente, la publicidad puede ser engañosa, no solamente por expresar hechos que no son veraces sino también por omitir datos relevantes, dando lugar a una interpretación equivocada por el consumidor.

<sup>26</sup> ACOSTA ESTÉVEZ, *Perfiles*, cit., p.29.

<sup>27</sup> Sentencia 17/12/2009, A.B. y otros c. Mintelco S.A. y otros, Suprema Corte de Justicia, Uruguay.

<sup>28</sup> GREFFE, Pierre, GREFFE, François. *La publicité et la loi*. 9na. ed., Paris: Litec, 2000, p.319.

## 5 PUBLICIDAD COMPARATIVA

### 5.1 Noción

Comparar significa fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanzas.<sup>29</sup>

Tato Plaza<sup>30</sup> define la publicidad comparativa como “aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos”.

No es necesario que haya una mención expresa del operador económico con el cual se quiera plantear la comparación. Basta con que pueda considerarse que el público consumidor medio entiende de quién se trata. Esta situación es frecuente en caso de publicidad superlativa o de tono excluyente, correspondiendo, por lo tanto distinguir según el número de competidores que exista en el mercado<sup>31</sup>. Si los operadores son varios, no se plantea problema; sin embargo si se trata de solamente dos o tres, identificables, se podrá estar ante un caso de competencia desleal calificable como publicidad comparativa ilícita.

Cuando hay normativa específica de la publicidad comparativa, en todo caso que no se cumpla con ésta ha de considerarse publicidad comparativa ilícita.

Determinadas expresiones o palabras son necesarias para referirse a los productos que se quieren publicitar. Su utilización no puede considerarse comparación ilícita.

La publicidad comparativa provoca un conflicto de intereses entre el “interés del empresario anunciante”, el “interés del empresario aludido” y “el interés del consumidor”. Este conflicto debe resolverse en favor del interés del consumidor, porque dicho interés reclama la existencia de una publicidad comparativa que genere una transparencia en el mercado. Transparencia que permitirá a los consumidores, ante la gran variedad de ofertas, elegir de una forma objetiva los productos. Es decir, la publicidad comparativa, llevada a cabo según lo establece la ley, permitirá una mayor información sobre los productos y, de esta manera, el consumidor podrá elegir el producto que realmente satisfaga sus intereses y necesidades.

### 5.2 Régimen jurídico

El derecho uruguayo la regula en el artículo 25 de la ley N° 17.250 en la siguiente forma: “La publicidad comparativa será permitida siempre que se base en la objetividad de la comparación y no se funde en datos subjetivos, de carácter psicológico o emocional; y que la comparación sea pasible de comprobación”.

<sup>29</sup> www.rae.es, Diccionario 2001.

<sup>30</sup> TATO PLAZA, Anxo. *La publicidad comparativa*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p.41.

<sup>31</sup> Cfme.ULMER, Eugen. “La pubblicità nella concorrenza sleale”, en *Nuova riv. del dir. comm.*, 1952, II, p.272.

En función de esta norma podemos afirmar que el derecho nacional admite la realización de publicidad comparativa en tanto cumpla con los siguientes requerimientos:

- a. se base en parámetros de comparación objetivos, no en datos subjetivos, psicológicos o emocionales;
- b. que la comparación sea comprobable.

Podríamos decir que, siguiendo el ejemplo del derecho alemán,<sup>32</sup> la legislación uruguaya consagra el principio de prohibición implícita pues la publicidad comparativa es lícita sólo en las circunstancias expresamente condicionadas.

El legislador procura que el consumidor tenga la mayor información posible para optar por un producto o servicio, protegiendo la comunicación de la información en tanto respete el principio de veracidad.

La publicidad comparativa se admite solamente en las condiciones expuestas, por lo tanto si se trata de una modalidad comparativa con afirmaciones no sustentadas en datos verídicos se califica como prohibida. Así lo consideró la Jurisprudencia uruguaya en un caso de publicidad que comparaba un producto del tipo mayonesa con otro supuestamente similar (pero con ingredientes absolutamente distintos): “De ello se infiere claramente, que las comparaciones que realiza la parte demandada, desde la propia etiqueta y hasta en la publicidad respectiva no son objetivas, pues toman una referencia indebida, y en definitiva pretenden una comparación entre dos productos no comparables por su propia diversidad, lo cual redundaría en un engaño susceptible de inducir en error al consumidor. Se estima que tal apreciación puede realizarse, sin perjuicio del acto administrativo de autorización por parte del MSP y a los solos efectos del caso planteado”<sup>33</sup>.

Finalmente, corresponde destacar al respecto que, según el artículo 27 “La reglamentación podrá establecer un plazo durante el cual el proveedor de productos y servicios debe mantener en su poder, para la información de los legítimos interesados, los datos fácticos, técnicos y científicos que den sustento al mensaje publicitario.”. De esta manera se busca que pueda ser contrastada y verificada la información que se transmite al destinatario del mensaje publicitario.

## 6 EN CONCLUSIÓN

El Derecho uruguayo no tiene Ley General en materia de publicidad comercial. No obstante, se puede articular una normativa específica tomando como base las escuetas

---

<sup>32</sup> Para ver diversos esquemas de regulación europea, OTAMENDI RODRIGUEZ-BETHENCOURT, Juan José. *Comentarios a la Ley de competencia desleal*. Pamplona: Aranzadi, 1994, p.198.

<sup>33</sup> Sentencia N° 48/2003 de 16 de junio de 2003, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14° turno.

disposiciones de la Ley 17.250, Ley de Relaciones de Consumo, sobre la base de los derechos generales consagrados constitucionalmente.

Dicha normativa es escasa, se encuentra lejos todavía del mejor nivel de regulación que se puede encontrar en el Derecho Comparado. Si bien entendemos que los conceptos fundamentales se encuentran incluidos eficazmente, la importancia de la publicidad comercial actual, determina que sea necesario mejorar su regulación para atender los desarrollos actuales de esta dinámica de comunicación del mercado.

## REFERENCIAS

- ACOSTA ESTÉVEZ, José. *Perfiles de la ley General*. Barcelona, 1990.
- DESANTES GUANTER, J.M. et al. *Derecho de la información II*. Madrid, 1994.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos, “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. (Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad)”, 107 RDM, 1968.
- GHIDINI, Gustavo, “Della concorrenza sleale”. En: *Il Codice Civile. Commentario*. Dir. por Piero Schlesinger, Milano: Giuffrè, 1991.
- GREFFE, Pierre; GREFFE, François. *La publicité et la loi*. 9.ed. Paris: Litec, 2000.
- HAAS, C.R. *Teoría, técnica y práctica de la publicidad*. Madrid, 1966.
- JUGENHEIMER, Donald, WHITE, Gordon. *Basic advertising*. Cincinnati: College Division, South-Western Pub. C., 1991.
- LEMA DEVESA, Carlos, “En torno a la publicidad engañosa”, 4 Actas de Derecho Industrial (ADI) 1977.
- MORRIÓN MOJICA, Carlos. *Exégesis pragmatolingüística del discurso publicitario*. Valladolid: Instituto de Ciencias de la Educación – Universidad de Valladolid, 1994.
- OTAMENDI RODRIGUEZ-BETHENCOURT, Juan José. *Comentarios a la Ley de competencia desleal*. Pamplona: Aranzadi, 1994.
- PRAT GABALLI, Pedro. Una nueva técnica: la publicidad científica”, en serie “Cámara de Comercio y Navegación de Barcelona. Lecciones explicadas en las Clases de Enseñanza Mercantil de dicha Corporación durante el Curso 1915-16”, Barcelona: Cámara de Comercio y Navegación de Barcelona, 1917.
- RODRÍGUEZ PARDO, J. *Derecho de la comunicación*. Santiago: Laverde, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Derecho de la Información. Una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*. Madrid, 2007.
- ROSSI, Giuseppe. *La pubblicità dannosa, concorrenza sleale, diritto a non essere ingannati, diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 2000.
- SANTAELLA LÓPEZ, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Civitas, Madrid, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Introducción al derecho de la publicidad*. Civitas, Madrid, 1982.
- TATO PLAZA, Anxo. *La publicidad comparativa*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

ULMER, Eugen. “La pubblicità nella concorrenza sleale”. En: Nuova riv. del dir. comm., 1952, II.

WELLS, William; BURNETT, John; MORIARTY, Sandra. *Publicidad. Principios y prácticas*. 3.ed., tr. Concepción Verania De Parres, México et al: Prentice-Hall Hispanoamericana, 1996.

WESTPHALEN M. N.; PIÑUEL, J. L. *La dirección de comunicación. Prácticas profesionales. Diccionario técnico*. Madrid: del Prado, 1993.