

LA LEY ORGÁNICA DEL DERECHO DE DEFENSA: ¿UN VERDADERO *ENFORCEMENT* PARA TUTELAR ADECUADA Y DEFINITIVAMENTE LA PUBLICIDAD DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS?

José Miguel Hernández Rico

Abogado del ICAM

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PUBLICIDAD DE SERVICIOS JURÍDICOS: DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA A LA LIBERALIZACIÓN CON RESTRICCIONES. 3.- REGIMEN NORMATIVO ACTUAL DE LA PUBLICIDAD DE SERVICIOS JURÍDICOS. 4.- ALGUNOS TIPOS HABITUALES DE PUBLICIDAD ILÍCITA DE SERVICIOS JURÍDICOS. 5.- REMEDIOS PARA COMBATIR LA ILICITUD. 6.- PROBLEMAS HASTA AHORA NO RESUELTOS. 7.- EL *ENFORCEMENT* QUE SUPONE LA LEY ORGÁNICA DEL DEFECHO DE DEFENSA.

1.- INTRODUCCIÓN

La publicidad de los servicios jurídicos va calando paulatinamente en la cultura de los despachos de abogados a partir de la implantación en nuestro país de grandes firmas anglosajonas, donde esta herramienta de marketing se encuentra insertada de forma natural en el código genético de su cultura empresarial.

Ha sido y quizás todavía es, no obstante, objeto de debate en nuestra profesión, donde el proceso de liberalización de la publicidad de servicios jurídicos ha sufrido una evolución histórica, como veremos, desde la más absoluta y radical prohibición hasta una amplia flexibilización con los adecuados y lógicos límites de respeto a la ética y a la deontología profesional, así como a la dignidad de la profesión.

Expondremos asimismo de forma más práctica y entendible los posibles límites actuales a la publicidad de nuestros servicios, con referencia tanto a nuestra normativa profesional

como a la legislación común en materia de publicidad y competencia desleal, sin olvidarnos, claro está, de aquellas particularidades que surgen en la publicidad on-line, dentro de lo que se denomina Marketing 2.0.

Trazaremos una breve semblanza de las líneas sobre las que discurre la reforma de nuestra normativa corporativa fundamental (Estatuto General de la Abogacía) en lo relativo a la materia objeto del presente trabajo, expondremos las cuestiones que a nuestro juicio todavía no están resueltas y finalizaremos el mismo con unas breves conclusiones alcanzadas tras haber reflexionado y estudiado sobre aquélla.

2.- EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PUBLICIDAD DE SERVICIOS JURÍDICOS: DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA A LA LIBERALIZACIÓN CON RESTRICCIONES

Podemos señalar ocho hitos históricos en la evolución normativa de esta materia, que vamos a plantear de forma esquemática:

1. Prohibición absoluta de la publicidad de los abogados por el Art. 31 del Estatuto General de la Abogacía de 1982 y por el Art. 9.1 del Código Deontológico aprobado en 1987.
2. Flexibilización de la prohibición: El Congreso de la Abogacía celebrado en La Coruña a finales de septiembre de 1995 dedicó de forma monográfica una ponencia a la publicidad de los abogados, recogiendo una de las conclusiones del Congreso instar la modificación del Art. 31 del Estatuto General de la Abogacía anteriormente citado.
3. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1994 (caso Casado Coca vs España): donde el Tribunal reconoce a un abogado español, Pablo Casado Coca, que había sido sancionado por su Colegio por publicitar sus servicios, su derecho a hacer publicidad en el marco del derecho a la libertad de expresión.

4. Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1992 sobre el libre ejercicio de las profesiones: que considera que las restricciones a la publicidad atentan contra la libre competencia.
5. RD-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y de Colegios Profesionales: donde se respeta la normativa colegial en cuanto a las restricciones a la publicidad, pero se remarca que en todo caso, dichas restricciones deben ser acordes con la normativa sobre Derecho de la Competencia.
6. Reglamento de Publicidad aprobado en la Asamblea General del Consejo General de la Abogacía Española el 19 de diciembre de 1997: tan riguroso, que terminó siendo causa de un procedimiento judicial con una cuantiosa multa en juego para el Consejo.
7. Sanción del Tribunal de Defensa de la Competencia al Consejo por aplicar el Reglamento anteriormente citado y recursos ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo: un letrado malagueño denuncia el Reglamento ante el organismo regulador y éste impone al Consejo una multa de treinta millones de pesetas. Se recurre ante la Audiencia Nacional, dejándose sin efecto la multa, pero ratificando el resto. Se recurre en Casación y ello supone la muerte del Reglamento de Publicidad.
8. Los Códigos Deontológicos de 2000 y 2002 y el Estatuto General de la Abogacía de 2001: con lo que llegamos a la normativa actual en lo que a publicidad de servicios jurídicos se refiere, si bien no debemos olvidar que existe un nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo en el año 2013 y pendiente de aprobación ministerial, así como un proyecto de nuevo Código Deontológico en fase de borrador todavía.

3.- REGIMEN NORMATIVO ACTUAL DE LA PUBLICIDAD DE SERVICIOS JURÍDICOS

La publicidad de servicios jurídicos actualmente en nuestro país se sustenta sobre tres pilares normativos que a continuación vamos a estudiar. Los dos primeros proceden de la normativa estrictamente profesional (Art. 25 del Estatuto General de la Abogacía y Art. 7 del Código Deontológico) y el tercero de los pilares obedece a una remisión a la normativa común en materia de publicidad y competencia desleal.

Como en cualquier disciplina jurídica, la especialidad goza de prevalencia frente a la generalidad, y en materia de publicidad de servicios jurídicos dicha especialidad responde a la idea de preservar en la publicidad de nuestros servicios los valores superiores de nuestra profesión (ética, deontología y dignidad) como servicio público colaborador necesario e imprescindible del Estado de Derecho.

A) Art. 25 del Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2001, de 22 de junio)¹

Se permite la publicidad de servicios jurídicos, siempre y cuando la misma sea DIGNA (en sí misma y con respeto a la dignidad de las personas), LEAL (es decir, que en ningún caso sea considerada como práctica mercantil desleal) y VERAZ (es decir, que no sea publicidad engañosa).

Deberá respetar la normativa general (publicidad y competencia) y ajustarse al Código Deontológico.

El segundo párrafo enumera a modo ejemplificativo una serie de prácticas publicitarias que deben considerarse prohibidas y que vienen a coincidir en su mayor parte con las que recoge el Art. 7 del Código Deontológico. No obstante, parece interesante poner de manifiesto que algunas de estas prácticas vienen a coincidir con supuestos específicos de publicidad ilícita de la normativa general. Así la letra c) hace referencia a la publicidad agresiva, la letra d) a la publicidad engañosa sobre la naturaleza del servicio y la letra f) a la publicidad desleal por crear confusión.

El párrafo tercero extiende las prohibiciones anteriores a las empresas que ofrezcan servicios jurídicos de forma permanente u ocasional.

B)Art. 7 del Código Deontológico de la Abogacía (Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 27/09/2002)²

El párrafo primero viene casi a reproducir el mismo ordinal del Art. 25 del Estatuto General de la Abogacía, incluyendo, eso sí, la posibilidad de que por parte de los Colegios o los Consejos Autonómicos se dicten nuevas normas sobre la materia.

El párrafo segundo, además de citar los supuestos específicos de publicidad ilícita de la normativa general ya recogidos en el Art. 25 del Estatuto General de la Abogacía, contiene tres modalidades de ilicitud “nuevas” para la normativa especial de los abogados, pero que igualmente recoge la normativa general, aunque en algunos casos, con solución contraria.

Así la letra f) prohíbe expresamente la publicidad comparativa entre abogados, mientras la normativa general permite este tipo de publicidad con requisitos específicos.

La letra i) recoge el supuesto de la normativa general de publicidad desleal por denigración y la letra j) viene de alguna manera a regular el supuesto de publicidad encubierta, prohibida en nuestro Ordenamiento Jurídico.

C)La normativa general: Ley General de Publicidad, Ley de Competencia Desleal, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Ley Orgánica de Protección de Datos.

Para todo aquello que no venga regulado expresamente en la normativa que acabamos de exponer, tanto el Código Deontológico como el Estatuto General de la Abogacía se remiten a la normativa común.

No va a ser posible desarrollar este epígrafe al igual que los anteriores por razones de extensión máxima, si bien citaremos de forma esquemática los supuestos de publicidad ilícita que atañen a los servicios jurídicos deteniéndonos en su caso en alguna modalidad significativa.

1. Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre)

Los supuestos de publicidad ilícita que regula esta norma vienen recogidos en el Art. 3 (panorámica general), Art. 4 (publicidad subliminal) y Art. 5 (publicidad sobre determinados bienes o servicios, entre los que se incluyen los servicios jurídicos).

2. Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero).

El Art. 18 reputa desleal la publicidad considerada ilícita por la Ley General de la Publicidad (conexión entre ambas normas a raíz de la reforma operada en el año 2009).

Los supuestos publicitarios ilícitos por desleales que regula esta norma pueden clasificarse en los siguientes grupos:

a) Cláusula general de deslealtad (Art. 4).

b) Actos u omisiones engañosas (Art. 5, 7, 21, 22, 23, 24, 26 y 27).

c) Prácticas agresivas (Art. 8, 28, 29, 30 y 31 - haciendo especial referencia a la letra c) del punto 2 del Art. 8, que se reproduce en la letra c) del Art. 25 del Estatuto General de la Abogacía, y en la letra e) del Art. 7 del Código Deontológico, que vendrán a ser las denominadas PRÁCTICAS OPORTUNISTAS -).

d) Publicidad prohibida haciendo referencia a la competencia: actos de confusión (Art. 6, 20 y 25), actos de denigración (Art. 9), actos de comparación (Art. 10 - prohibidos en todo caso por la normativa especial -), actos de imitación (Art. 11) y actos de explotación de la reputación ajena (Art. 12);

e) Actos de venta a pérdida (Art. 17) y venta piramidal (Art. 24).

3. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)

Es la conocida como Ley de Internet y en la materia que nos interesa regula los requisitos legales que debe cumplir la publicidad a través de medios telemáticos, remitiéndose en lo no regulado expresamente, a la normativa común (Ley General de la Publicidad y Ley de Competencia Desleal).

Los artículos que hacen referencia a nuestro objeto de estudio son: el Art. 20 (que recoge la información que debe contener la publicidad “virtual”) y el Art. 21 (que reconoce expresamente prohibido el conocido “Spam”).

4. Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre)

La Ley de Protección de Datos contiene un precepto, el Art. 30, en el que se regula cómo deben tratarse los datos personales utilizados con fines publicitarios, cuestión en absoluto

baladí habida cuenta de la cuantía de las sanciones económicas que puede imponer la Agencia de Protección de Datos.

Telegráficamente éste es el panorama normativo actual al que debe acomodarse la publicidad de servicios jurídicos, publicidad que como hemos visto es libre siempre y cuando no se trasvasen los límites establecidos por la normativa sectorial y general.

4.- ALGUNOS TIPOS HABITUALES DE PUBLICIDAD ILÍCITA DE SERVICIOS JURÍDICOS

Cinco serían a nuestro juicio las cuestiones todavía no resueltas en materia de regulación de la publicidad en los abogados.

En primer lugar, sigue pendiente de aprobación la Propuesta del Nuevo Código Deontológico. Es interesante que dentro del mismo se recoge en parte el artículo 8 de la Ley de 27 de abril de 2015 del Estatuto de la Víctima del Delito en lo relativo a la denominada publicidad agresiva u oportunista. Así, el Estatuto recoge que se prohíbe la oferta de servicios profesionales, por sí o mediante terceros a víctimas directas o indirectas de catástrofes, calamidades públicas u otros sucesos que hubieran producido un número elevado de desgracias y a sus herederos y causahabientes, en momentos y circunstancias que condicionen la elección libre de abogado y, en ningún caso, hasta transcurridos 45 días desde el hecho. El abogado tampoco podrá dirigirse, por sí o mediante terceros, a víctimas de accidentes o infortunios recientes, o a sus herederos o causahabientes, que carezcan de la plena y serena libertad para la elección de abogado. Se matiza, no obstante, que estas prohibiciones quedarán sin efecto en el caso de que la prestación de estos servicios profesionales haya sido solicitada expresamente por la víctima.

En segundo lugar, se echa en falta que una de las nuevas fórmulas publicitarias a las que habitualmente acude la abogacía, la denominada *publicity*, (cursos organizados por despachos, desayunos de trabajo, etcétera), que carece de regulación en la publicidad en general más allá de unas cuantas resoluciones judiciales que delimitan los contornos del denominado *contrato de publicity*, carezca igualmente de delimitación normativa en nuestro ámbito sectorial. La cuestión no es baladí, dado que la línea que delimita la *publicity* de la publicidad encubierta es muy fina.

La tercera cuestión a nuestro juicio todavía no resuelta es la regulación de la publicidad de los abogados realizada online. Si bien es cierto que nuestra normativa, en todo lo que no regule expresamente, nos remite a la legislación general (siendo de aplicación - en este ámbito virtual - la denominada Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico), lo cierto es que esta norma en su artículo 5 letra b) excluye expresamente los servicios de los abogados de su ámbito de aplicación. En la doctrina existe división en torno a esta cuestión, pues mientras que unos fundamentan su postura en la aplicación literal del precepto antedicho para sostener la referida exclusión, otros (con menos argumentos a nuestro juicio) sostienen que dicha exclusión ha sido superada por aplicación de directivas comunitarias posteriores. Con independencia de adoptar una u otra postura, lo cierto es que no sería mala idea que nuestra normativa futura estableciera expresamente el régimen jurídico de la publicidad online de los abogados.

En cuarto lugar, nuestro colectivo podría importar del ámbito publicitario de otros sectores el sistema de autorregulación publicitaria, que tanto éxito promueve en España la asociación privada Autocontrol. Un sistema similar en nuestra profesión, que integrara asociaciones de consumidores y a la mayor parte de la abogacía española, contribuiría a resolver las disputas sobre publicidad de los abogados a través de mecanismos como la mediación o el arbitraje a través de un jurado institucionalizado, evitando de esta manera las sanciones deontológicas y la posterior revisión jurisdiccional de las mismas.

En quinto y último lugar, la cuestión más importante a nuestro juicio no resuelta en materia de publicidad ilícita de los abogados, como modalidad de práctica desleal en el ejercicio profesional, es el entendimiento al que deben llegar en nuestra opinión

determinadas autoridades administrativas, en el sentido de que si se sanciona deontológicamente una determinada práctica publicitaria por considerarse ilícita, ello se hace con la única finalidad de proteger al justiciable a la hora de asumir con libertad sus decisiones económicas en la contratación de servicios jurídicos, y nunca como pretexto para impedir el acceso a la profesión del colegiado sancionado. Actualmente o no se sanciona o se sanciona muy poco por los colegios de abogados por publicidad ilícita realizada por alguno de sus miembros, y ello precisamente por el miedo que se tiende a que dicha sanción sea considerada por la autoridad competente como una práctica restrictiva de la competencia. Y tan importante es que se persigan las prácticas colusorias como que se sancionen los actos de competencia desleal, y no olvidemos que la publicidad ilícita es uno de ellos.

5.- REMEDIOS PARA COMBATIR LA ILICITUD

Con la debida cautela que debe tenerse en cuenta siempre que se aborde el estudio de una norma que todavía no ha sido aprobada por el Ministerio de Justicia ni por tanto publicada (aunque sí está aprobada por el Consejo General de la Abogacía Española), el futuro Estatuto General de la Abogacía Española, parece que mantiene de forma muy similar al actual, el régimen de la publicidad de servicios jurídicos.

Se consolida el principio de libertad sobre la materia, si bien respetando en todo momento la normativa general y la normativa sectorial, tanto la existente, como la que se pudiera promulgar a nivel colegial, estatal, europeo o internacional, salvaguardando en todo caso los principios esenciales de la profesión (independencia, libertad, dignidad, integridad y secreto profesional).

Parece interesante, no obstante, hacer referencia a tres novedades sobre la materia:

- 1.- Se permitiría en la publicidad hacer referencia a clientes del abogado con autorización expresa de los mismos y respetando en todo caso el deber de confidencialidad y la normativa sobre protección de datos.

2.- Si en la publicidad se hace referencia a una eventual especialización del abogado, dicha especialización debe ir avalada por la posesión de un título académico o profesional, cursos formativos homologados por el CGAE o por una práctica profesional prolongada sobre la misma especialización.

3.- El incumplimiento de la normativa sobre publicidad deja de ser en todo caso infracción muy grave, pasando a ser grave.

Como conclusiones sucintas de este trabajo podríamos establecer las siguientes, que enunciamos de modo esquemático:

1.- La publicidad de servicios jurídicos, correctamente entendida y legalmente aplicada, puede ser una herramienta de marketing fundamental a la hora de captar nichos de mercado y aumentar nuestra cartera de clientes.

2.- Hasta ahora gran parte de la publicidad de servicios jurídicos ha sido mala, orientada hacia una política de precios bajos que minaban el prestigio y la imagen del servicio de calidad de un profesional altamente cualificado, como es un abogado, en vez de potenciar el perfil de marca de su despacho.

3.- Las históricas reticencias a permitir la publicidad de los abogados han obedecido, a nuestro entender, a ese conflicto que surge por la doble condición del abogado: empresario, por un lado, institución pública al servicio del Estado de Derecho, por otro.

4.- Sin embargo, una publicidad bien entendida, que refuerce nuestro prestigio particular y colectivo, nuestra imagen de marca que comunique a los justiciables nuestros valores superiores (independencia, libertad, dignidad, integridad y secreto profesional) puede repercutir positivamente de forma individual en la cuenta de resultados de nuestro despacho y como colectivo, en la imagen que ofrecemos a los ciudadanos.

5.- A pesar de la crisis económica, que ha originado la reducción de la cifra global del mercado de servicios legales y el incremento considerable de la competencia, los despachos de abogados invierten cada año más en publicitar sus servicios.

6.- La publicidad de servicios jurídicos debe ser libre, pero debe someterse, por la especial naturaleza que la función de la abogacía cumple en las sociedades democráticas, en una serie de restricciones adicionales que debemos añadir a las establecidas por la normativa

general. Dichas restricciones nunca deben desaparecer de nuestro Código Deontológico ni de nuestro Estatuto General.

6.- PROBLEMAS HASTA AHORA NO RESUELTOS

7.- EL *ENFORCEMENT* QUE SUPONE LA LEY ORGÁNICA DEL DEFECTO DE DEFENSA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AA.VV., *Informe sobre marketing Jurídico 2011*, www.lawyerpress.com, Madrid 2011.
2. CUESTA RUTE, JOSE MARIA DE LA, *Curso de Derecho de la Publicidad*, Eunsa, Navarra, 2002.
3. GONZALEZ BILBAO, EMILIO, *Guía Práctica del abogado*, Aranzadi, Navarra, 2007.
4. MARCOS FERNANDEZ, FRANCISCO, *Competencia y Publicidad en el Mercado de la Abogacía: La Publicidad de los Abogados*, Seminario de Investigación del Departamento de Derecho y Estudios Europeos de la Universidad Antonio de Nebrija, Madrid 2003.
5. ROSAL, RAFAEL DEL, *Normas Deontológicas de la Abogacía Española*, Civitas, Madrid, 2002.

6. SÁNCHEZ DEL CASTILLO, VILMA, *La Publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las Comunicaciones Electrónicas*, La Ley, Madrid 2010.
7. SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON, *La Profesión de Abogado*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008,
8. SANTAELLA LÓPEZ, MANUEL, *Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid, 2003.
9. TATO PLAZA, ANXO y OTROS, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010.
10. VEGA DURÁN, LORETO, *Marketing y Desarrollo de Negocio para Despachos de Abogados*, Aranzadi, Navarra, 2006.

¹ Sostiene dicho precepto lo siguiente:

“1.- El abogado podrá realizar publicidad de sus servicios, que sea digna, leal y veraz, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación sobre publicidad, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose, en cualquier caso, a las normas deontológicas.

2.- Se considera contraria a las normas deontológicas de la abogacía la publicidad que suponga:

a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional.

b) Incitar genérica o indirectamente al pleito o conflicto.

c) Ofrecer sus servicios, por sí o mediante terceros, a víctimas de accidentes o desgracias, a sus herederos o causahabientes, en el momento en el que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse sufriendo dicha reciente desgracia personal o colectiva.

d) Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del abogado.

e) Hacer referencia directa o indirecta a clientes del propio abogado.

f) Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, al reservarse su uso para la publicidad institucional que pueda realizarse en beneficio de la profesión en general.

3.- Los abogados que presten sus servicios en forma permanente u ocasional a empresas individuales o colectivas deberán exigir que las mismas se abstengan de efectuar publicidad respecto de tales servicios que no se ajuste a lo establecido en este Estatuto General.”

² Reza este precepto lo siguiente:

1. El abogado podrá realizar publicidad, que sea digna, leal y veraz, de sus servicios profesionales, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación existente sobre dichas materias, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose en cualquier caso a las normas deontológicas recogidas en el presente Código y las que, en su caso, dicte el Consejo Autonómico y el Colegio en cuyo ámbito territorial actúe.

2. Se entiende que vulnera el presente Código Deontológico, aquella publicidad que comporte, entre otros supuestos:

a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional.

b) *Afectar a la independencia del abogado.*

c) *Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del abogado que se publicita.*

d) *Hacer referencia directa o indirectamente a clientes del propio Abogado que utiliza la publicidad o a asuntos llevados por éste, o a sus éxitos o resultados.*

e) *Dirigirse por sí o mediante terceros a víctimas de accidentes o desgracias que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse en ese momento sufriendo una reciente desgracia personal o colectiva, o a sus herederos o causahabientes.*

f) *Establecer comparaciones con otros abogados o con sus actuaciones concretas o afirmaciones infundadas de autoalabanza.*

g) *Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, ya que su uso se encuentra reservado únicamente a la publicidad institucional que, en beneficio de la profesión en general, sólo pueden realizar los Colegios, Consejos Autonómicos y el Consejo General de la Abogacía Española.*

h) *Incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto.*

i) *Utilizar medios o expresiones, audiovisuales o escritos que supongan un descrédito, denigración y menosprecio de la Abogacía, de la Justicia y de sus símbolos.*

j) *No identificar al Abogado o Bufete Colectivo que ofrece sus servicios.*

k) *Utilizar medios o contenidos contrarios a la dignidad de las personas, de la Abogacía o de la Justicia.*