
Introducción al régimen jurídico de la publicidad

PID_00172339

Sandra Vilajoana Alejandre

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 8 horas



**Sandra Vilajoana Alejandre**

Doctora en Comunicación y Humanidades por la Universidad Ramon Llull (URL), licenciada en Publicidad y Relaciones Públicas por la URL y en Derecho por la Universidad de Barcelona. Desde 2006 es profesora de los Estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación de la UOC e imparte, como profesora asociada, la asignatura de Derecho de la comunicación en la Facultad de Comunicación y Relaciones Internacionales Blanquerna, de la URL.

Cuarta edición: febrero 2017
© Sandra Vilajoana Alejandre
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2017
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Diseño: Manel Andreu
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción	5
Objetivos	7
1. El régimen jurídico de la publicidad	9
1.1. La actividad publicitaria: concepción profesional frente a concepción legal	9
1.2. Marco normativo de la actividad publicitaria	12
1.2.1. Legislación europea	12
1.2.2. Legislación española	16
1.2.3. Legislación autonómica	20
1.2.4. Legislación local	21
2. El derecho de la publicidad	23
2.1. Los sujetos de la actividad publicitaria	23
2.1.1. El anunciante	24
2.1.2. La agencia de publicidad	25
2.1.3. Los medios	25
2.1.4. Los destinatarios	27
2.2. La contratación publicitaria	28
2.2.1. El contrato de publicidad	30
2.2.2. El contrato de creación publicitaria	32
2.2.3. El contrato de difusión publicitaria	33
2.2.4. El contrato de patrocinio	34
2.3. Supuestos de publicidad ilícita	35
2.3.1. La publicidad que vulnere los principios de la Constitución	36
2.3.2. La publicidad que vulnere la especial protección del menor	38
2.3.3. La publicidad subliminal	39
2.3.4. La publicidad contraria a las normas especiales	40
2.3.5. La publicidad engañosa	42
2.3.6. La publicidad desleal	57
2.3.7. La publicidad agresiva	61
2.4. Otras tipologías publicitarias	66
2.4.1. La publicidad comparativa	67
2.4.2. La publicidad de tono excluyente	69
2.4.3. La publicidad testimonial	70
2.4.4. La publicidad indirecta	72
2.5. Consecuencias jurídicas de la publicidad ilícita	74
2.5.1. Acciones derivadas de la publicidad ilícita	75

2.5.2. Aspectos procedimentales	80
2.6. La regulación de los códigos de conducta	81
3. El sistema de autorregulación publicitaria.....	83
3.1. Concepto y elementos constitutivos	83
3.2. El sistema español de autorregulación publicitaria	85
3.2.1. El Código de conducta publicitaria (Autocontrol)	88
3.2.2. El Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva (confianza online)	89
3.2.3. Los códigos sectoriales	91
Resumen.....	93
Ejercicios de autoevaluación.....	95
Solucionario.....	97
Abreviaturas.....	98
Bibliografía.....	99

Introducción

En la sociedad actual, estamos expuestos diariamente a multitud de impactos publicitarios. Mientras vemos la televisión, escuchamos la radio, leemos la prensa o navegamos por Internet, la publicidad asoma entre el contenido de los medios de comunicación ya sea en formato de *spot*, de *cuña*, de publicidad gráfica, *banners*, ventanas emergentes en la Red, etc. Pero la actividad publicitaria va más allá de los tradicionales medios de comunicación y se manifiesta a través de múltiples y variados medios como el exterior (lonas, luminosos, transporte, etc.), el cine, los dispositivos móviles o los actos deportivos, entre otros. Una acción publicitaria puede impactar, por tanto, en miles o, incluso, en millones de personas. Este será, en ocasiones, el principal objetivo del anunciante que contrata a una agencia de publicidad para que elabore una campaña publicitaria.

Los sujetos que intervienen en la actividad publicitaria tienen, por tanto, la responsabilidad derivada de elaborar y difundir un mensaje, generalmente persuasivo, a un público masivo. Y todo ello en el contexto de una economía de mercado en la que, además de los intereses de los consumidores o usuarios, entran en juego los principios reguladores de la libre competencia.

Ante este escenario, para cualquier profesional de la publicidad resulta imprescindible conocer el marco jurídico que delimita el ejercicio de su actividad. Conscientes de ello, en este módulo abordaremos, de una manera introductoria, las principales normas jurídicas de la publicidad, los principios básicos que de ellas se derivan y analizaremos, también, aquellos aspectos de otras disciplinas del derecho que confluyen en los procesos de la actividad publicitaria.

En este punto, queremos destacar dos consideraciones previas al estudio de este módulo. En lo referente al estilo, tan sólo recordar que éste pretende alejarse de los tecnicismos propios de la disciplina jurídica con el objetivo de facilitar a los futuros profesionales de la comunicación un marco jurídico claro y comprensible para la actividad publicitaria.

Por otra parte, los contenidos del módulo se han estructurado en base a la secuencia temporal típica del proceso publicitario. Esto es, en lugar de abordar el contenido básico de la legislación en el orden que ésta propone, se ha optado por una estructura coherente con los objetivos del módulo.

Así, en la parte inicial del módulo describiremos el concepto jurídico de publicidad y las diferentes normas que regulan la actividad, clasificadas en base al sistema de fuentes del derecho según las autoridades que las originan (europeas, estatales, autonómicas e, incluso, locales).

El contenido esencial del módulo, que profundiza en el régimen general del derecho de la publicidad, se estructura según un criterio funcional análogo, como decíamos, a las fases típicas del proceso publicitario. Así, comenzaremos por delimitar los sujetos implicados, siempre desde el punto de vista jurídico, en la actividad publicitaria; y el siguiente paso será abordar las particularidades propias de la contratación publicitaria, como elemento previo al diseño, elaboración y difusión de la campaña. Toda creación publicitaria deberá ceñirse a la legalidad vigente y, para ello, los profesionales deberán conocer los supuestos de publicidad ilícita recogidos en la ley y las particularidades propias de determinadas tipologías publicitarias, lícitas siempre que cumplan unos determinados requisitos, como es el caso, entre otras, de la publicidad comparativa. Y ya en la fase de difusión de la publicidad, conviene conocer las posibles consecuencias jurídicas derivadas del ilícito publicitario, quién puede interponer una acción judicial, ante qué órganos, con qué objetivos, etc.

Finalmente, a pesar de no pertenecer al ámbito estrictamente jurídico, esbozaremos las características propias del sistema español de autorregulación publicitaria, dada su relevancia en el ámbito profesional de la publicidad. Sin esta referencia, consideramos que el marco regulador de la publicidad no se vería debidamente completado desde un punto de vista práctico.

Objetivos

Tras la lectura y estudio de este módulo didáctico, se deberían alcanzar los siguientes objetivos:

- 1.** Conocer y comprender los límites jurídicos de la actividad publicitaria.
- 2.** Conocer los principios generales que conforman el derecho de la publicidad en España.
- 3.** Conocer las normas jurídicas que regulan los diferentes ámbitos y sectores de la actividad publicitaria.
- 4.** Conocer y comprender las responsabilidades que se derivan de la publicidad ilícita.
- 5.** Conocer las particularidades propias del sistema de autorregulación publicitaria y sus procedimientos asociados.

1. El régimen jurídico de la publicidad

La publicidad, considerada como una técnica comunicativa de carácter autónomo, es una de las actividades económicas más reguladas. Su incidencia en el mercado y, sobre todo, la necesidad de velar por la protección de los consumidores y usuarios, público objetivo de la comunicación publicitaria, así lo exigen. Por ello, en torno a la publicidad se ha desarrollado un marco legislativo en el que podemos diferenciar dos grandes tipos de normas: por una parte, aquellas que tienen por objetivo regular la actividad publicitaria en general o aspectos directamente vinculados a ella y, por otra, un sinnúmero de normas sectoriales, mucho más específicas, que incorporan a sus articulados la regulación de aspectos concretos en relación a la publicidad de sus bienes o servicios. Todas estas normas que regulan, directa o indirectamente, la actividad publicitaria conforman el régimen jurídico de la publicidad.

1.1. La actividad publicitaria: concepción profesional frente a concepción legal

Desde el punto de vista del marketing y de la comunicación empresarial, la publicidad es una de las técnicas más empleadas por empresas e instituciones para hacer llegar sus mensajes a sus públicos objetivo.

Los académicos y profesionales del sector definen la **publicidad** como aquella comunicación persuasiva y/o informativa sobre los productos, servicios, marcas, etc., de un anunciante, por medio, fundamentalmente, de anuncios suscritos y pagados por el anunciante, con el objetivo de incidir directa o indirectamente en los comportamientos de compra y de consumo de los públicos a los que se dirige (Termcat, 1999).

A partir de esta definición general de publicidad, en la práctica profesional podemos distinguir diferentes tipologías publicitarias según el emisor del mensaje, los objetivos publicitarios, el producto, la argumentación del mensaje, etc. Una de las tipologías publicitarias más relevantes se basa en la distinción entre medios convencionales y medios no convencionales, también conocidos por la denominación inglesa *bellow the line*. En base a esta distinción, entendemos por **publicidad convencional** la que utiliza los medios de comunicación tradicionales (televisión, prensa, revistas, radio, Internet, publicidad exterior y cine) para la difusión de sus mensajes. Mientras que por **publicidad no convencional**, o *bellow the line*, entenderemos aquella que utiliza medios no convencionales para difundir sus mensajes, como, por ejemplo, el patrocinio, el marketing directo, la publicidad en el punto de venta, en ferias y expo-

Anuncio

Un anuncio es un mensaje publicitario difundido en cualquier formato y a través de cualquier medio.

siones, en anuarios, guías y directorios, etc. Esta clasificación resulta básica para comprender el alcance del concepto de publicidad desde el punto de vista profesional, en general, y desde el de la inversión en medios, en particular.

Al objeto de nuestro estudio, la concepción jurídica de la publicidad queda recogida en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP).

Artículo 2 LGP

"A los efectos de esta ley, se entenderá por publicidad: toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el 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."

Del análisis del contenido de esta definición podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) En su artículo 2, la LGP propone un concepto amplio de publicidad, al entender como tal "toda forma de comunicación". No obstante, conviene mencionar que, en el artículo 7 de la LGP, el mismo legislador puntualiza que lo dispuesto en el título III de la ley, relativo a la contratación publicitaria, "será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2". Con esta afirmación, el legislador reconoce que el concepto jurídico de publicidad excluye ciertas actividades consideradas como publicitarias en la práctica profesional.

b) En cuanto al emisor del mensaje, la ley contempla como anunciante a cualquier persona física o jurídica, pública o privada, ahora bien, siempre que estos sujetos actúen en "el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional". De este modo, el concepto de anunciante se restringe a los efectos de la LGP a los empresarios en general, los artesanos y los profesionales liberales (abogados, médicos, arquitectos, etc.). La ley concibe, por tanto, el mensaje publicitario sólo como instrumento de una actividad empresarial, artesanal o profesional. Con esta matización se excluye del concepto legal de publicidad, por ejemplo, la denominada publicidad institucional, con la excepción que comentaremos a continuación.

c) Por último, en cuanto a la finalidad que motiva al emisor, la LGP establece el requisito de que la publicidad se realice "con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación". Ello conlleva, por una parte, que la LGP extienda su ámbito de aplicación a aquellos mensajes o medios que puedan promover indirectamente la contratación, como por ejemplo una campaña publicitaria de carácter sectorial o una acción de patrocinio. Por otra parte, el requisito de promover la contratación restringe el concepto jurídico de publicidad a la denominada "publicidad económica", excluyendo otras manifesta-

ciones publicitarias de gran relevancia para el sector profesional como es el caso de la mencionada publicidad institucional, siempre que ésta no tenga como objetivo promover la contratación, o la propaganda.

Llegados a este punto, en base a los requisitos detallados, conviene diferenciar el concepto jurídico de publicidad de otras disciplinas afines a las que no les será aplicable el régimen general de la LGP: la publicidad institucional, la propaganda y ciertas actividades de relaciones públicas como la *publicity*.

Al objeto de su exclusión del régimen jurídico general, por **publicidad institucional** entenderemos aquella publicidad realizada por un organismo público con el objetivo, no comercial, de concienciar o sensibilizar a la población sobre cuestiones de amplio alcance social o, simplemente, con el objetivo de acercar su imagen a los ciudadanos. La publicidad institucional se aleja, por tanto, del tipo de actividades y de la finalidad que exige la LGP en su concepto de publicidad, salvo en aquellos casos en los que responda a un objetivo comercial.

Por su parte, la propaganda es otro tipo de comunicación persuasiva que, claramente, no responde al objetivo de promover la contratación. La **propaganda** puede definirse como una comunicación persuasiva de carácter ideológico cuyo fin real o aparente es el de difundir tal ideología (política, religiosa, etc.) para captar adeptos. Por tanto, a pesar de compartir con la publicidad su carácter informativo y persuasivo y algunos de sus medios, difiere de ésta en su objetivo; por ello, sus límites jurídicos habrán de buscarse en la normativa específica que regule los distintos tipos de actividad.

No obstante, conviene reiterar en este punto que, a pesar de no estar sometidas al régimen general de la LGP, según lo dispuesto en su artículo 7, la publicidad institucional y a la propaganda, deberán someterse a las disposiciones de esta norma relativas a la contratación.

Finalmente, algunos autores consideran relevante discernir entre el concepto jurídico de publicidad económica y una de las actividades específicas de las relaciones públicas: la *publicity*.

Las relaciones públicas son otra disciplina de la comunicación al servicio de empresas e instituciones para hacer llegar sus mensajes a sus públicos objetivo. Por **relaciones públicas**, entenderemos aquel programa deliberado, planificado y sostenido que comprende un conjunto de decisiones y acciones de comunicación que tiene por objetivo establecer y mantener un clima de confianza mutua y de relación positiva entre una persona o una organización y sus públicos (Termcat, 1999).

De esta definición general puede deducirse que, a diferencia de la publicidad, las relaciones públicas no tienen como único y principal objetivo el de promover la contratación. Además, como veremos posteriormente, la publicidad

Publicidad institucional

La regulación de la publicidad institucional se recoge en la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional. Esta ley regula el contenido de los mensajes, dispone de garantías frente a las campañas institucionales que incumplan los mandatos y establece mecanismos de planificación, coordinación y control de la publicidad institucional que desarrolla la Administración General del Estado.

Propaganda política

La regulación de la propaganda política se encuentra en el articulado de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, concretamente en el capítulo VI del título I que versa sobre el procedimiento electoral.

se caracteriza por difundir sus mensajes mediante la compra de espacios concretos, tarifados y perfectamente identificados en los diferentes medios de comunicación. Las relaciones públicas, por su parte, también pueden utilizar los medios de comunicación para difundir sus mensajes, pero lo harán sin mediar ningún tipo de contraprestación económica entre las partes, puesto que el "espacio" de las relaciones públicas en los medios nunca será concreto, ni tarifado, ni identificado. El resultado de la actividad de relaciones públicas en los medios se denomina *publicity*, esto es, la información que un medio de comunicación difunde sobre acontecimientos o actividades de una organización mediante noticias que no suscribe la organización sino el medio de comunicación, que es quien controla el mensaje, y que suele ser el eco informativo de una acción de comunicación de la organización (Termcat, 1999).

Al no compartir las características esenciales de la publicidad, la actividad de relaciones públicas quedará, en todo caso, excluida del ordenamiento jurídico de la publicidad.

1.2. Marco normativo de la actividad publicitaria

A continuación, tras delimitar el concepto jurídico de publicidad, definiremos el marco normativo de la actividad publicitaria. De este modo, realizaremos una recopilación de las principales normas jurídicas que regulan la publicidad en base a la teoría de las fuentes de derecho según la clasificación de las autoridades que las originan. Para ello, partiremos de las normas de la Unión Europea, de aplicación en todos los Estados miembros, y continuaremos con la legislación estatal en material de publicidad (que incorpora o transpone –en lenguaje jurídico– los principios comunitarios) en un recorrido que concluirá con una referencia a la legislación autonómica y local que también regula o incide en aspectos relevantes para el profesional de la publicidad.

1.2.1. Legislación europea

La adhesión de España a la Comunidad Europea (CE), en 1986, motivó la necesidad de actualizar la legislación española en aquellas materias en que debía ser armonizada con la comunitaria. Y la publicidad fue una de esas materias, puesto que ya en 1984 se había aprobado la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa (ya derogada), que exigía una armonización de las legislaciones de los países miembros en materia de publicidad engañosa. Fruto de esta necesidad de armonización, España aprobaría en 1988 la nueva LGP.

Desde entonces, la Unión Europea (UE) ha seguido promulgando directivas que afectan, directa o indirectamente, a la actividad publicitaria. Ello encuentra una clara justificación en la creación efectiva del "mercado único" europeo. Y es que, ya en 1957, la entonces denominada Comunidad Económica Europea (CEE) surgió en base a la idea de un mercado común en el que personas, bienes y servicios pudieran circular libremente entre los Estados miembros. La libre circulación de mercancías conlleva que un producto o servicio se pueda comercializar o prestar en igualdad de condiciones en el mercado único y que, en base a un criterio de eficiencia o de coherencia con su imagen de marca, los anunciantes, cada vez más, decidan difundir una misma campaña publicitaria en varios Estados miembros.

Cuando la publicidad rebasa las fronteras de los Estados miembros, pasa a tener una incidencia directa en el buen funcionamiento del mercado interior y exige una unificación de las legislaciones en aras a los principios básicos de libre competencia y protección de los consumidores y usuarios.

A continuación, recopilaremos las principales disposiciones comunitarias en materia de publicidad junto a una breve descripción de su alcance y contenido; un contenido que en gran parte ya ha sido incorporado al derecho español en cumplimiento de los plazos de transposición recogidos en las mismas.

La **Directiva 2006/114/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre del 2006, **sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa** es la normativa europea que recoge los principios básicos que deben regir la actividad publicitaria en todos los Estados miembros.

La Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa deroga la primera Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa, así como sus sucesivas modificaciones, entre las que destacó la Directiva 97/55/CE del Parlamento y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, que vino a incorporar al texto de 1984 la regulación de la publicidad comparativa que, tras un largo debate legislativo en el seno de la UE y en aras al principio de libre competencia, pasó a considerarse lícita siempre que cumpla unos determinados requisitos.

La Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa es un texto breve, compuesto por doce artículos de carácter general y que persigue un doble objetivo: por un lado, proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus posibles consecuencias y, por el otro, establecer las condiciones que debe cumplir la publicidad comparativa para ser considerada lícita. Nótese que el texto no menciona explícitamente la protección de los consumidores, a pesar de que ella pueda considerarse implícita en la mayor parte de su articulado. El legislador ha optado por incluir la protección de los consumidores como finalidad primordial de otra de sus normas: la Directiva

El mercado único

Cuando se eliminan los obstáculos al comercio en el marco de la UE, un mayor número de empresas pueden competir entre sí, bajan los precios y el consumidor ve ampliada su posibilidad de elección.

La publicidad comparativa

Este tipo de publicidad fue considerada ilícita durante años en algunos países de Europa, como Alemania, por considerarla una práctica que entrañaba una denigración y, por ello, debía ser considerada desleal. Por el contrario, en Estados Unidos, la publicidad comparativa es una modalidad que ha sido tradicionalmente aceptada.

2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo del 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores en el mercado interior, cuyo articulado también recoge algunas referencias a las prácticas publicitarias desleales.

En cuanto a su contenido, la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa establece los conceptos básicos de las diferentes tipologías de publicidad, recogidos en la LGP, a la vez que dispone los principios básicos que deben adoptar los Estados miembros para reprimir la publicidad engañosa y velar por la licitud del resto de prácticas publicitarias. La directiva otorga cierta flexibilidad a los Estados para asegurar una protección más amplia en materia de publicidad engañosa mediante una regulación interna más restrictiva. Ello no será extensible en materia de publicidad comparativa, cuyos principios generales no podrán ser alterados en su transposición al derecho interno de cada uno de los Estados miembros.

La otra norma europea que contiene disposiciones de alcance general, en este caso, sobre la publicidad en el medio televisivo, es la **Directiva 2010/13/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (conocida como **Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual**).

La Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual tiene como finalidad principal armonizar las legislaciones de los Estados miembros en aquellas materias que afectan a las actividades audiovisuales entendidas en un sentido amplio. De este modo, con las modificaciones introducidas, los servicios de comunicación audiovisual incluyen, además de la radiodifusión televisiva, los servicios de comunicación audiovisual a petición derivados de la difusión de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y de la evolución tecnológica de los modelos de negocio; por último, pueden incluir también la denominada "comunicación comercial audiovisual".

En materia publicitaria y bajo el concepto general de comunicación comercial audiovisual, la **Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual** define y/o regula las siguientes actividades: la publicidad televisiva, la comunicación audiovisual encubierta, el patrocinio, la televenta o el siempre cuestionado emplazamiento de producto o *product placement*.

Además de las mencionadas actividades publicitarias, la directiva regula, con carácter general, el contenido, la producción y la difusión de los servicios de comunicación audiovisual prestados en los Estados, la protección de los menores en las actividades de radiodifusión televisiva, así como el derecho a réplica o medidas equivalentes.

Por lo que respecta a la **normativa específica**, esto es, disposiciones que regulan la actividad publicitaria de determinados sectores de actividad que, por sus especiales características, requieren de una regulación propia, destacaremos dos directivas.

En primer lugar, la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre del 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, modificada, entre otras, por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo del 2004, coincidiendo con la adhesión de diez nuevos países a la UE. Esta reforma de la legislación farmacéutica europea respondió al objetivo de mejorar las garantías de los medicamentos e impulsar la consecución de un mercado interior en el sector mediante la agilización y mejora de los procedimientos.

El articulado de la **Directiva 2001/83/CE** que **establece un código comunitario de medicamentos de uso humano** regula, en sus títulos VIII y VIII bis, la publicidad de los medicamentos, puesto que integra en su contenido las disposiciones de la anterior Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos de uso humano, ya derogada.

Por último, el legislador europeo consciente, por un lado, de los riesgos que comporta el consumo de los productos de tabaco para la salud humana y, por otro, del alcance transfronterizo de algunas actividades publicitarias y de patrocinio, consideró necesario aprobar una normativa de alcance general para aproximar la legislación de los diferentes Estados miembros en la materia.

Así, la **Directiva 2003/33/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo del 2003, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros **en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco**, regula de manera breve y concisa, mediante sólo diez artículos, la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco que traspasen las fronteras de los Estados miembros.

1.2.2. Legislación española

El ordenamiento jurídico español presenta la peculiaridad de disponer de una ley que regula, con carácter general, la actividad publicitaria. Y ello es así desde 1964, año en el que se promulgó la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprobó el Estatuto de la publicidad, un completo texto integrado por setenta y un artículos, ya derogado.

En 1988, dos años después de la adhesión de España a la CE, fruto, entre otros, del compromiso de armonizar la legislación española con la comunitaria, se aprobó la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, **General de Publicidad**, que derogó íntegramente el anterior Estatuto de la publicidad y cualquier otra disposición que se opusiera a su contenido. De este modo, la nueva LGP también se adaptaba al nuevo marco jurídico estatal establecido en la Constitución española de 1978, norma fundamental del Estado a la que están sujetos todos los ciudadanos y, también, los poderes públicos.

Durante más de veinte años, la LGP ha sido la norma de referencia en materia de regulación general de la actividad publicitaria. Y ello, a pesar de que desde 1991 la Ley 3/1991, de 10 de enero, **de Competencia Desleal (LCD)** vino a regular, en paralelo, algunos supuestos como la publicidad engañosa, la publicidad denigratoria o la publicidad comparativa, junto a un régimen de acciones por competencia desleal paralelo, también, a las acciones por publicidad ilícita recogidas en la LGP. Así, la posibilidad de que un mismo supuesto de hecho pudiera ser calificado simultáneamente como publicidad ilícita y acto de competencia desleal, unido a la existencia de un régimen específico de acciones en cada uno de los textos legales mencionados, había provocado situaciones de notable inseguridad jurídica (Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, 2010).

Recientemente, la promulgación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, **por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios**, ha venido a racionalizar el derecho español contra la competencia desleal y a intentar, también, eliminar el problema de la duplicidad de regulación de ciertos supuestos publicitarios.

La Ley 29/2009 es consecuencia directa de la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/29/CE, relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Así, la Ley 29/2009 nace con el propósito de integrar, de manera coherente, la legislación protectora de los consumidores en la regulación del mercado.

Ahora bien, como apunta el profesor Anxo Tato, la Ley 29/2009 no se limita a incorporar al ordenamiento español la citada Directiva, puesto que el legislador español ha aprovechado la ocasión para intentar eliminar las situaciones de conflicto entre la LGP y la LCD antes mencionadas.

Así, por un lado, la Ley 29/2009 reforma el régimen sustantivo de la publicidad ilícita; de modo que la LGP ha pasado a tipificar sólo aquellos supuestos de publicidad ilícita que no se encuentran tipificados en la LCD, tales como, por ejemplo, la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o la publicidad subliminal. De modo que la LGP remite en bloque a lo dispuesto en la LCD en materia de tipificación de otras modalidades de publicidad ilícita como la publicidad engañosa, la publicidad denigratoria o la publicidad comparativa que no cumpla con los correspondientes requisitos de licitud. De esta manera, los cambios introducidos por la Ley 29/2009 evitan que estos supuestos se vean sometidos a su, hasta ahora, doble tipificación.

En segundo lugar, la Ley 29/2009 unifica el régimen de acciones por publicidad ilícita. Para ello, ha suprimido las tradicionales acciones por publicidad ilícita recogidas en la LGP y establece, en la propia LGP, una remisión en bloque al régimen de acciones por competencia desleal previstas en la LCD.

En la actualidad, y tras los cambios introducidos por la Ley 29/2009, podemos afirmar que la LGP y la LCD, establecen un régimen jurídico general para la actividad publicitaria en España y, a su vez, derivan a la normativa especial la regulación de la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

La LGP ha pasado a ser, en la actualidad, un texto integrado por 22 artículos cuyo contenido se distribuye en tres títulos: tras establecer, en su título I, unas breves disposiciones generales que incluyen el concepto de publicidad, el título II recoge las diferentes tipologías de publicidad ilícitas; detalla los productos, los bienes, las actividades y los servicios cuya publicidad se regirá por normas especiales y remite a la LCD en materia de acciones judiciales frente a la publicidad ilícita; finalmente, en su título III, dedicado a la contratación, la LGP establece las especialidades de los contratos publicitarios que, a juicio del legislador, destacan sobre el fondo común de la legislación civil y mercantil.

Ahora bien, como hemos apuntado, desde enero del 2010 el artículo 1 de la LGP establece que la publicidad se regirá no sólo por el contenido de la propia LGP y la normativa especial que regula determinadas actividades publicitarias, sino también por aquello establecido en la LCD.

La LCD es un texto integrado por 39 artículos cuyo contenido se distribuye en cinco capítulos: el capítulo I recoge, a modo de disposiciones generales, la finalidad y el ámbito, objetivo y subjetivo, de esta ley; tras establecer una

cláusula general que recoge los elementos que deberán concurrir para que una conducta pueda ser considerada desleal, en su capítulo II el texto tipifica los diferentes actos de competencia desleal de carácter general; en su nuevo capítulo III, la LCD introduce un grupo de supuestos de hecho que se tipifican expresamente como prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios; por su parte, el capítulo IV establece las diferentes acciones que podrán ejercitarse contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita; por último, en su nuevo capítulo V, la LCD incorpora la regulación de los códigos de conducta que, con pleno respeto a las normas sobre competencia, deben contribuir a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de conflictos.

Cabe destacar en este punto que la principal modificación que ha introducido la Ley 29/2009 en el contenido de la LCD es la inclusión del nuevo grupo de supuestos de hecho tipificados, expresamente, como prácticas desleales con los consumidores. Esta modificación, que tiene su origen en la Directiva 2005/29/CE, supone, en opinión de la doctrina, una clara fragmentación del derecho contra la competencia desleal y, por ello, ha merecido ya numerosas críticas. En primer lugar, porque rompe la unidad sistémica de un sector que, con carácter general, nunca había hecho depender la calificación de una conducta como desleal en función de sus destinatarios. En segundo lugar, porque implica el sometimiento de determinadas prácticas a un doble régimen jurídico, de manera que, sin ir más lejos, los actos de engaño, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas podrán ser calificadas, bien como actos de competencia desleal de alcance general, bien como prácticas desleales con los consumidores. No obstante, la mencionada fragmentación de la LCD carece de trascendencia en materia de las acciones que se pueden emprender frente a los actos de competencia desleal o de legitimación activa para interponerlas (Tato Plaza, 2010). En cambio, el doble régimen sí genera consecuencias relevantes en cuanto a la innecesaria complejidad de los mecanismos de aplicación de la norma que no entraremos a detallar por alejarse en exceso de los objetivos de este módulo de carácter introductorio.

Ved también

En el apartado 2, dedicado al derecho de la publicidad, profundizaremos en el contenido de las dos leyes de referencia que, como hemos expuesto, regulan de manera general la actividad publicitaria.

Otras modificaciones de la LGP

Desde la fecha de su promulgación, en 1988, el contenido de la LGP se ha visto afectado por la aprobación de cinco normas que han venido a modificar, parcialmente, su contenido:

- La Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, derogó los preceptos que establecían algunas especialidades procesales en materia de publicidad.
- La Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diferentes directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, entre otros cambios, introdujo un artículo 6 bis que estableció los requisitos de la publicidad comparativa.
- La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que incorporó a la LGP el supuesto específico de publicidad ilícita de aquellos anuncios que utilicen la imagen de la mujer de modo vejatorio

o discriminatorio, y también matizó algunos aspectos del proceso de solicitud de la acción de cesación o rectificación en estos supuestos.

- La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de productos del tabaco, derogó la referencia a los productos del tabaco contenida en el artículo 8 de la LGP.
- Por último, la mencionada Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, modificó numerosos artículos de la LGP y derogó íntegramente el título IV referido a la acción de cesación y rectificación de la publicidad ilícita y otras cuestiones procesales asociadas.

Ahora bien, como hemos comentado, la propia LGP dispone que el régimen general de la publicidad puede (y debe) coexistir con otros regímenes especiales que, referidos a determinadas materias y/o sectores de actividad, contienen preceptos relativos a la publicidad. De ahí la multitud de normas jurídicas que regulan, directa o indirectamente, la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. Baste citar, a modo de ejemplo, la normativa que regula la publicidad de productos alimenticios, dietéticos y farmacéuticos, la publicidad financiera, la publicidad institucional, la relativa a los juegos de suerte, envite o azar, la publicidad inmobiliaria, la referida a la conservación del medio ambiente o del patrimonio artístico, o la que regula determinadas tipologías publicitarias como la publicidad exterior, la publicidad directa y la publicidad aérea, entre otras. Conviene matizar que, en muchos casos, estas disposiciones, dada la concreción de su ámbito de aplicación, no emanan del poder legislativo y, por tanto, adoptan la forma de decretos, órdenes ministeriales e, incluso, circulares elaboradas por el poder ejecutivo.

Finalmente, cabe destacar que, además del régimen general y especial que regula la publicidad, en el ordenamiento jurídico español existen otras leyes que regulan materias que podemos considerar afines a la publicidad. Estas normas complementan, en determinados aspectos, el régimen general de la publicidad. Entre ellas, destacan:

- La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
- La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
- La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y el Reglamento que la desarrolla (aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD).
- El Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

Lectura recomendada

La obra *Código de Publicidad*, de los profesores Carlos Lema Devesa y Jesús Gómez Montero, recoge un exhaustivo compendio de la normativa de carácter especial que regula la actividad publicitaria en España.

1.2.3. Legislación autonómica

En el marco del Estado de las autonomías configurado por la Constitución española, cada una de las diecisiete comunidades autónomas se rige por su propio Estatuto de autonomía. De este modo, las comunidades autónomas tienen conferidas competencias sobre determinadas materias y las consiguientes potestades para desempeñarlas.

De los diecisiete estatutos actualmente en vigor, nueve mencionan expresamente la publicidad como materia sobre la que las comunidades tienen potestad: en seis de ellos esta potestad es legislativa y, en los otros tres, de ejecución. En los ocho estatutos restantes, no se establece una referencia directa a la publicidad, aunque sí se mencionan algunas materias conexas como el comercio interior o la defensa de los consumidores (De la Cuesta Rute, 2002).

No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha venido a confirmar que, incluso en el caso en el que la comunidad autónoma disponga de potestad legislativa, el principio de unidad de mercado recogido en la Constitución ha de prevalecer y actúa como límite a las potestades de las comunidades. Por ello, la legislación autonómica deberá ajustarse siempre al contenido de la LGP y de la LCD, aunque podrá desarrollar y concretar algunos de sus principios.

De este modo, encontramos un amplio conjunto de normas de alcance autonómico que concretan y/o matizan aspectos de los regímenes especiales de la publicidad para determinadas materias y/o sectores de actividad, entre los que destacan, de nuevo, las disposiciones que regulan la publicidad de bienes o servicios relacionados con la salud humana, con la protección de los consumidores, la protección de la infancia y la juventud, con la regulación de los servicios de radiotelevisión autonómica, servicios financieros, publicidad institucional, etc.

Ejemplos

A modo de ejemplo, y con el objetivo de que el profesional de la publicidad constate la conveniencia de consultar este tipo de legislación ante el desarrollo de determinadas campañas, a continuación recopilaremos las principales normas autonómicas que, en algunos de sus preceptos, regulan aspectos concretos de la actividad publicitaria en las comunidades autónomas de Madrid y Cataluña. Conviene precisar que ambos Estatutos de autonomía otorgan competencias legislativas a sus respectivas comunidades en materia publicitaria.

Legislación de la Comunidad Autónoma de Madrid en materia publicitaria

- Ley 1/2008, de 26 junio, de Modernización del Comercio de la Comunidad de Madrid.
- Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorro de la Comunidad de Madrid.
- Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos.
- Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.
- Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego de la Comunidad de Madrid.
- Ley 2/2001, de 18 de abril, de Contenidos Audiovisuales y Servicios Adicionales.
- Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid.

Las normas autonómicas

Las normas autonómicas desplazan a las estatales en aquellas materias en las que la comunidad autónoma es competente, siempre dentro de su alcance y en el ejercicio de la potestad que corresponde a la comunidad.

- Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo en la Comunidad de Madrid.
- Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid.
- Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.
- Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid.
- Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid.

Legislación de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia publicitaria

- Ley 5/2008, de 24 de abril, del Derecho de las Mujeres a Erradicar la Violencia Machista de Cataluña.
- Decreto legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Protección de los Animales.
- Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda.
- Ley 11/2007, de 11 de octubre, de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales.
- Ley 14/2003, de 13 de junio, de Calidad Agroalimentaria.
- Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña.
- Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos.
- Ley 18/2000, de 29 de diciembre, por la que se regula la publicidad institucional.
- Ley 9/2000, de 7 de julio, de la Publicidad Dinámica en Cataluña.
- Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña.
- Ley 12/1998, de 5 de noviembre, de creación del Colegio de Publicitarias y Publicitarios y Relaciones Públicas de Cataluña.
- Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.
- Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de Niños y Adolescentes [...].
- Ley 9/1995, de 27 de julio, de Regulación del Acceso Motorizado al Medio Natural.
- Ley 7/1993, de 30 de septiembre, de Carreteras de la Comunidad Autónoma de Cataluña.
- Decreto Legislativo 1/1993, de 30 de septiembre, sobre Comercio Interior, por el que se aprueba la Refundición en un Texto Único de los Preceptos de la Ley 1/1983, de 18 de febrero, y de la Ley 23/1991, de 29 de noviembre.
- Ley 3/1993, de 5 de marzo, del Estatuto del Consumidor.
- Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cataluña.
- Ley 1/1991, de 27 de febrero, del Régimen Sancionador en Materia de Juego.
- Ley 10/1990, de 15 de junio, sobre Espectáculos, Establecimientos Públicos y Actividades Recreativas.
- Ley 1/1990, de 8 de enero, sobre la Disciplina del Mercado y de Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Ley 20/1985, de 25 de julio, sobre Prevención y Asistencia en Materia de Sustancias que pueden Generar Dependencia.
- Ley 15/1984, de 20 de marzo, que establece las Normas Regulatoras de Juegos de Suerte, Envite o Azar.

1.2.4. Legislación local

A pesar de que la doctrina escasas veces menciona la legislación local como fuente del derecho de la publicidad, en ocasiones, determinadas actividades publicitarias se verán condicionadas por disposiciones emanadas de entes locales como, por ejemplo, las ordenanzas municipales dictadas por los ayuntamientos.

Ello resulta especialmente relevante en aquellas modalidades publicitarias que utilizan el medio exterior como soporte, puesto que cada término municipal o municipio puede haber estipulado, vía ordenanza municipal, su propia normativa para regular, por ejemplo, el uso del dominio público o determinados aspectos de seguridad.

A modo de ejemplo, baste citar lo estipulado al respecto en la legislación autonómica de Cataluña en materia de publicidad dinámica. Así, en el preámbulo de la **Ley 9/2000, de 7 de julio, de Regulación de la Publicidad Dinámica en Cataluña**, se establece que los ayuntamientos podrán ejercer las competencias y funciones que les confiere la legislación municipal, en el marco que determinan las normas estatales y autonómicas en los distintos ámbitos en los que se desarrolla la actividad publicitaria.

Esta afirmación se concretó, posteriormente, a través del Decreto 23/2002, de 22 de enero, por el que se desarrolla el procedimiento para la obtención de licencias para el ejercicio de la publicidad dinámica, los requisitos para su ejercicio y se regula la capacidad sancionadora en esta materia. Con este texto, el legislador establece unos requisitos mínimos a partir de los cuales los diferentes municipios de Cataluña, por medio de la aprobación de ordenanzas municipales, pueden concretar los detalles de las distintas modalidades de publicidad dinámica autorizadas en sus respectivos municipios. Así, el artículo 1 del Decreto 23/2002 relativo a la obtención de licencias para el ejercicio de la publicidad dinámica, establece:

Artículo 1

"a) La administración competente para otorgar licencias relativas al ejercicio de la publicidad dinámica son los ayuntamientos en cuyo término municipal se lleve a cabo esta actividad.

b) El órgano competente para el otorgamiento de licencias a que hace referencia el apartado anterior es el que fijan las ordenanzas municipales y, en su defecto, la presidencia de la corporación."

Este ejemplo, circunscrito al ámbito catalán, pone de manifiesto la importancia de consultar la legislación emanada de las autoridades locales a la hora de diseñar acciones publicitarias que impliquen un uso del espacio exterior.

Publicidad dinámica

La legislación catalana entiende por "publicidad dinámica" aquella modalidad publicitaria en la que el contacto directo con los consumidores tiene más importancia, ya que se practica en zonas y espacios de dominio público. Entre sus modalidades, destacan: la publicidad manual, el reparto domiciliario de publicidad o la publicidad mediante el uso de vehículos.

2. El derecho de la publicidad

A pesar de disponer de una normativa propia de carácter general y de la relevancia que el derecho de la publicidad ha ido adquiriendo en los últimos años, autores de referencia como los profesores Carlos Lema Devesa y José María de la Cuesta Rute coinciden al afirmar que el derecho de la publicidad no tiene un carácter autónomo dentro del ordenamiento jurídico. Así, ambos autores conciben el derecho de la publicidad como una rama del derecho privado, y más concretamente, lo adscriben al derecho mercantil, cuyo objeto general es la regulación del estatuto del comerciante y de las instituciones y relaciones específicamente derivadas del desarrollo de actividades de carácter mercantil.

Conviene aclarar, en este punto, que el concepto de régimen jurídico de la publicidad, abordado en el apartado anterior, engloba el conjunto de normas que se refieren, directa o indirectamente, a la publicidad y que, en su mayoría, pertenecen a diferentes ramas del derecho establecidas por medio de sus propios principios informadores.

El concepto de **derecho de la publicidad** configura la parte fundamental del régimen jurídico de la publicidad, mediante la integración, en una unidad de sentido, de los principios básicos informadores de la disciplina.

A continuación, abordaremos el contenido general del derecho de la publicidad, recogido en la LGP y en la LCD, completándolo, en aquellos aspectos que así lo requieran, con lo establecido en otras disposiciones legislativas complementarias.

2.1. Los sujetos de la actividad publicitaria

La LGP menciona en su articulado, de manera un tanto dispersa, a los sujetos de la actividad publicitaria. Así, en su título I, la LGP tan sólo define, de manera genérica, a los *destinatarios* de la actividad publicitaria, mientras la definición de *anunciante*, *agencia* y *medios de publicidad* la encontramos en el título III de la LGP dedicado a la contratación publicitaria.

A los efectos de la ciencia jurídica la determinación del *sujeto de derecho*, como titular de los derechos y obligaciones correspondientes, resulta de especial importancia en el marco de la relación jurídica publicitaria.

La LGP reconoce como jurídicamente relevante la actividad del emisor de la información (el *anunciante*), la de quien se encarga de elaborar y ejecutar la publicidad (la *agencia*), la del medio que la difunde (el *medio de publicidad*) y, también, al receptor de la misma (los destinatarios); aunque este último no pueda considerarse parte a los efectos de la contratación publicitaria dado su rol pasivo en el proceso.

Además de los sujetos mencionados, en la práctica profesional existen otras figuras no contempladas en la ley y que desempeñan, en ocasiones, un papel relevante en términos de contratación publicitaria, tal sería el caso, como veremos, de las denominadas "centrales de medios".

2.1.1. El anunciante

A los efectos de la LGP, se considera **anunciante** a "la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad" (art. 8).

Esta definición, de carácter general, contiene dos notas relevantes:

a) Por un lado, el concepto jurídico de anunciante engloba a **personas naturales y jurídicas**, de modo que además de las empresas, también tendrán la consideración de anunciante, por ejemplo, las personas físicas que desarrollen una actividad empresarial, comercial, industrial o profesional (art. 2 LGP). A tenor de esta definición y del concepto jurídico de publicidad, a los efectos de la LGP los organismos públicos sólo se consideran anunciantes cuando su publicidad responda al objetivo de promover la contratación. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7, los organismos públicos, independientemente de la finalidad de su publicidad, sí se considerarán anunciantes a los efectos de la contratación y, por tanto, estarán sometidos a lo dispuesto a tal efecto en el título III de la LGP.

b) Por otro lado, la LGP establece como requisito esencial del anunciante el tener un **interés en la difusión de su publicidad**, aunque en muchos casos sea otro su autor material. De modo que, para ser anunciante, el emisor de la comunicación ha de mostrar un interés genérico en la difusión del mensaje que, en virtud del artículo 2, se concretará en el interés de promover, directa o indirectamente, la contratación de sus bienes y/o servicios.

El anunciante es, por tanto, el emisor del mensaje publicitario, sujeto de la contratación publicitaria y principal responsable de la misma, como veremos a la hora de abordar las condiciones generales de la contratación publicitaria.

2.1.2. La agencia de publicidad

A los efectos de la LGP, son **agencias de publicidad** "las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante" (art. 8).

El legislador adopta la terminología propia del sector, y define a las "agencias" de publicidad en base a los siguientes aspectos:

a) El concepto de agencia reconoce a las personas jurídicas y, también, a las personas naturales que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a la publicidad, en una clara referencia a los profesionales liberales o *freelance*.

b) Como requisito esencial de la agencia de publicidad, la LGP destaca su dedicación profesional, lo que implica una dedicación habitual y organizada a la actividad publicitaria.

c) El servicio que presta la agencia de publicidad al anunciante debe consistir en la creación, preparación, programación o ejecución de la publicidad. En la práctica profesional actual, podemos discernir entre la actividad de elaboración del mensaje (que siempre asume la agencia) y la de programar o planificar su posterior difusión (que, en ocasiones, puede ser derivada a las denominadas centrales de compras de medios). El carácter disyuntivo de la enumeración viene a contemplar esta posibilidad.

d) La agencia siempre actúa por cuenta del anunciante que es quien, como hemos visto, tiene un interés en la publicidad.

Nótese que la LGP no exige a las agencias de publicidad ningún requisito especial para su constitución y funcionamiento, aunque algunas comunidades autónomas, como Andalucía, exigen la inscripción en un registro especial para poder operar en su territorio.

2.1.3. Los medios

A los efectos de la LGP, tendrán la consideración de **medios de publicidad** "las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten" (art. 8).

Central de medios

En argot publicitario, por *central de medios* entendemos aquella agencia de publicidad especializada en la estrategia y planificación de medios, en la compra y distribución de espacios y tiempos publicitarios y en el control de inserciones (Termcat, 1999).

Mediante la difusión del mensaje publicitario, el anunciante hace llegar al público objetivo su mensaje. Pero para ello necesita un medio, lo que en términos de comunicación entendemos como un canal compuesto por uno o más soportes de comunicación susceptibles de contener y difundir mensajes publicitarios. Por tanto, en el lenguaje publicitario, el término medio tiene un doble sentido: en términos objetivos, se refiere al soporte material al que se incorpora el mensaje; desde el punto de vista subjetivo, se denomina medio al titular del soporte publicitario.

En términos jurídicos, el análisis de la definición de *medio de publicidad*, en tanto que sujeto de la contratación publicitaria, presenta las siguientes notas características:

a) Desde un punto de vista subjetivo, puede ser medio de publicidad cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, que ostente la titularidad de un medio de comunicación o soporte y que lo explote de manera habitual y organizada para la divulgación de mensajes publicitarios. El requisito de la explotación habitual con fines publicitarios, según lo estipulado en el artículo 17 de la LGP relativo al contrato de difusión, podrá inferirse de la existencia de unas tarifas preestablecidas en las que el medio exprese las condiciones y precios de las inserciones. Nótese en este punto la referencia expresa a las personas públicas como medio de publicidad, en una clara alusión a los medios de comunicación social dependientes del Estado, reconocidos en el artículo 23 de la Constitución. De este precepto constitucional se deriva el principio de no discriminación o igualdad de acceso de los anunciantes a los medios públicos de comunicación; principio que no rige en el caso de los medios de publicidad privados.

b) Desde un punto de vista objetivo, la noción de medio incide en la difusión del mensaje publicitario, acción que, a tenor de la LGP, contempla la inserción del mensaje en el soporte y la posterior actividad técnica necesaria para garantizar su divulgación efectiva al público. Y esta divulgación puede llevarse a cabo mediante dos tipologías de medios publicitarios:

- Por un lado, la ley menciona explícitamente a los medios de comunicación social; esto es, los medios de comunicación tradicionales (televisión, radio, prensa, Internet, etc.), en su mayoría, junto a su propio contenido informativo, emiten mensajes publicitarios.

Medios sin publicidad

Aunque, hasta el momento, de una manera minoritaria, existen determinados medios de comunicación social que excluyen la publicidad de sus contenidos. Tal es el caso de algunos canales temáticos de pago y, recientemente, la aprobación de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española ha prohibido, con carácter general, la emisión de publicidad y la televenta en la televisión pública española.

- Excluidos los anteriores, la LGP denomina "soportes" a los medios cuya actividad es exclusivamente publicitaria. Tal sería el caso, por ejemplo, de la publicidad exterior.

2.1.4. Los destinatarios

En su artículo 2 la LGP define, de manera muy general, a los **destinatarios** de la actividad publicitaria como "las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance".

A los efectos de la LGP, el concepto de destinatarios de la publicidad, más conocidos como público objetivo en lenguaje publicitario, recoge una doble realidad:

- a) Por un lado, la de las personas a las que, intencionadamente, se dirige el mensaje publicitario; desde un punto de vista jurídico, estos destinatarios serán determinantes del sentido que pueda atribuirse al mensaje publicitario en la aplicación de las normas reguladoras del contenido del mensaje.
- b) Y, por otro, al de las personas que llegan a recibir el mensaje, esto es, las auténticas receptoras del mismo; puesto que, dado el alcance generalista de los principales medios de publicidad, el mensaje publicitario alcanza a personas no contempladas inicialmente como público objetivo; a efectos jurídicos, estos destinatarios son especialmente relevantes en materia de protección de sus legítimos intereses.

A efectos de la consideración de los destinatarios de la publicidad como sujetos publicitarios, esto es, como titulares de derechos y obligaciones derivados de la legislación publicitaria, entendemos que los destinatarios de la publicidad, en sentido abstracto, no podrán ser considerados sujetos publicitarios, dada su indeterminación y el hecho de quedar al margen de la relación contractual publicitaria.

Ahora bien, como afirma Santaella (2003), un destinatario determinado, en la doble situación de posible receptor o receptor efectivo del mensaje publicitario, sí tendrá la condición de sujeto publicitario cuando alguno de sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por la comunicación publicitaria. En tal caso, como se apunta en la LGP, el destinatario de la publicidad se encontrará legitimado para ejercitar las acciones legales pertinentes.

Mención especial merecen, a estos efectos, las *asociaciones de consumidores y usuarios*. Sobre ellas, la doctrina mayoritaria considera el concepto de destinatario de la publicidad técnicamente superior al de consumidor, puesto que no toda la publicidad tiene por objeto promover la contratación de bienes y servicios destinados al consumo.

2.2. La contratación publicitaria

La LGP dedica su título III, el más extenso en número de artículos, a regular el régimen especial que debe regir en las relaciones entre los sujetos de la contratación publicitaria: anunciantes, agencias y medios.

Según el Código civil (CC), la norma de referencia en materia de contratación en España, el contrato existe desde que una o varias personas deciden voluntariamente obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1254, CC). En materia publicitaria el anunciante, habitualmente, requiere los servicios de la agencia para dar forma publicitaria a sus mensajes y también requiere el uso de un medio o soporte de titularidad ajena para hacer llegar la publicidad a sus públicos objetivo.

En base a las relaciones contractuales típicas que se establecen entre los diferentes sujetos, la LGP establece las cuatro tipologías de contrato publicitario que analizaremos en los siguientes apartados del temario:

- El contrato de publicidad.
- El contrato de creación publicitaria.
- El contrato de difusión publicitaria.
- El contrato de patrocinio.

Ahora bien, antes de abordar las particularidades de estos contratos, conviene mencionar las **disposiciones** que, **con carácter general**, dispone la LGP y que serán aplicables a todos los tipos de contrato publicitario.

En primer lugar, la LGP establece, en su artículo 7, que los contratos publicitarios se registrarán, en primera instancia, por lo dispuesto en su título III y, en su defecto, por las reglas generales del derecho común. De este modo, en los aspectos no recogidos en la LGP se aplicará lo dispuesto en materia contractual en las normas de carácter mercantil (el Código de Comercio) o civil (el Código civil), según el carácter mercantil, o no, de los sujetos publicitarios implicados, y también según la tipología de contrato.

Conviene destacar, en este punto, que el mismo artículo 7 afirma que lo dispuesto en el **título III de la LGP** será de **aplicación a todos los contratos publicitarios**, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2. Así, sólo en materia contractual, la LGP podrá aplicarse a las denominadas figuras afines a publicidad: propaganda, publicidad institucional, etc. No obstante, el legislador excluye del ámbito de aplicación de

Ejemplo

En materia de forma, en ausencia de regulación específica por parte de la LGP, se entenderá de aplicación el principio de libertad de forma recogido en el artículo 51 del Código de comercio.

la LGP aquellos contratos no tipificados como publicitarios que puedan ser necesarios para llevar a cabo la actividad publicitaria. Tal sería el caso de, por ejemplo, de los contratos de cesión de derechos de imagen con fines publicitarios.

En una clara relación con lo dispuesto en materia de publicidad engañosa, y más concretamente de la publicidad denominada por la doctrina como encubierta, el artículo 9 de la LGP impone a los medios de difusión la obligación de deslindar, perceptiblemente, las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán, asimismo, desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios. Con esta obligación de carácter contractual, el legislador refuerza la ilicitud de las prácticas publicitarias que, mediante su presentación, puedan inducir a error a los destinatarios.

En su artículo 10, la LGP confiere al anunciante el derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad. Del contenido del artículo se deduce que este control se circunscribe a las actividades de difusión publicitaria y, por tanto, sólo será aplicable a los contratos de difusión o patrocinio. Así, la LGP, para garantizar el derecho al control del anunciante, habilita a las organizaciones sin fines lucrativos constituidas legalmente en forma tripartita por anunciantes, agencias de publicidad y medios de difusión para comprobar la difusión de los medios publicitarios y, en especial, las cifras de tirada y venta de publicaciones periódicas. Resulta un tanto contradictorio que el legislador otorgue carácter voluntario a esta comprobación, de manera que el medio puede optar por no someterse al sistema de control de difusión.

La LGP prohíbe, en su artículo 11, la inclusión en los contratos de cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad. De este modo, el sujeto en el que legalmente recaiga la responsabilidad derivada del contrato no se podrá liberar de la misma, ni atribuirla a un tercero, ni limitarla cuantitativa y/o cualitativamente.

Por último, el artículo 12 de la LGP establece que, en todos los contratos publicitarios, se tendrá por no puesta cualquier cláusula por la que, directa o indirectamente, se garantice el rendimiento económico o los resultados comerciales de la publicidad, o se prevea la exigencia de responsabilidad por esta causa. En base a la naturaleza propia de la actividad publicitaria, el legislador prohíbe cualquier responsabilidad o garantía contractual sobre los resultados publicitarios.

A continuación describiremos, brevemente, las características propias de las diferentes tipologías de contrato publicitario recogidas en la LGP.

2.2.1. El contrato de publicidad

En el párrafo 1.º de su artículo 13, la LGP define el **contrato de publicidad** como "aquel por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma".

De esta definición se desprende que el **objeto de la relación contractual** es, en primer término, la ejecución de la publicidad y, además, todas o algunas de las actividades de creación, preparación o programación de la misma. De la Cuesta Rute destaca una cierta vaguedad en la determinación del objeto del contrato que, en definitiva, comprende el conjunto de actividades o servicios que, en la realidad profesional, una agencia de publicidad puede ofrecer al anunciante.

En este sentido, el legislador matiza, en el párrafo 2.º del artículo 13, que en materia de creaciones publicitarias, adicionalmente, se aplicarán las normas del contrato de creación publicitaria. Ello carece de cierta relevancia jurídica, puesto que el contrato de creación podría considerarse un contrato menor del que, como veremos, la LGP tan sólo define la modalidad y la cesión de derechos al uso de la obra.

A pesar de no presentar una regulación exhaustiva, del contenido de los artículos 13 y 14 de la LGP pueden deducirse las obligaciones que, para las partes, se derivan del contrato de publicidad.

En la persona del *anunciante* recaerán dos obligaciones derivadas del contrato:

- Satisfacer la contraprestación acordada a la agencia de publicidad (art. 13).
- En base a la relación de colaboración y confianza que se presupone debe existir entre el anunciante y la agencia, el anunciante deberá abstenerse de utilizar, para fines distintos de los pactados, cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia (art. 14).

Por su parte, sobre la *agencia* recaerán las siguientes obligaciones derivadas del contrato:

- Ejecutar la publicidad, como obligación esencial del contrato, y crear, preparar o programar la misma. Mediante esta matización, el legislador excluye la actividad de difusión publicitaria como objeto único del contrato de publicidad, puesto que, en tal caso, regiría lo dispuesto en el contrato de difusión publicitaria.

- La agencia, por su parte, también deberá abstenerse de utilizar para fines distintos a los pactados la información o material publicitario que el anunciante le haya facilitado a efectos del contrato (art. 14 LGP).

La doctrina mayoritaria señala que, con frecuencia, la agencia de publicidad, en cumplimiento de su obligación principal de ejecutar la publicidad, tendrá que realizar contratos con terceros para realizar la difusión de la misma. Según De la Cuesta, la agencia, por virtud del contrato de publicidad, actúa por cuenta del anunciante al celebrar los contratos necesarios para ejecutar la publicidad, pero puede actuar en nombre propio o ajeno al celebrar esos contratos, aspecto no contemplado en la LGP y que, según el autor, se regirá por lo establecido en el Código de Comercio para el contrato de comisión.

Por último, la LGP contempla dos supuestos en relación al cumplimiento del contrato: el cumplimiento defectuoso y el incumplimiento del contrato.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 15 para el supuesto de **cumplimiento defectuoso** de una obligación contractual, la LGP establece que, en el caso de que la publicidad no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, éste podrá exigir a la agencia:

- a) Por una parte, una rebaja de la contraprestación o la repetición total o parcial de la publicidad en los términos pactados.
- b) Y, por otra, la indemnización, en uno y otro caso, de los daños y perjuicios que se le hubieren causado.

En lo referente al **incumplimiento de contrato**, el artículo 16 de la LGP diferencia entre los supuestos de responsabilidad del anunciante o de la agencia, en caso de no realizar la prestación o realizarla fuera de término.

- Así, en el caso de que la *agencia* injustificadamente no realice la prestación comprometida o lo haga fuera del término establecido, el anunciante podrá resolver el contrato y exigir la devolución de lo pagado, así como la indemnización de daños y perjuicios.
- Asimismo, si el *anunciante* resolviere o incumpliere injustificada y unilateralmente el contrato con la agencia sin que concurran causas de fuerza mayor, o lo cumpliera sólo de forma parcial, la agencia podrá exigir la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar.

A modo de cláusula final, el último párrafo del artículo 18 establece que la extinción del contrato no afectará a los derechos de la agencia por la publicidad realizada antes del incumplimiento, lo que se traduce en que la devolución de lo pagado no puede reclamarse por parte del anunciante respecto a las difusiones publicitarias ya efectuadas.

2.2.2. El contrato de creación publicitaria

En su artículo 20, la LGP define el **contrato de creación publicitaria** como "aquel por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor del anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario".

De esta definición se desprende que las **partes del contrato** de creación serán, por un lado, el anunciante que encarga la obra y, por el otro, una persona física o jurídica, es decir, un profesional de la creatividad o *freelance*, o una agencia de publicidad. Respecto al **objeto** de la relación contractual, éste tiene que consistir en la ideación y elaboración de una pieza o campaña publicitaria, esto es, lo que en argot publicitario se conoce como la creatividad publicitaria. En este caso, la LGP no hace una referencia específica a las obligaciones de las partes, que se entiende que en el caso de anunciante será satisfacer la contraprestación pactada y, en el caso del creativo o de la agencia, crear la obra publicitaria, idearla y plasmarla en un soporte.

A efectos prácticos, se considera esta tipología de contrato un tanto superflua, puesto que la prestación de crear la obra aparece recogida en el contrato de publicidad, antes mencionado. Además, el legislador no establece un régimen específico para el contrato de creación publicitaria; tan sólo menciona su tipificación y regula, en su artículo 21, la cesión de derechos al uso de la obra. En su defecto, la doctrina remite al Código civil y, más concretamente a la regulación del contrato de obra (arts. 1588 a 1600 del CC).

En su artículo 21, la LGP regula la **titularidad de las creaciones publicitarias**, esto es, los derechos de las partes sobre la utilización de la obra. A este respecto, la LGP remite a los requisitos establecidos en la legislación vigente en materia de propiedad intelectual o industrial para determinar si la obra publicitaria puede ser objeto de este tipo de protección.

No obstante, con carácter general y salvo pacto en contrario, la LGP establece una **presunción** por la que los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se consideran cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en vir-

Ved también

Ved lo dispuesto, en materia de propiedad intelectual, en el módulo 5 de *Introducción a la propiedad intelectual y a la protección de datos personales*.

tud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo. Ello es especialmente relevante en términos probatorios, puesto que supone una inversión de la carga de la prueba.

2.2.3. El contrato de difusión publicitaria

En su artículo 17, la LGP define el **contrato de difusión publicitaria** como "aquel por el que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga a favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario".

Como su propio nombre indica, el contrato de difusión tiene como objetivo la difusión del mensaje a los destinatarios de la comunicación publicitaria. Podrán ser **partes** del contrato, por un lado, el medio de publicidad y, por otro, el anunciante o la agencia. Cuando interviene la agencia, el contrato de difusión suele ser un contrato de ejecución del encargo que previamente ha recibido en virtud de un contrato previo de publicidad (De la Cuesta Rute, 2003).

En cuanto a su **contenido esencial**, de la definición del contrato de difusión publicitaria se derivan una serie de obligaciones para las partes. Por un lado, el anunciante o la agencia se obliga a satisfacer la contraprestación, fijada en este caso en base a las tarifas preestablecidas por el medio, y, por el otro, el medio se obliga a permitir el uso de unidades concretas de espacio y tiempo y asegurar, mediante la actividad técnica pertinente, su uso efectivo en las condiciones pactadas con el fin de alcanzar el resultado publicitario deseado.

Como en el caso del contrato publicitario, la LGP no contiene una regulación jurídica específica para el contrato de difusión y se limita a regular los supuestos de cumplimiento defectuoso e incumplimiento de contrato, esta vez ambos referidos únicamente a la obligación principal del medio.

Así, en relación al supuesto de cumplimiento defectuoso de la prestación, el artículo 18 de la LGP dispone que, en caso de que el medio, por causas imputables al mismo, cumpliera una orden con alteración, defecto o menoscabo de algunos de sus elementos esenciales, estará obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en los términos pactados. Si la repetición no fuere posible, el anunciante o la agencia podrán exigir la reducción del precio y la indemnización de los perjuicios causados.

En referencia al supuesto de incumplimiento por parte del medio, el artículo 19 de la LGP diferencia si el incumplimiento es imputable al medio, a la agencia o al anunciante:

a) En cuanto al incumplimiento por parte del medio, la LGP establece que, salvo en caso de fuerza mayor, cuando el medio no difunda la publicidad contratada, el anunciante o la agencia podrán optar entre exigir una difusión posterior en las mismas condiciones pactadas o denunciar el contrato de devolución de lo pagado por la publicidad no difundida. En ambos casos, el medio deberá indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados.

b) En el caso de que la difusión fuera imputable al anunciante o a la agencia, el responsable vendrá obligado a indemnizar al medio y a satisfacerle íntegramente el precio, salvo que el medio haya ocupado con otra publicidad, total o parcialmente, las unidades de tiempo o espacio contratadas.

Causa de fuerza mayor

Al objeto de la difusión publicitaria, y dada la naturaleza informativa de buena parte de sus medios, según Lema Devesa, el tradicional concepto de fuerza mayor se amplía, por ejemplo, a aquellos casos en que se considere que el derecho a la información deba primar sobre el derecho a la difusión publicitaria, entre otros (Lema Devesa, 2007).

2.2.4. El contrato de patrocinio

En el párrafo 1.º del artículo 22, la LGP define el **contrato de patrocinio publicitario** como "aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador".

La LGP destina un sólo artículo, el antes citado, a la regulación específica del contrato de patrocinio publicitario. Por ello, la doctrina se ha cuestionado la pertinencia de incluir esta nueva tipología de contrato publicitario, de la que el legislador sólo recoge su noción legal en la LGP. Autores de referencia, como los profesores Gómez Segade o Lema Devesa consideran relevante que la LGP tipifique y defina esta figura contractual a efectos normalizadores, puesto que, de este modo, le son de aplicación las disposiciones generales sobre contratación publicitaria; ello evita, por ejemplo, una posible utilización de las técnicas de patrocinio con la intención de burlar las prohibiciones de publicidad ilícita o de la publicidad específica de ciertos productos (Lema Devesa, 2007).

Patrocinio y mecenazgo

En la práctica profesional, el *patrocinio* se define como el apoyo financiero o material que una persona física o jurídica da a una persona, organización, manifestación, etc. con la finalidad de obtener en contrapartida un beneficio publicitario o de imagen. A menudo, esta definición se ha circunscrito al ámbito de las actividades deportivas. En cambio, cuando el apoyo se presta a una actividad de interés público, generalmente de carácter social, cultural o educativo, se suele hablar de *mecenazgo* (Termcat, 1999). La LGP engloba ambas modalidades bajo el concepto de patrocinio publicitario.

De la noción legal del contrato de patrocinio se desprende que cualquiera puede ser **parte** en el contrato de patrocinio, pues no se establecen requisitos subjetivos. En cuanto al **contenido** del contrato, el *patrocinado* se obliga a realizar

una determinada actividad (deportiva, benéfica, cultural, científica, etc.) y a colaborar en la publicidad del *patrocinador* quien, a cambio de esta colaboración publicitaria, se obliga a satisfacer la contraprestación pactada, en este caso, una ayuda económica (dineraria o en especies). Nótese que, en términos de comunicación, la noción de "colaborar en la publicidad" debe entenderse en sentido amplio; eso supone, para De la Cuesta Rute, asociar la comunicación persuasiva del patrocinador a la comunicación al público de la de la actividad objeto de patrocinio y ello, realizado, salvo acuerdo previo entre las partes, mediante cualquier modalidad publicitaria.

Por último, el párrafo 2.º del artículo 22 dispone que "el contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables". Esta remisión alude al patrocinio vinculado a las actividades de los medios de publicidad, entre las que destaca el patrocinio de programas televisivos, una modalidad específica del patrocinio cuya regulación se establece en los artículos 2 y 16 de la nueva Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCAV).

2.3. Supuestos de publicidad ilícita

La LGP dedica su título II (art. 3 al 6) a la **publicidad ilícita** y, en ausencia de una cláusula general, la regulación se establece por medio de una enumeración de los supuestos publicitarios que, con carácter general, se consideran ilícitos.

Conviene avanzar en este punto que todo acto ilícito, que se entiende contrario al ordenamiento jurídico, supone la consiguiente responsabilidad jurídica por parte del/los autor/es.

En diciembre del 2009, como ya hemos apuntado, la aprobación de la Ley 29/2009 por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad, incorporó numerosas modificaciones en el contenido de la LGP.

De este modo, ciertos ilícitos publicitarios antes regulados en la LGP se han pasado a regular en el nuevo texto de la LCD; lo mismo ha sucedido con la definición y los requisitos de licitud de la publicidad comparativa y el detalle de las acciones judiciales frente a la publicidad ilícita, que a raíz de la Ley 29/2009 también pasan a regularse en el nuevo texto de la LDC.

Además, en coherencia con el nuevo régimen unitario de acciones por competencia desleal, la LCD incorpora, en su artículo 18, una cláusula general según la cual "la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal". De este modo, todas las modalidades publicitarias incluidas en el artículo 3 de la LGP tendrán, automáticamente, la calificación de actos de competencia desleal a efectos de la aplicación de la LCD (Tato Plaza, 2010).

Por último, conviene avanzar en este punto que a la hora de valorar la posible ilicitud de una pieza publicitaria, la legislación establece como referencia la interpretación que de ésta pueda realizar un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, del círculo de destinatarios al que vaya dirigida la publicidad.

A continuación abordaremos, detalladamente, las diferentes tipologías de publicidad ilícita recogidas, con carácter general, en la LGP y desarrolladas en este texto o en el de la LCD.

Según lo dispuesto en el **artículo 3** de la LGP, se considerará ilícita:

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución.
- b) Determinados supuestos de publicidad dirigida a menores o en la que éstos aparezcan.
- c) La publicidad subliminal.
- d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.
- e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, en los términos contemplados en la LCD.

En los siguientes subapartados profundizaremos en el contenido de estos supuestos de publicidad ilícita contemplados, de manera general, en la LGP y en la LCD.

2.3.1. La publicidad que vulnere los principios de la Constitución

El artículo 3 a) de la LGP define como ilícita a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo referente al principio de igualdad, al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y al principio de protección de la juventud, de la infancia y de la mujer.

Tal y como afirma el profesor De la Cuesta Rute, el contenido del artículo 3 a) de la LGP resulta un tanto superfluo y prescindible puesto que, en base al principio de jerarquía normativa, la Constitución es la norma fundamental del Estado y sus preceptos poseen valor normativo directo. Por tanto, no sería necesario recordar que la publicidad siempre debe respetar el orden constitu-

cional y, del mismo modo, el respecto a la dignidad de la persona se encuentra implícito en el orden constitucional, en general, y en el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, en particular.

Asimismo, en nuestra opinión resulta también innecesaria la referencia a los supuestos considerados "especialmente" ilícitos, puesto que no aportan ningún contenido adicional al entenderse éstos comprendidos en los valores y derechos constitucionales ya protegidos. Comprendemos que, mediante esta alusión, el legislador ha querido destacar la importancia de la protección de los derechos mencionados en referencia a la actividad del profesional de la publicidad.

No obstante, a continuación examinaremos, brevemente, el contenido de los valores y derechos constitucionales que, según lo dispuesto en el artículo 3 a) de la LGP, merecen una especial consideración a los efectos del ilícito publicitario:

- *Protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.* Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen constituyen tres esferas distintas de la personalidad cuya regulación, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución, se recoge en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Derecho al Honor, Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. En su artículo 2, esta ley establece que la protección de estos derechos quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. De manera explícita, en su artículo 7.6, la ley establece como intromisión ilegítima, a los efectos de la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen, la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios en caso de que el titular del derecho no hubiese prestado su consentimiento expreso al respecto. Nótese que tal autorización no podrá concederse con respecto al honor, dada la naturaleza propia de este derecho.
- *Protección de la juventud y de la infancia.* En remisión al apartado 4 del artículo 20 de la Constitución, la LGP también considera "especialmente" ilícita la publicidad que atente contra el derecho a la protección de la juventud y la infancia. De este modo, el legislador protege a dos colectivos que, en razón de edad, se encuentran en período de desarrollo de su personalidad y que, por tanto, son especialmente vulnerables a los efectos de la publicidad. A este respecto, la Ley 29/2009 ha incorporado un nuevo epígrafe en el artículo 3 de la LGP que regula, de manera expresa y detallada, una serie de supuestos de publicidad ilícita vinculados directamente con la publicidad dirigida a menores de edad o en la que éstos aparezcan.

- *Protección de la mujer.* La doctrina mayoritaria coincide en afirmar que carece de toda justificación incluir a la mujer entre los colectivos necesitados de especial tutela. A pesar de ello, en el 2005 la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, vino a modificar el texto inicial del artículo 3 a) de la LGP para tipificar un caso concreto en el que debe entenderse que la publicidad atenta contra la dignidad de la persona y los valores y derechos reconocidos en la Constitución: la publicidad que presente a la mujer de manera vejatoria o discriminatoria en los términos recogidos anteriormente. En opinión de los profesores Anxo Tato, Pablo Fernández y Christian Herrera (2010), la aplicación del párrafo 2.º del artículo 3 a) de la LGP exige el concurso de, al menos, los tres siguientes presupuestos: la utilización del cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad, la utilización del cuerpo femenino como mero objeto y, finalmente, la desconexión total y absoluta entre la imagen utilizada y el producto promocionado. Adicionalmente, la LGP presume, también, la existencia de un trato vejatorio de la mujer en los casos en los que se utiliza su imagen asociada a comportamientos estereotipados que puedan coadyuvar a generar violencia de género, esto es, cuando presente a la mujer como una persona obligada a asumir ciertas actividades que le son propias. Cabe destacar que en los últimos años han sido numerosas las campañas retiradas por infringir lo dispuesto para este supuesto.

2.3.2. La publicidad que vulnere la especial protección del menor

Las modificaciones introducidas por la Ley 29/2009 han venido a ampliar la protección de los menores en el ámbito publicitario mediante la incorporación de un nuevo supuesto de publicidad ilícita recogido en el apartado b) del artículo 3 de la LGP.

Como ya hemos avanzado, los menores de edad constituyen para el derecho una prioridad, en tanto que son sujetos de derecho merecedores de una especial atención y tutela por encontrarse en una fase de desarrollo no sólo físico, sino también intelectual y moral.

Los nuevos supuestos de publicidad ilícita que incorpora el art. 3 b) de la LGP abordan la protección del menor en la publicidad desde dos perspectivas diferentes pero, a su vez, complementarias:

a) La primera pretende proteger al menor como receptor o destinatario de la publicidad.

b) La segunda se orienta a evitar abusos en la utilización de la imagen de los menores en la publicidad; en este sentido, el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, exige que la utilización de su imagen no suponga un menoscabo de su honra y reputación, ni sea contraria a sus intereses.

De este modo, el nuevo apartado b) del artículo 3 de la LGP considera ilícitos los siguientes supuestos:

- La publicidad dirigida a los menores que los incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad.
- La publicidad que pueda inducir a error sobre las características de los productos, sobre su seguridad, o sobre la capacidad y las aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí mismo o para terceros.

Doble protección

El artículo 30 de la LCD también tipifica como publicidad agresiva y, por tanto, desleal la que incluya una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios.

Y, desde la segunda perspectiva antes mencionada, el mismo artículo 3 b) prohíbe:

- La publicidad en la que aparezcan menores persuadiendo de la compra a padres o tutores.
- La publicidad que presente a los niños, sin un motivo justificado, en situaciones peligrosas.

LGCAV

El artículo 7.3 de la LGCAV también prohíbe que la publicidad, en este caso emitida en televisión, presente a los niños en situaciones peligrosas.

De esta manera, mediante la incorporación de estos nuevos supuestos, el legislador intensifica la protección del menor el ámbito publicitario y extiende a todos los medios publicitarios algunas de las prohibiciones que, hasta la fecha, sólo se observaban en la regulación específica de la publicidad difundida en televisión.

2.3.3. La publicidad subliminal

Retomando las cinco grandes modalidades de publicidad ilícita recogidas en el artículo 3 de la LGP, tras abordar la publicidad contraria a los principios constitucionales y la publicidad que vulnera la especial protección del menor, a continuación profundizaremos en el concepto de **publicidad subliminal**, la tercera modalidad de publicidad ilícita mencionada en el apartado c) del artículo 3 de la LGP.

En su artículo 4, la LGP define la **publicidad subliminal** como aquella "que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida".

El legislador se limita a definir y prohibir la publicidad subliminal en la LGP. Como afirma Lema Devesa, esta prohibición pretende garantizar que los anunciantes no traspasen, mediante la producción de estímulos que no pueden ser conscientemente percibidos, el control racional que todo consumidor debe poseer sobre los mensajes publicitarios recibidos.

En última instancia, tal prohibición responde, por una parte, a los principios de autenticidad e identificación publicitaria y, por otra, a la protección de la dignidad de la persona, en base a la que los destinatarios no podrán ser "manipulados" por técnicas que impidan la percepción consciente de un mensaje publicitario. De este modo, la alusión a la publicidad subliminal como modalidad específica de ilícito publicitario no resultaría necesaria, al quedar incluida en las modalidades precedentes.

Además, la doctrina coincide al destacar la escasa relevancia jurídica de este supuesto, debido a que, si para ser considerada subliminal, la publicidad no puede ser conscientemente percibida, se prevé extraordinariamente complicada la prueba de la misma (que vendría a desestimar, por sí misma, su propia consideración).

2.3.4. La publicidad contraria a las normas especiales

En el apartado d) de su artículo 3, la LGP considera ilícita aquella publicidad que "infrinja lo dispuesto en la normativa que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios". Mediante este precepto, la LGP reconoce la existencia de una **normativa especial** para la publicidad de determinados bienes o servicios.

Conviene recordar en este punto que, ya en su artículo 1, la LGP dispone que "la publicidad se regirá por esta Ley, por la LCD y por las normas especiales que regulen algunas actividades publicitarias". En base a estas dos referencias, la LGP enumera, en su artículo 5, los bienes o servicios que requerirán una especial protección, y establece dos mecanismos de regulación no excluyentes: por un lado, el sometimiento a normas especiales y, por otro, el sometimiento al régimen de autorización administrativa previa.

Del análisis del contenido del artículo 5 de la LGP podemos extraer los siguientes apuntes:

1) Podrá ser regulada por normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa:

- La publicidad de materias o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias.
- La publicidad de productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para:
 - la salud,
 - la seguridad, o
 - el patrimonio de las personas
- La publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar.
- Cualquier tipo de publicidad cuando así lo requiera la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos.

2) Los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulan.

3) Se prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas con graduación superior a 20 grados centesimales por medio de televisión y la publicidad de bebidas alcohólicas en general, en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo. Además, la LGP impone al legislador la obligación de limitar reglamentariamente la forma, el contenido y las condiciones de la publicidad de las bebidas alcohólicas en orden a la protección a la salud y seguridad de las personas, teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos. Con los mismos fines, la LGP habilita al Gobierno para, reglamentariamente, extender la prohibición de publicidad en televisión a bebidas con graduación alcohólica inferior a 20 grados centesimales.

4) La dispuesto en este artículo, en referencia a la prohibición de la publicidad del tabaco en televisión y en aquellos lugares en los que esté prohibida su venta o consumo, quedó derogado, en el año 2006, por la prohibición general del patrocinio y de cualquier clase de publicidad o promoción de los productos del tabaco en todos los medios y soportes establecida en el artículo 9 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco (conocida como Ley antitabaco).

5) La LGP establece que los reglamentos que desarrollen esta legislación especial y aquellos que, al regular un producto o servicio, contengan normas sobre su publicidad, deberán especificar en su contenido:

- La naturaleza y características de los bienes o servicios.
- La exigencia de que la publicidad recoja los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos.
- La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios.
- Los requisitos de autorización y, en su caso, registro de publicidad cuando haya sido sometida al régimen de autorización administrativa previa.

En el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general de la mencionada legislación especial, se deberá dar audiencia a las asociaciones de agencias, de anunciantes y de consumidores y usuarios.

6) En caso de que la legislación especial establezca el régimen de autorización administrativa previa para la publicidad de un determinado producto o servicio:

- El otorgamiento de autorizaciones deberá respetar los principios de competencia leal.
- La denegación de solicitudes de autorización deberá ser motivada.
- Y, por último, se establece el principio de silencio administrativo positivo, esto es, si una vez vencido el plazo de contestación establecido en las leyes no existe resolución expresa, la autorización se entenderá concedida.

7) Por último, el artículo 5 de la LGP dispone que el incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes y servicios mencionados, tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y en la Ley General de Sanidad.

De todo lo expuesto en este punto puede deducirse que los supuestos de publicidad ilícita por infracción de la normativa especial pueden ser extraordinariamente numerosos y variados. La calificación de ilicitud requerirá, por tanto, la infracción de uno o varios preceptos de la legislación especial.

2.3.5. La publicidad engañosa

Las modificaciones introducidas en la LGP, a raíz de la aprobación de la Ley 29/2009, remiten a lo dispuesto en la LCD en cuanto a la regulación de dos supuestos tradicionalmente relevantes en materia de la publicidad ilícita: la publicidad engañosa y la publicidad desleal; a la vez que incorporan el nuevo supuesto de la denominada publicidad agresiva.

Práctica profesional

En el caso de que, como profesionales de la publicidad, trabajéis para clientes de sectores sujetos a legislación especial, deberéis consultar siempre la normativa específica y tener en cuenta este contenido esencial de las mismas.

En su artículo 3 e), la LGP establece que la **publicidad engañosa**, la publicidad desleal y la publicidad agresiva tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la LCD.

En este apartado del temario veremos, en primer lugar, la cláusula general que prohíbe la publicidad engañosa; en segundo lugar, nos adentraremos en las diferentes modalidades de publicidad engañosa tipificadas en la LCD, y finalmente, abordaremos el delito publicitario asociado al supuesto de publicidad engañosa.

Conviene recordar en este punto que el nuevo texto de la LCD diferencia entre la tipificación de los supuestos de competencia desleal de alcance general y el nuevo grupo de supuestos de prácticas desleales con los consumidores. Ello implica que, concretamente, la publicidad engañosa y la publicidad agresiva se vean sometidas a un doble régimen jurídico en función de su calificación como actos de competencia desleal en general o como prácticas desleales con los consumidores.

Por ello, antes de abordar en detalle los supuestos propios de la publicidad engañosa, conviene aclarar que, como veremos a continuación, la nueva LCD tipifica los actos de engaño, con carácter general, en sus artículos 5 y 7 y, posteriormente, el artículo 19 puntualiza que los actos de engaño tipificados en los artículos 5 y 7 tendrán también la consideración de prácticas desleales con los consumidores. Sin embargo, los artículos 21 y siguientes de la nueva LCD tipificarán supuestos concretos de actos de engaño. En consecuencia, como apunta el profesor Anxo Tato, estos supuestos concretos sólo se calificarán como engañosos en sí mismos en la medida en que tengan lugar en el marco de relaciones entre empresas y consumidores, de manera que estas mismas prácticas, si tienen lugar entre empresarios, no podrán ser calificadas automáticamente como engañosas, y su licitud o ilicitud deberá ser examinada a la luz de lo dispuesto en el artículo 5 de la LCD (Tato Plaza, 2010).

El artículo 5 de la LCD define los actos de engaño, de modo que por extensión, **se considerará desleal por engañosa la publicidad** que "contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico".

Además, el artículo 5 de la LCD menciona, a continuación, un listado de aspectos en los que deberá recaer el engaño para que la publicidad sea considerada engañosa:

Lectura recomendada

Dado el carácter introductorio de este módulo, para el análisis exhaustivo del alcance del nuevo régimen de la competencia desleal y de la publicidad recomendamos la consulta de la monografía: A. Tato; P. Fernández; C. Herrera (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*.

Artículo 5 de la LCD

"1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

- a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.
- b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.
- c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.
- d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.
- e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.
- f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación.
- g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.
- h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr".

La doctrina considera la publicidad engañosa el ilícito publicitario por excelencia. Según el profesor Lema Devesa, ello se debe a dos motivos: por una parte, se trata del ilícito publicitario que más prolifera en términos judiciales y, por otro, afecta de manera directa a los consumidores y usuarios e, indirectamente, también a los competidores del anunciante.

El *principio de veracidad* se presupone, pues, esencial en materia de publicidad partiendo de un doble interés: el interés de los destinatarios en no ser conducidos con engaño a contratar y, a su vez, el interés en el buen funcionamiento del sistema de libre competencia en el mercado. Por este motivo, el supuesto de la publicidad engañosa se recoge, paralelamente, en la LGP (sólo lo tipifica) y en la LCD (lo define y fija los criterios para identificarlo).

Cualquier actividad publicitaria que reúna una o algunas de las características citadas en el artículo 5 de la LCD será considerada ilícita a los efectos de la legislación vigente. Cabe destacar que, con carácter general, una publicidad se considerará engañosa siempre que concurran dos presupuestos:

- *Su aptitud para inducir a error a los destinatarios del mensaje.* De ello se desprende que no será necesario que se llegue a producir el error mencionado para que una publicidad pueda ser considerada engañosa. Por tanto, resulta obvio que todo mensaje falso o inexacto será, por definición, un mensaje apto para inducir a error. Y también podrá ser considerado engañoso el mensaje que, a pesar de apoyarse en datos formalmente verídicos, puede generar falsas expectativas entre el público de los destinatarios. En este último caso, adquiere una mayor relevancia la tarea interpretativa de la/s persona/s encargada/s de valorar la licitud de la publicidad, tarea que siempre se llevará a cabo tomando como referencia el significado que pueda atribuirle al mensaje el público destinatario de la publicidad. Para ello, quien juzgue la publicidad deberá proceder a interpretar el mensaje poniéndose en el lugar del tipo medio representativo de los destinatarios: aquel destinatario que no es el más agudo y precavido contra la publicidad ni tampoco el más desprevenido e incrédulo respecto a ella.
- *La aptitud para alterar el comportamiento económico de los destinatarios* es el segundo presupuesto que el artículo 5 exige para que una publicidad pueda ser considerada engañosa. A este respecto, el artículo 4 de la nueva LCD entiende por *comportamiento económico del consumidor* toda decisión por la que éste opta por actuar o por dejar de hacerlo en relación con: la selección de una oferta u oferente; la contratación de un bien o servicio, en qué manera y en qué condiciones; el pago del precio o cualquier otra forma de pago; la conservación del bien o servicio y, por último, el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios. Del mismo modo, el artículo 4 concreta que a los efectos de la LCD se entenderá por *distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio* el hecho de utilizar la publicidad para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, de manera que el consumidor tome una decisión sobre su comportamiento económico que, de otro modo, no hubiera tomado. En este caso, la ley tampoco exige que la distorsión se lleve a cabo de manera efectiva, será suficiente con la apreciación de la aptitud para distorsionar basada en una tarea interpretativa que, una vez más, deberá tomar como referencia la perspectiva de un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Artículo 4 LCD

Al tratarse de una cláusula de carácter general, el concepto de *comportamiento económico del consumidor* detallado en el artículo 4 será, también, aplicable al resto de los supuestos de publicidad desleal y, por tanto, ilícita.

Grupos de consumidores especialmente vulnerables

El artículo 4.3 de la LCD recoge la exigencia de especial cautela en las prácticas comerciales que, a pesar de dirigirse a un público general, previsiblemente puedan alcanzar a colectivos especialmente vulnerables (por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad). En tales casos, la interpretación del carácter engañoso de la publicidad se realizaría tomando como referencia la perspectiva del miembro medio de ese grupo especialmente vulnerable y no la del consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Junto a los actos de engaño de carácter general tipificados en su artículo 5, la LCD regula otras prácticas engañosas que vienen a concretar la cláusula general a supuestos mucho más concretos. De este modo, en la LCD podemos identificar las siguientes **modalidades de publicidad engañosa**:

- La publicidad engañosa por omisión.
- La publicidad encubierta.
- La publicidad engañosa por confusión.
- La publicidad que incumple códigos de conducta.

A continuación describiremos, de una manera introductoria, las notas características de cada una de ellas.

1) La publicidad engañosa por omisión

El nuevo redactado de la LCD tipifica, en su artículo 7, las omisiones engañosas como acto de competencia desleal, lo que supone una prohibición expresa y específica de la publicidad engañosa por omisión.

Artículo 7 LCD. Omisiones engañosas

"1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a los que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado.

Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo para valorar la existencia de una omisión de información, se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios".

De lo establecido en el artículo 7 se desprende que la **publicidad engañosa por omisión** de datos fundamentales (por lo tanto, esenciales) de los bienes, las actividades o los servicios anunciados será considerada ilícita siempre que la mencionada omisión induzca a error a los destinatarios y la omisión, a su vez, sea apta para provocar una distorsión significativa de su comportamiento económico.

Según este artículo, se considera desleal y, por tanto, ilícita aquella publicidad que:

- Omite u oculte, de modo que resulte prácticamente imperceptible o ilegible, información *necesaria* para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa.
- A pesar de incluir la información esencial de manera perceptible, ésta sea poco clara, ininteligible, ambigua para un consumidor medio.

Para la determinación del carácter engañoso de la publicidad por omisión de información, la LCD establece que se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) La *relevancia de la información omitida* (esto es, su carácter necesario), en relación con el contenido del mensaje; se considerará engañosa por omisión la publicidad que omita un dato que, si fuera conocido por el público, lo haría cambiar de opinión con respecto a la compra o la contratación de un bien o servicio; por tanto, el dato omitido inducirá a error cuando sea determinante en la elección que, finalmente, realice al destinatario.

b) El *grado de conocimiento* de la información omitida por parte de un consumidor medio, puesto que difícilmente será apta para inducir a error a un consumidor la omisión de una información generalmente conocida por éste.

c) El *contexto fáctico* en el que se produce la publicidad, teniendo en cuenta sus características y circunstancias.

d) Las limitaciones del medio de comunicación utilizado; es lo que los profesores Anxo Tato, Pablo Fernández y Christian Herrera (2010) han venido a denominar *principio de integridad de la campaña*, según el cual al valorar la aptitud de una omisión para distorsionar el comportamiento económico del consumidor deberá valorarse, también, la posibilidad de completar la información emitida en la publicidad con información adicional recogida en otros medios o soportes. Todo ello, siempre que concurran tres presupuestos:

- que en el propio mensaje se recoja una referencia expresa a los posteriores medios a los que puede acudir el consumidor para completar la información;
- que estos medios sean fácilmente accesibles para un consumidor medio;
- y, finalmente, que estos medios se utilicen, simplemente, para complementar la información previa, sin contradecirla ni limitarla de manera relevante.

2) La publicidad encubierta

En sus artículos 5 y 7, la LCD menciona, de manera indirecta y con carácter general, la publicidad encubierta como una de las tipologías de publicidad engañosa. Y, además, en el marco de las prácticas comerciales con consumidores y usuarios, el artículo 26 de la LCD tipifica, expresamente, un supuesto concreto de publicidad encubierta: la denominada publicidad redaccional. A continuación veremos con detalle el concepto de publicidad encubierta en general y el supuesto del artículo 26, en particular, y también otra de sus modalidades más polémicas: la publicidad encubierta en televisión, el denominado emplazamiento de producto o *product placement*.

De lo dispuesto en la LCD se desprende que la **publicidad encubierta** es aquella que, por su modo de presentación, induce o puede inducir a error a los destinatarios al encubrir la naturaleza publicitaria del mensaje. En esta modalidad, el elemento constitutivo del engaño no se encuentra en el mensaje (que puede ser veraz), sino en la manera de comunicarlo, de manera que los destinatarios no perciben el carácter publicitario de la comunicación.

En torno a la publicidad encubierta, el profesor Lema Devesa (2007) sostiene que ésta induce a error a los destinatarios sobre la clase, el origen y el valor de las alegaciones publicitarias, de manera que:

- a) El público no identifica la clase o naturaleza de esta manifestación publicitaria, al no reconocerla como publicidad.
- b) El público desconoce que el anunciante es el emisor del mensaje, ya que la publicidad encubierta produce la falsa impresión de ser una manifestación de un tercero imparcial o de un acontecimiento ajeno al anunciante.
- c) Como consecuencia de todo ello, el público otorga a la publicidad encubierta un mayor grado de credibilidad.

Tras los cambios operados por la Ley 29/2009, el nuevo texto de la LCD menciona, de manera indirecta y con carácter general, a la publicidad encubierta. Así, el artículo 5 considera desleal por engañosa la publicidad que por su modo de "presentación" pueda inducir a error a los destinatarios. Por su parte, el artículo 7.1. de la LCD califica como omisión engañosa la publicidad que "no da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto".

Además, en el marco de la regulación de las prácticas comerciales con consumidores y usuarios, la LGP tipifica en su artículo 26 el supuesto específico de publicidad encubierta que se cita a continuación.

Artículo 26 LCD. Prácticas comerciales encubiertas

"Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando al empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario".

El artículo 26 prohíbe, por tanto, la publicidad cuya naturaleza se suele "encubrir" bajo la apariencia de una información escrita, de un programa de entretenimiento, de un concurso, etc., según el medio en el que se difunda (prensa, radio, televisión, Internet, etc.).

Nos encontramos, pues, ante un supuesto incluido en el catálogo de prácticas que pueden considerarse en sí mismas engañosas (recogidas en los artículos 21 y siguientes de la LCD): así, siempre que concurran los requisitos recogidos en el artículo 26 una publicidad podrá declararse, automáticamente, encubierta y, por tanto, engañosa y desleal, sin necesidad de que concurran los presupuestos, más generales, de los artículos 5 y 7 de la LCD.

Con carácter general, de lo dispuesto en los artículos 5 y 7 de la LDC, para calificar una práctica comercial como encubierta deben concurrir cuatro **presupuestos** (Tato, Fernández y Herrera, 2010):

- a) La correspondiente práctica o mensaje ha de perseguir un propósito publicitario o comercial.
- b) Dicha práctica o mensaje debe ser apta para inducir a error al público de los consumidores en torno a su naturaleza o finalidad publicitaria.
- c) La ausencia de elementos de identificación suficientes que informen al público de los consumidores de la naturaleza publicitaria o del propósito comercial de la práctica.
- d) Por último, a pesar de que se cumplan todos los presupuestos anteriores, una práctica sólo será encubierta si es apta para incidir en el comportamiento económico de los consumidores.

Con el objetivo de evitar las prácticas encubiertas, además de su consideración de supuesto de publicidad engañosa, la LGP establece en su artículo 9, como vimos al hablar de los contratos, el *principio de identificación publicitaria*, que obliga a los medios de difusión a diferenciar "perceptiblemente" las afirmaciones efectuadas en el marco de su función informativa de las que realicen co-

Ved también

El tema de la contratación se ha tratado en el subapartado 2.2 de este módulo.

mo simples vehículos de publicidad. Además, el artículo 9 de la LGP también obliga a los anunciantes a revelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios.

Por último, realizaremos una especial mención a la publicidad encubierta en el medio televisión, el denominado emplazamiento de producto o *product placement*.

La nueva Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual define el **emplazamiento de producto** como "toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa" (art. 2.31).

De una manera más práctica y clara, el profesor De la Cuesta define el *product placement* como "el mensaje que emite el propio producto por el hecho de su especial colocación en el programa televisivo".

En cuanto a su específica regulación, el artículo 17 de la LGCAV reconoce el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a emitir con emplazamiento de producto largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento; como única condición, con el objetivo de no caer en el supuesto de publicidad encubierta, la ley exige al prestador que, cuando el programa haya sido producido o encargado por éste, el público deberá ser claramente informado del emplazamiento de producto al principio y al final del programa y, también, cuando se reanude tras una pausa publicitaria. Queda prohibido, en todo caso, el emplazamiento de producto en la programación infantil.

LGCAV

La regulación de la publicidad televisiva será objeto de estudio detallado en la asignatura optativa *Derecho de la publicidad*.

Así, para ser considerado publicidad encubierta, en el *product placement* se deben presentar dos circunstancias: por un lado, la existencia de un propósito publicitario por parte del operador de televisión y, por el otro, que la presentación del producto o servicio en el contenido televisivo pueda inducir al público a error en tanto no revele adecuada y suficientemente la naturaleza publicitaria de la acción.

3) La publicidad engañosa por confusión

Con carácter previo a las modificaciones introducidas por la Ley 29/2009, la publicidad confusionista era uno de los supuestos de publicidad desleal y, por lo tanto, ilícita, recogidos en la LGP.

Desde enero del 2010, el nuevo texto de la LCD considera la publicidad confusionista un supuesto más dentro del concepto de publicidad engañosa, en tanto que el legislador considera que el riesgo de confusión puede desencade-

nar el error de los consumidores en cuanto al origen empresarial del producto, una de las circunstancias contempladas en el artículo 5.1 b) de la LCD sobre las que puede recaer el engaño.

Con carácter general, el artículo 6 de la LCD considera desleal "todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno". Y, además, matiza que para declarar la deslealtad bastará el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto a la procedencia de la prestación. Dado su carácter general, los actos de confusión que se planteen en las relaciones entre empresarios o profesionales deberán examinarse a partir de este único precepto.

Ahora bien, en el marco de las relaciones con consumidores y usuarios, el **artículo 20** de la LCD considera **publicidad engañosa por confusión** para los consumidores "aquellas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios".

De lo dispuesto en el artículo 20 puede deducirse que el concepto general de prácticas comerciales también incluye el riesgo de confusión derivado de la proximidad o similitud entre campañas publicitarias difundidas para la promoción de los correspondientes productos o servicios, al tiempo que se desprende que para calificar una publicidad como engañosa por confusión deben concurrir dos presupuestos (Tato, Fernández y Herrera, 2010):

a) Debe existir un riesgo de confusión; a falta de una definición de riesgo de confusión en la LCD, a partir del derecho de marcas podemos definirlo como el riesgo de que, a raíz de la publicidad difundida, el público de los consumidores concluya que dos productos proceden de un mismo origen empresarial (riesgo de confusión en sentido estricto) o, al menos, de empresas vinculadas jurídica o económicamente entre sí (riesgo de asociación).

b) La publicidad engañosa por confusión debe ser apta para afectar de manera significativa al comportamiento económico del consumidor.

Adicionalmente, conviene destacar que, desde el punto de vista publicitario, el legislador ha incluido, también, un supuesto específico de prácticas engañosas por confusión en el marco del ya mencionado catálogo de prácticas que se consideran desleales *per se* (art. 21 y siguientes LCD).

En concreto, el **artículo 25** de la LCD tipifica como desleal por engañosa la publicidad que promocione un bien o servicio similar al comercializado por un determinado anunciante con el objetivo de inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este anunciante, no siendo cierto. En caso de darse estas circunstancias, la publicidad objeto de análisis podría ser declarada automáticamente desleal, sin necesidad de verificar los requisitos previos contemplados en el artículo 20 de la LCD.

En publicidad la confusión se manifiesta, a menudo, por medio del uso desleal de los signos distintivos de un competidor. La protección de los signos distintivos se articula mediante la legislación de la propiedad industrial, en general, y mediante lo dispuesto en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en particular. A los efectos de protección, la Ley de Marcas reconoce derechos asociados a dos signos distintivos: la marca y el nombre comercial. Así, por ejemplo, el artículo 34.1 de la Ley de Marcas dispone que el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico, de manera que el artículo 34.2 confiere al titular de la marca registrada la potestad de prohibir a terceros que, sin su consentimiento, utilicen cualquier signo que, por ser idéntico o parecido, implique un riesgo de confusión del público. Esta prohibición alude, explícitamente, al uso de la marca o signo distintivo en publicidad.

Marca y nombre comercial

La Ley de Marcas define, en su artículo 4, la marca como "todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otros"; y, en su artículo 8, define el nombre comercial como "todo signo susceptible de representación gráfica que identifica en una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las otras empresas que desarrollan actividades idénticas o similares".

4) El incumplimiento de los códigos de conducta

Como avanzábamos al valorar el alcance de los cambios introducidos a raíz de la reforma del régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad, el nuevo texto de la LCD incorpora, en su capítulo V, el reconocimiento general de la utilidad de los códigos de conducta, puesto que contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, además de regular los requisitos necesarios para garantizar la efectividad de los sistemas de autodisciplina, la nueva LCD tipifica como acto de engaño el incumplimiento de un código de conducta por parte de una empresa que, voluntariamente, se haya adherido a éste.

Así, bajo el epígrafe de los actos de engaño, el artículo 5.2 de la LCD considera que "cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios".

Ejemplo

La exhibición de un sello de confianza en material publicitario o en la página web de un anunciante sería un ejemplo de ello.

A su vez, de lo dispuesto en el artículo 21 de la LCD, en su capítulo dedicado a las prácticas comerciales con consumidores y usuarios, se desprende que será **desleal por engañosa** toda publicidad que afirme, sin ser cierto:

- a) Que el anunciante está adherido a un código de conducta.
- b) Que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación.
- c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización.
- d) La exhibición de un sello de confianza o de calidad de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización.

Conviene, por último, destacar que, según lo dispuesto en el artículo 39.1 de la LCD, el ejercicio de acciones frente a la empresa que haya incumplido un código de conducta debe ir siempre precedido del recurso previo a los órganos de control del sistema de autodisciplina al que pertenezca el código.

5) Otras prácticas engañosas

Como hemos apuntado al abordar algunas modalidades de publicidad engañosa, entre las novedades de la LCD destaca la inclusión de un catálogo o "lista negra" de prácticas engañosas y agresivas en relación con las prácticas comerciales con los consumidores o usuarios reguladas en el capítulo III de la mencionada norma.

Así, como afirman los profesores Tato, Fernández y Herrera (2010) por lo que respecta a las prácticas engañosas, la LCD, además de tipificar en su articulado los actos de engaño (art. 5) y las omisiones engañosas (art. 7), incluye en su capítulo III (art. 21 a 27) el catálogo o "lista negra" de prácticas comerciales que se considerarán engañosas en sí mismas, esto es, en cualquier circunstancia sin necesidad de verificar si cumplen los requisitos exigidos, con carácter general, por los artículos 5 y 7 para su calificación como actos de engaño u omisiones engañosas.

Metodología de análisis

A la hora de valorar el carácter engañoso de una determinada acción publicitaria, los profesores Tato, Fernández y Herrera (2010) proponen implementar la siguiente metodología (aplicable, también a los supuestos de publicidad agresiva):

"Al enfrentarse a la consideración de una práctica comercial como engañosa, debe comprobarse, en primer término, si aquella se corresponde con alguna de las expresamente tipificadas en los artículos 21 a 27. En tal caso, el reproche de deslealtad es automático, sin necesidad de ulteriores análisis. Si la respuesta es negativa, deberá analizarse si la práctica reúne los requisitos necesarios para ser calificada como acto de engaño u omisión engañosa al amparo de los artículos 5 y 7 de la LCD.

En definitiva, la equivalencia entre la práctica examinada y alguna de las expresamente tipificadas en los artículos 21 a 27 excluye la aplicación a la misma de los artículos 5 y 7. En cambio, la imposibilidad de adscribir la práctica analizada a alguna de las expresamente tipificadas en los artículos 21 a 27 no excluye su análisis a la luz de los artículos 5 y 7".

No obstante, los mismos autores matizan que la formulación de algunas de las prácticas recogidas en los artículos 21 a 27 impide poder llevar a cabo un juicio de deslealtad automático, pues es la propia formulación de la práctica la que demanda un análisis detenido de las circunstancias en las que se ha desarrollado.

A continuación mencionaremos, desde el punto de vista publicitario y de manera sintética, dado el carácter introductorio de la asignatura, las prácticas tipificadas en el catálogo o lista negra de prácticas engañosas con los consumidores. Nótese que algunas de las prácticas recogidas en los artículos 21 a 27 ya las analizamos al abordar las diferentes modalidades de publicidad engañosa, por ello, para evitar la reiteración, a continuación sólo apuntaremos aquellas prácticas que anteriormente no fueron mencionadas. Por tanto, se considerarán prácticas engañosas *per se*:

a) Los siguientes supuestos de publicidad vinculada a *prácticas señuelo* (art. 22 LCD):

- Realizar publicidad que contenga una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario o profesional que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el tipo de bien o servicio, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio del que se trate.
- Realizar publicidad que contenga una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado para luego, con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio ofertado, no aceptar pedidos o solicitudes de suministro, negarse a suministrarlo en un período de tiempo razonable, enseñar una muestra defectuosa del bien o servicio promocionado o desprestigiarlo.
- La publicidad relativa a las ventas en liquidación cuando sea incierto que el empresario o profesional se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 30.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación

del Comercio Minorista o que, en cualquier otro supuesto, afirmen que el empresario o profesional está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo.

b) Los siguientes supuestos de publicidad vinculada a *prácticas promocionales* (art. 22 LCD):

- La publicidad que ofrezca un premio, de manera automática, o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente.
- Describir, en un material publicitario, un bien o servicio como gratuito, regalo, sin gastos o cualquier fórmula equivalente, si el consumidor o usuario debe abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de éste.
- Crear la impresión falsa, incluso mediante el uso de prácticas agresivas, de que el consumidor o usuario ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad:
 - No existe tal premio o ventaja equivalente.
 - O la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor o usuario, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.

c) Los siguientes supuestos de *publicidad engañosa sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa*:

- Afirmar en un material publicitario o crear por otro medio la impresión de que un bien o servicio puede ser comercializado legalmente no siendo cierto.
- La publicidad que proclame, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones.
- La que publicidad que afirme, no siendo cierto, que el bien o servicio sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones durante un período de tiempo muy limitado a fin de inducir al consumidor o usuario a tomar una decisión inmediata, privándolo así de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con el debido conocimiento de causa.

- La publicidad que comprometa al anunciante a proporcionar un servicio posventa a los consumidores o usuarios sin advertirlos claramente antes de contratar de que el idioma en el que este servicio estará disponible no es el utilizado en la operación comercial.
- Alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar.
- Crear la impresión falsa de que el servicio posventa del bien o servicio promocionado está disponible en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha contratado su suministro.

d) Los siguientes supuestos de publicidad vinculada a prácticas de *venta piramidal* (art. 24):

- La publicidad que promocióne un plan de venta piramidal en el que el consumidor o usuario realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores o usuarios en el plan, y no de la venta o suministro de bienes o servicios.

e) *Otros supuestos* de prácticas engañosas asociadas a prácticas publicitarias (art. 27 LCD):

- Que presenten los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional.
- Que realicen afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio.
- Que transmitan información inexacta o falsa sobre las condiciones de mercado o sobre la posibilidad de encontrar el bien o servicio, con la intención de inducir al consumidor o usuario a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado.

6) El delito publicitario

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) regula en su artículo 282, en el marco del capítulo dedicado a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, el denominado "delito publicitario" asociado a la publicidad engañosa.

Artículo 282 CP

"Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos".

La promulgación, en 1995, del nuevo Código penal supuso la consideración de determinados supuestos de publicidad engañosa como un ilícito de carácter penal. Mediante la tipificación del delito publicitario, el legislador refuerza la protección del derecho de los consumidores a una información veraz para mantener su libertad de elección ante la compra de un bien o servicio.

Del contenido del artículo 282 del CP se desprende que sólo pueden ser *autores* del delito publicitario los fabricantes y comerciantes (quedan excluidos, por tanto, los profesionales liberales) y la *conducta típica* del delito consiste en realizar alegaciones falsas o manifestar características inciertas de sus productos o servicios en las ofertas o publicidad de ellos, siempre que éstas puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

La doctrina se cuestiona la necesidad de considerar la publicidad engañosa, además de un ilícito civil, y en determinados casos, un ilícito penal. Martínez Guerra (2007) ha constatado la escasa aplicación del artículo 282 del CP por parte de jueces y tribunales en sus más de diez años de vigencia. En su opinión, la escasez de sentencias sobre la materia se debe, por un lado, al desconocimiento de la previsión penal por parte de los consumidores y, por otro, a la dificultad de delimitar el campo de aplicación del artículo 282 CP, especialmente en lo que se refiere al interés jurídico protegido.

2.3.6. La publicidad desleal

Retomando las tipologías de publicidad ilícita mencionadas en el artículo 3 e) de la LGP, en este punto abordaremos las diferentes modalidades de **publicidad desleal** cuya regulación, a raíz de los cambios introducidos por la Ley 29/2009, se encuentra recogida en los artículos 4, 6, 9, 10, 12 y 20 de la LCD.

Así, en su artículo 4.1 la nueva LCD mantiene la *cláusula general* por la que, en el marco de las relaciones entre empresas, "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe".

Esta cláusula general, como tal, será aplicable a todas las tipologías de publicidad desleal, incluida la publicidad engañosa y la publicidad agresiva.

Ahora bien, tras los cambios introducidos por la Ley 29/2009, la LCD incorpora lo que podríamos denominar una *segunda cláusula general* (art. 4.2), aplicable sólo a las relaciones de las empresas con consumidores y usuarios, según la cual la deslealtad de una conducta vendrá determinada por la concurrencia de dos elementos:

- Que el comportamiento del empresario o profesional resulte contrario a la diligencia profesional, esto es, al nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado.
- Y que tal comportamiento sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio destinatario de estas prácticas.

Ahora bien, desde un punto de vista económico y empresarial, conviene recordar que, sobre la base del principio de libertad de empresa, recogido en el artículo 38 de la Constitución, la existencia de una competencia efectiva y leal constituye uno de los elementos definitorios de nuestra economía de mercado, cuya eficiencia productiva repercute positivamente en todos los operadores y, especialmente, en los consumidores y usuarios.

Por lo tanto, la publicidad, en calidad de instrumento al servicio de las empresas en el ejercicio de la competencia mercantil, debe respetar el **principio de lealtad**, como así se desprende del articulado de la LCD y de la LGP, que, recordemos, en su artículo 3 e) considera ilícita la publicidad desleal.

Conviene destacar que, en su artículo 18, el nuevo texto de la LCD establece, también con carácter general, que toda publicidad considerada ilícita por la LGP se reputará desleal. A partir de esta nueva consideración, resulta un tanto superflua la tipificación recogida en el artículo 3 e) de la LGP de la publicidad desleal como uno de los supuestos concretos de publicidad ilícita.

No obstante, en desarrollo del artículo 3 e), tomando como referencia lo que disponía la LGP en materia de publicidad desleal antes de las modificaciones derivadas de la Ley 29/2009, entenderemos que la LGP remite a considerar como publicidad estrictamente desleal los siguientes supuestos ahora regulados en la LCD:

- La publicidad denigratoria.
- La publicidad confusionista.
- La publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena.

- La publicidad *comparativa*, siempre que no se ajuste a los requisitos establecidos en el artículo 10 de la LCD.

A continuación abordaremos, de manera sintética, la regulación de los diferentes supuestos de la publicidad tipificada tradicionalmente por la LGP como desleal.

1) La publicidad denigratoria

El artículo 9 de la LCD reputa como desleales los actos de denigración y, por extensión, también la llamada **publicidad denigratoria**, entendida como aquella que difunde "manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes".

Además, el artículo 9 de la LCD concreta que "no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualquier otro circunstancia estrictamente personal del afectado".

Así, a tenor de lo dispuesto en la LCD, para incurrir en un supuesto de denigración no es necesario que ésta se produzca de manera efectiva, basta que lo manifestado por el anunciante sea apto para producir el menoscabo del crédito comercial del competidor en cuestión.

Durante años, uno de los aspectos más controvertidos de la denigración publicitaria fue la posible exigencia del requisito de falsedad en las alegaciones para considerar denigratoria la publicidad. Tradicionalmente, la LGP guardó silencio al respecto, mientras que el artículo 9 de la LCD excluye explícitamente de los actos de denigración las manifestaciones "que sean exactas, verdaderas y pertinentes". La doctrina, nacional e internacional, también ofrece opiniones contrapuestas. Nosotros coincidimos con el profesor Lema Devesa al considerar que la publicidad denigratoria debería prohibirse siempre, independientemente de que resulten verdaderas o falsas sus alegaciones.

2) La publicidad confusionista

Tradicionalmente, la LGP tipificaba como desleal la denominada publicidad confusionista, esto es, aquella que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores.

No obstante, tras los cambios operados por la Ley 29/2009, el legislador ha optado por integrar la publicidad confusionista dentro del supuesto de publicidad engañosa. De este modo, el riesgo de confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia de la prestación constituye, en la actualidad, una hipótesis específica del riesgo de engaño.

Con el objetivo de clarificar los conceptos, tan sólo cabe mencionar que, como apunta el profesor De la Cuesta Rute (2002), el supuesto de publicidad confusionista es el contrario del de denigración. Mediante la denigración, el anunciante pretende que, indirectamente, sus prestaciones sobresalgan sobre las de aquél al que se denigra. En cambio, mediante la confusión, el anunciante pretende confundir a sus destinatarios sobre el origen o la procedencia de sus productos o servicios, como si fueran de otro, y todo ello por el mayor prestigio o reputación de la que goza este último con el que al anunciante le conviene confundirse.

3) La publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena

En su artículo 12, bajo la rúbrica de *explotación de la reputación ajena*, la LCD considera desleal "el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado".

Y, más concretamente, de lo dispuesto en este mismo artículo se deduce que se tipificará como desleal la publicidad que emplee signos distintivos ajenos o denominaciones de origen falsas, acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como *modelo, sistema, tipo, clase* o similares. Uno de sus supuestos más característicos es la denominada por la doctrina **publicidad adhesiva**.

Con anterioridad a los cambios operados por la Ley 29/2009, la LGP regulaba en su artículo 6, ya derogado, la publicidad que explotara la reputación ajena a partir del principio de que, en publicidad, cualquier referencia a signos ajenos debe estar justificada: bien mediante autorización del titular del signo, bien cuando sirve de referencia a comparaciones lícitas o, por ejemplo, cuando el uso de la marca ajena sea necesario para indicar la destinación de un producto o servicio (tal es el caso de accesorios o recambios, excluidos de la prohibición por la Ley de Marcas). Como *regla general*, el uso de los signos ajenos estará justificado en caso de que este uso resulte necesario para identificar la prestación propia que se ofrece.

De ello se deriva que, en la práctica totalidad de los casos, el uso injustificado de signos distintivos de los competidores responde al objetivo del aprovechamiento de la fama o reputación ajena. De ahí surge la denominación de *pu-*

Ved también

Por ello, en este punto, nos remitimos a lo dispuesto en el subapartado 2.3.5, en el que se aborda el supuesto de publicidad engañosa por confusión.

blicidad adhesiva para esta modalidad publicitaria desleal y, por consiguiente, ilícita. En la publicidad adhesiva el anunciante se apropia, en beneficio propio, de la fama y reputación ajenas; esto es, el anunciante trata de atribuir a sus productos o servicios el *goodwill* de los productos o servicios de un tercero, identificados, normalmente, mediante una marca notoria o renombrada (Lema Devesa, 2007).

Marcas notorias y marcas renombradas

La Ley de Marcas establece, en su artículo 8, los términos de *marca notoria* y *marca renombrada*, ambos relevantes a la hora de determinar el carácter adhesivo de la publicidad:

Artículo 8.1. Ley de Marcas

"A los efectos de esta Ley, se entenderá por *marca o nombre comercial notorios* los que, por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial".

Artículo 8.3. Ley de Marcas

"Cuando la marca o nombre comercial sean conocidos por el público en general, se considerará que los mismos son renombrados".

4) La publicidad comparativa

El artículo 10 de la LCD reputa desleal la **publicidad comparativa**, esto es, la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes y servicios que éste ofrezca **cuando no se ajuste a los requisitos establecidos** en este mismo artículo.

Mediante este precepto, el legislador reconoce la licitud de la publicidad comparativa, siempre que se ajuste a los requisitos establecidos en la propia LCD. Puesto que, con carácter general, el legislador reconoce la licitud de la publicidad comparativa, no nos parece oportuno desarrollar su regulación en el marco de los supuestos de publicidad ilícita. Por ello, abordaremos su estudio, posteriormente, en el apartado dedicado a otras tipologías publicitarias derivadas de la legislación vigente.

2.3.7. La publicidad agresiva

Otra de las novedades derivadas de la reforma del régimen de la competencia desleal y de la publicidad operada en diciembre del 2009 es la incorporación de un nuevo supuesto de prácticas desleales: las **prácticas comerciales agresivas**.

Ved también

Podéis ver el subapartado 2.4.1 de este módulo, en el que se aborda el concepto y los requisitos de la publicidad comparativa.

Como veremos a continuación, bajo la rúbrica de prácticas comerciales agresivas encontraremos la regulación de las actividades publicitarias que, ante la saturación de los medios de publicidad masivos, optan por el contacto directo e individual con el destinatario de la publicidad en lo que profesionalmente se ha venido a denominar acciones de *publicidad directa* o *marketing directo*.

Tras analizar lo dispuesto en los artículos 8, 28, 29, 30 y 31 de la LCD, los profesores Tato, Fernández y Herrera (2010) concluyen que la regulación de las prácticas agresivas en la LCD es, ciertamente, compleja y que ésta se apoya en tres piezas básicas:

- El concepto de práctica comercial agresiva.
- Un listado de circunstancias que deben ser tomadas en consideración a la hora de calificar una práctica como agresiva.
- Y, finalmente, una catálogo o enumeración de conductas que son calificadas *per se* como agresivas.

Siguiendo el análisis de la regulación de las prácticas agresivas elaborado por el profesor Anxo Tato, a continuación abordaremos el contenido de estos tres aspectos que configuran el régimen jurídico de la publicidad agresiva.

La definición del nuevo supuesto de prácticas agresivas se encuentra recogida en el artículo 8 de la LCD, dentro del capítulo II, dedicado a los actos de competencia desleal. Por ello, los actos tipificados en el artículo 8 de la LCD pueden ser calificados como actos de competencia desleal independientemente de quiénes sean sus destinatarios. Como veremos, no sucederá lo mismo con el catálogo de prácticas que se consideran en sí mismas agresivas, recogidas en los artículos 28 y siguientes de la LCD dentro del capítulo III, dedicado a tipificar las prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Así, la LCD reputa como desleal las denominadas **prácticas agresivas** y, a su vez, las define como cualquier comportamiento que, teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción (incluido el uso de la fuerza), o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación con el bien o servicio y, por consiguiente, pueda afectar a su comportamiento económico (artículo 8.1).

De esta definición de carácter general se desprende que para calificar una acción publicitaria como agresiva, deben concurrir dos *presupuestos*:

Publicidad directa

Es aquella publicidad que se dirige directa e individualmente a personas previamente identificadas, a través del correo, el teléfono o cualquier otro sistema electrónico o multimedia.

Termcat, 1999

Artículo 19 LCD

La LCD establece, en su artículo 19, que, además de las prácticas recogidas en su capítulo III, tendrán también la consideración de prácticas desleales con los consumidores las previstas en los artículos 4 (cláusula general), 5 (actos de engaño), 7 (omisiones engañosas) y 8 (prácticas agresivas).

- En primer lugar, debe producirse una conducta que pueda ser calificada como acoso, coacción o influencia indebida.
- Y, en segundo lugar, la conducta examinada debe ser apta para afectar al comportamiento económico del destinatario de la acción.

La LCD no recoge en su articulado la definición del concepto de *acoso*. Por ello, nos remitiremos a la propuesta de Massagué Fuentes (2006), quien lo define como el hecho de perseguir, importunar, incomodar o apremiar al consumidor como medio de obtener su decisión de compra o de determinar su comportamiento en el marco de una relación ya establecida.

A partir de esta definición y de lo dispuesto en el catálogo de prácticas agresivas por coacción *per se*, para que una práctica de publicidad o marketing directo pueda considerarse **publicidad agresiva por acoso**, además del contacto directo entre el anunciante y el destinatario de la conducta, han de concurrir circunstancias adicionales que provoquen que el mencionado contacto pueda ser percibido por un destinatario medio (normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) como un acoso susceptible de incidir en su libertad de elección.

Cabe avanzar en este punto que, en materia de publicidad agresiva por acoso, entre las circunstancias adicionales más relevantes que se deben tener en cuenta destacan: el momento y el lugar elegido por el anunciante para entablar un contacto directo y personal con el destinatario, así como la persistencia de los mencionados contactos.

La segunda conducta que la LCD califica como agresiva es la *coacción* y, en este caso, el legislador tampoco define el concepto, por lo que nos remitiremos a la definición propuesta al respecto por el profesor Anxo Tato (2010), según el cual la publicidad agresiva por coacción:

"[...] abarca aquellas prácticas comerciales a través de las cuales se genera la impresión en el consumidor de que éste debe aceptar la oferta presentada si quiere evitar una situación negativa o alcanzar un determinado beneficio, siempre que la situación negativa que se hace pender sobre el consumidor no sea legítima o el objetivo a alcanzar no sea real".

En la coacción, el anunciante podrá transmitir el mensaje de manera expresa o implícita, puesto que la calificación de una conducta como coacción dependerá del modo como ésta pueda ser percibida por un destinatario medio.

Por último, la LCD sí que recoge en su articulado, concretamente en el párrafo segundo del artículo 8.1, la definición del concepto de *influencia indebida* en los siguientes términos: "la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso".

Así, podemos considerar que en la **publicidad agresiva por influencia indebida** el anunciante pretende determinar el comportamiento económico del destinatario de la actividad publicitaria mediante la explotación de la especial capacidad de influencia que sobre aquél tiene el mismo anunciante o un tercero.

Desde el punto de vista publicitario, este supuesto es especialmente relevante en materia de utilización de terceras personas, concretamente prescriptores indirectos, que se encuentren en una relación de especial confianza o proximidad con destinatario de la publicidad. En opinión de los profesores Tato, Fernández y Herrera (2010), no cabe duda de que supuestos de hecho como éste podrían ser calificados como publicidad agresiva por influencia indebida.

La influencia indebida en la publicidad dirigida a menores

A pesar de que la publicidad dirigida a menores es objeto de una estricta regulación en diferentes normas, de lo dispuesto en la LCD en materia de publicidad agresiva se deduce que:

"[...] la reforma de la LCD podría suponer la calificación como influencia indebida –y, por tanto, como práctica agresiva– de cualquier conducta que suponga la utilización como prescriptores frente al niño de personas en las que aquél tenga depositada una especial confianza, ya sea por la relación familiar o escolar existente, ya sea por la autoridad moral que la correspondiente persona o personaje pueda ejercer sobre el niño".

Como apuntábamos en la parte introductoria de este punto, la LCD incluye, en el apartado 2.º del artículo 8, el siguiente **listado de elementos que se deben tener en cuenta** a la hora de valorar si una determinada conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida y, por tanto, incurrirá en un supuesto de publicidad agresiva y, en consecuencia, ilícita:

- a) El momento y el lugar en el que se produce la conducta, su naturaleza o su persistencia.
- b) El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante.
- c) La explotación por parte del anunciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio.
- d) Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier manera de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador.
- e) La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

Al objeto de considerar una *publicidad agresiva por acoso*, será especialmente relevante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 8.2 a), considerar el momento y el lugar en el que se produce la conducta, su naturaleza y su persistencia.

Por su parte, al objeto de considerar una *publicidad agresiva por coacción*, será especialmente relevante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 8.2 b), esto es, el empleo de un lenguaje o comportamiento amenazador o insultante.

En su capítulo III, dedicado específicamente a las prácticas desleales con los consumidores, la LCD desarrolla el catálogo o **listado de prácticas agresivas en sí mismas**, desleales de manera automática por tanto, sin necesidad de examinar si cumplen los requisitos para ser calificadas como publicidad agresiva por acoso, coacción o influencia indebida. Cabe destacar que el legislador, sin un motivo claro de justificación, ha decidido clasificar estas prácticas agresivas *per se* en tres grandes categorías: las prácticas agresivas por coacción (art. 28), las prácticas agresivas por acoso (art. 29) y las prácticas agresivas en relación con los menores (art. 30). Finalmente, el artículo 31 de la LCD recoge otras prácticas agresivas que no se corresponden con ninguna de las tres categorías anteriormente mencionadas.

Puesto que la única práctica tipificada como agresiva por coacción no tiene incidencia directa en la actividad publicitaria, a continuación pasamos a relacionar los supuestos más relevantes de publicidad agresiva *per se* por acoso y publicidad agresiva *per se* en relación con los menores.

Así, el artículo 29 de la LCD tipifica *per se* como **publicidad agresiva por acoso**:

1) Realizar *visitas publicitarias en persona al domicilio del consumidor o usuario*, ignorando sus peticiones para que el empresario o consumidor abandone su casa o no vuelva a personarse en ella.

2) Realizar publicidad no deseada y reiterada por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual. Mediante la tipificación de esta práctica, el legislador viene a regular el denominado *spam* o *publicidad no solicitada por cualquier tipo de medio electrónico*, que será desleal por agresiva siempre que concurren, necesariamente, dos presupuestos:

a) Que el destinatario haya manifestado el *deseo de no recibir publicidad* por los citados medios de comunicación a distancia. Por ello, el mismo artículo 29 de la LCD impone al anunciante que utilice estos medios para enviar mensajes publicitarios la obligación de prever y mencionar en dichos mensajes los medios a través de los cuales el consumidor puede dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo publicidad del mismo anunciante. En el caso de la

publicidad telefónica, con el fin de garantizar el derecho a oponerse a recibir este tipo de publicidad, la LCD exige que el anunciante (o la empresa de servicios subcontratada por éste) realice las llamadas desde un número de teléfono identificable.

b) Que el contacto con el consumidor con fines publicitarios y a través de medios de comunicación a distancia se lleve a cabo de manera persistente, atendiéndose para valorar la mencionada insistencia a todas las circunstancias que rodean la práctica publicitaria.

Finalmente, el legislador puntualiza, en el último párrafo del artículo 29, que este supuesto se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente en materia de protección de datos personales, servicios de la sociedad de la información, telecomunicaciones y contratación a distancia con los consumidores o usuarios, incluida la contratación a distancia de servicios financieros.

Por su parte, el artículo 30 de la LCD tipifica como **publicidad agresiva per se en relación con los menores**, las siguientes conductas:

- Incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios (lo que viene a constituir un supuesto específico de acoso).
- Incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que conzengan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados (lo que viene a constituir un supuesto específico de influencia indebida).

Ambos supuestos vendrían a ser una concreción del principio de especial protección del menor en la publicidad recogido, con carácter general, en el artículo 3 b) de la LGP y en el artículo 7.3 de la LGCAV, que establece, con un carácter más específico, que la publicidad en televisión no deberá producir perjuicio moral o físico a los menores.

2.4. Otras tipologías publicitarias

Hasta este punto, hemos abordado las diferentes tipologías del ilícito publicitario recogidas, explícitamente, en la LGP y en la LCD. A continuación, nos detendremos, en primer término, en el estudio de la *publicidad comparativa*, una de las modalidades publicitarias más controvertidas y que, a los efectos de la LCD, se considera lícita siempre que cumpla unos determinados requisitos. Y, para concluir el repaso a las diferentes modalidades publicitarias jurídicamente relevantes, abordaremos el concepto y las características de la *publicidad testimonial*, de la *publicidad de tono excluyente* y de la *publicidad indirecta*. Estas tres tipologías tienen en común el hecho de no estar expresamente

Ved también

Dado el carácter introductorio de este módulo, para profundizar en el estudio del régimen de protección de datos personales aplicable a la actividad publicitaria se recomienda cursar a asignatura optativa *Derecho de la publicidad*, contemplada en el plan de estudios del Grado en Comunicación.

mencionadas en la legislación, pero la doctrina coincide, mayoritariamente, al identificar estas tres modalidades derivadas de la conjunción entre la práctica profesional y lo dispuesto en la LGP y en la LCD.

2.4.1. La publicidad comparativa

La publicidad comparativa es otro de los supuesto que, a raíz de los cambios introducidos por la Ley 29/2009 ha dejado de estar regulada en la LGP y, en la actualidad, es la LCD la que regula, en su artículo 10, los actos de comparación, entre los que destaca, explícitamente, la publicidad comparativa.

A falta de definición en la LCD, la Directiva 2006/14/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa define la **publicidad comparativa** como aquella que "alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él"; mientras que el artículo 10 de la LCD establece una serie de requisitos para su licitud cuyo objetivo es asegurar la veracidad y objetividad de la comparación.

En Europa, a diferencia de los Estados Unidos, tradicionalmente se había observado con cierta reticencia esta práctica publicitaria al considerar que podía entrañar un acto de denigración. En base a ello, salvo en España y a partir de la promulgación del Estatuto de la publicidad en 1964, en la mayoría de países de Europa la publicidad comparativa era considerada una práctica desleal y, por tanto, ilícita. No obstante, a mediados de los años setenta, la Comisión Europea comenzó a barajar la posibilidad de armonizar el derecho interno de los Estados miembros, también en materia de publicidad comparativa. Tal fue la oposición de algunos Estados que el proyecto inicial de directiva tuvo que reducir su ámbito de aplicación a la publicidad engañosa (Directiva 84/450/CEE). Pero el debate continuó en la Comisión hasta que, en 1997, se aprobó la ya derogada Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre, por la que se modificó la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en ésta la regulación de la publicidad comparativa que pasaba a considerarse lícita siempre que cumpliera unos determinados requisitos (De la Cuesta Rute, 2002).

La doctrina mayoritaria, encabezada por los profesores Tato Plaza, Lema Devesa y De la Cuesta Rute, también defiende la tesis de la legitimidad de la publicidad comparativa siempre que se sustente en datos verídicos y objetivos que, en ningún caso, denigren al competidor en cuestión o a sus productos o servicios. El fundamento de tal legitimidad se encuentra en sus beneficiosos efectos para el mercado, por medio de la información que facilita a sus destinatarios. No obstante, conviene destacar que, en la práctica profesional en España, a diferencia, por ejemplo, de Estados Unidos, los casos de publicidad comparativa son, todavía hoy, muy escasos.

La escueta definición de publicidad comparativa recogida en la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, no contempla las notas características del supuesto. Por ello, la doctrina ha venido a desarrollar un concepto más amplio de la misma.

Anxo Tato, a la vista de sus elementos constitutivos, define la **publicidad comparativa** como "aquella 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" (Tato Plaza, 1996).

De esta definición pueden extraerse las **dos notas características** de la publicidad comparativa: por un lado, la referencia conjunta a los productos o servicios propios y a los de la competencia y, por otro, la finalidad de entablar una comparación entre éstos, de modo que produzca el efecto, directo o indirecto, de presentar las ventajas de los productos o servicios propios del anunciante frente a las desventajas de los de la competencia (Fernández Novoa, 1989).

Pero, para garantizar el criterio de objetividad en la comparación y, sobre todo, con el objetivo de evitar cualquier tipo de práctica que distorsione la competencia, perjudique a los competidores y pueda ejercer un efecto negativo sobre los consumidores y usuarios, el legislador ha establecido una serie de **requisitos de licitud de la publicidad comparativa**. Como veremos, en su gran mayoría, estos requisitos pretenden garantizar la veracidad del contenido del mensaje con el fin de que la comparación no pueda inducir a error a sus destinatarios.

A continuación expondremos **los requisitos de licitud** que el artículo 10 de la LCD establece para la publicidad comparativa:

- 1) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad y satisfacer las mismas necesidades.
- 2) La comparación se deberá realizar, de modo objetivo, entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio. Este punto resulta especialmente relevante, puesto recoge los diferentes requisitos esenciales de la publicidad comparativa en un único precepto que, junto al anterior, establecen su régimen general de licitud.

Lectura recomendada

Para profundizar más en el concepto y en el régimen jurídico de la publicidad comparativa, podéis consultar la obra del profesor Anxo Tato Plaza que, bajo el título de *La publicidad comparativa*, ofrece una completa visión de esta modalidad publicitaria.

Ejemplo

En base a lo dispuesto en el artículo 10 LCD, dos productos pertenecientes a distintos géneros podrán ser comparados, de modo objetivo, siempre que cumplan el mismo objetivo o finalidad.

3) En tercer lugar, la LCD contempla un supuesto específico: en el caso de que los productos comparados estén amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.

4) Además, la ley prohíbe aquella publicidad comparativa que presente bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido; de modo que, para no incurrir en acto desleal, no se podrá comparar una imitación con la copia original, si esta última está protegida por un signo distintivo.

5) Finalmente, el legislador recuerda que será desleal y, por tanto, ilícita la publicidad comparativa que infrinja lo dispuesto en la LCD en materia de publicidad engañosa (arts. 5, 7 y 20), publicidad denigratoria (art. 9) y publicidad que aproveche indebidamente la reputación ajena (art. 12).

2.4.2. La publicidad de tono excluyente

La denominada publicidad de tono excluyente es la primera de las tres modalidades publicitarias que, a pesar de no estar reguladas explícitamente ni en la LGP ni en la LCD, la doctrina mayoritaria les confiere una especial relevancia en base a su reiterada presencia en la práctica publicitaria.

Así, a falta de una definición legal de publicidad de tono excluyente, recurriremos al concepto doctrinal que propone el profesor Carlos Lema Devesa, catedrático de derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid y autor de una tesis doctoral en la que abordó esta modalidad publicitaria.

Concepto de publicidad de tono excluyente

"Toda alegación con un contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige o alcanza; y a través de la cual se manifiesta que la empresa, producto o servicio anunciados ocupan la posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor o, en su caso, por un círculo limitado de competidores".

Lema Devesa (1980). *La publicidad de tono excluyente*. Madrid: Montecorvo.

De esta definición se desprende el rasgo característico de **la publicidad de tono excluyente**: resaltar la preeminencia de un anunciante en el mercado, de manera que los destinatarios de la publicidad crean que no existe ningún otro producto o servicio en el mercado que pueda rivalizar o sustituir al anunciado.

De ello se deriva que, aunque el derecho publicitario español no contempla el régimen jurídico de la publicidad de tono excluyente, dadas sus características, esta modalidad publicitaria deberá someterse al principio de veracidad y, más concretamente, a lo estipulado en la LCD en materia de publicidad engañosa.

No obstante, al objeto de delimitar, aún más, esta figura, a continuación apuntaremos los requisitos que, según Lema Devesa, debe cumplir la publicidad de tono excluyente para ser considerada lícita:

- a) Debe ser veraz, esto es, no engañosa.
- b) Ha de manifestar una ventaja considerable sobre los competidores.
- c) No tiene que resaltar circunstancias intrascendentes o accesorias.
- d) No debe realzar características comunes de todo el género de mercancías o clases de productos.
- e) No ha de destacar una o varias ventajas en el caso de que éstas se neutralicen por otras desventajas.
- f) Y, finalmente, la licitud de la publicidad de tono excluyente requiere la existencia de un punto de referencia para determinar la posición preeminente del anunciante en el mercado (por ejemplo, la verificación de la existencia real de competidores en el mercado).

2.4.3. La publicidad testimonial

Otra modalidad publicitaria, no contemplada de manera explícita en la legislación, pero que tradicionalmente ha gozado de una gran tradición en la práctica profesional, es la denominada publicidad testimonial.

Puesto que nuestro ordenamiento jurídico no contempla una definición legal de publicidad testimonial, recurriremos al concepto doctrinal que propone el profesor De la Cuesta Rute (2002), según el cual la **publicidad testimonial** será "aquella que en sus mensajes se hace aparecer a una persona o entidad diferente del anunciante expresando una opinión favorable acerca de éste o de sus productos o servicios".

La **nota característica** de esta modalidad publicitaria es el refuerzo que supone contar con el testimonio de una tercera persona que respalda el mensaje y a la que los destinatarios, por norma general, otorgarán una mayor credibilidad que al propio anunciante.

Las formas de expresión de la publicidad testimonial son muy variadas, tanto como las diferentes formas en las que en ella puede manifestarse el engaño. En la publicidad testimonial, el principio de veracidad debe observarse desde una triple perspectiva: la del contenido del mensaje, la de las cualidades del testificante y, por último, desde la perspectiva la opinión manifestada por el testimonio y sus fundamentos.

Por tanto, a pesar de que el ordenamiento jurídico español no regula, expresamente y de manera general, la publicidad testimonial, la doctrina mayoritaria considera que ésta deberá someterse al principio de veracidad recogido, entre otros, en el artículo 5 de la LCD en materia de actos de engaño. Adicionalmente, dada la utilización de las circunstancias personales del testificante con fines publicitarios, será preciso contar con la autorización del testificante con el fin de no infringir su derecho al honor y a la propia imagen (art. 3 a) LGP y artículo 7.6. de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección del Derecho al Honor, Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen). Esta autorización, por norma general, se articula mediante un contrato oneroso que generará las consiguientes obligaciones para cada una de las partes contratantes.

En este punto, cabe mencionar que algunas normas de carácter especial prohíben la publicidad testimonial en la promoción de determinados productos o servicios, en su gran mayoría relacionados con el sector médico y sanitario.

Ejemplo de prohibición de los testimonios en publicidad

La nueva Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios dispone, en su artículo 78.2, que, a efectos de su autorización administrativa previa, la publicidad de medicamentos destinados al público en general no deberá incluir "ni testimonios sobre las virtudes del producto ni de profesionales o personas cuya notoriedad pueda inducir al consumo".

En atención al perfil de las personas que los emiten, Lema Devesa (2007) establece **tres grandes categorías de testimonios publicitarios** a los que, como expondremos a continuación, la doctrina autorizada ha conferido unos determinados **requisitos de licitud**:

a) Los *testimonios de personas célebres o famosas*, esto es, cuyo nombre es fácilmente identificable por el público de los consumidores o usuarios. En cuanto a requisitos de licitud, la doctrina mayoritaria considera lícito el testimonio de una persona célebre o famosa en un sector diferente al del producto anunciado; de hecho, si su testimonio es sobre productos o servicios relacionados con la actividad que le ha conferido su fama o celebridad, su testimonio se consideraría de experto y, por tanto, debería someterse a sus propios requisitos.

b) Los *testimonios de expertos*, en base al principio de veracidad, siempre requerirán que la cualificación real del experto coincida con la que se le atribuye en el anuncio. Además, para su licitud también se exige que, en la publicidad, los conocimientos del testificante se relacionen con el producto o servicio

anunciados y que el testimonio se base en un examen auténtico del producto o servicio anunciados. En caso de que el experto sea una organización, su testimonio siempre deberá reflejar el criterio oficial de ésta.

c) El *testimonio de consumidores* exige que el resultado obtenido por el testimoniante sea indicativo del que obtendría la generalidad de los consumidores en condiciones normales de uso de un determinado producto o servicio. De no ser así, el anunciante o bien deberá matizar que el resultado sólo se obtendrá en las circunstancias descritas, o bien advertir sobre el carácter excepcional del mismo.

Finalmente, Lema Devesa, a partir de lo dispuesto al respecto en el *Código de conducta publicitaria* de Autocontrol, establece los siguientes cuatro requisitos adicionales de veracidad referidos a los testimonios:

- 1) Los testimonios deberán reflejar, de manera veraz, sus opiniones o experiencias con el fin de evitar el engaño y la posible inducción a error a los destinatarios.
- 2) El testimonio no podrá ser presentado fuera de contexto, ni manipulado, ni reelaborado de modo que se distorsione la opinión o experiencia del testimoniante.
- 3) En el caso de que la publicidad muestre al testimoniante usando el producto o servicio del anunciante, el principio de veracidad exige que aquél haya sido usuario real del producto o servicio cuando prestó su testimonio.
- 4) Finalmente, en el caso de que no se haya limitado el plazo de difusión de la publicidad, se entenderá que el paso del tiempo puede hacer cambiar las opiniones de los testimoniante. Por ello, el anunciante está obligado a comprobar sus opiniones en intervalos de plazo razonables dependiendo de las circunstancias de cada caso.

2.4.4. La publicidad indirecta

La última modalidad publicitaria, no recogida expresamente ni en la LGP ni en la LCD (aunque, en este caso, sí en otras normas publicitarias) surge en la práctica profesional a raíz de la prohibición de la publicidad de determinados productos establecida en el artículo 5 de la LGP.

Más concretamente, en España, la **publicidad indirecta** surge en respuesta a la prohibición de cualquier tipo de publicidad de tabaco y, en especial, de la de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20° en el medio televisivo, establecida en el artículo 5.5 de la LGP.

Autocontrol

Como veremos en el apartado dedicado al sistema de autorregulación publicitaria, Autocontrol es la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial que opera en España. Entre sus actividades más relevantes, destaca la elaboración de códigos de conducta publicitaria, generales y también sectoriales.

A diferencia de la publicidad de tono excluyente y de la publicidad testimonial, en el ordenamiento jurídico la publicidad encubierta ha sido definida, no en la LGP, pero sí en varias normativas comunitarias, estatales y autonómicas. Entre todas ellas, destacaremos la definición recogida en la legislación específica de las actividades de radiodifusión televisiva y, más concretamente, en la recientemente derogada Ley 25/1994.

En base a la legislación televisiva, se entenderá por **publicidad indirecta** "aquella que sin mencionar directamente los productos, utilice marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de tales productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan su producción o comercialización".

Esta amplia definición ha sido matizada por la doctrina. A este respecto, resulta especialmente relevante la definición propuesta por el profesor Lema Devesa (2007):

Definición doctrinal de la publicidad indirecta

"Aquella modalidad publicitaria que realza una marca, generalmente notoria, que distingue un determinado producto, con el pretexto de identificar un nuevo producto, suscitando en el consumidor el recuerdo de un producto diferente que –con anterioridad– ya venía distinguiendo esta misma marca. Por consiguiente, a través de esta modalidad publicitaria, el público asocia la publicidad del nuevo producto con el producto anterior, cuya publicidad estaba prohibida".

La publicidad indirecta, por su propia naturaleza, se considerará *ilícita* en tanto que vulnera la prohibición legal de realizar publicidad de un determinado producto o servicio. Así se deriva de lo dispuesto en las siguientes normas de carácter estatal, sin perjuicio de los matices que pueda contener las respectivas legislaciones autonómicas:

- El artículo 10 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, conocida como Ley Antitabaco, prohíbe expresamente la utilización de marcas de tabaco para identificar, simultáneamente, otros bienes o servicios comercializados por una misma empresa o grupo de empresas.
- Con carácter más general, a los supuestos de publicidad indirecta les será también aplicable el artículo 3 e) de la LGP que declara ilícita la publicidad desleal; y lo dispuesto en la cláusula general de prohibición de los actos de competencia desleal contenida en el artículo 4 de la LCD.

Ejemplos

Las manifestaciones de la publicidad indirecta son variadas e incluyen desde el uso publicitario de la marca corporativa, no de producto, de fabricantes de productos cuya publicidad está prohibida por ley, hasta el lanzamiento de nuevas líneas de producto con la marca ya famosa y reconocida en el sector del tabaco o el de las bebidas alcohólicas.

- Finalmente, dada su naturaleza, a la publicidad indirecta también le serán de aplicación los artículos 6.4 y 7 del Código civil, que prohíben el fraude de ley (aquellos actos realizados al amparo de una norma que persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él) y el abuso de derecho, respectivamente.

2.5. Consecuencias jurídicas de la publicidad ilícita

Con carácter previo a la aprobación de la Ley 29/2009, la LGP establecía, en su título IV, las normas de carácter procesal que tenían que regir en materia de sanción y represión de la publicidad ilícita, sin perjuicio del control voluntario de la publicidad que se pudiera llevar a cabo por medio de los organismos de autodisciplina.

En diciembre del 2009, la aprobación de la Ley 29/2009 derogó el título IV de la LGP y suprimió la característica acción de cesación o rectificación de la publicidad ilícita. Sin duda, uno de los mayores problemas que planteaba la coexistencia de la LGP y la LCD era que los dos textos establecían un régimen de acciones propio y específico: las acciones por publicidad ilícita (LGP) y las acciones por competencia desleal (LCD). La coexistencia de las dos categorías generaba, por lo tanto, muchas dudas al mismo tiempo de determinar qué acciones se debían emprender ante los supuestos que eran tipificados al mismo tiempo como supuestos de publicidad ilícita y actos de competencia desleal.

Así, el nuevo texto de la LGP dispone, en su artículo 6, que las **acciones frente a la publicidad ilícita** serán las establecidas, con carácter general, para las acciones derivadas de la competencia desleal en el capítulo IV de la LCD. De este modo, el legislador establece la vía judicial para reprimir y sancionar el ilícito publicitario.

De lo dispuesto, con carácter general, en la legislación vigente se desprende que el ilícito publicitario se puede situar en tres **ámbitos distintos de responsabilidad**:

a) Con carácter general, la publicidad ilícita desencadenará una *responsabilidad* de tipo *civil*, aunque según lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial corresponderá a los juzgados de lo Mercantil el conocimiento de las cuestiones que sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto a, entre otros casos, las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a la competencia desleal y publicidad (Salas, 2010). En el caso publicitario, la sanción civil tradicional que consiste en el pago de una indemnización económica con

el fin de reparar los daños causados pierde importancia, puesto que éstos son difíciles de evaluar; una dificultad que se extiende a la necesaria determinación del nexo causal entre el acto ilícito y el daño causado.

b) En determinados supuestos, la publicidad engañosa puede desencadenar una *responsabilidad* de carácter *penal*, en función de lo dispuesto en el artículo 282 del CP en referencia al denominado delito publicitario. La responsabilidad penal conllevará la imposición de una pena de prisión o multa.

c) Por último, y a partir de lo dispuesto en la legislación especial, algunos supuestos de publicidad ilícita desencadenan una *responsabilidad* de tipo *administrativa* que se dirimirá por los órganos de las administraciones públicas con competencia sobre la materia. El procedimiento administrativo concluirá, en su caso, con una sanción establecida por la ley y que normalmente consistirá en una multa, en ningún caso en privación de libertad (De la Cuesta Rute, 2002).

En las materias de carácter civil que se someten a la decisión de los órganos jurisdiccionales rige el *principio de justicia rogada*, de manera que los jueces o tribunales sólo intervendrán en el asunto si así lo solicita una de las dos partes legitimadas. Y esta posibilidad de someter cuestiones a la resolución de jueces y tribunales, en términos jurídicos, se denomina *acción*; de aquí que, a continuación, abordaremos las particularidades propias de las nuevas acciones derivadas de los actos de competencia desleal, entre ellos, la publicidad ilícita.

2.5.1. Acciones derivadas de la publicidad ilícita

Como ya hemos avanzado, el nuevo texto de la LCD regula, en su capítulo IV, las acciones derivadas de la competencia desleal y, más concretamente, su artículo 32 establece que **contra la publicidad ilícita** podrán ejercitarse las siguientes acciones:

- La acción declarativa de deslealtad.
- La acción de cesación o de prohibición preventiva o futura.
- La acción de remoción de efectos.
- La acción de rectificación de informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
- La acción de resarcimiento de daños y perjuicios.
- Y, por último, la acción de enriquecimiento injusto.

A continuación, siguiendo el análisis efectuado por Salas Carceller (2010), abordaremos, de una manera introductoria, el contenido de cada una de las seis acciones que podrán interponerse contra los actos de competencia desleal, en general, y contra la publicidad ilícita, en particular.

1) Acción declarativa de deslealtad

Mediante la **acción declarativa de deslealtad** el que se considera perjudicado por una actividad publicitaria que infrinja lo dispuesto en la LGP y en la LCD puede solicitar al juzgado la declaración de deslealtad de esa publicidad.

Por tanto, esta acción tiene como objetivo el examen de una conducta del demandado a instancias del demandante y la determinación judicial expresa de su carácter desleal, sin condenar al demandado a una concreta prestación. Por ello, el supuesto más frecuente de ejercitar la acción declarativa de deslealtad es de manera acumulada con una o varias de las acciones contempladas en el artículo 32; porque lo habitual será que el perjudicado, además de la declaración, pretenda la cesación o prohibición de la conducta, la remoción de sus efectos y/o, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios causados. En tal caso, la estimación de la acción declarativa constituye el *presupuesto necesario* para el éxito de las demás.

No obstante, puede darse el caso de que el demandante únicamente ejercite la acción declarativa si considera que sus intereses quedan satisfechos con la mera constatación judicial de la ilicitud de la publicidad objeto de controversia.

Ejemplo

Tal podría ser el caso del ejercicio de la acción contra una publicidad presuntamente ilícita que ha dejado de difundirse y que no haya ocasionado daños y perjuicios; en tal caso, el demandante podría resarcirse mediante el reconocimiento judicial de la deslealtad y la posible declaración adicional de la publicación de la sentencia (art. 32.2 LCD).

2) Acción de cesación o de prohibición preventiva futura

La LCD reconoce la **acción de cesación o prohibición preventiva o de reiteración futura** de la publicidad ilícita. Esta acción ha sido, tradicionalmente, la vía utilizada para la represión judicial de la publicidad ilícita.

El ejercicio de la acción de cesación o prohibición de la conducta desleal puede responder, por tanto, a una triple finalidad:

- La cesación, en sentido estricto, de la publicidad ilícita.
- La prohibición de reiteración futura de la publicidad ilícita que ya se hubiera dejado de emitir.
- La prohibición de publicidad ilícita de inminente ejecución, pero todavía no difundida.

3) Acción de remoción de efectos producidos

En tercer lugar, la LCD contempla la **acción de remoción de los efectos producidos** por la publicidad ilícita; la finalidad de esta acción es eliminar los efectos producidos y restituir la situación al estado en el que se encontraba con anterioridad a la realización del acto desleal.

La acción de remoción de efectos se distingue de la acción de cesación en que mientras que ésta pretende poner fin a la publicidad ilícita o evitar que se repita, la acción de remoción busca eliminar los efectos derivados de la publicidad ilícita. Para ello, el demandante deberá probar la existencia de los efectos ocasionados por el acto desleal y su vigencia en el momento de interponerse la demanda. Además, éste habrá de justificar que su eliminación requiere, siguiendo criterios de necesidad y proporcionalidad, la intervención del juzgado.

La tipología de medidas que puede suponer la condena de remoción es tan amplia como los diferentes supuestos que pueden darse; a modo de ejemplo, podemos citar la modificación, la retirada del mercado o incluso la destrucción de catálogos o cualquier tipo de material publicitario en casos de imitación o confusión por explotación de la reputación ajena.

4) Acción de rectificación

En cuarto lugar, la LCD menciona la **acción de rectificación** de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, cuyo objetivo es obligar al autor de la publicidad ilícita a desplegar una campaña de "publicidad correctora" de análoga intensidad a la inicialmente realizada.

Mediante esta acción, el demandante persigue que el mercado conozca el carácter ilícito de una publicidad previamente difundida. Para garantizar el objetivo de la acción, se considera que el público destinatario de la publicidad correctora debe ser el mismo que ha recibido previamente la información engañosa o denigratoria y que ha percibido, por tanto, datos incorrectos. El contenido de la rectificación consistirá en una comunicación o desmentido de la corrección, verosimilitud o justificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Además, el mensaje de rectificación deberá especificar que tiene su origen en una sentencia judicial condenatoria por competencia desleal (Tato, Fernández y Herrera, 2010).

5) Acción de resarcimiento de daños y perjuicios

En quinto lugar, el artículo 32.1 de la LCD recoge la **acción de resarcimiento de los daños y perjuicios** ocasionados por la publicidad desleal, sólo en el caso de que haya intervenido dolo o culpa por parte del agente. La finalidad de esta acción es conseguir una indemnización que compense los daños y perjuicios padecidos por el demandante a consecuencia de la publicidad ilícita.

Para que prospere esta acción, el demandante deberá acreditar tres extremos:

- Que la publicidad ilícita le ha ocasionado una lesión patrimonial y/o moral efectiva (bien por daño emergente o por lucro cesante).
- Que esta lesión está causalmente ligada a la conducta del infractor.
- Que el autor haya actuado con dolo o culpa, exigencia que no era contemplada en las acciones que hemos abordado previamente, puesto que sólo es exigible para esta acción.

Daños y perjuicios

Por daño entenderemos el desembolso realizado para prevenir los efectos que la publicidad ilícita pudiera tener sobre los clientes, gastos de investigación, etc. El concepto de perjuicios engloba los beneficios dejados de obtener o la ganancia frustrada (Salas, 2010).

6) Acción de enriquecimiento injusto

En sexto lugar, la LCD reconoce la **acción de enriquecimiento injusto**, que sólo procederá cuando la publicidad ilícita lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

La acción de enriquecimiento injusto está muy relacionada con la anterior, en tanto que, habitualmente, el enriquecimiento injusto experimentado por quien realizó una actuación ilícita se corresponde correlativamente con una lesión patrimonial por parte del perjudicado.

En el ámbito de la competencia desleal, la acción de enriquecimiento injusto exige la concurrencia de 4 presupuestos:

- La existencia de una ventaja patrimonial por parte del demandado con el correlativo empobrecimiento del demandante.
- La conexión o relación de causalidad entre dicho enriquecimiento y el empobrecimiento del perjudicado.
- La falta de causa lícita que justifique el enriquecimiento del demandado.

- La lesión de una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido, esto es: casos de imitación, aprovechamiento de la reputación ajena, etc.

La acción de enriquecimiento injusto puede ser considerada una acción de reembolso cuyo objetivo es una condena pecuniaria consistente en satisfacer la suma de dinero en la que se ha concretado el enriquecimiento.

7) Otras acciones

Adicionalmente y con carácter general, el artículo 32 de la LCD establece, en su párrafo segundo, que –para las sentencias estimatorias de las acciones: declarativa de deslealtad, la acción de cese o prohibición, la acción de remoción y la acción de rectificación– el tribunal, si lo estima oportuno, y siempre con cargo al demandado, podrá acordar la **publicación total o parcial de la sentencia** o, cuando los efectos de la infracción se puedan mantener a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

Finalmente, también cabe destacar que al catálogo de acciones recogido en el artículo 32.1 de la LCD hay que añadir las recogidas en los artículos 38 y 39 de la LCD en referencia al **incumplimiento de códigos de conducta**.

Así, el artículo 38 de la LCD dispone que frente a los **códigos de conducta** que recomienden, fomenten o impulsen conductas ilícitas podrán ejercitarse las *acciones de cesación y rectificación* previstas en el artículo 32.1 de la LCD.

Con carácter previo al ejercicio de estas acciones por vía judicial, deberá solicitarse al responsable de dicho código la cesación o rectificación de la recomendación ilícita, así como el compromiso de abstenerse de realizarla cuando todavía no se hayan producido. Una vez presentada la solicitud, el responsable del código estará obligado a emitir el pronunciamiento que proceda en un plazo máximo de 15 días; durante este período, quien haya iniciado el procedimiento no podrá ejercitar la correspondiente acción judicial. Transcurrido el plazo indicado sin que el responsable del código haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, podrá recurrirse a la vía judicial y ejercitarse las acciones que el reclamante estime oportunas.

Por último, en relación con el **supuesto de publicidad engañosa por incumplimiento de un código de conducta** (artículo 5.2 LCD), el artículo 39 de la LCD establece que el ejercicio de las acciones judiciales de cesación y rectificación deberá ir siempre precedido de un *recurso previo ante los órganos de control* del sistema de autodisciplina al que pertenezca el código de conducta.

El procedimiento ante el órgano de control será el mismo que hemos visto anteriormente: una vez presentada la reclamación ante el órgano de control, éste dispondrá de un plazo de 15 días para pronunciarse, período en el que el reclamante no podrá recurrir a los tribunales de justicia; transcurrido este plazo sin que se haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, quedará expedita la vía judicial.

2.5.2. Aspectos procedimentales

En materia de **legitimación activa**, el artículo 33 de la LCD dispone específicamente que, ante la publicidad ilícita, estará legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32, con la única excepción de la acción de enriquecimiento injusto, cualquier persona, física o jurídica, que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o interés legítimo.

Nota

Dada su naturaleza, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

Las acciones contempladas en los apartados 1.º a 4.º del artículo 32.1 (esto es, la acción declarativa de deslealtad, la acción de cesación o prohibición, la acción de remoción y la acción de rectificación) podrán ejercitarse, adicionalmente, por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

Y en caso de que la publicidad ilícita afecte a los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, estarán legitimados para el ejercicio de estas acciones:

a) El Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la LGDCU o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de consumidores.

c) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Adicionalmente, frente a la publicidad ilícita por utilizar la imagen de la mujer de manera discriminatoria o vejatoria, el artículo 6 de la LGP legitima para el ejercicio de las acciones previstas en los apartados 1.º a 4.º del artículo 32.1 de la LCD a:

- a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.
- b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.
- c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- d) El Ministerio Fiscal.

Hay que destacar que, el artículo 33.4 de la LCD también habilita, con carácter general, al Ministerio Fiscal para ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

En materia de **legitimación pasiva**, el artículo 34 de la LCD dispone que esas acciones recogidas en el artículo 32 se podrán ejercitar sobre cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado en su realización. En el caso de las acciones por publicidad ilícita, la legitimación pasiva corresponderá siempre al anunciante.

En cuanto a los **plazos de prescripción**, el artículo 35 de la LCD establece que las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año, desde el momento en el que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto, en este caso, publicitario; y, en cualquier caso, por el transcurso de 3 años desde la finalización de la conducta.

Las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, según lo que dispone el artículo 56 del texto refundido de la LGDCU, en líneas generales, son imprescriptibles.

Finalmente, en materia de **diligencias preliminares**, el artículo 36 de la LCD dispone que quien ejercite una acción de competencia desleal pueda solicitar al juez la práctica de diligencias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte indispensable para preparar el juicio. La solicitud de este tipo de diligencias no suele ser habitual en los procesos judiciales por publicidad ilícita.

2.6. La regulación de los códigos de conducta

La última modificación relevante introducida en el régimen jurídico de la publicidad y de la competencia desleal a raíz de la aprobación de la Ley 29/2009 es la introducción en la LCD de un nuevo capítulo, el capítulo V (arts. 37 a

39), destinado a regular los códigos de conducta que, con pleno respeto a la legislación, contribuyan a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios.

De este modo, el artículo 37 de la LCD fomenta la creación de códigos de conducta sobre la base del reconocimiento expreso de su utilidad con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos por la normativa comunitaria, actualmente recogida en las Recomendaciones de la Comisión Europea 98/257/CE y 2001/310/CE. Entre estos requisitos destaca la necesidad de que los sistemas de autorregulación se doten de órganos independientes de control que aseguren el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas.

Así, la nueva LCD sólo fomenta y reconoce aquellos sistemas de autodisciplina que incluyan mecanismos de resolución extrajudicial de controversias reconocidos en la normativa europea. Además, el legislador también prevé la posibilidad de que los sistemas de autorregulación incluyan mecanismos de control previo de los contenidos publicitarios.

Autocontrol

Conviene destacar que Autocontrol, el sistema de autorregulación publicitaria en España, es un sistema reconocido por la legislación vigente.

Con el objetivo de reforzar, también desde el punto de vista práctico, la labor de los sistemas de autodisciplina, como hemos visto, la LCD establece en sus artículos 38 y 39 la posibilidad de ejercitar acciones judiciales frente a los responsables de códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas y también frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta en el caso de que los incumplan, a la vez que reconoce la posibilidad del recurso ante el órgano de control de un sistema de autodisciplina, con carácter previo a la interposición de una demanda en los términos mencionados en el anterior apartado del temario.

En el siguiente apartado abordaremos con más detalle el concepto y los requisitos de los sistemas de autorregulación publicitaria.

3. El sistema de autorregulación publicitaria

A partir de todo lo expuesto anteriormente, resulta obvio que el régimen jurídico de la publicidad se configura en base al contenido de las diferentes fuentes del ordenamiento jurídico, emanadas de los poderes del Estado, y que se aplica por medio de los órganos de los poderes públicos. Ahora bien, la existencia del derecho y de sus normas jurídicas no excluye la posibilidad de que los sujetos puedan autorregularse, esto es, que voluntariamente sometan su actividad a sus propias normas de carácter ético o deontológico.

En el ámbito de la publicidad, el sistema de autorregulación publicitaria ha adquirido una especial relevancia, hasta el punto de que, en su exposición de motivos, la propia LGP reconoce la existencia de un control voluntario de la publicidad mediante organismos de autodisciplina y el nuevo texto de la LCD, como hemos visto, incorpora un capítulo destinado a reconocer y fomentar la creación de códigos de conducta asociados a sistemas de autorregulación efectivos.

Por ello, hemos considerado relevante concluir el presente módulo con una breve referencia a los rasgos característicos del sistema de autorregulación publicitaria en España. Además, si tenemos en cuenta que esta asignatura se dirige a futuros profesionales de la comunicación en general, y de la publicidad en particular, resulta más justificada, si cabe, la referencia al sistema de autorregulación y a los códigos éticos que de él se derivan.

3.1. Concepto y elementos constitutivos

En sentido estricto, la **autorregulación publicitaria** puede definirse como aquella "regulación llevada a cabo por los sujetos que participan activamente en la realización, creación, preparación, ejecución y difusión de la publicidad, con la finalidad de imponerse a sí mismos, de forma voluntaria, una norma en materia publicitaria" (Patiño Alves, 2007).

Desde un punto de vista más amplio y práctico, María del Rosario Fernando Magarzo (2008) define la *autorregulación publicitaria* como "un sistema voluntariamente establecido por las empresas que integran el sector publicitario (anunciantes, agencias y medios de comunicación) por el cual se procura que el ejercicio de la actividad publicitaria se lleve a cabo de forma legal, honesta y responsable, en beneficio de los consumidores, de los competidores, del mercado publicitario y de la sociedad en general".

Ahora bien, para que un sistema de autorregulación publicitaria se configure como tal y sea efectivo, en él se deben observar una serie de elementos constitutivos. La profesora Beatriz Patiño Alves, en cuya tesis doctoral ha abordado el estudio de la autorregulación publicitaria, identifica y justifica sus cuatro **requisitos constitutivos**:

- 1) En primer lugar, la existencia de una agrupación voluntaria de los miembros que participen, activa y pasivamente, en la industria publicitaria.
- 2) En segundo lugar, es necesario que el grupo se imponga unas normas de carácter moral o ético, los denominados códigos de conducta publicitaria, que deberán ser observados por todo el colectivo que integra el sistema.
- 3) En tercer lugar, para que el sistema sea eficaz, es necesaria la existencia de un órgano de control y supervisión que decida sobre la licitud de la actividad publicitaria.
- 4) Por último, el órgano de control deberá tener carácter sancionador y capacidad para ejecutar sus decisiones con respecto a los miembros del sistema de autorregulación en cuestión.

El **órgano de control** es la institución básica y central de cualquier sistema de autorregulación publicitaria. Se trata de un órgano independiente, caracterizado por la especialización publicitaria y la imparcialidad de todos sus miembros, que dirimirá las controversias que le sean presentadas. Para ello, aplicará las normas de conducta correspondientes, determinará en sus resoluciones la valoración ética que le merecen los casos que deba resolver, y garantizará, en todo momento, el derecho de defensa del reclamado, la igualdad entre las partes y el respeto al principio de contradicción.

Y es precisamente la actividad de estos órganos de control, infinitamente más rápida y menos costosa que los procedimientos judiciales, una de las claves del éxito de la autorregulación publicitaria en la mayoría de países industrializados. Y es que, por su propia naturaleza, la actividad publicitaria necesita procedimientos de resolución de conflictos ágiles que, a su vez, garanticen el efectivo cumplimiento de sus posibles sanciones. Así, frente a la objetividad y mayor seguridad que proporcionan las normas jurídicas y el control estatal, los sistemas de autorregulación se configuran como un modelo eficaz, especialmente en el ámbito publicitario, en base a los criterios de rapidez, especialización, transparencia, bajo coste y fácil acceso (Patiño Alves, 2007).

3.2. El sistema español de autorregulación publicitaria

En España, los orígenes de la autorregulación publicitaria se remontan al año 1976, momento en el que la Administración se involucra, junto con los anunciantes, en la constitución del primer organismo autorregulatorio español en materia publicitaria: la sociedad mercantil Autocontrol S. L., constituida por anunciantes, agencias y medios.

No obstante, no es hasta 1995 cuando, con el objetivo de gestionar un eficaz sistema español de autorregulación publicitaria, se crea la actual Autocontrol, que más tarde pasaría a denominarse **Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AACC)**, una asociación de carácter privado y sin ánimo de lucro integrada, voluntariamente, por los principales anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones relacionadas con la actividad publicitaria en España.

Desde sus inicios, la AACC gestiona el sistema de autorregulación publicitaria en base a tres instrumentos: sus propios códigos de conducta, un sistema de asesoramiento previo por medio del servicio de consulta previa (*copy advice*) y, sobre todo, mediante un órgano independiente, el Jurado de la Publicidad, que se encarga de aplicar los códigos y resolver las reclamaciones presentadas.

Conviene destacar, en este punto, que la AACC no nace con vocación de sustituir el control legal de la publicidad, sino que, al contrario, pretender ser un útil complemento de éste. Una buena muestra de ello es el elevado grado de colaboración que la AACC mantiene con la Administración, que se ha traducido en la firma de múltiples convenios. En base a todo ello, la AACC tiene como objetivos básicos:

- Contribuir a la ética y la lealtad de la publicidad en beneficio de los consumidores.
- Verificar el cumplimiento de la legislación publicitaria.
- Procurar la pacífica y rápida resolución de reclamaciones.

A continuación, expondremos, brevemente, las características esenciales del sistema español de autorregulación publicitaria. De este modo, podremos comprobar que la AACC cumple todos los requisitos constitutivos mencionados anteriormente y, por ello, en base a su eficacia, el sistema de autorregulación de la AACC se ha convertido en el mecanismo preferente de resolución de controversias publicitarias en España.

En primer lugar, y como requisito previo al resto de instrumentos, la asamblea general de AACC aprobó, en 1996, su **Código de conducta publicitaria (CCP)** basado en el Código internacional de prácticas publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio (*international code of advertising practice*) y en

Web recomendada

Para consultar información adicional sobre la estructura organizativa, los códigos o las resoluciones del Jurado de la Publicidad, podéis consultar la página web de la AACC en www.autocontrol.es.

sus principios básicos de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad de las comunicaciones comerciales. Dado su carácter general, las normas contenidas en este texto son de aplicación a cualquier tipo de actividad publicitaria.

Además, como detallaremos más adelante, la AACC también ha aprobado otros códigos, entre los que destaca el Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva (Confianza Online), y ha colaborado activamente en la elaboración de numerosos códigos sectoriales que también son aplicados por el Jurado.

En cuanto a los **mecanismos de control**, el sistema de autorregulación español cuenta con dos instrumentos: el sistema de asesoramiento previo y el Jurado de la Publicidad, como organismo de resolución extrajudicial de controversias.

Siguiendo un criterio cronológico en cuanto a procedimiento, en primer lugar abordaremos el sistema de *copy advice* o de consulta previa. Con el objetivo de reducir el riesgo de incumplimiento de las normas que regulan la publicidad, la AACC creó, en el año 2001, el **servicio de consulta previa** como complemento al control postdifusión de la publicidad que ejerce el Jurado.

Así, el *copy advice* es el principal servicio que ofrece el Gabinete Técnico de Autocontrol; consiste en un asesoramiento, voluntario, confidencial y no vinculante sobre la corrección legal y ética de un proyecto de campaña o anuncio previo a su difusión al público. El *copy advice* puede ser solicitado por el propio anunciante, por su agencia de publicidad o por el medio que vaya a emitirla. El tiempo medio de respuesta es de un día para las televisiones y tres días para las consultas de anunciantes y agencias. Desde su puesta en funcionamiento, el Gabinete Técnico de Autocontrol ha atendido más de 22.000 consultas previas, lo que ha llevado a reducir notablemente el riesgo de incumplimiento de las normas que regulan la actividad publicitaria.

Por su parte, el **Jurado de la Publicidad** es el órgano extrajudicial de resolución de controversias y reclamaciones en materia publicitaria; se trata de una pieza clave del sistema de autorregulación de la AACC. El Jurado de la Publicidad está compuesto por expertos independientes y de reconocido prestigio de los sectores del derecho, la publicidad y la economía. En base a los principios de independencia y transparencia que rigen la actividad del Jurado, el Instituto Nacional de Consumo designa el 25% de sus miembros.

Cualquier persona con un interés legítimo puede presentar una reclamación ante el Jurado si considera que un determinado anuncio, difundido en cualquier medio, vulnera las normas éticas de los códigos de conducta. El sistema

es gratuito para consumidores, asociaciones de consumidores y la Administración. Mediante esta legitimación activa de carácter general, cualquier empresa o asociación empresarial podrá presentar una reclamación ante el Jurado.

Cuando el Jurado de la Publicidad dictamina que se han vulnerado las normas, solicita la modificación o el cese de las campañas al anunciante o al medio contra el que se ha reclamado. Todas las resoluciones del Jurado se hacen públicas y son de obligado cumplimiento para los socios de la AACC y voluntario para el resto. Al tratarse de una vía extrajudicial de resolución de conflictos, el hecho de cursar una reclamación ante el Jurado de la Publicidad no impide que las partes puedan acudir, posteriormente, a la vía judicial para resolver el conflicto.

Desde su creación, en 1996, Autocontrol ha resuelto un total de 2.230 casos y, según los últimos datos presentados, en el 2009 Autocontrol resolvió 192 casos; de ellos, en un 34% la reclamación fue aceptada por el reclamado sin intervención del Jurado; de los 124 resueltos por el Jurado, un 59,7% fueron estimados, un 12,9% estimados parcialmente y un 27,4% desestimados; el tiempo medio para resolver este tipo de reclamaciones fue de 14 días.

Respecto a su origen, la mayor parte de estas reclamaciones fueron presentadas por consumidores o asociaciones de consumidores y otras organizaciones ciudadanas (concretamente, un 79%); seguido de empresas o asociaciones empresariales (un 16%) y por organismos de la administración (un 5%). En relación con el medio de difusión, el mayor número de casos se refirieron a anuncios de televisión; seguido de prensa escrita; Internet y nuevas tecnologías; marketing directo y folletos publicitarios; etiquetado y presentación; radio y publicidad exterior.

Cabe destacar que, paralelamente, Autocontrol recibió, también en el 2009, un total de 7.439 consultas sobre proyectos de anuncios antes de su emisión. Este dato demuestra que el servicio de asesoramiento previo se impone como el servicio de Autocontrol más demandado, así como el sistema preferente utilizado por la industria publicitaria española para asegurar la corrección de sus campañas antes de su lanzamiento.

De las consultas previas recibidas, 5.675 correspondieron a peticiones de *copy advice*, mientras que las 1.764 restantes fueron consultas legales antes de la realización de anuncios concretos. De los 5.675 anuncios revisados antes de su emisión, la gran mayoría (un 72%) obtuvieron un *copy* positivo, en un 21% de los casos se recomendaron modificaciones que fueron incorporadas a la pieza final y tan sólo un 7% de las creatividades consultadas recibieron un informe negativo y, en consecuencia, no llegaron a emitirse.

3.2.1. El Código de conducta publicitaria (Autocontrol)

El Código de conducta publicitaria (CCP), cuya última revisión tuvo lugar en el 2002, es un compendio de normas éticas aplicables, con carácter general, a toda actividad de comunicación publicitaria, a excepción expresa de la publicidad política.

El contenido del CCP se distribuye en un total de treinta y ocho artículos, que se estructuran en torno a dos partes claramente diferenciadas. Bajo el epígrafe de "Ámbito de aplicación y normas generales", la primera parte del CCP presenta ocho artículos que, a modo de disposiciones generales, detallan: el ámbito de aplicación del mismo; el objeto y los fines de la AACC; la naturaleza y el procedimiento de actuación del Jurado; y las normas que se aplicarán, de manera subsidiaria y complementaria al CCP, básicamente el Código de práctica publicitaria de la Cámara Internacional de Comercio y los códigos sectoriales, siempre que no se opongan a lo establecido en el CCP ni a la legislación vigente.

Por tanto, es en la segunda parte del CCP en la que, bajo el epígrafe de "Normas deontológicas", se encuentran los verdaderos principios éticos que deben regir la actividad publicitaria. Los veintinueve artículos o normas deontológicas que conforman lo que vendría a ser la parte especial del Código se estructuran a partir de seis apartados cuyo contenido sintetizaremos a continuación:

1) Principios básicos. En este apartado, integrado por doce normas, destacan: las referencias al valor de la publicidad y a la legislación vigente; el criterio de análisis e interpretación global de las piezas publicitarias; el respeto a los principios de la buena fe, al buen gusto, el derecho al honor y al medio ambiente; y la prohibición de la publicidad discriminatoria, de aquella que incite a la violencia o que aliente prácticas peligrosas, salvo cuando del contexto se deduzca que su objetivo es fomentar la seguridad.

2) Autenticidad. En su norma deontológica 13, el CCP dispone que la publicidad ha de identificarse como tal, independientemente de su forma o el medio que utilice para su difusión.

3) Exigencia de veracidad. En su norma 14, el CCP prohíbe la publicidad engañosa, a la vez que define y concreta las menciones que siempre deberán ser comprensibles, exactas y susceptibles de prueba por parte del anunciante.

4) Normas sobre determinadas formas y técnicas publicitarias. Este bloque, integrado por trece normas, regula de manera específica, por un lado, la publicidad que contenga referencias a cualquier tipo de garantía, datos técnicos, ensayos técnicos, testimonios, o comparaciones. Por otro lado, el CCP prohíbe la denigración, la mención de características comunes como propias y los

actos de explotación del prestigio ajeno e imitación que pudieran inducir a confusión a los destinatarios; además, en este bloque se incluyen otras normas que regulan la publicidad relativa a la venta a distancia, a las promociones y a las campañas de causa social, junto a otras disposiciones acerca de la disponibilidad de los productos anunciados y la prueba de ciertas alegaciones.

5) **Protección de niños y adolescentes.** En su norma deontológica número 28, el CCP establece unas pautas éticas que deberán observarse en la publicidad dirigida a niños y adolescentes, con el objetivo de proteger, de manera especial, a estas personas.

6) **Protección a la salud.** Finalmente, el CCP, en su norma 29, dispone que la publicidad no deberá incitar a o fomentar comportamientos que puedan resultar nocivos para la salud.

3.2.2. El Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva (confianza online)

A finales del año 2002, la AACC aprobó el nuevo **Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva** que, por lo que respecta a la publicidad, vino a sustituir al anterior Código ético de publicidad en Internet de Autocontrol (1999). La aprobación del nuevo código resulta especialmente relevante por varios motivos, entre ellos, porque da respuesta a lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) que, en su artículo 18, insta a las administraciones públicas a impulsar la elaboración y aplicación de códigos de conducta en aquellas materias reguladas por la mencionada ley.

Además, en el 2005, el Instituto Nacional de Consumo otorgó el distintivo público de confianza al Código ético, cuya última versión ya se conoce como **Código de confianza online** (CCOL), y también al propio sistema de autorregulación confianza online.

Creado por la AACC y la Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECM-FECEMB), **confianza online** es un sistema de autorregulación integral para Internet, que abarca tanto la publicidad interactiva como las compras y contratos realizados por Internet y otros medios electrónicos, así como de la protección de datos personales en la publicidad y en la contratación con los consumidores.

El **sistema de confianza online** se articula en torno a tres pilares clave:

a) El conjunto de normas deontológicas recogidas en el CCOL.

LSSI

La LSSI regula, en su título III (artículos 19 a 22), las comunicaciones comerciales por vía electrónica. De su contenido destaca la referencia al principio de identificación de la publicidad, la prohibición de la publicidad por correo electrónico que no haya sido previamente autorizada, y la remisión a la normativa general en materia comercial y de publicidad.

b) El mecanismo de aplicación de estas normas, que se encarga de resolver las controversias que se presenten y está basado en dos órganos: el Jurado de la Publicidad (de la AACC) y la Junta Arbitral Nacional de Consumo, encargada de resolver las cuestiones de carácter contractual.

c) Y un sello de confianza que permite identificar a las empresas y compañías adheridas a este sistema de autorregulación.

Por otro lado, el CCOL recoge un conjunto de normas deontológicas aplicables a dos grandes ámbitos de actividad: la publicidad interactiva y el comercio electrónico con consumidores; sin olvidar la protección de datos personales, un aspecto de elevada incidencia en el desarrollo de ambas actividades.

A continuación, sintetizaremos los principios éticos del CCOL aplicables en materia publicitaria. Más concretamente, el CCOL utiliza la expresión "publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia" para referirse a la también denominada "publicidad interactiva", regulada específicamente en su título II (artículos 3 al 12):

1) A modo de **normas generales**, aplicables a cualquier tipo de publicidad en Internet, el CCOL dispone que ésta deberá ser decente, honesta y veraz, y también deberá respetar la legislación vigente y el contenido del CCP y los distintos códigos sectoriales de la AACC. Además, el CCOL recoge, con carácter general: el principio de identificación del anunciante y de la publicidad; el principio de información a los destinatarios sobre determinados aspectos como, por ejemplo, el coste de acceder a determinados servicios; la definición y regulación –muy básica– de las promociones publicitarias en Internet; por último, el CCOL recoge la obligación de que la publicidad en Internet respete los derechos de propiedad industrial e intelectual, y que nunca constituya un medio de competencia desleal.

2) El CCOL recoge, en el capítulo II de su título II, una serie de **normas especiales** que regulan las siguientes modalidades publicitarias:

- En cuanto a la *publicidad por correo electrónico u otros medios equivalentes*, el Código la prohíbe en los casos en que no haya sido solicitada o autorizada expresamente por el destinatario, regula los mecanismos de concesión y revocación del consentimiento y, por último, prohíbe ciertas prácticas de recogida de recogida masiva o creación de direcciones de correo electrónico.
- En su artículo 11, el CCOL prohíbe la *publicidad en línea en grupos de noticias, foros, chats y similares*, salvo que éstos sean de naturaleza publicitaria o que se haya obtenido consentimiento previo.

Lectura complementaria

Podéis consultar la versión actual del *Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva* en la web de la AACC, sección Códigos, desde la que también podréis acceder al resto de códigos sectoriales.

- Respecto a la *publicidad en páginas web* (los denominados *banners*), el CCOL dispone que ésta no podrá impedir la libre navegación del usuario en la Red, de modo que el usuario siempre debe poder salir del mensaje publicitario o eliminarlo de la pantalla con el fin de volver a la página de origen desde la que accedió al mensaje publicitario.
- A los efectos del CCOL, se entenderá por *patrocinio* cualquier contribución destinada a la financiación de páginas web u otros servicios prestados a través de *medios electrónicos* con la finalidad de promover su nombre, marca, imagen, actividades o productos. Las webs o servicios patrocinados deberán, por un lado, respetar la independencia de su contenido editorial (que no podrá ser influido por el patrocinador) y, por otro, estar identificadas claramente como tales mediante la inclusión de los signos distintivos o servicios del patrocinador en la web o servicio.

3) Por último, cabe mencionar que el CCOL también hace referencia a la actividad publicitaria al regular, en su título IV, la protección de datos personales y, en su título V, la especial protección a los menores.

3.2.3. Los códigos sectoriales

Desde su creación, Autocontrol ha trabajado activamente, siempre en colaboración con otras asociaciones y organizaciones, en la elaboración de códigos de conducta sectoriales que, en unos casos, sistematizan y/o desarrollan la legislación aplicable a un determinado sector de actividad empresarial, y, en otros, establecen restricciones adicionales en interés de los consumidores y usuarios.

En la actualidad, el Jurado de la Publicidad se ha convertido en el organismo de referencia para la aplicación y el control de los códigos de conducta sectoriales de todos los ámbitos publicitarios. Su consulta es recomendable cuando, en el ejercicio de la actividad profesional, trabajéis para clientes de los sectores cuyos códigos éticos, en sus versiones actualizadas, sean los que vienen a continuación:

- Farmaindustria
 - Código español de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos y de interrelación de la industria farmacéutica con los profesionales sanitarios (2010).
 - Código español de buenas prácticas de promoción de medicamentos y de interrelación de la industria farmacéutica con las organizaciones de pacientes (2008).
- Federación Española del Vino (FEV)

- Código de autorregulación del vino en materia de publicidad y comunicaciones comerciales (2009).
- Asociación Nacional de Empresas de Estudio de Mercado y Opinión Pública
 - Código ético de la Asociación Nacional de Empresas de Estudio de Mercado y Opinión Pública (2008).
- Asociación para el Autocuidado de la Salud (ANEFP)
 - Código de normas deontológicas para la promoción y publicidad de los medicamentos autorizados sin receta médica no financiados por el Sistema Nacional de Salud y otros productos para el autocuidado de la salud (2007).
- Asociación Española de Fabricantes y Distribuidores de Productos de Nutrición Enteral (AENE)
 - Código deontológico de la Asociación Española de Fabricantes y Distribuidores de Productos de Nutrición Enteral (2006).
- Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)
 - Código de buenas prácticas de FENIN (2006).
- Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE)
 - Código de autorregulación publicitaria de la FEBE (2006).
- Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (ADESE)
 - Directrices sobre buenas prácticas en la publicidad de productos de software interactivo (2005).
- Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB)
 - Código de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud: Código PAOS (2005).
- Cerveceros de España
 - Código de autorregulación publicitaria de cerveceros de España (2004).
- Asociación Nacional para la Defensa de la Marca (ANDEMA)
 - Código ético de ANDEMA (2004).
- Asociación Española de Fabricantes de Juguetes (AEFJ)
 - Código deontológico para la publicidad infantil (2003).

Resumen

En el presente módulo hemos abordado los límites jurídicos de la actividad publicitaria, configurados por medio de un amplio marco normativo en el que destacan la Ley 34/1998, General de Publicidad (LGP) y la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD) como normas de referencia.

Así, tras delimitar el concepto jurídico de publicidad, hemos recopilado las principales **normas jurídicas que regulan la actividad publicitaria**, en una aproximación general en base a las autoridades que las originan: la UE, el Estado, las comunidades autónomas y las administraciones locales.

A continuación, hemos profundizado en el **contenido general del derecho de la publicidad**, mediante el análisis de sus normas de referencia: la LGP y la LCD.

Para ello, hemos definido, en primer lugar, los diferentes sujetos que, desde el punto de vista jurídico, participan en la actividad publicitaria y, a continuación, hemos abordado las características de los diferentes contratos publicitarios: el contrato de publicidad, el de creación publicitaria, el de difusión y el contrato de patrocinio.

En tercer lugar, hemos analizado los diferentes supuestos de publicidad ilícita recogidos en la LGP y en la LCD: la publicidad contraria a la Constitución, la publicidad subliminal, la publicidad contraria a las normas especiales y, de una manera más detallada, la publicidad engañosa, la publicidad desleal, y la publicidad agresiva, los tres ilícitos publicitarios de particular interés debido a su propia naturaleza.

En cuarto lugar, hemos abordado la definición y las características de otras tres tipologías publicitarias lícitas, siempre que cumplan unos determinados requisitos: la publicidad comparativa, la publicidad de tono excluyente y la publicidad testimonial; junto a una cuarta modalidad, la publicidad indirecta, no mencionada expresamente en la legislación y que, por su propia naturaleza, deberá considerarse ilícita.

Y para concluir el estudio del contenido general del derecho de la publicidad, hemos abordado las consecuencias jurídicas de la publicidad ilícita: las diferentes acciones judiciales que pueden ejercitarse contra ella y las sanciones que de ellas se derivan.

Finalmente, el módulo concluye con un último punto dedicado a los sistemas de autorregulación y, más concretamente, al **sistema de autorregulación publicitaria español** de la Asociación para la Autorregulación de la Comunica-

ción Comercial (AACC) y a los códigos éticos que de ella se derivan: el Código de conducta Publicitaria, el Código ético de confianza online y otros códigos de conducta sectoriales.

Ejercicios de autoevaluación

1. El régimen general de la LGP será aplicable a las siguientes modalidades de comunicación:

- a) A la propaganda, a la publicidad económica y a la publicidad institucional.
- b) A la publicidad económica y a la publicidad institucional que tenga como objetivo promover la contratación.
- c) A la publicidad económica, a las relaciones públicas y a la publicidad institucional.

2. En materia de contratación publicitaria, la LGP...

- a) reconoce tres tipologías de contrato publicitario: el contrato de publicidad, el contrato de creación y el contrato de difusión publicitaria.
- b) será de aplicación en todos los contratos publicitarios, incluidos los que tengan por objeto campañas de publicidad institucional.
- c) remite a la Ley de Competencia Desleal, que en su capítulo II regula las diferentes tipologías de contratos publicitarios.

3. La publicidad encubierta...

- a) vulnera el principio de veracidad.
- b) vulnera el principio de identificación.
- c) se considera lícita porque el mensaje publicitario no puede inducir a error a los destinatarios.

4. La siguiente afirmación incluida en un anuncio para promocionar el producto Age Miracle, una crema antiedad, difundido en televisión, "Age Miracle, la mejor tecnología antiedad"...

- a) es una alegación de tono excluyente ilícita, en cualquier caso, según lo estipulado en la Ley General de Publicidad.
- b) constituye uno de los supuestos de publicidad agresiva recogidos en la LCD.
- c) es una alegación de tono excluyente, lícita siempre que el anunciante pueda acreditar la veracidad y exactitud de la posición de preeminencia o supremacía alegada.

5. ¿En qué tipo de ilícito publicitario podría incurrir el anuncio de Dolce & Gabbana que exponemos a continuación? Argumentad vuestra respuesta.



6. ¿Qué requisitos previos a la difusión de este anuncio deberían haberse llevado a cabo para no incurrir en causa de ilicitud? ¿Qué normativa debería aplicarse en estos casos?



7. Con el fin de que un sistema de autorregulación publicitaria se configure como tal y sea efectivo, es necesario que disponga de los siguientes elementos constitutivos:

- a) Que se configure como una agrupación voluntaria de miembros, que disponga de sus propios códigos de conducta y que éstos sean de aplicación para los tribunales de justicia.
- b) Que en el sistema se integren anunciantes y agencias de publicidad, que disponga de sus propios códigos de conducta y que las resoluciones del Jurado de la Publicidad sean de obligado cumplimiento para las partes e invaliden la opción de recurrir, posteriormente, a la vía judicial.
- c) Que se configure como una agrupación voluntaria de miembros, que disponga de sus propios códigos de conducta y de un órgano de control que deberá tener carácter sancionador y capacidad para ejecutar sus propias decisiones con respecto a los miembros del sistema de autorregulación.

8. El CCOL regula, específicamente, las siguientes modalidades publicitarias:

- a) La publicidad por correo electrónico, la publicidad en línea en grupos de noticias, foros, chats y similares y las actividades de patrocinio por medios electrónicos.
- b) La publicidad directa, la publicidad por correo electrónico y la publicidad televisiva.
- c) La publicidad por correo electrónico, la publicidad en línea en grupos de noticias, foros, chats y similares y la publicidad subliminal.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. b

2. b

3. b

4. c

5. El anuncio de Dolce & Gabbana podría incurrir en el supuesto de publicidad ilícita por vulnerar lo dispuesto en el artículo 3 a) de la LGP, que prohíbe la publicidad que atente contra la dignidad de la persona y, más concretamente, la utilización vejatoria del cuerpo de la mujer.

6. Disponer del consentimiento previo de la persona cuya imagen se utiliza la compañía aérea Ryanair para fines publicitarios. Normativa aplicable: artículo 18 de la Constitución; artículo 3 a) de la LGP y artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Derecho al Honor, Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

7. c

8. a

Abreviaturas

AACC *f* Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

CC *m* Código civil

CCP *m* Código de conducta publicitaria

CCOL *m* Código de confianza online

CE *f* Comunidad Europea

CEE *f* Comunidad Económica Europea

CP *m* Código penal

LCD *f* Ley de Competencia Desleal

LDC *f* Ley de Defensa de la Competencia

LEC *f* Ley de Enjuiciamiento Civil

LGCAV *f* Ley General de Comunicación Audiovisual

LGDCU *f* Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios

LGP *f* Ley General de Publicidad

LO *f* Ley Orgánica

LOPD *f* Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal

LPI *f* Ley de Propiedad Intelectual

LREG *f* Ley de Régimen Electoral General

LSSI *f* Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico

STS *f* Sentencia del Tribunal Supremo

UE *f* Unión Europea

Bibliografía

Bibliografía básica

De la Cuesta Rute, J. M. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona: EUNSA.

Lema Devesa, C.; Gómez Montero, J. (2005). *Código de publicidad*. Madrid: Marcial Pons.

Patiño Alves, B. (2007). *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*. Barcelona: Bosch.

Tato Plaza, A.; Fernández Carballo-Calero, P.; Herrera Petrus, C. (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: La Ley.

Bibliografía complementaria

Arnau Raventós, L. (2001). *El contrato de patrocinio publicitario*. Madrid: La Ley.

Costas Comesaña, J. y otros (2010). *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Del Valle Sierra López, M. (2003). *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Díaz-Arias, J. M. (2008). *Guía práctica sobre normativa de protección de datos y publicidad comercial*. Barcelona: Deusto.

Espinosa Calabuig, R. (2001). *La publicidad transfronteriza*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Fernández Magarzo, M. (2008). "La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial". *Estudios sobre consumo* (núm. 84, pág. 71-83).

Fernández Novoa, C. (1989). *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

Ferrándiz Gabriel, J. R. (2007). *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia*. Madrid: La Ley.

Lema Devesa, C. (1980). *La publicidad de tono excluyente*. Madrid: Montecorvo.

Lema Devesa, C. (2007). *Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Madrid: Marcial Pons.

Martínez Guerra, A. (2007). *Publicidad y derecho penal: estudio comparado del modelo americano y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Massagú Fuentes, J. (2006). *El nuevo derecho contra la competencia desleal*. Madrid: Civitas.

Rozados Oliva, M. J. (2009). *Derecho administrativo de la publicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Rubí i Puig, A. (2008). *Publicidad y libertad de expresión*. Cizur Menor (Navarra): Thompson Civitas.

Salas Carceller, A. (2010). "Acciones por publicidad ilícita y competencia desleal (parte I)". *Revista Autocontrol* (núm. 156, pág. 11-14).

Salas Carceller, A. (2010). "Acciones por publicidad ilícita y competencia desleal (parte II)". *Revista Autocontrol* (núm. 157, pág. 10-14).

Santaella López, M. (2003). *Derecho de la Publicidad*. Madrid: Civitas.

TERMCAT, Centre de Terminologia (1999). *Diccionari de comunicació empresarial: publicitat, relacions públiques i màrqueting*. Barcelona: Enciclopèdia Catalana.

Tato Plaza, A. (1996). *La publicidad comparativa*. Madrid: Marcial Pons.

Tato Plaza, A. (2010). "Líneas generales de la reforma del derecho español contra la competencia desleal (parte I)". *Revista Autocontrol* (núm. 149, pág. 7-14).

Tato Plaza, A. (2010). "Líneas generales de la reforma del derecho español contra la competencia desleal (parte II)". *Revista Autocontrol* (núm. 150, pág. 9-14).

Vidal Portabales, J. I. (1998). *El contrato de patrocinio publicitario en el derecho español*. Madrid: Marcial Pons.