

# Introducció al règim jurídic de la publicitat

Sandra Vilajoana Alejandre

PID\_00172336



# Índex

<b>Introducció</b> .....	5
<b>Objectius</b> .....	7
<b>1. El règim jurídic de la publicitat</b> .....	9
1.1. L'activitat publicitària: concepció professional <i>versus</i> concepció legal .....	9
1.2. Marc normatiu de l'activitat publicitària .....	12
1.2.1. Legislació europea .....	12
1.2.2. Legislació espanyola .....	15
1.2.3. Legislació autonòmica .....	19
1.2.4. Legislació local .....	20
<b>2. El dret de la publicitat</b> .....	22
2.1. Els subjectes de l'activitat publicitària .....	22
2.1.1. L'anunciant .....	23
2.1.2. L'agència de publicitat .....	24
2.1.3. Els mitjans .....	24
2.1.4. Els destinataris .....	26
2.2. La contractació publicitària .....	27
2.2.1. El contracte de publicitat .....	28
2.2.2. El contracte de creació publicitària .....	31
2.2.3. El contracte de difusió publicitària .....	32
2.2.4. El contracte de patrocini .....	33
2.3. Supòsits de publicitat il·lícita .....	34
2.3.1. La publicitat que vulneri els principis de la CE .....	35
2.3.2. La publicitat que vulneri la protecció especial del menor .....	37
2.3.3. La publicitat subliminar .....	38
2.3.4. La publicitat contrària a les normes especials .....	39
2.3.5. La publicitat enganyosa .....	41
2.3.6. La publicitat deslleial .....	55
2.3.7. La publicitat agressiva .....	59
2.4. Altres tipologies publicitàries .....	64
2.4.1. La publicitat comparativa .....	64
2.4.2. La publicitat de to excloent .....	67
2.4.3. La publicitat testimonial .....	68
2.4.4. La publicitat indirecta .....	70
2.5. Conseqüències jurídiques de la publicitat il·lícita .....	71
2.5.1. Accions derivades de la publicitat il·lícita .....	73
2.5.2. Aspectes procedimentals .....	77

2.6. La regulació dels codis de conducta .....	79
<b>3. El sistema d'autoregulació publicitària.....</b>	<b>81</b>
3.1. Concepte i elements constitutius .....	81
3.2. El sistema espanyol d'autoregulació publicitària .....	83
3.2.1. El Codi de conducta publicitària (Autocontrol) .....	85
3.2.2. El Codi ètic de comerç electrònic i publicitat interactiva (codi de confiança online) .....	87
3.2.3. Els codis sectorials .....	89
<b>Resum.....</b>	<b>91</b>
<b>Exercicis d'autoavaluació.....</b>	<b>93</b>
<b>Solucionari.....</b>	<b>95</b>
<b>Abreviatures.....</b>	<b>96</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>97</b>

## Introducció

En la societat actual estem exposats diàriament a multitud d'impactes publicitaris. Mentre veiem la televisió, escoltem la ràdio, llegim la premsa o naveguem per Internet la publicitat apunta entre el contingut dels mitjans de comunicació, ja sigui en format d'espot, de falca, de publicitat gràfica, de bàners o de finestres emergents a la Xarxa. L'activitat publicitària, però, va més enllà dels tradicionals mitjans de comunicació i es manifesta amb mitjans múltiples i variats com l'exterior (mitjançant lones, lluminosos, transport, etc.), el cinema, els dispositius mòbils o els actes esportius, entre d'altres. Una acció publicitària pot impactar, per tant, en milers o, fins i tot, en milions de persones. Aquest és, de vegades, l'objectiu principal de l'anunciant que contracta una agència de publicitat perquè elabori una campanya publicitària.

Els subjectes que intervenen en l'activitat publicitària tenen, per tant, la responsabilitat derivada d'elaborar un missatge, generalment persuasiu, i difondre'l a un públic massiu. I tot això en el context d'una economia de mercat en què, a més dels interessos dels consumidors o usuaris, entren en joc els principis reguladors de la lliure competència.

Davant aquest escenari, per a qualsevol professional de la publicitat és imprescindible conèixer el marc jurídic que delimita l'exercici de la seva activitat. Conscients d'això, en aquest mòdul abordarem, d'una manera introductòria, les principals normes jurídiques de la publicitat, els principis bàsics que se'n deriven i analitzarem, també, els aspectes d'altres disciplines del dret que conflueixen en els processos de l'activitat publicitària.

En aquest punt volem destacar dues consideracions prèvies a l'estudi d'aquest mòdul. Pel que fa a l'estil, només cal recordar que aquest pretén allunyar-se dels tecnicismes propis de la disciplina jurídica amb l'objectiu de facilitar als futurs professionals de la comunicació un marc jurídic prou clar i entenedor de l'activitat publicitària. D'altra banda, els continguts del mòdul s'han estructurat sobre la base de la seqüència temporal típica del procés publicitari. Això és, en lloc d'abordar el contingut bàsic de la legislació en l'ordre que aquesta ens proposa, s'ha optat per una estructura coherent amb els objectius del mòdul.

Així, en la part inicial del mòdul descriurem el concepte jurídic de publicitat i les diverses normes que regulen l'activitat, classificades sobre la base del sistema de fonts del dret segons les autoritats que les originen (europees, estatals, autonòmiques i, fins i tot, locals).

El contingut essencial del mòdul, que aprofundeix en el règim general del dret de la publicitat, s'estructura segons un criteri funcional anàleg, com dèiem, a les fases típiques del procés publicitari. Així, començarem delimitant els sub-

jectes implicats, sempre des del punt de vista jurídic, en l'activitat publicitària; el pas següent serà abordar les particularitats pròpies de la contractació publicitària, com a element previ al disseny, elaboració i difusió de la campanya. Tota creació publicitària s'ha de cenyir a la legalitat vigent i, per això, els professionals han de conèixer els supòsits de publicitat il·lícita recollits en la llei i les particularitats pròpies de determinades tipologies publicitàries, lícites sempre que compleixin uns determinats requisits, com és el cas, entre d'altres, de la publicitat comparativa. I en la fase de difusió de la publicitat convé conèixer les possibles conseqüències jurídiques derivades de l'il·lícit publicitari, qui pot interposar una acció judicial, davant quins òrgans, amb quins objectius, etc.

Finalment, malgrat que no pertany a l'àmbit estrictament jurídic, esbossarem les característiques pròpies del sistema espanyol d'autoregulació publicitària, atesa la rellevància que té en l'àmbit professional de la publicitat. Sense aquesta referència considerem que el marc regulador de la publicitat no quedaria completat degudament des d'un punt de vista pràctic.

## **Objectius**

Després de la lectura i estudi d'aquest mòdul didàctic, s'haurien d'haver aconseguit els objectius següents:

- 1.** Conèixer i comprendre els límits jurídics de l'activitat publicitària.
- 2.** Conèixer els principis generals que conformen el dret de la publicitat a Espanya.
- 3.** Distingir les normes jurídiques que regulen els diversos àmbits i sectors de l'activitat publicitària.
- 4.** Conèixer i comprendre les responsabilitats que es deriven de la publicitat il·lícita.
- 5.** Conèixer les particularitats pròpies del sistema d'autoregulació publicitària i els procediments que hi estan associats.





## 1. El règim jurídic de la publicitat

La publicitat, considerada com una tècnica comunicativa de caràcter autònom, és una de les activitats econòmiques més regulades. La seva incidència en el mercat i, sobretot, la necessitat de vetllar per la protecció dels consumidors i usuaris, públic objectiu de la comunicació publicitària, així ho exigeixen. Per això, entorn de la publicitat s'ha desenvolupat un marc legislatiu en què diferenciem dues grans classes de normes: d'una banda, les que tenen per objectiu regular l'activitat publicitària en general o aspectes que hi estan vinculats directament i, de l'altra, una infinitat de normes sectorials, molt més específiques, que incorporen en els seus articulats la regulació d'aspectes concrets en relació amb la publicitat dels seus béns o serveis. Totes aquestes normes que regulen, directament o indirectament, l'activitat publicitària conformen el règim jurídic de la publicitat.

### 1.1. L'activitat publicitària: concepció professional *versus* concepció legal

Des del punt de vista del màrqueting i de la comunicació empresarial, la publicitat és una de les tècniques més emprades per empreses i institucions per a fer arribar els seus missatges als seus públics objectiu.

Els acadèmics i professionals del sector defineixen la **publicitat** com la comunicació persuasiva o informativa sobre els productes, serveis, marques, etc., d'un anunciant, per mitjà, fonamentalment, d'anuncis subscrits i pagats per l'anunciant, amb l'objectiu d'incidir directament o indirectament en els comportaments de compra i de consum dels públics als quals es dirigeix (Termcat, 1999).

A partir d'aquesta definició general de publicitat, en la pràctica professional distingim diferents tipologies publicitàries segons l'emissor del missatge, els objectius publicitaris, el producte, l'argumentació del missatge, etc. Una de les tipologies publicitàries més rellevants es basa en la distinció entre mitjans convencionals i mitjans no convencionals, també coneguts per la denominació anglesa *bellow the line*. D'acord amb aquesta distinció, entenem per **publicitat convencional** la que utilitza els mitjans de comunicació tradicionals (televisió, premsa, revistes, ràdio, Internet, publicitat exterior i cinema) per a difondre els missatges. Mentre que entenem per **publicitat no convencional** o *bellow the line* la que utilitza mitjans no convencionals per difondre els missatges, com per exemple el patrocini, el màrqueting directe, la publicitat en el punt de venda, en fires i exposicions, en anuaris, guies i directoris, etc. Aquesta

#### Anunci

Un anunci és un missatge publicitari difós en qualsevol format i per qualsevol mitjà.

classificació és bàsica per a comprendre l'abast del concepte de publicitat des del punt de vista professional, en general, i des del de la inversió en mitjans, en particular.

A fi del nostre estudi, però, la concepció jurídica de la publicitat queda recollida en l'article 2 de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat (LGP).

#### **Article 2 de la LGP**

"Als efectes d'aquesta llei s'entén per publicitat tota forma de comunicació realitzada per una persona física, jurídica, pública o privada (en l'exercici d'una activitat comercial, industrial, artesanal o professional, a fi de promoure de manera directa o indirecta la contractació de béns mobles o immobles, serveis, drets i obligacions."

De l'anàlisi del contingut d'aquesta definició en traiem les conclusions següents:

a) En l'article 2 la LGP proposa un concepte ampli de publicitat, ja que l'entén com a "tota forma de comunicació". No obstant això, convé esmentar que en l'article 7 de la LGP el mateix legislador puntualitza que el que disposa el títol III de la llei, relatiu a la contractació publicitària, "és aplicable a tots els contractes publicitaris, tot i que versin sobre activitats publicitàries no compreses en l'article 2". Amb aquesta afirmació, el legislador reconeix que el concepte jurídic de publicitat exclou certes activitats considerades publicitàries en la pràctica professional.

b) Quant a l'emissor del missatge, la llei preveu com a anunciant qualsevol persona física o jurídica, pública o privada, sempre que aquests subjectes, però, actuïn en "l'exercici d'una activitat comercial, industrial, artesanal o professional". D'aquesta manera, el concepte d'anunciant es restringeix a l'efecte de la LGP als empresaris en general, els artesans i els professionals liberals (advocats, metges, arquitectes, etc.). La llei concep, per tant, el missatge publicitari solament com a instrument d'una activitat empresarial, artesanal o professional. Amb aquesta matisació s'exclou del concepte legal de publicitat, per exemple, l'anomenada *publicitat institucional*, amb l'excepció que comentarem tot seguit.

c) Finalment, quant a la finalitat que motiva l'emissor, la LGP estableix el requisit que la publicitat es faci "amb la finalitat de promoure de manera directa o indirecta la contractació". Això comporta, d'una banda, que la LGP estengui l'àmbit d'aplicació als missatges o mitjans que promoguin indirectament la contractació, com per exemple una campanya publicitària de caràcter sectorial o una acció de patrocini, i, de l'altra, que es restringeixi el concepte jurídic de publicitat a l'anomenada *publicitat econòmica*, de manera que s'exclouen altres manifestacions publicitàries d'una gran rellevància per al sector professional com és el cas de l'esmentada publicitat institucional, sempre que aquesta no tingui com a objectiu promoure la contractació, o la propaganda.

Arribats a aquest punt, partint de la base dels requisits detallats, convé diferenciar el concepte jurídic de publicitat d'altres disciplines afins a les quals no és aplicable el règim general de la LGP: la publicitat institucional, la propaganda i certes activitats de relacions públiques com la *publicity*.

A fi d'excloure-la del règim jurídic general, entenem per **publicitat institucional** la publicitat que fa un organisme públic amb l'objectiu, no comercial, de conscienciar o sensibilitzar la població sobre qüestions d'abast social ampli o, simplement, amb l'objectiu d'acostar la seva imatge als ciutadans. La publicitat institucional s'allunya, per tant, de la classe d'activitats i de la finalitat que exigeix la LGP en el seu concepte de publicitat, excepte en els casos en què respongui a un objectiu comercial.

Per la seva banda, la propaganda és una altra classe de comunicació persuasiva que, clarament, no respon a l'objectiu de promoure la contractació. La **propaganda** es pot definir com una comunicació persuasiva de caràcter ideològic el fi real o aparent de la qual és el de difondre una ideologia (política, religiosa, etc.) per a captar adeptes. Per tant, malgrat que comparteix amb la publicitat el caràcter informatiu i persuasiu i alguns dels seus mitjans, hi difereix en l'objectiu; per això, els seus límits jurídics s'han de buscar en la normativa específica que regula les diverses tipologies d'activitat.

No obstant això, convé reiterar en aquest punt que malgrat que no estan sotmeses al règim general de la LGP, segons el que disposa l'article 7, la publicitat institucional i la propaganda s'han de sotmetre a les disposicions d'aquesta norma relatives a la contractació.

Finalment, alguns autors consideren rellevant destriar entre el concepte jurídic de publicitat econòmica i una de les activitats específiques de les relacions públiques: la *publicity*.

Les relacions públiques són una altra disciplina de la comunicació al servei d'empreses i institucions per a fer arribar els missatges als seus públics objectiu. Entenem per **relacions públiques** el programa deliberat, planificat i sostingut que comprèn un conjunt de decisions i accions de comunicació que té per objectiu establir i mantenir un clima de confiança mútua i de relació positiva entre una persona o una organització i els seus públics (Termcat, 1999).

D'aquesta definició general es dedueix que, a diferència de la publicitat, les relacions públiques no tenen com a objectiu únic i principal el de promoure la contractació. A més, com veurem més endavant, la publicitat es caracteritza pel fet de difondre els missatges per mitjà de la compra d'espais concrets, tarifats i ben identificats en els diversos mitjans de comunicació. Les relacions públiques, per la seva banda, també poden utilitzar els mitjans de comunicació per difondre els missatges, però ho han de fer sense que hi hagi cap contraprestació econòmica entre les parts, ja que l'"espai" de les relacions públiques en els mitjans no és mai concret, ni tarifats, ni identificat. El resultat de

#### Publicitat institucional

La regulació de la publicitat institucional es recull en la Llei 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional. Aquesta llei regula el contingut dels missatges, disposa de garanties enfront de les campanyes institucionals que incompleixin els mandats i estableix mecanismes de planificació, coordinació i control de la publicitat institucional que desenvolupa l'Administració general de l'Estat.

#### Propaganda política

La regulació de la propaganda política és en l'articulat de la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, concretament en el capítol VI del títol I, que versa sobre el procediment electoral.

l'activitat de relacions públiques en els mitjans s'anomena *publicity*, això és, la informació que difon un mitjà de comunicació sobre esdeveniments o activitats d'una organització mitjançant notícies que no subscriu l'organització sinó el mitjà, que és qui en controla el missatge, i que sol ser el ressò informatiu d'una acció de comunicació de l'organització (Termcat, 1999).

Com que no comparteix les característiques essencials de la publicitat, l'activitat de relacions públiques queda exclosa, en tot cas, de l'ordenament jurídic de la publicitat.

## 1.2. Marc normatiu de l'activitat publicitària

Tot seguit, després de delimitar el concepte jurídic de publicitat, definirem el marc normatiu de l'activitat publicitària. D'aquesta manera, farem una recopilació de les principals normes que regulen la publicitat basant-nos en la teoria de les fonts del dret segons la classificació de les autoritats que les originen. Per això, partirem de les normes de la Unió Europea, aplicables a tots els estats membres, i continuarem amb la legislació estatal en material de publicitat – que incorpora o transposa (en llenguatge jurídic) els principis comunitaris – en un recorregut que finalitzarà amb una referència a la legislació autonòmica i local que també regula o incideix en aspectes rellevants per al professional de la publicitat.

### 1.2.1. Legislació europea

L'adhesió d'Espanya a la Comunitat Europea (CE), el 1986, va motivar la necessitat d'actualitzar la legislació espanyola en les matèries en què havia de ser harmonitzada amb la comunitària. I la publicitat va ser una d'aquestes matèries, perquè ja el 1984 s'havia aprovat la Directiva 84/450/CEE del Consell, de 10 de setembre de 1984, sobre publicitat enganyosa (que ja s'ha derogat), que exigia una harmonització de les legislacions dels països membres en matèria de publicitat enganyosa. Fruit d'aquesta necessitat d'harmonització, Espanya va aprovar el 1988 la LGP.

Des de llavors, la Unió Europea (UE) ha continuat promulgant directives que afecten, directament o indirectament, l'activitat publicitària. Això té una justificació clara en la creació efectiva del "mercat únic" europeu. I és que, el 1957, la llavors anomenada Comunitat Econòmica Europea (CEE) va sorgir prenent com a base la idea d'un mercat comú en què persones, béns i serveis circuleessin lliurement entre els estats membres. La lliure circulació de mercaderies comporta que un producte o servei es pugui comercialitzar o prestar en les mateixes condicions en el mercat únic i que, basant-se en un criteri d'eficiència o de coherència amb la seva imatge de marca, els anunciants, cada cop més, decideixin difondre una mateixa campanya publicitària a diversos estats membres.

#### El mercat únic

Quan s'eliminen els obstacles al comerç en el marc de la UE, hi ha més empreses que poden competir entre si, abaixen els preus i el consumidor veu com s'amplia la seva possibilitat d'elecció.

Quan la publicitat depassa les fronteres dels estats membres, passa a tenir una incidència directa en el bon funcionament del mercat interior i exigeix una unificació de les legislacions basant-se en els principis bàsics de lliure competència i protecció dels consumidors i usuaris.

Tot seguit recopilarem les principals disposicions comunitàries en matèria de publicitat amb una descripció breu de l'abast i contingut que tenen, contingut que en bona part ja ha estat incorporat al dret espanyol en compliment dels terminis de transposició recollits en aquestes disposicions.

La **Directiva 2006/114/CE** del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, sobre **publicitat enganyosa i publicitat comparativa** és la normativa europea que recull els principis bàsics que han de regir l'activitat publicitària a tots els estats membres.

La Directiva 2006/114/CE, sobre publicitat enganyosa i publicitat comparativa, deroga la primera Directiva 84/450/CEE del Consell, de 10 de setembre de 1984, sobre publicitat enganyosa, i també les modificacions successives que s'hi van fer, entre les quals va destacar la Directiva 97/55/CE del Parlament i del Consell, de 6 d'octubre de 1997, que va incorporar al text de 1984 la regulació de la publicitat comparativa que, després d'un debat legislatiu llarg en el si de la UE i en nom del principi de lliure competència, es va passar a considerar lícita sempre que compleixi uns requisits determinats.

La Directiva 2006/114/CE, sobre publicitat enganyosa i publicitat comparativa, és un text breu, compost de dotze articles, amb caràcter general i que persegueix un objectiu doble: d'una banda, protegir els comerciants contra la publicitat enganyosa i les conseqüències que pot tenir i, de l'altra, establir les condicions que ha de complir la publicitat comparativa per a ser considerada lícita. Fixeu-vos que el text no esmenta explícitament la protecció dels consumidors, malgrat que es pugui considerar implícita en gairebé tot l'articulat. El legislador ha optat per incloure la protecció dels consumidors com a finalitat primordial d'una altra de les seves normes: la Directiva 2005/29/CE del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de maig de 2005, relativa a les pràctiques comercials deslleials de les empreses amb els consumidors en el mercat interior, l'articulat de la qual també recull algunes referències a les pràctiques publicitàries deslleials.

Quant a contingut, la Directiva 2006/114/CE sobre publicitat enganyosa i publicitat comparativa estableix els conceptes bàsics de les diverses tipologies de publicitat, recollits en la LGP, i disposa alhora els principis bàsics que han d'adoptar els estats membres per a reprimir la publicitat enganyosa i vetllar per la licitud de la resta de pràctiques publicitàries. La Directiva atorga una certa flexibilitat als estats per assegurar una protecció més àmplia en matèria de publicitat enganyosa mitjançant una regulació interna més restrictiva. Això

#### La publicitat comparativa

Aquesta classe de publicitat va ser considerada il·lícita durant uns quants anys en alguns països d'Europa, com Alemanya, perquè era considerada una pràctica que comportava una denigració i, per això, havia de ser considerada deslleial. En canvi, als Estats Units la publicitat comparativa és una modalitat que ha estat acceptada tradicionalment.

no és extensible en matèria de publicitat comparativa, els principis generals de la qual no poden ser alterats quan es transposin al dret intern de cadascun dels estats membres.

L'altra norma europea que conté disposicions d'abast general, en aquest cas sobre la publicitat en el mitjà televisiu, és la **Directiva 2010/13/UE** del Parlament Europeu i del Consell, de 10 de març de 2010, sobre la coordinació de determinades disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres relatives a la prestació de serveis comunicació audiovisual (coneguda com a **Directiva de serveis de comunicació audiovisual**).

La Directiva de serveis de comunicació audiovisual té com a finalitat principal harmonitzar les legislacions dels estats membres en les matèries que afecten les activitats audiovisuals enteses en un sentit ampli, de manera que, amb les modificacions introduïdes, els serveis de comunicació audiovisual inclouen, a més de la radiodifusió televisiva, els serveis de comunicació audiovisual a petició derivats de la difusió de les tecnologies de la informació i la comunicació (TIC) i de l'evolució tecnològica dels models de negoci i, finalment, poden incloure també l'anomenada comunicació comercial audiovisual.

En matèria publicitària i sota el concepte general de comunicació comercial audiovisual, la **Directiva de serveis de comunicació audiovisual** defineix o regula les activitats següents: la publicitat televisiva, la comunicació audiovisual encoberta, el patrocini, la televenda o el sempre qüestionat emplaçament de producte o *product placement*.

A més de les activitats publicitàries esmentades, la Directiva regula, amb caràcter general, el contingut, la producció i la difusió dels serveis de comunicació audiovisual prestats als estats, la protecció dels menors en les activitats de radiodifusió televisiva i també el dret de rèplica o mesures equivalents.

Pel que fa a **normativa específica**, això és, disposicions que regulen l'activitat publicitària de determinats sectors d'activitat que, per les característiques especials que tenen, requereixen una regulació pròpia, destaquem dues directives.

En primer lloc, la Directiva 2001/83/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 6 de novembre de 2001, per la qual s'estableix un codi comunitari sobre medicaments per a ús humà, modificada, entre d'altres, per la Directiva 2004/27/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, coincidint amb l'adhesió de deu països a la UE. Aquesta reforma de la legislació farmacèutica europea va respondre a l'objectiu de millorar les garanties dels medicaments i impulsar la consecució d'un mercat interior en el sector agilitant i millorant els procediments.

L'articulat de la **Directiva 2001/83/CE**, que estableix un **codi comunitari de medicaments d'ús humà**, regula, en els títols VIII i VIII bis, la publicitat dels medicaments, ja que integra en el contingut les disposicions de l'anterior Directiva 92/28/CEE del Consell, de 31 de març de 1992, relativa a la publicitat dels medicaments d'ús humà, que ja s'ha derogat.

Finalment, el legislador europeu, conscient, d'una banda, dels riscos que comporta el consum dels productes de tabac per a la salut humana i, de l'altra, de l'abast transfronterer d'algunes activitats publicitàries i de patrocini, va considerar que calia aprovar una normativa d'abast general per acostar la legislació dels diversos estats membres en la matèria.

Així, la **Directiva 2003/33/CE** del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de maig de 2003, relativa a l'acostament de disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres **en matèria de publicitat i de patrocini dels productes del tabac**, regula de manera breu i concisa, amb tan sols deu articles, la publicitat i el patrocini dels productes del tabac que traspassin les fronteres dels estats membres.

### 1.2.2. Legislació espanyola

L'ordenament jurídic espanyol té la peculiaritat de disposar d'una llei que regula, amb caràcter general, l'activitat publicitària. I això és així des de 1964, any en què es va promulgar la Llei 61/1964, d'11 de juny, per la qual es va aprovar l'Estatut de la publicitat, un text complet integrat de 71 articles, que ja s'ha derogat.

El 1988, al cap de dos anys de l'adhesió d'Espanya a la CE, fruit, entre d'altres, del compromís d'harmonitzar la legislació espanyola amb la comunitària, s'aprovà la **Llei 34/1988**, d'11 de novembre, **general de publicitat**, que va derogar l'anterior Estatut de la publicitat i qualsevol altra disposició que s'hi oposés. D'aquesta manera, la nova LGP s'adaptava també al nou marc jurídic estatal establert en la Constitució espanyola de 1978, norma fonamental de l'Estat a la qual estan subjectes tots els ciutadans i, també, els poders públics.

Durant més de vint anys, la LGP ha estat la norma de referència en matèria de regulació general de l'activitat publicitària. I això, malgrat que des de 1991 la **Llei 3/1991**, de 10 de gener, **de competència deslleial** (LCD) va regular, en paral·lel, alguns casos com la publicitat enganyosa, la publicitat de denigració o la publicitat comparativa, juntament amb un règim d'accions per competència deslleial paral·lel, també, a les accions per publicitat il·lícita recollides en la LGP. Així, la possibilitat que un mateix supòsit de fet pogués ser qualificat simultàniament com a *publicitat il·lícita* i *acte de competència deslleial*, unit

a l'existència d'un règim específic d'accions en cadascun dels textos legals esmentats, havia provocat situacions de notable inseguretat jurídica (Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero i Herrera Petrus, 2010).

Recentment, la promulgació de la **Llei 29/2009**, de 30 de desembre, **per la qual es modifica el règim legal de la competència deslleial i de la publicitat per a la millora de la protecció dels consumidors i usuaris** ha racionalitzat el dret espanyol contra la competència deslleial i ha intentat, també, eliminar el problema de la duplicitat de regulació de certs supòsits publicitaris.

La Llei 29/2009 és conseqüència directa de la necessitat d'incorporar a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2005/29/CE, relativa a les pràctiques comercials deslleials de les empreses en les seves relacions amb els consumidors en el mercat interior. Així, la Llei 29/2009 neix amb el propòsit d'integrar, de manera coherent, la legislació protectora dels consumidors en la regulació del mercat.

Ara bé, com apunta el professor Anxo Tato, la Llei 29/2009 no es limita a incorporar a l'ordenament espanyol aquesta directiva, ja que el legislador espanyol ha aprofitat l'ocasió per a intentar eliminar les situacions de conflicte entre la LGP i la LCD esmentades anteriorment.

D'una banda, la Llei 29/2009 reforma el règim substantiu de la publicitat il·lícita, de manera que la LGP ha passat a tipificar només aquells supòsits de publicitat il·lícita que no estan tipificats en la LCD, com són, per exemple, la publicitat que atempti contra la dignitat de la persona o la publicitat subliminar; i remet en bloc al que disposa la LCD en matèria de tipificació d'altres modalitats de publicitat il·lícita com la publicitat enganyosa, la publicitat de denigració o la publicitat comparativa que no compleixi els requisits de licitud corresponents. Per tant, els canvis introduïts per la Llei 29/2009 eviten que aquests supòsits es vegin sotmesos a la doble tipificació que hi havia fins ara.

De l'altra, la Llei 29/2009 unifica el règim d'accions per publicitat il·lícita. Per fer-ho, ha suprimit les tradicionals accions per publicitat il·lícita recollides en la LGP i estableix, en la mateixa LGP, una remissió en bloc al règim d'accions per competència deslleial previstes en la LCD.

Actualment, i després dels canvis introduïts per la Llei 29/2009, podem afirmar que la LGP i la LCD estableixen un règim jurídic general per a l'activitat publicitària a Espanya i, al seu torn, deriven a la normativa especial la regulació de la publicitat de determinats productes, béns, activitats o serveis.



La LGP ha passat a ser, actualment, un text integrat per 22 articles el contingut dels quals es distribueix en tres títols: després d'establir, en el títol I, unes breus disposicions generals que inclouen el concepte de *publicitat*, el títol II recull les diferents tipologies il·lícites de publicitat; detalla els productes, els béns, les activitats i els serveis la publicitat dels quals s'ha de regir per normes especials i remet a la LCD en matèria d'accions judicials davant de la publicitat il·lícita; finalment, en el títol III, dedicat a la contractació, la LGP estableix les especialitats dels contractes publicitaris que, segons el parer del legislador, destaquen sobre el fons comú de la legislació civil i mercantil.

Ara bé, com hem apuntat, des del gener de 2010 l'article 1 de la LGP estableix que la publicitat s'ha de regir no solament pel contingut de la mateixa LGP i la normativa especial que regula determinades activitats publicitàries, sinó també pel que estableix la LCD.

La LCD és un text integrat per 39 articles el contingut dels quals es distribueix en cinc capítols: el capítol I recull, a manera de disposicions generals, la finalitat i l'àmbit, objectiu i subjectiu, d'aquesta llei; després d'establir una clàusula general que recull els elements que han de concórrer perquè una conducta es pugui considerar deslleial, en el capítol II, el text tipifica els diferents actes de competència deslleial de caràcter general; en el nou capítol III, la LCD introdueix un grup de supòsits de fet que es tipifiquen expressament com a pràctiques comercials deslleials amb els consumidors o usuaris; per la seva banda, el capítol IV estableix les diferents accions que es poden exercir contra els actes de competència deslleial, inclosa la publicitat il·lícita; finalment, en el nou capítol V, la LCD incorpora la regulació dels codis de conducta que, amb ple respecte a les normes sobre competència, han de contribuir a elevar el nivell de protecció dels consumidors i usuaris, mitjançant l'accés a sistemes eficaços de resolució extrajudicial de conflictes.

En aquest punt cal destacar que la modificació principal que ha introduït la Llei 29/2009 en el contingut de la LCD és la inclusió del nou grup de supòsits de fet tipificats, expressament, com a pràctiques deslleials amb els consumidors. Aquesta modificació, que té l'origen en la Directiva 2005/29/CE, representa, en opinió de la doctrina, una fragmentació clara del dret contra la competència deslleial i, per això, ha merescut ja nombroses crítiques. En primer lloc, perquè trenca la unitat sistèmica d'un sector que, amb caràcter general, mai no havia fet dependre la qualificació d'una conducta com a deslleial en funció de les persones destinatàries. En segon lloc, perquè implica la submissió de determinades pràctiques a un doble règim jurídic, de manera que, sense anar més lluny, els actes d'engany, les omissions enganyoses i les pràctiques agressives poden ser qualificades o bé com a actes de competència deslleial d'abast general, o bé com a pràctiques deslleials amb els consumidors. No obstant això, aquesta fragmentació de la LCD no té transcendència en matèria d'accions a emprendre davant dels actes de competència deslleial o de legítimació activa per interposar-la (Tato Plaza, 2010). En canvi, el doble règim sí

#### Vegeu també

En l'apartat 2, dedicat al dret de la publicitat, aprofundirem en el contingut de les dues lleis de referència que, com hem exposat, regulen de manera general l'activitat publicitària.

que genera conseqüències rellevants quant a la complexitat innecessària dels mecanismes d'aplicació de la norma, que no detallarem perquè s'allunya massa dels objectius d'aquest mòdul, de caràcter introductori.

### Altres modificacions de la LGP

Des de la data en què es va promulgar, el 1988, el contingut de la LGP ha quedat afectat per l'aprovació de cinc normes que n'han modificat, parcialment, el contingut:

- La Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, va derogar els preceptes que establien algunes especialitats processals en matèria de publicitat.
- La Llei 39/2002, de 28 d'octubre, de transposició a l'ordenament jurídic espanyol de diverses directives comunitàries en matèria de protecció dels interessos dels consumidors i usuaris, va introduir, entre altres canvis, un article 6 bis que va establir els requisits de la publicitat comparativa.
- La Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere, va incorporar a la LGP el cas específic de publicitat il·lícita dels anuncis que utilitzin la imatge de la dona de manera vexatòria o discriminatòria, i també va matisar alguns aspectes del procés de sol·licitud de l'acció de cessació o rectificació en aquests supòsits.
- La Llei 28/2005, de 26 de desembre, de mesures sanitàries enfront del tabaquisme i reguladora de la venda, subministrament, consum i publicitat de productes del tabac, va derogar la referència als productes del tabac continguda en l'article 8 de la LGP.
- Finalment, la Llei 29/2009, de 30 de desembre, per la qual es modifica el règim legal de la competència deslleial i de la publicitat per a millorar la protecció dels consumidors i usuaris, va modificar nombrosos articles de la LGP i va derogar íntegrament el títol IV, referit a l'acció de cessació i rectificació de la publicitat il·lícita i altres qüestions processals associades.

Ara bé, com hem esmentat, la mateixa LGP disposa que el règim general de la publicitat pot i ha de coexistir amb altres règims especials que, referits a determinades matèries o sectors d'activitat, contenen preceptes relatius a la publicitat. Per això hi ha tantes normes jurídiques que regulen, directament o indirectament, la publicitat de productes, béns, activitats o serveis determinats. Solament cal esmentar, a tall d'exemple, la normativa que regula la publicitat de productes alimentaris, dietètics i farmacèutics, la publicitat financera, la publicitat institucional, la relativa als jocs de sort, envit o atzar, la publicitat immobiliària, la referida a la conservació del medi ambient o del patrimoni artístic, o la que regula determinades tipologies publicitàries com la publicitat exterior, la publicitat directa i la publicitat aèria, entre d'altres. Convé matisar que, en molts casos, aquestes disposicions, atesa la concreció de l'àmbit en què són aplicables, no emanen del poder legislatiu i, per tant, adopten la forma de decrets, ordres ministerials i, fins i tot, circulars elaborades pel poder executiu.

Finalment, s'ha de destacar que, a més del règim general i especial que regula la publicitat, en l'ordenament jurídic espanyol hi ha altres lleis que regulen matèries que podem considerar afins a la publicitat. Aquestes normes complementen, en aspectes determinats, el règim general de la publicitat. Destaquem les següents:

- La Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (LDC).

#### Lectura recomanada

L'obra *Código de publicidad*, dels professors Carlos Lema Devesa i Jesús Gómez Montero, és un compendi exhaustiu de la normativa amb caràcter especial que regula l'activitat publicitària a Espanya.

- La Llei 17/2001, de 7 de desembre, de marques.
- La Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD) i el Reglament que la desplega (aprovat pel Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desenvolupament de la LOPD).
- El Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries (TRLGDCU).

### 1.2.3. Legislació autonòmica

En el marc de l'Estat de les autonomies, configurat per la Constitució espanyola, cadascuna de les disset comunitats autònomes es regeix pel seu propi Estatut d'autonomia. D'aquesta manera, les comunitats autònomes tenen conferides competències sobre matèries determinades i les potestats consegüents per a exercir-les.

Dels disset estatuts que hi ha actualment en vigor, n'hi ha nou que esmenten expressament la publicitat com a matèria sobre la qual tenen potestat les comunitats: en sis estatuts, aquesta potestat és legislativa i, en els altres tres, d'execució. En els altres vuit estatuts no s'estableix una referència directa a la publicitat, encara que sí que s'esmenten algunes matèries connexes com el comerç interior o la defensa dels consumidors (De la Cuesta Rute, 2002).

No obstant això, el mateix Tribunal Constitucional ha confirmat que, encara que la comunitat autònoma disposi de potestat legislativa, el principi d'unitat de mercat recollit en la Constitució ha de prevaler en tot cas i actua com a límit a les potestats de les comunitats. Per això, la legislació autonòmica s'ha d'ajustar sempre al contingut de la LGP i de la LCD, encara que pot desenvolupar i concretar alguns dels seus principis.

D'aquesta manera, trobem un conjunt ampli de normes d'abast autonòmic que concreten o matisen aspectes dels règims especials de la publicitat per a determinades matèries o sectors d'activitat entre els quals destaquen, un altre cop, les disposicions que regulen la publicitat de béns o serveis relacionats amb la salut humana, amb la protecció dels consumidors, la protecció de la infància i la joventut, amb la regulació dels serveis de radiotelevisió autonòmica, serveis financers, publicitat institucional, etc.

#### Exemples

A tall d'exemple i amb l'objectiu que el professional de la publicitat constati la conveniència de consultar aquesta classe de legislació davant el desenvolupament de determinades campanyes, tot seguit recopilarem les principals normes autonòmiques que, en alguns dels seus preceptes, regulen determinats aspectes de l'activitat publicitària a les comunitats autònomes de Madrid i Catalunya. Convé precisar que tots dos estatuts d'autonomia

#### Les normes autonòmiques

Les normes autonòmiques desplacen les estatals en les matèries en què la comunitat autònoma és competent, sempre dins del seu abast i en l'exercici de la potestat que correspon a la comunitat.

atorguen competències legislatives a les seves respectives comunitats en matèria publicitària.

#### **Legislació de la comunitat autònoma de Madrid en matèria publicitària**

- Llei 1/2008, de 26 juny, de modernització del comerç de la comunitat de Madrid.
- Llei 4/2003, d'11 de març, de caixes d'estalvi de la comunitat de Madrid.
- Llei 5/2002, de 27 de juny, sobre drogodependències i altres trastorns addictius.
- Llei 12/2001, de 21 de desembre, d'ordenació sanitària de la comunitat de Madrid.
- Llei 6/2001, de 3 de juliol, del joc de la comunitat de Madrid.
- Llei 2/2001, de 18 d'abril, de continguts audiovisuals i serveis addicionals.
- Llei 16/1999, de 29 d'abril, de comerç interior de la comunitat de Madrid.
- Llei 1/1999, de 12 de març, d'ordenació del turisme a la comunitat de Madrid.
- Llei 19/1998, de 25 de novembre, d'ordenació i atenció farmacèutica de la comunitat de Madrid.
- Llei 11/1998, de 9 de juliol, de protecció dels consumidors de la comunitat de Madrid.
- Llei 6/1995, de 28 de març, de garanties dels drets de la infància i l'adolescència de la comunitat de Madrid.
- Llei 3/1991, de 7 de març, de carreteres de la comunitat de Madrid.

#### **Legislació de la comunitat autònoma de Catalunya en matèria publicitària**

- Llei 5/2008, de 24 d'abril, del dret de les dones a eradicar la violència masclista de Catalunya.
- Decret legislatiu 2/2008, de 15 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la llei de protecció dels animals.
- Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge.
- Llei 11/2007, d'11 d'octubre, de la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals.
- Llei 14/2003, de 13 de juny, de qualitat agroalimentària.
- Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya.
- Llei 5/2002, de 19 d'abril, de l'Agència Catalana de Protecció de Dades.
- Llei 18/2000, de 29 de desembre, per la qual es regula la publicitat institucional.
- Llei 9/2000, de 7 de juliol, de regulació de la publicitat dinàmica a Catalunya.
- Llei 2/2000, de 4 de maig, del Consell de l'Audiovisual de Catalunya.
- Llei 12/1998, de 5 de novembre, de creació del Col·legi de Publicitàries i Publicitaris i Relacions Públiques de Catalunya.
- Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística.
- Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció de nens i adolescents [...].
- Llei 9/1995, de 27 de juliol, de regulació de l'accés motoritzat al medi natural.
- Llei 7/1993, de 30 de setembre, de carreteres de la comunitat autònoma de Catalunya.
- Decret legislatiu 1/1993, de 30 de setembre, sobre comerç interior, pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de la Llei 1/1983, de 18 de febrer, i de la Llei 23/1991, de 29 de novembre.
- Llei 3/1993, de 5 de març, de l'Estatut del consumidor.
- Llei 31/1991, de 13 de desembre, d'ordenació farmacèutica de Catalunya.
- Llei 1/1991, de 27 de febrer, reguladora del règim sancionador en matèria de joc.
- Llei 10/1990, de 15 de juny, sobre espectacles, establiments públics i activitats recreatives.
- Llei 1/1990, de 8 de gener, sobre la disciplina del mercat i de defensa dels consumidors i usuaris.
- Llei 20/1985, de 25 de juliol, sobre prevenció i assistència en matèria de substàncies que poden generar dependència.
- Llei 15/1984, de 20 de març, que estableix les normes reguladores de jocs de sort, envit o atzar.

#### **1.2.4. Legislació local**

Malgrat que la doctrina esmenta poques vegades la legislació local com a font del dret de la publicitat, a vegades determinades activitats publicitàries són condicionades per disposicions emanades d'ens locals com, per exemple, les ordenances municipals dictades pels ajuntaments.

Això és especialment rellevant en les modalitats publicitàries que utilitzin el mitjà exterior com a suport, ja que cada terme municipal o municipi pot haver estipulat, via ordenança municipal, la seva pròpia normativa per regular, per exemple, l'ús del domini públic o determinats aspectes de seguretat.

A tall d'exemple, solament cal esmentar el que estipula respecte a això la legislació autonòmica de Catalunya en matèria de publicitat dinàmica. Així, en el preàmbul de la **Llei 9/2000, de 7 de juliol, de regulació de la publicitat dinàmica a Catalunya**, s'estableix que els ajuntaments poden exercir les competències i funcions que els confereix la legislació municipal, en el marc que determinen les normes estatals i autonòmiques en els diversos àmbits en què es desenvolupa l'activitat publicitària.

Aquesta afirmació va ser concretada, més endavant, pel Decret 23/2002, de 22 de gener, pel qual es desenvolupa el procediment per a obtenir llicències per a exercir la publicitat dinàmica, els requisits per a exercir-la i es regula la capacitat sancionadora en aquesta matèria. Amb aquest text, el legislador estableix uns requisits mínims a partir dels quals els municipis de Catalunya, amb l'aprovació d'ordenances municipals, poden concretar els detalls de les diverses modalitats de publicitat dinàmica autoritzades. Així, l'article 1 del Decret 23/2002, relatiu a l'obtenció de llicències per a exercir la publicitat dinàmica, estableix el següent:

#### **Article 1**

- a) L'Administració competent per a atorgar llicències relatives a l'exercici de la publicitat dinàmica són els ajuntaments en el terme municipal dels quals es dugui a terme aquesta activitat.
- b) L'òrgan competent per a atorgar llicències a què fa referència l'apartat anterior és el que fixin les ordenances municipals i, si no, la presidència de la corporació.

Aquest exemple, circumscrit a l'àmbit català, posa de manifest la importància de consultar la legislació emanada de les autoritats locals a l'hora de dissenyar accions publicitàries que impliquin un ús de l'espai exterior.

#### **Publicitat dinàmica**

La legislació catalana entén per *publicitat dinàmica* la modalitat publicitària en què el contacte directe amb els consumidors té més importància, ja que es practica a zones i espais de domini públic. Entre les seves modalitats destaquen la publicitat manual, el repartiment domiciliari de publicitat o la publicitat amb l'ús de vehicles.

## 2. El dret de la publicitat

Malgrat disposar d'una normativa pròpia de caràcter general i de la rellevància que ha adquirit els darrers anys el dret de la publicitat, autors de referència com els professors Carlos Lema Devesa i José María de la Cuesta Rute coincideixen a afirmar que el dret de la publicitat no té un caràcter autònom dins de l'ordenament jurídic. Així, aquests dos autors conceben el dret de la publicitat com una branca del dret privat i, concretament, l'adscriuen al dret mercantil, l'objecte general del qual és regular l'estatut del comerciant i de les institucions i relacions específicament derivades del desenvolupament d'activitats de caràcter mercantil.

Convé aclarir en aquest punt que el concepte de règim jurídic de la publicitat, abordat en l'apartat anterior, engloba les normes que es refereixen, directament o indirectament, a la publicitat i que la majoria pertanyen a diferents branques del dret establertes pels seus propis principis informadors.

El concepte de **dret de la publicitat** configura la part fonamental del règim jurídic de la publicitat, amb la integració, en una unitat de sentit, dels principis bàsics informadors de la disciplina.

Tot seguit abordarem el contingut general del dret de la publicitat, recollit en la LGP i en la LCD, i el completarem, en els aspectes que ho requereixin, amb el que estableixen altres disposicions legislatives complementàries.

### 2.1. Els subjectes de l'activitat publicitària

La LGP esmenta en el seu articulat, de manera una mica dispersa, els subjectes de l'activitat publicitària. Així, en el títol I la LGP tan sols defineix, de manera genèrica, els destinataris de l'activitat publicitària, mentre que la definició d'*anunciant*, *agència* i *mitjans de publicitat* la trobem en el títol III de la LGP, dedicat a la contractació publicitària.

A l'efecte de la ciència jurídica, la determinació del subjecte de dret, com a titular dels drets i obligacions corresponents, és especialment important en el marc de la relació jurídica publicitària.

La LGP reconeix com a jurídicament rellevant l'activitat de l'emissor de la informació (l'*anunciant*), la de qui s'encarrega d'elaborar i executar la publicitat (l'*agència*), la del mitjà que la difon (el *mitjà de publicitat*) i, també, la del receptor de la publicitat (els *destinataris*), encara que aquest darrer no es pugui considerar part a l'efecte de la contractació publicitària pel seu rol passiu en el procés.

A més dels subjectes esmentats, en la pràctica professional hi ha altres figures no previstes en la llei i que exerceixen, a vegades, un paper rellevant en termes de contractació publicitària. Aquest és el cas, com veurem, de les anomenades *centrals de mitjans*.

### 2.1.1. L'anunciant

A l'efecte de la LGP es considera **anunciant** "la persona natural o jurídica en l'interès de la qual es realitza la publicitat" (article 8).

Aquesta definició, de caràcter general, conté dues notes rellevants:

a) D'una banda, el concepte jurídic d'anunciant engloba **persones naturals i jurídiques**, de manera que, a més de les empreses, també tenen la consideració d'anunciant, per exemple, les persones físiques que desenvolupin una activitat empresarial, comercial, industrial o professional (article 2 de la LGP). Segons aquesta definició i el concepte jurídic de publicitat, a l'efecte de la LGP els organismes públics solament es consideren anunciants quan la seva publicitat respon a l'objectiu de promoure la contractació. No obstant això, en virtut del que disposa l'article 7, els organismes públics, independentment de la finalitat de la publicitat, sí que es consideren anunciants només a l'efecte de la contractació i, per tant, estan sotmesos al que disposa a aquest efecte el títol III de la LGP.

b) D'altra banda, la LGP estableix com a requisit essencial de l'anunciant tenir **interès a difondre la seva publicitat**, encara que en molts casos l'autor material sigui un altre, de manera que, per a ser anunciant, l'emissor de la comunicació ha de tenir un interès genèric a difondre el missatge que, en virtut de l'article 2, s'ha de concretar en l'interès a promoure, directament o indirectament, la contractació dels seus béns o serveis.

L'anunciant és, per tant, l'emissor del missatge publicitari, el subjecte de la contractació publicitària i el responsable principal d'aquesta contractació, com veurem a l'hora d'abordar les condicions generals de la contractació publicitària.

### 2.1.2. L'agència de publicitat

A l'efecte de la LGP són **agències de publicitat** "les persones naturals o jurídiques que es dediquin professionalment i de manera organitzada a crear, preparar, programar o executar publicitat per compte d'un anunciant" (article 8).

El legislador adopta la terminologia pròpia del sector i defineix les "agències" de publicitat basant-se en els aspectes següents:

a) El concepte d'agència reconeix les persones jurídiques i, també, les persones naturals que es dediquin professionalment i de manera organitzada a la publicitat, en una referència clara als professionals liberals o *freelance*.

b) Com a requisit essencial de l'agència de publicitat, la LGP en destaca la dedicació professional, la qual cosa implica una dedicació habitual i organitzada a l'activitat publicitària.

c) El servei que presta l'agència de publicitat a l'anunciant ha de consistir a crear, preparar, programar o executar la publicitat. En la pràctica professional actual destriem l'activitat d'elaboració del missatge (que sempre assumeix l'agència) i la de programar-ne o planificar-ne la difusió (que, a vegades, pot ser derivada a les anomenades *centrals de compres de mitjans*). El caràcter disjuntiu de l'enumeració contempla aquesta possibilitat.

d) L'agència sempre actua per compte de l'anunciant, que és qui, com hem vist, té interès en la publicitat.

Fixeu-vos que la LGP no exigeix a les agències de publicitat cap requisit especial perquè es constitueixin i funcionin, encara que algunes comunitats autònomes, com Andalusia, exigeixen la inscripció en un registre especial per a operar en el seu territori.

### 2.1.3. Els mitjans

A l'efecte de la LGP tenen la consideració de **mitjans de publicitat** "les persones naturals o jurídiques, públiques o privades, que, de manera habitual i organitzada, es dediquin a la difusió de publicitat per mitjà dels suports o mitjans de comunicació social la titularitat dels quals ostentin" (article 8).

Mitjançant la difusió del missatge publicitari l'anunciant fa arribar el missatge al públic objectiu. Per a això, però, necessita un mitjà, que és el que en termes de comunicació entenem com un canal compost d'un suport de comunicació

#### Central de mitjans

En argot publicitari, entenem per *central de mitjans* l'agència de publicitat especialitzada en l'estratègia i planificació de mitjans, en la compra i distribució d'espais i temps publicitaris i en el control d'insercions (Termcat, 1999).



o de més d'un susceptible de contenir i difondre missatges publicitaris. Per tant, en llenguatge publicitari el terme mitjà té un sentit doble: en termes objectius es refereix al suport material al qual s'incorpora el missatge, mentre que, des del punt de vista subjectiu, es refereix al titular del suport publicitari.

En termes jurídics, l'anàlisi de la definició de *mitjà de publicitat*, en tant que subjecte de la contractació publicitària, presenta les notes característiques següents:

a) Des d'un punt de vista subjectiu, mitjà de publicitat és qualsevol persona natural o jurídica, pública o privada, que ostenti la titularitat d'un mitjà de comunicació o suport i que l'exploti de manera habitual i organitzada per divulgar missatges publicitaris. El requisit de l'explotació habitual amb finalitats publicitàries, segons el que estipula l'article 17 de la LPG relatiu al contracte de difusió, es pot inferir de l'existència d'unes tarifes preestablertes en les quals el mitjà expressa les condicions i preus de les insercions. Cal destacar en aquest punt la referència expressa a les persones públiques com a mitjà de publicitat, en una al·lusió clara als mitjans de comunicació social dependents de l'Estat, reconeguts en l'article 23 de la Constitució. D'aquest precepte constitucional en deriva el principi de no discriminació o igualtat d'accés dels anunciant als mitjans públics de comunicació, principi que no regeix en el cas dels mitjans de publicitat privats.

b) Des d'un punt de vista objectiu, la noció de mitjà incideix en la difusió del missatge publicitari, acció que, segons la LGP, preveu la inserció del missatge en el suport i l'activitat tècnica necessària per a garantir-ne la divulgació efectiva al públic. I aquesta divulgació es pot dur a terme per mitjà de dues classes de mitjans publicitaris:

- D'una banda, la llei esmenta explícitament els mitjans de comunicació social, això és, els mitjans de comunicació tradicionals (televisió, ràdio, premsa, Internet, etc.), la majoria dels quals, juntament amb el contingut informatiu propi, emeten missatges publicitaris.

#### **Mitjans sense publicitat**

Encara que, fins al moment, d'una manera minoritària, hi ha determinats mitjans de comunicació social que exclouen la publicitat dels seus continguts. Aquest és el cas d'alguns canals temàtics de pagament i, recentment, l'aprovació de la Llei 8/2009, de 28 d'agost, de finançament de la Corporació de Ràdio i Televisió Espanyola ha prohibit, amb caràcter general, l'emissió de publicitat i la televenda en la televisió pública espanyola.

- D'altra banda, exclosos els anteriors, la LGP anomena *suports* els mitjans l'activitat dels quals és exclusivament publicitària. Aquest és el cas, per exemple, de la publicitat exterior.

### 2.1.4. Els destinataris

En l'article 2 la LGP defineix, de manera molt general, els **destinataris** de l'activitat publicitària com "les persones a les quals es dirigeixi el missatge publicitari o a les quals aquest afecti".

A l'efecte de la LGP, el concepte de destinataris de la publicitat, més coneguts com a *públic objectiu* en llenguatge publicitari, recull una realitat doble:

a) D'una banda, la de les persones a les quals, intencionadament, s'adreça el missatge publicitari; des d'un punt de vista jurídic, aquests destinataris són determinants del sentit que s'atribueixi al missatge publicitari en l'aplicació de les normes reguladores del contingut del missatge.

b) D'altra banda, la de les persones que arriben a rebre el missatge, això és, les autèntiques receptores del missatge, ja que, en vista de l'abast generalista dels principals mitjans de publicitat, el missatge publicitari arriba a persones no previstes inicialment com a públic objectiu; jurídicament, aquests destinataris són especialment rellevants en matèria de protecció dels seus interessos legítims.

A l'efecte de la consideració dels destinataris de la publicitat com a subjectes publicitaris, això és, com a titulars de drets i obligacions derivats de la legislació publicitària, entenem que els destinataris de la publicitat, en sentit abstracte, no poden ser considerats subjectes publicitaris, atesa la seva indeterminació i el fet de quedar al marge de la relació contractual publicitària.

Ara bé, com diu Santaella (2003), un destinatari determinat, en la situació doble de possible receptor o receptor efectiu del missatge publicitari, sí que té la condició de subjecte publicitari quan algun dels seus drets o interessos legítims queden afectats per la comunicació publicitària. En aquest cas, com s'apunta en la LGP, el destinatari de la publicitat està legitimat per a exercitar les accions legals pertinents.

A aquest efecte, **les associacions de consumidors i usuaris** mereixen un esment especial. Pel que fa a aquestes associacions, la doctrina majoritària considera el concepte de destinatari de la publicitat tècnicament superior al de consumidor, ja que no tota la publicitat té per objecte promoure la contractació de béns i serveis destinats al consum.

## 2.2. La contractació publicitària

La LGP dedica el seu títol III, el més extens en nombre d'articles, a regular el règim especial que ha de regir en les relacions entre els subjectes de la contractació publicitària: anunciants, agències i mitjans.

Segons el Codi civil (CC), la norma de referència en matèria de contractació a Espanya, un contracte existeix a partir del moment en què una o diverses persones decideixen voluntàriament obligar-se, respecte d'una altra o unes altres, a donar alguna cosa o prestar algun servei (article 1254 del CC). En matèria publicitària l'anunciant, habitualment, requereix els serveis de l'agència per a donar forma publicitària als missatges i també requereix l'ús d'un mitjà o suport de titularitat aliena per a fer arribar la publicitat als seus públics objectiu.

Partint de la base de les relacions contractuals típiques que s'estableixen entre els diversos subjectes, la LGP estableix les quatre classes de contracte publicitari que analitzarem en els apartats següents del temari:

- El contracte de publicitat.
- El contracte de creació publicitària.
- El contracte de difusió publicitària.
- El contracte de patrocini.

Ara bé, abans d'abordar les particularitats d'aquests contractes, convé esmentar les **disposicions** que, **amb caràcter general**, disposa la LGP i que són aplicables a totes les classes de contracte publicitari.

En primer lloc, la LGP estableix, en l'article 7, que els contractes publicitaris s'han de regir, en primera instància, pel que disposa el títol III i, si no, per les regles generals del Dret comú. D'aquesta manera, en els aspectes no recollits en la LGP s'aplica el que disposen en matèria contractual les normes de caràcter mercantil (el Codi de comerç) o civil (el Codi civil), segons el caràcter mercantil, o no, dels subjectes publicitaris implicats i també segons la tipologia de contracte.

Convé destacar en aquest punt que el mateix article 7 afirma que el que disposa el **títol III de la LGP** és aplicable a **tots els contractes publicitaris**, encara que versin sobre activitats publicitàries no compreses en l'article 2. Així, solament en matèria contractual, la LGP es pot aplicar a les anomenades *figures afins a la publicitat*: propaganda, publicitat institucional, etc. Això no obstant, el legislador exclou de l'àmbit en què és aplicable la LGP els contractes no tipificats com a publicitaris que poden ser necessaris per a dur a terme l'activitat publicitària. Aquest és el cas, per exemple, dels contractes de cessió de drets d'imatge amb finalitats publicitàries.

### Exemple

En matèria de forma, com que la LGP no té una regulació específica, s'entén que és aplicable el principi de llibertat de forma recollit en l'article 51 del Codi de comerç.

En una relació clara amb el que disposa en matèria de publicitat enganyosa, i concretament de la publicitat que la doctrina anomena *encoberta*, l'article 9 de la LGP imposa als mitjans de difusió l'obligació de delimitar perceptiblement les afirmacions fetes dins de la seva funció informativa de les que facin com a mers vehicles de publicitat. A més, els anunciant han de descobrir inequívocament el caràcter publicitari dels anuncis. Amb aquesta obligació de caràcter contractual el legislador reforça la il·licitud de les pràctiques publicitàries que, mitjançant la presentació, indueixin a error els destinataris.

En l'article 10, la LGP confereix a l'anunciant el dret de controlar l'execució de la campanya de publicitat. Del contingut de l'article es dedueix que aquest control se circumscriu a les activitats de difusió publicitària i, per tant, solament és aplicable als contractes de difusió o patrocini. Així, la LGP, per garantir el dret al control de l'anunciant, habilita les organitzacions sense finalitats lucratives constituïdes legalment en forma tripartida per anunciant, agències de publicitat i mitjans de difusió a comprovar la difusió dels mitjans publicitaris i, especialment, les xifres de tiratge i venda de publicacions periòdiques. És una mica contradictori que el legislador atorgui un caràcter voluntari a aquesta comprovació, de manera que el mitjà pot optar per no sotmetre's al sistema de control de difusió.

La LGP prohibeix, en l'article 11, que s'inclouin en els contractes clàusules d'exoneració, imputació o limitació de la responsabilitat enfront de tercers en què incorrin les parts com a conseqüència de la publicitat. D'aquesta manera, el subjecte en qui, legalment, recaigui la responsabilitat derivada del contracte no se'n pot alliberar, ni atribuir-la a un tercer, ni limitar-la quantitativament o qualitativament.

Finalment, l'article 12 de la LGP estableix que en tots els contractes publicitaris es considera no posada qualsevol clàusula per la qual, directament o indirectament, es garanteixi el rendiment econòmic o els resultats comercials de la publicitat, o es prevegi l'exigència de responsabilitat per aquesta causa. Basant-se en la naturalesa pròpia de l'activitat publicitària, el legislador prohibeix qualsevol responsabilitat o garantia contractual sobre els resultats publicitaris.

Tot seguit descriurem, breument, les característiques pròpies de les diverses classes de contracte publicitari recollides en la LGP.

### 2.2.1. El contracte de publicitat

En el paràgraf primer de l'article 13, la LGP defineix el **contracte de publicitat** com "el contracte pel qual un anunciant encarrega a una agència de publicitat, mitjançant una contraprestació, l'execució de publicitat i la creació, preparació o programació d'aquesta".

D'aquesta definició es desprèn que l'**objecte de la relació contractual** és, en primer terme, l'execució de la publicitat i, a més, totes les activitats, o algunes, de creació, preparació o programació d'aquesta publicitat. De la Cuesta Rute destaca una certa vaguetat en la determinació de l'objecte del contracte que, en definitiva, comprèn el conjunt d'activitats o serveis que, en la realitat professional, pot oferir a l'anunciant una agència de publicitat.

En aquest sentit, el legislador matisa, en el paràgraf segon de l'article 13, que en matèria de creacions publicitàries, addicionalment, s'han d'aplicar les normes del contracte de creació publicitària. Això manca de certa rellevància jurídica, ja que el contracte de creació es podria considerar un contracte menys important, del qual, com veurem, la LGP tan sols defineix la modalitat i la cessió de drets a l'ús de l'obra.

Malgrat no presentar una regulació exhaustiva, del contingut dels articles 13 i 14 de la LGP es poden deduir les obligacions que, per a les parts, es deriven del contracte de publicitat.

En la persona de l'anunciant recauen dues obligacions derivades del contracte:

- Satisfer la contraprestació acordada a l'agència de publicitat (article 13).
- Partint de la base de la relació de col·laboració i confiança que es pressuposa que hi ha d'haver entre anunciant i agència, l'anunciant s'ha d'abstenir d'utilitzar per a finalitats diferents de les pactades qualsevol idea, informació o material publicitari subministrat per l'agència (article 14).

Per la seva banda, recauen sobre l'agència les obligacions següents derivades del contracte:

- Executar la publicitat, com a obligació essencial del contracte, i crear-la, preparar-la o programar-la. Amb aquesta matisació, el legislador exclou l'activitat de difusió publicitària com a objecte únic del contracte de publicitat, ja que, en aquest cas, regeix el que disposa el contracte de difusió publicitària.
- L'agència, per la seva banda, també s'ha d'abstenir d'utilitzar per a finalitats diferents de les pactades la informació o material publicitari que l'anunciant li ha facilitat a l'efecte del contracte (article 14).

La doctrina majoritària assenyala que, sovint, l'agència de publicitat, en compliment de l'obligació principal que té d'executar la publicitat, ha de formalitzar contractes amb tercers per difondre-la. Segons De la Cuesta, l'agència, per virtut del contracte de publicitat, actua per compte de l'anunciant quan formalitza els contractes necessaris per a executar la publicitat però pot actuar

en nom propi o aliè quan formalitza aquests contractes, aspecte que no preveu la LGP i que, segons l'autor, s'ha de regir pel que estableix el Codi de comerç per al contracte de comissió.

Finalment, la LGP preveu dos supòsits en relació amb el compliment del contracte: el compliment defectuós i l'incompliment.

Segons el que disposa l'article 15 per al cas de **compliment defectuós** d'una obligació contractual, la LGP estableix que, en cas que la publicitat no s'ajusti en els elements essencials als termes del contracte o a les instruccions expresses de l'anunciant, aquest anunciant pot exigir a l'agència el següent:

- a) D'una banda, una rebaixa de la contraprestació o la repetició total o parcial de la publicitat en els termes pactats.
- b) De l'altra, la indemnització, en tots dos casos, dels danys i perjudicis que li hagin causat.

Referent a l'**incompliment de contracte**, l'article 16 de la LGP diferencia entre els supòsits de responsabilitat de l'anunciant o de l'agència si no fa la prestació o si la fa fora de termini.

- Així, en cas que l'*agència* no faci injustificadament la prestació compromesa o la faci fora del termini establert, l'anunciant pot resoldre el contracte i exigir la devolució del que ha pagat, i també la indemnització de danys i perjudicis.
- A més, si l'*anunciant* resol o incompleix injustificadament i unilateralment el contracte amb l'agència sense que concorrin causes de força major, o el compleix solament de manera parcial, l'agència pot exigir la indemnització per danys i perjudicis del fet que pertoqui.

Com a clàusula final, el darrer paràgraf de l'article 18 estableix que l'extinció del contracte no afecta els drets de l'agència per la publicitat que ha fet abans de l'incompliment, la qual cosa es tradueix en el fet que l'anunciant no pot reclamar la devolució del que ha pagat respecte a les difusions publicitàries ja efectuades.

### 2.2.2. El contracte de creació publicitària

En l'article 20, la LGP defineix el **contracte de creació publicitària** com "el contracte pel qual, a canvi d'una contraprestació, una persona física o jurídica s'obliga en favor de l'anunciant o agència a idear i elaborar un projecte de campanya publicitària, una part d'aquesta campanya o qualsevol altre element publicitari".

D'aquesta definició se'n desprèn que les **parts del contracte** de creació han de ser, d'una banda, l'anunciant que encarrega l'obra i, de l'altra, una persona física o jurídica, això és, un professional de la creativitat o *freelance* o una agència de publicitat. Pel que fa a l'**objecte** de la relació contractual aquest ha de consistir a idear i elaborar una peça o campanya publicitària, això és, el que en argot publicitari es coneix com la creativitat publicitària. En aquest cas la LGP no fa una referència específica a les obligacions de les parts, que s'entén que, en el cas d'anunciant, ha de ser satisfesa la contraprestació pactada i, en el cas del creatiu o de l'agència, crear l'obra publicitària, idear-la i plasmar-la en un suport.

A efectes pràctics, es considera aquesta classe de contracte més aviat superflu, ja que la prestació de crear l'obra està recollida en el contracte de publicitat, esmentat abans. A més, el legislador no estableix un règim específic per al contracte de creació publicitària, sinó que tan sols n'esmenta la tipificació i regula, en l'article 21, la cessió de drets a l'ús de l'obra. En el seu defecte, la doctrina remet al Codi civil i, concretament, a la regulació del contracte d'obra (articles del 1588 al 1600 del CC).

En l'article 21, la LGP regula la **titularitat de les creacions publicitàries**, això és, els drets de les parts sobre la utilització de l'obra. Referent a això, la LGP remet als requisits establerts en la legislació vigent en matèria de propietat intel·lectual o industrial per a determinar si l'obra publicitària pot ser objecte d'aquesta classe de protecció.

No obstant això, amb caràcter general i excepte si hi ha un pacte en sentit contrari, la LGP estableix una **presumpció** per la qual els drets d'explotació de les creacions publicitàries es consideren cedits en exclusiva a l'anunciant o agència, en virtut del contracte de creació publicitària i per a les finalitats previstes en aquest contracte. Això és especialment rellevant en termes probatoris, ja que comporta una inversió de la càrrega de la prova.

#### Vegeu també

Vegeu el que es disposa en matèria de propietat intel·lectual en el mòdul 5, "Introducció a la propietat intel·lectual i a la protecció de dades personals".

### 2.2.3. El contracte de difusió publicitària

En l'article 17, la LGP defineix el **contracte de difusió publicitària** com "el contracte pel qual, a canvi d'una contraprestació fixada en tarifes preestablertes, un mitjà s'obliga a favor d'un anunciant o agència a permetre la utilització publicitària d'unitats d'espai o de temps disponibles i a desenvolupar l'activitat tècnica necessària per a aconseguir el resultat publicitari".

Com indica el seu nom, el contracte de difusió té com a objectiu difondre el missatge als destinataris de la comunicació publicitària. Les **parts** del contracte poden ser, d'una banda, el mitjà de publicitat i, de l'altra, l'anunciant o l'agència. Quan intervé l'agència, el contracte de difusió sol ser un contracte d'execució de l'encàrrec que ha rebut prèviament en virtut d'un contracte previ de publicitat (De la Cuesta Rute, 2003).

Quant al **contingut essencial**, de la definició del contracte de difusió publicitària se'n deriven una sèrie d'obligacions per a les parts. D'una banda, l'anunciant o l'agència s'obliga a satisfer la contraprestació, fixada en aquest cas les tarifes preestablertes pel mitjà, i, de l'altra, el mitjà s'obliga a permetre l'ús d'unitats concretes d'espai i temps i a assegurar-ne, mitjançant l'activitat tècnica pertinent, l'ús efectiu en les condicions pactades amb la finalitat d'aconseguir el resultat publicitari desitjat.

Com en el cas del contracte publicitari, la LGP no conté una regulació jurídica específica per al contracte de difusió i es limita a regular els supòsits de compliment defectuós i incompliment de contracte, aquesta vegada referits tots dos únicament a l'obligació principal del mitjà.

Així, en relació amb el cas de compliment defectuós de la prestació, l'article 18 de la LGP disposa que en cas que el mitjà, per causes imputables al mitjà mateix, compleixi una ordre amb alteració, defecte o menyscapse d'alguns dels elements essencials, està obligat a tornar a executar la publicitat en els termes pactats. En cas que la repetició no fos possible, l'anunciant o l'agència poden exigir la reducció del preu i la indemnització dels perjudicis causats.

Pel que fa al supòsit d'incompliment del mitjà, l'article 19 de la LGP diferencia si l'incompliment és imputable al mitjà, a l'agència o a l'anunciant:

a) Quant a l'incompliment del mitjà, la LGP estableix que, excepte en cas de força major, quan el mitjà no difongui la publicitat contractada, l'anunciant o l'agència poden optar entre exigir una difusió posterior en les mateixes con-



dicions pactades o denunciar el contracte de devolució del que han pagat per la publicitat no difosa. En tots dos casos, el mitjà ha d'indemnitzar els danys i perjudicis ocasionats.

#### **Causa de força major**

A fi de la difusió publicitària i atesa la naturalesa informativa de bona part dels seus mitjans, segons Lema Devesa, el concepte tradicional de força major s'amplia, per exemple, als casos en què es consideri que el dret a la informació hagi de prevaler sobre el dret a la difusió publicitària, entre d'altres (Lema Devesa, 2007).

b) En cas que la difusió sigui imputable a l'anunciant o a l'agència, el responsable està obligat a indemnitzar el mitjà i a satisfer enterament el preu, tret que el mitjà hagi ocupat totalment o parcialment amb una altra publicitat les unitats de temps o espai contractades.

#### **2.2.4. El contracte de patrocini**

En el paràgraf primer de l'article 22, la LGP defineix el **contracte de patrocini publicitari** com "el contracte pel qual el patrocinat, a canvi d'una ajuda econòmica per a la realització de la seva activitat esportiva, benèfica, cultural, científica o d'una altra índole, es compromet a col·laborar en la publicitat del patrocinator".

La LGP destina solament un article a la regulació específica del contracte de patrocini publicitari. Per això, la doctrina s'ha qüestionat la pertinència d'incloure aquesta nova classe de contracte publicitari, de la qual el legislador solament recull la noció legal, en la LGP. Autors de referència, com els professors Gómez Segade o Lema Devesa, consideren rellevant que la LGP tipifiqui i defineixi aquesta figura contractual a l'efecte normalitzador, ja que, d'aquesta manera, hi són aplicables les disposicions generals sobre contractació publicitària i això evita, per exemple, una possible utilització de les tècniques de patrocini amb la intenció d'esquivar les prohibicions de publicitat il·lícita o de publicitat específica de certs productes (Lema Devesa, 2007).

#### **Patrocini i mecenatge**

En la pràctica professional el *patrocini* es defineix com el suport financer o material que una persona física o jurídica dóna a una persona, organització, manifestació, etc., amb la finalitat d'obtenir en contrapartida un benefici publicitari o d'imatge. Sovint, aquesta definició s'ha circumscrit a l'àmbit de les activitats esportives. En canvi, quan el suport es presta a una activitat d'interès públic, generalment de caràcter social, cultural o educatiu, se sol parlar de *mecenatge* (Termcat, 1999). La LGP engloba les dues modalitats en el concepte de **patrocini publicitari**.

De la noció legal del contracte de patrocini se'n desprèn que tothom pot ser **part** en el contracte de patrocini, perquè no s'estableixen requisits subjectius. Quant al **contingut** del contracte, el patrocinat s'obliga a fer una determinada activitat (esportiva, benèfica, cultural, científica, etc.) i a col·laborar en la publicitat del patrocinator, que, a canvi d'aquesta col·laboració publicitària, s'obliga a satisfer la contraprestació pactada, en aquest cas, un ajut econòmic

(dinerari o en espècies). Fixeu-vos que, en termes de comunicació, la noció de col·laborar en la publicitat s'ha d'entendre en un sentit ampli; per a De la Cuesta Rute això equival a associar la comunicació persuasiva del patrocinador a la comunicació al públic de l'activitat objecte de patrocini i a fer-ho, excepte un acord previ entre les parts, per mitjà de qualsevol modalitat publicitària.

Finalment, el paràgraf segon de l'article 22 disposa que "el contracte de patrocini publicitari s'ha de regir per les normes del contracte de difusió publicitària quan hi siguin aplicables." Aquesta remissió al·ludeix al patrocini vinculat a les activitats dels mitjans de publicitat, entre les quals destaca el patrocini de programes televisius, una modalitat específica del patrocini la regulació del qual s'estableix en els articles 2 i 16 de la nova Llei 7/2010, de 31 de març, general de comunicació audiovisual (LGCAV).

### 2.3. Supòsits de publicitat il·lícita

La LGP dedica el títol II (art. del 3 al 6) a la **publicitat il·lícita** i, en absència d'una clàusula general, la regulació s'estableix per mitjà d'una enumeració dels casos publicitaris que, amb caràcter general, es consideren il·lícits.

Convé avançar en aquest punt que qualsevol acte il·lícit, que s'entén contrari a l'ordenament jurídic, comporta la responsabilitat jurídica consegüent per part de l'autor o els autors.

Al desembre de 2009, com ja hem apuntat, l'aprovació de la Llei 29/2009, per la qual es modifica el règim legal de la competència deslleial i de la publicitat, va incorporar nombroses modificacions en el contingut de la LGP.

D'aquesta manera, certs il·lícits publicitaris que abans estaven regulats en la LGP s'han passat a regular en la LCD; el mateix ha succeït amb la definició i els requisits de licitud de la publicitat comparativa i el detall de les accions judicials enfront de la publicitat il·lícita, que arran de la Llei 29/2009 també passen a regular-se en el nou text de la LCD.

A més, en coherència amb el nou règim unitari d'accions per competència deslleial, el nou text de la LCD incorpora, en l'article 18, una clàusula general segons la qual "la publicitat considerada il·lícita per la Llei general de publicitat es considera deslleial". D'aquesta manera, totes les modalitats publicitàries incloses en l'article 3 de la LGP tenen, automàticament, la qualificació d'actes de competència deslleial a l'efecte de l'aplicació de la LCD (Tato Plaza, 2010).

Finalment, convé avançar en aquest punt que a l'hora de valorar la possible licitud d'una peça publicitària, la legislació estableix com a referència la interpretació que en pugui fer un consumidor mitjà, normalment informat i raonablement atent i perspicaç del cercle de persones destinatàries al qual vagi dirigida la publicitat.

A continuació abordarem, detalladament, les diferents tipologies de publicitat il·lícita recollides, amb caràcter general, en la LGP i desenvolupades en aquest text o en el de la LCD.

Segons el que es disposa en l'**article 3** de la LGP, es considera il·lícita:

- a) La publicitat que atempti contra la dignitat de la persona o vulneri els valors i drets reconeguts en la Constitució.
- b) Determinats casos de publicitat dirigida a menors o en la qual aquests apareguin.
- c) La publicitat subliminar.
- d) La que infringeixi el que disposa la normativa que regula la publicitat de determinats productes, béns, activitats o serveis.
- e) La publicitat enganyosa, la publicitat deslleial i la publicitat agressiva, en els termes previstos en la LCD.

En els subapartats següents aprofundirem en el contingut d'aquests supòsits de publicitat il·lícita previstos, de manera general, en la LGP i en la LCD.

### **2.3.1. La publicitat que vulneri els principis de la CE**

L'article 3.a) de la LGP defineix com a il·lícita la publicitat que atempti contra la dignitat de la persona o vulneri els valors i drets reconeguts en la Constitució, especialment en allò referent al principi d'igualtat, al dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge i al principi de protecció de la joventut, de la infància i de la dona.

Tal com afirma el professor De la Cuesta Rute, el contingut de l'article 3.a) de la LGP és una mica superflu i prescindible perquè, partint de la base del principi de jerarquia normativa, la Constitució és la norma fonamental de l'Estat i els seus preceptes tenen valor normatiu directe. Per tant, no caldria recordar que la publicitat ha de respectar sempre l'ordre constitucional i, també, que el respecte a la dignitat de la persona està implícit en l'ordre constitucional, en general, i en el principi d'igualtat establert en l'article 14 de la Constitució, en particular.

A més, segons la nostra opinió, tampoc no fa falta la referència als supòsits considerats "especialment" il·lícits, ja que no aporten cap contingut addicional perquè s'entén que estan compresos en els valors i drets constitucionals que

ja estan protegits. Entenem que, amb aquesta al·lusió, el legislador va voler destacar la importància de la protecció dels drets esmentats amb referència a l'activitat del professional de la publicitat.

No obstant això, tot seguit examinarem, breument, el contingut dels valors i drets constitucionals que, segons el que disposa l'article 3.a) de la LGP, mereixen una consideració especial a l'efecte de l'il·lícit publicitari:

- *Protecció del dret a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge.* Els drets a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge constitueixen tres esferes diferents de la personalitat la regulació de les quals, en desenvolupament del que disposa l'article 18 de la Constitució, es recull en la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge. En l'article 2, aquesta llei estableix que la protecció d'aquests drets queda delimitada per les lleis i pels usos socials segons l'àmbit que, pels seus propis actes, tingui reservat cada persona per a si mateixa o la seva família. De manera explícita, en l'article 7.6, la llei estableix com a intromissió il·legítima a l'efecte de la protecció civil de l'honor, de la intimitat i de la pròpia imatge la utilització del nom, de la veu o de la imatge d'una persona per a finalitats publicitàries en cas que el titular del dret no hi hagi donat el seu consentiment exprés. Fixeu-vos que aquesta autorització no es pot concedir pel que fa a l'honor, atesa la naturalesa pròpia d'aquest dret.
- *Protecció de la joventut i de la infància.* En remissió a l'apartat 4 de l'article 20 de la Constitució, la LGP també considera "especialment" il·lícita la publicitat que atempti contra el dret a la protecció de la joventut i la infància. D'aquesta manera, el legislador protegeix dos col·lectius que, per edat, es troben en un període de desenvolupament de la seva personalitat i que, per tant, són especialment vulnerables als efectes de la publicitat. Referent a això, la Llei 29/2009 ha incorporat un nou epígraf en l'article 3 de la LGP que regula, de manera expressa i detallada, una sèrie de supòsits de publicitat il·lícita vinculats directament amb la publicitat dirigida a menors d'edat o en la qual aquests apareguin.
- *Protecció de la dona.* La doctrina majoritària coincideix a afirmar que no té cap justificació incloure la dona entre els col·lectius necessitats d'una tutela especial. Malgrat això, el 2005 la promulgació de la Llei orgànica 1/2004, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere, va modificar el text inicial de l'article 3.a) de la LGP per tipificar un cas concret en el qual s'ha d'entendre que la publicitat atempta contra la dignitat de la persona i els valors i drets reconeguts en la Constitució: la publicitat que presenti la dona de manera vexatòria o discriminatòria en els termes recollits anteriorment. En opinió dels professors Anxo Tato, Pablo Fernández i Christian Herrera (2010), l'aplicació del segon paràgraf de l'article 3.a) de la LGP exigeix el concurs, almenys, dels tres supòsits següents: la utilització del cos femení com a part reclamant de la publicitat, la utilització del

cos femení com a mer objecte i, finalment, la desconnexió total i absoluta entre la imatge utilitzada i el producte promocionat. Addicionalment, la LGP presumeix, també, l'existència d'un tracte vexatori de la dona en els casos en què s'utilitza la seva imatge associada a comportaments estereotipats que puguin coadjuvar a generar violència de gènere, és a dir, quan presenti la dona com una persona obligada a assumir certes activitats que li són pròpies. Cal destacar que en els últims anys s'han retirat nombroses campanyes perquè infringeixen el que es disposa per a aquest supòsit.

### 2.3.2. La publicitat que vulneri la protecció especial del menor

Les modificacions introduïdes per la Llei 29/2009 han ampliat la protecció dels menors en l'àmbit publicitari amb la incorporació d'un nou cas de publicitat il·lícita recollit en l'apartat *b* de l'article 3 de la LGP.

Com ja hem avançat, els menors d'edat constitueixen per al dret una prioritat i, per tant, són subjectes de dret mereixedors d'una atenció especial i una tutela, ja que es troben en una fase de desenvolupament, no solament físic, sinó també intel·lectual i moral. Els nous supòsits de publicitat il·lícita que incorpora l'article 3.b) de la LGP aborden la protecció del menor en la publicitat des de dues perspectives diferents però alhora complementàries:

- a) La primera pretén protegir el menor com a persona receptora o destinatària de la publicitat.
- b) La segona està orientada a evitar abusos en la utilització de la imatge dels menors en publicitat; en aquest sentit, l'article 4.3 de la LO 1/1996 de protecció jurídica del menor, exigeix que la utilització de la seva imatge no suposi un menyscapse de la seva honra i reputació, ni sigui contrària als seus interessos.

D'aquesta manera, el nou apartat *b* de l'article 3 de la LGP considera il·lícits els casos següents:

- La publicitat adreçada als menors que els inciti a la compra d'un bé o d'un servei, explotant-los la inexperiència o credulitat.
- La publicitat que pugui induir a error sobre les característiques dels productes, la seva seguretat o la capacitat i les aptituds necessàries en l'infant per a utilitzar-los sense produir cap dany per a ell mateix o per a terceres persones.

#### Doble protecció

L'article 30 de la LCD també tipifica com a publicitat agressiva i, per tant, deslleial la que inclogui una exhortació directa als infants perquè adquireixin béns o usin serveis.

I, des de la segona perspectiva que hem esmentat abans, el mateix article 3.b) prohibeix:

- La publicitat en la qual apareguin menors persuadint de la compra pares o tutors.
- La publicitat que presenti els infants, sense un motiu justificat, en situacions perilloses.

D'aquesta manera, amb la incorporació d'aquests nous supòsits, el legislador intensifica la protecció del menor en l'àmbit publicitari i estén a tots els mitjans publicitaris algunes de les prohibicions que fins ara només s'observaven en la regulació específica de la publicitat difosa per televisió.

#### LGCAV

L'article 7.3 de la LGCAV també prohibeix que la publicitat, en aquest cas emesa per televisió, presenti els infants en situacions perilloses.

### 2.3.3. La publicitat subliminar

Reprement les cinc grans modalitats de publicitat il·lícita recollides en l'article 3 de la LGP, després d'abordar la publicitat contrària als principis constitucionals i la publicitat que vulneri la protecció especial del menor, tot seguit profundirem en el concepte de **publicitat subliminar**, la tercera modalitat de publicitat il·lícita esmentada en l'apartat c) de l'article 3 de la LGP.

En l'article 4 la LGP defineix la **publicitat subliminar** com la publicitat que "mitjançant tècniques de producció d'estímuls d'intensitats fronteres amb els llinars dels sentits o anàlogues, pugui actuar sobre el públic destinatari sense ser conscientment percebuda".

El legislador es limita a definir i prohibir la publicitat subliminar en la LGP. Com afirma Lema Devesa, aquesta prohibició pretén garantir que els anunciants no traspassin, mitjançant la producció d'estímuls que no poden ser percebuts conscientment, el control racional que tot consumidor ha de tenir sobre els missatges publicitaris rebuts.

En última instància, aquesta prohibició respon, d'una banda, als principis d'autenticitat i identificació publicitària i, de l'altra, a la protecció de la dignitat de la persona, segons la qual els destinataris no poden ser "manipulats" per tècniques que impedeixin la percepció conscient d'un missatge publicitari. D'aquesta manera, l'al·lusió a la publicitat subliminar com a modalitat específica d'il·lícit publicitari no faria falta, perquè queda inclosa en les modalitats precedents.

A més, la doctrina coincideix a destacar la poca rellevància jurídica d'aquest supòsit perquè, si per a ser considerada subliminar la publicitat no pot ser percebuda conscientment, es preveu que la prova per a determinar si s'hi ha de considerar il·lícit o no seria extraordinàriament complicada (i desestimaria, per si mateixa, aquesta consideració).

### 2.3.4. La publicitat contrària a les normes especials

En l'apartat d) de l'article 3, la LGP considera il·lícita la publicitat que "infringeix el que disposa la normativa que regula la publicitat de determinats productes, béns activitats o serveis". Amb aquest precepte, la LGP reconeix que hi ha una **normativa especial** per a la publicitat de determinats béns o serveis.

Convé recordar en aquest punt que, en l'article 1, la LGP disposa que "la publicitat s'ha de regir per aquesta llei, per la LCD i per les normes especials que regulin algunes activitats publicitàries". Partint de la base d'aquestes dues referències, la LGP enumera, en l'article 5, els béns o serveis que requereixen una atenció especial i estableix dos mecanismes de regulació no excloents: d'una banda, la submissió a normes especials i, de l'altra, la submissió al règim d'autorització administrativa prèvia.

De l'anàlisi del contingut de l'article 5 de la LGP podem extreure les notes següents:

1) Pot ser regulada per normes especials o sotmesa al règim d'autorització administrativa prèvia:

- La publicitat de matèries o productes sanitaris i d'aquells altres productes sotmesos a reglamentacions tecnicosanitàries.
- La publicitat de productes, béns, activitats i serveis susceptibles de generar riscos per al següent:
  - la salut,
  - la seguretat o
  - el patrimoni de les persones.
- La publicitat sobre jocs de sort, envit o atzar.
- Qualsevol classe de publicitat quan així ho requereixi la protecció dels valors i drets reconeguts constitucionalment.

2) Els productes estupefaents, psicofàrmacs i medicaments, destinats al consum de persones i animals, solament poden ser objecte de publicitat en els casos, formes i condicions establerts en les normes especials que els regulen.

3) Es prohibeix la publicitat de begudes alcohòliques amb graduació superior a 20 graus centesimal per mitjà de televisió i la publicitat de begudes alcohòliques en general, en els llocs on n'estigui prohibida la venda o consum. A més, la LGP imposa al legislador l'obligació de limitar reglamentàriament la forma, el contingut i les condicions de la publicitat de les begudes alcohòliques amb

vista a protegir la salut i seguretat de les persones, tenint en compte els subjectes destinataris, la no-inducció directa o indirecta a consumir-ne indiscriminadament i en atenció als àmbits educatius, sanitaris i esportius. Amb les mateixes finalitats, la LGP habilita el Govern per estendre, reglamentàriament, la prohibició de publicitat a la televisió de begudes amb graduació alcohòlica inferior a 20 graus centesimals.

4) El que disposa aquest article en referència a la prohibició de la publicitat del tabac a la televisió i als llocs en què n'estigui prohibida la venda o consum va quedar derogat, el 2006, per la prohibició general del patrocini i de qualsevol classe de publicitat o promoció dels productes del tabac en tots els mitjans i suports establerts en l'article 9 de la Llei 28/2005, de 26 de desembre, de mesures sanitàries enfront del tabaquisme i reguladora de la venda, el subministrament, el consum i la publicitat dels productes del tabac (coneguda com a Llei antitabac).

5) La LGP estableix que els reglaments que desenvolupin aquesta legislació especial i els que en regular un producte o servei continguin normes sobre la seva publicitat han d'especificar en el seu contingut els punts següents:

- La naturalesa i les característiques dels béns o serveis.
- L'exigència que la publicitat reculli els riscos derivats, si escau, de la utilització normal dels béns o serveis.
- La forma i condicions de difusió dels missatges publicitaris.
- Els requisits d'autorització i, si escau, de registre de publicitat quan hagi estat sotmesa al règim d'autorització administrativa prèvia.

En el procediment d'elaboració de les disposicions de caràcter general de la legislació especial esmentada, s'ha de donar audiència a les associacions d'agències, d'anunciant i de consumidors i usuaris.

6) En cas que la legislació especial estableixi el règim d'autorització administrativa prèvia per a la publicitat d'un determinat producte o servei:

- L'atorgament d'autoritzacions ha de respectar els principis de competència lleial.
- La denegació de sol·licituds d'autorització ha de ser motivada.
- I, finalment, s'estableix el principi de silenci administratiu positiu, això és, si havent vençut el termini de contestació establert en les lleis no hi ha resolució expressa, l'autorització s'entén concedida.

7) Finalment, l'article 5 de la LGP disposa que l'incompliment de les normes especials que regulen la publicitat dels productes, béns i serveis esmentats té consideració d'infracció a l'efecte previst en el Text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (TRLGDCU) i en la Llei general de sanitat.

#### Pràctica professional

En cas que, com a professionals de la publicitat, treballeu per a clients de sectors subjectes a la legislació especial, heu de consultar sempre la normativa específica i tenir-ne en compte aquest contingut essencial.



De tot el que hem exposat en aquest punt es pot deduir que els supòsits de publicitat il·lícita per infracció de la normativa especial poden ser extraordinàriament nombrosos i variats. La qualificació d'il·licitud requereix, per tant, la infracció d'algun precepte de la legislació especial.

### 2.3.5. La publicitat enganyosa

Les modificacions introduïdes en la LGP, arran de l'aprovació de la Llei 29/2009, remetent al que disposa la LCD quant a la regulació de dos supòsits tradicionalment rellevants en matèria de publicitat il·lícita: la publicitat enganyosa i la publicitat deslleial; alhora que incorporen el nou supòsit de l'anomenada *publicitat agressiva*.

Així, en l'article 3.e), la LGP estableix que la **publicitat enganyosa**, la publicitat deslleial i la publicitat agressiva han de tenir el caràcter d'actes de competència deslleial en els termes previstos en la LCD.

En aquest apartat del temari veurem, en primer lloc, la clàusula general que prohibeix la publicitat enganyosa; en segon lloc, ens endinsarem en les diferents modalitats de publicitat enganyosa tipificades en la LCD i, finalment, abordarem el delictes publicitari associat al supòsit de publicitat enganyosa.

Convé recordar en aquest punt que el nou text de la LCD diferencia entre la tipificació dels supòsits de competència deslleial d'abast general i el nou grup de supòsits de pràctiques deslleials amb els consumidors. Això implica que, concretament, la publicitat enganyosa i la publicitat agressiva es vegin sotmeses a un doble règim jurídic en funció de la seva qualificació com a actes de competència deslleial en general o com a pràctiques deslleials amb els consumidors.

Per això, abans d'abordar detalladament els supòsits propis de la publicitat enganyosa, convé aclarir que, com veurem a continuació, la nova LCD tipifica els actes d'engany, amb caràcter general, en els articles 5 i 7 i, posteriorment, l'article 19 puntualitza que els actes d'engany tipificats en l'article 5 i 7 també han de tenir la consideració de pràctiques deslleials amb els consumidors. No obstant això, els articles 21 i següents de la nova LCD tipifiquen supòsits concrets d'actes d'engany. En conseqüència, com apunta el professor Anxo Tato, aquests supòsits concrets només s'han de qualificar com a enganyosos en si mateixos en la mesura en què tinguin lloc en el marc de relacions entre empreses i consumidors, de manera que aquestes mateixes pràctiques, si tenen lloc entre empresaris, no poden ser qualificades automàticament com a enganyoses, i la seva licitud o il·licitud s'ha d'examinar en vista del que disposa l'article 5 de la LCD (Tato Plaza, 2010).

#### Lectura recomanada

Atès el caràcter introductor d'aquest mòdul, per a l'anàlisi en profunditat de l'abast del nou règim de la competència deslleial i de la publicitat recomanem la consulta de la monografia: **A. Tato; P. Fernández; C. Herrera** (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*.

L'article 5 de la LCD defineix els actes d'engany, de manera que, per extensió, **es considera deslleial per enganyosa la publicitat** que "contingui informació falsa o informació que, fins i tot essent veraç, pel seu contingut o la seva presentació indueixi o pugui induir a error els destinataris, i sigui susceptible d'alterar-ne el comportament econòmic".

A més, l'article 5 de la LCD esmenta, a continuació, un llistat d'aspectes en els quals ha de recaure l'engany perquè la publicitat sigui considerada enganyosa:

#### **Article 5 de la LCD**

"1. Es considera deslleial per enganyosa qualsevol conducta que contingui informació falsa o informació que, fins i tot sent veraç, pel seu contingut o la seva presentació indueixi o pugui induir a error als destinataris, i sigui susceptible d'alterar-ne el comportament econòmic, sempre que incideixi sobre algun dels aspectes següents:

- a) L'existència o la naturalesa del bé o servei.
- b) Les característiques principals del bé o servei, com ara la seva disponibilitat, els seus beneficis, els seus riscos, la seva execució, la seva composició, els seus accessoris, el procediment i la data de la seva fabricació o subministrament, el seu lliurament, el seu caràcter apropiat, la seva utilització, la seva quantitat, les seves especificacions, el seu origen geogràfic o comercial o els resultats que poden esperar-se de la seva utilització, o els resultats i les característiques essencials de les proves o els controls efectuats al bé o servei.
- c) L'assistència postvenda al client i el tractament de les reclamacions.
- d) L'abast dels compromisos de l'empresari o professional, els motius de la conducta comercial i la naturalesa de l'operació comercial o el contracte, així com qualsevol afirmació o símbol que indiqui que l'empresari o professional o el bé o servei són objecte d'un patrocini o una aprovació directa o indirecta.
- e) El preu o la seva manera de fixació, o l'existència d'un avantatge específic respecte al preu.
- f) La necessitat d'un servei o d'una peça, substitució o reparació, i la modificació del preu inicialment informat, llevat que hi hagi un pacte posterior entre les parts en què s'accepti tal modificació.
- g) La naturalesa, les característiques i els drets de l'empresari o professional o el seu agent, com ara la seva identitat i la seva solvència, les seves qualificacions, la seva situació, la seva aprovació, la seva afiliació o les seves connexions i els seus drets de propietat industrial, comercial o intel·lectual, o els premis i distincions que hagi rebut.
- h) Els drets legals o convencionals del consumidor o els riscos que aquest pugui córrer."

La doctrina considera la publicitat enganyosa l'il·lícit publicitari per excel·lència. Segons el professor Lema Devesa, això succeeix per dos motius: d'una banda, es tracta de l'il·lícit publicitari que més prolifera en termes judicials i, de l'altra, afecta de manera directa els consumidors i usuaris i, indirectament, també els competidors de l'anunciant.

El *principi de veracitat* es pressuposa, doncs, essencial en matèria de publicitat partint d'un doble interès: l'interès de les persones destinatàries a no ser conduïdes amb engany a contractar un bé o un servei i, alhora, l'interès en el bon

funcionament del sistema de lliure competència en el mercat. Per aquest motiu, el supòsit de la publicitat enganyosa es recull, paral·lelament, en la LGP (només el tipifica) i en la LCD (el defineix i fixa els criteris per identificar-lo).

Qualsevol activitat publicitària que reuneixi una o més de les característiques esmentades en l'article 5 de la LCD es considera il·lícita als efectes de la legislació vigent. Cal destacar, amb caràcter general, que una publicitat es considera enganyosa sempre que concorrin dos pressupòsits:

- *L'aptitud per a induir a error les persones destinatàries del missatge.* D'aquí es desprèn que no és necessari que s'arribi a produir l'error esmentat perquè una publicitat es pugui considerar enganyosa. Per tant, resulta obvi que qualsevol missatge fals o inexacte és, per definició, un missatge apte per a induir a error. I també es pot considerar enganyós el missatge que, malgrat basar-se en dades formalment verídiques, pot generar falses expectatives entre el públic de les persones destinatàries. En aquest últim cas, adquireix més rellevància la tasca interpretativa de la persona o persones encarregades de valorar la licitud de la publicitat, tasca que sempre s'ha de dur a terme prenent com a referència el significat que pugui atribuir al missatge el públic destinatari de la publicitat. Per a això, qui jutgi la publicitat ha d'interpretar el missatge posant-se en el lloc del tipus mitjà representatiu de les persones destinatàries: aquell destinatari que no és el més agut i previngut contra la publicitat ni tampoc el més desprevingut i incrèdul respecte a aquesta.
- *L'aptitud per a alterar el comportament econòmic de les persones destinatàries* és el segon pressupòsit que l'article 5 exigeix perquè una publicitat es pugui considerar enganyosa. Referent a això, l'article 4 de la nova LCD entén per *comportament econòmic del consumidor* tota decisió per la qual aquest opta per actuar o per deixar de fer-ho en relació amb el següent: la selecció d'una oferta o un oferent; la contractació d'un bé o servei, en quina manera i en quines condicions; el pagament del preu o qualsevol altra forma de pagament; la conservació del bé o servei i, finalment, l'exercici dels drets contractuals en relació amb els béns i serveis. De la mateixa manera, l'article 4 concreta que als efectes de la LCD s'entén per *distorsionar de manera significativa el comportament econòmic del consumidor mitjà* el fet d'utilitzar la publicitat per a minvar de manera apreciable la capacitat d'adoptar una decisió amb ple coneixement de causa, de manera que el consumidor prengui una decisió sobre el seu comportament econòmic que, d'una altra manera, no hauria pres. En aquest cas, la llei tampoc no exigeix que la distorsió es dugui a terme de manera efectiva, n'hi ha prou amb l'apreciació de l'aptitud per a distorsionar sobre la base d'una tasca interpretativa que, una vegada més, haurà de prendre com a referència la perspectiva d'un consumidor mitjà, normalment informat i raonablement atent i perspicaç.

#### Article 4 LCD

En tractar-se d'una clàusula de caràcter general, el concepte de *comportament econòmic del consumidor* detallat en l'article 4 també és aplicable a la resta de supòsits de publicitat deslleial i, per tant, il·lícita.

### **Grups de consumidors especialment vulnerables**

L'article 4.3 de la LCD recull l'exigència d'especial cautela en les pràctiques comercials que, malgrat adreçar-se a un públic general, previsiblement puguin arribar a col·lectius especialment vulnerables (perquè presenten una discapacitat, perquè tenen afectada la capacitat de comprensió o per la seva edat o la credulitat). En aquests casos, la interpretació del caràcter enganyós de la publicitat es faria prenent com a referència la perspectiva del membre mitjà d'aquest grup especialment vulnerable i no la del consumidor mitjà normalment informat i raonablement atent i perspicaç.

A més dels actes d'engany de caràcter general tipificats en l'article 5, la LCD regula altres pràctiques enganyoses que concreten la clàusula general a supòsits molt més determinats. D'aquesta manera, en la LCD podem identificar les **modalitats de publicitat enganyosa següents**:

- La publicitat enganyosa per omissió
- La publicitat encoberta
- La publicitat enganyosa per confusió
- La publicitat que incompleix codis de conducta

A continuació en descriurem, d'una manera introductòria, les notes característiques de cadascuna d'elles.

#### **1) La publicitat enganyosa per omissió**

El nou redactat de la LCD tipifica, en l'article 7, les omissions enganyoses com a acte de competència deslleial, la qual cosa comporta una prohibició expressa i específica de la publicitat enganyosa per omissió.

#### **Article 7 LCD. Omissions enganyoses**

"1. Es considera deslleial l'omissió o ocultació de la informació necessària perquè el destinatari adopti o pugui adoptar una decisió relativa al seu comportament econòmic amb el coneixement de causa degut. És també deslleial si la informació que s'ofereix és poc clara, inintel·ligible, ambigua, no s'ofereix en el moment adequat, o no es dona a conèixer el propòsit comercial d'aquesta pràctica, quan no resulti evident pel context.

2. Per a la determinació del caràcter enganyós dels actes a què es refereix l'apartat anterior, es té en compte el context fàctic en què es produeixen, prenent en consideració totes les seves característiques i circumstàncies i les limitacions del mitjà de comunicació utilitzat.

Quan el mitjà de comunicació utilitzat imposi limitacions d'espai o de temps, per a valorar l'existència d'una omissió d'informació es tenen en compte aquestes limitacions i totes les mesures adoptades per l'empresari o professional per a transmetre la informació necessària per altres mitjans."

Del que s'estableix en l'article 7 es desprèn que la **publicitat enganyosa per omissió** de dades fonamentals (per tant, essencials) dels béns, activitats o serveis anunciats es considerarà il·lícita sempre que aquesta omissió indueixi a error les persones destinatàries i l'omissió, al seu torn, sigui apta per a provocar una distorsió significativa del seu comportament econòmic.

Segons aquest article, es considera deslleial i, per tant, il·lícita la publicitat que:

- Ometi o ocult, de manera que resulti pràcticament imperceptible o il·legible, informació *necessària* perquè la persona destinatària adopti o pugui adoptar una decisió relativa al seu comportament econòmic amb el coneixement de causa degut.
- Malgrat incloure la informació essencial de manera perceptible, aquesta sigui poc clara, intel·ligible, ambigua per a un consumidor mitjà.

Per a la determinació del caràcter enganyós de la publicitat per omissió d'informació, la LCD estableix que s'han de tenir en compte els aspectes següents:

a) La *rellevància de la informació omesa* (és a dir, el seu caràcter necessari), en relació amb el contingut del missatge; es considera enganyosa per omissió la publicitat que ometi una dada que, si fos coneguda pel públic, aquest canviaria d'opinió pel que fa a la compra o la contractació d'un bé o servei; per tant, la dada omesa induirà a error quan sigui determinant en l'elecció que, finalment, faci la persona destinatària.

b) El *grau de coneixement* de la informació omesa per part d'un consumidor mitjà, ja que difícilment és apta per a induir a error un consumidor l'omissió d'una informació generalment coneguda per aquest.

c) El *context fàctic* en què es produeix la publicitat, tenint en compte les seves característiques i circumstàncies.

d) Les limitacions del mitjà de comunicació utilitzat; és el que els professors Anxo Tato, Pablo Fernández i Christian Herrera (2010) han denominat *principi d'integritat de la campanya*, segons el qual quan es valora l'aptitud d'una omissió per a distorsionar el comportament econòmic del consumidor s'ha de valorar, també, la possibilitat de completar la informació emesa en la publicitat amb informació addicional recollida en altres mitjans o suports. Tot això, sempre que concorrin tres pressupòsits:

- que en el mateix missatge es reculli una referència expressa als ulteriors mitjans als quals pot acudir el consumidor per completar la informació;
- que aquests mitjans siguin fàcilment accessibles per a un consumidor mitjà,
- i, finalment, que aquests mitjans s'utilitzin, simplement, per a complementar la informació prèvia, sense contradir-la ni limitar-la d'una manera molt rellevant.

## 2) La publicitat encoberta

En els articles 5 i 7, la LCD esmenta, de manera indirecta i amb caràcter general, la publicitat encoberta com una de les tipologies de publicitat enganyosa. I, a més, en el marc de les pràctiques comercials amb els consumidors i usuaris, l'article 26 de la LCD tipifica, expressament, un supòsit concret de publicitat encoberta: l'anomenada *publicitat redaccional*. A continuació aprofundirem en el concepte de *publicitat encoberta* en general i en el supòsit de l'article 26, en particular, i també en una altra de les seves modalitats més polèmiques: la publicitat encoberta per televisió, l'anomenat *emplaçament de producte* o *product placement*.

Del que disposa la LCD es desprèn que la **publicitat encoberta** és aquella que, per la seva forma de presentació, indueix o pot induir a error les persones destinatàries en encobrir la naturalesa publicitària del missatge. En aquesta modalitat, l'element constitutiu de l'engany no es troba en el missatge (que pot ser veraç), sinó en la manera de comunicar-lo, de manera que les persones destinatàries no perceben el caràcter publicitari de la comunicació.

Entorn de la publicitat encoberta, el professor Lema Devesa (2007) sosté que aquesta indueix a error les persones destinatàries sobre la classe, l'origen i el valor de les al·legacions publicitàries, de manera que:

- a) El públic no identifica la classe o la naturalesa d'aquesta manifestació publicitària, ja que no la reconeix com a publicitat.
- b) El públic desconeix que l'anunciant és l'emissor del missatge, ja que la publicitat produeix la falsa impressió de ser una manifestació d'una tercera persona imparcial o d'un esdeveniment aliè a l'anunciant.
- c) Com a conseqüència de tot això, el públic atorga a la publicitat encoberta un grau més alt de credibilitat.

Després dels canvis operats per la Llei 29/2009, el nou text de la LCD esmenta, de manera indirecta i amb caràcter general, la publicitat encoberta. Així, l'article 5 considera deslleial per enganyosa la publicitat que per la seva forma de "presentació" pugui induir a error les persones destinatàries. Per la seva banda, l'article 7.1. de la LCD qualifica com a *omissió enganyosa* la publicitat que "no dona a conèixer el propòsit comercial d'aquesta pràctica, quan no resulti evident pel context".

A més, en el marc de la regulació de les pràctiques comercials amb els consumidors i usuaris, la LGP tipifica en l'article 26 el supòsit específic de publicitat encoberta que se cita a continuació.

#### **Article 26 LCD. Pràctiques comercials encobertes**

"Es considera deslleial per enganyós incloure com a informació en els mitjans de comunicació comunicacions per a promocionar un bé o servei, pagant l'empresari o professional per aquesta promoció, sense que quedi clarament especificat en el contingut o mitjançant imatges i sons clarament identificables per al consumidor o usuari que es tracta d'un contingut publicitari."

L'article 26 prohibeix, per tant, la publicitat la naturalesa de la qual se sol "encobrir" sota l'aparença d'una informació escrita, d'un concurs, d'un programa d'entreteniment, etc., segons el mitjà en el qual es difongui (premsa, ràdio, televisió, Internet, etc.).

Ens trobem, doncs, davant un supòsit inclòs en el catàleg de pràctiques que es poden considerar en si mateixes enganyoses (recollides en els articles 21 i següents de la LCD): així, sempre que concorrin els requisits recollits en l'article 26 una publicitat es pot declarar, automàticament, encoberta i, per tant, enganyosa i deslleial, sense necessitat que concorrin els pressupòsits, més generals, dels articles 5 i 7 de la LCD.

Amb caràcter general, del que es disposa en els articles 5 i 7 de la LDC, per qualificar una pràctica comercial com a encoberta han de concórrer **quatre pressupòsits** (Tato, Fernández i Herrera, 2010):

- a) La pràctica o el missatge corresponent ha de perseguir un propòsit publicitari o comercial.
- b) Aquesta pràctica o missatge ha de ser apta per a induir a error el públic dels consumidors pel que fa a la seva naturalesa o finalitat publicitària.
- c) L'absència de prou elements d'identificació que informin el públic dels consumidors de la naturalesa publicitària o del propòsit comercial de la pràctica.
- d) Finalment, malgrat que es compleixin tots els pressupòsits anteriors, una pràctica només serà encoberta si és apta per a incidir en el comportament econòmic dels consumidors.

Amb l'objectiu d'evitar les pràctiques encobertes, a més de la seva consideració de supòsit de publicitat enganyosa, la LGP estableix en l'article 9, com hem vist quan hem parlat dels contractes, el *principi d'identificació publicitària*, que obliga els mitjans de difusió a diferenciar "perceptiblement" les afirmacions efectuades en el marc de la seva funció informativa de les que es facin com

#### **Vegeu també**

El tema de la contractació s'ha tractat en el subapartat 2.2 d'aquest mòdul.

a simples vehicles de publicitat. A més, l'article 9 de la LGP també estableix l'obligació dels anunciants de revelar inequívocament el caràcter publicitari dels anuncis.

Finalment, cal esmentar la publicitat encoberta en el mitjà de la televisió, l'anomenat *emplaçament de producte* o *product placement*.

La nova Llei 7/2010, general de comunicació audiovisual, defineix l'**emplaçament de producte** com "tota forma de comunicació comercial audiovisual consistent a incloure, mostrar o referir-se a un producte, servei o marca comercial de manera que figuri en un programa" (art. 2.31).

D'una manera més pràctica i clara, el professor De la Cuesta defineix l'emplaçament de producte com "el missatge que emet el producte mateix per la seva col·locació especial en el programa televisiu".

Quant a la seva regulació específica, l'article 17 de la LGCAV reconeix el dret dels prestadors de serveis de comunicació audiovisual a emetre amb emplaçament de productes llargmetratges, curtmetratges, documentals, pel·lícules i sèries de televisió, programes esportius i programes d'entreteniment; com a única condició, amb l'objectiu de no caure en el supòsit de publicitat encoberta, la llei exigeix al prestador que, quan el programa hagi estat produït o encarregat per aquest, el públic ha de ser clarament informat de l'emplaçament de producte al principi i al final del programa i, també, quan es reprengui després d'una pausa publicitària. Queda prohibit, en tot cas, l'emplaçament de producte en la programació infantil.

#### LGCAV

La regulació de la publicitat televisiva serà objecte d'estudi detallat en l'assignatura optativa *Dret de la publicitat*.

Així, per a ser considerat publicitat encoberta, en l'emplaçament de producte s'han de presentar dues circumstàncies: d'una banda, l'existència d'un propòsit publicitari per part de l'operador de televisió i, de l'altra, que la presentació del producte o servei en el contingut televisiu pugui induir el públic a error si no es revela adequadament i suficientment la naturalesa publicitària de l'acció.

### 3) La publicitat enganyosa per confusió

Amb caràcter previ a les modificacions introduïdes per la Llei 29/2009, la publicitat confusionista era un dels supòsits de publicitat deslleial i, per tant, il·lícita, recollits en la LGP.



Des del gener de 2010, el nou text de la LCD considera la publicitat confusionalista un supòsit més dins del concepte de *publicitat enganyosa*, ja que el legislador considera que el risc de confusió pot desencadenar l'error dels consumidors quant a l'origen empresarial del producte, una de les circumstàncies previstes en l'article 5.1.b) LCD sobre les quals pot recaure l'engany.

Amb caràcter general, l'article 6 de la LCD considera deslleial "qualsevol comportament que resulti idoni per a crear confusió amb l'activitat, les prestacions o els establiments aliens". I, a més, matisa que per a declarar la deslleialtat n'hi ha prou amb el risc d'associació per part dels consumidors respecte de la procedència de la prestació. Atès el caràcter general, els actes de confusió que es plantegin en les relacions entre empresaris o professionals s'han d'examinar sobre la base d'aquest únic precepte.

Ara bé, en el marc de les relacions amb els consumidors i usuaris, l'article 20 de la LCD considera **publicitat enganyosa per confusió** per als consumidors "les pràctiques comercials, inclosa la publicitat comparativa, que, en el seu context fàctic i tenint en compte totes les seves característiques i circumstàncies, creïn confusió, incloent-hi el risc d'associació amb qualsevol béns o serveis, marques registrades, noms comercials o altres marques distintives d'un competidor, sempre que siguin susceptibles d'afectar el comportament econòmic dels consumidors i usuaris".

Del que disposa l'article 20 es pot deduir que el concepte general de *pràctiques comercials* també inclou el risc de confusió derivat de la proximitat o la similitud entre campanyes publicitàries difoses per a la promoció dels productes o serveis corresponents, al mateix temps que es desprèn que per a qualificar una publicitat com a enganyosa per confusió han de concórrer dos pressupòsits (Tato, Fernández i Herrera, 2010):

a) Hi ha d'haver un risc de confusió; a falta d'una definició de *risc de confusió* en la LCD, a partir del dret de marques el podem definir com el risc que, arran de la publicitat difosa, el públic dels consumidors conclouï que dos productes procedeixen d'un mateix origen empresarial (risc de confusió en sentit estricte) o, almenys, d'empreses vinculades jurídicament o econòmicament entre elles (risc d'associació).

b) La publicitat enganyosa per confusió ha de ser apta per a afectar de manera significativa el comportament econòmic del consumidor.

Adicionalment, convé destacar que, des del punt de vista publicitari, el legislador ha inclòs, també, un supòsit específic de pràctiques enganyoses per confusió en el marc del ja esmentat catàleg de pràctiques que es consideren deslleials *per se* (art. 21 i següents LCD).

En concret, l'article 25 de la LCD tipifica com a deslleial per enganyosa la publicitat que promocioni un bé o un servei similar al comercialitzat per un determinat anunciant amb l'objectiu d'induir de manera deliberada el consumidor o usuari a creure que el bé o servei procedeix d'aquest anunciant, sense ser cert. En cas de donar-se aquestes circumstàncies, la publicitat objecte d'anàlisi podria ser declarada automàticament deslleial, sense necessitat de verificar els requisits previs previstos en l'article 20 de la LCD.

En publicitat la confusió es manifesta, sovint, per mitjà de l'ús deslleial dels signes distintius d'un competidor. La protecció dels signes distintius s'articula mitjançant la legislació de la propietat industrial, en general, i mitjançant el que disposa la Llei 17/2001, de 7 de desembre, de marques, en particular. Pel que fa a la protecció, la Llei de marques reconeix drets associats a dos signes distintius: la marca i el nom comercial. Així, per exemple, l'article 34.1 de la Llei de marques disposa que el registre de la marca confereix al seu titular el dret exclusiu a utilitzar-la en el tràfic econòmic, de manera que l'article 34.2 confereix a la persona titular de la marca registrada la potestat de prohibir a terceres persones que, sense el seu consentiment, utilitzin qualsevol signe que pel fet de ser idèntic o semblant impliqui un risc de confusió del públic. Aquesta prohibició al·ludeix, explícitament, a l'ús de la marca o el signe distintiu en publicitat.

#### Marca i nom comercial

La Llei de marques defineix, en l'article 4, la *marca* com "tot signe susceptible de representació gràfica que serveixi per a distingir en el mercat els productes o serveis d'una empresa de la d'una altra", i, en l'article 8, defineix el *nom comercial* com "qualsevol senyal susceptible de representació gràfica que identifica una empresa en el tràfic mercantil i que serveix per a distingir-la de les altres empreses que desenvolupen activitats idèntiques o similars".

#### 4) L'incompliment dels codis de conducta

Com hem avançat en valorar l'abast dels canvis introduïts arran de la reforma del règim legal de la competència deslleial i de la publicitat, el nou text de la LCD incorpora, en el capítol V, el reconeixement general de la utilitat dels codis de conducta, ja que contribueixen a elevar el nivell de protecció dels consumidors i usuaris.

Ara bé, a més de regular els requisits necessaris per a garantir l'efectivitat dels sistemes d'autodisciplina, la nova LCD tipifica com a acte d'engany l'incompliment d'un codi de conducta per part d'una empresa que, voluntàriament, s'hi hagi adherit.

Així, sota l'epígraf dels actes d'engany, l'article 5.2 de la LCD considera que "quan l'empresari o professional indiqui en una pràctica comercial que està vinculat a un codi de conducta, l'incompliment dels compromisos assumits en aquest codi es considera deslleial, sempre que el compromís sigui ferm i pugui ser verificat i, en el seu context fàctic, aquesta conducta sigui susceptible de distorsionar de manera significativa el comportament econòmic dels seus destinataris".

#### Exemple

L'exhibició d'un segell de confiança en material publicitari o a la pàgina web d'un anunciament en seria un exemple.

Al seu torn, del que disposa l'article 21 de la LCD, en el capítol dedicat a les pràctiques comercials amb consumidors i usuaris, es desprèn que és **deslleial per enganyosa** qualsevol publicitat que afirmi, sense ser cert:

- a) Que l'anunciant està adherit a un codi de conducta.
- b) Que un codi de conducta ha rebut l'aprovació d'un organisme públic o qualsevol altre tipus d'acreditació.
- c) Que un empresari o professional, les seves pràctiques comercials o un bé o servei ha estat aprovat, acceptat o autoritzat per un organisme públic o privat, o fer aquesta afirmació sense complir les condicions de l'aprovació, acceptació o autorització.
- d) L'exhibició d'un segell de confiança o de qualitat d'un distintiu equivalent, sense haver obtingut l'autorització necessària.

Finalment, convé destacar que, segons el que es disposa en l'article 39.1 de la LCD, l'exercici d'accions enfront de l'empresa que hagi incomplert un codi de conducta ha d'anar sempre precedit del recurs previ als òrgans de control del sistema d'autodisciplina al qual pertanyi el codi.

### 5) Altres pràctiques enganyoses

Com hem apuntat en abordar algunes modalitats de publicitat enganyosa, entre les novetats de la LCD destaca la inclusió d'un catàleg o una "llista negra" de pràctiques enganyoses i agressives en relació a les pràctiques comercials amb els consumidors o usuaris regulades en el capítol III de la norma esmentada.

Així, com afirmen els professors Tato, Fernández i Herrera (2010) pel que fa a les pràctiques enganyoses, la LCD, a més de tipificar en l'articulat els actes d'engany (art. 5) i les omissions enganyoses (art. 7), inclou en el capítol III (art. del 21 al 27) el catàleg o la llista negra de pràctiques comercials que s'han de considerar enganyoses en si mateixes, és a dir, en qualsevol circumstància sense necessitat de verificar si compleixen els requisits exigits, amb caràcter general, pels articles 5 i 7 per a qualificar-les com a actes d'engany o omissions enganyoses.

## Metodologia d'anàlisi

A l'hora de valorar el caràcter enganyós d'una determinada acció publicitària, els professors Tato, Fernández i Herrera (2010) proposen la metodologia següent (aplicable, també, als supòsits de publicitat agressiva):

"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 obstant això, els mateixos autors matisen que la formulació d'algunes de les pràctiques recollides en els articles del 21 al 27 impedeix poder dur a terme un judici de deslleialtat automàtic, ja que és la mateixa formulació de la pràctica la que demanda una anàlisi detinguda de les circumstàncies en les quals s'ha desenvolupat.

A continuació esmentarem des del punt de vista publicitari i de manera sintètica, atès el caràcter introductor de l'assignatura, les pràctiques tipificades en el catàleg o la llista negra de pràctiques enganyoses amb els consumidors. Observeu que algunes de les pràctiques recollides en els articles del 21 al 27 ja les vàrem analitzar quan vàrem abordar les diferents modalitats de publicitat enganyosa; per això, per a evitar la reiteració, a continuació només apuntarem aquelles pràctiques que no s'han esmentat anteriorment. Per tant, es consideren pràctiques enganyoses *per se*:

a) Els casos següents de publicitat vinculada a *pràctiques esquer* (art. 22 LCD):

- Crear publicitat que contingui una oferta comercial de béns o serveis a un preu determinat sense revelar l'existència de motius raonables que facin pensar l'empresari o professional que aquests béns o serveis o altres equivalents no estaran disponibles al preu ofert durant un període suficient i en quantitats raonables, tenint en compte el tipus de bé o servei, l'abast de la publicitat que se li hagi donat i el preu de què es tracti.
- Fer publicitat que contingui una oferta comercial de béns o serveis a un preu determinat per després, amb la intenció de promocionar un bé o servei diferent, negar-se a mostrar el bé o servei ofert, no acceptar comandes o sol·licituds de subministrament, negar-se a subministrar-lo en un període de temps raonable, ensenyar una mostra defectuosa del bé o servei promocionat o desprestigiar-lo.
- La publicitat relativa a les vendes en liquidació quan sigui incert que l'empresari o professional es trobi en algun dels supòsits previstos en l'article 30.1 de la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç detallista o que, en qualsevol altre supòsit, afirmen que l'empresari o profes-

sional està a punt de cessar en les seves activitats o de traslladar-se sense que ho faci.

**b)** Els supòsits següents de publicitat vinculada a *pràctiques promocionals* (art. 22 LCD):

- La publicitat que ofereixi un premi, de manera automàtica, o en un concurs o sorteig, sense concedir els premis descrits o uns altres de qualitat i valor equivalent.
- Descriure, en un material publicitari, un bé o servei com a gratuït, regal, sense despeses o qualsevol fórmula equivalent, si el consumidor o l'usuari ha d'abonar diners per qualsevol concepte diferent del cost inevitable de la resposta a la pràctica comercial i la recollida del producte o del pagament pel seu lliurament.
- Crear la impressió falsa, fins i tot mitjançant l'ús de pràctiques agressives, que el consumidor o usuari ja ha guanyat, guanyarà o aconseguirà un premi o qualsevol altre avantatge equivalent si fa un acte determinat, quan en realitat:
  - No existeix aquest premi o avantatge equivalent.
  - O la realització de l'acte relacionat amb l'obtenció del premi o avantatge equivalent està sotmès a l'obligació, per part del consumidor o usuari, d'efectuar un pagament o incórrer en una despesa.

**c)** Les suposicions següents de *publicitat enganyosa sobre la naturalesa i les propietats dels béns o serveis, la seva disponibilitat i els serveis postvenda*:

- Afirmar en un material publicitari o crear per un altre mitjà la impressió que un bé o servei pot ser comercialitzat legalment sense ser cert.
- La publicitat que proclami, falsament, que un bé o servei pot curar malalties, disfuncions o malformacions.
- La publicitat que afirmi, sense ser cert, que el bé o servei només estarà disponible durant un període de temps molt limitat o que només estarà disponible en determinades condicions durant un període de temps molt limitat a fi d'induir el consumidor o l'usuari a prendre una decisió immediata, amb la qual cosa se'l priva de l'oportunitat o de temps necessari per a fer la seva elecció amb el coneixement de causa degut.
- La publicitat que comprometi l'anunciant a proporcionar un servei postvenda als consumidors o usuaris sense advertir-los clarament abans de contractar que l'idioma en el qual aquest servei està disponible no és l'utilitzat en l'operació comercial.

- Al·legar que els béns o serveis poden facilitar l'obtenció de premis en jocs d'atzar.
- Crear la impressió falsa que el servei postvenda del bé o servei promocionat està disponible en un estat membre diferent d'aquell en què se n'ha contractat el subministrament.

d) Els casos següents de publicitat vinculada a pràctiques de *venda piramidal* (art. 24):

- La publicitat que promocioni un pla de venda piramidal en el qual el consumidor o usuari faci una contraprestació a canvi de l'oportunitat de rebre una compensació derivada fonamentalment de l'entrada d'altres consumidors o usuaris en el pla, i no de la venda o subministrament de béns o serveis.

e) *Altres supòsits* de pràctiques enganyoses associades a pràctiques publicitàries (art. 27 LCD):

- Que presentin els drets que atorga la legislació als consumidors o usuaris com si fossin una característica distintiva de l'oferta de l'empresari o professional.
- Que facin afirmacions inexactes o falses quant a la naturalesa i l'extensió del perill que representaria per a la seguretat personal del consumidor i usuari o de la seva família el fet que el consumidor o usuari no contracti el bé o servei.
- Que transmetin informació inexacta o falsa sobre les condicions de mercat o sobre la possibilitat de trobar el bé o servei, amb la intenció d'induir el consumidor o usuari a contractar-lo en condicions menys favorables que les condicions normals de mercat.

## 6) El delictes publicitari

La Llei orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi penal (CP) regula, en l'article 282, en el marc del capítol dedicat als delictes relatius al mercat i als consumidors, l'anomenat *delicte publicitari* associat a la publicitat enganyosa.

### Article 282 CP

"Han de ser castigats amb la pena de presó de sis mesos a un any o una multa de 12 a 24 mesos els fabricants o comerciants que, en les seves ofertes o publicitat de productes o serveis, hi facin al·legacions falses o manifestin característiques incertes, de manera que puguin causar un perjudici greu i manifest als consumidors, sense perjudici de la pena que correspongui aplicar per la comissió d'altres delictes."

La promulgació, el 1995, del nou Codi penal va comportar la consideració de determinats supòsits de publicitat enganyosa com un il·lícit de caràcter penal. Mitjançant la tipificació del delictes publicitari, el legislador reforça la protecció del dret dels consumidors a una informació veraç per mantenir la seva llibertat d'elecció davant la compra d'un bé o servei.

Del contingut de l'article 282 del CP es desprèn que només poden ser *autors* del delictes publicitari els fabricants i comerciants (en queden exclosos, per tant, els professionals liberals) i la *conducta típica* del delictes consisteix a fer al·legacions falses o manifestar característiques incertes dels seus productes o serveis en les seves ofertes o publicitat, sempre que aquestes puguin causar un perjudici greu i manifest als consumidors.

La doctrina es qüestiona la necessitat de considerar la publicitat enganyosa, a més d'un il·lícit civil, i en determinats casos, un il·lícit penal. Martínez Guerra (2007) ha constatat l'aplicació escassa de l'article 282 del CP per part de jutges i tribunals en els més de deu anys que fa que és vigent. Segons la seva opinió, l'escassetat de sentències sobre la matèria és a causa, d'una banda, del descoïxement de la previsió penal dels consumidors i, de l'altra, de la dificultat de delimitar el camp d'aplicació de l'article 282 del CP, especialment pel que fa a l'interès jurídic protegit.

### 2.3.6. La publicitat deslleial

Reprenent les tipologies de publicitat il·lícita esmentades en l'article 3.e) de la LGP, en aquest punt abordarem les diferents modalitats de **publicitat deslleial**, la regulació de la qual, arran dels canvis introduïts per la Llei 29/2009, està recollida en els articles 4, 6, 9, 10, 12 i 20 de la LCD.

Així, en l'article 4.1 la nova LCD manté la *clàusula general* per la qual, en el marc de les relacions entre empreses, "es reputa deslleial tot comportament que resulti objectivament contrari a les exigències de la bona fe".

Aquesta clàusula general, com a tal, és aplicable a totes les tipologies de publicitat deslleial, inclosa la publicitat enganyosa i la publicitat agressiva.

Ara bé, després dels canvis introduïts per la Llei 29/2009, la LCD incorpora el que podríem denominar una *segona clàusula general* (art. 4.2), aplicable només a les relacions de les empreses amb els consumidors i usuaris, segons la qual la deslleialtat d'una conducta està determinada per la concurrència de dos elements:

- Que el comportament de l'empresari o professional resulti contrari a la diligència professional, és a dir, al nivell de competència i cures especials que cal esperar d'un empresari conforme a les pràctiques honestes del mercat;

- i que aquest comportament sigui susceptible de distorsionar de manera significativa el comportament econòmic del consumidor mitjà destinatari d'aquestes pràctiques.

Ara bé, des d'un punt de vista econòmic i empresarial, convé recordar que, segons el principi de llibertat d'empresa, recollit en l'article 38 de la Constitució, l'existència d'una competència efectiva i lleial constitueix un dels elements definitoris de la nostra economia de mercat, l'eficiència productiva del qual repercuteix positivament en tots els operadors i, especialment, en els consumidors i usuaris.

Per tant, la publicitat, en qualitat d'instrument al servei de les empreses en l'exercici de la competència mercantil, ha de respectar el **principi de lleialtat**, com així es desprèn de l'articulat de la LCD i de la LGP que, recordem-ho, en l'article 3.e) considera il·lícita la publicitat deslleial.

Convé destacar que, en l'article 18, el nou text de la LCD estableix, també amb caràcter general, que tota publicitat considerada il·lícita per la LGP es considera deslleial. Partint d'aquesta nova consideració, resulta una mica supèrflua la tipificació recollida en l'article 3.e) de la LGP de la publicitat deslleial com un dels supòsits concrets de publicitat il·lícita.

No obstant això, en desenvolupament de l'article 3.e), prenent com a referència el que disposava la LGP en matèria de publicitat deslleial abans de les modificacions derivades de la Llei 29/2009, entendrem que la LGP remet a considerar com a publicitat estrictament deslleial els casos següents, ara regulats en la LCD:

- La publicitat denigradora.
- La publicitat confusionista.
- La publicitat que aprofita indegudament la reputació aliena.
- La publicitat comparativa, sempre que no s'ajusti als requisits establerts en l'article 10 de la LCD.

A continuació tractarem, de manera sintètica, la regulació dels diferents casos de la publicitat tipificada tradicionalment per la LGP com a deslleial.

### 1) La publicitat denigradora



L'article 9 de la LCD reputa com a deslleials els actes de denigració i, per extensió, també l'anomenada **publicitat denigradora**, entesa com aquella que difon "manifestacions sobre l'activitat, les prestacions, l'establiment o les relacions mercantils d'un tercer que siguin aptes per a menyscar el seu crèdit en el mercat, a menys que siguin exactes, vertaderes i pertinents".

A més, l'article 9 de la LCD concreta que "no s'estimen pertinents les manifestacions que tinguin per objecte la nacionalitat, les creences o ideologia, la vida privada o qualsevol altra circumstància estrictament personal de l'afectat".

Així, d'acord amb el que disposa la LCD, per a incórrer en un supòsit de denigració no és necessari que aquesta es produeixi de manera efectiva, n'hi ha prou que allò que manifesta l'anunciant sigui apte per a produir el menyscapte del crèdit comercial del competidor en qüestió.

Durant anys, un dels aspectes més controvertits de la denigració publicitària va ser la possible exigència del requisit de falsedat en les al·legacions per a considerar la publicitat de denigració. Tradicionalment, la LGP va guardar silenci sobre aquest tema, mentre que, actualment, l'article 9 de la LCD exclou explícitament dels actes de denigració les manifestacions "que siguin exactes, vertaderes i pertinents". La doctrina, nacional i internacional, també ofereix opinions contraposades. Nosaltres coincidim amb el professor Lema Devesa en considerar que la publicitat de denigració s'hauria de prohibir sempre, independentment que resultin vertaderes o falses les seves al·legacions.

## 2) La publicitat confusionista

Tradicionalment, la LGP tipificava com a deslleial l'anomenada *publicitat confusionista*, és a dir, aquella que indueix a confusió amb les empreses, les activitats, els productes, els noms, les marques o altres signes distintius dels competidors.

No obstant això, després dels canvis operats per la Llei 29/2009, el legislador ha optat per integrar la publicitat confusionista dins del supòsit de publicitat enganyosa. D'aquesta manera, el risc de confusió per part dels consumidors respecte a la procedència de la prestació constitueix, actualment, una hipòtesi específica del risc d'engany.

Amb l'objectiu d'aclarir els conceptes, tan sols volem comentar que, com apunta el professor De la Cuesta Rute (2002), el supòsit de publicitat confusionista és el contrari del de denigració. Mitjançant la denigració, l'anunciant pretén que, indirectament, les seves prestacions sobresurtin sobre les d'aquell a qui es denigra. En canvi, mitjançant la confusió, l'anunciant pretén confondre els

### Vegeu també

Per això, en aquest punt, ens remetem al que disposa el subapartat 2.3.5, en el qual s'aborda el supòsit de publicitat enganyosa per confusió.

destinatari sobre l'origen o procedència dels seus productes o serveis, com si fossin d'un altre, i tot això perquè aquest últim gaudeix de més prestigi o reputació amb qui a l'anunciant convé confondre's.

### 3) La publicitat que aprofita indegudament la reputació aliena

En l'article 12, sota la rúbrica d'explotació de la reputació aliena, la LCD considera deslleial "l'aprofitament indegut, en benefici propi o aliè, dels avantatges de la reputació industrial, comercial o professional adquirida per un altre en el mercat".

I, més concretament, del que es disposa en aquest mateix article es dedueix que s'ha de tipificar com a deslleial la publicitat que emprï signes distintius aliens o denominacions d'origen falses, acompanyades de la indicació sobre la veritable procedència del producte o d'expressions com *model, sistema, tipus, classe* o similars. Un d'aquests casos més característics és l'anomenada per la doctrina **publicitat adhesiva**.

Amb anterioritat als canvis operats per la Llei 29/2009, la LGP regulava en l'article 6, ja derogat, la publicitat que explotés la reputació aliena a partir del principi que, en publicitat, qualsevol referència a signes aliens ha d'estar justificada: o bé mitjançant una autorització del titular del signe, o bé quan serveix de referència a comparacions lícites o, per exemple, quan l'ús de la marca aliena sigui necessari per a indicar la destinació d'un producte o servei (aquest és el cas d'accessoris o recanvis, exclosos de la prohibició per la Llei de marques). Com a regla general, l'ús dels signes aliens ha d'estar justificat en cas que aquest ús resulti necessari per a identificar la prestació pròpia que s'ofereix.

D'això es deriva que, en pràcticament tots els casos, l'ús injustificat de signes distintius dels competidors respon a l'objectiu de l'aprofitament de la fama o reputació aliena. D'aquí sorgeix la denominació de *publicitat adhesiva* per a aquesta modalitat publicitària deslleial i, per tant, il·lícita. En la publicitat adhesiva l'anunciant s'apropia, en benefici propi, la fama i la reputació alienes; és a dir, l'anunciant tracta d'atribuir als seus productes o serveis el *goodwill* dels productes o serveis d'un tercer, identificats, normalment, mitjançant una marca notòria o rebatejada (Lema Devesa, 2007).

### Marques notòries i marques rebatejades

La Llei de marques estableix, en l'article 8, els conceptes de *marca notòria* i *marca rebatejada*, tots dos rellevants a l'hora de determinar el caràcter adhesiu de la publicitat:

Article 8.1. Llei de marques

Als efectes d'aquesta llei, s'entén per *marca o nom comercial notoris* "els que, pel seu volum de vendes, la durada, la intensitat o l'abast geogràfic del seu ús, la valoració o el prestigi assolit en el mercat o per qualsevol altra causa, siguin generalment coneguts pel sector pertinent del públic al qual es destinen els productes, els serveis o les activitats que distingeixen la marca o el nom comercial".

Article 8.3. Llei de marques

"Quan la marca o el nom comercial siguin coneguts pel públic en general, es considera que els mateixos són rebatejats."

## 4) La publicitat comparativa

L'article 10 de la LCD reputa deslleial la **publicitat comparativa**, és a dir, la que al·ludeixi explícitament o implícitament a un competidor o als béns i serveis que aquest ofereixi **quan no s'ajusti als requisits establerts** en aquest mateix article.

Mitjançant aquest precepte, el legislador reconeix la licitud de la publicitat comparativa, sempre que s'ajusti als requisits establerts en la mateixa LCD. Com que, amb caràcter general, el legislador reconeix la licitud de la publicitat comparativa, no ens sembla oportú desenvolupar-ne la regulació en el marc dels supòsits de publicitat il·lícita. Per això, n'abordarem l'estudi, posteriorment, en l'apartat dedicat a altres tipologies publicitàries derivades de la legislació vigent.

### 2.3.7. La publicitat agressiva

Una altra de les novetats derivades de la reforma del règim de la competència deslleial i de la publicitat operada el desembre de 2009 és la incorporació d'un nou supòsit de pràctiques deslleials: les **pràctiques comercials agressives**.

Com veurem a continuació, sota la rúbrica de pràctiques comercials agressives trobarem la regulació de les activitats publicitàries que, davant la saturació dels mitjans de publicitat massius, opten pel contacte directe i individual amb la persona destinatària de la publicitat en el que professionalment s'anomena accions de *publicitat directa* o *màrqueting directe*.

Després d'analitzar el que disposen els articles 8, 28, 29, 30 i 31 de la LCD, els professors Tato, Fernández i Herrera (2010) conclouen que la regulació de les pràctiques agressives en la LCD és, certament, complexa i que aquesta es basa en tres peces bàsiques:

#### Vegeu també

Vegeu el subapartat 2.4.1 d'aquest mòdul, en el qual es tracta del concepte i dels requisits de la publicitat comparativa.

#### Publicitat directa

"Publicitat que s'adreça directament i individualment a persones prèviament identificades, a través del correu, el telèfon o un sistema multimèdia."  
Termcat, 1999

- El concepte de *pràctica comercial agressiva*.
- Una llista de circumstàncies que han de ser preses en consideració a l'hora de qualificar una pràctica com a agressiva.
- I, finalment, un catàleg o una enumeració de conductes que són qualificades *per se* com a agressives.

Seguint l'anàlisi de la regulació de les pràctiques agressives elaborat pel professor Anxo Tato, a continuació abordarem el contingut d'aquests tres aspectes que configuren el règim jurídic de la publicitat agressiva.

La **definició del nou supòsit de pràctiques agressives** es troba recollida en l'article 8 de la LCD, dins del capítol II, dedicat als actes de competència deslleial. Per això, els actes tipificats en l'article 8 de la LCD poden ser qualificats com a actes de competència deslleial independentment de quines en siguin les persones destinatàries. Com veurem, no succeeix el mateix amb el catàleg de pràctiques que es consideren en si mateixes agressives, recollides en els articles 28 i següents de la LCD dins del capítol III, dedicat a tipificar les pràctiques comercials deslleials amb els consumidors.

#### Article 19 LCD

La LCD estableix, en l'article 19, que, a més de les pràctiques recollides en el capítol III, també tenen la consideració de pràctiques deslleials amb els consumidors les previstes en els articles 4 (clàusula general), 5 (actes d'engany), 7 (omis-sions enganyoses) i 8 (pràctiques agressives).

Així, la LCD considera deslleials les anomenades **pràctiques agressives** i, al seu torn, les defineix com qualsevol comportament que, tenint en compte les seves característiques i circumstàncies, sigui susceptible de minvar de manera significativa, mitjançant assetjament, coacció (inclòs l'ús de la força) o influència indeguda la llibertat d'elecció o conducta de la persona destinatària en relació amb el bé o servei i que, per tant, pugui afectar-ne el comportament econòmic (article 8.1).

D'aquesta definició de caràcter general es desprèn que per a qualificar una acció publicitària com a agressiva, han de concórrer *dos pressupòsits*:

- En primer lloc, s'ha de produir una conducta que pugui ser qualificada com a assetjament, coacció o influència indeguda.
- I, en segon lloc, la conducta examinada ha de ser apta per a afectar el comportament econòmic de la persona destinatària de l'acció.

La LCD no recull en el seu articulat la definició del concepte d'*assetjament*. Per això, ens remetrem a la proposta de Massagué Fuentes (2006), que el defineix com el fet de perseguir, importunar, incomodar o constrènyer el consumidor com a mitjà per a obtenir la seva decisió de compra o determinar el seu comportament en el marc d'una relació ja establerta.

Sobre la base d'aquesta definició i d'acord amb el catàleg de pràctiques agressives per coacció *per se*, perquè una pràctica de publicitat o màrqueting directe es pugui considerar **publicitat agressiva per assetjament**, a més del contacte directe entre l'anunciant i la persona destinatària de la conducta, han de concórrer circumstàncies addicionals que provoquin que aquest contacte pugui ser percebut per un destinatari mitjà (normalment informat i raonablement atent i perspicaç) com un assetjament susceptible d'incidir en la seva llibertat d'elecció.

Cal avançar en aquest punt que, en matèria de publicitat agressiva per assetjament, entre les circumstàncies addicionals més rellevants que s'han de tenir en compte destaquen: el moment i el lloc triat per l'anunciant per a establir un contacte directe i personal amb la persona destinatària, i també la persistència d'aquests contactes.

La segona conducta que la LCD qualifica com a agressiva és la *coacció* i, en aquest cas, el legislador tampoc no defineix el concepte, per la qual cosa ens remetrem a la definició proposada sobre aquest tema pel professor Anxo Tato (2010). La publicitat agressiva per coacció:

"[...] 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 coacció, l'anunciant pot transmetre el missatge de manera expressa o de manera implícita, ja que la qualificació d'una conducta com a coacció depèn de la manera com aquesta pugui ser percebuda per un destinatari mitjà.

Finalment, la LCD sí que recull en el seu articulat, concretament en el paràgraf segon de l'article 8.1, la definició del concepte d'*influència indeguda* en els termes següents: "la utilització d'una posició de poder en relació amb el destinatari de la pràctica per a exercir pressió, fins i tot sense usar força física ni amenaçar amb el seu ús".

Així, podem considerar que, en la **publicitat agressiva per influència indeguda**, l'anunciant pretén determinar el comportament econòmic de la persona destinatària de l'activitat publicitària mitjançant l'explotació de l'especial capacitat d'influència que sobre ella té el mateix anunciant o una tercera persona.

Des del punt de vista publicitari, aquest supòsit és especialment rellevant en matèria d'utilització de terceres persones, concretament prescriptores indirectes, que es trobin en una relació de confiança o proximitat especial amb la persona destinatària de la publicitat. En opinió dels professors Tato, Fernández i Herrera (2010), no hi ha dubte que supòsits de fet com aquest podrien ser qualificats com a publicitat agressiva per influència indeguda.

### La influència indeguda en la publicitat dirigida a menors

Malgrat que la publicitat dirigida a menors és objecte d'una regulació estricta en diferents normes, del que disposa la LCD en matèria de publicitat agressiva es dedueix 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".

Com hem apuntat en la part introductòria d'aquest punt, la LCD inclou, en el segon apartat de l'article 8, la següent **llista d'elements que s'han de tenir en compte** a l'hora de valorar si una determinada conducta fa ús de l'assetjament, la coacció o la influència indeguda i, per tant, incorre en un cas de publicitat agressiva i, en conseqüència, il·lícita:

- a) El moment i el lloc en què es produeix la conducta, la seva naturalesa o la seva persistència.
- b) L'ús d'un llenguatge o un comportament amenaçador o insultant.
- c) L'explotació per part de l'anunciant de qualsevol infortuni o circumstància específics prou greus com per a minvar la capacitat de discerniment del destinatari, dels quals aquell tingui coneixement, per a influir en la seva decisió pel que fa al bé o servei.
- d) Qualsevol obstacles no contractuals onerosos o desproporcionats imposats per l'empresari o el professional quan l'altra part vulgui exercir drets legals o contractuals, inclosa qualsevol manera de finalitzar el contracte o de canviar de bé o servei o de subministrador.
- e) La comunicació que es durà a terme qualsevol acció que, legalment, no es pot exercir.

A fi de considerar una *publicitat agressiva per assetjament*, és especialment rellevant tenir en compte el que disposa l'article 8.2.a): considerar el moment i el lloc en què es produeix la conducta, la seva naturalesa i la seva persistència.

Per la seva banda, a fi de considerar una *publicitat agressiva per coacció*, és especialment rellevant tenir en compte el que disposa l'article 8.2.b), és a dir, l'ús d'un llenguatge o un comportament amenaçador o insultant.

En el capítol III, dedicat específicament a les pràctiques deslleials amb els consumidors, la LCD desenvolupa el catàleg o la **llista de pràctiques agressives en si mateixes**, deslleials de manera automàtica, per tant, sense necessitat d'examinar si compleixen els requisits per a ser qualificades com a publicitat agressiva per assetjament, coacció o bé influència indeguda. Cal destacar que el legislador, sense un motiu clar de justificació, ha decidit classificar aquestes pràctiques agressives *per se* en tres grans categories: les pràctiques agressives

per coacció (art. 28), les pràctiques agressives per assetjament (art. 29) i les pràctiques agressives en relació amb els menors (art. 30). Finalment, l'article 31 de la LCD recull altres pràctiques agressives que no es corresponen amb cap de les tres categories esmentades anteriorment.

Com que l'única pràctica tipificada com a agressiva per coacció no té incidència directa en l'activitat publicitària, a continuació passem a esmentar els casos més rellevants de publicitat agressiva *per se* per assetjament i publicitat agressiva *per se* en relació amb els menors.

Així, l'article 29 de la LCD tipifica *per se* com a **publicitat agressiva per assetjament**:

1) Fer *visites publicitàries en persona al domicili del consumidor o usuari*, ignorant les seves peticions perquè l'empresari o consumidor abandoni casa seva o no torni a personar-s'hi.

2) Fer publicitat no desitjada i reiterada per telèfon, fax, correu electrònic o altres mitjans de comunicació a distància, excepte en les circumstàncies i en la mesura que estigui justificat legalment per a fer complir una obligació contractual. Mitjançant la tipificació d'aquesta pràctica, el legislador regula l'anomenat **spam** o *publicitat no sol·licitada per qualsevol tipus de mitjà electrònic* que serà deslleial per agressiva sempre que concorrin, necessàriament, dues pressuposicions:

a) Que la persona destinatària hagi manifestat la *voluntat de no rebre publicitat* pels mitjans de comunicació a distància esmentats. Per això, el mateix article 29 de la LCD imposa a l'anunciant que utilitzi aquests mitjans per a enviar missatges publicitaris l'obligació de preveure i esmentar en aquests missatges els mitjans a través dels quals el consumidor pot deixar constància de la seva oposició a continuar rebent publicitat del mateix anunciant. En el cas de la publicitat telefònica, amb la finalitat de garantir el dret a oposar-se a rebre aquest tipus de publicitat, la LCD exigeix que l'anunciant (o l'empresa de serveis subcontractada per aquest) faci les trucades des d'un número de telèfon identificable.

b) Que el *contacte* amb el consumidor amb finalitats publicitàries i a través de mitjans de comunicació a distància es dugui a terme de manera *persistent*, i s'ha d'atendre per valorar aquesta insistència a totes les circumstàncies que envolten la pràctica publicitària.

Finalment, el legislador puntualitza, en l'últim paràgraf de l'article 29, que aquest supòsit s'entén sens perjudici del que estableix la normativa vigent en matèria de protecció de dades personals, serveis de la societat de la informació, telecomunicacions i contractació a distància amb els consumidors o usuaris, inclosa la contractació a distància de serveis financers.

Per la seva banda, l'article 30 de la LCD tipifica com a **publicitat agressiva *per se* en relació amb els menors**, les conductes següents:

- Incloure en la publicitat una exhortació directa als infants perquè adquireixin béns o usin serveis (fet que constitueix un cas específic d'assetjament).
- Incloure en la publicitat una exhortació directa als infants perquè convencin els seus pares o altres adults que contractin els béns o serveis anunciats (cosa que constitueix un supòsit específic d'influència indeguda).

Tots dos casos serien una concreció del principi d'especial protecció del menor en la publicitat recollit, amb caràcter general, en l'article 3,b) de la LGP i en l'article 7.3 de la LGCAV que estableix, amb un caràcter més específic, que la publicitat a la televisió no ha de produir cap perjudici moral o físic als menors.

## 2.4. Altres tipologies publicitàries

Fins aquest punt hem abordat les diverses tipologies de l'il·lícit publicitari recollides, explícitament, en la LGP i en la LCD. Tot seguit ens aturarem, en primer lloc, en l'estudi de la *publicitat comparativa*, una de les modalitats publicitàries més controvertides i que, als efectes de la LCD, es considera lícita sempre que compleixi uns determinats requisits. En segon lloc, per acabar el repàs de les diverses modalitats publicitàries jurídicament rellevants, abordarem el concepte i les característiques de la *publicitat testimonial*, de la *publicitat de to excloent* i de la *publicitat indirecta*. Aquestes tres tipologies tenen en comú el fet de no ser esmentades expressament en la legislació, però la doctrina coincideix, majoritàriament, a identificar aquestes tres modalitats derivades de la conjunció entre la pràctica professional i el que disposen la LGP i la LCD.

### 2.4.1. La publicitat comparativa

La publicitat comparativa és un altre dels supòsits que, arran dels canvis introduïts per la Llei 29/2009, ha deixat de ser regulada en la LGP i, actualment, és la LCD la que regula, en el seu article 10, els actes de comparació, entre els quals destaca, explícitament, la publicitat comparativa.

#### Vegeu també

Atès el caràcter introductori d'aquest mòdul, per a aprofundir en l'estudi del règim de protecció de dades personals aplicable a l'activitat publicitària es recomana cursar l'assignatura optativa *Dret de la publicitat*, prevista en el pla d'estudis del grau de Comunicació.



A falta de definició en la LCD, la Directiva 2006/14/CE sobre publicitat enganyosa i publicitat comparativa defineix la **publicitat comparativa** com aquella que "al·ludeixi explícitament o implícitament a un competidor o als béns o serveis oferts per ell"; mentre que l'article 10 de la LCD estableix una sèrie de requisits per a la seva licitud amb l'objectiu d'assegurar la veracitat i l'objectivitat de la comparació.

A Europa, a diferència dels Estats Units, tradicionalment s'havia observat amb certa reticència aquesta pràctica publicitària perquè es considerava que podia comportar un acte de denigració. Partint d'aquesta base, excepte a Espanya i a partir de la promulgació de l'Estatut de la publicitat, el 1964, a la majoria de països d'Europa la publicitat comparativa era considerada una pràctica deslleial i, per tant, il·lícita. Això no obstant, a mitjans dels anys setanta la Comissió Europea va començar a especular sobre la possibilitat d'harmonitzar el dret intern dels estats membres, també en matèria de publicitat comparativa. Hi va haver estats que s'hi van oposar tant que el projecte inicial de directiva va haver de reduir l'àmbit en què era aplicable a la publicitat enganyosa (Directiva 84/450/CEE). El debat, però, va continuar en la Comissió fins que el 1997 es va aprovar la ja derogada Directiva 97/55/CE, de 6 d'octubre, per la qual es va modificar la Directiva 84/450/CEE, sobre publicitat enganyosa, a fi d'incloure-hi la regulació de la publicitat comparativa, que passava a considerar-se lícita sempre que complís uns determinats requisits (De la Cuesta Rute, 2002).

La doctrina majoritària, encapçalada pels professors Tato Plaza, Lema Devesa i De la Cuesta Rute, també defensa la tesi de la legitimitat de la publicitat comparativa, sempre que se sustenti en dades verídiques i objectives que, en cap cas, denigrin el competidor en qüestió o els seus productes o serveis. El fonament d'aquesta legitimitat es troba en els efectes beneficiosos que té per al mercat, per mitjà de la informació que facilita als destinataris. No obstant això, convé destacar que en la pràctica professional a Espanya, a diferència, per exemple, dels Estats Units, els casos de publicitat comparativa són, encara avui, molt escassos.

La concisa definició de publicitat comparativa en la Directiva 2006/114/CE, sobre publicitat enganyosa i publicitat comparativa, no preveu les notes característiques del supòsit. Per això, la doctrina n'ha desenvolupat un concepte més ampli.

Anxo Tato, a la vista dels seus elements constitutius, defineix la **publicitat comparativa** com "la publicitat en què l'empresari anunciant compara la seva oferta amb la d'un competidor o diversos competidors, identificats o inequívocament identificables, amb el resultat, directe o indirecte, de destacar els avantatges dels propis productes o serveis enfront dels aliens" (Tato Plaza, 1996).

#### Lectura recomanada

Per aprofundir més en el concepte i en el règim jurídic de la publicitat comparativa podeu consultar l'obra del professor Anxo Tato Plaza que, amb el títol de *La publicidad comparativa*, ofereix una visió completa d'aquesta modalitat publicitària.

D'aquesta definició es poden extreure les **dues notes característiques** de la publicitat comparativa: d'una banda, la referència conjunta als productes o serveis propis i als de la competència i, de l'altra, la finalitat d'establir una comparació entre uns i altres, de manera que faci l'efecte, directe o indirecte, de presentar els avantatges dels productes o serveis propis de l'anunciant enfront dels desavantatges dels de la competència (Fernández Novoa, 1989).

Per garantir, però, el criteri d'objectivitat en la comparació i, sobretot, amb l'objectiu d'evitar qualsevol pràctica que distorsioni la competència, perjudiqui els competidors i exerceixi un efecte negatiu sobre els consumidors i usuaris, el legislador ha establert una sèrie de **requisits de licitud de la publicitat comparativa**. Com veurem, la majoria d'aquests requisits pretenen garantir la veracitat del contingut del missatge amb la finalitat que la comparació no indueixi a error els destinataris.

Tot seguit exposarem els **requisits de licitud** que l'article 10 de la LCD estableix per a la publicitat comparativa:

- 1) Els béns o serveis comparats han de tenir la mateixa finalitat i satisfer les mateixes necessitats.
- 2) La comparació s'ha de fer de manera objectiva entre una o més característiques essencials, pertinents, verificables i representatives dels béns o serveis, entre les quals es pot incloure el preu. Aquest punt és especialment rellevant, ja que recull els diversos requisits essencials de la publicitat comparativa en un sol precepte que, juntament amb l'anterior, estableixen el seu règim general de licitud.
- 3) En tercer lloc, la LCD preveu un supòsit específic: si els productes comparats són emparats per una denominació d'origen o indicació geogràfica, denominació específica o especialitat tradicional garantida, la comparació solament es pot realitzar amb altres productes de la mateixa denominació.

#### Exemple

Partint de la base del que disposa l'article 10 LCD, dos productes pertanyents a gèneres diferents poden ser comparats, de manera objectiva, sempre que compleixin el mateix objectiu o finalitat.

4) A més, la llei prohibeix la publicitat comparativa que presenta béns o serveis com a imitacions o rèpliques d'uns altres béns o serveis als quals s'aplica una marca o nom comercial protegit, de manera que, a fi de no incórrer en acte deslleial, no es pot comparar una imitació amb la còpia original, si aquesta còpia es troba protegida per un signe distintiu.

5) Finalment, el legislador recorda que és deslleial i, per tant, il·lícita la publicitat comparativa que infringeixi el que disposa la LCD en matèria de publicitat enganyosa (art. 5, 7 i 20), publicitat denigradora (art. 9) i publicitat que aprofiti indegudament la reputació aliena (art. 12).

#### 2.4.2. La publicitat de to excloent

L'anomenada publicitat de to excloent és la primera de les tres modalitats publicitàries que, malgrat que no estan regulades explícitament ni en la LGP ni en la LCD, la doctrina majoritària els confereix una rellevància especial basant-se en la reiterada presència que tenen en la pràctica publicitària.

Així, com que no hi ha una definició legal de publicitat de to excloent, hem de recórrer al concepte doctrinal que proposa el professor Carlos Lema Devesa, catedràtic de Dret Mercantil de la Universitat Complutense de Madrid i autor d'una tesi doctoral en què aborda aquesta modalitat publicitària.

##### Concepte de publicitat de to excloent

"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.

D'aquesta definició es desprèn el tret característic de la **publicitat de to excloent**: destacar la preeminència d'un anunciant en el mercat, de manera que als destinataris de la publicitat els sembli que no hi ha cap altre producte o servei en el mercat que rivalitzi amb l'anunciat o el substitueixi.

D'això es deriva que, encara que el dret publicitari espanyol no preveu el règim jurídic de la publicitat de to excloent, ateses les seves característiques, aquesta modalitat publicitària s'ha de sotmetre al principi de veracitat i, concretament, al que estipula la LCD en matèria de publicitat enganyosa.

No obstant això, a fi de delimitar, encara més, aquesta figura, tot seguit apuntarem els requisits que, segons Lema Devesa, ha de complir la publicitat de to excloent per a considerar-la lícita:

- a) Ha de ser veraç, això és, no enganyosa.
- b) Ha de manifestar un avantatge considerable sobre els competidors.
- c) No ha de destacar circumstàncies intrascendents o accessòries.
- d) No ha de realçar característiques comunes de tot el gènere de mercaderies o classes de productes.
- e) No ha de destacar un o més avantatges en el cas que algun d'aquests avantatges quedi neutralitzat per algun altre desavantatge.
- f) I, finalment, hi ha d'haver un punt de referència per a determinar la posició preeminent de l'anunciant en el mercat (per exemple, la verificació de l'existència real de competidors en el mercat).

### 2.4.3. La publicitat testimonial

Una altra modalitat publicitària, no prevista de manera explícita en la legislació però que té una gran tradició en la pràctica professional, és l'anomenada publicitat testimonial.

Com que el nostre ordenament jurídic no preveu una definició legal de publicitat testimonial, hem de recórrer al concepte doctrinal que proposa el professor De la Cuesta Rute (2002), segons el qual la **publicitat testimonial** és "la que en els missatges es fa aparèixer una persona o entitat diferent de l'anunciant que expressa una opinió favorable d'aquest anunciant o dels seus productes o serveis".

La **nota característica** d'aquesta modalitat publicitària és el reforç que implica tenir el testimoni d'una tercera persona que dóna suport al missatge i a la qual els destinataris, per norma general, atorguen més credibilitat que a l'anunciant mateix.

Les formes d'expressió de la publicitat testimonial són molt variades, tant com les diverses maneres en què s'hi pot manifestar l'engany. En la publicitat testimonial el principi de veracitat s'ha d'observar des d'una perspectiva triple: la del contingut del missatge, la de les qualitats del testimoni i, finalment, la de l'opinió manifestada pel testimoni i els seus fonaments.

Per tant, tot i que l'ordenament jurídic espanyol no regula, de manera expressa i general, la publicitat testimonial, la doctrina majoritària considera que aquesta publicitat s'ha de sotmetre al principi de veracitat recollit, entre altres, en l'article 5 de la LCD en matèria d'actes d'engany. Addicionalment, atesa la utilització de les circumstàncies personals del testimoniament amb finalitats pu-

blicitàries, fa falta l'autorització d'aquest testimoniant a fi de no infringir el seu dret a l'honor i a la pròpia imatge (article 3.a de la LGP i article 7.6 de la Llei orgànica 1/1982, de protecció del dret a l'honor, intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge). Aquesta autorització, per norma general, s'articula amb un contracte oneros que genera les obligacions conseqüents per a cadascuna de les parts contractants.

En aquest punt, cal esmentar que algunes normes especials prohibeixen la publicitat testimonial en la promoció de determinats productes o serveis, la majoria dels quals estan relacionats amb el sector mèdic i sanitari.

### **Exemple de prohibició dels testimonis en publicitat**

La Llei 29/2006, de 26 de juliol, de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris, disposa en el seu article 78.2 que, a l'efecte de l'autorització administrativa prèvia, la publicitat de medicaments destinats al públic en general no ha d'incloure "ni testimonis de les virtuts del producte ni de professionals o persones la notorietat dels quals indueixi al consum".

En consideració al perfil de les persones que els emeten, Lema Devesa (2007) estableix **tres grans categories de testimonis** publicitaris als quals, com exposarem tot seguit, la doctrina autoritzada ha conferit uns determinats **requisits de licitud**:

a) Els *testimonis de persones cèlebres o famoses*, això és, el nom de les quals és fàcilment identificable pel públic dels consumidors o usuaris. Quant a requisits de licitud, la doctrina majoritària considera lícit el testimoni d'una persona cèlebre o famosa en un sector diferent del producte anunciat; de fet, si el seu testimoni és sobre productes o serveis relacionats amb l'activitat que li ha conferit la fama o celebritat, el testimoni es considera d'expert i, per tant, s'ha de sotmetre als seus propis requisits.

b) Els *testimonis d'experts*, partint de la base del principi de veracitat, sempre requereixen que la qualificació real de l'expert coincideixi amb la que se li atribueix en l'anunci. A més, per a considerar-lo lícit s'exigeix que en la publicitat els coneixements del testimoni es relacionin amb el producte o servei anunciats i que el testimoni es basi en un examen autèntic del producte o servei anunciats. En cas que l'expert sigui una organització, el testimoni n'ha de reflectir sempre el criteri oficial.

c) Els *testimonis de consumidors* exigeixen que el resultat obtingut pel testimoni sigui indicatiu del que obtindria la majoria dels consumidors en condicions normals d'ús d'un determinat producte o servei. Si no és així, l'anunciant o bé ha de matisar que el resultat solament s'obté en les circumstàncies descrites, o bé ha d'advertir el públic del caràcter excepcional del producte o servei.

Finalment, Lema Devesa, basant-se en el que disposa respecte a això el *Codi de conducta publicitària* d'Autocontrol, estableix els quatre requisits addicionals de veracitat referits als testimonis:

- 1) Els testimonis han de reflectir, de manera veraç, les seves opinions o experiències amb la finalitat d'evitar l'engany i la possible inducció a error als destinataris.
- 2) El testimoni no pot ser presentat fora de context, ni manipulat, ni reelaborat de manera que es distorsioni l'opinió o experiència del testimoniant.
- 3) En cas que la publicitat mostri el testimoni usant el producte o servei de l'anunciant, el principi de veracitat exigeix que aquest testimoni hagi estat usuari real del producte o servei en el moment en què es va dur a terme la publicitat.
- 4) Finalment, en cas que no s'hagi limitat el termini de difusió de la publicitat, s'entén que el pas del temps pot fer canviar les opinions dels testimonis. Per això, l'anunciant està obligat a comprovar-ne les opinions en intervals de temps raonables dependent de les circumstàncies de cada cas.

#### 2.4.4. La publicitat indirecta

La darrera modalitat publicitària, no recollida expressament ni en la LGP ni en la LCD (encara que, en aquest cas, sí que s'inclou en altres normes publicitàries), sorgeix en la pràctica professional arran de la prohibició de la publicitat de determinats productes establerta en l'article 5 de la LGP.

Concretament, a Espanya la **publicitat indirecta** sorgeix com a resposta a la prohibició de qualsevol classe de publicitat de tabac i, especialment, de la de begudes alcohòliques de graduació superior a 20° en el mitjà de la televisió, establerta en l'article 5.5 de la LGP.

A diferència de la publicitat de to exclouent i de la publicitat testimonial, en l'ordenament jurídic la publicitat encoberta ha estat definida, no en la LGP, però sí que ho ha estat en diverses normatives comunitàries, estatals i, també, autonòmiques. De totes aquestes normatives, destaca la definició recollida en la legislació específica de les activitats de radiodifusió televisiva i, més concretament, en la recentment derogada Llei 25/1994.

#### Autocontrol

Com veurem en l'apartat dedicat al sistema d'autoregulació publicitària, Autocontrol és l'Associació per a l'Autoregulació de la Comunicació Comercial que opera a Espanya. De les activitats més rellevants que fa destaca l'elaboració de codis de conducta publicitària, generals i, també, sectorials.

Partint de la base de la legislació televisiva, s'entén per **publicitat indirecta** "la que sense esmentar directament els productes utilitzi marques, símbols o altres trets distintius d'aquests productes o d'empreses les activitats principals o conegudes de les quals n'incloguin la seva producció o comercialització".

Aquesta definició àmplia ha estat matisada per la doctrina. Respecte a això, és especialment rellevant la definició proposada pel professor Lema Devesa (2007):

#### **Definició doctrinal de la publicitat 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 publicitat indirecta, per la seva pròpia naturalesa, es considera il·lícita en la mesura que vulnera la prohibició legal de fer publicitat d'un determinat producte o servei. Es deriva així del que disposen les normes estatals següents, sense perjudici dels matisos que continguin les legislacions autonòmiques respectives:

- L'article 10 de la Llei 28/2005, de 26 de desembre, coneguda com a Llei antitabac, prohibeix expressament utilitzar marques de tabac per identificar, simultàniament, altres béns o serveis comercialitzats per una mateixa empresa o grup d'empreses.
- Amb caràcter més general, també s'aplica als supòsits de publicitat indirecta la clàusula general de l'article 3.e) de la LGP, que declara il·lícita la publicitat deslleial, i el que disposa la clàusula general de prohibició dels actes de competència deslleial continguda en l'article 4 de la LCD.
- Finalment, atesa la seva naturalesa, s'apliquen també a la publicitat indirecta els articles 6.4 i 7 del Codi civil, que prohibeixen el frau de llei (els actes fets a l'empara d'una norma que persegueixen un resultat prohibit per l'ordenament jurídic o que hi és contrari) i l'abús de dret, respectivament.

#### **Exemples**

Les manifestacions de la publicitat indirecta són variades i inclouen des de l'ús publicitari de la marca corporativa, no de producte, de fabricants de productes la publicitat dels quals és prohibida per llei, fins al llançament de noves línies de producte amb la marca que ja és famosa i reconeguda en el sector del tabac o el de les begudes alcohòliques.

## **2.5. Conseqüències jurídiques de la publicitat il·lícita**

Amb caràcter previ a l'aprovació de la Llei 29/2009, la LGP establia, en el títol IV, les normes de caràcter processal que havien de regir en matèria de sanció i repressió de la publicitat il·lícita, sens perjudici del control voluntari de la publicitat que es pogués dur a terme per mitjà dels organismes d'autodisciplina.

El desembre de 2009, l'aprovació de la Llei 29/2009 va derogar el títol IV de la LGP i va suprimir la característica acció de cessació o rectificació de la publicitat il·lícita. Sens dubte, un dels principals problemes que plantejava la coexistència de la LGP i la LCD era que els dos textos establien un règim d'accions propi i específic: les accions per publicitat il·lícita (LGP) i les accions per competència deslleial (LCD). La coexistència de les dues categories generava, per tant, molts dubtes a l'hora de determinar quines accions s'havien d'emprendre davant els supòsits que eren tipificats al mateix temps com a casos de publicitat il·lícita i actes de competència deslleial.

Així, el nou text de la LGP disposa, en l'article 6, que les **accions davant de la publicitat il·lícita** han de ser les establertes, amb caràcter general, per a les accions derivades de la competència deslleial en el capítol IV de la LCD. D'aquesta manera, el legislador estableix la via judicial per a reprimir i sancionar l'il·lícit publicitari.

Del que es disposa, amb caràcter general, en la legislació vigent es desprèn que l'il·lícit publicitari es pot situar en tres **àmbits diferents de responsabilitat**:

a) Amb caràcter general, la publicitat il·lícita desencadena una *responsabilitat* de tipus *civil*, encara que segons el que es disposa en la Llei orgànica 6/1985 del poder judicial correspon als jutjats mercantils el coneixement de les qüestions que siguin de la competència de l'ordre jurisdiccional civil respecte, entre altres casos, de les demandes en les quals s'exercitin accions relatives a la competència deslleial i publicitat (Salas, 2010). En el cas publicitari, la sanció civil tradicional que consisteix en el pagament d'una indemnització econòmica amb la finalitat de reparar els danys causats perd importància, ja que són difícils d'avaluar; una dificultat que s'estén a la necessària determinació del nexes causal entre l'acte il·lícit i el dany causat.

b) En determinats casos, la publicitat enganyosa pot desencadenar una *responsabilitat* de caràcter *penal*, d'acord amb el que disposa l'article 282 del CP amb referència a l'anomenat *delicte publicitari*. La responsabilitat penal comporta la imposició d'una pena de presó o una multa.

c) Finalment, i segons el que disposa la legislació especial, alguns supòsits de publicitat il·lícita desencadenen una *responsabilitat* de tipus *administrativa* que es dirimeix pels òrgans de les administracions públiques amb competència sobre la matèria. El procediment administratiu conclou, si escau, amb una sanció establerta per la llei i que normalment consisteix en una multa, en cap cas en privació de llibertat (De la Cuesta Rute, 2002).

En les matèries de caràcter civil que se sotmeten a la decisió dels òrgans jurisdiccionals regeix el *principi de justícia pregada*, de manera que els jutges o tribunals només intervenen en l'assumpte si així ho sol·licita una de les dues



parts legitimades. I aquesta possibilitat de sotmetre qüestions a la resolució de jutges i tribunals, en termes jurídics, s'anomena *acció*; per això, a continuació, abordarem les particularitats pròpies de les noves accions derivades dels actes de competència deslleial, entre ells, la publicitat il·lícita.

### 2.5.1. Accions derivades de la publicitat il·lícita

Com ja hem avançat, el nou text de la LCD regula, en el capítol IV, les accions derivades de la competència deslleial i, més concretament, l'article 32 estableix que **contra la publicitat il·lícita** es poden exercir les accions següents:

- L'acció declarativa de deslleialtat.
- L'acció de cessació o de prohibició preventiva o futura.
- L'acció de remoció d'efectes.
- L'acció de rectificació d'informacions enganyoses, incorrectes o falses.
- L'acció de rescabament de danys i perjudicis.
- I, finalment, l'acció d'enriquiment injust.

A continuació, seguint l'anàlisi efectuada per Salas Carceller (2010), abordarem, d'una manera introductòria, el contingut de cadascuna de les sis accions que es poden interposar contra els actes de competència deslleial, en general, i contra la publicitat il·lícita, en particular.

#### 1) L'acció declarativa de deslleialtat

Mitjançant l'acció **declarativa de deslleialtat**, la persona que es considera perjudicada per una activitat publicitària que infringeixi el que es disposa en la LGP i en la LCD pot sol·licitar al jutjat la declaració de deslleialtat d'aquesta publicitat.

Per tant, aquesta acció té com a objectiu l'examen d'una conducta de la persona demandada a instàncies de la demandant i la determinació judicial expressa del seu caràcter deslleial, sense condemnar la persona demandada a una prestació concreta. Per això, el cas més freqüent d'exercir l'acció declarativa de deslleialtat és de manera acumulada amb una acció o diverses de les previstes en l'article 32; perquè el més habitual és que la persona perjudicada, a més de la declaració, pretengui la cessació o prohibició de la conducta, la remoció dels seus efectes o, si escau, la indemnització dels danys i perjudicis causats. En aquest cas, l'estimació de l'acció declarativa constitueix el *supòsit necessari* per a l'èxit de les altres.

No obstant això, es pot donar el cas que la persona demandant únicament exerceixi l'acció declarativa si considera que els seus interessos queden satisfets amb la mera constatació judicial de la il·licitud de la publicitat objecte de controvèrsia.

### **Exemple**

Aquest podria ser el cas de l'exercici de l'acció contra una publicitat presumptament il·lícita que ha deixat de difondre's i que no hagi ocasionat danys i perjudicis; en aquest supòsit, la persona demandant es podria rescabalar mitjançant el reconeixement judicial de la deslleialtat i la possible declaració addicional de la publicació de la sentència (art. 32.2 LCD).

## **2) L'acció de cessació o prohibició preventiva o futura**

En segon lloc, la LCD reconeix l'**acció de cessació o prohibició preventiva o de reiteració futura** de la publicitat il·lícita. Aquesta acció ha estat, tradicionalment, la via utilitzada per a la repressió judicial de la publicitat il·lícita.

L'exercici de l'acció de cessació o prohibició de la conducta deslleial pot respondre, per tant, a una triple finalitat:

- La cessació, en sentit estricte, de la publicitat il·lícita.
- La prohibició de reiteració futura de la publicitat il·lícita que ja s'hagi deixat d'emetre.
- La prohibició de publicitat il·lícita d'execució imminent, però encara no difosa.

## **3) L'acció de remoció d'efectes**

En tercer lloc, la LCD preveu l'**acció de remoció dels efectes produïts** per la publicitat il·lícita; la finalitat d'aquesta acció és eliminar els efectes produïts i restituir la situació a l'estat en el qual es trobava amb anterioritat a la realització de l'acte deslleial.

L'acció de remoció d'efectes es distingeix de l'acció de cessació en el fet que mentre aquesta pretén posar fi a la publicitat il·lícita o evitar que es repeteixi, l'acció de remoció busca eliminar els efectes derivats de la publicitat il·lícita. Per fer-ho, la persona demandant ha de provar l'existència dels efectes ocasionats per l'acte deslleial i la seva vigència en el moment d'interposar-se la demanda. A més, ha de justificar que eliminar-ho requereix, seguint criteris de necessitat i proporcionalitat, la intervenció del jutjat.

La tipologia de mesures que pot comportar la condemna de remoció és tan àmplia com els diferents casos que es poden donar; a tall d'exemple, podem esmentar la modificació, la retirada del mercat o fins i tot la destrucció de catàlegs o qualsevol tipus de material publicitari en casos d'imitació o confusió per explotació de la reputació aliena.

#### 4) L'acció de rectificació

En quart lloc, la LCD esmenta l'**acció de rectificació** de les informacions enganyoses, incorrectes o falses, l'objectiu de les quals és obligar l'autor de la publicitat il·lícita a desplegar una campanya de "publicitat correctora" d'una intensitat anàloga a la inicialment realitzada.

Mitjançant aquesta acció, la persona demandant persegueix que el mercat conegui el caràcter il·lícit d'una publicitat prèviament difosa. Per a garantir l'objectiu de l'acció, es considera que el públic destinatari de la publicitat correctora ha de ser el mateix que ha rebut prèviament la informació enganyosa o de denigració i que ha percebut, per tant, dades incorrectes. El contingut de la rectificació ha de consistir en una comunicació o desmentit de la correcció, versemblança o justificació de les informacions enganyoses, incorrectes o falses. A més, el missatge de rectificació ha d'especificar que té l'origen en una sentència judicial condemnatòria per competència deslleial (Tato, Fernández i Herrera, 2010).

#### 5) L'acció de rescabament dels danys i perjudicis

En cinquè lloc, l'article 32.1 de la LCD recull l'**acció de rescabament dels danys i perjudicis** ocasionats per la publicitat deslleial, només en el cas que hi hagi intervingut dol o culpa per part de l'agent. La finalitat d'aquesta acció és aconseguir una indemnització que compensi els danys i perjudicis patits per la persona demandant a conseqüència de la publicitat il·lícita.

##### Danys i perjudicis

Per *dany* entendrem el desemborsament fet per a prevenir els efectes que la publicitat il·lícita pogués tenir sobre els clients, les despeses d'investigació, etc. El concepte de *perjudicis* engloba els beneficis deixats d'obtenir o el guany frustrat (Salas, 2010).

Perquè prosperi aquesta acció, la persona demandant ha d'acreditar tres extrems:

- Que la publicitat il·lícita li ha ocasionat una lesió patrimonial o moral efectiva (o bé per dany emergent o bé per lucre cessant).
- Que aquesta lesió està causalment lligada a la conducta de l'infractor.

- Que l'autor hagi actuat amb dol o culpa, exigència que no es preveia en les accions que hem abordat prèviament, ja que només és exigible per a aquesta acció.

## 6) L'acció d'enriquiment injust

En sisè lloc, la LCD reconeix l'acció d'**enriquiment injust**, que només és procedent quan la publicitat il·lícita lesiona una posició jurídica emparada per un dret d'exclusiva o una altre de contingut econòmic anàleg.

L'acció d'enriquiment injust està molt relacionada amb l'anterior, ja que, habitualment, l'enriquiment injust experimentat per qui va fer una actuació il·lícita es correspon correlativament amb una lesió patrimonial per part de la persona perjudicada.

En l'àmbit de la competència deslleial, l'acció d'enriquiment injust exigeix la concurrència de quatre pressupòsits:

- L'existència d'un avantatge patrimonial de la persona demandada amb el correlatiu empobriment de la demandant.
- La connexió o relació de causalitat entre aquest enriquiment i l'empobriment de la persona perjudicada.
- La falta de causa lícita que justifiqui l'enriquiment de la persona demandada.
- La lesió d'una posició jurídica emparada per un dret d'exclusiva o un altre de contingut anàleg, és a dir: casos d'imitació, aprofitament de la reputació aliena, etc.

L'acció d'enriquiment injust pot ser considerada una acció de reemborsament que té com a objectiu una condemna pecuniària consistent a satisfer la suma de diners en què s'ha concretat l'enriquiment.

## 7) Altres accions

Addicionalment i amb caràcter general, l'article 32 de la LCD estableix, en el segon paràgraf, que –per a les sentències estimatòries de l'acció declarativa de deslleialtat, l'acció de cessament o prohibició, l'acció de remoció i l'acció de rectificació–, el tribunal, si ho considera oportú, i sempre amb càrrec a la persona demandada, pot acordar la **publicació total o parcial de la sentència** o, quan els efectes de la infracció es puguin mantenir al llarg del temps, una declaració rectificadora.

Finalment, també hem de destacar que en el catàleg d'accions recollit en l'article 32.1 de la LCD, cal afegir les recollides en els articles 38 i 39 de la LCD amb referència a l'**incompliment de codis de conducta**.

Així, l'article 38 de la LCD disposa que davant dels **codis de conducta** que recomanin, fomentin o impulsin conductes il·lícites es poden exercitar les *accions de cessació i rectificació* previstes en l'article 32.1 de la LCD.

Amb caràcter previ a l'exercici d'aquestes accions per via judicial, s'ha de sol·licitar al responsable d'aquest codi la cessació o rectificació de la recomanació il·lícita, i també el compromís d'abstenir-se de fer-la quan encara no s'hagi produït. Una vegada presentada la sol·licitud, el responsable del codi estarà obligat a emetre el pronunciament que sigui procedent en un termini màxim de 15 dies; durant aquest període, qui hagi iniciat el procediment no pot exercir l'acció judicial corresponent. Transcorregut el termini indicat sense que la persona responsable del codi hagi notificat a la reclamant la decisió o quan aquesta sigui insatisfactòria o no es compleixi, es podrà recórrer a la via judicial i es podran exercitar les accions que la persona reclamant estimi oportunes.

Finalment, en relació amb el **supòsit de publicitat enganyosa per incompliment d'un codi de conducta** (article 5.2 LCD), l'article 39 de la LCD estableix que l'exercici de les accions judicials de cessació i rectificació ha d'anar sempre precedit d'un *recurs previ davant els òrgans de control* del sistema d'autodisciplina al qual pertanyi el codi de conducta.

El procediment davant l'òrgan de control és el mateix que hem vist anteriorment: una vegada presentada la reclamació davant l'òrgan de control, aquest disposa d'un termini de 15 dies per a pronunciar-se, període en el qual la persona reclamant no pot recórrer als tribunals de justícia; transcorregut aquest termini sense que s'hagi notificat a la persona reclamant la decisió o quan aquesta sigui insatisfactòria o no es compleixi, queda expedita la via judicial.

### 2.5.2. Aspectes procedimentals

En matèria de **legitimació activa**, l'article 33 de la LCD disposa específicament que, davant la publicitat il·lícita, estarà legitimada per a l'exercici de les accions previstes en l'article 32, amb l'única excepció de l'acció d'enriquiment injust, qualsevol persona, física o jurídica, que en resulti afectada i, en general, les persones que tinguin un dret subjectiu o interès legítim.

#### Nota

Atesa la seva naturalesa, l'acció d'enriquiment injust només pot ser exercida per la persona titular de la posició jurídica violada.

Les accions previstes des de l'apartat 1 fins al 4 de l'article 32.1 (és a dir, l'acció declarativa de deslleialtat, l'acció de cessació o prohibició, l'acció de remoció i l'acció de rectificació) podran ser exercitades, addicionalment, per les associacions, corporacions professionals o representatives d'interessos econòmics, quan en resultin afectats els interessos dels seus membres.

I en cas que la publicitat il·lícita afecti els interessos generals, col·lectius o difusos dels consumidors i usuaris, estaran legitimats per a l'exercici d'aquestes accions:

**a)** L'Institut Nacional de Consum i els òrgans o entitats corresponents de les comunitats autònomes i de les corporacions locals competents en matèria de defensa dels consumidors.

**b)** Les associacions de consumidors i usuaris que reuneixin els requisits establerts en el text refós de la LGDCU o, si escau, en la legislació autonòmica en matèria de defensa de consumidors.

**c)** Les entitats d'altres estats membres de la Comunitat Europea constituïdes per a la protecció dels interessos dels consumidors que estiguin habilitades amb la seva inclusió a la llista publicada per a aquest fi en el *Diari Oficial de les Comunitats Europees*.

Addicionalment, davant de la publicitat il·lícita per utilitzar la imatge de la dona de manera discriminatòria o vexatòria, l'article 6 de la LGP legitima per a l'exercici de les accions previstes en els apartats de l'1 al 4 de l'article 32.1 de la LCD a:

**a)** La Delegació del Govern per a la Violència de Gènere.

**b)** L'Institut de la Dona o el seu equivalent en l'àmbit autonòmic.

**c)** Les associacions legalment constituïdes que tinguin com a objectiu únic la defensa dels interessos de la dona i no incloguin com a associades persones jurídiques amb ànim de lucre.

**d)** El Ministeri Fiscal.

Cal destacar que l'article 33.4 de la LCD també habilita, amb caràcter general, el Ministeri Fiscal per exercir l'acció de cessació en defensa dels interessos generals, col·lectius o difusos dels consumidors i usuaris.

En matèria de **legitimació passiva**, l'article 34 de la LCD disposa que aquestes accions recollides en l'article 32 es poden exercitar sobre qualsevol persona que hagi fet o ordenat la conducta deslleial o hagi cooperat per dur-la a terme. En el cas de les accions per publicitat il·lícita, la legitimació passiva correspondrà sempre a l'anunciant.

Quant als **terminis de prescripció**, l'article 35 de la LCD estableix que les accions de competència deslleial prescriuen pel transcurs d'un any, des del moment en què es van poder exercitar i la persona legitimada va tenir coneixement de la persona que va fer l'acte, en aquest cas, publicitari, i, en qualsevol cas, pel transcurs de tres anys des de la finalització de la conducta.

Les accions en defensa dels interessos generals, col·lectius o difusos, segons el que disposa l'article 56 del text refós de la LGDCU, en línies generals, són imprescriptibles.

Finalment, en matèria de **diligències preliminars**, l'article 36 de la LCD disposa que qui exerciti una acció de competència deslleial pot sol·licitar al jutge la pràctica de diligències per a la comprovació d'aquells fets el coneixement dels quals resulti indispensable per a preparar el judici. La sol·licitud d'aquest tipus de diligències no acostuma a ser habitual en els processos judicials per publicitat il·lícita.

## **2.6. La regulació dels codis de conducta**

L'última modificació rellevant introduïda en el règim jurídic de la publicitat i de la competència deslleial arran de l'aprovació de la Llei 29/2009 és la introducció en la LCD d'un nou capítol, el capítol V (art. del 37 al 39), destinat a regular els codis de conducta que, amb ple respecte a la legislació, contribueixin a elevar el nivell de protecció dels consumidors i usuaris.

D'aquesta manera, l'article 37 de la LCD fomenta la creació de codis de conducta d'acord amb el reconeixement exprés de la seva utilitat amb la finalitat d'elevar el nivell de protecció dels consumidors, mitjançant l'accés a sistemes eficaços de resolució extrajudicial de reclamacions que compleixin els requisits establerts per la normativa comunitària, actualment recollida en les recomanacions de la Comissió Europea 98/257/CE i 2001/310/CE. Entre aquests requisits, destaca la necessitat que els sistemes d'autoregulació es dotin d'òrgans independents de control que assegurin el compliment eficaç dels compromisos assumits per les empreses adherides.

Així, la nova LCD només fomenta i reconeix aquells sistemes d'autodisciplina que incloguin mecanismes de resolució extrajudicial de controvèrsies reconeguts en la normativa europea. A més, el legislador també preveu la possibilitat que els sistemes d'autoregulació incloguin mecanismes de control previ dels continguts publicitaris.

#### **Autocontrol**

Convé destacar que Autocontrol, el sistema d'autoregulació publicitària a Espanya, és un sistema reconegut per la legislació vigent.

Amb l'objectiu de reforçar, també des del punt de vista pràctic, la labor dels sistemes d'autodisciplina, com hem vist, la LCD estableix en els articles 38 i 39 la possibilitat d'exercir accions judicials davant dels responsables de codis de conducta que recomanin, fomentin o impulsin conductes deslleials o il·lícites i també enfront d'empresaris i professionals adherits a codis de conducta en el cas que els incompleixin, alhora que reconeix la possibilitat del recurs davant l'òrgan de control d'un sistema d'autodisciplina, amb caràcter previ a la interposició d'una demanda en els termes esmentats en l'apartat anterior del temari.

En l'apartat següent abordarem amb més detall el concepte i els requisits dels sistemes d'autoregulació publicitària.



### 3. El sistema d'autoregulació publicitària

Partint de la base del que hem exposat anteriorment, és obvi que el règim jurídic de la publicitat es configura basant-se en el contingut de les diverses fonts de l'ordenament jurídic, emanades dels poders de l'Estat, i que s'aplica a través dels òrgans dels poders públics. Ara bé, l'existència del dret i de les seves normes jurídiques no exclou la possibilitat que els subjectes es puguin autoregular, això és, que voluntàriament puguin sotmetre l'activitat a les seves pròpies normes de caràcter ètic o deontològic.

I en l'àmbit de la publicitat, el sistema d'autoregulació publicitària ha adquirit una rellevància especial, fins al punt que en la seva exposició de motius, la mateixa LGP reconeix l'existència d'un control voluntari de la publicitat per mitjà d'organismes d'autodisciplina i el nou text de la LCD, com hem vist, incorpora un capítol destinat a reconèixer i fomentar la creació de codis de conducta associats a sistemes d'autoregulació efectius.

Per això, hem considerat rellevant acabar aquest mòdul amb una breu referència als trets característics del sistema d'autoregulació publicitària a Espanya. A més, si tenim en compte que aquesta assignatura s'adreça a futurs professionals de la comunicació, en general, i de la publicitat, en particular, és més justificada, encara, la referència al sistema d'autoregulació i als codis ètics que se'n deriven.

#### 3.1. Concepte i elements constitutius

En sentit estricte, l'autoregulació publicitària es pot definir com "la regulació duta a terme pels subjectes que participen activament en la realització, creació, preparació, execució i difusió de la publicitat, amb la finalitat d'imposar-se a si mateixos, de manera voluntària, una norma en matèria publicitària" (Patiño Alves, 2007).

Des d'un punt de vista més ampli i pràctic, María del Rosario Fernando Margazo (2008) defineix l'autoregulació publicitària com "un sistema voluntàriament establert per les empreses que integren el sector publicitari (anunciants, agències i mitjans de comunicació) per mitjà del qual es procura que l'exercici de l'activitat publicitària es dugui a terme de manera legal, honesta i responsable, en benefici dels consumidors, dels competidors, del mercat publicitari i de la societat en general".

Ara bé, perquè un sistema d'autoregulació publicitària es configuri com a tal i sigui efectiu, s'hi han d'observar una sèrie d'elements constitutius. La professora Beatriz Patiño Alves, autora d'una tesi doctorat en la qual ha abordat l'estudi de l'autoregulació publicitària, identifica i justifica els seus quatre **requisits constitutius**:

- 1) En primer lloc, cal una agrupació voluntària dels membres que participin, activament i passivament, en la indústria publicitària.
- 2) En segon lloc, és necessari que el grup s'imposi unes normes de caràcter moral o ètic, els anomenats *codis de conducta publicitària*, que han de ser observades per tot el col·lectiu que integra el sistema.
- 3) En tercer lloc, perquè el sistema sigui eficaç, cal un òrgan de control i supervisió que decideixi la licitud de l'activitat publicitària.
- 4) Finalment, l'òrgan de control ha de tenir caràcter sancionador i capacitat d'executar les seves decisions pel que fa als membres del sistema d'autoregulació en qüestió.

L'**òrgan de control** és la institució bàsica i central de qualsevol sistema d'autoregulació publicitària. Es tracta d'un òrgan independent, caracteritzat per l'especialització publicitària i la imparcialitat de tots els seus membres, que dirimeix les controvèrsies que se li presentin. Per a això aplica les normes de conducta corresponents, determina en les resolucions la valoració ètica que considera que mereixen els casos que ha de resoldre i garanteix, a cada moment, el dret de defensa del reclamant, la igualtat entre les parts i el respecte al principi de contradicció.

Precisament, l'activitat d'aquests òrgans de control, infinitament més ràpida i menys costosa que els procediments judicials, és una de les claus de l'èxit de l'autoregulació publicitària en la majoria de països industrialitzats. I és que, per la seva pròpia naturalesa, l'activitat publicitària necessita procediments de resolució de conflictes àgils que, al seu torn, garanteixin el compliment efectiu de les possibles sancions. Així, enfront de l'objectivitat i més seguretat que proporcionen les normes jurídiques i el control estatal, els sistemes d'autoregulació es configuren com un model eficaç, especialment en l'àmbit publicitari, basant-se en els criteris de rapidesa, especialització, transparència, baix cost i accés fàcil (Patiño Alves, 2007).

### 3.2. El sistema espanyol d'autoregulació publicitària

A Espanya, els orígens de l'autoregulació publicitària es remunten a l'any 1976, moment en què l'Administració s'involucra, juntament amb els anunciants, en la constitució del primer organisme autoregulador espanyol en matèria publicitària: la societat mercantil Autocontrol, SL, constituïda per anunciants, agències i mitjans.

No obstant això, no és fins al 1995 que, amb l'objectiu de gestionar un sistema espanyol eficaç d'autoregulació publicitària, es crea l'actual Autocontrol, que més endavant passa a anomenar-se **Associació per a l'Autoregulació de la Comunicació Comercial (AACC)**, una associació de caràcter privat i sense ànim de lucre integrada, voluntàriament, pels principals anunciants, agències de publicitat, mitjans de comunicació i associacions relacionades amb l'activitat publicitària a Espanya.

Des del començament, l'AACC gestiona el sistema d'autoregulació publicitària basant-se en tres instruments: els seus propis codis de conducta, un sistema d'assessorament previ per mitjà del servei de consulta prèvia (*copy advice*) i, sobretot, per mitjà d'un òrgan independent, el Jurat de la Publicitat, que s'encarrega d'aplicar els codis i resoldre les reclamacions presentades.

Convé destacar en aquest punt que l'AACC no neix amb vocació de substituir el control legal de la publicitat sinó que, al contrari, pretén ser-ne un complement útil. Una bona mostra d'això és el grau elevat de col·laboració que té l'AACC amb l'Administració, que s'ha traduït en la signatura de múltiples convenis. Basant-se en tot això, l'AACC té com a objectius bàsics:

- Contribuir a l'ètica i la lleialtat de la publicitat en benefici dels consumidors.
- Verificar el compliment de la legislació publicitària.
- Procurar la resolució pacífica i ràpida de reclamacions.

Tot seguit exposarem, breument, les característiques essencials del sistema espanyol d'autoregulació publicitària. D'aquesta manera, comprovarem que l'AACC compleix tots els requisits constitutius esmentats anteriorment i, per això, partint de la base de la seva eficàcia, el sistema d'autoregulació de l'AACC s'ha convertit en el mecanisme preferent de resolució de controvèrsies publicitàries a Espanya.

En primer lloc, i com a requisit previ a la resta d'instruments, l'assemblea general de l'AACC va aprovar, el 1996, el seu **Codi de conducta publicitària (CCP)**, basat en el Codi internacional de pràctiques publicitàries, de la Cambra Internacional de Comerç (International Code of Advertising Practice), i en els

#### Web recomanat

Per accedir a informació addicional sobre l'estructura organitzativa, els codis o les resolucions del Jurat de la Publicitat, consulteu la pàgina web de l'AACC, a [www.autocontrol.es](http://www.autocontrol.es).

seus principis bàsics de veracitat, legalitat, honestat i lleialtat de les comunicacions comercials. Atès el caràcter general que tenen, les normes contingudes en aquest text són aplicables a qualsevol classe d'activitat publicitària.

A més, com detallarem més endavant, l'AACC ha aprovat també altres codis, dels quals destaca el Codi ètic de comerç electrònic i publicitat interactiva (Codi de confiança online) i ha col·laborat activament a elaborar força codis sectorials que també són aplicats pel Jurat.

Quant als **mecanismes de control**, el sistema d'autoregulació espanyol té dos instruments: el sistema d'assessorament previ i el Jurat de la Publicitat, com a organisme de resolució extrajudicial de controvèrsies.

Seguint un criteri cronològic quant al procediment, en primer lloc abordarem el sistema de *copy advice* o de consulta prèvia. Amb l'objectiu de reduir el risc d'incompliment de les normes que regulen la publicitat, l'AACC va crear, el 2001, el **servei de consulta prèvia** com a complement al control postdifusió de la publicitat que exerceix el Jurat.

Així, el *copy advice* és el servei principal que ofereix el Gabinet Tècnic d'Autocontrol i consisteix en un assessorament, voluntari, confidencial i no vinculant sobre la correcció legal i ètica d'un projecte de campanya o anunci previ a la difusió. El *copy advice* el pot sol·licitar l'anunciant mateix, la seva agència de publicitat o el mitjà que ha d'emetre la publicitat. El temps mitjà de resposta és d'un dia per a les televisions i de tres dies per a les consultes d'anunciants i agències. Des que es va posar en funcionament, el Gabinet Tècnic d'Autocontrol ha atès més de 22.000 consultes prèvies, la qual cosa ha fet reduir notablement el risc d'incompliment de les normes que regulen l'activitat publicitària.

Per la seva banda, el **Jurat de la Publicitat** és l'òrgan extrajudicial de resolució de controvèrsies i reclamacions en matèria publicitària i la peça clau del sistema d'autoregulació de l'AACC. El Jurat de la Publicitat està compost d'experts independents i de prestigi reconegut dels sectors del dret, la publicitat i l'economia. Partint de la base dels principis d'independència i transparència que regeixen l'activitat del Jurat, l'Institut Nacional de Consum hi designa el 25 per cent dels seus membres.

Qualsevol persona amb un interès legítim pot presentar una reclamació davant el Jurat si considera que un determinat anunci difós per qualsevol mitjà vulnera les normes ètiques dels codis de conducta. El sistema és, a més, gratuït per a consumidors, associacions de consumidors i Administració. Amb aquesta legitimació activa de caràcter general, qualsevol empresa o associació empresarial pot presentar una reclamació davant el Jurat.

Quan el Jurat de la Publicitat dictamina que s'han vulnerat les normes sol·licita la modificació o el cessament de les campanyes a l'anunciant o al mitjà contra el qual s'ha reclamat. Totes les resolucions del Jurat es fan públiques, i els socis de l'AACC les han de complir obligatòriament, i la resta, voluntàriament. Com que es tracta d'una via extrajudicial de resolució de conflictes, el fet de cursar una reclamació davant el Jurat de la Publicitat no impedeix que les parts puguin acudir, després, a la via judicial per resoldre el conflicte.

Des de la seva creació, el 1996, Autocontrol ha resolt un total de 2.230 casos i, segons les últimes dades presentades, el 2009 Autocontrol va resoldre 192 casos, en el 34% dels quals la reclamació va ser acceptada per la persona reclamada sense intervenció del jurat; dels 124 resolts pel jurat, un 59,7% van ser estimats, un 12,9% estimats parcialment i un 27,4% desestimats; el temps mitjà per a resoldre aquest tipus de reclamacions va ser de 14 dies.

Pel que fa a l'origen, una gran part d'aquestes reclamacions van ser presentades per consumidors o associacions de consumidors i altres organitzacions ciutadanes (concretament, un 79%), seguit d'empreses o associacions empresarials (un 16%) i per organismes de l'Administració (un 5%). En relació amb el mitjà de difusió, un gran nombre de casos es van referir a espots de televisió, seguit de premsa escrita, Internet i noves tecnologies, màrqueting directe i fullets publicitaris, etiquetatge i presentació, ràdio i publicitat exterior.

Cal destacar que, paral·lelament, Autocontrol va rebre, també el 2009, un total de 7.439 consultes sobre projectes d'anuncis abans que s'emetessin. Aquesta dada demostra que el servei d'assessorament previ s'imposa com el servei d'Autocontrol més demanat, i també el sistema preferent utilitzat per la indústria publicitària espanyola per a assegurar la correcció de les campanyes abans del seu llançament.

De les consultes prèvies rebudes, 5.675 van correspondre a peticions de consulta prèvia o *copy advice*, mentre que les 1.764 restants van ser consultes legals abans de la realització d'anuncis concrets. Dels 5.675 anuncis revisats abans de la seva emissió, la gran majoria (un 72%) van obtenir un *copy* positiu, en un 21% dels casos es van recomanar modificacions que van ser incorporades a la peça final i només un 7% de les creativitats consultades van rebre un informe negatiu i, en conseqüència, no es van arribar a emetre.

### **3.2.1. El Codi de conducta publicitària (Autocontrol)**

El Codi de conducta publicitària (CCP), la darrera revisió del qual es va realitzar el 2002, és un compendi de normes ètiques aplicables, amb caràcter general, a tota activitat de comunicació publicitària, a excepció expressa de la publicitat política.

El contingut del CCP es distribueix entre 38 articles que s'estructuren entorn de dues parts clarament diferenciades. Amb l'epígraf "Àmbit d'aplicació i normes generals", la primera part del CCP presenta 8 articles, que, a mode de disposicions generals, en detallen el seu àmbit d'aplicació, l'objecte i les finalitats de l'AACC, la naturalesa i el procediment d'actuació del Jurat i, finalment, les normes que s'apliquen de manera subsidiària i complementària al CCP, que són, bàsicament, el Codi de pràctica publicitària, de la Cambra Internacional de Comerç, i els codis sectorials, sempre que no s'oposin al que estableix el CCP ni a la legislació vigent.

Per tant, és en la segona part del CCP en què, amb l'epígraf "Normes deontològiques", hi ha els veritables principis ètics que han de regir l'activitat publicitària. Els 29 articles o normes deontològiques que conformen la part especial del codi s'estructuren basant-se en sis apartats, el contingut dels quals sintetitzem tot seguit:

**1) Principis bàsics.** En aquest apartat, integrat per 12 normes, destaquen les referències al valor de la publicitat i a la legislació vigent, el criteri d'anàlisi i interpretació global de les peces publicitàries, el respecte als principis de la bona fe, el bon gust, el dret a l'honor i al medi ambient i, finalment, la prohibició de la publicitat discriminatòria, de la que inciti a la violència o que encoratgi les pràctiques perilloses, excepte quan del seu context es dedueix del context que l'objectiu és fomentar la seguretat.

**2) Autenticitat.** En la norma deontològica 13 el CCP disposa que la publicitat s'ha d'identificar com a tal, independentment de la forma o del mitjà que utilitzi per a la difusió.

**3) Exigència de veracitat.** En la norma 14 el CCP prohibeix la publicitat enganyosa i, alhora, defineix i concreta que les mencions han de ser sempre comprensibles, exactes i susceptibles de prova per l'anunciant.

**4) Normes sobre determinades formes i tècniques publicitàries.** Aquest bloc, integrat per 13 normes, regula, de manera específica, d'una banda la publicitat que conté referències a qualsevol classe de garantia, dades tècniques, assajos tècnics, testimonis o comparacions, i d'altra banda prohibeix la denigració, la menció de característiques comunes com a pròpies i els actes d'explotació del prestigi aliè i imitació que indueixin a confusió els destinataris; a més, en aquest bloc s'inclouen altres normes que regulen la publicitat relativa a la venda a distància, a les promocions i a les campanyes de causa social, juntament amb altres disposicions sobre la disponibilitat dels productes anunciats i la prova de certes al·legacions.

5) **Protecció d'infants i adolescents.** En la norma deontològica número 28 el CCP estableix unes pautes ètiques que s'han d'observar en la publicitat adreçada a infants i adolescents, amb l'objectiu de protegir, de manera especial, aquests col·lectius.

6) **Protecció a la salut.** Finalment, el CCP, en la norma 29, disposa que la publicitat no ha d'incitar a fomentar comportaments que siguin nocius per a la salut.

### 3.2.2. El Codi ètic de comerç electrònic i publicitat interactiva (codi de confiança online)

A finals de l'any 2002, l'AACC va aprovar el nou **Codi ètic de comerç electrònic i publicitat interactiva** que, pel que fa a la publicitat, va substituir el Codi ètic de publicitat a Internet d'autocontrol (1999). L'aprovació del nou codi resulta especialment rellevant per diversos motius, entre els quals hi ha el fet que dona resposta al que disposa la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSI), que, en el seu article 18 insta les administracions públiques a impulsar l'elaboració i aplicació de codis de conducta en les matèries regulades per aquesta llei.

A més, el 2005 l'Institut Nacional de Consum va atorgar el distintiu públic de confiança al Codi ètic, la darrera versió del qual ja es coneix com a **Codi de confiança online** (CCOL), i també al mateix sistema d'autoregulació Confiança Online.

Creat per l'AACC i l'Associació Espanyola de Comerç Electrònic i Màrqueting Relacional (AECM-FECEMB), **Confiança Online** és un sistema d'autoregulació integral per a Internet, que abasta tant la publicitat interactiva com les compres i els contractes fets per Internet i altres mitjans electrònics, i també de la protecció de dades personals en la publicitat i en la contractació amb els consumidors.

El **sistema de Confiança Online** s'articula entorn de tres pilars clau:

- a) Les normes deontològiques recollides en el CCOL.
- b) El mecanisme d'aplicació d'aquestes normes, que s'encarrega de resoldre les controvèrsies que es presentin i que està basat en dos òrgans: el Jurat de la Publicitat (de l'AACC) i la Junta Arbitral Nacional de Consum, encarregada de resoldre les qüestions de caràcter contractual.
- c) Un segell de confiança que permet identificar les empreses i companyies adherides a aquest sistema d'autoregulació.

#### LSSI

La LSSI regula en títol III (articles del 19 al 22) les comunicacions comercials per via electrònica. Del contingut destaca la referència al principi d'identificació de la publicitat, la prohibició de la publicitat per correu electrònic que no hagi estat autoritzada prèviament i la remissió a la normativa general en matèria comercial i de publicitat.

Per la seva banda, el CCOL recull un conjunt de normes deontològiques aplicables a dos grans àmbits d'activitat: la publicitat interactiva i el comerç electrònic amb consumidors. No s'ha d'oblidar, però, la protecció de dades personals, aspecte que té molta incidència en el desenvolupament de totes dues activitats.

Tot seguit sintetitzarem els principis ètics del CCOL aplicables en matèria publicitària. Concretament, el CCOL utilitza l'expressió *publicitat en mitjans electrònics de comunicació a distància* per referir-se a l'anomenada també *publicitat interactiva*, regulada específicament en el seu títol II (articles del 3 al 12):

1) Com a **normes generals**, aplicables a qualsevol classe de publicitat a Internet, el CCOL disposa que la publicitat ha de ser decent, honesta i veraç i també ha de respectar la legislació vigent i el contingut del CCP i els diversos codis sectorials de l'AACC. A més, el CCOL recull, amb caràcter general, els punts següents: el principi d'identificació –de l'anunciant i de la publicitat–; el principi d'informació als destinataris sobre determinats aspectes com, per exemple, del cost d'accedir a determinats serveis; la definició i regulació –molt bàsica– de les promocions publicitàries a Internet, i finalment l'obligació que la publicitat a Internet respecti els drets de propietat industrial i intel·lectual i que no constitueixi mai un mitjà de competència deslleial.

2) El CCOL recull, en el capítol II del títol II, una sèrie de **normes especials** que regulen les modalitats publicitàries següents:

- Quant a la *publicitat per correu electrònic o altres mitjans equivalents*, el codi la prohibeix en els casos en què aquesta publicitat no ha estat sol·licitada o autoritzada expressament pel destinatari; regula els mecanismes de concessió i revocació del consentiment i, finalment, prohibeix certes pràctiques de recollida massiva o creació d'adreces de correu electrònic.
- En l'article 11 el CCOL prohibeix la *publicitat en línia en grups de notícies, fòrums, xats i similars*, tret que aquests siguin de naturalesa publicitària o que s'hagin obtingut amb consentiment previ.
- Respecte a la *publicitat a pàgines web* (els anomenats *bàners*), el CCOL disposa que la publicitat no pot impedir la navegació lliure de l'usuari a la xarxa, de manera que l'usuari ha de poder sortir sempre del missatge publicitari o eliminar-lo de la pantalla amb la finalitat de tornar a la pàgina des de la qual hi ha accedit.
- A l'efecte del CCOL, s'entén per *patrocini* qualsevol contribució destinada al finançament de pàgines web o altres serveis prestats per *mitjans electrònics* amb la finalitat de promoure'n el nom, la marca, la imatge, les activitats o els productes. Les webs o serveis patrocinats, d'una banda, han de respectar la independència del contingut editorial (que no pot ser influït pel patrocinador) i, de l'altra, han d'estar identificats clarament com a tals

#### Lectura complementària

Podeu consultar la versió actual del *Codi ètic de comerç electrònic i publicitat interactiva* per mitjà de la web de l'AACC, en la secció "Codis", des de la qual també podeu accedir a la resta de codis sectorials.



amb la inclusió dels signes distintius o serveis del patrocinador en la web o servei.

3) Finalment, cal esmentar que el CCOL també fa referència a l'activitat publicitària ja que regula, en títol IV, la protecció de dades personals i, en el títol V, la protecció especial als menors.

### 3.2.3. Els codis sectorials

Des que es va crear, Autocontrol ha treballat activament, sempre col·laborant amb altres associacions i organitzacions, en l'elaboració de codis de conducta sectorials que, en uns casos, sistematitzen o desenvolupen la legislació aplicable a un determinat sector d'activitat empresarial i, en d'altres, estableixen restriccions addicionals en interès dels consumidors i usuaris.

En l'actualitat, el Jurat de la Publicitat s'ha convertit en l'organisme de referència per a aplicar i controlar els codis de conducta sectorials de tots els àmbits publicitaris. La seva consulta és recomanable en cas que en l'exercici de l'activitat professional treballem per a clients dels sectors els codis ètics dels quals, en les seves versions actualitzades, indiquem tot seguit:

- Farmaindústria
  - Codi espanyol de bones pràctiques per a la promoció dels medicaments i d'interrelació de la indústria farmacèutica amb els professionals sanitaris (2010).
  - Codi espanyol de bones pràctiques de promoció de medicaments i d'interrelació de la indústria farmacèutica amb les organitzacions de pacients (2008).
- Federació Espanyola del Vi (FEV)
  - Codi d'autoregulació del vi en matèria de publicitat i comunicacions comercials (2009).
- Associació Nacional d'Empreses d'Estudi de Mercat i Opinió Pública
  - Codi ètic de l'Associació Nacional d'Empreses d'Estudi de Mercat i Opinió Pública (2008).
- Associació per l'Autocura de la Salut (ANEFP)
  - Codi de normes deontològiques per a la promoció i publicitat dels medicaments autoritzats sense recepta mèdica no finançats pel Sistema Nacional de Salut i altres productes per l'autocura de la salut (2007).
- Associació Espanyola de Fabricants i Distribuïdors de Productes de Nutrició Enteral (AENE)

- Codi deontològic de l'Associació Espanyola de Fabricants i Distribuïdors de Productes de Nutrició Enteral (2006).
- Federació Espanyola d'Empreses de Tecnologia Sanitària (FENIN)
  - Codi de bones pràctiques de la FENIN (2006).
- Federació Espanyola de Begudes Espirituoses (FEBE)
  - Codi d'autoregulació publicitària de la FEBE (2006).
- Associació Espanyola de Distribuïdors i Editors de Programari d'Entreteniment (ADESE)
  - Directrius sobre bones pràctiques en la publicitat de productes de programari interactiu (2005).
- Federació d'Indústries d'Alimentació i Begudes (FIAB)
  - Codi d'autoregulació de la publicitat d'aliments dirigida a menors, prevenció de l'obesitat i salut –Codi PAOS– (2005).
- Cervesers d'Espanya
  - Codi d'autoregulació publicitària de cervesers d'Espanya (2004).
- Associació Nacional per a la Defensa de la Marca (ANDEMA)
  - Codi ètic de l'ANDEMA (2004).
- Associació Espanyola de Fabricants de Juguines (AEFJ)
  - Codi deontològic per a la publicitat infantil (2003).

## Resum

En aquest mòdul hem abordat els límits jurídics de l'activitat publicitària, configurats per mitjà d'un marc normatiu ampli en què destaquen la Llei 34/1998, general de publicitat (LGP) i la Llei 3/1991 de competència deslleial (LCD) com a normes de referència.

Així, després de delimitar el concepte jurídic de publicitat, hem recopilat les principals **normes jurídiques que regulen l'activitat publicitària**, en una aproximació general partint de la base de les autoritats que les originen: la UE, l'Estat, les comunitats autònomes i les administracions locals.

Després hem aprofundit en el **contingut general del dret de la publicitat** per mitjà de l'anàlisi de les seves normes de referència: la LGP i la LCD.

Per a això, hem definit, en primer lloc, els diversos subjectes que, des del punt de vista jurídic, participen en l'activitat publicitària i hem abordat, en segon lloc, les característiques dels diversos contractes publicitaris: el contracte de publicitat, el de creació publicitària, el de difusió i el de patrocini.

En tercer lloc, hem analitzat els diversos supòsits de publicitat il·lícita recollits en la LGP i la LCD: la publicitat contrària a la Constitució, la publicitat subliminar, la publicitat contrària a les normes especials i, d'una manera més detallada, la publicitat enganyosa, la publicitat deslleial i la publicitat agressiva, els tres il·lícits publicitaris d'un interès especial a causa de la seva pròpia naturalesa.

En quart lloc, hem abordat la definició i les característiques de tres tipologies publicitàries lícites sempre que compleixin uns determinats requisits: la publicitat comparativa, la publicitat de to exclouent i la publicitat testimonial, juntament amb una quarta modalitat, la publicitat indirecta, no esmentada expressament en la legislació i que, per la seva pròpia naturalesa, s'ha de considerar il·lícita.

Per acabar l'estudi del contingut general del dret de la publicitat, hem abordat les conseqüències jurídiques de la publicitat il·lícita: les diferents accions judicials que es poden exercitar i les sancions que d'elles se'n deriven.

Finalment, el mòdul conclou amb un darrer punt dedicat als sistemes d'autoregulació i, concretament, al **sistema d'autoregulació publicitària espanyol** de l'Associació per a l'Autoregulació de la Comunicació Comercial (AACC) i als codis ètics que d'aquesta se'n deriven: el Codi de conducta publicitària, el Codi ètic de confiança en línia i altres codis de conducta sectorials.



## Exercicis d'autoavaluació

1. El règim general de la LGP és aplicable a les modalitats de comunicació següents:

- a) A la propaganda, a la publicitat econòmica i a la publicitat institucional.
- b) A la publicitat econòmica i a la publicitat institucional que tingui com a objectiu promoure la contractació.
- c) A la publicitat econòmica, a les relacions públiques i a la publicitat institucional.

2. En matèria de contractació publicitària, la LGP..

- a) reconeix tres tipologies de contracte publicitari: el contracte de publicitat, el contracte de creació i el contracte de difusió publicitària.
- b) és aplicable a tots els contractes publicitaris, inclosos els que tinguin per objecte campanyes de publicitat institucional.
- c) remet a la Llei de competència deslleial que, en el capítol II, regula les diferents tipologies de contractes publicitaris.

3. La publicitat encoberta...

- a) vulnera el principi de veracitat
- b) vulnera el principi d'identificació.
- c) es considera lícita perquè el missatge publicitari no pot induir a error les persones destinatàries.

4. L'afirmació següent inclosa en un anunci per promocionar el producte Age Miracle, una crema antiedat, difós per televisió, "Age Miracle, la millor tecnologia antiedat"...

- a) és una al·legació de to excloent il·lícita, en qualsevol cas, segons el que estipula la Llei general de publicitat.
- b) constitueix un dels supòsits de publicitat agressiva recollits en la LCD.
- c) és una al·legació de to excloent, lícita sempre que l'anunciant pugui acreditar la veracitat i l'exactitud de la posició de preeminència o supremacia al·legada.

5. En quin tipus d'il·lícit publicitari podria incórrer l'anunci de Dolce & Gabbana que exposem a continuació? Argumenteu la resposta.



6. Quins requisits previs a la difusió d'aquest anunci s'haurien d'haver dut a terme per no incórrer en causa d'il·licitud? Quin normativa s'hauria d'aplicar en aquests casos?



7. Amb la finalitat que un sistema d'autoregulació publicitària es configuri com a tal i sigui efectiu, cal que disposi dels elements constitutius següents:

- a) Que es configuri com una agrupació voluntària de membres, que disposi dels seus propis codis de conducta i que aquests siguin aplicables per als tribunals de justícia.
- b) Que en el sistema s'integrin anunciants i agències de publicitat, que disposi dels seus propis codis de conducta i que les resolucions del jurat de la publicitat siguin d'obligat compliment per a les parts i invalidin l'opció de recórrer, posteriorment, a la via judicial.
- c) Que es configuri com una agrupació voluntària de membres, que disposi dels seus propis codis de conducta i d'un òrgan de control que haurà de tenir caràcter sancionador i capacitat per executar les seves pròpies decisions pel que fa als membres del sistema d'autoregulació.

8. El CCOL regula, específicament, les modalitats publicitàries següents:

- a) La publicitat per correu electrònic, la publicitat en línia en grups de notícies, fòrums, xats i similars i les activitats de patrocini per mitjans electrònics.
- b) La publicitat directa, la publicitat per correu electrònic i la publicitat televisiva.
- c) La publicitat per correu electrònic, la publicitat en línia en grups de notícies, fòrums, xats i similars i la publicitat subliminar.

## **Solucionari**

### **Exercicis d'autoavaluació**

1. b

2. b

3. b

4. c

5. L'anunci de Dolce & Gabbana podria incórrer en el supòsit de publicitat il·lícita per vulnerar el que es disposa en l'article 3.a) de la LGP que prohibeix la publicitat que atempta contra la dignitat de la persona i, més concretament, la utilització vexatòria del cos de la dona.

6. Disposar del consentiment previ de la persona la imatge de la qual utilitza la companyia aèria Ryanair per a finalitats publicitàries. Normativa aplicable: article 18 de la Constitució; article 3.a) de la LGP i article 7.6 de la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció del dret a l'honor, intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge.

7. c

8. a

## Abreviatures

- AACC** *f* Associació per a l'Autoregulació de la Comunicació Comercial
- CC** *m* Codi civil
- CCP** *m* Codi de conducta publicitària
- CCOL** *m* Codi de confiança online
- CE** *f* Comunitat Europea
- CEE** *f* Comunitat Econòmica Europea
- CP** *m* Codi penal
- LCD** *f* Llei de competència deslleial
- LDC** *f* Llei de defensa de la competència
- LEC** *f* Llei d'enjudiciament civil
- LGCAV** *f* Llei general de comunicació audiovisual
- LGDCU** *f* Llei general de defensa dels consumidors i usuaris
- LGP** *f* Llei general de publicitat
- LO** *f* Llei orgànica
- LOPD** *f* Llei orgànica de protecció de dades de caràcter personal
- LREG** *f* Llei de règim electoral general
- LSSI** *f* Llei de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic
- STS** *f* Sentència del Tribunal Suprem
- UE** *f* Unió Europea



## Bibliografia

### Bibliografia bàsica

**Cuesta Rute, J. M. de la** (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.

### Bibliografia complementària

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

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

**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*. València: Tirant lo Blanch.

**Fernández Magarzo, M.** (2008). "La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial". Madrid: *Estudios sobre Consumo* (núm. 84, pàg. 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*. València: Tirant lo Blanch.

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

**Rozados Oliva, M. J.** (2009). *Derecho administrativo de la publicidad*. València: 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, pàg. 11-14).

**Salas Carceller, A.** (2010). "Acciones por publicidad ilícita y competencia desleal (parte II)". *Revista Autocontrol* (núm. 157, pàg. 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, pàg. 7-14).

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

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

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