
Introducció al règim jurídic de la publicitat

PID_00270872

Sandra Vilajoana Alejandre
Juan. A. Cuerva de Cañas

Temps mínim de dedicació recomanat: 12 hores



**Sandra Vilajoana Alejandre**

Doctora en Comunicació i Humanitats per la Universitat Ramon Llull (URL), llicenciada en Publicitat i Relacions Públiques per la URL i en Dret per la Universitat de Barcelona. Des del 2006 és professora dels Estudis de Ciències de la Informació i de la Comunicació de la UOC i imparteix, com a professora associada, l'assignatura Dret de la comunicació a la Facultat de Comunicació i Relacions Internacionals Blanquerna, de la URL.

**Juan. A. Cuerva de Cañas**

Doctorand en dret civil (DEA), postgraduat en dret civil i llicenciat en Dret per la Universitat de Barcelona. Des de 2009 és professor-col·laborador dels Estudis de Ciències de la Informació i de la Comunicació de la UOC. En el passat ha impartit, com a professor associat, l'assignatura Dret de la comunicació a la Facultat de Comunicació i Relacions Internacionals Blanquerna, de la URL. Professor participant en diversos Màster sobre propietat intel·lectual. Advocat en exercici des de 2005.

L'encàrrec i la creació d'aquest recurs d'aprenentatge UOC han estat coordinats per la professora: Sílvia Martínez Martínez

Primera edició: febrer 2020
© Sandra Vilajoana Alejandre, Juan. A. Cuerva de Cañas
Tots els drets reservats
© d'aquesta edició, FUOC, 2020
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realització editorial: FUOC

Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny general i la coberta, no pot ser copiada, reproduïda, emmagatzemada o transmesa de cap manera ni per cap mitjà, tant si és elèctric com mecànic, òptic, de gravació, de fotocòpia o per altres mètodes, sense l'autorització prèvia per escrit del titular dels drets.

Índex

Introducció	5
Objectius	7
1. El règim jurídic de la publicitat	9
1.1. L'activitat publicitària: concepció professional enfront de concepció legal	9
1.2. Marc normatiu de l'activitat publicitària	11
1.2.1. Legislació europea	12
1.2.2. Legislació espanyola	14
1.2.3. Legislació autonòmica	17
2. El dret de la publicitat	19
2.1. Els subjectes de l'activitat publicitària	19
2.1.1. L'anunciant	20
2.1.2. L'agència de publicitat	20
2.1.3. Els mitjans	21
2.1.4. Els destinataris	22
2.2. La contractació publicitària	23
2.2.1. El contracte de publicitat	25
2.2.2. El contracte de creació publicitària	27
2.2.3. El contracte de difusió publicitària	28
2.2.4. El contracte de patrocini	29
2.3. Supòsits de publicitat il·lícita	30
2.3.1. La publicitat que vulneri els principis de la CE	31
2.3.2. La publicitat que vulneri la protecció especial del menor	32
2.3.3. La publicitat subliminal	33
2.3.4. La publicitat contrària a les normes especials	34
2.3.5. La publicitat enganyosa	36
2.3.6. La publicitat deslleial	49
2.3.7. La publicitat agressiva	52
2.4. Altres tipologies publicitàries	57
2.4.1. La publicitat comparativa	58
2.4.2. La publicitat de to excloent	60
2.4.3. La publicitat testimonial	61
2.4.4. La publicitat indirecta	63
2.5. Conseqüències jurídiques de la publicitat il·lícita	64
2.5.1. Accions derivades de la publicitat il·lícita	65
2.5.2. Aspectes procedimentals	70

3. Regulació de la publicitat en determinats mitjans de difusió i sectors d'activitat.....	72
3.1. Regulació de la publicitat audiovisual	72
3.1.1. El concepte de comunicació comercial audiovisual	75
3.1.2. Limitació temporal i identificació dels missatges publicitaris	78
3.1.3. El dret al patrocini	82
3.1.4. El dret a l'emplaçament de producte	84
3.1.5. El dret a emetre missatges de venda	87
3.1.6. Comunicacions comercials audiovisuals prohibides	87
3.1.7. L'especial protecció del menor en la publicitat audiovisual	89
3.1.8. Règim sancionador	91
3.1.9. Reconeixement i foment de l'autoregulació	94
3.2. Regulació de la publicitat a Internet	95
3.2.1. El concepte de serveis de la societat de la informació ...	96
3.2.2. Les comunicacions comercials per via electrònica	96
3.2.3. Règim sancionador	100
3.3. Regulació de la publicitat de productes farmacèutics	103
3.3.1. El concepte jurídic de la publicitat de medicaments	106
3.3.2. Regulació de la publicitat dels medicaments de prescripció	108
3.3.3. Regulació de la publicitat dels medicaments per a l'autocura de la salut	112
3.3.4. Règim sancionador i de control de la publicitat dels medicaments	116
3.4. Regulació de la publicitat del tabac	119
3.4.1. Regulació de la publicitat, la promoció i el patrocini	120
3.4.2. Infraccions i sancions	123
4. Regulació de la publicitat institucional.....	125
4.1. Objectius i justificació de la regulació de la publicitat institucional	125
4.2. Definicions, requisits i prohibicions de la publicitat institucional	127
4.3. Mecanismes de control	131
4.4. Planificació i execució de les campanyes institucionals	132
Abreviatures.....	135
Bibliografia.....	137
Annex.....	139

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 aquests materials abordarem 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.

Una vegada analitzat el règim general de la publicitat, contingut en dues normes –la Llei 34/1988 general de publicitat (LGP) i la Llei 3/1991 de competència deslleial (LCD)– ens aturarem després en l'estudi de la denominada **part especial del dret de la publicitat**.

A diferència del règim general, el règim especial de la publicitat es troba dispers en les diverses normes que regulen alguns mitjans de difusió de la publicitat i, també, els diferents sectors d'activitat. Atès l'abast d'aquesta assignatura, l'estudi exhaustiu de la legislació especial publicitària n'excediria els objectius. Per això, hem seleccionat els mitjans i sectors de la normativa especial que tenen més rellevància en la pràctica publicitària.

Sobre la base d'aquests objectius, abordarem la regulació de la publicitat en dos mitjans concrets, la televisió i Internet, així com dos sectors d'activitat que, en estar relacionats amb un àmbit d'especial protecció com és la salut de les persones, resulten especialment rellevants: el sector farmacèutic i el sector dels productes del tabac.

En aquest punt volem destacar dues consideracions prèvies a l'estudi d'aquests materials. 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 s'han estructurat sobre la base de la seqüència temporal típica del procés publicitari.

Així, en la part inicial 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).

Posteriorment, es delimiten els subjectes 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, l'elaboració i la 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.

Posteriorment, passarem a estudiar la normativa publicitària especial. En particular, la normativa reguladora de l'activitat publicitària en la televisió i Internet, així com en el sector farmacèutic i el sector dels productes del tabac.

Finalment, per completar aquesta referència introductòria a la publicitat sectorial, considerem rellevant abordar el contingut de la normativa que regula, específicament, la publicitat institucional, això és, la realitzada per les diferents entitats integrants del sector públic. Només apuntar ara que la publicitat institucional queda exclosa de l'àmbit d'aplicació de la part general del dret de la publicitat, ja que aquesta únicament s'aplica a la denominada **publicitat econòmica**, això és, aquella que té una finalitat comercial.

Objectius

Després de la lectura i l'estudi d'aquests materials didàctics, 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, comprendre i identificar les diferents modalitats de publicitat audiovisual i la seva regulació.
- 6.** Conèixer els requisits jurídics de la publicitat emesa per via electrònica, les seves prohibicions i els drets dels destinataris.
- 7.** Conèixer el règim d'infraccions i sancions derivades de l'incompliment de la legislació audiovisual i de la dels serveis de la societat de la informació.
- 8.** Conèixer l'abast de la regulació de la publicitat de productes farmacèutics.
- 9.** Conèixer els límits jurídics de la publicitat i el patrocini del tabac: l'abast de la prohibició de caràcter general i les seves excepcions.
- 10.** Identificar la publicitat institucional, diferenciar-la de la publicitat econòmica i conèixer-ne els límits jurídics.
- 11.** Conèixer el règim sancionador i les vies de control de la publicitat dels productes farmacèutics, de productes del tabac i de la publicitat institucional.

1. El règim jurídic de la publicitat

La publicitat 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 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 els 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 enfront de 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 seu públic 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, 2019).

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 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.

Anunci

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

Quant al 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):

«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) 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, 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 a) publicitat institucional, sempre que aquesta no tingui com a objectiu promoure la contractació, o b) 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 i la propaganda.

Per tal 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 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.

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. Per això, partirem de les normes de la Unió Europea, aplicables a tots els estats membres, i continuarem amb la legislació estatal en matèria 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.

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.

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 de cara a la creació efectiva del «mercat únic» europeu.

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, 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 al 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.

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

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.

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.

determinades disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres relatives a la prestació de serveis de comunicació audiovisual (coneguda com a **Directiva de serveis de comunicació audiovisual**), que ha estat modificada posteriorment per la Directiva 2018/1808/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 14 de novembre de 2018.

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 les 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, que regula, en els títols VIII i VIII bis, la publicitat dels medicaments.

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 aprovar 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**. Aquesta directiva 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

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** (LGP), que va derogar l'anterior Estatut de la publicitat (Llei 61/1964, d'11 de juny). 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).

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 règim 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).

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).
- La Llei 17/2001, de 7 de desembre, de marques.
- La Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (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).

Vegeu també

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

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.

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 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.

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.

- 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 18/2017, de l'1 d'agost, de comerç, serveis i fires.
- Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades.
- Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de Consum de Catalunya.
- Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència.
- Decret legislatiu 2/2009, de 25 d'agost, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de carreteres.
- Llei 11/2009, del 6 de juliol, de regulació administrativa dels espectacles públics i les activitats recreatives.
- Llei 5/2008, de 24 d'abril, del dret de les dones a erradicar 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 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 9/1995, de 27 de juliol, de regulació de l'accés motoritzat al medi natural.
- 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 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.

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.

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.

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 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 les 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 **destinatari**s), 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» (art. 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 (art. 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 anunciant 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 anunciant 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.

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» (art. 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 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» (art. 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 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

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, 2019).

el mitjà expressa les condicions i els 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.
- 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 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 comú 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 (art. 1.254 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 seu públic 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 registrar, 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 o de cessió de drets de propietat intel·lectual sobre continguts utilitzats a la publicitat (per exemple, música, imatges, etc.).

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 anunciants 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 anunciants, 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'incloguin en els contractes publicitaris 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

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.

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 té per 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 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 la certa vaguetat del precepte legal 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 quan les activitats o els serveis contractats comportin l'elaboració de creacions publicitàries, addicionalment, s'han d'aplicar les normes del contracte de creació publicitària (art. 20 LGP).

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, essencialment, dues obligacions derivades del contracte:

- Satisfereix la contraprestació acordada a l'agència de publicitat (art. 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 (art. 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 el material publicitari que l'anunciant li ha facilitat a l'efecte del contracte (art. 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 LGP per al cas del **compliment defectuós** d'una obligació contractual, en cas que la publicitat no s'ajusti en els elements essencials als termes del contracte o a les instruccions expressives 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.

Pel que fa a l'**incompliment de contracte**, l'article 16 de la LGP diferencia entre els supòsits de responsabilitat de l'anunciant o de l'agència:

- 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.

- 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 LGP 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 de l'anunciant, ha de ser satisfer 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 (arts. del 1.588 al 1.600 del CC).

En l'article 21, la LGP regula la **titularitat de la propietat industrial o intel·lectual sobre 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.

Vegeu també

Vegeu el que es disposa en matèria de propietat intel·lectual al mòdul «Dret d'autor i comunicació: últimes novetats i perspectives de futur».

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.

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 en 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 condicions 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.

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 l'article 22, primer paràgraf, 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 patrocinador».

La LGP destina solament un article a la regulació específica del contracte de patrocini publicitari. 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).

De la noció legal del contracte de patrocini se'n desprèn que tothom pot ser **part** en el contracte, 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 patrocinador, 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.

Patrocini i mecenatge

El patrocini es defineix com el suport financer o material que una persona física o jurídica dona a una persona, organització, manifestació, etc., amb la finalitat d'obtenir en contrapartida un benefici publicitari o d'imatge. 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, 2019). La LGP engloba les dues modalitats en el concepte de patrocini publicitari.

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 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.

L'aprovació al desembre de 2009 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.

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 als efectes de la LCD (Tato Plaza, 2010).

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. No obstant, 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.

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 espanyola.
- b) Determinats casos de publicitat dirigida a menors o en la qual hi apareguin menors.
- c) La publicitat subliminal.

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, que es consideren actes de competència deslleial, en els termes previstos en la LCD.

Vegeu també

En els subapartats següents aprofundirem en el contingut d'aquests supòsits de publicitat il·lícita previstos 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 (art. 14 CE), al dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge (art. 20 CE) 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 perquè, partint de la base del principi de jerarquia normativa, la Constitució espanyola 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, per extensió, la dignitat de la persona, i el principi d'igualtat establert en l'article 14 de la Constitució, en particular. De fet, amb la referència als supòsits considerats «especialment» il·lícits, és probable que el legislador només va voler destacar la importància de la protecció dels drets esmentats amb referència a l'activitat del professional de la publicitat.

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 va incorporar 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 hi 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 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. Per tant, actualment la LGP preveu expressament dos supòsits de publicitat il·lícita per vulneració de la dignitat de la dona: a) un primer supòsit on s'utilitza el cos (o parts del cos) femení com a mer objecte i on existeix una desconexió total i absoluta entre la imatge utilitzada (cos de la dona) i el producte promocionat; i b) un segon supòsit que presumeix 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

La Llei 29/2009 va ampliar 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, si-

nó també intel·lectual i moral. Els 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 la seva 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.

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 a 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.

2.3.3. La publicitat subliminal

Una altra de les modalitats de publicitat il·lícita recollides en l'article 3 de la LGP és la **publicitat subliminal**, esmentada en l'apartat c) de l'article 3 de la LGP.

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.

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, així com aquella publicitat que inciti conductes que afavoreixin la desigualtat entre homes i dones.

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

El legislador es limita a definir i prohibir la publicitat subliminal en la LGP. Com afirma Lema Devesa, aquesta prohibició pretén garantir que els anunciants no traspassin el control racional que tot consumidor ha de tenir sobre els missatges publicitaris rebuts i 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 subliminal 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 subliminal la publicitat no pot ser percebuda conscientment, es preveu que la prova per a determinar si s'ha de considerar il·lícita 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 que l'article 1 de 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 centesimals per mitjà de la televisió i la publicitat de begudes alcohòliques en general, en els llocs on n'estigui prohibida la venda o el 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) 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 les 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'anunciants i de consumidors i usuaris.

5) 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.

6) 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 TRLGDCU i en la Llei General de Sanitat.

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

La LGP, arran de l'aprovació de la Llei 29/2009, remet al que disposa la LCD quant a la regulació dels 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 tindran el caràcter d'actes de competència deslleial en els termes previstos en la LCD.

En aquest apartat veurem, en primer lloc, la clàusula general que prohibeix la publicitat enganyosa; en segon lloc, 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.

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.

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 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 introductori 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 sent 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 5.1 de la LCD esmenta, a continuació, una llista d'aspectes – apartats a) a h)– en els quals ha de recaure l'engany perquè la publicitat sigui considerada enganyosa:

« 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.
- 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 les 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 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

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.

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.

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.

1) La publicitat enganyosa per omissió

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 dóna 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 o 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 a dir, per valorar 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.

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 LCD, en particular, i ens referirem breument a una altra de les seves modalitats: la publicitat encoberta per televisió, l'anomenat **emplaçament de producte** (*product placement*), que abordarem amb detall més endavant.

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.

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 dóna 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'informació.

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 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.

Una manifestació concreta de publicitat encoberta en el mitjà televisiu seria l'anomenat **emplaçament de producte** o *product placement*.

La LGCAV 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).

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 sempre i quan 1) el programa hagi estat produït o encarregat pel prestador i 2) el públic hagi estat clarament informat de l'emplaçament de producte al principi i al final del programa i quan es repregui després d'una pausa publicitària. Queda prohibit, en tot cas, l'emplaçament de producte en la programació infantil. Així, per a ser considerat l'emplaçament de producte publicitat encoberta, 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. Sobre l'emplaçament de producte hi tornarem més endavant.

3) La publicitat enganyosa per confusió

La LCD considera la publicitat confusionista 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

Vegeu també

El tema de la contractació s'ha tractat en el subapartat 2.2 anterior.

Vegeu també

La regulació de la publicitat televisiva serà objecte d'estudi detallat a l'apartat 3.1 d'aquest mòdul.

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 qualssevol 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 conclogui 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 promoció 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, en general, pel que disposa la Llei 17/2001, de 7 de desembre, de marques. 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 87, 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) La publicitat que incompleix codis de conducta

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 anunciant en seria un exemple.

Per la seva banda, 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'anunciament 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 legals 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 (arts. 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. A continuació, esmentarem des del punt de vista publicitari i de manera sintètica 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 a 27 LCD 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 minorista o que, en qualsevol altre supòsit, afirmen que l'empresari o professional 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 sotmesa 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 del 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 con-

tractar 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 promoció 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 del 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 **delictes 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».

Mitjançant la tipificació del delictes publicitari, determinats supòsits de publicitat enganyosa es consideren un il·lícit penal, de forma que es reforça la protecció del dret dels consumidors a rebre 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.

2.3.6. La publicitat deslleial

Reprement 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 està recollida en els articles 4, 6, 9, 10, 12 i 20 de la LCD.

Així, en l'article 4.1 la 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, 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 CE, 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, 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.

En desenvolupament de l'article 3 e) de la LGP, la LCD considera com a publicitat estrictament deslleial:

- 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 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 si-

lenci 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».

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, amb la vigent LCD, 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, com hem vist una hipòtesi específica del risc d'engany.

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 destinataris sobre l'origen o la 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 l'anunciant convé confondre's.

3) La publicitat que aprofita indegudament la reputació aliena

L'article 12 de 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».

Més concretament, del que es disposa en aquest mateix article es dedueix que s'ha de tipificar com a deslleial la publicitat que empri 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.

Marques amb renom

La Llei de marques es refereix a les marques amb renom a l'article 8 i disposa que «no podrà registrar-se com a marca un signe que sigui idèntic o similar a una marca anterior, amb independència que els productes o serveis per als quals es faci la sol·licitud siguin idèntics o siguin o no similars a aquells per als quals s'hagi registrat la marca anterior, quan la marca anterior gaudeixi de renom a Espanya o, si es tracta d'una marca de la Unió, a la Unió Europea, i amb l'ús de la marca posterior, realitzat sense justa causa, es pugués obtenir un avantatge deslleial del caràcter distintiu o del renom de la marca anterior, o aquest ús pugués ser perjudicial per a aquest caràcter distintiu o aquest renom».

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, de 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.

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.

Com que, amb caràcter general, l'article 10 LCD reconeix la licitud de la publicitat comparativa, sempre que s'ajusti als requisits establerts en la mateixa LCD, 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.

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.

2.3.7. La publicitat agressiva

Una altra novetat de la vigent LCD 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**.

Publicitat directa

«Publicitat que s'adreça directament i individualment a persones prèviament identificades, a través del correu, el telèfon o un sistema multimèdia» (Termcat, 2019).

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:

- 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 (omissions 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» (art. 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-ne el comportament en el marc d'una relació ja establerta.

Sobre la base d'aquesta definició i d'acord amb el catàleg de pràctiques agressives, 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 ja hem apuntat, la LCD inclou, en el segon apartat de l'article 8, la **llista següent 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 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 exclouent** 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 actualment es regula a la LCD, que dedica l'article 10 als actes de comparació, entre els quals destaca, explícitament, la publicitat comparativa.

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). A Espanya, la doctrina majoritària també ha defensat 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.

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.

El professor 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).

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, la LCD estableix 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.

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.

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 la mateixa 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 un nom comercial protegit.

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.

Com que no hi ha una definició legal de publicitat de to excloent, ha estat la doctrina, com el professor Lema Devesa (1980), la que ha definit la publicitat de to excloent com:

«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».

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 el professor 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 intranscendents 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, podem 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 dona 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 testimoniant amb finalitats publicitàries, fa falta l'autorització d'aquest testimoniant a fi de no infringir el seu dret a l'honor i a la pròpia imatge (art. 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 que genera les obligacions consegüents 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.

La Llei de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris (Reial decret legislatiu 1/2015, de 24 de juliol), disposa en l'article 80.1 d) que 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, es poden distingir **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, el professor Lema Devesa, basant-se en el que disposa 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.

Autocontrol

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.

2) El testimoni no pot ser presentat fora de context, ni manipulats, ni reelaborats 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. Així, per exemple, la derogada Llei 25/1994 la definia en els termes següents:

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. Així, el professor Lema Devesa (2007) proposa la definició següent:

Publicitat indirecta

«Aquella modalidad publicitaria que realiza 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 respectives legislacions autonòmiques:

- 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.

2.5. Conseqüències jurídiques de la publicitat il·lícita

Fins al desembre de 2009, quan va tenir lloc l'aprovació de la Llei 29/2009, que va derogar el títol IV de la LGP, 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.

Exemple

Les manifestacions de la publicitat indirecta són variades i inclouen des de l'ús publicitari de la marca corporativa, no del 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.

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**, que segons el que disposa la Llei Orgànica 6/1985 del Poder Judicial (LOPJ) correspon determinar als jutjats mercantils, que són els competents per conèixer, entre altres casos, de les accions relatives a la competència deslleial i publicitat (art. 86 ter.2 a) de la LOPJ). 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 dirigeix 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.

En les matèries de caràcter civil que se sotmeten a la decisió dels òrgans jurisdiccionals (jutjats i tribunals) 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 recavar la tutela judicial per fer valdre un dret, en termes jurídics, s'anomena **acció**.

A continuació, abordarem les particularitats pròpies de les accions (civils) derivades dels actes de competència deslleial, entre ells, la publicitat il·lícita.

2.5.1. Accions derivades de la publicitat il·lícita

La LCD regula, en el capítol IV, les accions derivades de la competència deslleial. 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 abordarem, breument, el contingut de cadascuna de les 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 LCD; 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.

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

En segon lloc, l'article 32 de 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/difondre.
- La prohibició de publicitat il·lícita d'execució imminent, però que encara no ha estat 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 darrera 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, el demandant ha de provar l'existència dels efectes ocasionats per l'acte deslleial i la seva vigència en el moment d'interposar la demanda.

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 desmentiment de la correcció, versemblança o justificació de les informacions enganyoses, incorrectes o falses. A més, el missatge de rectificació ha d'especificar que té origen en una sentència judicial condemnatòria per competència deslleial.

5) L'acció de rescabament de 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 dolo 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.

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 (causa-efecte) a la conducta de l'infractor.
- Que l'autor ha actuat amb dolo o culpa (exigència que no es preveia en les accions que hem abordat prèviament).

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 un 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**:

a) 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.

b) En relació amb el **supòsit de publicitat enganyosa per incompliment d'un codi de conducta** (art. 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 preveu l'article 38 de la LCD.

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 de la LCD, 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.

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 les accions recollides en l'article 32 de la LCD 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 deslleial.

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.

3. Regulació de la publicitat en determinats mitjans de difusió i sectors d'activitat

Com ja hem vist, el règim jurídic general de la publicitat –**part general del dret de la publicitat**– es conté a la LGP i a la LCD. A diferència del règim general, el règim especial de la publicitat es troba dispers en les diverses normes que regulen alguns mitjans de difusió de la publicitat i, també, els diferents sectors d'activitat. De fet, el propi article 3 de la LGP es remet a la normativa especial que «reguli la publicitat de determinats productes, béns, activitats o serveis». Així, ara ens aturarem en l'estudi de la denominada **part especial del dret de la publicitat**.

Donat que un estudi exhaustiu de la legislació especial publicitària excediria les dimensions raonables d'aquest treball, hem seleccionat els mitjans i sectors de la normativa especial que o bé tenen més rellevància en la pràctica publicitària o bé ens serveixen d'exemple per a reforçar la consulta necessària de la legislació especial a l'hora d'idear i desenvolupar determinades campanyes de publicitat.

Amb l'objectiu d'evidenciar la importància i l'abast de les normes especials que regulen la publicitat de determinats productes o serveis, al final d'aquest treball hem inclòs un annex que recopila part d'aquesta normativa especial.

Atès el seu ampli abast i la transcendència pràctica, a continuació abordarem la regulació de la publicitat en els mitjans de difusió més utilitzats: televisió i Internet. Així mateix, ens aturarem en la normativa especial de dos sectors d'activitat que, en estar relacionats amb un àmbit d'especial protecció com és la salut de les persones, resulten especialment rellevants: el sector farmacèutic i el sector dels productes del tabac.

3.1. Regulació de la publicitat audiovisual

La legislació europea i, en conseqüència també l'estatal, disposen, respectivament, d'una normativa específica que regula els denominats **serveis de comunicació audiovisual** i, entre altres aspectes, la denominada **comunicació comercial audiovisual**.

En l'àmbit europeu actualment regeix el que disposa la versió codificada el 2010 de la Directiva 2010/13/UE de serveis de comunicació audiovisual (DS-CAV) –modificada el 2018 per la Directiva 2018/1808 de 14 de novembre– que

integra en un únic text totes les modificacions que s'havien succeït en el text de l'anterior Directiva 89/552/CEE, coneguda originàriament com a *Directiva de televisió sense fronteres* (DTVSF), ja derogada.

En resposta a la necessitat de traslladar el nou contingut de la Directiva europea a la legislació estatal, l'abril de 2010 va entrar en vigor a Espanya la **Llei 7/2010**, de 31 de març, **general de la comunicació audiovisual** (LGCAV) que va derogar l'anterior Llei 25/1994, de 12 de juliol, de televisió sense fronteres (LTSF).

En el preàmbul de la LGCAV, el legislador espanyol reconeix el pes i la transcendència econòmica que ha adquirit el sector audiovisual en els últims anys. L'explotació tradicional de la ràdio i la televisió analògica, condicionada per l'escassetat d'espectre radioelèctric –i, per tant, per una oferta pública i privada reduïda–, ha deixat pas a la tecnologia digital i, amb aquesta, a un augment exponencial dels senyals de ràdio i televisió gràcies a la capacitat de compressió del senyal que s'incrementa i augmenta la qualitat del senyal audiovisual.

Augmenta l'accés als mitjans audiovisuals i es multipliquen les audiències però, per la mateixa raó, aquestes es fragmenten. Internet irromp com a competidora de continguts. Els models de negoci evolucionen i es desplacen. Com a conseqüència de tot això, el legislador reconeix que la normativa ha d'evolucionar amb els temps i adaptar-se als nous desenvolupaments tecnològics.

Així, entre els **objectius** de la LGCAV sobresurten els següents:

1) **Transposar** a la legislació espanyola la Directiva 2007/65/CE de serveis de comunicació audiovisual.

2) **Compendiar** la normativa vigent, encara vàlida, de l'Estat, que estava dispersa i era incompleta, **actualitzar** els aspectes que han experimentat modificacions importants i **regular** noves situacions que, fins aleshores, no disposaven de marc legal.

3) **Voluntat de permanència**: dotar Espanya d'un marc jurídic prou flexible per a adaptar-se al dinamisme del sector enfront de la vertiginosa i contínua evolució tecnològica.

La LGCAV es presenta com a norma bàsica no solament per al sector audiovisual estatal privat, sinó també per al públic, articula la reforma del sector i, en opinió del legislador:

«dota Espanya d'una normativa audiovisual d'acord amb els temps, coherent, dinàmica, liberalitzadora i amb garanties de control democràtic i respecte i reforç dels drets dels ciutadans, dels prestadors i de l'interès general».

Quant als serveis de comunicació audiovisual públics, la LGCAV es limita a fixar els principis mínims que han d'inspirar la presència en el sector audiovisual d'organismes públics prestadors de servei públic de ràdio, televisió i serveis interactius.

Per a l'objecte d'estudi de l'assignatura, resulta especialment rellevant la publicació, el 2011, del **Reial decret 1624/2011**, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el **reglament de desenvolupament de la LGCAV (RDLGCAV)**, quant a la comunicació comercial televisiva.

Ràdio i televisió pública

En matèria de ràdio i televisió pública, la normativa de referència és la Llei 17/2006, de 5 de juny, de la ràdio i televisió de titularitat estatal, complementada amb la Llei 8/2009, de 28 d'agost, de finançament de la Corporació de Ràdio i Televisió Espanyola.

En el RDLGCAV el legislador mateix reconeix la importància de la regulació de la comunicació comercial televisiva, tant per als prestadors de servei com per als seus telespectadors, per la qual cosa, a més de reconèixer el dret dels prestadors a dur a terme comunicacions comercials, la nova normativa també s'ha de concebre com un instrument de protecció del telespectador enfront de l'emissió abusiva de missatges promocionals i publicitaris.

Així, l'objectiu del RDLGCAV és aclarir i desplegar d'una manera més àmplia els aspectes de la LGCAV que, en relació amb la regulació de la publicitat televisiva, necessiten aclarir-se en pro de més seguretat jurídica i de l'establiment d'unes regles d'aplicació uniformes en el sector.

El RDLGCAV va ser modificat pel Reial decret 21/2014, de 17 de gener, amb la finalitat d'adequar amb més exactitud la normativa espanyola a les directrius europees en matèria de telepromocions, emplaçament de producte i promoció de produccions audiovisuals europees.

Per completar el marc regulador del sector audiovisual a Espanya no podem oblidar que algunes comunitats autònomes disposen de la seva pròpia normativa en matèria audiovisual, en el contingut de la qual s'inclou, també, la regulació de la publicitat que s'emet en mitjans audiovisuals autonòmics o locals.

Una vegada feta aquesta puntualització, a tall de síntesi, apuntarem que la **LGCAV** és un text que regula la comunicació audiovisual de cobertura estatal, sense perjudici de les competències reservades a les comunitats autònomes i als ens locals en els àmbits respectius. El seu contingut inicial s'estructura en sis títols (I a VI) dels quals ara ens interessen particularment:

- El títol I on es recullen les disposicions generals i les definicions essencials per a comprendre l'abast de la normativa.

- El títol II, que estableix la normativa bàsica per a la comunicació audiovisual i, entre altres aspectes, regula, d'una banda, els drets dels ciutadans a rebre una comunicació audiovisual plural i amb continguts adequats a l'ordenament constitucional i, d'una altra, els drets dels prestadors de serveis de comunicació audiovisual, entre els quals sobresurt el **dret a dur a terme comunicacions comercials**.
- I el títol VI, que estableix el règim sancionador bàsic de la LGCAV.

Per la seva banda, el **RDLGCAV** és un text breu estructurat sobre la base de set capítols que delimita l'activitat dels prestadors de serveis de comunicació audiovisual quan fan autopromocions o diverses formes de comunicacions comercials, com ara telepromocions i patrocinis, o quan les emeten durant la retransmissió d'esdeveniments esportius.

Després d'aquesta introducció, a continuació abordarem el contingut de la LGCAV sobre la regulació de la denominada **comunicació comercial audiovisual**. Sobre aquest tema, el legislador mateix –en l'exposició de motius de la LGCAV– concep aquesta llei com:

«un instrument de protecció del consumidor enfront de l'emissió de missatges publicitaris en totes les seves formes quant a temps i continguts però també com una normativa reguladora bàsica per a impedir abusos i interpretacions divergents que han portat, en el passat, a l'obertura d'expedients i a discrepàncies serioses a l'hora d'interpretar els preceptes europeus».

A partir del contingut de la LGCAV sobre comunicació comercial, a continuació abordarem els aspectes següents relacionats amb els límits jurídics de la publicitat audiovisual:

- El concepte de comunicació comercial audiovisual.
- La limitació temporal i la identificació dels missatges publicitaris.
- El dret al patrocini, a l'emplaçament de productes i a la televenda.
- La comunicació comercial durant la retransmissió d'esdeveniments esportius.
- Les comunicacions comercials audiovisuals prohibides.
- La protecció especial del menor en la publicitat audiovisual.
- El règim sancionador en matèria de comunicacions comercials.
- El reconeixement i el foment de l'autoregulació.

3.1.1. El concepte de comunicació comercial audiovisual

La LGCAV regula, amb caràcter general, els denominats **serveis de comunicació audiovisual** de cobertura estatal sempre que el prestador del servei estigui establert a Espanya.

A l'efecte de la LGCAV hem d'entendre per **serveis de comunicació audiovisual** «aquells la responsabilitat editorial dels quals correspon a un prestador del servei i la finalitat principal dels quals és proporcionar, per mitjà de xarxes de comunicacions electròniques, programes i continguts a fi d'informar, entretenir o educar el públic en general, i emetre comunicacions comercials» (art. 2.2).

Són **modalitats** del servei de comunicació audiovisual:

- Els **serveis de comunicació audiovisual televisiva i radiofònica**, que es presten per al visionament o l'audició simultània de programes sobre la base d'un horari de programació, la qual cosa el legislador europeu denomina **serveis lineals de comunicació audiovisual**.
- Els **serveis de comunicació audiovisual televisiva i radiofònica per encàrrec**, que es presten per al visionament o l'audició de programes i continguts en el moment triat per l'espectador o l'oient, respectivament, i a la seva pròpia petició sobre la base d'un catàleg de programes seleccionat pel prestador del servei de comunicació.
- La **televisió i la ràdio en mobilitat**, que es presta per al visionament o l'audició de programes i continguts en un dispositiu mòbil.

Al seu torn, la LGCAV defineix el **prestador del servei de comunicació audiovisual** com «la persona física o jurídica que té el control efectiu, això és, la direcció editorial, sobre la selecció dels programes i continguts i la seva organització en un canal o en un catàleg de programes. L'arrendatari d'una llicència de comunicació audiovisual tindrà la consideració de prestador de servei» (art. 2.1).

En conseqüència, una gran part de la regulació que passem a exposar a continuació és aplicable a la publicitat difosa per qualsevol dels serveis de comunicació audiovisual esmentats anteriorment.

En aquest sentit, abans d'endinsar-nos en l'abast del dret dels prestadors de serveis a emetre missatges publicitaris, convé destacar que la LGCAV dedica una secció específica a la regulació de la denominada **comunicació comercial en els mitjans audiovisuals**. Així, el capítol II del títol II de la LGCAV regula els drets dels prestadors del servei de comunicació audiovisual a dur a terme **comunicacions comercials** (art. 13 a 18). Així doncs, la LGCAV diferencia entre el concepte, més ampli, de comunicació comercial audiovisual i les diferents modalitats, totes publicitàries, que engloba aquest.

A l'efecte de la LGCAV entendrem per **comunicació comercial audiovisual** «les imatges o sons destinats a promocionar, de manera directa o indirecta, els béns, serveis o imatge d'una persona física o jurídica dedicada a una activitat econòmica. Aquestes imatges o sons acompanyen un programa o s'hi inclouen en canvi d'una contraprestació a favor del prestador del servei» (art. 2.24).

I, en el mateix article (2.24 LGCAV), el legislador concreta que, en tot cas, són **formes de comunicació comercial audiovisual**:

- el missatge publicitari televisiu o radiofònic,
- el patrocini,
- la televenda, i
- l'emplaçament de producte.

Totes aquestes formes de comunicació comercial audiovisual estan definides en la LGCAV, al costat d'**altres modalitats** més o menys afins que, com veurem, també estan regulades en el marc del dret a dur a terme comunicacions comercials. És el cas de les següents:

- la telepromoció,
- l'autopromoció,
- la comunicació comercial audiovisual encoberta, i
- la publicitat subliminal.

Endinsant-nos ja en el contingut de la LGCAV, aquesta reconeix el dret dels prestadors del servei de comunicació audiovisual (tant si són serveis radiofònics com televisius o connexos i interactius) a emetre missatges publicitaris (art. 14.1).

Per **missatges publicitaris** la LGCAV entén «qualsevol forma de missatge d'una empresa pública o privada o d'una persona física en relació amb la seva activitat comercial, industrial, artesanal o professional, amb l'objecte de promocionar el subministrament de béns o la prestació de serveis, inclosos béns immobles, drets i obligacions» (art. 2.25).

Aquesta definició coincideix, en gran mesura, amb el concepte de **publicitat econòmica** recollit en la LGP. D'aquesta manera, la definició de publicitat audiovisual és, d'una banda, àmplia quant a formats però, d'una altra, exclou la publicitat allunyada d'objectius comercials com, per exemple, la publicitat institucional i la publicitat política.

En aquest sentit, convé destacar que la Disposició Addicional Setena de la LGCAV reconeix, de manera expressa, el caràcter no publicitari dels anuncis de servei públic o de caràcter benèfic difosos gratuïtament pel prestador del servei de comunicació audiovisual (que, a més, no es tindran en consideració als efectes del còmput dels límits temporals de publicitat).

3.1.2. Limitació temporal i identificació dels missatges publicitaris

La LGCAV estableix les condicions d'emissió dels missatges publicitaris sobre la base de tres aspectes:

- 1) la limitació quantitativa d'aquesta;
- 2) el respecte a la integritat dels programes de televisió en relació amb les interrupcions publicitàries, i
- 3) el principi d'identificació publicitària exigible, també i especialment, en els mitjans audiovisuals¹. Quant als límits **quantitatius** de la publicitat, la LGCAV diferencia entre els prestadors de serveis de comunicació audiovisual televisiva² i els prestadors de serveis radiofònics connexos i interactius i estableix els **critèris** següents:

1) Els **prestadors de serveis televisius** tenen dret a emetre un màxim de 12 minuts de missatges publicitaris per hora de rellotge. Per al còmput d'aquests 12 minuts, la LGCAV disposa que únicament s'ha de tenir en compte el conjunt dels missatges publicitaris i la televenda, i se n'exclouen el patrocini, l'emplaçament i, per descomptat, les modalitats publicitàries que no estan compreses en la definició jurídica mateixa de missatge publicitari.

També s'ha d'excloure d'aquest còmput la telepromoció quan es tracti d'un missatge individual de durada clarament superior a la d'un missatge publicitari que superi els 45 segons i sempre que el conjunt de telepromocions no superi els 36 minuts al dia, ni els 3 minuts per hora de rellotge (art. 14.1). En cas de superar-se aquests límits específics per part de la telepromoció, l'excés es computarà en el límit de 12 minuts per hora de rellotge, sense perjudici de les sancions administratives que, si escau, es puguin imposar.

⁽¹⁾D'ara endavant serveis televisius.

Definicions

Les definicions de **televenda, patrocini i emplaçament de producte** a l'efecte de la LGCAV es recolliran posteriorment en abordar, de manera específica, la regulació de cadascuna d'aquestes modalitats publicitàries.

Hora de rellotge

El RDLGCAV aclareix que s'ha d'entendre per **hora de rellotge** cadascuna de les hores naturals en les quals es divideix el dia.

Per **telepromoció** la LGCAV entén la «comunicació comercial audiovisual en la qual el presentador o qualsevol dels protagonistes del programa, utilitzant l'escenari, l'ambientació i l'*attrezzo* del programa, exposen per un temps clarament superior a la durada d'un missatge publicitari les característiques d'un bé o servei, de manera que el missatge no pot ser emès de manera independent al programa corresponent» (art. 2.27).

De manera complementària, el RDLGCAV amplia les condicions i els requisits de les telepromocions perquè no computin en el còmput de 12 minuts per hora de rellotge destinats a missatges publicitaris i televenda. En tot cas, durant l'emissió de les telepromocions s'haurà de superposar, permanentment i de manera clarament llegible, una transparència amb la indicació «publicitat» (art. 11 RDLGCAV).

2) D'altra banda, per als **serveis radiofònics, connexos i interactius**, no s'estableix cap limitació, ja que se'ls reconeix el dret a emetre missatges publicitaris lliurement.

3) Aquestes limitacions es veuen complementades amb el límit establert per l'autopromoció, que en cap cas no pot superar els 5 minuts per hora de rellotge (art. 13.2 LGCAV).

La LGCAV defineix l'**autopromoció** com la «comunicació audiovisual que informa sobre la programació del prestador del servei, sobre programes o paquets de programació determinats o sobre els productes accessoris derivats directament d'aquests» (art. 2.28).

El legislador disposa que l'autopromoció no es considera comunicació comercial a l'efecte de la LGCAV, malgrat el límit esmentat de 5 minuts per hora de rellotge i que els seus continguts estiguin subjectes a les obligacions i prohibicions establertes amb caràcter general per a la publicitat comercial (art. 2.2.).

El RDLGCAV amplia de manera detallada i exhaustiva els criteris per a efectuar el còmput del límit de minuts d'autopromoció que fixa la LGCAV. Així, per exemple, el RDLGCAV concreta que computen en el límit de 5 minuts d'autopromoció per hora de rellotge (art. 5):

- Els avanços de programació en què s'informi els telespectadors mitjançant tècniques publicitàries o promocionals dels propers programes o paquets de programació que s'emetràn en qualsevol dels canals la responsabilitat editorial dels quals escau al prestador mateix de servei.

Productes accessoris

S'entén que els **productes accessoris** derivats directament del programa són els que realment s'hi identifiquin i l'existència i comercialització dels quals seria impossible sense l'existència del programa per la seva vinculació directa amb aquest.

Lectura recomanada

Per a conèixer l'abast de la regulació de la denominada **autopromoció** es recomana la lectura dels articles 9 a 11 del RDLGCAV.

- Les sobreimpressions publicitàries o promocionals sobre la programació o propers programes que no es limitin a informar –encara que solament apareguin en algun dels angles de la pantalla, com també les transparències o sobreimpressions que redirigeixin a la pàgina web del prestador de servei.
- I, en general, les autopromocions de la cadena o el prestador que tinguin un caràcter promocional o publicitari.

Finalment, el legislador puntualitza que tots els espais d'autopromoció en els quals es barregin o incloguin elements publicitaris aliens a la programació o als productes accessoris directament derivats dels programes s'han de considerar missatges publicitaris computables en el límit de temps assignat a aquests, és a dir, 12 minuts per hora de rellotge (art. 8 RDLGCAV).

En segon lloc, el legislador ha procedit a regular, també, la **manera en què la comunicació comercial s'insereix en el contingut** dels mitjans audiovisuals.

Així, com a **principi general**, la LGCAV disposa que «els missatges publicitaris a la televisió han de respectar la integritat del programa en el qual s'insereixen i de les unitats que el conformen» (art. 14.3).

No obstant això, el legislador estableix tot seguit alguns **límits** respecte a les **interrupcions permeses** en alguns programes televisius:

- 1) La transmissió de pel·lícules per a la televisió (amb exclusió de les sèries, els serials i els documentals), llargmetratges i programes informatius televisius pot ser interrompuda una vegada per cada període previst de 30 minuts.
- 2) En el cas dels programes infantils, la interrupció és possible una vegada per cada període ininterromput previst de 30 minuts, si el programa dura més de 30 minuts.
- 3) Per la seva banda, les retransmissions d'esdeveniments esportius per televisió únicament poden ser interrompudes per missatges de publicitat aïllats quan l'esdeveniment estigui aturat. En aquestes retransmissions, disposin o no de parts autònomes, es poden inserir missatges publicitaris sempre que permetin seguir el desenvolupament de l'esdeveniment. El RDLGCAV concreta als articles 15 a 17 com s'ha de dur a terme la inserció de missatges publicitaris durant la retransmissió d'esdeveniments esportius.
- 4) No es pot inserir publicitat televisiva ni televenda durant els serveis religiosos.

El RDLGCAV aclareix que a l'efecte del nombre d'interrupcions permeses – que, com hem vist, no pot ser superior a una per cada període previst de 30 minuts–, s'entén que la durada prevista en el cas de les pel·lícules per a televisió, llargmetratges i programes informatius i infantils és el lapse de temps total de durada d'aquests programes, excloent la durada dels espais publicitaris i autopromocionals que hi hagi dins d'aquests.

En tercer lloc, per concloure les condicions de l'exercici del dret a emetre missatges publicitaris, la LGCAV recorda la importància de complir amb el **principi d'identificació publicitària** que també preveu, amb caràcter general, la LGP i que ara s'aplica, en particular, a la comunicació comercial audiovisual. Així, la LGCAV estableix l'**obligació** de diferenciar clarament tant els missatges publicitaris a la televisió com la televenda dels programes mitjançant mecanismes acústics i òptics segons els criteris generals establerts per l'autoritat audiovisual competent. A més, el nivell sonor dels missatges publicitaris no pot ser superior al nivell mitjà del programa anterior (art. 14.2).

Amb l'objectiu de vetllar pel compliment efectiu del principi d'identificació, el legislador concreta a l'article 14.3 LGCAV que:

«en l'emissió de publireportatges, telepromocions i, en general, de les formes de publicitat diferents dels anuncis televisius que, per les característiques de la seva emissió, podrien confondre l'espectador sobre el seu caràcter publicitari, s'ha de superposar, permanentment i de manera clarament llegible, una transparència amb la indicació "publicitat"».

D'aquesta manera, la LGCAV vol garantir el dret del públic a una comunicació audiovisual transparent i, més concretament, el reconeixement exprés en la llei mateixa al dret de totes les persones «a que la comunicació comercial estigui clarament diferenciada de la resta de continguts audiovisuals, en els termes que preveu la normativa vigent» (art. 6.5 LGCAV).

Finalment, en aquest punt cal destacar que, addicionalment, la LGCAV també reconeix als prestadors el **dret a crear canals de comunicació comercial** –en aquest cas únicament als prestadors privats– i els ja esmentats **programes o anuncis d'autopromoció** en els termes següents (art. 13 LGCAV):

- Respecte als canals dedicats exclusivament a emetre missatges publicitaris i missatges de venda per televisió, el legislador disposa que els missatges dels programes esmentats estan sotmesos al règim general de la LGCAV (excepte, com hem vist, al disposat en matèria de limitacions de temps) i a la normativa específica sobre publicitat.
- Quant al dret a emetre programes que informin sobre la seva programació o anuncis dels seus propis programes i els productes accessoris derivats directament d'aquests, la LGCAV reitera que ni els programes esmentats ni els anuncis es consideren comunicació comercial a l'efecte de la LGCAV. No obstant això, els continguts de l'autopromoció de programes o produc-

tes estan subjectes a les obligacions i prohibicions establertes amb caràcter general per a la publicitat comercial.

3.1.3. El dret al patrocini

La LGCAV regula, de manera específica, les quatre modalitats de comunicació comercial esmentades en la seva definició mateixa. Després de comentar l'abast del dret a emetre missatges publicitaris, abordarem el contingut del dret al patrocini, del dret a l'emplaçament de productes i, finalment, del dret a emetre missatges de venda.

La LGCAV reconeix als prestadors del servei de comunicació audiovisual «el dret a que els seus programes siguin patrocinats, excepte els de contingut informatiu d'actualitat» (art. 16.1).

D'això es desprèn el dret d'empreses i professionals a patrocinar programes audiovisuals en els termes que detallarem a continuació.

A l'efecte de la LGCAV, entendrem per **patrocini** «qualsevol contribució que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestació de serveis de comunicació audiovisual ni a la producció d'obres audiovisuals faci al finançament de serveis de comunicació audiovisual o programes, amb la finalitat de promocionar-ne el seu nom, marca, imatge, activitats o productes» (art. 2.29).

Així, per mitjà del patrocini l'anunciant, en aquest cas patrocinador, contribueix al finançament del programa audiovisual a canvi de la referència expressa a aquesta participació com a patrocinador d'aquest.

El legislador regula el patrocini audiovisual a partir de les **obligacions i prohibicions** següents (art. 16 de la LGCAV):

- 1) S'estableix l'obligació d'informar clarament el públic del patrocini al principi, a l'inici de cada represa després dels talls que es produeixin o al final del programa mitjançant el nom, el logotip, o qualsevol altre símbol, producte o servei del patrocinador. Amb aquesta obligació, el legislador vol garantir, una vegada més, el compliment del principi d'identificació publicitària.
- 2) El patrocini no pot condicionar la independència editorial del prestador del servei de comunicació audiovisual.

3) Com ja hem avançat, es prohibeix el patrocini de programes de contingut informatiu d'actualitat, definits en l'article 13 del RDLGCAV com:

«l'equivalent a un telenotícies o un butlletí de notícies, inclosos els programes d'investigació o reportatges sobre les notícies polítiques o econòmiques d'actualitat».

4) També es prohibeix que el patrocini inciti directament la compra o l'arrendament de béns o serveis, en particular, mitjançant referències de promoció concretes a aquests.

5) Finalment, el legislador estableix que el patrocini no pot afectar el contingut del programa o comunicació audiovisual patrocinats ni el seu horari d'emissió de manera que es vegi afectada la responsabilitat del prestador del servei de comunicació audiovisual.

En relació amb la limitació temporal de la comunicació comercial audiovisual, l'article 12 del RDLGCAV recull les **condicions** i els **requisits** següents del patrocini perquè aquest no computi com a missatge publicitari en el límit de 12 minuts fixat per la normativa:

1) Que hi hagi un contracte o ordre de patrocini entre el productor del programa patrocinat o el prestador del servei o, si escau, el titular, cedent o llicenciant dels drets de l'esdeveniment emès i l'entitat patrocinadora del programa.

2) El patrocini s'ha de referir a un programa de televisió i, en conseqüència, no es poden considerar com a tal els patrocinis de seccions de programes ni d'avanços de programació o de qualsevol comunicació audiovisual que informi sobre programes o sobre productes accessoris derivats d'aquests. Per contra, sí s'admetrà, d'una banda, el patrocini de subprogrames que constitueixin una unitat programàtica en si mateixos i s'incloguin de manera autònoma en la guia electrònica de programació i, d'una altra, també s'admetran els patrocinis dels avanços dels programes únicament en els casos en què els patrocinis formin part indivisible de l'adquisició de drets i de la producció del senyal per difondre.

3) Amb caràcter general, la durada del patrocini no pot excedir els 10 segons. En els supòsits de concurrència de diversos patrocinadors la presència dels quals estigui imposada pel titular i la imatge dels quals s'hagi de mostrar de manera independent, la durada màxima serà de 30 segons amb el límit màxim de 10 segons per cada espai de patrocini.

4) El patrocini s'ha de col·locar immediatament abans o immediatament després del programa patrocinat, o a l'inici de cada represa després dels talls que es produeixin, com s'indica en la LGCAV. No s'admet l'emissió de patrocinis durant el transcurs dels programes.

5) En relació amb l'obligació d'informar clarament el públic del patrocini –esmentada en l'article 16 de la LGCAV–, el RDLGCAV puntualitza que la identificació del patrocinador es pot fer de manera verbal, visual o de totes dues maneres. No obstant això, a l'efecte d'exclusió de còmput no s'admetrà cap tipus de missatge verbal o visual que inciti directament a la compra o l'arrendament de productes, béns o serveis, en particular mitjançant referències de promoció concretes a aquests.

Finalment, el RDLGCAV disposa que tots els casos en què no es respectin les condicions anteriors determinaran que el patrocini es computi dins del límit màxim dels 12 minuts per hora de rellotge destinat a les comunicacions comercials.

El patrocini és una modalitat publicitària que, tradicionalment, s'ha associat a activitats esportives, benèfiques, culturals, científiques, etc. Resulta una mica sorprenent que, en el marc de l'àmplia llista de definicions recollides en l'article 2 de la LGCAV, el legislador hagi inclòs, també, la definició del patrocini cultural.

Així, s'entén per **patrocini cultural** «qualsevol contribució d'una institució, empresa o fundació a la producció d'obres audiovisuals, programes de ràdio i televisió o continguts digitals de temàtica cultural, social o de promoció de l'esport, amb la finalitat de promocionar la seva activitat, marca o imatge o com a expressió de la seva responsabilitat social corporativa» (art. 2.30).

Malgrat això, en el contingut de la LGCAV no trobem cap referència posterior a aquesta figura específica; per aquest motiu s'entén que la seva regulació quedarà subjecta a les prohibicions i obligacions de caràcter general del patrocini que hem descrit abans.

3.1.4. El dret a l'emplaçament de producte

S'entén per **emplaçament de producte** «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 de la LGCAV).

La pràctica de l'emplaçament de producte comporta el risc que l'espectador que es troba davant la pantalla de televisió, al cinema o navegant per Internet no percebi el caràcter publicitari de la presència de les marques en el contingut audiovisual en qüestió i s'incompleixi, en conseqüència, el principi d'identificació publicitària.

Davant aquesta situació i el debat generat sobre la possible il·licitud d'una pràctica que, des del punt de vista de productores i mitjans, resulta una font d'ingressos important, el 2007, el legislador europeu va distingir, per primera vegada, entre la **publicitat encoberta** i l'**emplaçament de producte** alhora que va mantenir la prohibició genèrica de la primera i va prohibir el segon excepte si l'emplaçament de producte complia una sèrie de requisits.

No obstant això, el legislador europeu, conscient de la controvèrsia que aquesta modalitat publicitària havia generat, va deixar a criteri dels estats membres permetre o no les excepcions esmentades d'acord amb la naturalesa de mínims de la Directiva 2007/65/CE –el text que va incorporar aquests canvis.

A l'hora de transposar el contingut de la Directiva, el legislador espanyol va optar per seguir, en bona mesura, les directrius europees.

Així, la LGCAV reconeix als prestadors del servei de comunicació audiovisual «el dret a emetre amb emplaçament de productes llargmetratges, curtmetratges, documentals, pel·lícules i sèries de televisió, programes esportius i programes d'entreteniment» (art. 17.1).

D'aquesta manera, el legislador espanyol permet l'emplaçament de producte únicament en els programes de televisió esmentats. De fet, es prohibeix expressament l'emplaçament de producte en la programació infantil (art. 17.4 de la LGCAV).

Per ser una realitat en la pràctica, la LGCAV també permet l'emplaçament de producte «en els casos en què no es produeixi cap pagament, sinó únicament el subministrament gratuït de determinats béns o serveis, tals com ajudes materials a la producció o premis, amb la intenció de la seva inclusió en un programa sempre que aquests béns o serveis tinguin valor significatiu» (art. 17.1 segon paràgraf de la LGCAV). A aquests efectes, el RDLGCAV (art. 14.2) estableix que per valor significatiu s'entendrà quan l'import dels referits béns i serveis inclosos al programa sigui superior en un deu per cent a la tarifa estàndard establerta per a un missatge publicitari corresponent a la franja horària en la qual s'emet el programa on s'hi inclouen. Mitjançant aquestes excepcions el legislador confirma el criteri de la contraprestació econòmica com a element essencial a l'hora de provar el caràcter comercial de l'emplaçament de producte.

Adicionalment, la LGCAV estableix una regulació estricta de l'emplaçament de producte sobre la base dels **requisits** següents:

1) En primer lloc, s'estableix l'obligació d'informar clarament el públic de l'emplaçament de productes al principi i al final del programa, i quan es reprengui després d'una pausa publicitària en els supòsits en què el programa hagi estat produït o encarregat pel prestador del servei o una de les seves filials.

Mitjançant aquesta obligació, el legislador vol vetllar, de nou, pel principi d'identificació publicitària i exclou d'aquesta obligació els programes que no hagin estat produïts ni encarregats pel prestador de serveis o una de les filials. D'aquesta manera, el legislador espanyol reconeix les dificultats tècniques i també jurídiques que comportaria el fet d'alterar el contingut d'un producte audiovisual internacional al país d'origen del qual la regulació de l'emplaçament de producte, en cas d'existir, fos menys restrictiva.

Quant a la manera com s'ha de dur a terme la identificació, la LGCAV espanyola no preveu expressament la possibilitat que la identificació de l'emplaçament de productes es dugui a terme per mitjà d'un «logo neutre».

No obstant això, la doctrina, en vista de la legislació europea, entén que no és necessari identificar totes i cadascuna de les empreses o marques de les quals es fa emplaçament de productes en un programa, sobretot en la represa d'aquest després dels talls publicitaris; per aquest motiu, en la pràctica, algunes televisions utilitzen un logotip amb la indicació «emplaçament publicitari» situat en l'angle superior esquerre de la pantalla, que indica, de manera genèrica, que en aquest programa es du a terme l'emplaçament de productes.

2) L'emplaçament de productes no pot condicionar la independència editorial del prestador del servei.

3) L'emplaçament tampoc no pot incitar directament a la compra o arrendament de béns o serveis ni fer-ne promocions concretes.

4) El legislador també prohibeix donar una prominència indeguda al producte en el context del programa en el qual s'insereixi.

5) I, finalment, com hem avançat, queda prohibit en tot cas l'emplaçament de productes en la programació infantil, en considerar-se que, malgrat la senyalització, els menors poden tenir més dificultats per a percebre els objectius comercials d'aquesta pràctica.

En definitiva, després d'anys de polèmica, la nova LGCAV intenta conjugar els interessos dels consumidors –bàsicament el dret a la identificació i diferenciació dels continguts publicitaris– amb els interessos de la indústria audiovisual d'aconseguir finançament i poder desenvolupar, així, nous programes.

3.1.5. El dret a emetre missatges de venda

La LGCAV reconeix als prestadors de serveis de comunicació audiovisual el «dret a emetre missatges de venda per televisió» (art. 15).

La LGCAV defineix la **televenda** com «la comunicació audiovisual televisiva d'ofertes directes al públic amb vista al subministrament de béns o la prestació de serveis, inclosos els béns immobles, els drets i les obligacions» (art. 2.26).

A pesar que el legislador considera, expressament, la televenda com una de les modalitats de comunicació comercial audiovisual, l'abast de la seva pròpia regulació planteja dubtes sobre el seu caràcter publicitari. Com afirma Rozados Oliva (2009), mitjançant la televenda:

«l'anunciant va més enllà de la mera presentació del producte o servei, i n'ofereix directament l'adquisició; per aquest motiu es pot plantejar si som davant un fet publicitari o davant un programa».

De fet, el legislador mateix utilitza el terme **programa** en reconèixer als prestadors del servei de comunicació audiovisual «el dret a emetre programes de televenda sempre que tinguin una durada ininterrompuda mínima de quinze minuts» (art. 15.2 de la LGCAV).

No obstant això, el fet que el legislador espanyol sotmeti la televenda, de manera expressa, al que disposa la LGCAV mateixa en matèria d'emissió de missatges publicitaris i, addicionalment, al contingut de la normativa específica sobre publicitat, confirma la naturalesa publicitària d'aquesta pràctica (art. 15.1).

3.1.6. Comunicacions comercials audiovisuals prohibides

Amb caràcter addicional a les modalitats de publicitat il·lícita prohibides en la LGP, la LGCAV prohibeix, en l'article 18, les comunicacions comercials audiovisuals següents de manera general i en qualsevol de les seves formes:

1) En primer lloc –en una clara reiteració amb l'article 3 apartat a) de la LGP– la LGCAV prohibeix **tota comunicació comercial audiovisual que vulneri la dignitat humana o fomenti la discriminació** per raó de sexe, raça o origen ètnic, nacionalitat, religió o creença, discapacitat, edat o orientació sexual. De la mateixa manera, la llei prohibeix la publicitat que utilitzi la imatge de la dona amb caràcter vexatori o discriminatori.

2) En segon lloc, la LGCAV prohibeix la comunicació comercial encoberta, això és, la denominada **comunicació comercial audiovisual televisiva encoberta** que el legislador mateix defineix (art. 2.32 LGCAV) com:

«La presentació, verbal o visual, directa o indirecta, dels béns, serveis, nom, marca o activitats d'un productor de mercaderies o un prestador de serveis en programes de televisió, diferent de l'emplaçament de producte, en què tal presentació tingui, de manera intencionada per part del prestador de servei de comunicació audiovisual, un propòsit publicitari i pugui induir el públic a error quant a la naturalesa de la presentació esmentada.

Aquesta presentació s'ha de considerar intencionada, en particular, si es fa en canvi de contraprestació a favor del prestador de servei».

Mitjançant aquesta prohibició, el legislador reforça, amb caràcter general i més enllà de la regulació de l'emplaçament de producte, el seu compromís amb els drets del destinatari de la publicitat a identificar el caràcter publicitari dels missatges, directes o indirectes, i el seu dret a la diferenciació de la comunicació comercial de la resta de continguts.

3) En tercer lloc, la LGCAV també prohibeix **la publicitat que utilitzi tècniques subliminals**. En aquest punt, cal destacar que la definició continguda en la LGCAV coincideix en sentit literal amb la que es preveu, amb caràcter general, en la LGP.

Per tant, solament cal recordar que, des del punt de vista jurídic, és **publicitat subliminal** «la que mitjançant tècniques de producció d'estímul d'intensitats frontereres amb els límits dels sentits o anàlogues, pugui actuar sobre el públic destinatari sense ser percebuda conscientment» (art. 2.33).

4) En quart lloc, la LGCAV prohibeix **la comunicació comercial que fomenti comportaments nocius per a la salut**. En el marc d'aquesta prohibició general, el legislador concreta que, en tot cas, està prohibida:

a) La comunicació comercial de cigarrets i altres productes de tabac, i també de les empreses que els produeixen.

b) La comunicació comercial destinada al públic de medicaments que necessitin recepta mèdica per a ser dispensats, que es financin amb fons públics i que constitueixin substàncies psicotròpiques i estupefaents.

c) La comunicació comercial televisiva de begudes alcohòliques:

- Amb un nivell superior a 20 graus.
- Amb un nivell inferior a 20 graus quan s'emeti fora de la franja de temps entre les 20.30 hores i les 6 hores de l'endemà, tret que aquesta publicitat

formi part indivisible de l'adquisició de drets i de la producció del senyal per difondre-la.

d) La comunicació comercial de begudes alcohòliques amb un nivell inferior a 20 graus quan estigui dirigida a menors, fomenti el consum immoderat o associï el consum a la millora del rendiment físic, l'èxit social o la salut.

5) En cinquè lloc, la LGCAV prohibeix **la comunicació comercial que fomenti comportaments nocius per al medi ambient.**

6) En sisè lloc, la LGCAV prohibeix **la comunicació comercial que fomenti comportaments nocius per a la seguretat de les persones.**

7) Finalment, la LGCAV prohibeix **la comunicació comercial televisiva –no radiofònica– de naturalesa política, excepte** en els supòsits que preveu la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, de règim electoral general (LOREG); això és, **durant el període legal de campanya electoral** (art. 53 LOREG).

Com a tancament, l'article 18.7 de la LGCAV incorpora una clàusula mitjançant la qual el legislador reitera que «la comunicació comercial audiovisual també està sotmesa a les prohibicions que preveu la resta de normativa relativa a la publicitat».

3.1.7. L'especial protecció del menor en la publicitat audiovisual

Com passava en la LGP i en la LCD –les dues normes que conformen la part general del dret de la publicitat–, la LGCAV veu els menors d'edat com a subjectes d'especial protecció dins del públic destinatari dels serveis de comunicació audiovisual. Així, la LGCAV recull, de manera específica, els **drets del menor** en l'article 7.

Del contingut general de la LGCAV en matèria de protecció del menor, a continuació abordarem els aspectes relacionats, directament o indirectament, amb l'emissió de comunicació comercial.

Així, en primer lloc, ens aturarem en les **prohibicions que afecten als continguts generals dels serveis de comunicació audiovisual**, ja que aquestes afecten, indirectament, la planificació de mitjans publicitaris. Així, en garantia dels drets del menor, el legislador limita certes emissions audiovisuals en els termes següents:

1) En primer lloc, l'article 7.2 de la LGCAV prohibeix, amb caràcter general, «l'emissió en obert de continguts audiovisuals que puguin perjudicar seriosament el desenvolupament físic, mental o moral dels menors i, en particular, programes que incloguin escenes de pornografia, maltractament, violència de gènere o violència gratuïta».

2) En segon lloc, el legislador estableix (art. 7.2 LGCAV) que «aquells altres continguts que puguin ser perjudicials per al desenvolupament físic, mental o moral dels menors només es poden emetre entre les 22 i les 6 hores, i han d'anar precedits d'un avís acústic i visual, segons els criteris que fixi l'autoritat audiovisual competent. L'indicador visual s'ha de mantenir al llarg de tot el programa en el qual s'incloguin els continguts esmentats».

3) Així mateix, el legislador «estableix tres franges horàries considerades de protecció reforçada prenent com a referència l'horari peninsular: entre les 8 i les 9 hores i entre les 17 i les 20 hores en el cas dels dies laborables i entre les 9 i les 12 hores dissabtes, diumenges i festes d'àmbit estatal».

Els continguts qualificats com a recomanats per a més grans de 13 anys s'han d'emetre fora d'aquestes franges horàries, i al llarg de l'emissió del programa que els inclou s'ha de mantenir l'indicatiu visual de la seva qualificació per edats.

Prenent com a referència aquestes prohibicions i franges horàries d'especial protecció al menor, el legislador estableix la **regulació específica de les comunicacions comercials de caràcter comercial** següent:

1) D'una banda, en horari de protecció al menor, la LGCAV prohibeix als prestadors del servei de comunicació audiovisual «inserir comunicacions comercials que promoguin el culte al cos i el rebuig a l'autoimatge, com ara productes aprimadors, intervencions quirúrgiques o tractaments d'estètica, que apel·lin al rebuig social per la condició física, o a l'èxit a causa de factors de pes o estètica» (art. 7.2 de la LGCAV).

La introducció d'aquesta prohibició en la nova LGCAV redueix, per tant, l'horari d'emissió de comunicacions comercials dels productes esmentats anteriorment a la franja horària compresa entre les 22 i les 6 hores.

2) D'altra banda, la LGCAV disposa explícitament que les comunicacions comercials no han de produir perjudici moral o físic als menors. En conseqüència, el legislador estableix una sèrie de limitacions a les comunicacions comercials que, com veurem, es limiten a recordar i traslladar a la publicitat audiovisual les mesures de protecció del menor que preveuen diversos supòsits típics en la LGP i la LCD.

Així, la LGCAV estableix que les comunicacions comercials (art. 7.3):

a) No han d'incitar directament els menors a la compra o l'arrendament de productes o serveis aprofitant la seva inexperiència o credulitat.

b) No han d'animar directament els menors que persuadeixin els seus pares o tercers perquè comprin béns o serveis publicitats.

Protecció de festius

El mateix article 7.2 de la LGCAV estableix que:

«és aplicable la franja de protecció horària de dissabtes i diumenges als dies següents: 1 i 6 de gener, Divendres Sant, 1 de maig, 12 d'octubre, 1 de novembre i 6, 8 i 25 de desembre».

c) No han d'explotar l'especial relació de confiança que els menors dipositen en els seus pares, professors, o altres persones.

d) No han de mostrar, sense motius justificats, menors en situacions perilloses.

e) No han d'incitar conductes que afavoreixin la desigualtat entre homes i dones.

f) Les comunicacions comercials sobre productes especialment dirigits a menors, com les joguines, no han d'incloure errors sobre les característiques d'aquestes, ni sobre la seva seguretat, ni tampoc sobre la capacitat i les aptituds necessàries en el menor per a utilitzar-les sense produir dany per a si o a tercers.

Finalment, únicament cal esmentar que, en matèria audiovisual, el legislador manté la tendència de fomentar el reconeixement i l'impuls dels **codis de conducta** que també s'observa, amb caràcter general, en la reforma de la LCD. Així, en relació amb la protecció del menor, la LGCAV estableix (art. 7.4) que:

«L'autoritat audiovisual competent ha de promoure entre els prestadors del servei de comunicació audiovisual televisiva l'impuls de codis de conducta en relació amb la comunicació comercial audiovisual inadequada, que acompanyi els programes infantils o s'hi inclogui, d'aliments i begudes que continguin nutrients i substàncies amb un efecte nutricional o fisiològic, en particular aquells com ara greixos, àcids grassos trans, sal o sodi i sucres, per als quals no és recomanable una ingesta excessiva en la dieta total».

3.1.8. Règim sancionador

D'aquesta manera, per extensió, la LGCAV estableix la **via administrativa** com a mitjà de supervisió, control i repressió de les comunicacions comercials difoses per mitjà dels serveis de comunicació audiovisual.

A més, la LGCAV preveu una llarga llista d'infraccions que classifica, en funció de la seva gravetat, en tres categories: **infraccions molt greus** (art. 57), **greus** (art. 58) i **lleus** (art. 59). Sobre la base d'aquestes tres categories, la LGCAV estableix el règim sancionador corresponent (art. 60).

A l'efecte de la LGCAV són **infraccions molt greus**, sancionables amb multa de 500.001 fins a 1.000.000 d'euros per als serveis de comunicació audiovisual televisiva i de 100.001 a 200.000 per als radiofònics, per als prestadors del servei de comunicació electrònica i per als prestadors de servei de catàleg de programes:

- L'emissió de comunicacions comercials que vulnerin la dignitat humana o utilitzin la imatge de la dona amb caràcter vexatori o discriminatori.
- La comissió dues vegades en un dia i en un mateix canal de comunicació audiovisual de la infracció greu d'incomplir el límit de temps d'emissió per hora de rellotge dedicat a la publicitat i a la televenda (dotze minuts), quan excedeixi en un vint per cent del permès.

Codi PAOS

A Espanya els operadors de televisió estan adherits al Codi d'autoregulació de la publicitat d'aliments dirigida a menors, prevenció de l'obesitat i salut (Codi PAOS), que va entrar en vigor el 2005 (reformat el 2013). El text complet del Codi PAOS es pot descarregar des de la pàgina web d'Autocontrol.



- L'acumulació de quatre infraccions greus en un mateix any natural.

Per la seva banda, a l'efecte de la LGCAV són **infraccions greus**, sancionables amb multa de 100.001 fins a 500.000 euros per a serveis de comunicació audiovisual televisiva i de 50.001 a 100.000 per als radiofònics, per als prestadors del servei de comunicació electrònica i per als prestadors de servei de catàleg de programes:

- La vulneració de la prohibició i, si s'escau, de les condicions d'emissió de continguts perjudicials per al menor, previstes en l'article 7.2; entre aquestes, recordem, la prohibició d'inserir en horari de protecció al menor comunicacions comercials que promoguin el culte al cos i el rebuig a l'autoimatge.
- L'incompliment de les instruccions i decisions de l'autoritat audiovisual.
- L'incompliment del límit de temps d'emissió per hora de rellotge dedicat a la publicitat i a la televenda (12 minuts), quan excedeixi en un vint per cent del permès.
- L'incompliment de la resta de les condicions que estableix la LGCAV per a dur a terme les diferents formes de comunicació comercial previstes en els articles 14 (dret a emetre missatges publicitaris), 15 (dret a emetre missatges de venda), 16 (dret al patrocini) i 17 (dret a l'emplaçament de producte) que no estiguin incloses en la tipificació de l'apartat anterior. A més, el legislador puntualitza que l'incompliment en la mateixa comunicació comercial de dues o més condicions de les previstes en els articles esmentats més amunt únicament dona lloc a una sanció. Així mateix, l'incompliment d'una de les condicions previstes en aquests articles no pot donar lloc a la sanció per comunicació comercial encoberta.
- L'emissió de comunicacions comercials encobertes que utilitzin tècniques subliminars, que fomentin comportaments nocius per a la salut en els termes que estableix l'article 18.3, que fomentin comportaments nocius per al medi ambient o per a la seguretat de les persones, o que siguin de naturalesa política, excepte els casos d'excepció legal, o que incorrin en les prohibicions que estableix la normativa de publicitat.
- L'incompliment dels codis d'autoregulació de conducta als quals es refereix l'article 12 de la LGCAV.
- L'acumulació de quatre infraccions lleus en un mateix any natural.

Finalment, la LGCAV tipifica com a **infracció lleu** l'incompliment de la resta de deures i obligacions que estableix aquesta llei que no estiguin tipificades com a infraccions greus o molt greus. Les infraccions lleus poden ser **sancionades** amb multa de fins a 100.000 euros per als serveis de comunicació tele-

visiva i fins a 50.000 per als radiofònics, per als prestadors del servei de comunicació electrònica i per als prestadors de servei de catàleg de programes. Per a determinar l'import de la sanció dins dels límits indicats s'han de tenir en compte els criteris que facilita l'article 60.4 de la LGCAV.

Amb caràcter general, la LGCAV reconeix a l'autoritat competent per a la imposició de la sanció la potestat per a acordar que aquesta comporti l'obligació de difondre la part resolutiva d'aquesta.

Un altre aspecte molt rellevant des del punt de vista dels professionals de la publicitat és el **règim de responsabilitat** per la comissió de les infraccions esmentades (art. 61.1 LGCAV).

En aquest sentit, amb caràcter general, el legislador estableix que la responsabilitat administrativa per les infraccions de la LGCAV és exigible al prestador del servei de comunicació audiovisual. Per això, als efectes de la dilucidació correcta de la responsabilitat administrativa, la llei exigeix als prestadors del servei que arxivin durant un termini de sis mesos, a comptar de la data de la seva primera emissió, tots els programes emesos, incloses les comunicacions comercials i el registre de les dades relatives a aquests programes.

Com a excepció, respecte a la responsabilitat per infracció de la normativa publicitària, la LGCAV (art. 60.2) estableix que:

«No incorre en responsabilitat administrativa el prestador del servei de comunicació audiovisual, ni els prestadors dels serveis de comunicació electrònica i de servei de catàleg de programes, quan emetin comunicacions comercials elaborades per persones alienes al prestador i que representin una infracció d'acord amb la normativa vigent sobre publicitat».

En aquests casos, per a quedar exempt de responsabilitat el prestador del servei ha de cessar en l'emissió d'aquesta comunicació comercial al primer requeriment de l'autoritat audiovisual o de qualsevol organisme d'autoregulació a què pertanyi.

D'aquesta manera, la LGCAV fa recaure la responsabilitat per publicitat il·lícita en el professional de la publicitat, que és qui, en teoria, hauria de conèixer millor els límits jurídics que condicionen la seva activitat.

Finalment, no podem concloure l'estudi de la regulació de la publicitat audiovisual sense esmentar que actualment, i des de 2013, l'organisme encarregat de la supervisió i del control del compliment de la legislació audiovisual, conforme a la Llei 3/2013, de 4 de juny, és la **Comissió Nacional dels Mercats i la Competència** (CNMC).

Entre les seves funcions, la CNMC té encomanada la supervisió i el control del correcte funcionament del mercat de comunicació audiovisual. Les obligacions que li corresponen a la CNMC en la seva tasca de supervisió i control del mercat audiovisual es contenen a l'article 9 de la Llei 3/2013.

Convé destacar també el ferm compromís en matèria de transparència assumit per la CNMC que l'obliga, per exemple, a informar regularment de les seves activitats. En aquest sentit, des de la seva creació, la CNMC publica al seu web totes les disposicions, resolucions, acords i informes amb les cauteles i els procediments recollits en la llei.

3.1.9. Reconeixement i foment de l'autoregulació

En línia amb la voluntat del legislador comunitari, la LGCAV reconeix de manera expressa el dret dels prestadors de serveis de comunicació audiovisual a l'autoregulació (art. 12), es a dir, a aprovar codis en què es regulin els continguts de la comunicació audiovisual i les regles de diligència professional per a la seva elaboració.

Com a garantia de la seva eficàcia, la LGCAV disposa que quan un prestador aprovi un codi ja existent o s'hi adhereixi ho haurà de comunicar, d'una banda, a les autoritats audiovisuals competents per a la seva verificació i publicació i, d'una altra, a l'organisme corresponent de representació i consulta dels consumidors; en el cas de prestadors d'àmbit estatal, aquest organisme ha de ser el Consell de Consumidors i Usuaris.

A més, la LGCAV també reforça el reconeixement de l'autoregulació en esmentar-la, de nou, en el marc de la participació del públic en el control dels continguts audiovisuals (art. 9). Així, el legislador reconeix que aquest control s'ha de dur a terme de conformitat amb els codis d'autoregulació, a més de l'ordenament vigent. Així mateix, la llei (art. 9.3) estableix específicament que:

«quan el contingut audiovisual contradigui un codi d'autoregulació subscrit pel prestador, l'autoritat li ha de requerir l'adequació immediata del contingut a les disposicions del codi o la finalització de l'emissió».

A més, la LGCAV exigeix a les autoritats audiovisuals que vetllin pel compliment efectiu dels codis fins a tal punt que, com hem vist, l'incompliment es considera una infracció greu a l'efecte de la LGCAV.

Finalment, convé destacar que la Llei 3/2013, de 4 de juny, de creació de la CNMC advoca, de manera explícita, pel foment de la coregulació en matèria publicitària. Així, en la Disposició Addicional 17a, estableix que la CNMC podrà signar acords de coregulació amb sistemes d'autoregulació publicitària que s'ajustin a la legislació per coadjuvar el compliment dels límits imposats al dret a realitzar comunicacions comercials audiovisuals. Fruit d'aquest reconeixement

Referència web

Per conèixer els detalls del funcionament i els serveis que ofereix Autocontrol, es recomana consultar el seu web.

<http://www.autocontrol.es/>

ment, el 2015 la CNMC i l'Associació per a l'Autoregulació de la Comunicació Comercial (Autocontrol) van signar un acord per al foment de la coregulació sobre les comunicacions comercials en televisió.

3.2. Regulació de la publicitat a Internet

A mitjan anys noranta del segle passat, l'aparició i popularització del World Wide Web va convertir Internet en un gran espai en el qual compartir informació i, també, en un espai d'activitat econòmica. Vint anys després, la Xarxa és, actualment, un mitjà al qual accedeixen cada dia milions de persones per consultar o compartir informació, treballar en línia o fer transaccions electròniques. El consumidor també és usuari de la Xarxa, i cada vegada més, els anunciants utilitzen Internet per a fer arribar els seus missatges als destinataris de la seva publicitat.

Com apunta el professor Peguera Poch (2010), el dinamisme creixent de l'activitat empresarial a Internet va empènyer el legislador europeu a considerar la necessitat d'establir certes regles per a ordenar i harmonitzar alguns aspectes de la prestació de serveis en el ciberespai. D'aquest afany va sorgir, entre altres i amb caràcter general, la Directiva 2000/31/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2000, relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular el comerç electrònic en el mercat interior, que es va incorporar a l'ordenament jurídic espanyol mitjançant l'aprovació de la **Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSI)**.

En l'exposició de motius, la LSSI reconeix que la denominada **societat de la informació** –determinada per l'expansió extraordinària de les xarxes de telecomunicacions i, especialment, d'Internet com a vehicle de transmissió i intercanvi de tot tipus d'informació– necessitava un marc jurídic adequat amb l'objectiu de generar en tots els actors la confiança necessària per a l'ús del nou mitjà.

Atesa la seva generalitat i amplitud, la LSSI parteix de l'aplicació a les activitats dutes a terme per mitjans electrònics de les normes tant generals com especials que les regulen. Per això, la LSSI únicament preveu els aspectes que, per la seva novetat o per les peculiaritats que n'implica l'exercici per via electrònica, no estan coberts per aquesta regulació.

3.2.1. El concepte de serveis de la societat de la informació

A l'efecte de la LSSI, entendrem per **serveis de la societat de la informació** «tot servei prestat normalment a títol onerós, a distància, per via electrònica i a petició individual del destinatari. El concepte també comprèn els serveis no remunerats pels seus destinataris, en la mesura en què constitueixin una activitat econòmica per al prestador de serveis» (annex, definicions, a) LSSI).

A continuació, en aquesta mateixa definició, el legislador preveu expressament com a servei de la societat de la informació, entre altres, l'enviament de **comunicacions comercials per via electrònica** sempre que aquestes representin una activitat econòmica.

Amb el propòsit de concretar i aclarir l'abast del concepte de serveis de la societat de la informació, recorrent al que diu l'exposició de motius de la LSSI:

«La Llei acull un concepte ampli de “serveis de la societat de la informació”, que engloba, a més de la contractació de béns i serveis per via electrònica, el subministrament d'informació per aquest mitjà (com el que efectuen els diaris o les revistes que es poden trobar a la Xarxa), les activitats d'intermediació relatives a la provisió d'accés a la Xarxa, a la transmissió de dades per xarxes de telecomunicacions, a la realització d'una còpia temporal de les pàgines d'Internet sol·licitades pels usuaris, a l'allotjament en els servidors propis d'informació, serveis o aplicacions facilitats per altres o a la provisió d'instruments de cerca o enllaços a altres llocs d'Internet, i també qualsevol altre servei que es presti per encàrrec individual dels usuaris (descàrrega d'arxius de vídeo o àudio...), sempre que representi una activitat econòmica per al prestador.

Aquests serveis són oferts pels operadors de telecomunicacions, els proveïdors d'accés a Internet, els portals, els motors de cerca o qualsevol altre subjecte que disposi d'un lloc a Internet per mitjà del qual faci alguna de les activitats indicades, inclòs el comerç electrònic».

És important tenir en compte que, des d'un punt de vista subjectiu, amb caràcter general, la LSSI s'aplica als prestadors de serveis establerts a Espanya.

3.2.2. Les comunicacions comercials per via electrònica

La LSSI incorpora al seu annex les definicions dels conceptes més rellevants per a la comprensió correcta del seu abast i contingut. En matèria publicitària, el legislador opta per un concepte ampli de comunicació comercial, que a l'efecte de la LSSI comprèn (annex, definicions, f) LSSI):

«tota forma de comunicació dirigida a la promoció, directa o indirecta, de la imatge o dels béns o serveis d'una empresa, organització o persona que faci una activitat comercial, industrial, artesanal o professional».

Amb caràcter addicional, el legislador concreta (annex, definicions, f) LSSI) que a efectes de la LSSI:

Comunicació comercial

La definició que recull la LSSI de **comunicació comercial** coincideix, de nou, amb el concepte de publicitat econòmica recollit en l'article 2 de la LGP.

«no tenen la consideració de comunicació comercial les dades que permetin accedir directament a l'activitat d'una persona, empresa o organització, com ara el nom de domini o l'adreça electrònica, ni les comunicacions relatives als béns, els serveis o la imatge que s'ofereixi quan siguin elaborades per un tercer i sense contraprestació econòmica».

El títol III (art. 19 a 22) de la LSSI regula les **comunicacions comercials per via electrònica** de forma molt genèrica.

A tall de síntesi, podem avançar que la LSSI exigeix que les **comunicacions comercials** s'identifiquin com a tals i se'n prohibeix l'enviament per correu electrònic o altres vies de comunicació electrònica equivalent, tret que el destinatari hi hagi prestat el seu consentiment prèviament.

Conscient del caràcter escàs i, alhora, genèric del seu contingut, el legislador recorda que la publicitat i les ofertes promocionals difoses per mitjans electrònics s'han de regir, a més de fer-ho per la LSSI, per la seva normativa pròpia, per la legislació vigent en matèria comercial i de publicitat i, en tot cas, per la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD), especialment pel que fa a l'obtenció de dades personals, la informació als interessats i la creació i el manteniment de fitxers de dades personals. Per tant, totes aquestes normes esmentades pel legislador han de configurar el règim jurídic de les comunicacions comercials difoses per via electrònica.

Informació exigida

A continuació, sota la rúbrica de la **informació exigida sobre les comunicacions comercials**, el legislador trasllada als mitjans electrònics el **principi d'identificació publicitària** recollit, amb caràcter general, en la LGP.

Així, la LSSI estableix que les comunicacions comercials fetes per via electrònica han de ser clarament identificables com a tals i, al seu torn, també ha de ser clarament identificable la persona física o jurídica en nom de la qual es fan aquestes (art. 20.1). Amb un caràcter encara més específic, la LSSI (art. 20.2) disposa que:

«en els casos d'ofertes promocionals, com les que incloguin descomptes, premis i regals, i de concursos o jocs promocionals, amb l'autorització prèvia corresponent, s'ha d'assegurar, a més del compliment dels requisits establerts en l'apartat anterior i en les normes d'ordenació del comerç, que quedin clarament identificats com a tals i que les condicions d'accés i, si s'escau, de participació siguin fàcilment accessibles i s'expressin de manera clara i inequívoca».

En relació amb el que disposa la llei en matèria d'informació exigida sobre les comunicacions comercials, el legislador destaca que això s'entén sense perjudici del que estableixin les normes dictades per les comunitats autònomes amb competències exclusives sobre consum, comerç electrònic o publicitat.

Amb l'objectiu de garantir l'exigència d'identificació del caràcter comercial de les comunicacions i del seu emissor, la LSSI (art. 20.4) ha incorporat la prohibició aplicable en tots els casos d'enviar comunicacions comercials «en les quals es dissimuli o s'oculti la identitat del remitent per compte de qui s'efectua la comunicació o que contravinguin el que disposa aquest article, i també aquelles en les quals s'inciti els destinataris a visitar pàgines d'Internet que contravinguin el que disposa aquest article».

Prohibicions

La LSSI (art. 21.1) **prohibeix** expressament «l'enviament de comunicacions publicitàries o promocionals per correu electrònic o un altre mitjà de comunicació electrònica equivalent que prèviament no hagin estat sol·licitades o expressament autoritzades pels destinataris d'aquestes».

D'aquesta manera, amb caràcter general i llevat de l'excepció que veurem a continuació, **la LSSI únicament permet trametre publicitat per correu electrònic o un altre mitjà de comunicació equivalent en dos supòsits:**

- 1) que aquesta hagi estat sol·licitada pel destinatari, o bé
- 2) que l'anunciant hagi obtingut autorització del destinatari amb caràcter previ a l'enviament; consentiment que, com veurem, el destinatari ha de poder revocar en qualsevol moment.

No obstant, aquest criteri es va flexibilitzar, en part, mitjançant la inclusió en l'article 21.2 de la LSSI d'una modificació segons la qual, la clàusula general...

«no és aplicable quan hi ha una relació contractual prèvia, sempre que el prestador hagi obtingut de manera lícita les dades de contacte del destinatari i les emprï per a l'enviament de comunicacions comercials referents a productes o serveis de l'empresa mateixa que siguin similars als que inicialment van ser objecte de contractació amb el client».

I, en tot cas –també quan hi hagi una relació contractual prèvia i es compleixin els dos requisits comentats:

«el prestador haurà d'oferir al destinatari la possibilitat d'oposar-se al tractament de les seves dades amb finalitats promocionals mitjançant un procediment senzill i gratuït, tant en el moment de recollida de les dades com en cadascuna de les comunicacions comercials que li dirigeixi».

Els drets dels destinataris

Quant als **drets dels destinataris de serveis**, la LSSI incideix, de nou i ara amb caràcter general, que el destinatari pot revocar en qualsevol moment el consentiment prestat a la recepció de comunicacions comercials amb la simple notificació de la seva voluntat al remitent. A aquest efecte, els prestadors

han d'habilitar procediments senzills i gratuïts perquè els destinataris puguin revocar el consentiment que hagin prestat i han de proporcionar informació accessible per mitjans electrònics sobre els procediments esmentats.

Per facilitar i garantir l'exercici correcte del dret d'oposició del destinatari, la LSSI exigeixi (art. 22.1) que:

«quan les comunicacions hagin estat remeses per correu electrònic, aquest mitjà haurà de consistir necessàriament en la inclusió d'una adreça electrònica vàlida en què es pugui exercitar aquest dret, i queda prohibit l'enviament de comunicacions que no incloguin aquesta adreça».

La publicitat comportamental en línia

D'una manera més específica i en el marc dels drets dels destinataris, la LSSI preveu la regulació de les noves tècniques associades a la denominada **publicitat comportamental en línia**, això és:

«aquella publicidad que se muestra durante una concreta navegación, por razón de la actividad online que se ha venido desarrollando durante un periodo de tiempo determinado, desde ese mismo navegador». Pérez Bes (2012)

El valor d'aquesta modalitat publicitària està en el fet que permet mostrar publicitat «rellevant» a un gran nombre de consumidors en línia. Des del punt de vista tècnic, la publicitat comportamental requereix la instal·lació prèvia de les denominades *tracking cookies*² en el navegador que utilitza l'usuari per a monitorar el seu comportament de navegació i enviar-li la publicitat rellevant sobre la base dels seus interessos de navegació.

⁽²⁾ Cookies de rastreig.

Com afirma Pérez Bes, el risc principal associat a aquesta pràctica publicitària és que l'evolució tecnològica permet que es pugui monitorar, de vegades sense consentiment, la navegació d'un usuari i, fins i tot, en determinats supòsits, arribar-lo a identificar; tot això amb finalitats comercials i amb la possible vulneració d'alguns dels seus drets.

Lectura recomanada

F. Pérez Bes (2012). *La publicidad comportamental online*. Barcelona: UOC.

Donada la importància que tenen les *cookies*, el vigent article 22.2 de la LSSI autoritza la instal·lació de dispositius d'emmagatzematge i recuperació de dades –les denominades *cookies*– en els terminals dels destinataris només...

«a condició que aquests hagin donat el seu consentiment després que se'ls hagi proporcionat informació clara i completa sobre la seva utilització, en particular sobre les finalitats del tractament de les dades, de conformitat amb el que disposa la LOPD».

Adicionalment, l'article 22.2 de la LSSI disposa que:

«quan sigui tècnicament possible i eficaç, el consentiment del destinatari per a acceptar el tractament de les dades es podrà facilitar mitjançant l'ús dels paràmetres adequats del navegador o d'altres aplicacions. L'anterior no impedirà el possible emmagatzematge o accés d'índole tècnica amb l'única finalitat d'efectuar la transmissió d'una comunicació per una xarxa de comunicacions electròniques o, en la mesura que resulti estrictament necessari, per a la prestació d'un servei de la societat de la informació expressament sol·licitat pel destinatari».

Així, la normativa vigent exigeix el **consentiment exprés i informat** de l'internauta abans de la instal·lació de les *cookies* en el terminal amb finalitats de publicitat comportamental encara que, de moment, en la legislació no s'especifica la manera d'obtenir el consentiment esmentat, la qual cosa constitueix un dels reptes principals en l'aplicació de la nova normativa.

Donada la complexitat que presenta l'aplicació de la nova regulació en matèria de *cookies*, l'Agència de Protecció de Dades, juntament amb les principals associacions de l'àmbit de la publicitat va publicar la *Guia sobre el uso de las cookies*, l'objectiu de la qual és servir de guia perquè les entitats afectades reflexionin i adoptin decisions sobre la solució més adequada als seus interessos i model de negoci.

Referència web

La *Guía sobre el uso de las cookies* [en línia] pot consultar-se, entre altres fonts, a través de la seu electrònica de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades. La darrera versió es de 2019.

3.2.3. Règim sancionador

La LSSI, en el marc del seu títol V, regula la solució judicial i extrajudicial de conflictes i, al seu torn, la llei mateixa estableix, en el títol VII, el règim sancionador per infracció del seu contingut.

Així, la LSSI preveu l'**acció de cessació** com a única acció judicial en cas de conflicte i, com vam veure en matèria d'accions derivades de la competència deslleial, en el marc dels serveis de la societat de la informació, l'acció de cessació també preveu la possibilitat de prohibició de reiteració futura.

D'aquesta manera, la LSSI (art. 30) disposa que:

- 1) Contra les conductes contràries a aquesta llei que lesionin interessos col·lectius o difusos dels consumidors es podrà interposar acció de cessació.
- 2) L'acció de cessació es dirigeix a obtenir una sentència que condemni el demandat a cessar en la conducta contrària a aquesta llei i a prohibir-ne la reiteració futura. Així mateix, l'acció es podrà exercir per a prohibir la realització d'una conducta quan aquesta hagi finalitzat al temps d'exercitar l'acció, si hi ha indicis suficients que en facin témer la reiteració de manera imminent.
- 3) L'acció de cessació s'exercirà segons les prescripcions de la Llei d'enjudiciament civil per a aquesta classe d'accions.

En matèria de **legitimació activa**, la LSSI (art. 31) conté una llista de persones i entitats legitimades per a interposar l'acció de cessació:

- a) Les persones físiques o jurídiques titulars d'un dret o interès legítim, incloses les que poguessin veure's perjudicades per infraccions de les disposicions contingudes en els articles 21 i 22, entre elles, els proveïdors de serveis de comunicacions electròniques que desitgin protegir els seus interessos comercials legítims o els interessos dels seus clients.

b) Els grups de consumidors o usuaris afectats, en els casos i les condicions que preveu la Llei d'enjudiciament civil.

c) Les associacions de consumidors i usuaris que reuneixin els requisits establerts en la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris, o, si s'escau, en la legislació autonòmica en matèria de defensa dels consumidors.

d) El Ministeri Fiscal.

e) L'Institut Nacional del Consum i els òrgans corresponents de les comunitats autònomes i de les corporacions locals competents en matèria de defensa dels consumidors.

f) Les entitats d'altres estats membres de la Unió Europea constituïdes per a la protecció dels interessos col·lectius o difusos dels consumidors que estiguin habilitades davant la Comissió Europea mitjançant la inclusió en la llista publicada a tal finalitat en el *Diari Oficial de les Comunitats Europees*.

Amb caràcter addicional, la LSSI reconeix explícitament l'arbitratge i altres sistemes derivats de l'autoregulació com a **mitjans de resolució extrajudicial de conflictes**. En aquests procediments es pot fer ús de mitjans electrònics, en els termes que estableixi la normativa específica (art. 32 LSSI).

De manera paral·lela a aquests procediments, en matèria de **responsabilitat** la LSSI disposa que els prestadors de serveis de la societat de la informació estan subjectes al règim sancionador que estableix el títol VII quan aquesta llei els sigui aplicable. Addicionalment, la LSSI disposa que quan les infraccions previstes en els articles 38.3 i) i 38.4 g) es deguin a la instal·lació de dispositius d'emmagatzematge i recuperació de la informació com a conseqüència de la cessió per part del prestador del servei de la societat de la informació d'espais propis per mostrar publicitat, serà responsable de la infracció, a més del prestador del servei de la societat de la informació, la xarxa publicitària o l'agent que gestioni directament amb aquell la col·locació d'anuncis en aquests espais en cas de no haver adoptat mesures per exigir-li el compliment dels deures d'informació i l'obtenció del consentiment de l'usuari (art. 37 LSSI).

D'aquesta manera, el legislador tipifica com a **infracció** l'incompliment, per part dels prestadors de serveis, d'alguns dels seus preceptes i estableix el **règim** conseqüent de **sancions** aplicables.

Pel que fa a les infraccions, la LSSI estableix tres tipologies (art. 38): molt greus, greus o lleus, i a continuació en detalla les sancions corresponents a l'article 39, i proporciona certs criteris per a quantificar-les (art. 40).

A títol merament informatiu apuntarem que, amb caràcter general, l'únic supòsit d'infracció **molt greu** (art. 38), sancionable amb multa de 150.001 fins a 600.000 euros, es deriva de «l'incompliment de la transmissió, l'allotjament de dades, l'accés a la Xarxa o la prestació de qualsevol altre servei equivalent d'intermediació, quan un òrgan administratiu competent ho ordeni».

A més, el legislador estableix –art. 39.1. a)– que:

«La reiteració en el termini de tres anys de dues o més infraccions molt greus sancionades amb caràcter ferm pot donar lloc, en funció de les seves circumstàncies, a la sanció de prohibició d'actuació a Espanya, durant un termini màxim de dos anys».

En matèria de comunicacions comercials, la LSSI tipifica com a **infraccions greus**, sancionables amb multa de 30.001 fins a 150.000 euros, els tres supòsits següents:

- L'enviament massiu de comunicacions comercials per correu electrònic o un altre mitjà de comunicació electrònica equivalent, o el seu enviament insistent o sistemàtic a un mateix destinatari del servei quan en aquests enviaments no es compleixin els requisits establerts en l'article 21 que, recordem, prohibeix l'enviament de comunicacions comercials prèviament no sol·licitades ni expressament autoritzades per via electrònica.
- L'incompliment significatiu de l'obligació del prestador de serveis d'habilitar procediments senzills i gratuïts que permetin al destinatari l'exercici del seu dret a revocar el consentiment prestat a la recepció de comunicacions comercials segons el que disposa l'article 22.1.
- L'incompliment significatiu de les obligacions d'informació o d'establiment d'un procediment de rebuig del tractament de dades, establertes en l'article 22.2 en refe-

rència, recordem-ho, a la regulació de l'ús de determinades tècniques associades a la publicitat comportamental.

En aquest punt cal destacar que la LSSI també disposa (art. 39.2) que:

«Les infraccions greus i molt greus poden comportar la publicació, a costa del sancionat, de la resolució sancionadora en el *Butlletí Oficial de l'Estat*, o en el diari oficial de l'Administració pública que, si s'escau, hagi imposat la sanció; en dos diaris l'àmbit de difusió dels quals coincideixi amb el d'actuació de l'esmentada Administració pública o a la pàgina d'inici del lloc d'Internet del prestador, una vegada aquella tingui caràcter ferm».

Per a imposar aquesta sanció addicional, l'òrgan competent ha de considerar la repercussió social de la infracció comesa, el nombre d'usuaris o de contractes afectats i la gravetat de l'il·lícit.

A més, en els procediments sancionadors per infraccions greus o molt greus la LSSI disposa que es poden adoptar algunes de les **mesures de caràcter provisional** que preveu la legislació administrativa (art. 41 LSSI).

Finalment, també en matèria de comunicacions comercials, la LSSI tipifica com a infraccions lleus, entre altres, alguns supòsits molt similars als tipificats com a infracció greu però, com veurem a continuació, en el cas d'haver-se comès en un grau inferior. Així, el legislador tipifica com a **infraccions lleus**, sancionables amb multa de fins a 30.000 euros, els supòsits següents:

- L'incompliment del principi d'identificació publicitària recollit en l'article 20 que, recordem-ho, exigeix determinada informació sobre les comunicacions comercials, ofertes promocionals i concursos.
- L'enviament de comunicacions comercials per correu electrònic o un altre mitjà de comunicació electrònica equivalent quan en aquests enviaments no es compleixin els requisits que estableix l'article 21 i no constitueixi infracció greu.
- L'incompliment «no significatiu» de l'obligació del prestador de serveis establerta en l'article 22.1 en relació amb els procediments per a revocar el consentiment prestat quan no constitueixi una infracció greu.
- La utilització de dispositius d'emmagatzematge i recuperació de dades quan no s'hagués facilitat la informació o obtingut el consentiment del destinatari del servei en els termes exigits per l'article 22.2.

Per a **determinar l'import de la sanció**, el legislador disposa que la quantia de les multes que s'imposin s'ha de graduar atenent els **criteris** següents (art. 40 LSSI):

- l'existència d'intencionalitat,
- el termini de temps durant el qual s'hagi estat cometent la infracció,
- la reincidència per comissió d'infraccions de la mateixa naturalesa,
- la naturalesa i la quantia dels perjudicis causats,
- els beneficis obtinguts per la infracció,
- el volum de facturació que afecti la infracció comesa, i
- l'adhesió a un codi de conducta o a un sistema d'autoregulació publicitària aplicable respecte a la infracció comesa, que compleixi amb el que es disposa en la LSSI i que hagi estat informat favorablement per l'òrgan o els òrgans competents.

Com a **excepció**, la LSSI disposa que els òrgans competents no poden exercir la potestat sancionadora quan sobre el mateix subjecte, mateixos fets i mateix fonament hagi recaigut una sanció penal (art. 44.1). A més, es reconeix que la via judicial penal preval i suspèn la tramitació del procediment administratiu fins que s'adopti una resolució judicial (art. 44.2).

En matèria de **prescripció** d'infraccions i sancions, la LSSI disposa que les infraccions molt greus prescriuen al cap de tres anys, les greus al cap de dos anys i les lleus al cap de sis mesos i, al seu torn, les sancions imposades per faltes molt greus prescriuen al cap de tres anys, les imposades per faltes greus al cap de dos anys i les imposades per faltes lleus al cap d'un any (art. 45).

Finalment, com passava en el marc de la regulació audiovisual, cal destacar que la LSSI també promou l'elaboració de **codis de conducta** en matèria de serveis de la societat de la informació. A més, el legislador considera els codis de conducta un instrument d'autoregulació especialment apte per a adaptar els diversos preceptes de la llei a les característiques específiques de cada sector en els quals s'hi aplica. Per això, la LSSI incorpora en el seu contingut un mandat a les Administracions públiques perquè impulsin,

mitjançant la coordinació i l'assessorament, l'elaboració i l'aplicació de codis de conducta voluntaris per part de les corporacions, associacions o organitzacions comercials, professionals i de consumidors, en les matèries regulades en aquesta llei. En coherència amb el seu abast i contingut, el legislador estableix que aquests codis han de ser accessibles per via electrònica (art. 18.3).

En resposta al que disposa l'article 18 de la LSSI, l'Associació per a l'Autoregulació de la Comunicació Comercial (AACC) –també coneguda com Autocontrol–, en col·laboració amb l'actual Associació Espanyola de l'Economia Digital (Adigital), va presentar el **Codi ètic de comerç electrònic i publicitat interactiva**, en vigor des del gener de 2003.

Resulta especialment rellevant destacar que, el 2005, l'Institut Nacional de Consum va atorgar el distintiu públic de confiança en els serveis de la societat de la informació i el comerç electrònic a aquest codi que, des de llavors, es va passar a conèixer com a **Codi Confiança Online**.



Distintiu públic de confiança

El Reial decret 1163/2005, de 30 de setembre, regula el distintiu de confiança en els serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic, com també els requisits i el procediment de concessió, concreta, entre altres aspectes, la denominació i forma del distintiu (art. 2).

A continuació es reproduïx, en primer terme, la versió del distintiu públic de confiança en línia que recull el Reial decret 1163/2005 i, en segon terme, el distintiu específic del sistema confiança en línia, que, actualment, acredita l'adhesió a aquest sistema d'autoregulació.

3.3. Regulació de la publicitat de productes farmacèutics

La salut, i els productes que hi estan relacionats directament, ha estat sempre una àrea d'extrema sensibilitat per a tots els seus públics, la qual cosa explica –i en certa manera justifica– que el sector farmacèutic sigui, entre tots, un dels més regulats.

Davant els medicaments, els consumidors manquen de la informació necessària per a exercir la denominada **sobirania del consumidor** i prendre decisions racionals que, en aquest cas, poden afectar la seva pròpia salut. Això justifica que la figura del prescriptor –metge o farmacèutic, principalment– adquireixi una rellevància especial en el procés de comercialització dels medicaments.

Aquesta manca d'informació s'ha resolt, en part, amb la intervenció de l'Estat, que, mitjançant una regulació restrictiva, incideix en el procés d'intercanvi amb l'objectiu de garantir la qualitat, eficàcia, seguretat, accessibilitat i ús racional dels medicaments.

Per això, el sector farmacèutic està subjecte a una regulació estricta que en condiona tots els processos, des de les primeres fases d'investigació del medicament fins a la dispensació en establiments prèviament autoritzats: les ofi-

cines de farmàcia. En conseqüència, també la publicitat dels medicaments està subjecta a una sèrie de restriccions substancialment diferents de les que afecten la publicitat de qualsevol altre bé o producte de consum.

A Espanya, la CE de 1978 estableix el dret a la protecció de la salut (art. 43) i com a desenvolupament d'aquest, vuit anys més tard, va entrar en vigor la Llei 14/1986, General de Sanitat. El 1990 el legislador, conscient que la indústria farmacèutica necessitava un marc legal estable i específic, va aprovar la Llei 25/1990, de 20 de desembre, del Medicament, derogada per l'aprovació el 2006, de la Llei 29/2006, de 26 de juliol, de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris (LGURM). El 2015, amb l'objectiu d'incorporar les modificacions contemplades en diferents directives europees a l'ordenament jurídic espanyol i aclarir i harmonitzar els textos legals existents, veu la llum el Reial decret legislatiu 1/2015, de 24 de juliol, pel qual s'aprova el **text refós de la Llei de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris** (TRLGM), actualment vigent.

A més, en matèria de publicitat de medicaments, a Espanya disposem d'una norma específica, el **Reial decret 1416/94, de 25 de juny, pel qual es regula la publicitat dels medicaments d'ús humà** (RDPM).

Abans d'endinsar-nos en l'estudi d'aquestes normes, cal destacar, una vegada més, que el contingut de la legislació espanyola en matèria de medicaments, en general, i de la seva publicitat, en particular, està determinat en gran mesura per l'extensa legislació europea en la matèria.

Així, el nou **TRLGM** incorpora a l'ordenament jurídic espanyol 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 i les seves modificacions posteriors.

La Directiva 2001/83/CE ha estat objecte de més d'una desena de modificacions per diversos reglaments i directives europees. Entre les normes més recents que han modificat la Directiva 2001/83/CE podem mencionar la Directiva 2012/26/UE de 8 de juny, la Directiva 2017/745/UE de 5 d'abril i la Directiva 2019/5/UE d'11 de desembre.

En l'ordenament jurídic espanyol, la **Llei 14/1986 general de sanitat** va establir el **criteri de classificació de la publicitat de medicaments** segons aquesta es dirigeixi als professionals sanitaris o a la població en general.

Des d'un punt de vista del producte, aquesta distinció es correspon amb la classificació dels medicaments segons la necessitat de prescripció. Aquest criteri es basa en la necessitat que el pacient recorri al metge davant un problema de salut –perquè sigui aquest professional qui li prescrigui, mitjançant una re-

cepta mèdica, el fàrmac– o, per contra, n’hi ha prou que es desplaci a l’oficina de farmàcia i consulti amb el farmacèutic el medicament indicat per a tractar uns símptomes o unes afeccions menors.

En coherència amb aquest criteri, convé avançar que la legislació europea –i, en conseqüència, també l’espanyola– prohibeix que la publicitat de medicaments que requereixen prescripció mèdica es dirigeixi al públic en general.

De manera complementària i amb l’objectiu de facilitar la comprensió de l’abast de la regulació de la publicitat dels productes farmacèutics, a continuació detallarem les tipologies de medicaments que hi ha sobre la base de la classificació del mercat farmacèutic segons el criteri esmentat de la necessitat de la prescripció.

Tipologies de productes farmacèutics

El denominat **mercat ètic de productes farmacèutics** l’integren els medicaments que el consumidor pot adquirir amb la presentació prèvia de la prescripció corresponent, mitjançant una recepta mèdica. En aquest mercat de fàrmacs de preu controlat, que poden ser finançats pel Sistema Nacional de Salut i la comunicació del qual solament es pot dirigir al prescriptor, distingim dos tipus de productes:

a) Medicaments amb marca. Fan referència als fàrmacs dispensats amb recepta mèdica que es troben protegits per una patent o per un certificat complementari de protecció.

b) Medicaments genèrics. Aquesta categoria engloba els medicaments de prescripció essencialment similar a la d’un medicament original de referència, que té la patent caducada, que es comercialitzen amb el nom del principi actiu que contenen i habitualment a un preu inferior al preu del medicament original.

Per la seva banda, el denominat **mercat OTC** (acrònim de l’anglès *Over The Counter*), també conegut com el **mercat de l’autocura de la salut o de venda lliure**, engloba els productes farmacèutics que els consumidors poden adquirir a les oficines de farmàcia sense necessitat de presentar una recepta mèdica. Aquest mercat està configurat, bàsicament, pels medicaments per a l’autocura de la salut, coneguts tradicionalment per la denominació d’**especialitats farmacèutiques publicitàries** (EFP), enteses com els medicaments destinats a la prevenció, l’alleujament o el tractament de símptomes o síndromes menors que no requereixen un diagnòstic mèdic precís i de l’avaluació del qual no es desprèn la necessitat d’una prescripció mèdica.

En suprimir la denominació d’**especialitat farmacèutica**, la nova legislació incorpora el concepte d’**autocura de la salut** relacionat amb la qualificació dels medicaments no subjectes a prescripció mèdica. Entre les seves característiques sobresurt que en la seva dispensació, sempre per part de l’oficina de farmàcia, ha d’intervenir el farmacèutic per a garantir-ne la seguretat i eficàcia. Les EFP són fàrmacs de preu lliure, destinats al tractament de malalties lleus i la publicitat dels quals, com es detallarà posteriorment, també pot anar dirigida al consumidor final, encara que s’hauran de respectar els requisits que estableix la legislació vigent.

Entre els seus **objectius** sobresurt el d’ampliar i reforçar un sistema de garanties en relació amb l’autorització del medicament i la promoció del seu ús racional.

El contingut del TRLGM s’estructura entorn d’onze títols. En el marc del títol VII, sobre l’ús racional dels medicaments d’ús humà –i, més concretament, en el capítol dedicat a les garanties de formació i informació independent i de qualitat per a la utilització adequada dels medicaments i productes sanitaris–, el TRLGM, en primer lloc, regula l’objectivitat i qualitat de la informació i

promoció dirigida als professionals sanitaris (art. 78) i, en segon lloc, estableix una sèrie de garanties en la publicitat de medicaments destinada al públic en general (art. 80).

Per la seva banda, el RDPM és un text breu –actualment compost per trenta-un articles– estructurat en cinc capítols. Després d'establir les tradicionals disposicions generals, el RDPM regula, en el capítol II, la publicitat destinada al públic; en el capítol III regula la publicitat dirigida a les persones facultades per a prescriure o dispensar medicaments; en el capítol IV estableix les obligacions del titular de l'autorització sanitària del medicament en relació amb la publicitat, i finalment en el capítol V detalla els mecanismes de control específics de la publicitat dels medicaments.

En relació amb el contingut del RDPM, convé destacar que els dubtes interpretatius derivats de la seva publicació van portar la Direcció General de Farmàcia i Productes Sanitaris (DGFPS) a dictar dues circulars que van aclarir, des d'un punt de vista pràctic, alguns aspectes del seu contingut.

A més, cal apuntar que, en el marc de la legislació autonòmica, hi ha altres normes que regulen la publicitat dels medicaments.

Així, per exemple, Madrid i Catalunya –les dues comunitats autònomes on es concentra la major part de la indústria farmacèutica– han elaborat les seves pròpies guies de compliment de la legislació nacional en el marc de l'exercici de la seva tasca de control de la publicitat. La Comunitat de Madrid va publicar la Circular 1/2000169 i la Circular 1/2002170 en desenvolupament de la legislació estatal i, en l'àmbit català, la Generalitat de Catalunya va aprovar, el 2003, la seva pròpia *Guia per a la publicitat de medicaments d'ús humà*, revisada i actualitzada per última vegada l'abril de 2016.

A continuació, sintetitzarem els **principis bàsics de la regulació de la publicitat dels medicaments** a partir de les seves dues normes principals, el TRLGM i el RDPM:

- En primer lloc, abordarem el concepte jurídic de publicitat de medicaments.
- En segon lloc, detallarem la regulació de la publicitat dirigida als professionals sanitaris.
- En tercer lloc, ens aturarem en la regulació de la publicitat destinada al públic en general.
- Finalment, apuntarem, de manera molt breu, el règim sancionador i de control de la publicitat dels medicaments.

3.3.1. El concepte jurídic de la publicitat de medicaments

El TRLGM no defineix en el seu articulat el concepte jurídic de publicitat de medicaments ni els d'informació i promoció, ja que aquests dos últims termes són els que el legislador utilitza en regular certes activitats publicitàries dirigides als professionals sanitaris.

Circulars

Amb l'objectiu d'ampliar i aclarir el contingut del RDPM, el 1995 es va dictar la Circular 6/95, de la Direcció General de Farmàcia i Productes Sanitaris del Ministeri de Sanitat i Consum, que aclareix el Reial decret 1416/1994 i el contingut del qual va ser, posteriorment, modificat per la Circular 7/1999.

Per això, hem de recórrer a la definició de **publicitat de medicaments** que conté el RDPM, segons la qual «s'entén per publicitat de medicaments qualsevol forma d'oferta informativa, de prospecció o d'incitació destinada a promoure la prescripció, la dispensació, la venda o el consum de medicaments» (art. 1.2).

L'amplitud d'aquesta definició justifica la utilització dels termes «informació» i «promoció» de medicaments de manera indistinta al de «publicitat» en el TRLGM, ja que, com hem vist, el concepte jurídic de publicitat pot englobar algunes pràctiques de caràcter informatiu i finalitat comercial, a més d'altres pràctiques promocionals en el sentit més ampli.

Amb l'objectiu de concretar-ne l'abast, el RDPM (art. 1.3) puntualitza que l'ampli concepte de publicitat de medicaments **comprèn**, en particular:

- La publicitat de medicaments destinada al públic.
- La publicitat de medicaments destinada a persones facultades per a prescriure'ls o dispensar-los.
- La visita mèdica efectuada pels visitadors mèdics o agents informadors dels laboratoris a persones facultades per a prescriure o dispensar medicaments.
- El subministrament de mostres gratuïtes.
- El patrocini de reunions promocionals a les quals assisteixin persones facultades per a prescriure o dispensar medicaments.
- El patrocini de congressos científics en els quals participin persones facultades per a prescriure o dispensar medicaments i, en particular, el fet d'encarregar-se de les despeses de desplaçament i estada amb motiu d'aquests congressos.
- La incitació a prescriure o dispensar medicaments mitjançant concessió, oferta o promesa d'avantatges pecuniaris o en espècie, excepte quan el seu valor intrínsec resulti mínim.

Al seu torn, el legislador **exclou** de manera expressa del concepte jurídic de publicitat de medicaments:

- L'etiquetatge i el prospecte dels medicaments.
- La correspondència, acompanyada, si s'escau, de qualsevol document no publicitari, necessària per a respondre una pregunta concreta sobre un determinat medicament.
- Les informacions concretes i els documents de referència relatius, per exemple, al canvi d'envàs, als advertiments sobre efectes indesitjables, als catàlegs de vendes i a les llistes de preus, sempre que no hi figuri cap informació sobre el medicament.

Pràctiques informatives

La inclusió de les pràctiques informatives en el concepte de la publicitat de medicaments és, des de fa anys, objecte de debat en el sector farmacèutic, ja que restringeix substancialment les activitats de comunicació dels laboratoris. S'espera que el legislador aclareixi la normativa sobre aquest tema.

- La informació relativa a la salut humana o a malalties de les persones, com, per exemple, les campanyes de conscienciació, sempre que no es faci cap referència, ni tan sols indirecta, a un medicament.

Abans d'endinsar-nos en la regulació de la publicitat de medicaments segons el públic a qui es dirigeix, convé destacar que amb caràcter general la normativa disposa els **principis bàsics** següents (art. 2 RDPM):

- Queda prohibida la publicitat d'un medicament que no hagi obtingut l'autorització de comercialització corresponent.
- Tots els elements de la publicitat d'un medicament s'han d'ajustar a les informacions que figurin en la fitxa tècnica.
- La publicitat dels medicaments ha d'afavorir, en qualsevol cas, la seva utilització racional presentant-lo de manera objectiva i sense exagerar-ne les propietats.
- Addicionalment, el legislador recorda que la publicitat dels medicaments no pot ser enganyosa segons el que disposa la normativa publicitària de caràcter general.

Finalment, amb caràcter general i com a garantia, el TRLGM disposa que la publicitat i promoció comercial dels productes amb suposades propietats beneficoses per a la salut s'ha de regular per via reglamentària (art. 81).

3.3.2. Regulació de la publicitat dels medicaments de prescripció

El TRLGM regula, amb caràcter general, l'**objectivitat i qualitat de la informació i promoció** dirigida als professionals sanitaris, això és, metges i farmacèutics, en els termes següents (art. 78):

- La informació i promoció dirigida als professionals sanitaris ha d'estar d'acord amb la informació tècnica i científica autoritzada per l'Agència Espanyola de Medicaments i Productes Sanitaris (AEMPS) i ha de ser rigorosa, ben fundada i objectiva i no induir a error, d'acord amb la legislació vigent.
- La informació i promoció dels medicaments es pot dur a terme amb suports escrits, audiovisuals o d'una altra naturalesa, dirigits exclusivament a professionals sanitaris i han de tenir caràcter científic.
- Quan es tracti d'informació o promoció distribuïda per mitjans informàtics, les administracions sanitàries hi han de poder accedir a l'efecte d'inspecció.
- Les ofertes de premis, beques, contribucions i subvencions a reunions, congressos, viatges d'estudi i actes similars finançats per laboratoris farmacèutics s'han de fer públiques de la manera que es determini reglamentàriament i s'han d'aplicar exclusivament a activitats d'índole científica quan els seus destinataris siguin facultatius en exercici clínic o les entitats en què

s'associen. En les publicacions de treballs i ponències s'han de fer constar els fons obtinguts per a la realització i la font de finançament. La mateixa obligació afecta el mitjà de comunicació per la via del qual es facin públics i que obtingui fons per o per a la publicació.

A més, el TRLGM reconeix la regulació de les **garanties d'independència dels professionals** del sector, indirectament relacionades amb algunes pràctiques compreses en el concepte de publicitat.

Així, amb caràcter adicional a les preceptives incompatibilitats professionals, la llei (art. 4.6):

«prohibeix l'oferiment directe o indirecte de qualsevol tipus d'incentiu, bonificacions, descomptes, primes o obsequis, per part de qui tingui interessos directes o indirectes en la producció, fabricació i comercialització de medicaments als professionals sanitaris implicats en el cicle de prescripció, dispensació i administració de medicaments o als seus parents i persones amb qui convisquin».

Per la seva banda, el RDPM també aborda, de manera més detallada, la publicitat dirigida a les persones facultades per a prescriure o dispensar medicaments.

Com a **principi general**, el RDPM exigeix que la publicitat dirigida als professionals sanitaris inclogui un contingut mínim que proporcioni la informació tecnicocientífica necessària perquè els destinataris puguin jutjar per si mateixos el valor del medicament (art. 10). Així, la publicitat esmentada **ha d'incloure**, com a mínim:

- Les informacions essencials del producte segons les dades que conté la fitxa tècnica, incloent, almenys, el següent: nom del medicament, composició qualitativa i quantitativa, dades clíniques completes, incompatibilitats, instruccions d'ús i manipulació, nom i adreça del titular de l'autorització.
- El seu règim de prescripció i dispensació.
- Les diferents presentacions del producte, si s'escau, i la dosificació o la forma farmacèutica.
- El preu de venda al públic, les condicions de la prestació farmacèutica del Sistema Nacional de Salut i, si s'escau i quan sigui possible, l'estimació del cost del tractament.

Aquesta obligació en relació amb el contingut mínim de la publicitat dirigida als professionals sanitaris té com a **excepció** el supòsit de la **publicitat de record**, això és, la publicitat d'un medicament amb l'objectiu de recordar-ne el nom comercial. Com a requisits, s'estableix que el medicament ha d'estar

autoritzat des de fa més de dos anys i que la publicitat de record ha d'incloure la denominació oficial o la denominació comuna usual o científica quan el medicament contingui un únic principi actiu (art. 11 RDPM).

Amb un caràcter més específic, el RDPM defineix i regula algunes de les pràctiques recollides en el concepte de publicitat de medicaments:

- la visita mèdica,
- la publicitat documental i els suports vàlids,
- la distribució de mostres gratuïtes,
- els incentius, i
- el patrocini de reunions científiques.

El RDPM defineix la **visita mèdica** com el «mitjà de relació entre els laboratoris i les persones facultades per a prescriure o dispensar medicaments a l'efecte d'informar i fer publicitat sobre aquests, duta a terme pel visitador mèdic i basada en la transmissió dels coneixements tècnics adequats per a la valoració objectiva de la seva utilitat terapèutica» (art. 12).

A partir d'aquesta definició, el RDPM exigeix als laboratoris farmacèutics que proporcionin als visitadors la formació necessària per a l'exercici adequat de la seva activitat, de manera que facilitin orientacions precises i el més completes possible sobre els medicaments que aquests promocionen. A més, el visitador ha de posar a la disposició del facultatiu la fitxa tècnica dels medicaments que presenti i ha de notificar al servei científic de l'empresa qualsevol informació que rebi per part del metge en relació amb la utilització del medicament i les seves reaccions adverses.

A l'efecte del que disposa el RDPM, té la consideració de **publicitat documental** (art. 13):

«la que es practiqui per mitjà de publicacions com ara revistes, butlletins, llibres i similars, i també la que s'incorpora a mitjans audiovisuals en suport òptic, magnètic o similar, dirigides exclusivament a persones facultades per a prescriure o dispensar medicaments. També tenen aquest caràcter els impresos que els laboratoris dirigeixin directament o per mitjà de la visita mèdica a les persones facultades per a prescriure o dispensar medicaments».

Aquesta documentació publicitària ha de reflectir el contingut mínim, abans esmentat, i precisar la data d'elaboració o l'última revisió. La tipografia ha de ser normalment llegible i la informació que contenen els materials publicitaris ha de ser exacta, comprovable i prou completa i actualitzada perquè el metge pugui jutjar per si mateix el valor terapèutic del medicament.

Si la publicitat conté citacions, quadres o il·lustracions extretes de revistes mèdiques o obres científiques, aquestes s'han de reproduir fidelment i han respectar els drets de propietat intel·lectual precisant-ne amb exactitud la font (art. 14 RDPM).

La legislació únicament reconeix com a **suports vàlids** els mitjans d'informació i promoció, escrits, audiovisuals o d'una altra naturalesa, de caràcter bàsicament científic que estiguin dirigits i es distribueixin exclusivament als professionals sanitaris. Els titulars dels suports publicitaris solament poden admetre missatges de publicitat de medicaments que reuneixin els requisits establerts legalment (art. 15 RDPM).

A més, la publicitat documental està sotmesa a un **règim de control** que exigeix la comunicació d'aquesta als serveis sanitaris de la comunitat autònoma on el laboratori tingui la seva seu o dugui a terme la major part de les seves activitats.

Amb caràcter excepcional, el RDPM autoritza el lliurament de **mostres gratuïtes** de medicaments, exclusivament a les persones facultades per a prescriure'ls i amb l'autorització prèvia de la DGFPS per a l'elaboració i el subministrament (art. 16). Entre els nombrosos **requisits i condicions de lliurament** de les mostres que recull el RDPM sobresurten els següents:

- el medicament ha d'aportar una novetat o un avantatge terapèutic,
- la mostra ha de ser idèntica a la presentació més petita,
- ha de portar l'esment «Mostra gratuïta. Prohibida la venda», i
- s'ha d'inutilitzar el cupó precinte de l'envàs.
- Durant un termini de 2 anys a partir de la comercialització del nou preparat es poden lliurar, amb la sol·licitud escrita prèvia del destinatari, un màxim de 10 unitats de mostra per metge i any.

Sota l'epígraf d'**altres mitjans de publicitat**, el RDPM regula els incentius i el patrocini de les reunions científiques.

En matèria d'incentius, el legislador prohibeix, amb caràcter general, atorgar, oferir o prometre als professionals primes, avantatges pecuniaris o avantatges en espècie, amb l'excepció dels que tinguin un valor insignificant i irrellevant per a la pràctica de la medicina o la farmàcia (art. 17).

Quant al **patrocini de reunions científiques**, el RDPM **exclou de la prohibició general** en matèria d'incentius dos tipus de pràctiques (art. 18):

1) D'una banda, l'hospitalitat que s'ofereix (despeses de desplaçament i estada), directament o indirectament, en el marc de manifestacions de caràcter exclusivament professional i científic. Aquesta hospitalitat ha de tenir caràcter moderat, estar subordinada a l'objectiu principal de la reunió i no pot ser extensible a persones que no siguin professionals de la salut.

2) D'altra banda, la indústria pot premiar, becar i subvencionar reunions, congressos, viatges d'estudis i actes d'índole exclusivament científica, i contribuir-hi, quan els destinataris siguin facultatius en exercici clínic o les entitats a les quals s'associen. Recordem que en les publicacions de treballs o ponències

han de constar els fons que s'han obtingut per a dur-les a terme i la font de finançament. La mateixa obligació afecta el mitjà de comunicació pel qual es facin públics i que obtingui fons per o per a la publicació.

El RDPM estén les prohibicions en matèria d'incentius i patrocini de reunions científiques a les persones facultades per a prescriure o dispensar medicaments i estableix que aquestes no poden sol·licitar o acceptar cap incentiu prohibit (art. 19).

Finalment, entre les **obligacions del laboratori** en matèria de publicitat recollides en el RDPM sobresurten:

- la creació d'un **servei científic** dins de l'empresa encarregat de la informació dels medicaments que aquesta introdueixi en el mercat, i
- l'elaboració d'un **índex anual d'activitat publicitària** que s'ha de remetre a l'autoritat sanitària encarregada del control de la publicitat.

3.3.3. Regulació de la publicitat dels medicaments per a l'autocura de la salut

El TRLGM també recull en el seu articulat la regulació de la publicitat dels denominats **medicaments per a l'autocura de la salut**, això és, dels fàrmacs que no requereixen prescripció mèdica, encara que sí farmacèutica, que no es financen amb fons públics i que no constitueixen substàncies psicotròpiques o estupefaents (art. 80).

Així, el TRLGM disposa que poden ser objecte de publicitat dirigida al públic en general els medicaments que compleixin els **requisits** següents (art. 80.1):

- Que no es financin amb fons públics.
- Que, per la seva composició i objectiu, estiguin destinats i concebuts per a utilitzar sense la intervenció d'un metge que faci el diagnòstic, la prescripció o el seguiment del tractament, encara que requereixin la intervenció d'un farmacèutic. Aquest requisit es pot exceptuar quan es facin campanyes de vacunació aprovades per les autoritats sanitàries competents.
- Que no constitueixin substàncies psicotròpiques o estupefaents segons el que està definit en els convenis internacionals.

En primer lloc, el TRLGM estableix que els missatges de la publicitat de medicaments destinada al públic en general hauran de reunir els **requisits** següents (art. 80.2):

- Que resulti evident el caràcter publicitari del missatge i quedi clarament especificat que el producte és un medicament.
- Que s'inclouï la denominació del medicament en qüestió, com també la denominació comuna quan el medicament contingui una única substància activa.
- Que s'inclouïni totes les informacions indispensables per a la utilització correcta del medicament, com també una invitació expressa i clarament visible a llegir detingudament les instruccions que figurin en el prospecte o en l'embalatge extern, segons el cas, i la recomanació de consultar el farmacèutic sobre la utilització correcta.
- No incloure expressions que proporcionin seguretat de curació, ni testimonis sobre les virtuts del producte, ni de professionals o persones la notorietat dels quals pugui induir-ne al consum.
- No utilitzar com a argument publicitari el fet d'haver obtingut autorització sanitària a qualsevol país o qualsevol altra autorització o certificació que correspongui expedir, ni els controls o les anàlisis que escauen executar a les autoritats sanitàries segons la legislació vigent.
- Els missatges publicitaris dels medicaments que s'emetin en suport audiovisual han de complir les condicions d'accessibilitat per a persones amb discapacitat establertes en l'ordenament jurídic per a la publicitat institucional.

Pel que fa a aquests requisits esmentats en el TRLGM, el RDPM únicament afegeix una referència a la denominada **publicitat de record** i estableix que, amb caràcter excepcional, la publicitat de medicaments destinada al públic en pot incloure solament la denominació quan l'únic objectiu sigui el de recordar la denominació esmentada, sempre que el medicament sigui prou conegut pel públic i hagi restat en campanyes promocionals, almenys, durant dos anys (art. 5.2).

Per la seva banda, en matèria de **prohibicions**, l'article 6 del RDPM preveu una llista que concreta, de manera molt detallada, el que disposa amb caràcter general el TRLGM. Així, als efectes del RDPM, la publicitat d'un medicament destinat al públic no pot incloure cap element que:

Guia del SNS

El 2019, el Ministeri de Sanitat del Govern espanyol va actualitzar la *Guia del SNS per a la publicitat de medicaments d'ús humà dirigida al públic*, que recopila els principis, requisits i les limitacions de la publicitat d'aquests productes, proporciona models de documentació, etc.

- Atribueixi a la consulta mèdica o a la intervenció quirúrgica un caràcter superflu, especialment oferint un diagnòstic o aconsellant un tractament per correu.
- Suggereixi que el seu efecte està assegurat, que manca d'efectes secundaris o que és superior o igual al d'un altre tractament o un altre medicament.
- Suggereixi que l'usuari pot millorar la salut amb el seu ús, o que aquesta es pot veure afectada en cas que no s'utilitzi.
- Suggereixi o indiqui que el seu ús potencia el rendiment esportiu.
- Es dirigeixi, exclusivament o principalment, a infants.
- Es refereixi a una recomanació que hagin formulat científics, professionals de la salut o altres persones que, a causa de la seva notorietat, puguin incitar al consum de medicaments.
- Equipari el medicament a un producte alimentari, un producte cosmètic o qualsevol altre producte de consum.
- Suggereixi que la seguretat o l'eficàcia del medicament es deu al fet que es tracta d'una substància natural.
- Puguí induir, mitjançant una descripció o representació detallada de l'anamnesi, a un autodiagnòstic fals.
- Es refereixi de manera abusiva, alarmant o enganyosa a testimonis de curació.
- Utilitzi de manera abusiva, alarmant o enganyosa representacions visuals de les alteracions del cos humà produïdes per malalties o lesions, o de l'acció d'un medicament en el cos humà o en parts d'aquest.
- Esmenti que el medicament ha rebut l'autorització sanitària o qualsevol altra autorització.

Així mateix el RDPM prohibeix l'esment en la publicitat destinada al públic de les indicacions terapèutiques següents (art. 6.2):

- tuberculosi,
- malalties de transmissió sexual,
- altres malalties infeccioses greus,
- càncer i altres malalties tumorals,
- insomni crònic,
- diabetis, i

- altres malalties del metabolisme.

Finalment, el RDPM recorda la prohibició de distribuir medicaments entre el públic directament amb finalitats de promoció.

En aquest punt, cal destacar el caràcter marcadament restrictiu de la regulació de la publicitat de medicaments dirigida al públic en general. La llista de prohibicions limita, de manera considerable, les estratègies creatives de la publicitat d'aquest tipus de productes. Per això, des d'organismes professionals com, per exemple, l'Associació per a l'Autocura de la Salut (ANEFP) es reivindica una flexibilització més gran de la regulació actual, que es considera molt general i poc concreta. En aquest sentit, cal destacar que el juliol de 2013 una modificació en l'anterior LGURM va suprimir el control previ sanitari (CPS) al qual durant 28 anys va haver de sotmetre's la publicitat de medicaments destinada al públic. Amb aquesta mesura, els laboratoris farmacèutics van aconseguir una reivindicació històrica, doncs durant anys van al·legar que l'autorització administrativa anterior era una mena de censura prèvia que allargava innecessàriament el procés d'elaboració de les campanyes.

En l'actualitat, el TRLGM estableix explícitament que la publicitat dels medicaments sense recepta no requerirà d'autorització administrativa prèvia, si bé les administracions sanitàries competents efectuaran els controls necessaris per garantir que els continguts publicitaris compleixin amb la normativa.

En aquest sentit, va ser la pròpia ANEFP qui, després de conèixer la supressió del control previ, va reivindicar el paper clau que a partir de llavors tindria l'autoregulació publicitària. Fruit de la col·laboració entre institucions, l'ANEFP va crear, el setembre de 2013, el seu propi segell de garantia publicitària que avala el rigor de la publicitat dirigida al públic dels medicaments sense recepta.



D'altra banda, en matèria de **garanties**, el TRLGM faculta les administracions sanitàries per a limitar, condicionar o prohibir la publicitat dels medicaments per raons de salut pública o seguretat de les persones (art. 80.4).

Atès que en la decisió de compra dels medicaments per a l'autocura de la salut han de prevaler raons de salut i no econòmiques, el TRLGM **prohibeix** les primes, obsequis, premis, concursos, bonificacions o similars com a mètodes vinculats a la promoció o venda al públic d'aquests medicaments (art. 80.5).

De manera més específica, en el cas dels **productes sanitaris**, el TRLGM exclou la possibilitat de fer publicitat directa o indirecta dirigida al públic en cas que el producte estigui finançat pel Sistema Nacional de Salut. Així mateix, es prohibeixen les primes, obsequis, descomptes, premis, concursos, bonificacions o similars com a mètodes vinculats a la promoció o venda al públic d'aquests productes (art. 80.6).

Productes sanitaris

A l'efecte del TRLGM –art. 2 1)– entendrem per producte sanitari qualsevol instrument, dispositiu, equip, programa informàtic, material o un altre article, utilitzat solament o en combinació, inclosos els programes informàtics destinats pel seu fabricant a finalitats específiques de diagnòstic i/o teràpia i que intervinguin en el seu bon funcionament, destinat pel fabricant a ser utilitzat en éssers humans amb finalitats de:

- 1) diagnòstic, prevenció, control, tractament o alleujament d'una malaltia;
- 2) diagnòstic, control, tractament, alleujament o compensació d'una lesió o d'una deficiència;
- 3) investigació, substitució o modificació de l'anatomia o d'un procés fisiològic, i
- 4) regulació de la concepció, i que no exerceixi l'acció principal que es vulgui obtenir a l'interior o a la superfície del cos humà per mitjans farmacològics, immunitaris ni metabòlics, però a la funció dels quals puguin contribuir aquests mitjans.

3.3.4. Règim sancionador i de control de la publicitat dels medicaments

Amb caràcter general, el TRLGM disposa que les infraccions en matèria de medicaments seran objecte de les sancions administratives corresponents, prèvia instrucció de l'oportú expedient i sense perjudici de les responsabilitats civils, penals o d'un altre ordre que puguin concórrer (art. 110.1).

En relació amb el règim sancionador, el propi TRLGM estableix que les **infraccions** derivades del seu incompliment es qualificaran com a **lleus, greus i molt greus** atenent als criteris següents: riscos per a la salut, quantia de l'eventual benefici obtingut, gravetat de l'alteració sanitària i social produïda, generalització de la infracció i reincidència (art. 111.1).

En matèria de publicitat de medicaments, el TRLGM estableix que constituïran faltes administratives tipificades com a infraccions **molt greus**, i sancionades amb multa de 90.001 fins a 1.000.000 d'euros, les conductes següents –art. 111.2 c)–:

- Realitzar promoció, informació o publicitat de medicaments no autoritzats o sense ajustar-se al que es disposa en el propi TRLGM i en la legislació general sobre publicitat.
- Efectuar promoció, publicitat o informació destinada al públic de productes o preparats, amb finalitats medicinals, tot i que el propi producte no faci referència explícita a aquestes finalitats, incloses les substàncies medicinals i les seves combinacions, que no es trobin autoritzats com a medicaments.
- Oferir primes, obsequis, premis, concursos, bonificacions, descomptes o similars com a mètodes vinculats a la promoció o venda al públic dels productes regulats en el TRLGM.

- No complir els requisits i les condicions reglamentàriament exigits en matèria de publicitat i promoció comercial dels productes, materials, substàncies, energies o mètodes als quals s'atribueixin efectes beneficiosos sobre la salut.

El TRLGM tipifica com a **infracció greu**, sancionada amb multa de 30.001 euros, oferir directament o indirectament qualsevol tipus d'incentiu, bonificacions, descomptes prohibits, primes o obsequis, efectuats per qui tingui interessos directes o indirectes en la producció, fabricació i comercialització de medicaments, als professionals sanitaris, amb motiu de la prescripció, dispensació i administració dels mateixos, o als seus parents i persones que hi conviuen. En coherència amb aquesta infracció, la LGURM també tipifica com a infracció greu l'acceptació per part dels professionals sanitaris dels incentius, primes o obsequis anteriorment esmentats.

Finalment, en matèria de publicitat, el TRLGM tipifica com a **infracció lleu**, sancionada amb multa de 6.000 a 30.000 euros, realitzar publicitat de fórmules magistrals o de preparats oficials.

A més, el TRLGM estableix que les sancions per la comissió d'infraccions greus i molt greus seran publicades en el diari oficial corresponent una vegada adquireixin fermesa (art. 114.4) i, al seu torn, atorga l'exercici de la potestat sancionadora a l'Administració general de l'Estat o les comunitats autònomes que ostentin la funció inspectora (art. 114.5).

En matèria de **prescripció**, el TRLGM estableix que les infraccions molt greus prescriuen al cap de cinc anys d'haver-se comès, les greus al cap de dos anys i les lleus al cap d'un any. En aquests mateixos terminis prescriuen les sancions (art. 116).

Un altre aspecte que manté el TRLGM és l'**acció de cessació**, mesura processal concebuda per als casos en què la publicitat d'un medicament és contrària al contingut de la llei o a les seves disposicions de desenvolupament, i afecta interessos col·lectius o difusos dels consumidors i usuaris. En aquests casos, el TRLGM també reconeix la possibilitat de sol·licitar la cessació de la publicitat en qüestió abans de l'exercici d'aquesta acció. Així, el TRLGM (art. 117 i 118) regula, en els termes següents, l'exercici de la sol·licitud prèvia i de l'acció de cessació, respectivament.

Sol·licitud prèvia a l'exercici de l'acció de cessació (art. 117)

1) Quan una publicitat de medicaments d'ús humà, de productes sanitaris o de productes amb suposades propietats sobre la salut sigui contrària a aquesta llei, a les seves disposicions de desenvolupament o a la Llei general de sanitat, i afecti els interessos col·lectius o difusos dels consumidors i usuaris, en poden sol·licitar la cessació:

a) L'Agència Espanyola de Consum, Seguretat Alimentària i Nutrició 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 que estableix la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, o, si s'escau, la legislació autonòmica en matèria de defensa dels consumidors.

c) Les entitats d'altres estats membres de la Unió Europea a les quals fa referència l'article 106 d'aquesta llei.

d) Els titulars d'un dret o d'un interès legítim.

2) La sol·licitud s'ha de fer de manera que permeti tenir constància fefaent de la seva data, de la seva recepció i del seu contingut.

3) La cessació es pot sol·licitar des del començament fins a la fi de l'activitat publicitària. Així mateix, l'acció es pot exercir per a prohibir una conducta quan aquesta hagi finalitzat en el moment d'exercir l'acció, si hi ha indicis suficients que en facin témer la reiteració de manera immediata.

4) Dins dels quinze dies següents a la recepció de la sol·licitud, el requerit ha de comunicar al requeridor de manera fefaent la seva voluntat de cessar en l'activitat publicitària i ha de procedir efectivament a aquesta cessació.

5) En els casos de silenci o negativa, o quan no hagi tingut lloc el cessament, el requeridor, amb la justificació prèvia d'haver efectuat la sol·licitud de cessació, pot exercir l'acció que preveu l'article següent.

6) Tant la sol·licitud com la voluntat de cessar, o, si s'escau, la negativa a cessar en l'activitat publicitària, s'ha de comunicar a l'autoritat sanitària competent en matèria de control de publicitat de medicaments.

Acció de cessació (art. 118)

1) Es pot exercir l'acció de cessació enfront de les conductes següents, sempre que siguin contràries a aquesta llei, a les seves normes de desenvolupament o a la Llei general de sanitat i lesionin interessos col·lectius o difusos dels consumidors i usuaris:

a) Conductes en matèria de publicitat de medicaments d'ús humà. En aquest cas, es pot exercir l'acció sense necessitat de presentar la sol·licitud prèvia que preveu l'article 117, que té caràcter potestatiu.

b) Conductes en matèria de publicitat de productes sanitaris o productes amb suposades propietats per a la salut, amb la presentació prèvia preceptiva de la sol·licitud que preveu l'article 117.

2) L'acció de cessació es dirigeix a obtenir una sentència que condemni el demandat a cessar en la conducta contrària a les normes esmentades en l'apartat anterior i a prohibir-ne la reiteració futura. Així mateix, l'acció es pot exercir per a prohibir la realització d'una conducta quan aquesta hagi finalitzat en el moment d'exercir l'acció, si hi ha indicis suficients que en facin témer la reiteració de manera immediata. S'ha de comunicar a l'autoritat sanitària competent en matèria de control de la publicitat de medicaments tant la interposició de l'acció com la sentència que, si s'escau, es dicti.

3) Estan legitimats per a exercir l'acció de cessació:

a) L'Agència Espanyola de Consum, Seguretat Alimentària i Nutrició, i els òrgans o entitats corresponents de les comunitats autònomes i de les corporacions locals.

b) Les associacions de consumidors i usuaris que reuneixin els requisits que estableix la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, o, si s'escau, la legislació autonòmica en matèria de defensa dels consumidors.

c) El Ministeri Fiscal.

d) Les entitats d'altres estats membres de la Unió Europea constituïdes per a la protecció dels interessos col·lectius i dels interessos difusos dels consumidors que estiguin habilitades mitjançant la inclusió en la llista publicada amb aquesta finalitat en el *Diari Oficial de la Unió Europea*.

e) Els jutges i tribunals han d'acceptar aquesta llista com a prova de la capacitat de l'entitat habilitada per a ser part, sense perjudici d'examinar si la finalitat d'aquesta i els interessos afectats legitimen l'exercici de l'acció.

f) Els titulars d'un dret o interès legítim.

Totes les entitats esmentades en aquest article es poden personar en els processos promoguts per qualsevol d'aquestes, si ho estimen oportú per a la defensa dels interessos que representen.

Per la seva banda, el RDPM es limita a reconèixer la possible adopció de mesures cautelars per part de l'autoritat sanitària competent per a autoritzar la publicitat de medicaments en cas d'incompliment de la legislació vigent.

3.4. Regulació de la publicitat del tabac

La lluita contra el tabaquisme i els riscos derivats és, des de fa dècades, una prioritat en política de salut pública en el marc de la Unió Europea (UE).

Per això, en els últims anys, les institucions europees han dictat nombroses disposicions normatives amb l'objectiu de reduir el consum del tabac i dels seus productes derivats. Entre aquestes disposicions, de caràcter general, trobem les destinades a regular, d'una manera específica, la publicitat dels productes del tabac.

La primera mesura comunitària que va regular la publicitat dels productes del tabac data de 1989, any en què es va aprovar la Directiva 89/552/CEE, l'articulat de la qual contenia la prohibició absoluta de la publicitat, directa o indirecta, del tabac en el mitjà televisiu.

El legislador espanyol va recollir aquesta prohibició en el text original de la LGP fruit d'un acord, anterior a la Directiva 89/55/CEE, entre el Ministeri de Sanitat i Consum i els representants de la indústria tabaquera.

Posteriorment, el 2003 es va aprovar la Directiva 2003/33/CE del Parlament Europeu i del Consell relativa a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres en matèria de publicitat i patrocinis del tabac.

La transposició de la Directiva 2003/33/CE a l'ordenament jurídic espanyol va tenir lloc mitjançant l'aprovació de **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** (LMST), també coneguda com a **Llei antitabac**, l'objectiu principal de la qual és la prevenció i el control del tabaquisme.

Per a aconseguir-ho, el legislador preveu l'adopció de dos tipus de **mesures**:

1) d'una banda, les dirigides a limitar les operacions al detall de venda, subministrament i consum del tabac i,

2) d'una altra, les mesures destinades a regular la publicitat i la promoció, directa o indirecta, dels productes del tabac, com també el patrocini de diferents activitats per part de les tabaqueres.

En l'exposició de motius de la LMST, el legislador reconeix la influència de la publicitat i el patrocini sobre les conductes personals i els hàbits socials dels ciutadans; i això, en les seves pròpies paraules converteix la publicitat i el patrocini del tabac...

«en un element clar d'inducció i afavoriment del seu consum, especialment en l'àmbit infantil i juvenil; per això, es fa necessari incidir limitativament en totes les classes i mitjans de publicitat, ja siguin impresos, radiofònics, televisius, electrònics o cinematogràfics».

Amb aquest objectiu, el 2005 s'aprova la LMST, un text –actualment de vint-i-tres articles– que s'estructura entorn de cinc capítols dedicats, respectivament: a la regulació de les disposicions generals; a les limitacions a la venda, subministrament i consum dels productes del tabac; a la regulació de la seva publicitat, promoció i patrocini; a les mesures de prevenció del tabaquisme, de promoció de la salut i de facilitació de la deshabituació tabàquica, i al règim de les infraccions i sancions.

3.4.1. Regulació de la publicitat, la promoció i el patrocini

A continuació, abordarem el contingut del capítol III de la LMST que, d'una manera breu i en tan sols dos articles, regula la publicitat, la promoció i el patrocini dels productes del tabac.

En primer lloc, la LMST estableix una sèrie de **limitacions** generals a la **publicitat, promoció i patrocini dels productes del tabac** entre les quals sobresurt, en primer terme, la denominada **clàusula general prohibitiva** (art. 9).

Abans d'abordar l'estudi de la clàusula general, convé destacar que el legislador defineix els conceptes de productes del tabac, publicitat, patrocini i promoció d'aquests en el marc de les seves disposicions generals.

Així, a l'efecte de la LMST, es consideraran **productes del tabac** –art. 2.1 a)–:

«els productes que poden ser consumits i constituïts, total o parcialment, per tabac, genèticament modificat o no».

També a efectes d'aquesta llei, per **publicitat** s'entén –art. 2.1 b) LMST–:

«tota forma de comunicació, recomanació o acció comercial l'objectiu o efecte directe o indirecte de la qual sigui la promoció d'un producte del tabac o l'ús del tabac, inclosa la publicitat que, sense esmentar directament un producte del tabac, intenti eludir la prohibició de la publicitat utilitzant noms, marques, símbols o altres elements distintius de productes del tabac».

Cal avançar que aquesta definició inclou, en el concepte jurídic de publicitat del tabac, la **publicitat indirecta**, això és, la que malgrat no esmentar el producte del tabac, utilitza alguns dels elements distintius amb l'objectiu que el públic associï aquesta publicitat amb el producte originari del tabac la publicitat del qual, com veurem, està actualment prohibida.

Per la seva banda, la LMST –art. 2.1 c)– defineix el **patrocini** com:

«qualsevol tipus de contribució, pública o privada, a un esdeveniment, una activitat o un individu l'objectiu o efecte directe o indirecte dels quals sigui la promoció d'un producte del tabac o l'ús del tabac».

Finalment, la LMST –art. 2.1 d)– entén per **promoció**:

«tot estímul de la demanda de productes del tabac, com anuncis, publicitat i actes especials, entre d'altres, destinats a atreure l'atenció i suscitar l'interès dels consumidors».

Arran de l'aprovació de la Llei 2/2014, de 27 de març, per la qual es modifica el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, la LMST va incorporar al seu articulat la regulació dels dispositius susceptibles d'alliberament de nicotina, això és, les més conegudes com a cigarretes electròniques. Així, la LMST en l'article 2.1. f) defineix el **dispositiu susceptible d'alliberament de nicotina** com el:

«producte, o qualsevol dels seus components, inclosos els cartutxos i el dispositiu sense cartutx, que pugui utilitzar-se per al consum de vapor que contingui nicotina a través d'un broquet. Les cigarretes electròniques poden ser d'un sol ús, recarregables mitjançant un contenidor de càrrega o recarregables amb cartutx d'un sol ús».

En el marc de la denominada **clàusula general prohibitiva**, en primer lloc, la LMST **prohibeix**, «el patrocini dels productes del tabac, i també tota classe de publicitat i promoció dels productes esmentats en tots els mitjans i suports, incloses les màquines expenedores i els serveis de la societat de la informació» (art. 9.1).

No obstant això, respecte a aquesta clàusula prohibitiva general, el legislador preveu tres **excepcions**; de manera que es pot dur a terme publicitat i promoció del tabac en els llocs següents:

- 1) Les publicacions destinades exclusivament als professionals que intervenen en el comerç del tabac.
- 2) Les presentacions de productes del tabac a professionals del sector, i també la promoció d'aquests productes en les expenedories de tabac i timbre de l'Estat, sempre que no tingui com a destinataris els menors d'edat ni impliqui la distribució gratuïta de tabac o de béns i serveis relacionats exclusivament amb productes del tabac o amb l'hàbit de fumar o que comportin noms, marques, símbols o qualsevol altres signes distintius que siguin utilitzats per als productes del tabac. En tot cas, el valor o preu dels béns o serveis esmentats

no pot ser superior al 5 % del preu dels productes del tabac que es pretengui promocionar. En cap cas, aquestes activitats es poden fer en els aparadors ni estendre's fora dels establiments esmentats, ni dirigir-se a l'exterior.

3) Les publicacions que continguin publicitat de productes del tabac, editades o impreses en països que no formen part de la Unió Europea, sempre que aquestes publicacions no estiguin destinades principalment al mercat comunitari, llevat que estiguin dirigides principalment als menors d'edat.

Adicionalment, convé esmentar que la Disposició Addicional Novena de la LMST exclou els clubs privats de fumadors de la prohibició sobre publicitat, promoció i patrocini de productes del tabac sempre que aquestes activitats es facin a l'interior de la seva seu social i en presència únicament i exclusivament de persones sòcies majors d'edat.

En segon lloc, la LMST també **prohibeix**, fora de la xarxa d'expenedories de tabac i timbre de l'Estat, la **distribució gratuïta o promocional** de productes, béns o serveis o qualsevol altra actuació, l'objectiu o l'efecte directe o indirecte, principal o secundari de la qual sigui la promoció d'un producte del tabac (art. 9.2).

En tercer lloc, el legislador ha incorporat a la LMST la **prohibició** en tots els mitjans de comunicació, inclosos els serveis de la societat de la informació, de l'emissió de programes o d'imatges en què els presentadors, col·laboradors o convidats apareguin fumant, esmentin o mostrin, directament o indirectament, marques, noms comercials, logotips o altres signes identificatius o associats a productes del tabac (art. 9.3).

Finalment, l'article 10 de la LMST, que regula la publicitat, la promoció i el patrocini dels productes del tabac, **prohibeix** expressament la utilització de:

«noms, marques, símbols o qualsevol altres signes distintius que siguin utilitzats per a identificar en el tràfic productes del tabac i, simultàniament, altres béns o serveis i siguin comercialitzats o oferts per una mateixa empresa o grup d'empreses».

D'aquesta manera, el legislador espanyol, en coherència amb la inclusió del terme *indirecte* en la definició mateixa de publicitat, **prohibeix** expressament la **publicitat indirecta** dels productes del tabac.

No obstant això, sobre la base del principi d'irretroactivitat de les normes sancionadores, la LMST estableix un **règim transitori** en matèria de denominacions comunes, segons el qual, les denominacions comunes a què es refereix l'article 10 que hagin estat comercialitzades abans de l'entrada en vigor de la LMST es poden continuar utilitzant, si bé els noms, marques, símbols o sig-

nes distintius han de mostrar un aspecte clarament diferent de l'utilitzat en el producte del tabac i no incloure cap altre signe distintiu ja utilitzat per a aquest producte (Disposició Transitòria Segona LMST).

A partir de la data d'entrada en vigor de la LMST, cap bé o servei que s'introdueixi en el mercat no pot utilitzar noms, marques, símbols o altres signes distintius ja utilitzats per a un producte del tabac.

L'any 2014, com hem avançat, la modificació de la LMST va regular el buit legal existent fins aleshores en matèria de publicitat de les anomenades cigarretes electròniques. Actualment, en la seva Disposició Addicional Tretzena – conforme a la redacció donada el 2017–, la LMS, en relació amb els **dispositius susceptibles d'alliberament de nicotina i envasos de recàrrega** prohibeix:

- Les comunicacions comercials en els serveis de la societat de la informació, en la premsa i en altres publicacions impreses, que tinguin per fi o per efecte directe o indirecte la seva promoció, amb l'excepció de les publicacions destinades exclusivament als professionals del comerç dels productes i de les publicacions que estiguin impreses i publicades en tercers països, quan aquestes publicacions no tinguin per destinació principal el mercat de la Unió Europea.
- Les comunicacions comercials que tinguin per fi o per efecte directe o indirecte la seva promoció en la ràdio.
- Tota forma de contribució pública o privada a programes de ràdio que tingui per objecte o per efecte directe o indirecte la seva promoció.
- Tota forma de contribució pública o privada a qualsevol acte, activitat o individu que tingui per objecte o per efecte directe o indirecte la seva promoció i que impliqui diversos estats membres, o tingui lloc en diversos estats membres, o faci efectes transfronterers de qualsevol altra manera.
- Les comunicacions comercials audiovisuals, tal com estan definides en l'article 2.24 de la LGCAV.

3.4.2. Infraccions i sancions

En matèria d'**infraccions i sancions**, convé destacar que el legislador opta, una vegada més, per la via administrativa, i que la LMST classifica les infraccions en molt **greus, greus i lleus** (art. 19).

Així, resulta especialment destacable que la LMST tipifiqui únicament com **infracció molt greu**, sancionable amb multa de 10.001 a 600.000 euros, fer publicitat, promoció i patrocini:

a) dels productes del tabac en tots els mitjans, inclosos els serveis de la societat de la informació, excepte en els supòsits que la llei preveu com a excepció (art. 19.4).

b) de dispositius susceptibles d'alliberament de nicotina i envasos de recàrrega que no estiguin permesos.

La resta de supòsits en matèria de publicitat, promoció i productes del tabac prohibits en la LMST són constitutius d'**infraccions greus** (art. 9.3), sancionables amb multa de 601 fins a 10.000 euros.

La LMST també disposa, a l'article 18.3, que:

«les infraccions molt greus prescriuen al cap de tres anys; les greus, al cap de dos anys, i les lleus, al cap de sis mesos. Les sancions imposades per faltes molt greus prescriuen al cap de tres anys; les imposades per faltes greus, al cap de dos anys, i les imposades per faltes lleus, al cap d'un any».

A més, en matèria de **responsabilitat per les infraccions comeses**, la LMST preveu, a l'article 21.7, que:

«en el cas d'infraccions en matèria de publicitat, és considerat responsable solidari, a més de l'empresa publicitària, el beneficiari de la publicitat, entenent com a tal el titular de la marca o producte anunciat, i també el titular de l'establiment o espai en què s'emet l'anunci».

En referència a les **competències d'inspecció i sanció**, en funció del criteri de territorialitat, el legislador habilita l'Administració general de l'Estat i les comunitats autònomes per a l'exercici d'aquestes (art. 22 LMST).

En matèria d'**accions**, la LMST reconeix, a l'article 23.1, que:

«El titular d'un dret o interès legítim afectat pot exigir davant els òrgans administratius i jurisdiccionals de qualsevol ordre l'observança i el compliment del que disposa aquesta Llei».

Com a tancament, únicament apuntarem que en matèria de publicitat i patrocini dels productes del tabac la normativa estatal és substancialment més restrictiva que la comunitària.

En qualsevol cas, atès que la Directiva 2003/33/CE faculta els estats membres per a transposar-ne el contingut als ordenaments jurídics respectius d'una manera més restrictiva, en cas d'elaborar campanyes internacionals per a anunciants d'aquest sector s'ha de consultar la legislació dels diferents estats on es prevegi la difusió de la publicitat.

4. Regulació de la publicitat institucional

Després d'abordar la regulació de la publicitat dels medicaments i la dels productes del tabac, com a exemple de la rellevància de la legislació especial, a continuació ens aturarem en l'estudi de la regulació de la publicitat institucional.

En aquest punt, convé recordar que el legislador va excloure la publicitat institucional de l'àmbit d'aplicació de la normativa general de publicitat i que, per tant, la LGP i la LCD únicament són aplicables a la denominada **publicitat econòmica**, això és, recordem-ho:

«tota forma de comunicació feta per una persona física o jurídica, pública o privada, en l'exercici d'una activitat comercial, industrial, artesanal o professional amb la finalitat de promoure de manera directa o indirecta la contractació de béns mobles o immobles, serveis, drets i obligacions» (art. 2 LGP).

Així, atès que, com veurem, els objectius de la publicitat institucional s'allunyen de les finalitats industrials, comercials o mercantils, la LGP i la LCD únicament són aplicables, d'una banda, a la publicitat institucional que, puntualment, puguin desenvolupar els organismes públics amb finalitats comercials. D'altra banda, recordem que a la publicitat institucional és aplicable el que disposa la LGP en matèria de contractació.

4.1. Objectius i justificació de la regulació de la publicitat institucional

En el marc d'un estat democràtic de dret, el govern és subjecte i objecte d'informació i valoració política. Al seu torn, com a responsable últim de l'Administració general de l'Estat, el Govern també és emissor d'una sèrie de missatges dirigits als ciutadans que s'engloben sota la denominació genèrica de **campanyes institucionals de publicitat i comunicació**.

Així, a fi de garantir la utilitat pública, la professionalització, la transparència i la lleialtat institucional en el desenvolupament de les campanyes institucionals de publicitat, el 2005 es va aprovar la **Llei 29/2005**, de 29 de desembre, de **publicitat i comunicació institucional** (LPCI).

En la mateixa exposició de motius de la LPCI el legislador exposava amb claredat les diferències principals entre la publicitat política i la publicitat institucional, objecte de regulació en aquesta norma específica:

«La dualitat entre la naturalesa política i executiva de l'acció governamental s'ha de mantenir en esferes comunicatives separades. La valoració, el judici i la informació de caràcter polític tenen els seus propis cursos i no s'han de barrejar amb l'activitat comunicativa que, ordenada i orientada a la difusió d'un missatge comú, emprèn l'Administració per donar a conèixer als ciutadans els serveis que ofereix i les activitats que porta a terme. Ha de ser un principi fonamental de l'activitat comunicativa del Govern, per mitjà de campanyes institucionals, deslligar l'opinió política de la informació veraç i neutral sobre les seves polítiques públiques. La publicitat i comunicació institucional han d'estar a l'estricta servei de les necessitats i interessos dels ciutadans, han de facilitar l'exercici dels seus drets i promoure el compliment dels seus deures, i no han de perseguir objectius inadequats al bon ús dels fons públics».

La LPCI és un text breu –actualment consta de quinze articles– organitzat en dos capítols. En el primer s'estableixen les disposicions generals de la llei, això és, l'objecte i l'àmbit d'aplicació, les definicions, els requisits, les prohibicions, les garanties i el mètode d'adjudicació dels contractes, entre altres aspectes.

La LPCI regula, així, el contingut dels missatges difosos per mitjà de campanyes de publicitat i comunicació institucional, disposa de garanties enfront de les que incompleixin els seus mandats i estableix mecanismes de planificació, coordinació i control de l'activitat publicitària i de comunicació institucional que du a terme l'Administració general de l'Estat.

A continuació, sintetitzarem el contingut i abast de la LPCI, no sense abans aturar-nos en el detall dels **objectius principals** d'aquesta recollits, una vegada més, en la seva exposició de motius:

- 1) En primer lloc, la **utilitat pública** com a objectiu d'aquestes campanyes implica l'erradicació de les que tinguin com a finalitat enaltir la tasca del Govern. Es garanteix així que les campanyes de publicitat institucional serveixin als seus destinataris legítims, que són els ciutadans, i no a qui les promou. Amb el propòsit de garantir que la informació arribi a tots els ciutadans, la llei ordena la utilització de mitjans, suports o formats que, d'una banda, assegurin l'accés a la informació de les persones amb discapacitat i la pluralitat lingüística de les campanyes i, d'una altra, que garanteixin millor la difusió dels missatges.
- 2) En segon lloc, l'objectiu de la **professionalització** s'estén a la planificació, execució i avaluació de les campanyes amb la finalitat d'assegurar el màxim aprofitament dels recursos públics.
- 3) En tercer lloc, sobre la base del principi de transparència de les Administracions públiques, la LPCI respon a l'objectiu d'**enfortir la transparència de les campanyes**, mitjançant l'habilitació de fórmules que donin a conèixer totes les activitats de publicitat i de comunicació que prevegi dur a terme l'Administració general de l'Estat.

4) Finalment, l'objectiu de **lleialtat institucional** es tradueix en la prohibició de campanyes de publicitat i comunicació institucional destinades a injuriar l'activitat d'altres administracions en l'ús legítim de les seves competències.

En concretar el seu **objecte i àmbit d'aplicació**, la LPCI (art. 1.1) reconeix que...

«estableix el règim jurídic de les campanyes institucionals de publicitat i de comunicació promogudes o contractades per l'Administració general de l'Estat i per les altres entitats integrants del sector públic estatal».

A més, la LPCI **exclou** expressament del seu àmbit d'aplicació, en primer lloc i com ja hem avançat, la publicitat econòmica desenvolupada per l'Administració i, en segon lloc, la mera difusió d'informació sobre les actuacions públiques que s'hagin de publicar per mandat legal.

En aquest punt convé destacar la importància de la **legislació autonòmica** a l'hora de concretar el que disposa la legislació estatal en la seva pròpia normativa que, en determinats casos, regula la publicitat institucional que han portat a terme les Administracions públiques de caràcter autonòmic i local. L'estudi de la normativa autonòmica excedeix els objectius de l'assignatura, però això no impedeix destacar la importància de consultar aquesta normativa en cas de dur a terme campanyes de publicitat institucional circumscrites a aquests àmbits.

4.2. Definicions, requisits i prohibicions de la publicitat institucional

Com es desprèn del títol mateix de la norma, en matèria de definicions, el legislador ha optat per diferenciar els conceptes jurídics de publicitat i comunicació institucional.

Així, als efectes de la LPCI –art. 2 a)–, entenem per **campanya institucional de publicitat**:

«tota activitat orientada i ordenada a la difusió d'un missatge o objectiu comú, dirigida a una pluralitat de destinataris, que utilitzi un suport publicitari pagat o cedit i sigui promoguda o contractada per algun dels subjectes enunciat a l'article 1».

I, al seu torn, la LPCI –art. 2 b)– defineix com a **campanya institucional de comunicació**:

D'aquesta manera, el legislador restringeix el concepte de **publicitat institucional** a la concepció tradicional des d'un punt de vista professional, sobre la base del criteri de la difusió d'aquesta per mitjà d'espais contractats o cedits en suports publicitaris.

Lectura complementària

Les entitats integrants del sector públic estan enumerades en l'article 2.1 de la Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostària.

No obstant això, la inclusió de les denominades **campanyes de comunicació institucional** en la LPCI estén l'àmbit d'aplicació d'aquesta Llei a qualsevol altra pràctica de comunicació com, per exemple, les activitats de relacions públiques l'objectiu de les quals sigui la difusió de missatges de caràcter institucional a una pluralitat de destinataris.

Quant als **requisits de les campanyes institucionals de publicitat i comunicació**, en primer terme, la LPCI disposa que solament es poden promoure o contractar campanyes institucionals de publicitat i de comunicació quan aquestes responguin a algun dels **objectius** següents (art. 3.1):

- Promoure la difusió i el coneixement dels valors i principis constitucionals.
- Informar els ciutadans dels seus drets i obligacions legals, d'aspectes rellevants del funcionament de les institucions públiques i de les condicions d'accés i ús dels espais i serveis públics.
- Informar els ciutadans sobre l'existència de processos electorals i consultes populars.
- Difondre el contingut de les disposicions jurídiques que, per la seva novetat i repercussió social, requereixin mesures complementàries per al seu coneixement general.
- Difondre ofertes d'ocupació pública que per la seva importància i interès així ho aconsellin.
- Advertir de l'adopció de mesures d'ordre o seguretat públiques quan afectin una pluralitat de destinataris.
- Anunciar mesures preventives de riscos o que contribueixin a l'eliminació de danys de qualsevol naturalesa per a la salut de les persones o el patrimoni natural.
- Donar suport a sectors econòmics espanyols a l'exterior, promoure la comercialització de productes espanyols i atreure inversions estrangeres.
- Difondre les llengües i el patrimoni històric i natural d'Espanya.
- Comunicar programes i actuacions públiques de rellevància i interès social.

Amb un caràcter més general, la LPCI estableix quatre **requisits addicionals**:

1) Les campanyes institucionals es poden portar a terme exclusivament quan hi concorrin raons d'interès públic i en l'exercici de competències pròpies (art. 3.2).

2) Les campanyes institucionals han de contribuir a fomentar la igualtat entre homes i dones, i han de respectar la diversitat social i cultural present en la societat (art. 3.3).

3) Les campanyes institucionals s'han d'ajustar sempre a les exigències derivades dels principis d'interès general, lleialtat institucional, veracitat, transparència, eficàcia, responsabilitat, eficiència i austeritat en la despesa (art. 3.4).

4) Les campanyes institucionals de publicitat s'han d'identificar clarament com a tals i, a aquest efecte, han d'incloure la menció expressa de l'Administració o entitat promotora o contractant (art. 4.3).

En matèria de **prohibicions**, la LPCI estableix que no es poden promoure o contractar campanyes de publicitat i de comunicació institucionals (art. 4.1):

a) Que tinguin com a finalitat destacar els èxits de gestió o els objectius aconseguits pels subjectes esmentats en l'article 1.

b) Que manifestament menyscabin, obstaculitzin o pertorbin les polítiques públiques o qualsevol actuació legítimament feta per un altre poder públic en l'exercici de les seves competències.

c) Que incloguin missatges discriminatoris, sexistes o contraris als principis, valors i drets constitucionals.

d) Que incitin, de manera directa o indirecta, a la violència o a comportaments contraris a l'ordenament jurídic.

Així mateix, amb l'objectiu de destriar clarament la publicitat institucional de la publicitat política, la LCPI **prohibeix**, d'una banda, els missatges o la presentació de les campanyes institucionals que puguin induir a confusió amb els símbols, idees, expressions, dissenys o imatges emprades per qualsevol formació política o organització social (art. 4.2) i, d'una altra, les campanyes que no s'identifiquin com a tals i no incloguin la menció expressa de l'Administració o entitat promotora o contractant (art. 4.3).

En coherència amb la utilitat pública d'aquestes campanyes, en matèria d'**accessibilitat** el legislador exigeix (art. 5 LCPI) que procurin:

«l'accés més complet a la informació a les persones amb qualsevol tipus de discapacitat».

Adicionalment, la LPCI estableix que s'ha de fomentar la utilització dels suports que, sense minvar l'eficàcia de la campanya, siguin més respectuosos amb el **medi ambient** (art. 6).

Adicionalment, el legislador incorpora en la LPCI una breu referència a tres aspectes concrets de la publicitat institucional:

- 1) el sistema d'adjudicació dels seus contractes,
- 2) la llengua que s'ha d'emprar en aquest tipus de campanyes, i
- 3) finalment, la publicitat institucional en el context de processos electorals o de referèndum.

Quant als **contractes** vinculats a les campanyes de publicitat i comunicació institucional, la LPCI disposa (art. 8.1) que aquests s'han d'adjudicar...

«d'acord amb la seva normativa aplicable, respectant estrictament els principis de publicitat i concurrència, i atenent sempre a criteris objectius com ara el cost econòmic i l'eficàcia prevista del pla de mitjans. Aquests mateixos criteris objectius han de ser observats pels contractistes en els casos de subcontractació».

Així mateix, la LPCI disposa que és el Consell de Ministres qui ha d'aprovar, amb el dictamen previ del Consell d'Estat, els plecs de clàusules generals per a les campanyes institucionals de publicitat i de comunicació de l'Administració general de l'Estat i altres entitats estatals afectades per aquesta llei (art. 8.2).

En matèria de **llengües**, la LPCI concreta (art. 9) que:

«en les campanyes institucionals s'utilitza el castellà i, a més, atenent l'àmbit territorial de difusió, les llengües cooficials de les comunitats autònomes, respectant la legislació de la respectiva comunitat autònoma sobre ús de llengües oficials».

Únicament si és necessari, per raó de finalitat o àmbit de difusió, es poden utilitzar llengües estrangeres en la publicitat i comunicació institucional.

Quant a la possibilitat de fer campanyes institucionals en **períodes de processos electorals i de referèndum**, la LPCI **prohibeix** la realització de campanyes institucionals en període electoral, entenent per tal el lapse temporal comprès entre la convocatòria d'eleccions i el dia mateix de la votació, amb les **excepcions** següents (art. 10):

- 1) Les expressament previstes en la normativa electoral en relació amb la informació als ciutadans sobre la inscripció en les llistes del cens electoral o les altres previstes en l'article 50.1 de la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general (LOREG).

«Els poders públics que en virtut de la seva competència legal hagin convocat un procés electoral poden fer durant el període electoral una campanya de caràcter institucional destinada a informar els ciutadans sobre la data de la votació, el procediment per a votar i els requisits i tràmit del vot per correu, sense influir, en cap cas, en l'orientació del vot dels electors. Aquesta publicitat institucional s'ha de fer en espais gratuïts dels mitjans de comunicació social de titularitat pública de l'àmbit territorial corresponent al procés electoral de què es tracti, suficients per a assolir els objectius d'aquesta campanya».

2) Les que puguin ser imprescindibles per a la salvaguarda de l'interès públic o per a la prestació correcta dels serveis públics.

En relació amb les campanyes institucionals fetes durant un procés electoral o de referèndum convé destacar que aquestes han de respectar, addicionalment, la normativa especial que preveu l'esmentada LOREG i la Llei orgànica 2/1980, de 18 de gener, sobre regulació de les diferents modalitats de referèndum.

4.3. Mecanismes de control

Tenint en compte la durada temporal habitual de les campanyes de publicitat i comunicació, el legislador va ser conscient des d'un inici de la necessitat de disposar d'un **sistema àgil de control** d'aquestes com una via per a garantir eficaçment els interessos i drets dels ciutadans.

Amb aquesta finalitat, la LPCI articula un procediment administratiu de caràcter especial i sumari que permet als ciutadans sol·licitar la cessació o la rectificació de l'activitat contrària a les prohibicions que disposa la LCPI.

Al seu torn, el legislador atribueix a la Comissió de publicitat i comunicació institucional, adscrita al Ministeri de la Presidència, la competència per a conèixer aquestes sol·licituds.

A continuació, passem a detallar el que disposa l'article 7 LPCI en relació amb l'exercici de la **sol·licitud de cessació o rectificació** de la publicitat institucional il·lícita.

Garanties

«1) Sense perjudici de les vies de recurs que preveu l'ordenament, qualsevol persona física o jurídica afectada en els seus drets o interessos legítims pot sol·licitar la cessació immediata o la rectificació de les campanyes que incorrin en alguna de les prohibicions que conté aquesta Llei. A més, ho poden sol·licitar, sense necessitat d'acreditar un dret o interès legítim, les entitats jurídiques que tinguin per objecte o finalitat vetllar pel respecte dels valors i principis consagrats per aquesta Llei.

2) Els interessats poden sol·licitar la cessació o rectificació davant la Comissió de publicitat i comunicació institucional per raó de la infracció dels articles 3.2 i 4. La cessació pot ser sol·licitada des del començament fins a la fi de l'activitat publicitària. La rectificació es pot sol·licitar des de l'inici de l'activitat publicitària fins a set dies després que hagi finalitzat.

3) La Comissió de publicitat i comunicació institucional ha d'emetre resolució en un termini màxim de sis dies. La resolució, que és executiva, posa fi a la via administrativa. Si la resolució estima la sol·licitud de cessació, l'òrgan anunciant ha de procedir immediatament a la cessació esmentada. Si la resolució estima una sol·licitud de rectificació, l'òrgan anunciant ha de procedir a la rectificació dins dels set dies següents de dictada la resolució esmentada.

4) Com a mesura cautelar, a petició de l'interessat, la Comissió pot ordenar la suspensió provisional de la campanya, sempre que s'apreciïn indicis d'infracció manifesta dels articles 3.2 i 4. El termini màxim per a resoldre la suspensió provisional és de tres dies.

5) Durant el curs del procediment, la Comissió pot recollir de les entitats afectades tota la informació que consideri necessària per a emetre resolució».

4.4. Planificació i execució de les campanyes institucionals

Amb la finalitat d'assegurar que les campanyes institucionals responen als principis d'eficàcia, transparència, austeritat i eficiència que hem descrit abans, el legislador ha creat fórmules orgàniques i d'actuació administratives que asseguren la coordinació entre els diferents departaments ministerials implicats.

A continuació detallarem, breument, el contingut del capítol II de la LPCI, dedicat a la **planificació i execució de les campanyes institucionals** de publicitat i comunicació; en aquest capítol, el legislador regula la creació de la Comissió de publicitat i de comunicació institucional i l'elaboració del Pla i de l'informe anual corresponent de publicitat i comunicació.

En primer lloc, per a la planificació, assistència tècnica, avaluació i coordinació de les activitats de publicitat i de comunicació de l'Administració general de l'Estat, la LPCI ordena la creació de la denominada **Comissió de publicitat i comunicació institucional** (art. 11).

La Comissió, adscrita al Ministeri de Presidència, inclou representants de tots els departaments ministerials i s'hi poden integrar representants de diferents entitats públiques. Seguint el que estipula la LPCI, la composició, organització i funcionament de la Comissió es va determinar, en el seu moment, per via reglamentària.

En segon lloc, entre les tasques encomanades pel legislador a la Comissió, la LPCI destaca l'elaboració, a partir de les propostes rebudes de tots els ministeris, d'un **Pla anual de publicitat i comunicació institucional**, en el qual s'han d'incloure totes les campanyes institucionals que prevegi dur a terme l'Administració general de l'Estat, incloses les de les entitats que hi estan adscrites (art. 12).

En aquest Pla, que ha de ser aprovat pel Consell de Ministres, s'han d'especificar, almenys, les indicacions necessàries sobre l'objectiu de cada campanya, el cost previsible, el període d'execució, les eines de comunicació utilitzades, el sentit dels missatges, els seus destinataris i els organismes i les entitats afectades.

Excepcionalment i quan, per motius sobrevinguts, s'hagin de realitzar **campanyes institucionals de publicitat i comunicació no previstes** en el Pla anual, la LPCI estableix que l'entitat que promogui o controli la campanya ho ha de comunicar, en els termes que es determinin per reglament, a la Comissió (art. 13).

En tercer i últim lloc, el legislador disposa que el Govern ha d'elaborar un **informe anual de publicitat i de comunicació** en el qual s'incloguin totes les campanyes institucionals que preveu la LCPI, l'import, els adjudicataris dels contractes signats i, en el cas de les campanyes publicitàries, els plans de mitjans corresponents. Aquest informe s'ha de remetre a les Corts Generals en el primer període de sessions de cada any i s'ha de posar a disposició de totes les organitzacions professionals del sector (art. 14).

Per tancar, finalment, la LPCI disposa que les campanyes institucionals s'han d'adaptar a les disposicions reguladores de la imatge institucional de l'Administració general de l'Estat que els siguin aplicables (art. 15).

Abreviatures

- AACC** *f* Associació per a l'Autoregulació de la Comunicació Comercial
- Adigital** *f* Associació Espanyola de l'Economia Digital
- AEMPS** *f* Agència Espanyola de Medicaments i Productes Sanitaris
- AEPD** *f* Agència Espanyola de Protecció de Dades
- ANEFP** *f* Associació per a l'Autocura de la Salut
- CC** *m* Codi civil
- CCP** *m* Codi de conducta publicitària
- CCOL** *m* Codi de confiança online
- CE** *f* Constitució espanyola
- CE** *f* Comunitat Europea
- CEE** *f* Comunitat Econòmica Europea
- CEMA** *f* Consell Estatal de Mitjans Audiovisuals
- CNMC** *f* Comissió Nacional dels Mercats i la Competència
- CP** *m* Codi penal
- CPS** *m* Control previ sanitari
- DGFPS** *f* Direcció General de Farmàcia i Productes Sanitaris
- DSCAV** *f* Directiva de serveis de comunicació audiovisual
- DTVSF** *f* Directiva televisió sense fronteres
- 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
- LGT** *f* Llei general de telecomunicacions
- LMST** Llei de mesures sanitàries davant el tabaquisme
- LO** *f* Llei orgànica
- LOPD** *f* Llei orgànica de protecció de dades de caràcter personal
- LORTAD** *f* Llei orgànica de regulació del tractament automatitzat de dades de caràcter personal
- LPCI** *f* Llei de publicitat i comunicació institucional
- LOREG** *f* Llei de règim electoral general
- LSSI** *f* Llei de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic
- LTSF** *f* Llei de televisió sense fronteres
- RDLGCAV** *m* Reglament de desplegament de la LGCAV

RDPM *m* Reial decret pel qual es regula la publicitat dels medicaments

RGPD *m* Registre General de Protecció de Dades

RLOPD *m* Reglament de desplegament de la LOPD

SETSI *f* Secretaria d'Estat de Telecomunicacions i per a la Societat de la Informació

STC *f* Sentència del Tribunal Constitucional

STS *f* Sentència del Tribunal Suprem

TRLGM Text refós de la Llei de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris

UE *f* Unió Europea

Bibliografia

- Arнау Raventós, L.** (2001). *El contrato de patrocinio publicitario*. Madrid: La Ley.
- Boix Palop, A.; Vidal Beltrán, J. M. (coords.)** (2014). *La nueva regulación del audiovisual: medios, derechos y libertades*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Chinchilla, C.; Azpitarte, M. (coords.)** (2011). *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Costas Comesaña, J. i altres** (2010). *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Cuesta Rute, J. M. de la** (2002). *Curso de derecho de la publicidad*. Pamplona: EUNSA.
- 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.
- Farmaindustria** (2004). «La reforma de la legislación farmacéutica europea». *Farmaindustria* (núm. 4, pàg. 9-21).
- Fernández Magarzo, M. R.** (2008). «La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial». Madrid: *Estudios sobre Consumo* (núm. 84, pàg. 71-83).
- Fernando Magarzo, M. R.** (2008). «La nueva Directiva de servicios de comunicación audiovisual. En especial, la regulación de las comunicaciones comerciales audiovisuales. Parte I». *Revista Autocontrol* (núm. 126, pàg. 21-34).
- Fernando Magarzo, M. R.** (2008). «La nueva Directiva de servicios de comunicación audiovisual. En especial, la regulación de las comerciales audiovisuales. Parte II». *Revista Autocontrol* (núm. 127, pàg. 21-30).
- Fernando Magarzo, M. R.** (2010). «Aspectos fundamentales de la regulación de la publicidad en la Ley general de comunicación audiovisual». *Revista Autocontrol* (núm. 152, pàg. 9-14).
- Fernández Novoa, C.** (1989). *Estudios de Derecho de la Publicidad: homenaxe de Facultade de Dereito ó autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa, catedrático de Dereito Mercantil, nos XXV anos de cátedra*. 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.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Dir.)** (2011). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Navarra: Aranzadi.
- Gómez Segade, J. A.; García Vidal, A. (ed.)** (2010). *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*. Madrid: Marcial Pons.
- Guichot, E. (coord.)** (2018). *Derecho de la comunicación*. Madrid: Iustel.
- Iráculis Arregui, N.** (2009). *La publicidad de los medicamentos*. Madrid: La Ley Actualidad. Madrid: Marcial Pons.
- Lema Devesa, C.** (1980). *La publicidad de tono excluyente*. Madrid: Montecorvo.
- Lema Devesa, C.; Gómez Montero, J.** (2005). *Código de publicidad*. Madrid: Marcial Pons.
- 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.
- Lema Devesa, C.; Gómez Montero, J.** (2010). *Código de publicidad* (5a. ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Linde Paniagua, E.; Vidal Beltrán, J. M.; Medina González, S.** (2013). *Derecho audiovisual* (4a. ed.). Madrid: Colex.

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

Peguera Poch, M. (coord.) (2010). *Principios de derecho de la sociedad de la información*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi / Thompson Reuters.

Pérez Bes, F. (2012). *La publicidad comportamental online*. Barcelona: UOC.

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

Massagué Fuentes, J. (1999). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.

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.

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

Tato Plaza, A. (2004). «El derecho de la publicidad: evolución y estado actual». *Revista Autocontrol* (núm. 89).

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).

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

Tato Plaza, A. (2011). «Régimen jurídico de la publicidad de productos y servicios bancarios: principios generales». *Revista Autocontrol* (núm. 162, pàg. 9-13).

Termcat, Centre de Terminologia (2019). *Diccionari de comunicació empresarial: publicitat, relacions públiques i màrqueting*. Barcelona.

Vázquez Ruano, T. (2008). *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*. Madrid: Marcial Pons.

Vilajoana Alejandro, S. y Cuerva de Cañas J. (2017). *¿Cómo aplicar los límites jurídicos de la publicidad sectorial?*. Barcelona: H2PAC. UOC

Vilajoana Alejandro, S. y Cuerva de Cañas J. (2016). *¿Cómo aplicar los límites jurídicos de la publicidad según el medio de difusión?*. Barcelona: H2PAC. UOC.

Vilajoana Alejandro, S. y Cuerva de Cañas, J. (2015). *¿Cómo aplicar los límites jurídicos de la publicidad?*. Barcelona: H2PAC. UOC.

Vilajoana Alejandro, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Barcelona: UOC.

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.

Annex

Amb l'objectiu d'evidenciar la importància i l'abast de les **normes de caràcter especial** d'àmbit estatal que regulen la publicitat de determinats productes o sectors d'activitat, a continuació s'ha recopilat la normativa rellevant:

1) Aliments

- Reial decret 1334/1999, de 31 de juliol, pel qual s'aprova la norma general d'etiquetatge, presentació i publicitat dels productes alimentaris.
- Reial decret 1487/2009, de 26 de setembre, relatiu als complements alimentaris.

2) Armes

- Reial decret 137/1993, de 29 de gener, pel qual s'aprova el reglament d'armes.

3) Bitllets de banc

- Llei 10/1975, de 10 de març, de regulació de la moneda metàl·lica.
- Llei 13/1994, d'1 de juny, d'autonomia del Banc d'Espanya.
- Circular monetària 1/1995, de 28 de febrer, sobre utilització publicitària de bitllets o monedes o de les seves reproduccions.
- Llei 46/1998, de 17 de desembre, sobre introducció de l'euro.

4) Carreteres i autopistes

- Llei 8/1972, de 10 de maig, de construcció, conservació i explotació d'autopistes en règim de concessió.
- Llei 37/2015, de 29 de setembre, de carreteres.
- Reial decret 1812/1994, de 2 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament general de carreteres.

5) Cinematografia

- Llei 55/2007, de 28 de desembre, del cinema.
- Reial decret 1084/2015, de 28 de desembre, pel qual es desplega la Llei 55/2007, de 28 de desembre, del cinema.

6) Consum d'energia

- Reial decret 1027/2007, de 20 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament d'instal·lacions tèrmiques dels edificis.

7) Cosmètics

- Reial decret 85/2018, de 29 de febrer, sobre productes cosmètics.

8) Costes

- Llei 22/1988, de 28 de juliol, de costes.
- Reial decret 876/2014, de 10 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de costes.

9) Ensenyament

- Reial decret 401/1979, de 13 de febrer, pel qual es regulen les denominacions i la publicitat dels centres docents no estatals.
- Reial decret 2641/1980, de 7 de novembre, pel qual es regula la modalitat d'ensenyament a distància impartida per centres privats.

10) Especialitats farmacèutiques

- Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat.
- Reial decret 1416/1994, de 25 de juny, pel qual es regula la publicitat dels medicaments d'ús humà.
- Reial decret 109/1995, de 27 de gener, sobre medicaments veterinaris.
- Reial decret 1/2015, de 24 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris.
- Reial decret 1345/2007, d'11 d'octubre, pel qual es regula el procediment d'autorització, registre i condicions de dispensació dels medicaments d'ús humà fabricats industrialment.

11) Espectacles i publicacions

- Reial decret 3449/1977, de 16 de desembre, pel qual es regula la publicitat exterior d'espectacles.
- Reial decret 1189/1982, de 4 de juny, sobre regulació de determinades activitats inconvenients o perilloses per a la joventut i la infància.

12) Imatge de les persones

- Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, sobre protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge.

13) Internet (correu electrònic)

- Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic.
- Reial decret 1163/2005, de 30 de setembre, pel qual es regula el distintiu públic de confiança en els serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic, i també els requisits i el procediment de concessió.

14) Jocs de sort, envit o atzar

- Reial decret 1067/1981, de 24 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament del joc mitjançant bitllets.
- Llei 13/2011, de 27 de maig, de regulació del joc.
- Reial decret llei 2/1987, de 3 de juliol, de la potestat sancionadora de l'Administració pública en matèria de jocs de sort, envit o atzar.
- Reial decret 2110/1998, de 2 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament de màquines recreatives i d'atzar.

15) Joguines

- Reial decret 2330/1985, de 6 de novembre, que estableix normes de seguretat de juguines, estris d'ús infantil i articles de broma.

16) Llibres

- Llei 10/2007, de 22 de juny, de la lectura, del llibre i de les biblioteques.

17) Ofertes d'ocupació

- Reial decret legislatiu 5/2000, de 4 d'agost, sobre infraccions i sancions en l'ordre social.

18) Òrgans humans

- Reial Decret 1723/2012, de 28 de desembre, pel qual es regulen les activitats d'obtenció i utilització clínica i la coordinació territorial dels òrgans humans destinats al trasplantament i s'estableixen els requisits de qualitat i seguretat.

19) Patrimoni històric

- Llei 16/1985, de 25 de juny, del patrimoni històric espanyol.

20) Preus

- Reial decret 3423/2000, de 15 de desembre, pel qual es regula la indicació dels preus dels productes oferts als consumidors i usuaris.

21) Productes dietètics o especials

- Reial decret 1412/2018, pel qual es regula el procediment de comunicació de posada en el mercat dels aliments per grups específics de població.
- Reial decret 1091/2000, de 9 de juny, pel qual s'aprova la reglamentació tecnicosanitària específica dels aliments dietètics destinats a usos mèdics especials.

22) Productes industrials

- Reial decret 1468/1988, de 2 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament d'etiquetatge, presentació i publicitat dels productes industrials destinats a la venda directa als consumidors i usuaris.

23) Productes sanitaris

- Reial decret 1907/1996, de 2 d'agost, sobre publicitat i promoció comercial de productes, activitats o serveis amb pretesa finalitat sanitària.
- Reial decret 1591/2009, de 16 d'octubre, pel qual es regulen els productes sanitaris.
- Reial decret 1616/2009, de 26 d'octubre, pel qual es regulen els productes sanitaris implantables actius.

24) Protecció de dades

- Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal.
- Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desenvolupament de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal.

25) Publicitat aèria

- Decret de 13 d'agost de 1948, pel qual es reglamenta la propaganda comercial feta des de l'aire.

26) Publicitat discriminatòria

- Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes.

27) Publicitat exterior

- Decret 917/1967, de 20 d'abril, pel qual es dicten normes sobre publicitat exterior.

28) Publicitat financera

a) Entitats de crèdit

- Llei 10/2014, de 26 de juny, d'ordenació, supervisió i solvència d'entitats de crèdit.
- Llei 2/2009, de 31 de març, per la qual es regula la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis d'intermediació per a la subscripció de contractes de préstec o crèdit.

b) Entitats de finançament

- Reial decret 692/1996, de 26 d'abril, sobre el règim jurídic dels establiments financers de crèdit.

c) Inversions

- Decret 2584/1973, de 19 d'octubre (presidència), pel qual es regula la publicitat de determinades inversions.
- Llei 35/2003, de 4 de novembre, d'institucions d'inversió col·lectiva.
- Reial decret 1082/2012, de 13 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei 35/2003, de 4 de novembre, d'institucions d'inversió col·lectiva.

d) Títols valor

- Llei 37/1998, de 16 de novembre, de reforma de la Llei 24/1988, de 28 de juliol, del mercat de valors.
- Reial decret 1310/2005, de 4 de novembre, pel qual es desenvolupa parcialment la Llei 24/1988, de 28 de juliol, del mercat de valors, en matèria d'admissió a negociació de valors en mercats secundaris oficials, d'ofertes públiques de venda o subscripció i del fullet exigible a aquests efectes.

29) Publicitat immobiliària

- Decret 2114/1968, de 24 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament per a l'aplicació de la llei sobre habitatges protegits.
- Llei 38/1999, de 5 de novembre, d'ordenació de l'edificació.
- Reial decret 515/1989, de 21 d'abril, sobre protecció de consumidors quant a la informació per subministrar en la compravenda i l'arrendament d'habitatges.

30) Publicitat institucional

- Llei 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional.

- Reial decret 947/2006, de 28 d'agost, pel qual es regula la Comissió de Publicitat i Comunicació Institucional i l'elaboració del Pla anual de publicitat i comunicació de l'Administració general de l'Estat.

31) Ports

- Llei 27/1992, de 24 de novembre, de ports de l'Estat i de la marina mercant.

32) Sanitat (professionals)

- Llei 44/2003, de 21 de novembre, d'ordenació de les professions sanitàries.

33) Assegurances

- Reial decret 1060/2015, de 20 de novembre, d'ordenació, supervisió i solvència de les assegurances privades.
- Reial decret legislatiu 6/2004, de 29 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la llei d'ordenació i supervisió de les assegurances privades.
- Llei 26/2006, de 17 de juliol, de mediació d'assegurances i reassegurances privades.

34) Tabac

- Llei 13/1998, de 4 de maig, d'ordenació del mercat de tabacs i normativa tributària.
- Reial decret 1199/1999, de 9 de juliol, pel qual es desplega la Llei 13/1998, de 4 de maig, d'ordenació del mercat de tabacs i normativa tributària, i es regula l'estatut concessional de la xarxa d'expedidores de tabac i timbre.
- 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.

35) Televisió

- Llei 7/2010, de 31 de març, general de la comunicació audiovisual.
- Reial decret 1624/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament de desenvolupament de la LGCAV, quant a la comunicació comercial televisiva.

36) Vehicles de motor

- Reial decret legislatiu 6/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei sobre trànsit, circulació de vehicles a motor i seguretat viària.

37) Vendes a terminis

- Llei 28/1998, de 13 de juliol, de venda a terminis de béns mobles.

38) Vendes amb oferta de restitució

- Llei 43/2007, de 13 de desembre, de protecció dels consumidors en la contractació de béns amb oferta de restitució del preu.

39) Violència de gènere

- Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.

