

---

# Introducción al régimen jurídico de la publicidad

---

PID\_00273524

Sandra Vilajoana Alejandre  
Juan. A. Cuerva de Cañas

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 12 horas

---



**Sandra Vilajoana Alejandre**

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

**Juan. A. Cuerva de Cañas**

Doctorando en derecho civil (DEA), posgraduado en derecho civil y licenciado en Derecho por la Universitat de Barcelona. Desde 2009 es profesor-colaborador de los Estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación de la UOC. En el pasado ha impartido, como profesor asociado, la asignatura Derecho de la comunicación en la Facultad de Comunicación y Relaciones Internacionales Blanquerna, de la URL. Profesor participante en varios Másteres sobre propiedad intelectual. Abogado en ejercicio desde 2005.

El encargo y la creación de este recurso de aprendizaje UOC han sido coordinados por la profesora: **Sílvia Martínez Martínez**

Primera edición: febrero 2020  
© Sandra Vilajoana Alejandre, Juan. A. Cuerva de Cañas  
Todos los derechos reservados  
© de esta edición, FUOC, 2020  
Avda. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona  
Realización editorial: FUOC

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

# Índice

<b>Introducción</b> .....	5
<b>Objetivos</b> .....	7
<b>1. El régimen jurídico de la publicidad</b> .....	9
1.1. La actividad publicitaria: concepción profesional frente a concepción legal .....	9
1.2. Marco normativo de la actividad publicitaria .....	11
1.2.1. Legislación europea .....	12
1.2.2. Legislación española .....	14
1.2.3. Legislación autonómica .....	17
<b>2. El derecho de la publicidad</b> .....	19
2.1. Los sujetos de la actividad publicitaria .....	19
2.1.1. El anunciante .....	20
2.1.2. La agencia de publicidad .....	20
2.1.3. Los medios .....	21
2.1.4. Los destinatarios .....	22
2.2. La contratación publicitaria .....	23
2.2.1. El contrato de publicidad .....	25
2.2.2. El contrato de creación publicitaria .....	27
2.2.3. El contrato de difusión publicitaria .....	28
2.2.4. El contrato de patrocinio .....	29
2.3. Supuestos de publicidad ilícita .....	30
2.3.1. La publicidad que vulnere los principios de la CE .....	31
2.3.2. La publicidad que vulnere la protección especial del menor .....	33
2.3.3. La publicidad subliminal .....	34
2.3.4. La publicidad contraria a las normas especiales .....	35
2.3.5. La publicidad engañosa .....	37
2.3.6. La publicidad desleal .....	50
2.3.7. La publicidad agresiva .....	54
2.4. Otras tipologías publicitarias .....	59
2.4.1. La publicidad comparativa .....	59
2.4.2. La publicidad de tono excluyente .....	61
2.4.3. La publicidad testimonial .....	62
2.4.4. La publicidad indirecta .....	64
2.5. Consecuencias jurídicas de la publicidad ilícita .....	66
2.5.1. Acciones derivadas de la publicidad ilícita .....	67
2.5.2. Aspectos procedimentales .....	71

<b>3. Regulación de la publicidad en determinados medios de difusión y sectores de actividad.....</b>	<b>74</b>
3.1. Regulación de la publicidad audiovisual .....	74
3.1.1. El concepto de comunicación comercial audiovisual ....	78
3.1.2. Limitación temporal e identificación de los mensajes publicitarios .....	80
3.1.3. El derecho al patrocinio .....	84
3.1.4. El derecho al emplazamiento de producto .....	87
3.1.5. El derecho a emitir mensajes de venta .....	89
3.1.6. Comunicaciones comerciales audiovisuales prohibidas .....	90
3.1.7. La especial protección del menor en la publicidad audiovisual .....	91
3.1.8. Régimen sancionador .....	94
3.1.9. Reconocimiento y fomento de la autorregulación .....	97
3.2. Regulación de la publicidad en Internet .....	97
3.2.1. El concepto de servicios de la sociedad de la información .....	98
3.2.2. Las comunicaciones comerciales por vía electrónica .....	99
3.2.3. Régimen sancionador .....	103
3.3. Regulación de la publicidad de productos farmacéuticos .....	106
3.3.1. El concepto jurídico de la publicidad de medicamentos .....	109
3.3.2. Regulación de la publicidad de los medicamentos de prescripción .....	111
3.3.3. Regulación de la publicidad de los medicamentos para el autocuidado de la salud .....	115
3.3.4. Régimen sancionador y de control de la publicidad de los medicamentos .....	119
3.4. Regulación de la publicidad del tabaco .....	122
3.4.1. Regulación de la publicidad, la promoción y el patrocinio .....	123
3.4.2. Infracciones y sanciones .....	127
<b>4. Regulación de la publicidad institucional.....</b>	<b>129</b>
4.1. Objetivos y justificación de la regulación de la publicidad institucional .....	129
4.2. Definiciones, requisitos y prohibiciones de la publicidad institucional .....	131
4.3. Mecanismos de control .....	135
4.4. Planificación y ejecución de las campañas institucionales .....	136
<b>Abreviaturas.....</b>	<b>139</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>141</b>
<b>Anexo.....</b>	<b>143</b>

## Introducción

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

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

Ante este escenario, para cualquier profesional de la publicidad es imprescindible conocer el marco jurídico que delimita el ejercicio de su actividad. Conscientes de esto, en estos materiales abordaremos las principales normas jurídicas de la publicidad, los principios básicos que de ella se derivan y analizaremos, también, los aspectos de otras disciplinas del derecho que confluyen en los procesos de la actividad publicitaria.

Una vez analizado el régimen general de la publicidad, contenido en dos normas –la Ley 34/1988 general de publicidad (LGP) y la Ley 3/1991 de competencia desleal (LCD)– nos detendremos después en el estudio de la denominada **parte especial del derecho de la publicidad**.

A diferencia del régimen general, el régimen especial de la publicidad se encuentra disperso en las diversas normas que regulan algunos medios de difusión de la publicidad y, también, los diferentes sectores de actividad. Dado el alcance de esta asignatura, el estudio exhaustivo de la legislación especial publicitaria excedería a sus objetivos. Por eso, hemos seleccionado los medios y sectores de la normativa especial que tienen más relevancia en la práctica publicitaria.

Con base en estos objetivos, abordaremos la regulación de la publicidad en dos medios concretos, la televisión e Internet, así como dos sectores de actividad que, al estar relacionados con un ámbito de especial protección como es la salud de las personas, resultan especialmente relevantes: el sector farmacéutico y el sector de los productos del tabaco.

En este punto queremos destacar dos consideraciones previas al estudio de estos materiales. En cuanto al estilo, solo hay que recordar que este pretende alejarse de los tecnicismos propios de la disciplina jurídica con el objetivo de facilitar a los futuros profesionales de la comunicación un marco jurídico bastante claro y entendedor de la actividad publicitaria. Por otro lado, los contenidos se han estructurado con base en la secuencia temporal típica del proceso publicitario.

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

Posteriormente, se delimitan los sujetos implicados, siempre desde el punto de vista jurídico, en la actividad publicitaria.

El paso siguiente será abordar las particularidades propias de la contratación publicitaria, como elemento previo al diseño, la elaboración y la difusión de la campaña. Toda creación publicitaria se tiene que ceñir a la legalidad vigente y, por eso, los profesionales tienen que conocer los supuestos de publicidad ilícita recogidos en la ley y las particularidades propias de determinadas tipologías publicitarias, lícitas siempre que cumplan unos determinados requisitos, como es el caso, entre otros, de la publicidad comparativa. Y en la fase de difusión de la publicidad conviene conocer las posibles consecuencias jurídicas derivadas del ilícito publicitario, quién puede interponer una acción judicial, ante qué órganos, con qué objetivos, etc.

Posteriormente, pasaremos a estudiar la normativa publicitaria especial. En particular, la normativa reguladora de la actividad publicitaria en la televisión e Internet, así como en el sector farmacéutico y el sector de los productos del tabaco.

Finalmente, para completar esta referencia introductoria a la publicidad sectorial, consideramos relevante abordar el contenido de la normativa que regula, específicamente, la publicidad institucional, esto es, la realizada por las diferentes entidades integrantes del sector público. Solo apuntar ahora que la publicidad institucional queda excluida del ámbito de aplicación de la parte general del derecho de la publicidad, puesto que esta únicamente se aplica a la denominada **publicidad económica**, esto es, aquella que tiene una finalidad comercial.

## Objetivos

Después de la lectura y el estudio de estos materiales didácticos, se tendrían que haber conseguido los objetivos siguientes:

1. Conocer y comprender los límites jurídicos de la actividad publicitaria.
2. Conocer los principios generales que conforman el derecho de la publicidad en España.
3. Distinguir las normas jurídicas que regulan los diversos ámbitos y sectores de la actividad publicitaria.
4. Conocer y comprender las responsabilidades que se derivan de la publicidad ilícita.
5. Conocer, comprender e identificar las diferentes modalidades de publicidad audiovisual y su regulación.
6. Conocer los requisitos jurídicos de la publicidad emitida por vía electrónica, sus prohibiciones y los derechos de los destinatarios.
7. Conocer el régimen de infracciones y sanciones derivadas del incumplimiento de la legislación audiovisual y de la de los servicios de la sociedad de la información.
8. Conocer el alcance de la regulación de la publicidad de productos farmacéuticos.
9. Conocer los límites jurídicos de la publicidad y el patrocinio del tabaco: el alcance de la prohibición de carácter general y sus excepciones.
10. Identificar la publicidad institucional, diferenciarla de la publicidad económica y conocer sus límites jurídicos.
11. Conocer el régimen sancionador y las vías de control de la publicidad de los productos farmacéuticos, de productos del tabaco y de la publicidad institucional.





## 1. El régimen jurídico de la publicidad

La publicidad es una de las actividades económicas más reguladas. Su incidencia en el mercado y, sobre todo, la necesidad de velar por la protección de los consumidores y usuarios así lo exigen. Por eso, en torno a la publicidad se ha desarrollado un marco legislativo en el que diferenciamos dos grandes clases de normas: por un lado, las que tienen por objetivo regular la actividad publicitaria en general o los aspectos que están vinculados directamente y, por el otro, una infinidad de normas sectoriales, mucho más específicas, que incorporan en sus articulados la regulación de aspectos concretos en relación con la publicidad de sus bienes o servicios. Todas estas normas que regulan, directa o indirectamente, la actividad publicitaria conforman el régimen jurídico de la publicidad.

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

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

Los académicos y profesionales del sector definen la **publicidad** como la comunicación persuasiva o informativa sobre los productos, servicios, marcas, etc., de un anunciante, por medio, fundamentalmente, de anuncios suscritos y pagados por el anunciante, con el objetivo de incidir directa o indirectamente en los comportamientos de compra y de consumo de los públicos a los que se dirige (Termcat, 2019).

A partir de esta definición general de publicidad, en la práctica profesional distinguimos diferentes tipologías publicitarias según el emisor del mensaje, los objetivos publicitarios, el producto, la argumentación del mensaje, etc. Una de las tipologías publicitarias más relevantes se basa en la distinción entre medios convencionales y medios no convencionales, también conocidos por la denominación inglesa *bellow the line*. De acuerdo con esta distinción, entendemos por **publicidad convencional** la que utiliza los medios tradicionales (televisión, prensa, revistas, radio, Internet, publicidad exterior y cine) para difundir los mensajes. Mientras que entendemos por **publicidad no convencional** o *bellow the line* la que utiliza medios no convencionales para difundir los mensajes, como por ejemplo el patrocinio, el *marketing* directo, la publicidad en el punto de venta, en ferias y exposiciones, en anuarios, guías y directorios, etc. Esta clasificación es básica para comprender el alcance del concepto de publicidad desde el punto de vista profesional, en general, y desde el de la inversión en medios, en particular.

#### Anuncio

Un anuncio es un mensaje publicitario difundido en cualquier formato y por cualquier medio.

Sin embargo, en cuanto a nuestro estudio, la concepción jurídica de la publicidad queda recogida en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (LGP):

«A los efectos de esta ley se entiende por publicidad toda forma de comunicación realizada por una persona física, jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promover de manera directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones».

Del análisis del contenido de esta definición sacamos las siguientes conclusiones:

- a) En el artículo 2, la LGP propone un concepto amplio de publicidad, puesto que la entiende como «toda forma de comunicación». Sin embargo, conviene mencionar que en el artículo 7 de la LGP el mismo legislador puntualiza que lo que dispone el título III de la ley, relativo a la contratación publicitaria, «es aplicable a todos los contratos publicitarios, a pesar de que versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2». Con esta afirmación, el legislador reconoce que el concepto jurídico de publicidad excluye ciertas actividades consideradas publicitarias en la práctica profesional.
- b) La ley prevé como anunciante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, siempre que estos sujetos, no obstante, actúen en «el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional». De este modo, el concepto de anunciante se restringe a efectos de la LGP a los empresarios en general, los artesanos y los profesionales liberales (abogados, médicos, arquitectos, etc.). La ley concibe, por lo tanto, el mensaje publicitario solamente como instrumento de una actividad empresarial, artesanal o profesional. Con esta matización se excluye del concepto legal de publicidad, por ejemplo, la llamada **publicidad institucional**, con la excepción que comentaremos a continuación.
- c) Finalmente, la LGP establece el requisito de que la publicidad se haga «con el fin de promover de manera directa o indirecta la contratación». Esto comporta, por un lado, que la LGP extienda el ámbito de aplicación a los mensajes o medios que promuevan indirectamente la contratación, como por ejemplo una campaña publicitaria de carácter sectorial o una acción de patrocinio, y, por el otro, que se restrinja el concepto jurídico de publicidad a la llamada **publicidad económica**, de forma que se excluyen otras manifestaciones publicitarias de una gran relevancia para el sector profesional como es el caso de la mencionada a) publicidad institucional, siempre que esta no tenga como objetivo promover la contratación, o b) la propaganda.

Llegados a este punto, partiendo de la base de los requisitos detallados, conviene diferenciar el concepto jurídico de publicidad de otras disciplinas afines a las que no es aplicable el régimen general de la LGP: la publicidad institucional y la propaganda.

Para excluirla del régimen jurídico general, entendemos por **publicidad institucional** la publicidad que hace un organismo público con el objetivo, no comercial, de concienciar o sensibilizar a la población sobre cuestiones de alcance social amplio o, simplemente, con el objetivo de acercar su imagen a los ciudadanos.

La publicidad institucional se aleja, por lo tanto, de la clase de actividades y de la finalidad que exige la LGP en su concepto de publicidad, excepto en los casos en los que responda a un objetivo comercial.

Por su parte, la propaganda es otra clase de comunicación que, claramente, no responde al objetivo de promover la contratación.

La **propaganda** se puede definir como una comunicación persuasiva de carácter ideológico el fin real o aparente de la cual es el de difundir una ideología (política, religiosa, etc.) para captar adeptos.

Por lo tanto, a pesar de que comparte con la publicidad el carácter informativo y persuasivo y algunos de sus medios, difiere en el objetivo; por eso, sus límites jurídicos se tienen que buscar en la normativa específica que regula las diversas tipologías de actividad.

Sin embargo, conviene reiterar en este punto que, a pesar de que no están sometidas al régimen general de la LGP, según lo que dispone el artículo 7, la publicidad institucional y la propaganda se tienen que someter a las disposiciones de esta norma relativas a la contratación.

## 1.2. Marco normativo de la actividad publicitaria

A continuación, después de delimitar el concepto jurídico de publicidad, definiremos el marco normativo de la actividad publicitaria. Por eso, partiremos de las normas de la Unión Europea, aplicables a todos los estados miembros, y continuaremos con la legislación estatal en materia de publicidad –que incorpora o transpone (en lenguaje jurídico) los principios comunitarios– en un recorrido que finalizará con una referencia a la legislación autonómica y local que también regula o incide en aspectos relevantes para el profesional de la publicidad.

### Publicidad institucional

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

### Propaganda política

La regulación de la propaganda política está en el articulado de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, concretamente en el capítulo VI del título I, que versa sobre el procedimiento electoral.

### 1.2.1. Legislación europea

La adhesión de España a la Comunidad Europea (CE), el 1986, motivó la necesidad de actualizar la legislación española en las materias en las que tenía que ser armonizada con la comunitaria. Y la publicidad fue una de estas materias de cara a la creación efectiva del «mercado único» europeo.

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

A continuación, recopilaremos las principales disposiciones comunitarias en materia de publicidad con una descripción breve del alcance y contenido que tienen, contenido que en buena parte ya ha sido incorporado al derecho español en cumplimiento de los plazos de transposición recogidos en estas disposiciones.

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

La Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, es un texto breve, compuesto de doce artículos, con carácter general y que persigue un objetivo doble: por un lado, proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y las consecuencias que puede tener y, por el otro, establecer las condiciones que tiene que cumplir la publicidad comparativa para ser considerada lícita. Fijaos que el texto no menciona explícitamente la protección de los consumidores, a pesar de que se pueda considerar implícita en casi todo el articulado. El legislador ha optado por incluir la protección de los consumidores como finalidad primordial de otra de sus normas: la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores en el mercado interior, el articulado de la cual también recoge algunas referencias a las prácticas publicitarias desleales.

En cuanto al contenido, la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa establece los conceptos básicos de las diversas tipologías de publicidad, recogidos en la LGP, y dispone a la vez los principios básicos que tienen que adoptar los estados miembros para reprimir la publicidad engañosa y velar por la licitud del resto de prácticas publicitarias.

#### El mercado único

Cuando se eliminan los obstáculos al comercio en el marco de la UE, hay más empresas que pueden competir entre sí, bajan los precios y el consumidor ve cómo se amplía su posibilidad de elección.

#### La publicidad comparativa

Esta clase de publicidad fue considerada ilícita durante unos cuantos años en algunos países de Europa, como Alemania, porque era considerada una práctica que comportaba una denigración y, por eso, tenía que ser considerada desleal. En cambio, en los Estados Unidos la publicidad comparativa es una modalidad que ha sido aceptada tradicionalmente.

La otra norma europea que contiene disposiciones de alcance general, en este caso sobre la publicidad en el medio televisivo, es la **Directiva 2010/13/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (conocida como **Directiva de servicios de comunicación audiovisual**), que ha sido modificada posteriormente por la Directiva 2018/1808/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018.

La Directiva de servicios de comunicación audiovisual tiene como finalidad principal armonizar las legislaciones de los estados miembros en las materias que afectan a las actividades audiovisuales entendidas en un sentido amplio, de forma que, con las modificaciones introducidas, los servicios de comunicación audiovisual incluyen, además de la radiodifusión televisiva, los servicios de comunicación audiovisual a petición derivados de la difusión de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y de la evolución tecnológica de los modelos de negocio y, finalmente, pueden incluir también la llamada comunicación comercial audiovisual.

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

Además de las actividades publicitarias mencionadas, la Directiva regula, a todos los efectos, el contenido, la producción y la difusión de los servicios de comunicación audiovisual prestados a los estados, la protección de los menores en las actividades de radiodifusión televisiva y también el derecho de réplica o las medidas equivalentes.

En cuanto a **normativa específica**, esto es, disposiciones que regulan la actividad publicitaria de determinados sectores de actividad que, por las características especiales que tienen, requieren una regulación propia, destacamos dos directivas.

En primer lugar, la **Directiva 2001/83/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la cual se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, que regula, en los títulos VIII y VIII bis, la publicidad de los medicamentos.

Finalmente, el legislador europeo, consciente, por un lado, de los riesgos que comporta el consumo de los productos de tabaco para la salud humana y, por el otro, del alcance transfronterizo de algunas actividades publicitarias y de patrocinio, aprobó la **Directiva 2003/33/CE** del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa al acercamiento de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros **en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco**. Esta directiva regula de manera breve y concisa, con tan solo diez artículos, la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco que traspasen las fronteras de los estados miembros.

### 1.2.2. Legislación española

El 1988, al cabo de dos años de la adhesión de España a la CE, fruto, entre otros, del compromiso de armonizar la legislación española con la comunitaria, se aprobó la **Ley 34/1988**, de 11 de noviembre, **general de publicidad (LGP)**, que derogó el anterior Estatuto de la publicidad (Ley 61/1964, de 11 de junio). De este modo, la nueva LGP se adaptaba también al nuevo marco jurídico estatal establecido en la Constitución española de 1978, norma fundamental del Estado a la que están sujetos todos los ciudadanos y, también, los poderes públicos.

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

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

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

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

Por un lado, la Ley 29/2009 reforma el régimen sustantivo de la publicidad ilícita, de forma que la LGP ha pasado a tipificar solo aquellos supuestos de publicidad ilícita que no están tipificados en la LCD, como son, por ejemplo, la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o la publicidad subliminar; y remite en bloque a lo que dispone la LCD en materia de tipificación de otras modalidades de publicidad ilícita como la publicidad engañosa, la publicidad de denigración o la publicidad comparativa que no cumpla los requisitos de licitud correspondientes. Por lo tanto, los cambios introducidos por la Ley 29/2009 evitan que estos supuestos se vean sometidos a la doble tipificación que había hasta ahora.

Por el otro, la Ley 29/2009 unifica el régimen de acciones por publicidad ilícita. Para hacerlo, ha suprimido las tradicionales acciones por publicidad ilícita recogidas en la LGP y establece, en la misma LGP, una remisión en bloque al régimen de acciones por competencia desleal previstas en la LCD.

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

La LGP ha pasado a ser, actualmente, un texto integrado por 22 artículos el contenido de los cuales se distribuye en tres títulos: después de establecer, en el título I, unas breves disposiciones generales que incluyen el concepto de **publicidad**, el título II recoge las diferentes tipologías ilícitas de publicidad; detalla los productos, los bienes, las actividades y los servicios la publicidad de los cuales se tiene que regir por normas especiales y remite a la LCD en materia de acciones judiciales ante la publicidad ilícita; finalmente, en el título III, dedicado a la contratación, la LGP establece las especialidades de los contratos publicitarios que, según el parecer del legislador, destacan sobre el régimen común de la legislación civil y mercantil.

Ahora bien, tal como hemos apuntado, desde enero de 2010 el artículo 1 de la LGP establece que la publicidad se tiene que regir no solamente por el contenido de la misma LGP y la normativa especial que regula determinadas actividades publicitarias, sino también por lo que establece la LCD.

La LCD es un texto integrado por 39 artículos el contenido de los cuales se distribuye en cinco capítulos: el capítulo I recoge, a modo de disposiciones generales, la finalidad y el ámbito, objetivo y subjetivo, de esta ley; después de establecer una cláusula general que recoge los elementos que tienen que concurrir para que una conducta se pueda considerar desleal, en el capítulo II, el texto tipifica los diferentes actos de competencia desleal de carácter general; en el nuevo capítulo III, la LCD introduce un grupo de supuestos de hecho que se tipifican expresamente como prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios; por su parte, el capítulo IV establece las diferentes acciones que se pueden ejercer contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita; finalmente, en el nuevo capítulo V, la LCD incorpora la regulación de los códigos de conducta que, con pleno respeto a las normas sobre competencia, tienen que contribuir a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de conflictos.

En este punto hay que destacar que la modificación principal que ha introducido la Ley 29/2009 en el contenido de la LCD es la inclusión del nuevo grupo de supuestos de hecho tipificados, expresamente, como prácticas desleales con los consumidores. Esta modificación, que tiene el origen en la Directiva 2005/29/CE, representa, en opinión de la doctrina, una fragmentación clara del derecho contra la competencia desleal y, por eso, ha merecido ya numerosas críticas. En primer lugar, porque rompe la unidad sistémica de un sector que, a todos los efectos, nunca había hecho depender la calificación de una conducta como desleal en función de las personas destinatarias. En segundo lugar, porque implica la sumisión de determinadas prácticas a un doble régimen jurídico, de forma que, sin ir más lejos, los actos de engaño, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas pueden ser calificadas o bien como actas de competencia desleal de alcance general, o bien como prácticas desleales con los consumidores. Sin embargo, esta fragmentación de la LCD no tiene trascendencia en materia de acciones para emprender ante los actos de competencia desleal o de legitimación activa para interponerla (Tato Plaza, 2010).

Ahora bien, tal como hemos mencionado, la misma LGP dispone que el régimen general de la publicidad puede y tiene que coexistir con otros regímenes especiales que, referidos a determinadas materias o sectores de actividad, contienen preceptos relativos a la publicidad. Por eso hay tantas normas jurídicas que regulan, directa o indirectamente, la publicidad de productos, bienes, actividades o servicios determinados.

Solamente hay que mencionar, a modo de ejemplo, la normativa que regula la publicidad de productos alimentarios, dietéticos y farmacéuticos, la publicidad financiera, la publicidad institucional, la relativa a los juegos de suerte, envite o azar, la publicidad inmobiliaria, la referida a la conservación del medio ambiente o del patrimonio artístico, o la que regula determinadas tipologías publicitarias como la publicidad exterior, la publicidad directa y la publicidad aérea, entre otras. Conviene matizar que, en muchos casos, estas dispo-

#### Ved también

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

#### Lectura recomendada

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



siciones, vista la concreción del ámbito en el que son aplicables, no emanan del poder legislativo y, por lo tanto, adoptan la forma de decretos, órdenes ministeriales e, incluso, circulares elaboradas por el poder ejecutivo.

Finalmente, se tiene que destacar que, además del régimen general y especial que regula la publicidad, en el ordenamiento jurídico español hay otras leyes que regulan materias que podemos considerar afines a la publicidad. Estas normas complementan, en aspectos determinados, el régimen general de la publicidad. Destacamos las siguientes:

- La Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC).
- La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas.
- La Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD).
- El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

### 1.2.3. Legislación autonómica

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

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

Sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional ha confirmado que, aunque la comunidad autónoma disponga de potestad legislativa, el principio de unidad de mercado recogido en la Constitución tiene que prevalecer en todo caso y actúa como límite a las potestades de las comunidades. Por eso, la legislación autonómica se tiene que ajustar siempre al contenido de la LGP y de la LCD, aunque puede desarrollar y concretar algunos de sus principios.

De este modo, encontramos un conjunto amplio de normas de alcance autonómico que concretan o matizan aspectos de los regímenes especiales de la publicidad para determinadas materias o sectores de actividad entre los cuales destacan, otra vez, las disposiciones que regulan la publicidad de bienes o servicios relacionados con la salud humana, con la protección de los consu-

#### Las normas autonómicas

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

midores, la protección de la infancia y la juventud, con la regulación de los servicios de radiotelevisión autonómica, servicios financieros, publicidad institucional, etc.

### **Ejemplos**

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

#### **Legislación de la comunidad autónoma de Madrid en materia publicitaria**

- Ley 1/2008, de 26 junio, de modernización del comercio de la comunidad de Madrid.
- Ley 4/2003, de 11 de marzo, de cajas de ahorro de la comunidad de Madrid.
- Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos.
- Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la comunidad de Madrid.
- Ley 6/2001, de 3 de julio, del juego de la comunidad de Madrid.
- Ley 2/2001, de 18 de abril, de contenidos audiovisuales y servicios adicionales.
- Ley 16/1999, de 29 de abril, de comercio interior de la comunidad de Madrid.
- Ley 1/1999, de 12 de marzo, de ordenación del turismo en la comunidad de Madrid.
- Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de ordenación y atención farmacéutica de la comunidad de Madrid.
- Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la comunidad de Madrid.
- Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la comunidad de Madrid.
- Ley 3/1991, de 7 de marzo, de carreteras de la comunidad de Madrid.

#### **Legislación de la comunidad autónoma de Cataluña en materia publicitaria**

- Ley 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias.
- Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos.
- Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña.
- Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.
- Decreto legislativo 2/2009, de 25 de agosto, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de carreteras.
- Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas.
- Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista de Cataluña.
- Decreto legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el cual se aprueba el Texto refundido de la ley de protección de los animales.
- Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.
- Ley 11/2007, de 11 de octubre, de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales.
- Ley 14/2003, de 13 de junio, de calidad agroalimentaria.
- Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña.
- Ley 18/2000, de 29 de diciembre, por la cual se regula la publicidad institucional.
- Ley 9/2000, de 7 de julio, de regulación de la publicidad dinámica en Cataluña.
- Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña.
- Ley 12/1998, de 5 de noviembre, de creación del Colegio de Publicitarias y Publicitarios y Relaciones Públicas de Cataluña.
- Ley 1/1998, de 7 de enero, de política lingüística.
- Ley 9/1995, de 27 de julio, de regulación del acceso motorizado al medio natural.
- Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de ordenación farmacéutica de Cataluña.
- Ley 1/1991, de 27 de febrero, reguladora del régimen sancionador en materia de juego.
- Ley 20/1985, de 25 de julio, sobre prevención y asistencia en materia de sustancias que pueden generar dependencia.
- Ley 15/1984, de 20 de marzo, que establece las normas reguladoras de juegos de suerte, envite o azar.

## 2. El derecho de la publicidad

A pesar de disponer de una normativa propia de carácter general y de la relevancia que ha adquirido los últimos años el derecho de la publicidad, autores de referencia como los profesores Carlos Lema Devesa y José María de la Cuesta Rute coinciden en afirmar que el derecho de la publicidad no tiene un carácter autónomo dentro del ordenamiento jurídico. Así, estos dos autores conciben el derecho de la publicidad como una rama del derecho privado y, concretamente, lo adscriben al derecho mercantil.

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

A continuación, abordaremos el contenido general del derecho de la publicidad, recogido en la LGP y en la LCD, y lo completaremos, en los aspectos que lo requieran, con el que establecen otras disposiciones legislativas complementarias.

### 2.1. Los sujetos de la actividad publicitaria

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

A efectos de la ciencia jurídica, la determinación del sujeto de derecho, como titular de los derechos y las obligaciones correspondientes, es especialmente importante en el marco de la relación jurídica publicitaria.

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

Además de los sujetos mencionados, en la práctica profesional hay otras figuras no previstas en la ley y que ejercen, a veces, un papel relevante en términos de contratación publicitaria. Este es el caso, como veremos, de las llamadas **centrales de medios**.

### 2.1.1. El anunciante

A efectos de la LGP se considera **anunciante** «la persona natural o jurídica en interés de la cual se realiza la publicidad» (art. 8).

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

a) Por un lado, el concepto jurídico de anunciante engloba **personas naturales y jurídicas**, de forma que, además de las empresas, también tienen la consideración de anunciante, por ejemplo, las personas físicas que desarrollen una actividad empresarial, comercial, industrial o profesional (art. 2 de la LGP). Según esta definición y el concepto jurídico de publicidad, a efectos de la LGP los organismos públicos solamente se consideran anunciantes cuando su publicidad responde al objetivo de promover la contratación. Sin embargo, en virtud de lo que dispone el artículo 7, los organismos públicos, independientemente de la finalidad de la publicidad, sí que se consideran anunciantes solo a efectos de la contratación y, por lo tanto, están sometidos a lo que dispone a este efecto el título III de la LGP.

b) Por otro lado, la LGP establece como requisito esencial del anunciante tener **interés en difundir su publicidad**, aunque en muchos casos el autor material sea otro, de forma que, para ser anunciante, el emisor de la comunicación tiene que tener un interés genérico en difundir el mensaje que, en virtud del artículo 2, se tiene que concretar en el interés a promover, directa o indirectamente, la contratación de sus bienes o servicios.

El anunciante es, por lo tanto, el emisor del mensaje publicitario, el sujeto de la contratación publicitaria y el responsable principal de esta contratación.

### 2.1.2. La agencia de publicidad

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

El legislador adopta la terminología propia del sector y define a las «agencias» de publicidad basándose en los siguientes aspectos:

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

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

c) El servicio que presta la agencia de publicidad al anunciante tiene que consistir en crear, preparar, programar o ejecutar la publicidad. En la práctica profesional actual distinguimos la actividad de elaboración del mensaje (que siempre asume la agencia) y la de programar o planificar la difusión (que, a veces, puede ser derivada a las llamadas **centrales de compras de medios**). El carácter disyuntivo de la enumeración contempla esta posibilidad.

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

Fijaos que la LGP no exige a las agencias de publicidad ningún requisito especial para que se constituyan y funcionen, aunque algunas comunidades autónomas exigen la inscripción en un registro especial para operar en su territorio.

### 2.1.3. Los medios

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

Mediante la difusión del mensaje publicitario el anunciante hace llegar el mensaje al público objetivo. Para lo cual, sin embargo, necesita un medio, que es lo que en términos de comunicación entendemos como un canal compuesto de un soporte de comunicación o de más de uno susceptible de contener y difundir mensajes publicitarios. Por lo tanto, en lenguaje publicitario el término *medio* tiene un sentido doble: en términos objetivos se refiere al soporte material al que se incorpora el mensaje, mientras que, desde el punto de vista subjetivo, se refiere al titular del soporte publicitario.

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

#### Central de medios

En argot publicitario, entendemos por **central de medios** la agencia de publicidad especializada en la estrategia y planificación de medios, en la compra y distribución de espacios y tiempos publicitarios y en el control de inserciones (Termcat, 2019).

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

b) Desde un punto de vista objetivo, la noción de medio incide en la difusión del mensaje publicitario, acción que, según la LGP, prevé la inserción del mensaje en el soporte y la actividad técnica necesaria para garantizar la divulgación efectiva al público. Y esta divulgación se puede llevar a cabo por medio de dos clases de medios publicitarios:

- Por un lado, la ley menciona explícitamente los medios de comunicación social, esto es, los medios tradicionales (televisión, radio, prensa, Internet, etc.), la mayoría de los cuales, junto con el contenido informativo propio, emiten mensajes publicitarios.
- Por otro lado, excluidos los anteriores, la LGP denomina **soportes** a los medios cuya actividad es exclusivamente publicitaria. Este es el caso, por ejemplo, de la publicidad exterior.

#### 2.1.4. Los destinatarios

En el artículo 2 la LGP define, de manera muy general, a los **destinatarios** de la actividad publicitaria como «las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que este afecte».

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

a) Por un lado, la de las personas a las que, intencionadamente, se dirige el mensaje publicitario; desde un punto de vista jurídico, estos destinatarios son determinantes del sentido que se atribuya al mensaje publicitario en la aplicación de las normas reguladoras del contenido del mensaje.

b) Por otro lado, la de las personas que llegan a recibir el mensaje, esto es, las auténticas receptoras del mensaje, puesto que el mensaje publicitario llega a personas no previstas inicialmente como público objetivo; jurídicamente, estos destinatarios son especialmente relevantes en materia de protección de sus intereses legítimos.

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

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

A tal efecto, **las asociaciones de consumidores y usuarios** merecen una mención especial. En cuanto a estas asociaciones, la doctrina mayoritaria considera el concepto de destinatario de la publicidad técnicamente superior al de consumidor, puesto que no toda la publicidad tiene por objeto promover la contratación de bienes y servicios destinados al consumo.

## **2.2. La contratación publicitaria**

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

Según el Código Civil (CC), la norma común en materia de contratación en España, un contrato existe a partir del momento en que una o varias personas deciden voluntariamente obligarse, respecto de otra u otras, a dar algo o prestar algún servicio (art. 1.254 del CC). En materia publicitaria el anunciante, habitualmente, requiere los servicios de la agencia para dar forma publicitaria a los mensajes y también requiere el uso de un medio o apoyo de titularidad ajena para hacer llegar la publicidad a su público objetivo.

Partiendo de la base de las relaciones contractuales típicas que se establecen entre los diversos sujetos, la LGP establece las cuatro clases de contrato publicitario que analizaremos en los siguientes apartados del temario:

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

Ahora bien, antes de abordar las particularidades de estos contratos, conviene mencionar las **disposiciones** que, **a todos los efectos**, dispone la LGP y que son aplicables a todas las clases de contrato publicitario.

En primer lugar, la LGP establece, en el artículo 7, que los contratos publicitarios se tienen que registrar, en primera instancia, por lo que dispone el título III y, si no, por las reglas generales del Derecho común. De este modo, en los aspectos no recogidos en la LGP se aplica lo que disponen en materia contractual las normas de carácter mercantil (el Código de comercio) o civil (el Código civil), según el carácter mercantil, o no, de los sujetos publicitarios implicados y también según la tipología de contrato.

#### Ejemplo

En materia de forma, como la LGP no tiene una regulación específica, se entiende que es aplicable el principio de libertad de forma recogido en el artículo 51 del Código de comercio.

Conviene destacar en este punto que el mismo artículo 7 afirma que lo que dispone el **título III de la LGP** es aplicable **a todos los contratos publicitarios**, aunque versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2. Así, solamente en materia contractual, la LGP se puede aplicar a las llamadas **figuras afines a la publicidad**: propaganda, publicidad institucional, etc. No obstante, el legislador excluye del ámbito en el que es aplicable la LGP los contratos no tipificados como publicitarios que pueden ser necesarios para llevar a cabo la actividad publicitaria. Este es el caso, por ejemplo, de los contratos de cesión de derechos de imagen con finalidades publicitarias o de cesión de derechos de propiedad intelectual sobre contenidos utilizados en la publicidad (por ejemplo, música, imágenes, etc.).

En una relación clara con lo que dispone en materia de publicidad engañosa, y concretamente de la publicidad que la doctrina denomina **encubierta**, el artículo 9 de la LGP impone a los medios de difusión la obligación de delimitar perceptiblemente las afirmaciones hechas dentro de su función informativa de las que hagan como meros vehículos de publicidad. Además, los anunciantes tienen que descubrir inequívocamente el carácter publicitario de los anuncios. Con esta obligación de carácter contractual el legislador refuerza la ilicitud de las prácticas publicitarias que, mediante la presentación, induzcan a error a los destinatarios.

En el artículo 10, la LGP confiere al anunciante el derecho de controlar la ejecución de la campaña de publicidad. Del contenido del artículo se deduce que este control se circunscribe a las actividades de difusión publicitaria y, por lo tanto, solamente es aplicable a los contratos de difusión o patrocinio. Así, la



LGP, para garantizar el derecho al control del anunciante, habilita las organizaciones sin finalidades lucrativas constituidas legalmente en forma tripartita por anunciantes, agencias de publicidad y medios de difusión para comprobar la difusión de los medios publicitarios y, especialmente, las cifras de tirada y venta de publicaciones periódicas. Es un poco contradictorio que el legislador otorgue un carácter voluntario a esta comprobación, de forma que el medio puede optar por no someterse al sistema de control de difusión.

La LGP prohíbe, en el artículo 11, que se incluyan en los contratos publicitarios cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en las que incurran las partes como consecuencia de la publicidad. De este modo, el sujeto en quien, legalmente, recaiga la responsabilidad derivada del contrato no se puede liberar, ni atribuirle a un tercero, ni limitarla cuantitativa o cualitativamente.

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

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

### 2.2.1. El contrato de publicidad

En el artículo 13, la LGP define el **contrato de publicidad** como «el contrato por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de esta».

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

En este sentido, el legislador matiza, en el párrafo segundo del artículo 13, que cuando las actividades o los servicios contratados comporten la elaboración de creaciones publicitarias, adicionalmente, se tienen que aplicar las normas del contrato de creación publicitaria (art. 20 LGP).

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

En la persona del anunciante recaen, esencialmente, dos obligaciones derivadas del contrato:

- Satisfacer la contraprestación acordada a la agencia de publicidad (art. 13).
- Partiendo de la base de la relación de colaboración y confianza que se presupone que tiene que haber entre anunciante y agencia, el anunciante se tiene que abstener de utilizar para finalidades diferentes de las pactadas cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia (art. 14).

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

- Ejecutar la publicidad, como obligación esencial del contrato, y crearla, prepararla o programarla. Con esta matización, el legislador excluye la actividad de difusión publicitaria como objeto único del contrato de publicidad, puesto que, en este caso, rige lo que dispone el contrato de difusión publicitaria.
- La agencia, por su parte, también se tiene que abstener de utilizar para finalidades diferentes de las pactadas la información o el material publicitario que el anunciante le ha facilitado a efectos del contrato (art. 14).

La doctrina mayoritaria señala que, a menudo, la agencia de publicidad, en cumplimiento de la obligación principal que tiene de ejecutar la publicidad, tiene que formalizar contratos con terceros para difundirla. Según De la Cuesta, la agencia, por virtud del contrato de publicidad, actúa por cuenta del anunciante cuando formaliza los contratos necesarios para ejecutar la publicidad, pero puede actuar en nombre propio o ajeno cuando formaliza estos contratos, aspecto que no prevé la LGP y que, según el autor, se tiene que regir por lo que establece el Código de comercio para el contrato de comisión.

Finalmente, la LGP prevé dos supuestos en relación con el cumplimiento del contrato: el cumplimiento defectuoso y el incumplimiento.

Según lo que dispone el artículo 15 LGP para el caso del **cumplimiento defectuoso** de una obligación contractual, en caso de que la publicidad no se ajuste en los elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, este anunciante puede exigir a la agencia lo siguiente:

- a) Por un lado, una rebaja de la contraprestación o la repetición total o parcial de la publicidad en los términos pactados.
- b) Por el otro, la indemnización, en los dos casos, de los daños y perjuicios que le hayan causado.

En cuanto al **incumplimiento de contrato**, el artículo 16 de la LGP diferencia entre los supuestos de responsabilidad del anunciante o de la agencia:

- En caso de que la **agencia** no haga injustificadamente la prestación comprometida o la haga fuera del plazo establecido, el anunciante puede resolver el contrato y exigir la devolución de lo que ha pagado, y también la indemnización de daños y perjuicios.
- Si el **anunciante** resuelve o incumple injustificada y unilateralmente el contrato con la agencia sin que concurran causas de fuerza mayor, o lo cumple solamente de manera parcial, la agencia puede exigir la indemnización por daños y perjuicios del hecho que corresponda.

Como cláusula final, el último párrafo del artículo 18 LGP establece que la extinción del contrato no afecta a los derechos de la agencia por la publicidad que ha hecho antes del incumplimiento, lo cual se traduce en el hecho que el anunciante no puede reclamar la devolución de lo que ha pagado respecto a las difusiones publicitarias ya efectuadas.

### 2.2.2. El contrato de creación publicitaria

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

De esta definición se desprende que las **partes del contrato** de creación tienen que ser, por un lado, el anunciante que encarga la obra y, por el otro, una persona física o jurídica, esto es, un profesional de la creatividad o *freelance* o una agencia de publicidad. En cuanto al **objeto** de la relación contractual este tiene que consistir en idear y elaborar una pieza o campaña publicitaria, esto es, lo que en argot publicitario se conoce como la creatividad publicitaria. En este caso, la LGP no hace una referencia específica a las obligaciones de las

partes, que se entiende que, en el caso del anunciante, tiene que ser satisfacer la contraprestación pactada y, en el caso del creativo o de la agencia, crear la obra publicitaria, idearla y plasmarla en un soporte.

A efectos prácticos, se considera esta clase de contrato más bien superfluo, puesto que la prestación de crear la obra está recogida en el contrato de publicidad, mencionado antes. Además, el legislador no establece un régimen específico para el contrato de creación publicitaria, sino que solo menciona la tipificación y regula, en el artículo 21, la cesión de derechos al uso de la obra. En su defecto, la doctrina remite al Código civil y, concretamente, a la regulación del contrato de obra (arts. del 1.588 al 1.600 del CC).

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

#### Ved también

Véase lo dispuesto en materia de propiedad intelectual en el módulo «Derecho de autor y comunicación: últimas novedades y perspectivas de futuro».

Sin embargo, a todos los efectos y excepto si hay un pacto en sentido contrario, la LGP establece una **presunción** por la cual los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se consideran cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para las finalidades previstas en este contrato. Esto es especialmente relevante en términos probatorios, puesto que comporta una inversión de la carga de la prueba.

### 2.2.3. El contrato de difusión publicitaria

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

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

En cuanto al **contenido esencial**, de la definición del contrato de difusión publicitaria se derivan una serie de obligaciones para las partes. Por un lado, el anunciante o la agencia se obliga a satisfacer la contraprestación, fijada en

este caso en las tarifas preestablecidas por el medio, y, por el otro, el medio se obliga a permitir el uso de unidades concretas de espacio y tiempo y a asegurar, mediante la actividad técnica pertinente, el uso efectivo en las condiciones pactadas con el fin de conseguir el resultado publicitario deseado.

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

Así, en relación con el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación, el artículo 18 de la LGP dispone que en caso de que el medio, por causas imputables al medio mismo, cumpla una orden con alteración, defecto o menoscabo de algunos de los elementos esenciales, está obligado a volver a ejecutar la publicidad en los términos pactados. En caso de que la repetición no fuera posible, el anunciante o la agencia pueden exigir la reducción del precio y la indemnización de los perjuicios causados.

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

a) En cuanto al incumplimiento del medio, la LGP establece que, excepto en caso de fuerza mayor, cuando el medio no difunda la publicidad contratada, el anunciante o la agencia pueden optar entre exigir una difusión posterior en iguales condiciones pactadas o denunciar el contrato de devolución de lo que han pagado por la publicidad no difundida. En los dos casos, el medio tiene que indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

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

#### **2.2.4. El contrato de patrocinio**

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

La LGP destina solamente un artículo a la regulación específica del contrato de patrocinio publicitario. Autores de referencia, como los profesores Gómez Segade o Lema Devesa, consideran relevante que la LGP tipifique y defina esta figura contractual al efecto normalizador, puesto que, de este modo, están aplicables las disposiciones generales sobre contratación publicitaria y esto evita, por ejemplo, una posible utilización de las técnicas de patrocinio con la intención de esquivar las prohibiciones de publicidad ilícita o de publicidad específica de ciertos productos (Lema Devesa, 2007).

De la noción legal del contrato de patrocinio se desprende que todo el mundo puede ser **parte** en el contrato, porque no se establecen requisitos subjetivos. En cuanto al **contenido** del contrato, el patrocinado se obliga a hacer una determinada actividad (deportiva, benéfica, cultural, científica, etc.) y a colaborar en la publicidad del patrocinador, que, a cambio de esta colaboración publicitaria, se obliga a satisfacer la contraprestación pactada, en este caso, una ayuda económica (dineraria o en especies). Fijaos que, en términos de comunicación, la noción de colaborar en la publicidad se tiene que entender en un sentido amplio; para De la Cuesta Rute esto equivale a asociar la comunicación persuasiva del patrocinador a la comunicación al público de la actividad objeto de patrocinio y a hacerlo, excepto un acuerdo previo entre las partes, por medio de cualquier modalidad publicitaria.

Finalmente, el párrafo segundo del artículo 22 dispone que «el contrato de patrocinio publicitario se tiene que regir por las normas del contrato de difusión publicitaria cuando estén aplicables». Esta remisión alude al patrocinio vinculado a las actividades de los medios de publicidad, entre las cuales destaca el patrocinio de programas televisivos, una modalidad específica del patrocinio cuya regulación se establece en los artículos 2 y 16 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de comunicación audiovisual (LGCAV).

### 2.3. Supuestos de publicidad ilícita

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

La aprobación en diciembre de 2009 de la Ley 29/2009, por la cual se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad, incorporó numerosas modificaciones en el contenido de la LGP. De este modo, ciertos ilícitos publicitarios que antes estaban regulados en la LGP se han pasado a regular en la LCD; lo mismo ha sucedido con la definición y los requisitos de licitud de la publicidad comparativa y el detalle de las acciones judiciales frente a la publicidad ilícita.

Además, en coherencia con el nuevo régimen unitario de acciones por competencia desleal, el nuevo texto de la LCD incorpora, en el artículo 18, una cláusula general según la cual «la publicidad considerada ilícita por la Ley Ge-

#### Patrocinio y mecenazgo

El patrocinio se define como el apoyo financiero o material que una persona física o jurídica da a una persona, organización, manifestación, etc., con el fin de obtener en contrapartida un beneficio publicitario o de imagen. En cambio, cuando el apoyo se presta a una actividad de interés público, generalmente de carácter social, cultural o educativo, se suele hablar de mecenazgo (Termcat, 2019). La LGP engloba las dos modalidades en el concepto de patrocinio publicitario.

neral de Publicidad se considera desleal». De este modo, todas las modalidades publicitarias incluidas en el artículo 3 de la LGP tienen, automáticamente, la calificación de actas de competencia desleal a los efectos de la LCD (Tato Plaza, 2010).

A continuación abordaremos, en detalle, las diferentes tipologías de publicidad ilícita recogidas, a todos los efectos, en la LGP y desarrolladas en este texto o en el de la LCD. No obstante, conviene avanzar en este punto que a la hora de valorar la posible licitud de una pieza publicitaria, la legislación establece como referencia la interpretación que pueda hacer un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz del círculo de personas destinatarias al que vaya dirigida la publicidad.

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

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución española.
- b) Determinados casos de publicidad dirigida a menores o en la que aparezcan menores.
- c) La publicidad subliminal.
- d) La que infrinja lo que dispone la normativa que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.
- e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que se consideran actos de competencia desleal, en los términos previstos en la LCD.

### **2.3.1. La publicidad que vulnere los principios de la CE**

El artículo 3 a) de la LGP define como ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo referente al principio de igualdad (art. 14 CE), al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 20 CE) y al principio de protección de la juventud, de la infancia y de la mujer.

Tal como afirma el profesor De la Cuesta Rute, el contenido del artículo 3 a) de la LGP es un poco superfluo porque, partiendo de la base del principio de jerarquía normativa, la Constitución española es la norma fundamental del Estado y sus preceptos tienen valor normativo directo. Por lo tanto, no habría que recordar que la publicidad tiene que respetar siempre el orden constitucional y, por extensión, la dignidad de la persona, y el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, en particular. De hecho, con

#### **Ved también**

En los siguientes subapartados profundizaremos en el contenido de estos supuestos de publicidad ilícita previstos en la LGP y en la LCD.

la referencia a los supuestos considerados «especialmente» ilícitos, es probable que el legislador solo quiso destacar la importancia de la protección de los derechos mencionados con referencia a la actividad del profesional de la publicidad.

A continuación examinaremos, brevemente, el contenido de los valores y derechos constitucionales que, según lo que dispone el artículo 3 a) de la LGP, merecen una consideración especial a efectos del ilícito publicitario:

- **Protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.** Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen constituyen tres esferas diferentes de la personalidad cuya regulación, en desarrollo de lo que dispone el artículo 18 de la Constitución, se recoge en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En el artículo 2, esta ley establece que la protección de estos derechos queda delimitada por las leyes y por los usos sociales según el ámbito que, por sus propios actos, tenga reservado cada persona para sí misma o su familia. De manera explícita, en el artículo 7.6, la ley establece como intromisión ilegítima a efectos de la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para finalidades publicitarias en caso de que el titular del derecho no haya dado su consentimiento expreso. Fijaos que esta autorización no se puede conceder en cuanto al honor, dada la naturaleza propia de este derecho.
- **Protección de la juventud y de la infancia.** En remisión al apartado 4 del artículo 20 de la Constitución, la LGP también considera «especialmente» ilícita la publicidad que atente contra el derecho a la protección de la juventud y la infancia. De este modo, el legislador protege dos colectivos que, por edad, se encuentran en un periodo de desarrollo de su personalidad y que, por lo tanto, son especialmente vulnerables a los efectos de la publicidad. Referente a esto, la Ley 29/2009 incorporó un nuevo epígrafe en el artículo 3 de la LGP que regula, de manera expresa y detallada, una serie de supuestos de publicidad ilícita vinculados directamente con la publicidad dirigida a menores de edad o en la que estos aparezcan.
- **Protección de la mujer.** La doctrina mayoritaria coincide en afirmar que no tiene ninguna justificación incluir la mujer entre los colectivos necesitados de una tutela especial. A pesar de esto, en 2005, la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, modificó el texto inicial del artículo 3 a) de la LGP para tipificar un caso concreto en el que se tiene que entender que la publicidad atenta contra la dignidad de la persona y los valores y derechos reconocidos en la Constitución: la publicidad que presente a la mujer de manera vejatoria o discriminatoria. Por lo tanto, actualmente la LGP prevé expresamente dos supuestos de publicidad ilícita por vulneración de la dignidad de la mujer: a) un primer supuesto donde se utiliza el cuerpo (o partes del cuerpo) femenino



como mero objeto y donde existe una desconexión total y absoluta entre la imagen utilizada (cuerpo de la mujer) y el producto promocionado; y b) un segundo supuesto que presume la existencia de un trato vejatorio de la mujer en los casos en los que se utiliza su imagen asociada a comportamientos estereotipados que puedan coadyuvar a generar violencia de género, es decir, cuando presente a la mujer como una persona obligada a asumir ciertas actividades que le son propias. Hay que destacar que en los últimos años se han retirado numerosas campañas porque infringen lo dispuesto para este supuesto.

### 2.3.2. La publicidad que vulnere la protección especial del menor

La Ley 29/2009 amplió la protección de los menores en el ámbito publicitario con la incorporación de un nuevo caso de publicidad ilícita recogido en la apartado b) del artículo 3 de la LGP.

Tal como ya hemos avanzado, los menores de edad constituyen para el derecho una prioridad y, por lo tanto, son sujetos de derecho merecedores de una atención especial y una tutela, puesto que se encuentran en una fase de desarrollo, no solamente físico, sino también intelectual y moral. Los supuestos de publicidad ilícita que incorpora el artículo 3 b) de la LGP abordan la protección del menor en la publicidad desde dos perspectivas diferentes pero a la vez complementarias:

- a) La primera pretende proteger al menor como persona receptora o destinataria de la publicidad.
- b) La segunda está orientada a evitar abusos en la utilización de la imagen de los menores en publicidad. En este sentido, el artículo 4.3 de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor, exige que la utilización de su imagen no suponga un menoscabo de su honra y reputación, ni sea contraria a sus intereses.

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

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

#### Doble protección

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

Y, desde la segunda perspectiva que hemos mencionado antes, el mismo artículo 3 b) prohíbe:

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

De este modo, con la incorporación de estos nuevos supuestos, el legislador intensifica la protección del menor en el ámbito publicitario y extiende a todos los medios publicitarios algunas de las prohibiciones que hasta ahora solo se observaban en la regulación específica de la publicidad difundida por televisión.

### 2.3.3. La publicidad subliminal

Otra de las modalidades de publicidad ilícita recogidas en el artículo 3 de la LGP es la **publicidad subliminal**, mencionada en el apartado c) del artículo 3 de la LGP.

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

El legislador se limita a definir y prohibir la publicidad subliminal en la LGP. Tal como afirma Lema Devesa, esta prohibición pretende garantizar que los anunciantes no traspasen el control racional que todo consumidor tiene que tener sobre los mensajes publicitarios recibidos y responde, por un lado, a los principios de autenticidad e identificación publicitaria y, por el otro, a la protección de la dignidad de la persona, según la cual los destinatarios no pueden ser «manipulados» por técnicas que impidan la percepción consciente de un mensaje publicitario. De este modo, la alusión a la publicidad subliminal como modalidad específica de ilícito publicitario no haría falta, porque queda incluida en las modalidades precedentes.

Además, la doctrina coincide en destacar la poca relevancia jurídica de este supuesto porque, si para ser considerada subliminal la publicidad no puede ser percibida conscientemente, se prevé que la prueba para determinar si se tiene que considerar ilícita o no sería extraordinariamente complicada (y desestimaría, por sí misma, esta consideración).

#### LGCAV

El artículo 7.3 de la LGCAV también prohíbe que la publicidad, en este caso emitida por televisión, presente a los niños en situaciones peligrosas, así como aquella publicidad que incite a conductas que favorezcan la desigualdad entre hombres y mujeres.

### 2.3.4. La publicidad contraria a las normas especiales

En el apartado d) del artículo 3, la LGP considera ilícita la publicidad que «infringe lo que dispone la normativa que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios». Con este precepto, la LGP reconoce que hay una **normativa especial** para la publicidad de determinados bienes o servicios.

Conviene recordar que el artículo 1 de la LGP dispone que «la publicidad se tiene que regir por esta ley, por la LCD y por las normas especiales que regulen algunas actividades publicitarias». Partiendo de la base de estas dos referencias, la LGP enumera, en el artículo 5, los bienes o servicios que requieren una atención especial y establece dos mecanismos de regulación no excluyentes: por un lado, la sumisión a normas especiales y, por el otro, la sumisión al régimen de autorización administrativa previa.

Del análisis del contenido del artículo 5 de la LGP podemos extraer las siguientes notas:

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

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

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

3) Se prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas con graduación superior a 20 grados centesimales por medio de la televisión y la publicidad de bebidas alcohólicas en general, en los lugares donde esté prohibida la venta o el consumo. Además, la LGP impone al legislador la obligación de limitar reglamentariamente la forma, el contenido y las condiciones de la publicidad de las bebidas alcohólicas con vistas a proteger la salud y seguridad de las personas,

teniendo en cuenta a los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a consumir bebidas alcohólicas indiscriminadamente y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos. Con las mismas finalidades, la LGP habilita al Gobierno para extender, reglamentariamente, la prohibición de publicidad a la televisión de bebidas con graduación alcohólica inferior a 20 grados centesimales.

4) La LGP establece que los reglamentos que desarrollen esta legislación especial y los que al regular un producto o servicio contengan normas sobre su publicidad tienen que especificar en su contenido los siguientes puntos:

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

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

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

- El otorgamiento de autorizaciones tiene que respetar los principios de competencia leal.
- La denegación de solicitudes de autorización tiene que ser motivada.
- Y, finalmente, se establece el principio de silencio administrativo positivo, esto es, si habiendo vencido el plazo de contestación establecido en las leyes no hay resolución expresa, la autorización se entiende concedida.

6) Finalmente, el artículo 5 de la LGP dispone que el incumplimiento de las normas especiales que regulan la publicidad de los productos, bienes y servicios mencionados tiene consideración de infracción al efecto previsto en el TRLGDCU y en la Ley General de Sanidad.

De todo lo que hemos expuesto en este punto se puede deducir que los supuestos de publicidad ilícita por infracción de la normativa especial pueden ser extraordinariamente numerosos y variados. La calificación de ilicitud requiere, por lo tanto, la infracción de algún precepto de la legislación especial.

#### Práctica profesional

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

### 2.3.5. La publicidad engañosa

La LGP, a raíz de la aprobación de la Ley 29/2009, remite a lo que dispone la LCD en cuanto a la regulación de los supuestos tradicionalmente relevantes en materia de publicidad ilícita: la publicidad engañosa y la publicidad desleal; a la vez que incorporan el nuevo supuesto de la llamada **publicidad agresiva**.

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

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

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

Antes de abordar en detalle los supuestos propios de la publicidad engañosa, conviene aclarar que, como veremos a continuación, la nueva LCD tipifica los actos de engaño, a todos los efectos, en los artículos 5 y 7 y, posteriormente, en el artículo 19 puntualiza que los actos de engaño tipificados en el artículo 5 y 7 también tienen que tener la consideración de prácticas desleales con los consumidores. Sin embargo, los artículos 21 y siguientes de la LCD tipifican supuestos concretos de actos de engaño. En consecuencia, como apunta el profesor Anxo Tato, estos supuestos concretos solo se tienen que calificar como engañosos en sí mismos en la medida en que tengan lugar en el marco de relaciones entre empresas y consumidores, de forma que estas mismas prácticas, si tienen lugar entre empresarios, no pueden ser calificadas automáticamente como engañosas, y su licitud o ilicitud se tiene que examinar en vista de lo que dispone el artículo 5 de la LCD (Tato Plaza, 2010).

El artículo 5 de la LCD define los actos de engaño, de forma que, por extensión, se **considera** desleal por **engañosa la publicidad** que «contenga información falsa o información que, incluso siendo veraz, por su contenido o su presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, y sea susceptible de alterar su comportamiento económico».

#### Lectura recomendada

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

Además, el artículo 5.1 de la LCD menciona, a continuación, una lista de aspectos –apartados a) a h)– en los cuales tiene que recaer el engaño para que la publicidad sea considerada engañosa:

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

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

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

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

Cualquier actividad publicitaria que reúna una o más de las características mencionadas en el **artículo 5 de la LCD** se considera ilícita a los efectos de la legislación vigente. Hay que destacar, a todos los efectos, que una publicidad se considera engañosa siempre que concurran **dos presupuestos**:

- **La aptitud para inducir a error a las personas destinatarias del mensaje.** De aquí se desprende que no es necesario que se llegue a producir el error mencionado para que una publicidad se pueda considerar engañosa. Por lo tanto, resulta obvio que cualquier mensaje falso o inexacto es, por definición, un mensaje apto para inducir a error. Y también se puede considerar engañoso el mensaje que, a pesar de basarse en datos formalmente verídicos, puede generar falsas expectativas entre el público de las personas destinatarias. En este último caso, adquiere más relevancia la tarea interpretativa de la persona o las personas encargadas de valorar la licitud de la publicidad, tarea que siempre se tiene que llevar a cabo tomando como referencia el significado que pueda atribuir al mensaje el público destinatario de la publicidad. Para lo cual, quien juzgue la publicidad tiene que interpretar el mensaje poniéndose en el lugar del tipo medio representativo de las personas destinatarias: aquel destinatario que no es el más agudo y prevenido contra la publicidad ni tampoco el más desprevenido e incrédulo respecto a esta.
- **La aptitud para alterar el comportamiento económico de las personas destinatarias** es el segundo presupuesto que el artículo 5 exige para que una publicidad se pueda considerar engañosa. Referente a esto, el artículo 4 de la LCD entiende por **comportamiento económico del consumidor** toda decisión por la cual este opta para actuar o para dejar de hacerlo en relación con lo siguiente: la selección de una oferta o un ofertante; la contratación de un bien o servicio, en qué manera y en qué condiciones; el pago del precio o cualquier otra forma de pago; la conservación del bien o servicio y, finalmente, el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios. Del mismo modo, el artículo 4 concreta que a los efectos de la LCD se entiende para **distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio** el hecho de utilizar la publicidad para menguar de manera apreciable la capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, de forma que el consumidor tome una decisión sobre su comportamiento económico que, de otro modo, no habría tomado. En este caso, la ley tampoco exige que la distorsión se lleve a cabo de manera efectiva, basta con la apreciación de la aptitud para distorsionar con base en una tarea interpretativa que, una vez más, tendrá que tomar como referencia la perspectiva de un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

#### Artículo 4 LCD

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

#### Grupos de consumidores especialmente vulnerables

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

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

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

### 1) La publicidad engañosa por omisión

La LCD tipifica en el artículo 7 las omisiones engañosas como acto de competencia desleal, lo cual comporta una prohibición expresa y específica de la publicidad engañosa por omisión.

#### **Artículo 7 LCD. Omisiones engañosas**

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

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

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

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

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

- Omite u oculte, de forma que resulte prácticamente imperceptible o ilegible, información **necesaria** para que la persona destinataria adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa.



- A pesar de incluir la información esencial de manera perceptible, esta sea poco clara, ininteligible o ambigua para un consumidor medio.

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

**a) La relevancia de la información omitida** (es decir, su carácter necesario), en relación con el contenido del mensaje; se considera engañosa por omisión la publicidad que omita un dato que, si fuera conocido por el público, este cambiaría de opinión en cuanto a la compra o la contratación de un bien o servicio; por lo tanto, el dato omitido inducirá a error cuando sea determinante en la elección que, finalmente, haga la persona destinataria.

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

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

**d) Las limitaciones del medio de comunicación utilizado.** Es decir, para valorar es lo que los profesores Anxo Tato, Pablo Fernández y Christian Herrera (2010) han denominado **principio de integridad de la campaña**, según el cual cuando se valora la aptitud de una omisión para distorsionar el comportamiento económico del consumidor se tiene que valorar, también, la posibilidad de completar la información emitida en la publicidad con información adicional recogida en otros medios o soportes. Todo esto, siempre que concurren tres presupuestos:

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

## 2) La publicidad encubierta

En los artículos 5 y 7, la LCD menciona, de manera indirecta y a todos los efectos, la publicidad encubierta como una de las tipologías de publicidad engañosa.

Además, en el marco de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios, el artículo 26 de la LCD tipifica, expresamente, un supuesto concreto de publicidad encubierta: la llamada **publicidad redaccional**. A continuación, profundizaremos en el concepto de publicidad **encubierta** en general y en el supuesto del artículo 26 LCD, en particular, y nos referiremos brevemente a otra de sus modalidades: la publicidad encubierta por televisión, el llamado **emplazamiento de producto** (*product placement*), que abordaremos con detalle más adelante.

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

En torno a la publicidad encubierta, el profesor Lema Devesa (2007) sostiene que esta induce a error a las personas destinatarias sobre la clase, el origen y el valor de las alegaciones publicitarias, de forma que:

- a) El público no identifica la clase o la naturaleza de esta manifestación publicitaria, puesto que no la reconoce como publicidad.
- b) El público desconoce que el anunciante es el emisor del mensaje, puesto que la publicidad produce la falsa impresión de ser una manifestación de una tercera persona imparcial o de un acontecimiento ajeno al anunciante.
- c) Como consecuencia de todo esto, el público otorga a la publicidad encubierta un grado más alto de credibilidad.

El nuevo texto de la LCD menciona, de manera indirecta y a todos los efectos, la publicidad encubierta. Así, el artículo 5 considera desleal por engañosa la publicidad que por su forma de «presentación» pueda inducir a error a las personas destinatarias. Por su parte, el artículo 7.1. de la LCD califica como **omisión engañosa** la publicidad que «no da a conocer el propósito comercial de esta práctica, cuando no resulte evidente por el contexto».

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

### Artículo 26 LCD. Prácticas comerciales encubiertas

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

El artículo 26 prohíbe, por lo tanto, la publicidad cuya naturaleza se suele «encubrir» bajo la apariencia de información.

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

A todos los efectos, de lo que se dispone en los artículos 5 y 7 de la LDC, para calificar una práctica comercial como encubierta tienen que concurrir **cuatro presupuestos** (Tato, Fernández y Herrera, 2010):

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

Con el objetivo de evitar las prácticas encubiertas, además de su consideración de supuesto de publicidad engañosa, la LGP establece en el artículo 9, como hemos visto cuando hemos hablado de los contratos, el **principio de identificación publicitaria**, que obliga a los medios de difusión a diferenciar «perceptiblemente» las afirmaciones efectuadas en el marco de su función informativa de las que se hagan como simples vehículos de publicidad. Además, el artículo 9 de la LGP también establece la obligación de los anunciantes de revelar inequívocamente el carácter publicitario de los anuncios.

Una manifestación concreta de publicidad encubierta en el medio televisivo sería el llamado **emplazamiento de producto** o *product placement*.

#### Ved también

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

La LGCAV define el **emplazamiento de producto** como «toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de forma que figure en un programa» (art. 2.31).

En cuanto a su regulación específica, el artículo 17 de la LGCAV reconoce el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a emitir con emplazamiento de productos largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento siempre y cuando 1) el programa haya sido producido o encargado por el prestador y 2) el público haya sido claramente informado del emplazamiento de producto al principio y al final del programa, y cuando se retome después de una pausa publicitaria. Queda prohibido, en todo caso, el emplazamiento de producto en la programación infantil. Así, para ser considerado el emplazamiento de producto publicidad encubierta, se tienen que presentar dos circunstancias: por un lado, la existencia de un propósito publicitario por parte del operador de televisión y, por el otro, que la presentación del producto o servicio en el contenido televisivo pueda inducir el público a error si no se revela adecuada y suficientemente la naturaleza publicitaria de la acción. Hablaremos sobre el emplazamiento de producto más adelante.

### 3) La publicidad engañosa por confusión

La LCD considera la publicidad confusionista un supuesto más dentro del concepto de **publicidad engañosa**, puesto que el legislador considera que el riesgo de confusión puede desencadenar el error de los consumidores en cuanto al origen empresarial del producto, una de las circunstancias previstas en el artículo 5.1 b) LCD sobre las cuales puede recaer el engaño.

A todos los efectos, el artículo 6 de la LCD considera desleal «cualquier comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o los establecimientos ajenos». Y, además, matiza que para declarar la deslealtad basta con el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación. Dado el carácter general, los actos de confusión que se planteen en las relaciones entre empresarios o profesionales se tienen que examinar con base en este único precepto.

#### Ved también

La regulación de la publicidad televisiva será objeto de estudio detallado en el apartado 3.1 de este módulo.

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

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

- a) Tiene que haber un riesgo de confusión; a falta de una definición de **riesgo de confusión** en la LCD, a partir del derecho de marcas lo podemos definir como el riesgo que, a raíz de la publicidad difundida, el público de los consumidores concluya que dos productos proceden de un mismo origen empresarial (riesgo de confusión en sentido estricto) o, al menos, de empresas vinculadas jurídica o económicamente entre ellas (riesgo de asociación).
- b) La publicidad engañosa por confusión tiene que ser apta para afectar de manera significativa al comportamiento económico del consumidor.

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

En concreto, el **artículo 25** de la LCD tipifica como desleal por engañosa la publicidad que promocióne un bien o un servicio similar al comercializado por un determinado anunciante con el objetivo de inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este anunciante, sin ser cierto. En caso de darse estas circunstancias, la publicidad objeto de análisis podría ser declarada automáticamente desleal, sin necesidad de verificar los requisitos previos previstos en el artículo 20 de la LCD.

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

#### Marca y nombre comercial

La Ley de marcas define, en el artículo 4, la **marca** como «cualquier signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado a los productos o servicios de una empresa de la de otra», y, en el artículo 87, define el **nombre comercial** como «cualquier señal susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las otras empresas que desarrollan actividades idénticas o similares».

#### 4) La publicidad que incumple códigos de conducta

La LCD incorpora, en el capítulo V, el reconocimiento general de la utilidad de los códigos de conducta, puesto que contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios. Ahora bien, además de regular los requisitos necesarios para garantizar la efectividad de los sistemas de autodisciplina, la nueva LCD tipifica como acto de engaño el incumplimiento de un código de conducta por parte de una empresa que, voluntariamente, se haya adherido a él.

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

#### Ejemplo

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

Por su parte, de lo que dispone el artículo 21 de la LCD, en el capítulo dedicado a las prácticas comerciales con consumidores y usuarios, se desprende que es **desleal por engañosa** cualquier publicidad que afirme, sin ser cierto:

- a) Que el anunciante está adherido a un código de conducta.
- b) Que un código de conducta ha recibido la aprobación de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación.
- c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esta afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización.

d) La exhibición de un sello de confianza o de calidad de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la autorización necesaria.

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

## 5) Otras prácticas engañosas

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

Así, tal como afirman los profesores Tato, Fernández y Herrera (2010) en cuanto a las prácticas engañosas, la LCD, además de tipificar en el articulado los actos de engaño (art. 5) y las omisiones engañosas (art. 7), incluye en el capítulo III (art. del 21 a 27) el catálogo o la lista negra de prácticas comerciales que se tienen que considerar engañosas en sí mismas, es decir, en cualquier circunstancia sin necesidad de verificar si cumplen los requisitos exigidos, a todos los efectos, por los artículos 5 y 7 para calificarlas como actos de engaño u omisiones engañosas. A continuación, mencionaremos desde el punto de vista publicitario y de manera sintética las prácticas tipificadas en el catálogo o la lista negra de prácticas engañosas con los consumidores.

Se puede observar que algunas de las prácticas recogidas en los artículos del 21 al 27 LCD ya las analizamos cuando abordamos las diferentes modalidades de publicidad engañosa; por eso, para evitar la reiteración, a continuación solo apuntaremos aquellas prácticas que no se han mencionado anteriormente. Por lo tanto, se consideran prácticas engañosas *per se*:

a) Los siguientes casos de publicidad vinculada a **prácticas trampa** (art. 22 LCD):

- Crear publicidad que contenga una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario o profesional que estos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofrecido durante un periodo suficiente y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el tipo de bien o servicio, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate.
- Hacer publicidad que contenga una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado para después, con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio ofrecido,

no aceptar pedidos o solicitudes de suministro, negarse a suministrarlo en un periodo de tiempo razonable, enseñar una muestra defectuosa del bien o servicio promocionado o desprestigiarlo.

- La publicidad relativa a las ventas en liquidación cuando sea incierto que el empresario o profesional se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 30.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista o que, en cualquier otro supuesto, afirmen que el empresario o profesional está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que lo haga.

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

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

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

- Afirmar en un material publicitario o crear por otro medio la impresión de que un bien o servicio puede ser comercializado legalmente sin ser cierto.
- La publicidad que proclame, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones.
- La publicidad que afirme, sin ser cierto, que el bien o servicio solo estará disponible durante un periodo de tiempo muy limitado o que solo estará disponible en determinadas condiciones durante un periodo de tiempo muy limitado con objeto de inducir al consumidor o al usuario a tomar



una decisión inmediata, con lo cual se le priva de la oportunidad o del tiempo necesario para hacer su elección con el debido conocimiento de causa.

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

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

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

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

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

## 6) El delito publicitario

La Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal (CP) regula, en el artículo 282, en el marco del capítulo dedicado a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, el llamado **delito publicitario** asociado a la publicidad engañosa:

### Artículo 282 CP

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

Mediante la tipificación del delito publicitario, determinados supuestos de publicidad engañosa se consideran un ilícito penal, de forma que se refuerza la protección del derecho de los consumidores a recibir una información veraz para mantener su libertad de elección ante la compra de un bien o servicio.

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

#### 2.3.6. La publicidad desleal

Retomando las tipologías de publicidad ilícita mencionadas en el artículo 3 e) de la LGP, en este punto abordaremos las diferentes modalidades de **publicidad desleal**, la regulación de la cual está recogida en los artículos 4, 6, 9, 10, 12 y 20 de la LCD.

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

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

Ahora bien, la LCD incorpora lo que podríamos denominar una **segunda cláusula general** (art. 4.2), aplicable solo a las relaciones de las empresas con los consumidores y usuarios, según la cual la deslealtad de una conducta está determinada por la concurrencia de dos elementos:

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

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

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

Conviene destacar que, en el artículo 18, la LCD establece, también a todos los efectos, que toda publicidad considerada ilícita por la LGP se considera desleal. Partiendo de esta nueva consideración, resulta un poco superflua la tipificación recogida en el artículo 3 e) de la LGP de la publicidad desleal como uno de los supuestos concretos de publicidad ilícita.

En desarrollo del artículo 3 e) de la LGP, la LCD considera como publicidad estrictamente desleal:

- La publicidad denigradora.
- La publicidad confusionista.
- La publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena.
- La publicidad comparativa, siempre que no se ajuste a los requisitos establecidos en el artículo 10 de la LCD.

A continuación trataremos, de manera sintética, la regulación de los diferentes casos de la publicidad tipificada por la LGP como desleal.

### 1) La publicidad denigradora

El artículo 9 de la LCD reputa como desleales los actos de denigración y, por extensión, también la llamada **publicidad denigradora**, entendida como aquella que difunde «manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a menos que sean exactas, verdaderas y pertinentes».

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

Así, de acuerdo con lo que dispone la LCD, para incurrir en un supuesto de denigración no es necesario que esta se produzca de manera efectiva, basta con que aquello que manifiesta el anunciante sea apto para producir el menoscabo del crédito comercial del competidor en cuestión.

Durante años, uno de los aspectos más controvertidos de la denigración publicitaria fue la posible exigencia del requisito de falsedad en las alegaciones para considerar la publicidad de denigración. Tradicionalmente, la LGP guardó silencio sobre este tema, mientras que, actualmente, el artículo 9 de la LCD excluye explícitamente de los actos de denigración las manifestaciones «que sean exactas, verdaderas y pertinentes».

## 2) La publicidad confusionista

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

Sin embargo, con la vigente LCD, el legislador ha optado por integrar la publicidad confusionista dentro del supuesto de publicidad engañosa. De este modo, el riesgo de confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia de la prestación constituye, actualmente, tal como hemos visto, una hipótesis específica del riesgo de engaño.

Como apunta el profesor De la Cuesta Rute (2002), el supuesto de publicidad confusionista es el contrario del de denigración. Mediante la denigración, el anunciante pretende que, indirectamente, sus prestaciones sobresalgan sobre las de aquel a quien se denigra. En cambio, mediante la confusión, el anunciante pretende confundir a los destinatarios sobre el origen o la procedencia de sus productos o servicios, como si fueran de otro, y todo esto porque este último disfruta de más prestigio o reputación con quien al anunciante le conviene confundirse.

## 3) La publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena

El artículo 12 de la LCD considera desleal «el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado».

Más concretamente, de lo que se dispone en este mismo artículo se deduce que se tiene que tipificar como desleal la publicidad que emplee signos distintivos ajenos o denominaciones de origen falsas, acompañadas de la indicación sobre la verdadera procedencia del producto o de expresiones como *modelo, sistema, tipo, clase* o similares. Uno de estos casos más característicos es la llamada por la doctrina **publicidad adhesiva**.

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

#### **Marcas con renombre**

La Ley de marcas se refiere a las marcas con renombre en el artículo 8 y dispone que «no podrá registrarse como marca un signo que sea idéntico o similar a una marca anterior, con independencia de que los productos o servicios para los que se haga la solicitud sean idénticos o sean o no similares a aquellos para los que se haya registrado la marca anterior, cuando la marca anterior disfrute de renombre en España o, si se trata de una marca de la Unión, en la Unión Europea, y con el uso de la marca posterior, realizado sin justa causa, se pudiera obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca anterior, o este uso pudiera ser perjudicial para este carácter distintivo o este renombre».

De esto se deriva que, en prácticamente todos los casos, el uso injustificado de signos distintivos de los competidores responde al objetivo del aprovechamiento de la fama o reputación ajena. De aquí surge la denominación de **publicidad adhesiva** para esta modalidad publicitaria desleal y, por lo tanto, ilícita. En la publicidad adhesiva el anunciante se apropia, en beneficio propio, de la fama y la reputación ajenas; es decir, el anunciante trata de atribuir a sus productos o servicios el *goodwill* de los productos o servicios de un tercero, identificados, normalmente, mediante una marca notoria o rebautizada.

#### **4) La publicidad comparativa**

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

Como, a todos los efectos, el artículo 10 LCD reconoce la licitud de la publicidad comparativa, siempre que se ajuste a los requisitos establecidos en la misma LCD, no nos parece oportuno desarrollar la regulación en el marco de los supuestos de publicidad ilícita. Por eso, abordaremos el estudio, posteriormente, en el apartado dedicado a otras tipologías publicitarias derivadas de la legislación vigente.

#### Ved también

Véase el subapartado 2.4.1 de este módulo, en el cual se trata del concepto y de los requisitos de la publicidad comparativa.

### 2.3.7. La publicidad agresiva

Otra novedad de la vigente LCD es la incorporación de un nuevo supuesto de prácticas desleales: las **prácticas comerciales agresivas**.

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

#### Publicidad directa

«Publicidad que se dirige directa e individualmente a personas previamente identificadas, a través del correo, el teléfono o un sistema multimedia» (Termcat, 2019).

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

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

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

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

#### Artículo 19 LCD

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

Así, la LCD considera desleales las llamadas **prácticas agresivas** y, a su vez, las define como cualquier «comportamiento que, teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de menguar de manera significativa, mediante acoso, coacción (incluido el uso de la fuerza) o influencia indebida la libertad de elección o conducta de la persona destinataria en relación con el bien o servicio y que, por lo tanto, pueda afectar al comportamiento económico» (art. 8.1).

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

- En primer lugar, se tiene que producir una conducta que pueda ser calificada como acoso, coacción o influencia indebida.
- Y, en segundo lugar, la conducta examinada tiene que ser apta para afectar al comportamiento económico de la persona destinataria de la acción.

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

Con base en esta definición y de acuerdo con el catálogo de prácticas agresivas, para que una práctica de publicidad o *marketing* directo se pueda considerar **publicidad agresiva por acoso**, además del contacto directo entre el anunciante y la persona destinataria de la conducta, tienen que concurrir circunstancias adicionales que provoquen que este contacto pueda ser percibido por un destinatario medio (normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) como un acoso susceptible de incidir en su libertad de elección.

Hay que avanzar en este punto que, en materia de publicidad agresiva por acoso, entre las circunstancias adicionales más relevantes que se tienen que tener en cuenta destacan: el momento y el lugar elegido por el anunciante para establecer un contacto directo y personal con la persona destinataria, y también la persistencia de estos contactos.

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

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

En la coacción, el anunciante puede transmitir el mensaje de manera expresa o de manera implícita, puesto que la calificación de una conducta como coacción depende de la manera como esta pueda ser percibida por un destinatario medio.

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

Así, podemos considerar que, en la **publicidad agresiva por influencia indebida**, el anunciante pretende determinar el comportamiento económico de la persona destinataria de la actividad publicitaria mediante la explotación de la especial capacidad de influencia que sobre ella tiene el mismo anunciante o una tercera persona.

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

#### **La influencia indebida en la publicidad dirigida a menores**

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

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

Como ya hemos apuntado, la LCD incluye, en el segundo apartado del artículo 8, la lista **siguiente de elementos que se tienen que tener en cuenta** a la hora de valorar si una determinada conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida y, por lo tanto, incurre en un caso de publicidad agresiva y, en consecuencia, ilícita:

- a) El momento y el lugar en el que se produce la conducta, su naturaleza o su persistencia.
- b) El uso de un lenguaje o un comportamiento amenazante o insultante.



c) La explotación por parte del anunciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos bastante graves como para menguar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquel tenga conocimiento, para influir en su decisión en cuanto al bien o servicio.

d) Cualesquier obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o el profesional cuando la otra parte quiera ejercer derechos legales o contractuales, incluida cualquier manera de finalizar el contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador.

e) La comunicación que llevará a cabo cualquier acción que, legalmente, no se puede ejercer.

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

Por su parte, con objeto de considerar una **publicidad agresiva por coacción**, es especialmente relevante tener en cuenta lo que dispone el artículo 8.2 b), es decir, el uso de un lenguaje o un comportamiento amenazante o insultante.

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

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

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

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

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

a) Que la persona destinataria haya manifestado la **voluntad de no recibir publicidad** por los medios de comunicación a distancia mencionados. Por eso, el mismo artículo 29 de la LCD impone al anunciante que utilice estos medios para enviar mensajes publicitarios la obligación de prever y mencionar en estos mensajes los medios a través de los cuales el consumidor puede dejar constancia de su oposición a continuar recibiendo publicidad del mismo anunciante. En el caso de la publicidad telefónica, con el fin de garantizar el derecho a oponerse a recibir este tipo de publicidad, la LCD exige que el anunciante (o la empresa de servicios subcontratada por este) haga las llamadas desde un número de teléfono identificable.

b) Que el **contacto** con el consumidor con finalidades publicitarias y a través de medios de comunicación a distancia se lleve a cabo de manera **persistente**, y se tiene que atender para valorar esta insistencia a todas las circunstancias que rodean la práctica publicitaria.

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

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

- Incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios (hecho que constituye un caso específico de acoso).
- Incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que convencen a sus padres u otros adultos que contraten los bienes o servicios anunciados (cosa que constituye un supuesto específico de influencia indebida).

Los dos casos serían una concreción del principio de especial protección del menor en la publicidad recogido, a todos los efectos, en el artículo 3 b) de la LGP y en el artículo 7.3 de la LGCAV que establece, con un carácter más específico, que la publicidad en la televisión no tiene que producir ningún perjuicio moral o físico a los menores.

## 2.4. Otras tipologías publicitarias

Hasta este punto hemos abordado las diversas tipologías del ilícito publicitario recogidas, explícitamente, en la LGP y en la LCD. A continuación nos detendremos, en primer lugar, en el estudio de la **publicidad comparativa**, una de las modalidades publicitarias más controvertidas y que, a efectos de la LCD, se considera lícita siempre que cumpla unos determinados requisitos. En segundo lugar, para acabar el repaso de las diversas modalidades publicitarias jurídicamente relevantes, abordaremos el concepto y las características de la **publicidad testimonial**, de la **publicidad de tono excluyente** y de la **publicidad indirecta**. Estas tres tipologías tienen en común el hecho de no ser mencionadas expresamente en la legislación, pero la doctrina coincide, mayoritariamente, en identificar estas tres modalidades derivadas de la conjunción entre la práctica profesional y lo que disponen la LGP y la LCD.

### 2.4.1. La publicidad comparativa

La publicidad comparativa actualmente se regula en la LCD, que dedica el artículo 10 a los actos de comparación, entre los cuales destaca, explícitamente, la publicidad comparativa.

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

En Europa, a diferencia de los Estados Unidos, tradicionalmente se había observado con cierta reticencia esta práctica publicitaria porque se consideraba que podía comportar un acto de denigración. Partiendo de esta base, excepto en España y a partir de la promulgación del Estatuto de la publicidad, en 1964, en la mayoría de países de Europa la publicidad comparativa era considerada una práctica desleal y, por lo tanto, ilícita. No obstante, a mediados de los años setenta la Comisión Europea empezó a especular sobre la posibilidad de armonizar el derecho interno de los estados miembros, también en materia de publicidad comparativa. Hubo estados que se opusieron tanto a esta armonización que el proyecto inicial de directiva tuvo que reducir el ámbito en el que era aplicable a la publicidad engañosa (Directiva 84/450/CEE). Sin embargo,

el debate continuó en la Comisión hasta que en 1997 se aprobó la ya derogada Directiva 97/55/CE, del 6 de octubre, por la cual se modificó la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa, con objeto de incluir la regulación de la publicidad comparativa, que pasaba a considerarse lícita siempre que cumpliera unos determinados requisitos (De la Cuesta Rute, 2002). En España, la doctrina mayoritaria también ha defendido la tesis de la legitimidad de la publicidad comparativa, siempre que se sustente en datos verídicos y objetivos que, en ningún caso, denigren al competidor en cuestión o sus productos o servicios. El fundamento de esta legitimidad se encuentra en los efectos beneficiosos que tiene para el mercado, por medio de la información que facilita a los destinatarios.

La concisa definición de publicidad comparativa en la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, no prevé las notas características del supuesto. Por eso, la doctrina ha desarrollado un concepto más amplio.

El profesor Anxo Tato, a la vista de sus elementos constitutivos, define la **publicidad comparativa** como «la publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de un competidor o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de destacar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos» (Tato Plaza, 1996).

De esta definición se pueden extraer las **dos notas características** de la publicidad comparativa: por un lado, la referencia conjunta a los productos o servicios propios y a los de la competencia y, por el otro, la finalidad de establecer una comparación entre unos y otros, de forma que dé la impresión, directa o indirecta, de presentar las ventajas de los productos o servicios propios del anunciante frente a las desventajas de los de la competencia (Fernández Novoa, 1989).

Sin embargo, para garantizar el criterio de objetividad en la comparación y, sobre todo, con el objetivo de evitar cualquier práctica que distorsione la competencia, perjudique a los competidores y ejerza un efecto negativo sobre los consumidores y usuarios, la LCD establece una serie de **requisitos de licitud de la publicidad comparativa**. Como veremos, la mayoría de estos requisitos pretenden garantizar la veracidad del contenido del mensaje con el fin de que la comparación no induzca a error a los destinatarios.

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

#### Lectura recomendada

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

1) Los bienes o servicios comparados tienen que tener la misma finalidad y satisfacer las mismas necesidades.

2) La comparación se tiene que hacer de manera objetiva entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales se puede incluir el precio. Este punto es especialmente relevante, puesto que recoge los diversos requisitos esenciales de la publicidad comparativa en un solo precepto que, junto con el anterior, establecen su régimen general de licitud.

3) En tercer lugar, la LCD prevé un supuesto específico: si los productos comparados son amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación solamente se puede realizar con otros productos de la misma denominación.

4) Además, la ley prohíbe la publicidad comparativa que presenta bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros bienes o servicios a los cuales se aplica una marca o un nombre comercial protegido.

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

#### **2.4.2. La publicidad de tono excluyente**

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

Como no hay una definición legal de publicidad de tono excluyente, ha sido la doctrina, como el profesor Lema Devesa (1980), la que ha definido la publicidad de tono excluyente como:

«Toda alegación como 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 poro ningún competidor o, en su caso, por un círculo limitado de competidores».

#### **Ejemplo**

Partiendo de la base de lo que dispone el artículo 10 LCD, dos productos pertenecientes a géneros diferentes pueden ser comparados, de manera objetiva, siempre que cumplan el mismo objetivo o la misma finalidad.

De esta definición se desprende el rasgo característico de la **publicidad de tono excluyente**: destacar la preeminencia de un anunciante en el mercado, de forma que a los destinatarios de la publicidad les parezca que no hay ninguno otro producto o servicio en el mercado que rivalice con lo anunciado o lo sustituya.

De esto se deriva que, aunque el derecho publicitario español no prevé el régimen jurídico de la publicidad de tono excluyente, dadas sus características, esta modalidad publicitaria se tiene que someter al principio de veracidad y, concretamente, a lo que estipula la LCD en materia de publicidad engañosa.

Sin embargo, con objeto de delimitar, todavía más, esta figura, a continuación apuntaremos los requisitos que, según el profesor Lema Devesa, tiene que cumplir la publicidad de tono excluyente para considerarla lícita:

- a) Tiene que ser veraz, esto es, no engañosa.
- b) Tiene que manifestar una ventaja considerable sobre los competidores.
- c) No tiene que destacar circunstancias intrascendentes o accesorias.
- d) No tiene que realzar características comunes de todo el género de mercancías o clases de productos.
- e) No tiene que destacar una o más ventajas en el supuesto de que alguna de estas ventajas quede neutralizado por alguna otra desventaja.
- f) Y, finalmente, tiene que haber un punto de referencia para determinar la posición preeminente del anunciante en el mercado (por ejemplo, la verificación de la existencia real de competidores en el mercado).

### 2.4.3. La publicidad testimonial

Otra modalidad publicitaria, no prevista de manera explícita en la legislación pero que tiene una gran tradición en la práctica profesional, es la llamada publicidad testimonial.

Como nuestro ordenamiento jurídico no prevé una definición legal de publicidad testimonial, podemos recurrir al concepto doctrinal que propone el profesor De la Cuesta Rute (2002), según el cual la **publicidad testimonial** es «la que en los mensajes se hace aparecer a una persona o entidad diferente de la anunciante que expresa una opinión favorable de este anunciante o de sus productos o servicios».

La **nota característica** de esta modalidad publicitaria es el refuerzo que implica tener el testigo de una tercera persona que mujer apoyo al mensaje y a la cual los destinatarios, por norma general, otorgan más credibilidad que al anunciante mismo.

Las formas de expresión de la publicidad testimonial son muy variadas, tanto como las diversas maneras en que se puede manifestar el engaño. En la publicidad testimonial el **principio de veracidad** se tiene que observar desde una **perspectiva triple**: la del contenido del mensaje, la de las calidades del testimonio y, finalmente, la de la opinión manifestada por el testimonio y sus fundamentos.

Por lo tanto, a pesar de que el ordenamiento jurídico español no regula, de manera expresa y general, la publicidad testimonial, la doctrina mayoritaria considera que esta publicidad se tiene que someter al principio de veracidad recogido, entre otros, en el artículo 5 de la LCD en materia de actos de engaño. Adicionalmente, vista la utilización de las circunstancias personales del testimoniante con finalidades publicitarias, hace falta la autorización de este testimoniante con objeto de no infringir su derecho al honor y a la propia imagen (art. 3 a) de la LGP y el artículo 7.6 de la Ley orgánica 1/1982, de protección del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Esta autorización, por norma general, se articula con un contrato que genera las obligaciones consiguientes para cada una de las partes contratantes.

En este punto, hay que mencionar que algunas normas especiales prohíben la publicidad testimonial en la promoción de determinados productos o servicios, la mayoría de los cuales están relacionados con el sector médico y sanitario.

La Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio), dispone en el artículo 80.1 d) que la publicidad de medicamentos destinados al público en general no tiene que incluir «ni testigos de las virtudes del producto ni de profesionales o personas la notoriedad de los cuales induzca al consumo».

En consideración al perfil de las personas que los emiten, se pueden distinguir **tres grandes categorías de testimonios** publicitarios a los cuales, como expondremos a continuación, la doctrina autorizada ha conferido unos determinados **requisitos de licitud**:

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

b) Los **testimonios de expertos**, partiendo de la base del principio de veracidad, siempre requieren que la calificación real del experto coincida con la que se le atribuye en el anuncio. Además, para considerarlo lícito se exige que en la publicidad los conocimientos del testimonio se relacionen con el producto o servicio anunciados y que el testimonio se base en un examen auténtico del producto o servicio anunciados. En caso de que el experto sea una organización, el testimonio tiene que reflejar siempre el criterio oficial.

c) Los **testimonios de consumidores** exigen que el resultado obtenido por el testimonio sea indicativo de lo que obtendría la mayoría de los consumidores en condiciones normales de uso de un determinado producto o servicio. Si no es así, el anunciante o bien tiene que matizar que el resultado solamente se obtiene en las circunstancias descritas, o bien tiene que advertir el público del carácter excepcional del producto o servicio.

Finalmente, el profesor Lema Devesa, basándose en lo que dispone el **Código de conducta publicitaria** de Autocontrol, establece los cuatro requisitos adicionales de veracidad referidos a los testimonios:

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

#### **2.4.4. La publicidad indirecta**

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

#### **Autocontrol**

Autocontrol es la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial que opera en España. De las actividades más relevantes que hace destaca la elaboración de códigos de conducta publicitaria, generales y, también, sectoriales.



Concretamente, en España la **publicidad indirecta** surge como respuesta a la prohibición de cualquier clase de publicidad de tabaco y, especialmente, de la de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20 en el medio de la televisión, establecida en el artículo 5.5 de la LGP.

A diferencia de la publicidad de tono excluyente y de la publicidad testimonial, en el ordenamiento jurídico la publicidad encubierta ha sido definida, no en la LGP, pero sí en varias normativas comunitarias, estatales y, también, autonómicas. Así, por ejemplo, la derogada Ley 25/1994 la definía en los siguientes términos:

Se entiende por **publicidad indirecta** «la que sin mencionar directamente a los productos utilice marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de estos productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan su producción o comercialización».

Esta definición amplia ha sido matizada por la doctrina. Así, el profesor Lema Devesa (2007) propone la siguiente definición:

#### **Publicidad 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. Miedo consiguiente, a través de esta modalidad publicitaria, el público asocia la publicidad del nuevo producto con el producto anterior, cuya publicidad estaba prohibida».

La publicidad indirecta, por su propia naturaleza, se considera ilícita en la medida que vulnera la prohibición legal de hacer publicidad de un determinado producto o servicio. Se deriva así de lo que disponen las siguientes normas estatales, sin perjuicio de los matices que contengan las respectivas legislaciones autonómicas:

- El artículo 10 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, conocida como Ley antitabaco, prohíbe expresamente utilizar marcas de tabaco para identificar, simultáneamente, otros bienes o servicios comercializados por una misma empresa o grupo de empresas.
- Con carácter más general, también se aplica a los supuestos de publicidad indirecta la cláusula general del artículo 3 e) de la LGP, que declara ilícita la publicidad desleal, y lo que dispone la cláusula general de prohibición de los actos de competencia desleal contenida en el artículo 4 de la LCD.
- Finalmente, dada su naturaleza, se aplican también a la publicidad indirecta los artículos 6.4 y 7 del Código civil, que prohíben el fraude de ley (los actos hechos al amparo de una norma que persiguen un resultado

#### **Ejemplo**

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

prohibido por el ordenamiento jurídico o que son contrarios a este) y el abuso de derecho, respectivamente.

## 2.5. Consecuencias jurídicas de la publicidad ilícita

Hasta diciembre de 2009, cuando tuvo lugar la aprobación de la Ley 29/2009, que derogó el título IV de la LGP, uno de los principales problemas que planteaba la coexistencia de la LGP y la LCD era que los dos textos establecían un régimen de acciones propio y específico: las acciones por publicidad ilícita (LGP) y las acciones por competencia desleal (LCD). La coexistencia de las dos categorías generaba, por lo tanto, muchas dudas a la hora de determinar qué acciones se tenían que emprender ante los supuestos que eran tipificados al mismo tiempo como casos de publicidad ilícita y actos de competencia desleal.

Así, el nuevo texto de la LGP dispone, en el artículo 6, que las **acciones ante la publicidad ilícita** tienen que ser las establecidas, a todos los efectos, para las acciones derivadas de la competencia desleal en el capítulo IV de la LCD. De este modo, el legislador establece la vía judicial para reprimir y sancionar el ilícito publicitario.

De lo que se dispone, a todos los efectos, en la legislación vigente se desprende que el ilícito publicitario se puede situar en tres **ámbitos diferentes de responsabilidad**:

a) A todos los efectos, la publicidad ilícita desencadena una **responsabilidad** de tipo **civil**, que según lo que dispone la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (LOPJ) corresponde determinar a los juzgados mercantiles, que son los competentes para conocer, entre otros casos, de las acciones relativas a la competencia desleal y publicidad (art. 86 ter.2 a) de la LOPJ). En el caso publicitario, la sanción civil tradicional que consiste en el pago de una indemnización económica con el fin de reparar los daños causados pierde importancia, puesto que son difíciles de evaluar; una dificultad que se extiende a la necesaria determinación del nexo causal entre el acto ilícito y el daño causado.

b) En determinados casos, la publicidad engañosa puede desencadenar una **responsabilidad** de carácter **penal**, de acuerdo con lo que dispone el artículo 282 del CP con referencia al llamado **delito publicitario**. La responsabilidad penal comporta la imposición de una pena de prisión o una multa.

c) Finalmente, y según lo que dispone la legislación especial, algunos supuestos de publicidad ilícita desencadenan una **responsabilidad** de tipo **administrativa** que se dirige por los órganos de las Administraciones públicas con

competencia sobre la materia. El procedimiento administrativo concluye, si procede, con una sanción establecida por la ley y que normalmente consiste en una multa, en ningún caso en privación de libertad.

En las materias de carácter civil que se someten a la decisión de los órganos jurisdiccionales (juzgados y tribunales) rige el **principio de justicia sol·licitada**, de forma que los jueces o tribunales solo intervienen en el asunto si así lo solicita una de las dos partes legitimadas. Y esta posibilidad de recavar la tutela judicial para hacer valer un derecho, en términos jurídicos, se denomina **acción**.

A continuación, abordaremos las particularidades propias de las acciones (civiles) derivadas de los actos de competencia desleal, entre ellos, la publicidad ilícita.

### **2.5.1. Acciones derivadas de la publicidad ilícita**

La LCD regula, en el capítulo IV, las acciones derivadas de la competencia desleal. Más concretamente, el artículo 32 establece que **contra la publicidad ilícita** se pueden ejercer las siguientes acciones:

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

A continuación abordaremos, brevemente, el contenido de cada una de las acciones que se pueden interponer contra los actos de competencia desleal, en general, y contra la publicidad ilícita, en particular.

#### **1) La acción declarativa de deslealtad**

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

Por lo tanto, esta acción tiene como objetivo el examen de una conducta de la persona demandada a instancia de la demandante y la determinación judicial expresa de su carácter desleal, sin condenar a la persona demandada a una prestación concreta. Por eso, el caso más frecuente de ejercer la acción declarativa de deslealtad es de manera acumulada con una acción o varias de las previstas en el artículo 32 LCD; porque lo más habitual es que la persona perjudicada, además de la declaración, pretenda el cese o prohibición de la

conducta, la remoción de sus efectos o, si procede, la indemnización de los daños y perjuicios causados. En este caso, la estimación de la acción declarativa constituye el **supuesto necesario** para el éxito de las otras. Sin embargo, se puede dar el caso de que la persona demandante únicamente ejerza la acción declarativa si considera que sus intereses quedan satisfechos con la mera constatación judicial de la ilicitud de la publicidad objeto de controversia.

## 2) La acción de cese o de prohibición preventiva o futura

En segundo lugar, el artículo 32 de la LCD reconoce la **acción de cese o prohibición preventiva o de reiteración futura** de la publicidad ilícita. Esta acción ha sido, tradicionalmente, la vía utilizada para la represión judicial de la publicidad ilícita.

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

- El cese, en sentido estricto, de la publicidad ilícita.
- La prohibición de reiteración futura de la publicidad ilícita que ya se haya dejado de emitir/difundir.
- La prohibición de publicidad ilícita de ejecución inminente, pero que todavía no ha sido difundida.

## 3) La acción de remoción de efectos

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

La acción de remoción de efectos se distingue de la acción de cese en el hecho de que mientras esta última pretende poner fin a la publicidad ilícita o evitar que se repita, la acción de remoción busca eliminar los efectos derivados de la publicidad ilícita.

Para hacerlo, el demandante tiene que probar la existencia de los efectos ocasionados por el acto desleal y su vigencia en el momento de interponer la demanda.

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

#### 4) La acción de rectificación

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

Mediante esta acción, la persona demandante persigue que el mercado conozca el carácter ilícito de una publicidad previamente difundida. Para garantizar el objetivo de la acción, se considera que el público destinatario de la publicidad correctora tiene que ser el mismo que ha recibido previamente la información engañosa o de denigración y que ha percibido, por lo tanto, datos incorrectos. El contenido de la rectificación tiene que consistir en una comunicación o desmentimiento de la corrección, verosimilitud o justificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Además, el mensaje de rectificación tiene que especificar que tiene origen en una sentencia judicial condenatoria por competencia desleal.

#### 5) La acción de resarcimiento de daños y perjuicios

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

##### Daños y perjuicios

Por **daño** entenderemos el desembolso hecho para prevenir los efectos que la publicidad ilícita pudiera tener sobre los clientes, los gastos de investigación, etc. El concepto de **perjuicios** engloba los beneficios que se han dejado de obtener o la ganancia frustrada.

Para que prospere esta acción, la persona demandante tiene que acreditar tres extremos:

- Que la publicidad ilícita le ha ocasionado una lesión patrimonial o moral efectiva (o bien por daño emergente o bien por lucro cesante).
- Que esta lesión está causalmente ligada (causa-efecto) a la conducta del infractor.
- Que el autor ha actuado con dolo o culpa (exigencia que no se preveía en las acciones que hemos abordado previamente).

## 6) La acción de enriquecimiento injusto

En sexto lugar, la LCD reconoce la **acción de enriquecimiento injusto**, que solo es procedente cuando la publicidad ilícita lesiona una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otro de contenido económico análogo.

La acción de enriquecimiento injusto está muy relacionada con la anterior, puesto que, habitualmente, el enriquecimiento injusto experimentado por quien hizo una actuación ilícita se corresponde correlativamente con una lesión patrimonial por parte de la persona perjudicada.

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

- La existencia de una ventaja patrimonial de la persona demandada con el correlativo empobrecimiento de la demandante.
- La conexión o relación de causalidad entre este enriquecimiento y el empobrecimiento de la persona perjudicada.
- La falta de causa lícita que justifique el enriquecimiento de la persona demandada.
- La lesión de una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otro de contenido análogo. Es decir, casos de imitación, aprovechamiento de la reputación ajena, etc.

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

## 7) Otras acciones

Adicionalmente y a todos los efectos, el artículo 32 de la LCD establece, en el segundo párrafo, que –para las sentencias estimatorias de la acción declarativa de deslealtad, la acción de cese o prohibición, la acción de remoción y la acción de rectificación–, el tribunal, si lo considera oportuno, y siempre con cargo a la persona demandada, puede acordar la publicación **total o parcial de la sentencia** o, cuando los efectos de la infracción se puedan mantener a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

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

a) Así el artículo 38 de la LCD dispone que ante los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas ilícitas se pueden ejercitar las **acciones de cese y rectificación** previstas en el artículo 32.1 de la LCD.

Con carácter previo al ejercicio de estas acciones por vía judicial, se tiene que solicitar al responsable de este código el cese o la rectificación de la recomendación ilícita, y también el compromiso de abstenerse de hacerla cuando todavía no se haya producido. Una vez presentada la solicitud, el responsable del código estará obligado a emitir el pronunciamiento que sea procedente en un plazo máximo de 15 días; durante este periodo, quien haya iniciado el procedimiento no puede ejercer la acción judicial correspondiente. Transcurrido el plazo indicado sin que la persona responsable del código haya notificado a la reclamante la decisión o cuando esta sea insatisfactoria o no se cumpla, se podrá recurrir a la vía judicial y se podrán ejercitar las acciones que la persona reclamante estime oportunas.

b) En relación con el **supuesto de publicidad engañosa por incumplimiento de un código de conducta** (art. 5.2 LCD), el artículo 39 de la LCD establece que el ejercicio de las acciones judiciales de cese y rectificación tiene que ir siempre precedido de un **recurso previo ante los órganos de control** del sistema de autodisciplina al cual pertenezca el código de conducta. El procedimiento ante el órgano de control es el mismo que prevé el artículo 38 de la LCD.

### 2.5.2. Aspectos procedimentales

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

Las acciones previstas desde el apartado 1 hasta el 4 del artículo 32.1 (es decir, la acción declarativa de deslealtad, la acción de cese o prohibición, la acción de remoción y la acción de rectificación) podrán ser ejercitadas, adicionalmente, por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

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

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

#### Nota

Dada su naturaleza, la acción de enriquecimiento injusto solo puede ser ejercida por la persona titular de la posición jurídica violada.

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

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

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

a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.

b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.

c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociadas personas jurídicas con ánimo de lucro.

d) El Ministerio Fiscal.

Hay que destacar que el artículo 33.4 de la LCD también habilita, a todos los efectos, al Ministerio Fiscal para ejercer la acción de cese en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

En materia de **legitimación pasiva**, el artículo 34 de la LCD dispone que las acciones recogidas en el artículo 32 de la LCD se pueden ejercitar sobre cualquier persona que haya hecho u ordenado la conducta desleal o haya cooperado para llevarla a cabo. En el caso de las acciones por publicidad ilícita, la legitimación pasiva corresponderá siempre al anunciante.

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

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



Finalmente, en materia de **diligencias preliminares**, el artículo 36 de la LCD dispone que quien ejercite una acción de competencia desleal puede solicitar al juez la práctica de diligencias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte indispensable para preparar el juicio.

### 3. Regulación de la publicidad en determinados medios de difusión y sectores de actividad

Como ya hemos visto, el régimen jurídico general de la publicidad –**parte general del derecho de la publicidad**– se contiene en la LGP y en la LCD. A diferencia del régimen general, el régimen especial de la publicidad se encuentra disperso en las diversas normas que regulan algunos medios de difusión de la publicidad y, también, los diferentes sectores de actividad. De hecho, el propio artículo 3 de la LGP se remite a la normativa especial que «regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios». Así, ahora nos detendremos en el estudio de la denominada **parte especial del derecho de la publicidad**.

Dado que un estudio exhaustivo de la legislación especial publicitaria excedería las dimensiones razonables de este trabajo, hemos seleccionado los medios y sectores de la normativa especial que o bien tienen más relevancia en la práctica publicitaria o bien nos sirven de ejemplo para reforzar la consulta necesaria de la legislación especial a la hora de idear y desarrollar determinadas campañas de publicidad.

Con el objetivo de evidenciar la importancia y el alcance de las normas especiales que regulan la publicidad de determinados productos o servicios, al final de este trabajo hemos incluido un anexo que recopila parte de esta normativa especial.

Dado su amplio alcance y la trascendencia práctica, a continuación abordaremos la regulación de la publicidad en los medios de difusión más utilizados: televisión e Internet. Así mismo, nos detendremos en la normativa especial de dos sectores de actividad que, al estar relacionados con un ámbito de especial protección como es la salud de las personas, resultan especialmente relevantes: el sector farmacéutico y el sector de los productos del tabaco.

#### 3.1. Regulación de la publicidad audiovisual

La legislación europea y, en consecuencia también la estatal, disponen, respectivamente, de una normativa específica que regula los denominados **servicios de comunicación audiovisual** y, entre otros aspectos, la denominada **comunicación comercial audiovisual**.

En el ámbito europeo actualmente rige lo que dispone la versión codificada el 2010 de la Directiva 2010/13/UE de servicios de comunicación audiovisual (DSCAV) –modificada el 2018 por la Directiva 2018/1808 de 14 de noviembre– que integra en un único texto todas las modificaciones que se habían sucedido en el texto de la anterior Directiva 89/552/CEE, conocida originariamente como *Directiva de televisión sin fronteras* (DTVSF), ya derogada.

En respuesta a la necesidad de trasladar el nuevo contenido de la Directiva europea a la legislación estatal, en abril de 2010 entró en vigor en España la Ley 7/2010, de 31 de marzo, **general de la comunicación audiovisual** (LGCAV) que derogó la anterior Ley 25/1994, de 12 de julio, de televisión sin fronteras (LTSF).

En el preámbulo de la LGCAV, el legislador español reconoce el peso y la trascendencia económica que ha adquirido el sector audiovisual en los últimos años. La explotación tradicional de la radio y la televisión analógica, condicionada por la escasez de espectro radioeléctrico –y, por lo tanto, por una oferta pública y privada reducida–, ha dado paso a la tecnología digital y, con esta, a un aumento exponencial de las señales de radio y televisión gracias a la capacidad de compresión de la señal que se incrementa y aumenta la calidad de la señal audiovisual.

Aumenta el acceso a los medios audiovisuales y se multiplican las audiencias pero, por la misma razón, estas se fragmentan. Internet irrumpe como competidora de contenidos. Los modelos de negocio evolucionan y se desplazan. Como consecuencia de todo esto, el legislador reconoce que la normativa tiene que evolucionar con los tiempos y adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos.

Así, entre los **objetivos** de la LGCAV sobresalen los siguientes:

- 1) **Transponer** a la legislación española la Directiva 2007/65/CE de servicios de comunicación audiovisual.
- 2) **Compendiar** la normativa vigente, todavía válida, del Estado, que estaba dispersa y era incompleta, **actualizar** los aspectos que han experimentado modificaciones importantes y **regular** nuevas situaciones que, hasta entonces, no disponían de marco legal.
- 3) **Voluntad de permanencia**: dotar a España de un marco jurídico bastante flexible para adaptarse al dinamismo del sector frente a la vertiginosa y continua evolución tecnológica.

La LGCAV se presenta como norma básica no solamente para el sector audiovisual estatal privado, sino también para el público, articula la reforma del sector y, en opinión del legislador:

«dota a España de una normativa audiovisual de acuerdo con los tiempos, coherente, dinámica, liberalizadora y con garantías de control democrático y respeto y refuerzo de los derechos de los ciudadanos, de los prestadores y del interés general».

En cuanto a los servicios de comunicación audiovisual públicos, la LGCAV se limita a fijar los principios mínimos que tienen que inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores de servicio público de radio, televisión y servicios interactivos.

Para el objeto de estudio de la asignatura, resulta especialmente relevante la publicación, en 2011, del **Real Decreto 1624/2011**, de 14 de noviembre, **por el cual se aprueba el reglamento de desarrollo de la LGCAV (RDLGCAV)**, en cuanto a la comunicación comercial televisiva.

#### Radio y televisión pública

En materia de radio y televisión pública, la normativa de referencia es la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad estatal, complementada con la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

En el RDLGCAV el legislador mismo reconoce la importancia de la regulación de la comunicación comercial televisiva, tanto para los prestadores de servicio como para sus telespectadores, por lo cual, además de reconocer el derecho de los prestadores a llevar a cabo comunicaciones comerciales, la nueva normativa también se tiene que concebir como un instrumento de protección del telespectador frente a la emisión abusiva de mensajes promocionales y publicitarios.

Así, el objetivo del RDLGCAV es aclarar y desplegar de una manera más amplia los aspectos de la LGCAV que, en relación con la regulación de la publicidad televisiva, necesitan aclararse en pro de más seguridad jurídica y del establecimiento de unas reglas de aplicación uniformes en el sector.

El RDLGCAV fue modificado por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, con el fin de adecuar con más exactitud la normativa española a las directrices europeas en materia de telepromociones, emplazamiento de producto y promoción de producciones audiovisuales europeas.

Para completar el marco regulador del sector audiovisual en España no podemos olvidar que algunas comunidades autónomas disponen de su propia normativa en materia audiovisual, en el contenido de la cual se incluye, también, la regulación de la publicidad que se emite en medios audiovisuales autonómicos o locales.

Una vez hecha esta puntualización, a modo de síntesis, apuntaremos que la **LGCAV** es un texto que regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal, sin perjuicio de las competencias reservadas a las comunidades autónomas y a los entes locales en los ámbitos respectivos. Su contenido inicial se estructura en seis títulos (I a VI) de los que ahora nos interesan particularmente:

- El título I donde se recogen las disposiciones generales y las definiciones esenciales para comprender el alcance de la normativa.
- El título II, que establece la normativa básica para la comunicación audiovisual y, entre otros aspectos, regula, por un lado, los derechos de los ciudadanos a recibir una comunicación audiovisual plural y con contenidos adecuados al ordenamiento constitucional y, por el otro, los derechos de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, entre los cuales sobresale el **derecho a llevar a cabo comunicaciones comerciales**.
- Y el título VI, que establece el régimen sancionador básico de la LGCAV.

Por su parte, el **RDLGCAV** es un texto breve estructurado con base en siete capítulos que delimita la actividad de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual cuando hacen autopromociones o varias formas de comunicaciones comerciales, como por ejemplo telepromociones y patrocinios, o cuando las emiten durante la retransmisión de acontecimientos deportivos.

Después de esta introducción, a continuación abordaremos el contenido de la LGCAV sobre la regulación de la denominada **comunicación comercial audiovisual**. Sobre este tema, el legislador mismo –en la exposición de motivos de la LGCAV– concibe esta ley como:

«un instrumento de protección del consumidor frente a la emisión de mensajes publicitarios en todas sus formas en cuanto a tiempos y contenidos pero también como una normativa reguladora básica para impedir abusos e interpretaciones divergentes que han llevado, en el pasado, a la apertura de expedientes y a discrepancias serias a la hora de interpretar los preceptos europeos».

A partir del contenido de la LGCAV sobre comunicación comercial, a continuación abordaremos los siguientes aspectos relacionados con los límites jurídicos de la publicidad audiovisual:

- El concepto de comunicación comercial audiovisual.
- La limitación temporal y la identificación de los mensajes publicitarios.
- El derecho al patrocinio, al emplazamiento de productos y a la televenta.
- La comunicación comercial durante la retransmisión de acontecimientos deportivos.
- Las comunicaciones comerciales audiovisuales prohibidas.
- La protección especial del menor en la publicidad audiovisual.
- El régimen sancionador en materia de comunicaciones comerciales.
- El reconocimiento y el fomento de la autorregulación.

### 3.1.1. El concepto de comunicación comercial audiovisual

La LGCAV regula, a todos los efectos, los denominados **servicios de comunicación audiovisual** de cobertura estatal siempre que el prestador del servicio esté establecido en España.

A efectos de la LGCAV tenemos que entender por **servicios de comunicación audiovisual** «aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya finalidad principal es proporcionar, por medio de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, y emitir comunicaciones comerciales» (art. 2.2).

Son **modalidades** del servicio de comunicación audiovisual:

- Los **servicios de comunicación audiovisual televisiva y radiofónica**, que se prestan para el visionado o la audición simultánea de programas con base en un horario de programación, lo que el legislador europeo denomina **servicios lineales de comunicación audiovisual**.
- Los **servicios de comunicación audiovisual televisiva y radiofónica por encargo**, que se prestan para el visionado o la audición de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador o el oyente, respectivamente, y a su propia petición con base en un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.
- La **televisión y la radio en movilidad**, que se presta para el visionado o la audición de programas y contenidos en un dispositivo móvil.

A su vez, la LGCAV define al **prestador del servicio de comunicación audiovisual** como «la persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas. El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio» (art. 2.1).

En consecuencia, una gran parte de la regulación que pasamos a exponer a continuación es aplicable a la publicidad difundida por cualquiera de los servicios de comunicación audiovisual mencionados anteriormente.

En este sentido, antes de adentrarnos en el alcance del derecho de los prestadores de servicios para emitir mensajes publicitarios, conviene destacar que la LGCAV dedica una sección específica a la regulación de la denominada **comunicación comercial en los medios audiovisuales**. Así, el capítulo II del

título II de la LGCAV regula los derechos de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a llevar a cabo **comunicaciones comerciales** (art. 13 a 18). Así pues, la LGCAV diferencia entre el concepto, más amplio, de comunicación comercial audiovisual y las diferentes modalidades, todas publicitarias, que engloba este.

A efectos de la LGCAV entenderemos por **comunicación comercial audiovisual** «las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio» (art. 2.24).

Y, en el mismo artículo (2.24 LGCAV), el legislador concreta que, en todo caso, son **formas de comunicación comercial audiovisual**:

- el mensaje publicitario televisivo o radiofónico,
- el patrocinio,
- la televenta, y el
- emplazamiento de producto.

Todas estas formas de comunicación comercial audiovisual están definidas en la LGCAV, junto a **otras modalidades** más o menos afines que, como veremos, también están reguladas en el marco del derecho a llevar a cabo comunicaciones comerciales. Es el caso de las siguientes:

- la telepromoción,
- la autopromoción,
- la comunicación comercial audiovisual encubierta, y la publicidad
- subliminal.

Adentrándonos ya en el contenido de la LGCAV, esta reconoce el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual (tanto si son servicios radiofónicos como televisivos o conexos e interactivos) a emitir mensajes publicitarios (art. 14.1).

Por **mensajes publicitarios** la LGCAV entiende «cualquier forma de mensaje de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el objeto de promocionar el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones» (art. 2.25).

Esta definición coincide, en gran medida, con el concepto de **publicidad económica** recogido en la LGP. De este modo, la definición de publicidad audiovisual es, por un lado, amplia en cuanto a formatos pero, por el otro, excluye la publicidad alejada de objetivos comerciales como, por ejemplo, la publicidad institucional y la publicidad política.

En este sentido, conviene destacar que la Disposición Adicional Séptima de la LGCAV reconoce, de manera expresa, el carácter no publicitario de los anuncios de servicio público o de carácter benéfico difundidos gratuitamente por el prestador del servicio de comunicación audiovisual (que, además, no se tendrán en consideración a los efectos del cómputo de los límites temporales de publicidad).

### 3.1.2. Limitación temporal e identificación de los mensajes publicitarios

La LGCAV establece las **condiciones de emisión de los mensajes publicitarios** con base en tres aspectos:

- 1) la limitación cuantitativa de esta;
- 2) el respeto a la integridad de los programas de televisión en relación con las interrupciones publicitarias, y
- 3) el principio de identificación publicitaria exigible, también y especialmente, en los medios audiovisuales. En cuanto a los **límites cuantitativos** de la publicidad, la LGCAV diferencia entre los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva<sup>1</sup> y los prestadores de servicios radiofónicos conexos e interactivos y establece los siguientes **criterios**:

1) Los **prestadores de servicios televisivos** tienen derecho a emitir un máximo de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. Para el cómputo de estos 12 minutos, la LGCAV dispone que únicamente se tiene que tener en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, y se excluyen el patrocinio, el emplazamiento y, por supuesto, las modalidades publicitarias que no están comprendidas en la definición jurídica misma de mensaje publicitario.

También se tiene que excluir de este cómputo la telepromoción cuando se trate de un mensaje individual de duración claramente superior a la de un mensaje publicitario que supere los 45 segundos y siempre que el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj (art. 14.1). En caso de superarse estos límites específicos por parte de la telepromoción, el exceso se computará en el límite de 12 minutos por hora de reloj, sin perjuicio de las sanciones administrativas que, si procede, se puedan imponer.

<sup>(1)</sup>De ahora en adelante *servicios televisivos*.

#### Definiciones

Las definiciones de **televenta, patrocinio y emplazamiento de producto** a efectos de la LGCAV se recogerán posteriormente al abordar, de manera específica, la regulación de cada una de estas modalidades publicitarias.

#### Hora de reloj

El RDLGCAV aclara que se tiene que entender por **hora de reloj** cada una de las horas naturales en las que se divide el día.



Por **telepromoción** la LGCAV entiende la «comunicación comercial audiovisual en la que el presentador o cualquiera de los protagonistas del programa, utilizando el escenario, la ambientación y la atrezzo del programa, exponen por un tiempo claramente superior a la duración de un mensaje publicitario las características de un bien o servicio, de forma que el mensaje no puede ser emitido de manera independiente al programa correspondiente» (art. 2.27).

De manera complementaria, el RDLGCAV amplía las condiciones y los requisitos de las telepromociones para que no computen en el cómputo de 12 minutos por hora de reloj destinados a mensajes publicitarios y televenta. En todo caso, durante la emisión de las telepromociones se tendrá que superponer, permanentemente y de manera claramente legible, una transparencia con la indicación «publicidad» (art. 11 RDLGCAV).

2) Por otro lado, para los **servicios radiofónicos, conexos e interactivos**, no se establece ninguna limitación, puesto que ya se les reconoce el derecho a emitir mensajes publicitarios libremente.

3) Estas limitaciones se ven complementadas con el límite establecido por la autopromoción, que en ningún caso no puede superar los 5 minutos por hora de reloj (art. 13.2 LGCAV).

La LGCAV define la **autopromoción** como la «comunicación audiovisual que informa sobre la programación del prestador del servicio, sobre programas o paquetes de programación determinados o sobre los productos accesorios derivados directamente de estos» (art. 2.28).

El legislador dispone que la autopromoción no se considera comunicación comercial a efectos de la LGCAV, a pesar del límite mencionado de 5 minutos por hora de reloj y que sus contenidos estén sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas a todos los efectos para la publicidad comercial (art. 2.2.).

El RDLGCAV amplía de manera detallada y exhaustiva los criterios para efectuar el cómputo del límite de minutos de autopromoción que fija la LGCAV. Así, por ejemplo, el RDLGCAV concreta que computan en el límite de 5 minutos de autopromoción por hora de reloj (art. 5):

- Los avances de programación en los que se informe a los telespectadores mediante técnicas publicitarias o promocionales de los próximos programas o paquetes de programación que se emitirán en cualquiera de los canales cuya responsabilidad editorial recae en el prestador mismo del servicio.

#### Productos accesorios

Se entiende que los **productos accesorios** derivados directamente del programa son los que realmente se identifiquen con este, y la existencia y comercialización de los cuales sería imposible sin la existencia del programa por su vinculación directa con este.

#### Lectura recomendada

Para conocer el alcance de la regulación de la denominada **autopromoción** se recomienda la lectura de los artículos 9 a 11 del RDLGCAV.

- Las sobreimpresiones publicitarias o promocionales sobre la programación o próximos programas que no se limiten a informar –aunque solamente aparezcan en alguno de los ángulos de la pantalla, como también las transparencias o sobreimpresiones que redirijan en la página web del prestador del servicio.
- Y, en general, las autopromociones de la cadena o el prestador que tengan un carácter promocional o publicitario.

Finalmente, el legislador puntualiza que todos los espacios de autopromoción en los que se mezclen o incluyan elementos publicitarios ajenos a la programación o a los productos accesorios directamente derivados de los programas se tienen que considerar mensajes publicitarios computables en el límite de tiempo asignado a estos, es decir, 12 minutos por hora de reloj (art. 8 RDLGCAV).

En segundo lugar, el legislador ha procedido a regular, también, la **manera en la que la comunicación comercial se inserta en el contenido** de los medios audiovisuales.

Así, como **principio general**, la LGCAV dispone que «los mensajes publicitarios en la televisión tienen que respetar la integridad del programa en el que se insertan y de las unidades que lo conforman» (art. 14.3).

Sin embargo, el legislador establece a continuación algunos **límites** respecto a las **interrupciones permitidas** en algunos programas televisivos:

- 1) La transmisión de películas para la televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), largometrajes y programas informativos televisivos puede ser interrumpida una vez por cada periodo previsto de 30 minutos.
- 2) En el caso de los programas infantiles, la interrupción es posible una vez por cada periodo ininterrumpido previsto de 30 minutos, si el programa dura más de 30 minutos.
- 3) Por su parte, las retransmisiones de acontecimientos deportivos por televisión únicamente pueden ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento esté parado. En estas retransmisiones, dispongan o no de partes autónomas, se pueden insertar mensajes publicitarios siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento. El RDLGCAV concreta en los artículos 15 a 17 cómo se tiene que llevar a cabo la inserción de mensajes publicitarios durante la retransmisión de acontecimientos deportivos.

4) No se puede insertar publicidad televisiva ni televenta durante los servicios religiosos.

El RDLGCAV aclara que a efectos del número de interrupciones permitidas – que, como hemos visto, no puede ser superior a una por cada periodo previsto de 30 minutos–, se entiende que la duración prevista en el caso de las películas para televisión, largometrajes y programas informativos e infantiles es el lapso de tiempo total de duración de estos programas, excluyendo la duración de los espacios publicitarios y autopromocionales que haya dentro de estos.

En tercer lugar, para concluir las condiciones del ejercicio del derecho a emitir mensajes publicitarios, la LGCAV recuerda la importancia de cumplir con el **principio de identificación publicitaria** que también prevé, a todos los efectos, la LGP y que ahora se aplica, en particular, a la comunicación comercial audiovisual. Así, la LGCAV establece la **obligación** de diferenciar claramente tanto los mensajes publicitarios en la televisión como la televenta de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos según los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente. Además, el nivel sonoro de los mensajes publicitarios no puede ser superior al nivel medio del programa anterior (art. 14.2).

Con el objetivo de velar por el cumplimiento efectivo del principio de identificación, el legislador concreta en el artículo 14.3 LGCAV que:

«en la emisión de publirreportajes, telepromociones y, en general, de las formas de publicidad diferentes de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, se tiene que superponer, permanentemente y de manera claramente legible, una transparencia con la indicación “publicidad”».

De este modo, la LGCAV quiere garantizar el derecho del público a una comunicación audiovisual transparente y, más concretamente, el reconocimiento expreso en la ley misma al derecho de todas las personas «a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales, en los términos que prevé la normativa vigente» (art. 6.5 LGCAV).

Finalmente, en este punto hay que destacar que, adicionalmente, la LGCAV también reconoce a los prestadores el **derecho a crear canales de comunicación comercial** –en este caso únicamente a los prestadores privados– y los ya mencionados **programas o anuncios de autopromoción** en los siguientes términos (art. 13 LGCAV):

- Respecto a los canales dedicados exclusivamente a emitir mensajes publicitarios y mensajes de venta por televisión, el legislador dispone que los mensajes de los programas mencionados están sometidos al régimen general de la LGCAV (excepto, como hemos visto, a lo dispuesto en materia de limitaciones de tiempos) y a la normativa específica sobre publicidad.

- En cuanto al derecho a emitir programas que informen sobre su programación o anuncios de sus propios programas y los productos accesorios derivados directamente de estos, la LGCAV reitera que ni los programas mencionados ni los anuncios se consideran comunicación comercial a efectos de la LGCAV. Sin embargo, los contenidos de la autopromoción de programas o productos están sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas a todos los efectos para la publicidad comercial.

### 3.1.3. El derecho al patrocinio

La LGCAV regula, de manera específica, las cuatro modalidades de comunicación comercial mencionadas en su misma definición. Después de comentar el alcance del derecho a emitir mensajes publicitarios, abordaremos el contenido del derecho al patrocinio, del derecho al emplazamiento de productos y, finalmente, del derecho a emitir mensajes de venta.

La LGCAV reconoce a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual «el derecho a que sus programas sean patrocinados, excepto los de contenido informativo de actualidad» (art. 16.1).

De esto se desprende el derecho de empresas y profesionales a patrocinar programas audiovisuales en los términos que detallaremos a continuación.

A efectos de la LGCAV, entenderemos por **patrocinio** «cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con el fin de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos» (art. 2.29).

Así, por medio del patrocinio el anunciante, en este caso patrocinador, contribuye a la financiación del programa audiovisual a cambio de la referencia expresa a esta participación como patrocinador de este.

El legislador regula el patrocinio audiovisual a partir de las siguientes **obligaciones y prohibiciones** (art. 16 de la LGCAV):

1) Se establece la obligación de informar claramente al público del patrocinio al principio, al inicio de cada reanudación después de los cortes que se produzcan o al final del programa mediante el nombre, el logotipo o cualquier

otro símbolo, producto o servicio del patrocinador. Con esta obligación, el legislador quiere garantizar, una vez más, el cumplimiento del principio de identificación publicitaria.

2) El patrocinio no puede condicionar la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual.

3) Como ya hemos avanzado, se prohíbe el patrocinio de programas de contenido informativo de actualidad, definidos en el artículo 13 del RDLGCAV como:

«el equivalente a un telediario o un boletín de noticias, incluidos los programas de investigación o reportajes sobre las noticias políticas o económicas de actualidad».

4) También se prohíbe que el patrocinio incite directamente a la compra o el arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a estos.

5) Finalmente, el legislador establece que el patrocinio no puede afectar al contenido del programa o comunicación audiovisual patrocinados ni a su horario de emisión de forma que se vea afectada la responsabilidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual.

En relación con la limitación temporal de la comunicación comercial audiovisual, el artículo 12 del RDLGCAV recoge las siguientes **condiciones** y los **requisitos** del patrocinio para que este no compute como mensaje publicitario en el límite de 12 minutos fijado por la normativa:

1) Que haya un contrato u orden de patrocinio entre el productor del programa patrocinado o el prestador del servicio o, si procede, el titular, cedente o licenciador de los derechos del acontecimiento emitido y la entidad patrocinadora del programa.

2) El patrocinio se tiene que referir a un programa de televisión y, en consecuencia, no se pueden considerar como tal los patrocinios de secciones de programas ni de avances de programación o de cualquier comunicación audiovisual que informe sobre programas o sobre productos accesorios derivados de estos. Por el contrario, sí que se admitirá, por un lado, el patrocinio de subprogramas que constituyan una unidad programática en sí mismos y se incluyan de manera autónoma en la guía electrónica de programación y, por el otro, también se admitirán los patrocinios de los avances de los programas únicamente en los casos en que los patrocinios formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal para difundir.

3) A todos los efectos, la duración del patrocinio no puede exceder los 10 segundos. En los supuestos de concurrencia de varios patrocinadores la presencia de los cuales esté impuesta por el titular y la imagen de los cuales se tenga que mostrar de manera independiente, la duración máxima será de 30 segundos con el límite máximo de 10 segundos por cada espacio de patrocinio.

4) El patrocinio se tiene que colocar inmediatamente antes o inmediatamente después del programa patrocinado, o al inicio de cada reanudación después de los cortes que se produzcan, como se indica en la LGCAV. No se admite la emisión de patrocinios durante el transcurso de los programas.

5) En relación con la obligación de informar claramente al público del patrocinio –mencionada en el artículo 16 de la LGCAV–, el RDLGCAV puntualiza que la identificación del patrocinador se puede hacer de manera verbal, visual o de las dos maneras. Sin embargo, a efectos de exclusión de cómputo no se admitirá ningún tipo de mensaje verbal o visual que incite directamente a la compra o el arrendamiento de productos, bienes o servicios, en particular mediante referencias de promoción concretas a estos.

Finalmente, el RDLGCAV dispone que todos los casos en los que no se respeten las condiciones anteriores determinarán que el patrocinio se compute dentro del límite máximo de los 12 minutos por hora de reloj destinado a las comunicaciones comerciales.

El patrocinio es una modalidad publicitaria que, tradicionalmente, se ha asociado a actividades deportivas, benéficas, culturales, científicas, etc. Resulta un poco sorprendente que, en el marco de la amplia lista de definiciones recogidas en el artículo 2 de la LGCAV, el legislador haya incluido, también, la definición del patrocinio cultural.

Así, se entiende por **patrocinio cultural** «cualquier contribución de una institución, empresa o fundación a la producción de obras audiovisuales, programas de radio y televisión o contenidos digitales de temática cultural, social o de promoción del deporte, con el fin de promocionar su actividad, marca o imagen o como expresión de su responsabilidad social corporativa» (art. 2.30).

A pesar de esto, en el contenido de la LGCAV no encontramos ninguna referencia posterior a esta figura específica; por este motivo se entiende que su regulación quedará sujeta a las prohibiciones y obligaciones de carácter general del patrocinio que hemos descrito antes.

### 3.1.4. El derecho al emplazamiento de producto

Se entiende por **emplazamiento de producto** «toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de forma que figure en un programa» (art. 2.31 de la LGCAV).

La práctica del emplazamiento de producto comporta el riesgo de que el espectador que se encuentra ante la pantalla de televisión, en el cine o navegando por Internet no perciba el carácter publicitario de la presencia de las marcas en el contenido audiovisual en cuestión y se incumpla, en consecuencia, el principio de identificación publicitaria.

Ante esta situación y el debate generado sobre la posible ilicitud de una práctica que, desde el punto de vista de productoras y medios, resulta una fuente de ingresos importante, en 2007, el legislador europeo distinguió, por primera vez, entre la publicidad **encubierta** y el **emplazamiento de producto** a la vez que mantuvo la prohibición genérica de la primera y prohibió el segundo excepto si el emplazamiento de producto cumplía una serie de requisitos.

Sin embargo, el legislador europeo, consciente de la controversia que esta modalidad publicitaria había generado, dejó a criterio de los estados miembros permitir o no las excepciones mencionadas de acuerdo con la naturaleza de mínimos de la Directiva 2007/65/CE –el texto que incorporó estos cambios.

A la hora de transponer el contenido de la Directiva, el legislador español optó por seguir, en buena medida, las directrices europeas.

Así, la LGCAV reconoce a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual «el derecho a emitir con emplazamiento de productos largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento» (art. 17.1).

De este modo, el legislador español permite el emplazamiento de producto únicamente en los programas de televisión mencionados. De hecho, se prohíbe expresamente el emplazamiento de producto en la programación infantil (art. 17.4 de la LGCAV).

Por ser una realidad en la práctica, la LGCAV también permite el emplazamiento de producto «en los casos en que no se produzca ningún pago, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, tales como ayudas materiales a la producción o premios, con la intención de su inclusión en un programa siempre que estos bienes o servicios tengan valor significativo» (art. 17.1 segundo párrafo de la LGCAV). A estos efectos, el RDLG-

CAV (art. 14.2) establece que por valor significativo se entenderá cuando el importe de los referidos bienes y servicios incluidos en el programa sea superior en un diez por ciento a la tarifa estándar establecida para un mensaje publicitario correspondiente a la franja horaria en la cual se emite el programa donde se incluyen. Mediante estas excepciones el legislador confirma el criterio de la contraprestación económica como elemento esencial a la hora de probar el carácter comercial del emplazamiento de producto.

Adicionalmente, la LGCAV establece una regulación estricta del emplazamiento de producto con base en los siguientes **requisitos**:

1) En primer lugar, se establece la obligación de informar claramente al público del emplazamiento de productos al principio y al final del programa, y cuando se retome después de una pausa publicitaria en los supuestos en que el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales.

Mediante esta obligación, el legislador quiere velar, de nuevo, por el principio de identificación publicitaria y excluye de esta obligación a los programas que no hayan sido producidos ni encargados por el prestador de servicios o una de las filiales. De este modo, el legislador español reconoce las dificultades técnicas y también jurídicas que comportaría el hecho de alterar el contenido de un producto audiovisual internacional en el país de origen del cual la regulación del emplazamiento de producto, en caso de existir, fuera menos restrictiva.

En cuanto a la manera cómo se tiene que llevar a cabo la identificación, la LGCAV española no prevé expresamente la posibilidad que la identificación del emplazamiento de productos se lleve a cabo por medio de un «logo neutro».

Sin embargo, la doctrina, en vista de la legislación europea, entiende que no es necesario identificar a todas y cada una de las empresas o marcas de las cuales se hace emplazamiento de productos en un programa, sobre todo en la reanudación de este después de los cortes publicitarios; por este motivo, en la práctica, algunas televisiones utilizan un logotipo con la indicación «emplazamiento publicitario» situado en el ángulo superior izquierdo de la pantalla, que indica, de manera genérica, que en este programa se lleva a cabo el emplazamiento de productos.

2) El emplazamiento de productos no puede condicionar la independencia editorial del prestador del servicio.

3) El emplazamiento tampoco puede incitar directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios ni hacer promociones concretas.

4) El legislador también prohíbe dar una prominencia indebida al producto en el contexto del programa en el cual se inserte.



5) Y, finalmente, como hemos avanzado, queda prohibido en todo caso el emplazamiento de productos en la programación infantil, al considerarse que, a pesar de la señalización, los menores pueden tener más dificultades para percibir los objetivos comerciales de esta práctica.

En definitiva, después de años de polémica, la nueva LGCAV intenta conjugar los intereses de los consumidores –básicamente el derecho a la identificación y diferenciación de los contenidos publicitarios– con los intereses de la industria audiovisual de conseguir financiación y poder desarrollar, así, nuevos programas.

### 3.1.5. El derecho a emitir mensajes de venta

La LGCAV reconoce a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual el «derecho a emitir mensajes de venta por televisión» (art. 15).

La LGCAV define la **televenta** como «la comunicación audiovisual televisiva de ofertas directas al público con vistas al suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones» (art. 2.26).

A pesar de que el legislador considera, expresamente, la televenta como una de las modalidades de comunicación comercial audiovisual, el alcance de su propia regulación plantea dudas sobre su carácter publicitario. Tal como afirma Rozados Oliva (2009), mediante la televenta:

«el anunciante va más allá de la mera presentación del producto o servicio, y ofrece directamente la adquisición; por este motivo se puede plantear si estamos ante un hecho publicitario o ante un programa».

De hecho, el legislador mismo utiliza el término **programa** al reconocer a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual «el derecho a emitir programas de televenta siempre que tengan una duración ininterrumpida mínima de quince minutos» (art. 15.2 de la LGCAV).

Sin embargo, el hecho de que el legislador español someta la televenta, de manera expresa, a lo que dispone la misma LGCAV en materia de emisión de mensajes publicitarios y, adicionalmente, al contenido de la normativa específica sobre publicidad, confirma la naturaleza publicitaria de esta práctica (art. 15.1).

### 3.1.6. Comunicaciones comerciales audiovisuales prohibidas

Con carácter adicional a las modalidades de publicidad ilícita prohibidas en la LGP, la LGCAV prohíbe, en el artículo 18, las siguientes comunicaciones comerciales audiovisuales de manera general y en cualquiera de sus formas:

1) En primer lugar –en una clara reiteración con el artículo 3 apartado a) de la LGP– la LGCAV prohíbe **toda comunicación comercial audiovisual que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación** por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. Del mismo modo, la ley prohíbe la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

2) En segundo lugar, la LGCAV prohíbe la comunicación comercial encubierta, esto es, la denominada **comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta** que el legislador mismo define (art. 2.32 LGCAV) como:

«La presentación, verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, diferente del emplazamiento de producto, en el que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador de servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la presentación mencionada.

Esta presentación se tiene que considerar intencionada, en particular, si se hace en cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio».

Mediante esta prohibición, el legislador refuerza, a todos los efectos y más allá de la regulación del emplazamiento de producto, su compromiso con los derechos del destinatario de la publicidad a identificar el carácter publicitario de los mensajes, directos o indirectos, y su derecho a la diferenciación de la comunicación comercial del resto de contenidos.

3) En tercer lugar, la LGCAV también prohíbe **la publicidad que utilice técnicas subliminales**. En este punto, hay que destacar que la definición contenida en la LGCAV coincide en sentido literal con la que se prevé, a todos los efectos, en la LGP.

Por lo tanto, solamente hay que recordar que, desde el punto de vista jurídico, es **publicidad subliminal** «la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser percibida conscientemente» (art. 2.33).

4) En cuarto lugar, la LGCAV prohíbe **la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud**. En el marco de esta prohibición general, el legislador concreta que, en todo caso, está prohibida:

a) La comunicación comercial de cigarrillos y otros productos de tabaco, y también de las empresas que los producen.

b) La comunicación comercial destinada al público de medicamentos que necesiten receta médica para ser dispensados, que se financien con fondos públicos y que constituyan sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

c) La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas:

- Con un nivel superior a 20 grados.
- Con un nivel inferior a 20 grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20.30 horas y las 6 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal para difundirla.

d) La comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a 20 grados cuando esté dirigida a menores, fomenta el consumo inmoderado o asocia el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud.

5) En quinto lugar, la LGCAV prohíbe **la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para el medio ambiente.**

6) En sexto lugar, la LGCAV prohíbe **la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la seguridad de las personas.**

7) Finalmente, la LGCAV prohíbe **la comunicación comercial televisiva – no radiofónica– de naturaleza política, excepto** en los supuestos que prevé la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general (LOREG); esto es, **durante el periodo legal de campaña electoral** (art. 53 LOREG).

Como cierre, el artículo 18.7 de la LGCAV incorpora una cláusula mediante la cual el legislador reitera que «la comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones que prevé el resto de normativa relativa a la publicidad».

### **3.1.7. La especial protección del menor en la publicidad audiovisual**

Como pasaba en la LGP y en la LCD –las dos normas que conforman la parte general del derecho de la publicidad–, la LGCAV ve a los menores de edad como sujetos de especial protección dentro del público destinatario de los servicios de comunicación audiovisual. Así, la LGCAV recoge, de manera específica, los **derechos del menor** en el artículo 7.

Del contenido general de la LGCAV en materia de protección del menor, a continuación abordaremos los aspectos relacionados, directa o indirectamente, con la emisión de comunicación comercial.

Así, en primer lugar, nos detendremos en **las prohibiciones que afectan a los contenidos generales de los servicios de comunicación audiovisual**, puesto que estas afectan, indirectamente, a la planificación de medios publicitarios. Así, en garantía de los derechos del menor, el legislador limita ciertas emisiones audiovisuales en los siguientes términos:

1) En primer lugar, el artículo 7.2 de la LGCAV prohíbe, a todos los efectos, «la emisión en abierto de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita».

2) En segundo lugar, el legislador establece (art. 7.2 LGCAV) que «aquellos otros contenidos que puedan ser perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo se pueden emitir entre las 22 y las 6 horas, y tienen que ir precedidos de un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. El indicador visual se tiene que mantener a lo largo de todo el programa en el cual se incluyan los contenidos mencionados».

3) Así mismo, el legislador «establece tres franjas horarias consideradas de protección reforzada tomando como referencia el horario peninsular: entre las 8 y las 9 horas, y entre las 17 y las 20 horas en el caso de los días laborables, y entre las 9 y las 12 horas sábados, domingos y fiestas de ámbito estatal».

Los contenidos calificados como recomendados para mayores de 13 años se tienen que emitir fuera de estas franjas horarias, y a lo largo de la emisión del programa que los incluye se tiene que mantener el indicativo visual de su calificación por edades.

Tomando como referencia estas prohibiciones y franjas horarias de especial protección al menor, el legislador establece la siguiente **regulación específica de las comunicaciones comerciales de carácter comercial**:

1) Por un lado, en horario de protección al menor, la LGCAV prohíbe a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual «insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, como por ejemplo productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética» (art. 7.2 de la LGCAV).

#### Protección de festivos

El mismo artículo 7.2 de la LGCAV establece que:

«es aplicable la franja de protección horaria de sábados y domingos a los siguientes días: 1 y 6 de enero, Viernes Santo, 1 de mayo, 12 de octubre, 1 de noviembre y 6, 8 y 25 de diciembre».

La introducción de esta prohibición en la nueva LGCAV reduce, por lo tanto, el horario de emisión de comunicaciones comerciales de los productos mencionados anteriormente a la franja horaria comprendida entre las 22 y las 6 horas.

2) Por otro lado, la LGCAV dispone explícitamente que las comunicaciones comerciales no tienen que producir perjuicio moral o físico a los menores. En consecuencia, el legislador establece una serie de limitaciones a las comunicaciones comerciales que, como veremos, se limitan a recordar y trasladar a la publicidad audiovisual las medidas de protección del menor que prevén varios supuestos tipificados en la LGP y la LCD.

Así, la LGCAV establece que las comunicaciones comerciales (art. 7.3):

a) No tienen que incitar directamente a los menores a la compra o al arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad.

b) No tienen que animar directamente a los menores que persuadan a sus padres o a terceros para que compren bienes o servicios publicitados.

c) No tienen que explotar la especial relación de confianza que los menores depositan en sus padres, profesores, u otras personas.

d) No tienen que mostrar, sin motivos justificados, menores en situaciones peligrosas.

e) No tienen que incitar conductas que favorezcan la desigualdad entre hombres y mujeres.

f) Las comunicaciones comerciales sobre productos especialmente dirigidos a menores, como los juguetes, no tienen que inducir a error sobre las características de estos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y las aptitudes necesarias en el menor para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

Finalmente, únicamente hay que mencionar que, en materia audiovisual, el legislador mantiene la tendencia de fomentar el reconocimiento y el impulso de los **códigos de conducta** que también se observa, a todos los efectos, en la reforma de la LCD. Así, en relación con la protección del menor, la LGCAV establece (art. 7.4) que:

«La autoridad audiovisual competente tiene que promover entre los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva el impulso de códigos de conducta en relación con la comunicación comercial audiovisual inadecuada, que acompañe a los programas infantiles o se incluya en ellos, de alimentos y bebidas que contengan nutrientes y sustancias con un efecto nutricional o fisiológico, en particular aquellos como por ejemplo grasas, ácidos grasos trans, sal o sodio y azúcares, para los cuales no es recomendable una ingesta excesiva en la dieta total».

#### Código PAOS

En España los operadores de televisión están adheridos al Código de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud (Código PAOS), que entró en vigor en 2005 (reformado en 2013). El texto completo del Código PAOS se puede descargar desde la página web de Autocontrol.

### 3.1.8. Régimen sancionador

De este modo, por extensión, la LGCAV establece la **vía administrativa** como medio de supervisión, control y represión de las comunicaciones comerciales difundidas por medio de los servicios de comunicación audiovisual.

Además, la LGCAV prevé una larga lista de infracciones que clasifica, en función de su gravedad, en tres categorías: **infracciones muy graves** (art. 57), **graves** (art. 58) y **leves** (art. 59). Con base en estas tres categorías, la LGCAV establece el régimen sancionador correspondiente (art. 60).

A efectos de la LGCAV son **infracciones muy graves**, sancionables con una multa de 500.001 hasta 1.000.000 de euros para los servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 100.001 a 200.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas:

- La emisión de comunicaciones comerciales que vulneren la dignidad humana o utilicen la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.
- La comisión dos veces en un día y en un mismo canal de comunicación audiovisual de la infracción grave de incumplir el límite de tiempo de emisión por hora de reloj dedicado a la publicidad y a la televenta (doce minutos), cuando exceda en un veinte por ciento de lo permitido.
- La acumulación de cuatro infracciones graves en un mismo año natural.

Por su parte, a efectos de la LGCAV son **infracciones graves**, sancionables con una multa de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 50.001 a 100.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas:

- La vulneración de la prohibición y, si se tercia, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor, previstas en el artículo 7.2; entre estas, recordamos, la prohibición de insertar en horario de protección al menor comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen.
- El incumplimiento de las instrucciones y decisiones de la autoridad audiovisual.



- El incumplimiento del límite de tiempo de emisión por hora de reloj dedicado a la publicidad y a la televenta (12 minutos), cuando exceda en un veinte por ciento de lo permitido.
- El incumplimiento del resto de las condiciones que establece la LGCAV para llevar a cabo las diferentes formas de comunicación comercial previstas en los artículos 14 (derecho a emitir mensajes publicitarios), 15 (derecho a emitir mensajes de venta), 16 (derecho al patrocinio) y 17 (derecho al emplazamiento de producto) que no estén incluidas en la tipificación del apartado anterior. Además, el legislador puntualiza que el incumplimiento en la misma comunicación comercial de dos o más condiciones de las previstas en los artículos mencionados más arriba únicamente da lugar a una sanción. Así mismo, el incumplimiento de una de las condiciones previstas en estos artículos no puede dar lugar a la sanción por comunicación comercial encubierta.
- La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas que utilicen técnicas subliminares, que fomenten comportamientos nocivos para la salud en los términos que establece el artículo 18.3, que fomenten comportamientos nocivos para el medio ambiente o para la seguridad de las personas, o que sean de naturaleza política, excepto los casos de excepción legal, o que incurran en las prohibiciones que establece la normativa de publicidad.
- El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a los cuales se refiere el artículo 12 de la LGCAV.
- La acumulación de cuatro infracciones leves en un mismo año natural.

Finalmente, la LGCAV tipifica como **infracción leve** el incumplimiento del resto de deberes y obligaciones que establece esta ley que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves. Las infracciones leves pueden ser **sancionadas** con una multa de hasta 100.000 euros para los servicios de comunicación televisiva y hasta 50.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas. Para determinar el importe de la sanción dentro de los límites indicados se tienen que tener en cuenta los criterios que facilita el artículo 60.4 de la LGCAV.

A todos los efectos, la LGCAV reconoce a la autoridad competente para la imposición de la sanción la potestad para acordar que esta comporte la obligación de difundir la parte resolutive de esta.

Otro aspecto muy relevante desde el punto de vista de los profesionales de la publicidad es el **régimen de responsabilidad** por la comisión de las infracciones mencionadas (art. 61.1 LGCAV).

En este sentido, a todos los efectos, el legislador establece que la responsabilidad administrativa por las infracciones de la LGCAV es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual. Por eso, a los efectos de la dilucidación correcta de la responsabilidad administrativa, la ley exige a los prestadores del servicio que archiven durante un plazo de seis meses, a contar desde la fecha de su primera emisión, todos los programas emitidos, incluidas las comunicaciones comerciales y el registro de los datos relativos a estos programas.

Como excepción, respecto a la responsabilidad por infracción de la normativa publicitaria, la LGCAV (art. 60.2) establece que:

«No incurre en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de servicio de catálogo de programas, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que representen una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad».

En estos casos, para quedar exento de responsabilidad el prestador del servicio tiene que cesar en la emisión de esta comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.

De este modo, la LGCAV hace recaer la responsabilidad por publicidad ilícita en el profesional de la publicidad, que es quien, en teoría, tendría que conocer mejor los límites jurídicos que condicionan su actividad.

Finalmente, no podemos concluir el estudio de la regulación de la publicidad audiovisual sin mencionar que actualmente, y desde 2013, el organismo encargado de la supervisión y del control del cumplimiento de la legislación audiovisual, conforme a la Ley 3/2013, de 4 de junio, es la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)**.

Entre sus funciones, la CNMC tiene encomendada la supervisión y el control del correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual. Las obligaciones que le corresponden a la CNMC en su tarea de supervisión y control del mercado audiovisual se contienen al artículo 9 de la Ley 3/2013.

Conviene destacar también el firme compromiso en materia de transparencia asumido por la CNMC que la obliga, por ejemplo, a informar regularmente de sus actividades. En este sentido, desde su creación, la CNMC publica en su web todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes con las cautelas y los procedimientos recogidos en la ley.



### 3.1.9. Reconocimiento y fomento de la autorregulación

En línea con la voluntad del legislador comunitario, la LGCAV reconoce de manera expresa el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a la autorregulación (art. 12), es a decir, a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración.

Como garantía de su eficacia, la LGCAV dispone que cuando un prestador apruebe un código ya existente o se adhiera a uno lo tendrá que comunicar, por un lado, a las autoridades audiovisuales competentes para su verificación y publicación y, por el otro, al organismo correspondiente de representación y consulta de los consumidores; en el caso de prestadores de ámbito estatal, este organismo tiene que ser el Consejo de Consumidores y Usuarios.

Además, la LGCAV también refuerza el reconocimiento de la autorregulación al mencionarla, de nuevo, en el marco de la participación del público en el control de los contenidos audiovisuales (art. 9). Así, el legislador reconoce que este control se tiene que llevar a cabo de conformidad con los códigos de autorregulación, además del ordenamiento vigente. Así mismo, la ley (art. 9.3) establece específicamente que:

«cuando el contenido audiovisual contradiga un código de autorregulación suscrito por el prestador, la autoridad le tiene que requerir la adecuación inmediata del contenido a las disposiciones del código o la finalización de la emisión».

Además, la LGCAV exige a las autoridades audiovisuales que velen por el cumplimiento efectivo de los códigos hasta tal punto que, como hemos visto, el incumplimiento se considera una infracción grave a efectos de la LGCAV.

Finalmente, conviene destacar que la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC aboga, de manera explícita, por el fomento de la corregulación en materia publicitaria. Así, en la Disposición Adicional 17.<sup>a</sup>, establece que la CNMC podrá firmar acuerdos de corregulación con sistemas de autorregulación publicitaria que se ajusten a la legislación para coadyuvar el cumplimiento de los límites impuestos al derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales. Fruto de este reconocimiento, en 2015 la CNMC y la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol) firmaron un acuerdo para el fomento de la corregulación sobre las comunicaciones comerciales en televisión.

### 3.2. Regulación de la publicidad en Internet

A mediados de los años noventa del siglo pasado, la aparición y popularización del World Wide Web convirtió Internet en un gran espacio en el cual compartir información y, también, en un espacio de actividad económica. Veinte años después, la Red es, actualmente, un medio al que acceden cada día millones de personas para consultar o compartir información, trabajar en línea o hacer

#### Referencia web

Para conocer los detalles del funcionamiento y los servicios que ofrece Autocontrol, se recomienda consultar su web.

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

transacciones electrónicas. El consumidor también es usuario de la Red y, cada vez más, los anunciantes utilizan Internet para hacer llegar sus mensajes a los destinatarios de su publicidad.

Como apunta el profesor Peguera Poch (2010), el dinamismo creciente de la actividad empresarial en Internet empujó al legislador europeo a considerar la necesidad de establecer ciertas reglas para ordenar y armonizar algunos aspectos de la prestación de servicios en el ciberespacio. De este afán surgió, entre otras y a todos los efectos, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, que se incorporó al ordenamiento jurídico español mediante la aprobación de la **Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)**.

En la exposición de motivos, la LSSI reconoce que la denominada **sociedad de la información** –determinada por la expansión extraordinaria de las redes de telecomunicaciones y, especialmente, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información– necesitaba un marco jurídico adecuado con el objetivo de generar en todos los actores la confianza necesaria para el uso del nuevo medio.

Dada su generalidad y amplitud, la LSSI parte de la aplicación a las actividades llevadas a cabo por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan. Por eso, la LSSI únicamente prevé los aspectos que, por su novedad o por las peculiaridades que implica el ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por esta regulación.

### **3.2.1. El concepto de servicios de la sociedad de la información**

A efectos de la LSSI, entenderemos por **servicios de la sociedad de la información** «todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto también comprende los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios» (anexo, definiciones, a) LSSI).

A continuación, en esta misma definición, el legislador prevé expresamente como servicio de la sociedad de la información, entre otras, el envío de **comunicaciones comerciales por vía electrónica** siempre que estas representen una actividad económica.

Con el propósito de concretar y aclarar el alcance del concepto de servicios de la sociedad de la información, recurriremos a lo que dice la exposición de motivos de la LSSI:

«La Ley acoge un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información”, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por este medio (como el que efectúan los diarios o las revistas que se pueden encontrar en la Red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la Red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de una copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los servidores propios de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o enlaces a otros lugares de Internet, y también cualquier otro servicio que se preste por encargo individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador.

Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un lugar a Internet por medio del cual haga alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico».

Es importante tener en cuenta que, desde un punto de vista subjetivo, a todos los efectos, la LSSI se aplica a los prestadores de servicios establecidos en España.

### 3.2.2. Las comunicaciones comerciales por vía electrónica

La LSSI incorpora en su anexo las definiciones de los conceptos más relevantes para la comprensión correcta de su alcance y contenido. En materia publicitaria, el legislador opta por un concepto amplio de comunicación comercial, que a efectos de la LSSI comprende (anexo, definiciones, f) LSSI):

«toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que haga una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional».

Con carácter adicional, el legislador concreta (anexo, definiciones, f) LSSI) que a efectos de la LSSI:

«no tienen la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, como por ejemplo el nombre de dominio o la dirección electrónica, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica».

El título III (art. 19 a 22) de la LSSI regula las **comunicaciones comerciales por vía electrónica** de forma muy genérica.

A modo de síntesis, podemos avanzar que la LSSI exige que las **comunicaciones comerciales** se identifiquen como tales y se prohíbe su envío por correo electrónico u otras vías de comunicación electrónica equivalente, salvo que el destinatario haya prestado su consentimiento previamente.

#### Comunicación comercial

La definición que recoge la LSSI de **comunicación comercial** coincide, de nuevo, con el concepto de publicidad económica recogido en el artículo 2 de la LGP.

Consciente del carácter escaso y, a la vez, genérico de su contenido, el legislador recuerda que la publicidad y las ofertas promocionales difundidas por medios electrónicos se tienen que regir, además de hacerlo por la LSSI, por su normativa propia, por la legislación vigente en materia comercial y de publicidad y, en todo caso, por la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), especialmente en cuanto a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y el mantenimiento de ficheros de datos personales. Por lo tanto, todas estas normas mencionadas por el legislador tienen que configurar el régimen jurídico de las comunicaciones comerciales difundidas por vía electrónica.

### **Información exigida**

A continuación, bajo la rúbrica de la **información exigida sobre las comunicaciones comerciales**, el legislador traslada a los medios electrónicos el **principio de identificación publicitaria** recogido, a todos los efectos, en la LGP.

Así, la LSSI establece que las comunicaciones comerciales hechas por vía electrónica tienen que ser claramente identificables como tales y, a su vez, también tiene que ser claramente identificable la persona física o jurídica en nombre de la cual se hacen estas (art. 20.1). Con un carácter todavía más específico, la LSSI (art. 20.2) dispone que:

«en los casos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, con la autorización previa correspondiente, se tiene que asegurar, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior y en las normas de ordenación del comercio, que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y, si se tercia, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de manera clara e inequívoca».

En relación con lo que dispone la ley en materia de información exigida sobre las comunicaciones comerciales, el legislador destaca que esto se entiende sin perjuicio de lo que establezcan las normas dictadas por las comunidades autónomas con competencias exclusivas sobre consumo, comercio electrónico o publicidad.

Con el objetivo de garantizar la exigencia de identificación del carácter comercial de las comunicaciones y de su emisor, la LSSI (art. 20.4) ha incorporado la prohibición aplicable en todos los casos de enviar comunicaciones comerciales «en las cuales se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo que dispone este artículo, y también aquellas en las cuales se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo que dispone este artículo».

## Prohibiciones

La LSSI (art. 21.1) **prohíbe** expresamente «el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hayan sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de estas».

De este modo, a todos los efectos y salvo la excepción que veremos a continuación, **la LSSI únicamente permite enviar publicidad por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente en dos supuestos:**

- 1) que esta haya sido solicitada por el destinatario, o bien
- 2) que el anunciante haya obtenido autorización del destinatario con carácter previo al envío; consentimiento que, como veremos, el destinatario tiene que poder revocar en cualquier momento.

No obstante, este criterio se flexibilizó, en parte, mediante la inclusión en el artículo 21.2 de la LSSI de una modificación según la cual, la cláusula general...

«no es aplicable cuando hay una relación contractual previa, siempre que el prestador haya obtenido de manera lícita los datos de contacto del destinatario y los emplee para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de la misma empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente».

Y, en todo caso –también cuando haya una relación contractual previa y se cumplan los dos requisitos comentados:

«el prestador tendrá que ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con finalidades promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija».

## Los derechos de los destinatarios

En cuanto a los **derechos de los destinatarios de servicios**, la LSSI incide, de nuevo y ahora a todos los efectos, que el destinatario puede revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. A tal efecto, los prestadores tienen que habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios puedan revocar el consentimiento que hayan prestado y tienen que proporcionar información accesible por medios electrónicos sobre los procedimientos mencionados.

Para facilitar y garantizar el ejercicio correcto del derecho de oposición del destinatario, la LSSI exige (art. 22.1) que:

«cuando las comunicaciones hayan sido remitidas por correo electrónico, este medio tendrá que consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida en que se pueda ejercitar este derecho, y queda prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan esta dirección».

## La publicidad comportamental en línea

De una manera más específica y en el marco de los derechos de los destinatarios, la LSSI prevé la regulación de las nuevas técnicas asociadas a la denominada **publicidad comportamental en línea**, esto es:

«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 de esta modalidad publicitaria está en el hecho que permite mostrar publicidad «relevante» a un gran número de consumidores en línea. Desde el punto de vista técnico, la publicidad comportamental requiere la instalación previa de las denominadas *tracking cookies*<sup>2</sup> en el navegador que utiliza el usuario para monitorizar su comportamiento de navegación y enviarle la publicidad relevante con base en sus intereses de navegación.

<sup>(2)</sup> Cookies de rastreo.

Como afirma Pérez Bes, el riesgo principal asociado a esta práctica publicitaria es que la evolución tecnológica permite que se pueda monitorizar, a veces sin consentimiento, la navegación de un usuario e, incluso, en determinados supuestos, llegarlo a identificar; todo esto con finalidades comerciales y con la posible vulneración de algunos de sus derechos.

### Lectura recomendada

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

Dada la importancia que tienen las *cookies*, el vigente artículo 22.2 de la LSSI autoriza la instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos –las denominadas *cookies*– en los terminales de los destinatarios solo...

«a condición de que estos hayan dado su consentimiento después de que se les haya proporcionado información clara y completa sobre su utilización, en particular sobre las finalidades del tratamiento de los datos, de conformidad con lo que dispone la LOPD».

Adicionalmente, el artículo 22.2 de la LSSI dispone que:

«cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos se podrá facilitar mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador u otras aplicaciones. Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica con la única finalidad de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario».

Así, la normativa vigente exige el **consentimiento expreso e informado** del internauta antes de la instalación de las *cookies* en el terminal con finalidades de publicidad comportamental aunque, de momento, en la legislación no se especifica la manera de obtener el consentimiento mencionado, lo cual constituye uno de los retos principales en la aplicación de la nueva normativa.

Dada la complejidad que presenta la aplicación de la nueva regulación en materia de *cookies*, la Agencia de Protección de Datos, junto con las principales asociaciones del ámbito de la publicidad publicó la *Guía sobre el uso de las cookies*, cuyo objetivo es servir de guía para que las entidades afectadas reflexionen y adopten decisiones sobre la solución más adecuada a sus intereses y a su modelo de negocio.

#### Referencia web

La *Guía sobre el uso de las cookies* [en línea] puede consultarse, entre otras fuentes, a través de la sede electrónica de la Agencia Española de Protección de Datos. La última versión es de 2019.

### 3.2.3. Régimen sancionador

La LSSI, en el marco de su título V, regula la solución judicial y extrajudicial de conflictos y, a su vez, la misma ley establece, en el título VII, el régimen sancionador por infracción de su contenido.

Así, la LSSI prevé la **acción de cese** como única acción judicial en caso de conflicto y, como vimos en materia de acciones derivadas de la competencia desleal, en el marco de los servicios de la sociedad de la información, la acción de cese también prevé la posibilidad de prohibición de reiteración futura.

De este modo, la LSSI (art. 30) dispone que:

- 1) Contra las conductas contrarias a esta ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores se podrá interponer acción de cese.
- 2) La acción de cese se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a esta ley y a prohibir la reiteración futura. Así mismo, la acción se podrá ejercer para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si hay indicios suficientes que hagan temer la reiteración de manera inminente.
- 3) La acción de cese se ejercerá según las prescripciones de la Ley de enjuiciamiento civil para esta clase de acciones.

En materia de **legitimación activa**, la LSSI (art. 31) contiene una lista de personas y entidades legitimadas para interponer la acción de cese:

- a) Las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo, incluidas las que pudieran verse perjudicadas por infracciones de las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 22, entre ellas, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que deseen proteger sus intereses comerciales legítimos o los intereses de sus clientes.
- b) Los grupos de consumidores o usuarios afectados, en los casos y las condiciones que prevé la Ley de enjuiciamiento civil.
- c) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, o, si se tercia, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
- d) El Ministerio Fiscal.

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

f) Las entidades de otros estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores que estén habilitadas ante la Comisión Europea mediante la inclusión en la lista publicada para tal finalidad en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Con carácter adicional, la LSSI reconoce explícitamente el arbitraje y otros sistemas derivados de la autorregulación como **medios de resolución extrajudicial de conflictos**. En estos procedimientos se puede hacer uso de medios electrónicos, en los términos que establezca la normativa específica (art. 32 LSSI).

De manera paralela a estos procedimientos, en materia de **responsabilidad** la LSSI dispone que los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos al régimen sancionador que establece el título VII cuando esta ley les sea aplicable. Adicionalmente, la LSSI dispone que cuando las infracciones previstas en los artículos 38.3 i) y 38.4 g) se deban a la instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de la información como consecuencia de la cesión por parte del prestador del servicio de la sociedad de la información de espacios propios para mostrar publicidad, será responsable de la infracción, además del prestador del servicio de la sociedad de la información, la red publicitaria o el agente que gestione directamente con aquel la colocación de anuncios en estos espacios en caso de no haber adoptado medidas para exigirle el cumplimiento de los deberes de información y la obtención del consentimiento del usuario (art. 37 LSSI).

De este modo, el legislador tipifica como **infracción** el incumplimiento, por parte de los prestadores de servicios, de algunos de sus preceptos y establece el **régimen** consiguiente de **sanciones** aplicables.

En cuanto a las infracciones, la LSSI establece tres tipologías (art. 38): muy graves, graves o leves, y a continuación detalla las sanciones correspondientes al artículo 39, y proporciona ciertos criterios para cuantificarlas (art. 40).

A título meramente informativo apuntaremos que, a todos los efectos, el único supuesto de infracción **muy grave** (art. 38), sancionable con multa de 150.001 hasta 600.000 euros, se deriva «del incumplimiento de la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a la Red o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación, cuando un órgano administrativo competente lo ordene».

Además, el legislador establece –art. 39.1. a)– que:

«La reiteración en el plazo de tres años de dos o más infracciones muy graves sancionadas con carácter firme puede dar lugar, en función de sus circunstancias, a la sanción de prohibición de actuación en España, durante un plazo máximo de dos años».

En materia de comunicaciones comerciales, la LSSI tipifica como **infracciones graves**, sancionables con multa de 30.001 hasta 150.000 euros, los tres siguientes supuestos:

- El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en estos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 que, recordemos, prohíbe el envío de comunicaciones comerciales previamente no solicitadas ni expresamente autorizadas por vía electrónica.
- El incumplimiento significativo de la obligación del prestador de servicios de habilitar procedimientos sencillos y gratuitos que permitan al destinatario el ejercicio de su derecho a revocar el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales según lo que dispone el artículo 22.1.
- El incumplimiento significativo de las obligaciones de información o de establecimiento de un procedimiento de rechazo del tratamiento de datos, establecidas en el artículo 22.2 en referencia, recordémoslo, a la regulación del uso de determinadas técnicas asociadas a la publicidad comportamental.

En este punto hay que destacar que la LSSI también dispone (art. 39.2) que:



«Las infracciones graves y muy graves pueden comportar la publicación, a expensas del sancionado, de la resolución sancionadora en el *Boletín Oficial del Estado*, o en el diario oficial de la Administración pública que, si se tercia, haya impuesto la sanción; en dos diarios el ámbito de difusión de los cuales coincida con el de actuación de la mencionada Administración pública o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador, una vez aquella tenga carácter firme».

Para imponer esta sanción adicional, el órgano competente tiene que considerar la repercusión social de la infracción cometida, el número de usuarios o de contratos afectados y la gravedad de lo ilícito.

Además, en los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves la LSSI dispone que se pueden adoptar algunas de las **medidas de carácter provisional** que prevé la legislación administrativa (art. 41 LSSI).

Finalmente, también en materia de comunicaciones comerciales, la LSSI tipifica como infracciones leves, entre otras, algunos supuestos muy similares a los tipificados como infracción grave pero, como veremos a continuación, en el caso de haberse cometido en un grado inferior. Así, el legislador tipifica como **infracciones leves**, sancionables con una multa de hasta 30.000 euros, los siguientes supuestos:

- El incumplimiento del principio de identificación publicitaria recogido en el artículo 20 que, recordémoslo, exige determinada información sobre las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos.
- El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en estos envíos no se cumplan los requisitos que establece el artículo 21 y no constituya infracción grave.
- El incumplimiento «no significativo» de la obligación del prestador de servicios establecida en el artículo 22.1 en relación con los procedimientos para revocar el consentimiento prestado cuando no constituya una infracción grave.
- La utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos cuando no se hubiera facilitado la información u obtenido el consentimiento del destinatario del servicio en los términos exigidos por el artículo 22.2.

Para **determinar el importe de la sanción**, el legislador dispone que la cuantía de las multas que se impongan se tiene que graduar atendiendo a los siguientes **criterios** (art. 40 LSSI):

- la existencia de intencionalidad,
- el plazo de tiempo durante el cual se haya estado cometiendo la infracción,
- la reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza,
- la naturaleza y la cuantía de los perjuicios causados,
- los beneficios obtenidos por la infracción,
- el volumen de facturación que afecte a la infracción cometida, y
- la adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en la LSSI y que haya sido informado favorablemente por el órgano o los órganos competentes.

Como **excepción**, la LSSI dispone que los órganos competentes no pueden ejercer la potestad sancionadora cuando sobre el mismo sujeto, mismos hechos y mismo fundamento haya recaído una sanción penal (art. 44.1). Además, se reconoce que la vía judicial penal prevalece y suspende la tramitación del procedimiento administrativo hasta que se adopte una resolución judicial (art. 44.2).

En materia de **prescripción** de infracciones y sanciones, la LSSI dispone que las infracciones muy graves prescriben al cabo de tres años, las graves al cabo de dos años y las leves al cabo de seis meses y, a su vez, las sanciones impuestas por faltas muy graves prescriben al cabo de tres años, las impuestas por faltas graves al cabo de dos años y las impuestas por faltas leves después de un año (art. 45).

Finalmente, como pasaba en el marco de la regulación audiovisual, hay que destacar que la LSSI también promueve la elaboración de **códigos de conducta** en materia de servicios de la sociedad de la información. Además, el legislador considera los códigos de conducta un instrumento de autorregulación especialmente apto para adaptar los diversos preceptos de la ley a las características específicas de cada sector en los cuales se aplica. Por eso, la LSSI incorpora en su contenido un mandato a las Administraciones públicas para que impulsen, mediante la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y la aplicación de códigos de conducta voluntarios por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta

ley. En coherencia con su alcance y contenido, el legislador establece que estos códigos tienen que ser accesibles por vía electrónica (art. 18.3).

En respuesta a lo que dispone el artículo 18 de la LSSI, la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AACC) –también conocida como Autocontrol–, en colaboración con la actual Asociación Española de la Economía Digital (Adigital), presentó el **Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva**, en vigor desde enero de 2003.

Resulta especialmente relevante destacar que, en 2005, el Instituto Nacional de Consumo otorgó el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico a este código que, desde entonces, se pasó a conocer como **Código Confianza Online**.



#### Distintivo público de confianza

El Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, regula el distintivo de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, como también los requisitos y el procedimiento de concesión, concreta, entre otros aspectos, la denominación y forma del distintivo (art. 2).

A continuación se reproduce, en primer término, la versión del distintivo público de confianza en línea que recoge el Real Decreto 1163/2005 y, en segundo término, el distintivo específico del sistema de confianza en línea, que, actualmente, acredita la adhesión a este sistema de autorregulación.

### 3.3. Regulación de la publicidad de productos farmacéuticos

La salud, y los productos que están relacionados directamente con ella, ha sido siempre una área de extrema sensibilidad para todos sus públicos, lo cual explica –y en cierto modo justifica– que el sector farmacéutico sea, entre todos, uno de los más regulados.

Ante los medicamentos, los consumidores carecen de la información necesaria para ejercer la denominada **soberanía del consumidor** y tomar decisiones racionales que, en este caso, pueden afectar a su propia salud. Esto justifica que la figura del prescriptor –médico o farmacéutico, principalmente– adquiera una relevancia especial en el proceso de comercialización de los medicamentos.

Esta carencia de información se ha resuelto, en parte, con la intervención del Estado, que, mediante una regulación restrictiva, incide en el proceso de intercambio con el objetivo de garantizar la calidad, eficacia, seguridad, accesibilidad y uso racional de los medicamentos.

Por eso, el sector farmacéutico está sujeto a una regulación estricta que condiciona todos los procesos, desde las primeras fases de investigación del medicamento hasta la dispensación en establecimientos previamente autorizados:

las oficinas de farmacia. En consecuencia, también la publicidad de los medicamentos está sujeta a una serie de restricciones sustancialmente diferentes de las que afectan a la publicidad de cualquier otro bien o producto de consumo.

En España, la CE de 1978 establece el derecho a la protección de la salud (art. 43) y como desarrollo de este, ocho años más tarde, entró en vigor la Ley 14/1986, General de Sanidad. En 1990 el legislador, consciente de que la industria farmacéutica necesitaba un marco legal estable y específico, aprobó la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, derogada por la aprobación en 2006, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (LGURM). En 2015, con el objetivo de incorporar las modificaciones contempladas en diferentes directivas europeas al ordenamiento jurídico español y aclarar y armonizar los textos legales existentes, ve la luz el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el cual se aprueba el **texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (TRLGM)**, actualmente vigente.

Además, en materia de publicidad de medicamentos, en España disponemos de una norma específica, el **Real Decreto 1416/94, de 25 de junio, por el cual se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano (RDPM)**.

Antes de adentrarnos en el estudio de estas normas, hay que destacar, una vez más, que el contenido de la legislación española en materia de medicamentos, en general, y de su publicidad, en particular, está determinado en gran medida por la extensa legislación europea en la materia.

Así, el nuevo **TRLGM** incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la cual se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano y sus modificaciones posteriores.

La Directiva 2001/83/CE ha sido objeto de más de una decena de modificaciones por varios reglamentos y directivas europeas. Entre las normas más recientes que han modificado la Directiva 2001/83/CE podemos mencionar la Directiva 2012/26/UE de 8 de junio, la Directiva 2017/745/UE de 5 de abril y la Directiva 2019/5/UE de 11 de diciembre.

En el ordenamiento jurídico español, la **Ley 14/1986 general de sanidad** estableció el **criterio de clasificación de la publicidad de medicamentos** según esta se dirija a los profesionales sanitarios o a la población en general.

Desde un punto de vista del producto, esta distinción se corresponde con la clasificación de los medicamentos según la necesidad de prescripción. Este criterio se basa en la necesidad de que el paciente recurra al médico ante un problema de salud –porque sea este profesional quien le prescriba, mediante

una receta médica, el fármaco— o, por el contrario, basta con que se desplace a la oficina de farmacia y consulte con el farmacéutico el medicamento indicado para tratar unos síntomas o unas afecciones menores.

En coherencia con este criterio, conviene avanzar que la legislación europea — y, en consecuencia, también la española— prohíbe que la publicidad de medicamentos que requieren prescripción médica se dirija al público en general.

De manera complementaria y con el objetivo de facilitar la comprensión del alcance de la regulación de la publicidad de los productos farmacéuticos, a continuación detallaremos las tipologías de medicamentos que hay con base en la clasificación del mercado farmacéutico según el criterio mencionado de la necesidad de la prescripción.

### Tipologías de productos farmacéuticos

El denominado **mercado ético de productos farmacéuticos** lo integran los medicamentos que el consumidor puede adquirir con la presentación previa de la prescripción correspondiente, mediante una receta médica. En este mercado de fármacos de precio controlado, que pueden ser financiados por el Sistema Nacional de Salud y la comunicación del cual solamente se puede dirigir al prescriptor, distinguimos dos tipos de productos:

a) Medicamentos con marca. Hacen referencia a los fármacos dispensados con receta médica que se encuentran protegidos por una patente o por un certificado complementario de protección.

b) Medicamentos genéricos. Esta categoría engloba a los medicamentos de prescripción esencialmente similar a la de un medicamento original de referencia, que tiene la patente caducada, que se comercializan con el nombre del principio activo que contienen y habitualmente a un precio inferior al precio del medicamento original.

Por su parte, el denominado **mercado OTC** (acrónimo del inglés *Over The Counter*), también conocido como el **mercado del autocuidado de la salud o de venta libre**, engloba a los productos farmacéuticos que los consumidores pueden adquirir en las oficinas de farmacia sin necesidad de presentar una receta médica. Este mercado está configurado, básicamente, por los medicamentos para el autocuidado de la salud, conocidos tradicionalmente por la denominación de **especialidades farmacéuticas publicitarias (EFP)**, entendidas como los medicamentos destinados a la prevención, el alivio o el tratamiento de síntomas o síndromes menores que no requieren un diagnóstico médico preciso y de la evaluación del cual no se desprende la necesidad de una prescripción médica.

Al suprimir la denominación de **especialidad farmacéutica**, la nueva legislación incorpora el concepto de **autocuidado de la salud** relacionado con la calificación de los medicamentos no sujetos a prescripción médica. Entre sus características sobresale que en su dispensación, siempre por parte de la oficina de farmacia, tiene que intervenir el farmacéutico para garantizar su seguridad y eficacia. Las EFP son fármacos de precio libre, destinados al tratamiento de enfermedades leves y la publicidad de los cuales, como se detallará posteriormente, también puede ir dirigida al consumidor final, aunque se tendrán que respetar los requisitos que establece la legislación vigente.

Entre sus **objetivos** sobresale el de ampliar y reforzar un sistema de garantías en relación con la autorización del medicamento y la promoción de su uso racional.

El contenido del TRLGM se estructura en torno a once títulos. En el marco del título VII, sobre el uso racional de los medicamentos de uso humano — y, más concretamente, en el capítulo dedicado a las garantías de formación e información independiente y de calidad para la utilización adecuada de los

medicamentos y productos sanitarios–, el TRLGM, en primer lugar, regula la objetividad y calidad de la información y promoción dirigida a los profesionales sanitarios (art. 78) y, en segundo lugar, establece una serie de garantías en la publicidad de medicamentos destinada al público en general (art. 80).

Por su parte, el RDPM es un texto breve –actualmente compuesto por treinta y un artículos– estructurado en cinco capítulos. Después de establecer las tradicionales disposiciones generales, el RDPM regula, en el capítulo II, la publicidad destinada al público; en el capítulo III regula la publicidad dirigida a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos; en el capítulo IV establece las obligaciones del titular de la autorización sanitaria del medicamento en relación con la publicidad, y finalmente en el capítulo V detalla los mecanismos de control específicos de la publicidad de los medicamentos.

En relación con el contenido del RDPM, conviene destacar que las dudas interpretativas derivadas de su publicación llevaron a la Dirección general de Farmacia y Productos Sanitarios (DGFP) a dictar dos circulares que aclararon, desde un punto de vista práctico, algunos aspectos de su contenido.

Además, hay que apuntar que, en el marco de la legislación autonómica, hay otras normas que regulan la publicidad de los medicamentos.

Así, por ejemplo, Madrid y Cataluña –las dos comunidades autónomas donde se concentra la mayor parte de la industria farmacéutica– han elaborado sus propias guías de cumplimiento de la legislación nacional en el marco del ejercicio de su tarea de control de la publicidad. La Comunidad de Madrid publicó la Circular 1/2000169 y la Circular 1/2002170 en desarrollo de la legislación estatal y, en el ámbito catalán, la Generalitat de Cataluña aprobó, en 2003, su propia *Guía para la publicidad de medicamentos de uso humano*, revisada y actualizada por última vez en abril de 2016.

A continuación, sintetizaremos los **principios básicos de la regulación de la publicidad de los medicamentos** a partir de sus dos normas principales, el TRLGM y el RDPM:

- En primer lugar, abordaremos el concepto jurídico de publicidad de medicamentos.
- En segundo lugar, detallaremos la regulación de la publicidad dirigida a los profesionales sanitarios.
- En tercer lugar, nos detendremos en la regulación de la publicidad destinada al público en general.
- Finalmente, apuntaremos, de manera muy breve, el régimen sancionador y de control de la publicidad de los medicamentos.

### 3.3.1. El concepto jurídico de la publicidad de medicamentos

El TRLGM no define en su articulado el concepto jurídico de publicidad de medicamentos ni los de información y promoción, puesto que estos dos últimos términos son los que el legislador utiliza al regular ciertas actividades publicitarias dirigidas a los profesionales sanitarios.

#### Circulares

Con el objetivo de ampliar y aclarar el contenido del RDPM, en 1995 se dictó la Circular 6/95, de la Dirección general de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, que aclara el Real Decreto 1416/1994 y el contenido del cual fue, posteriormente, modificado por la Circular 7/1999.

Por eso, tenemos que recurrir a la definición de **publicidad de medicamentos** que contiene el RDPM, según la cual «se entiende por publicidad de medicamentos cualquier forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos» (art. 1.2).

La amplitud de esta definición justifica la utilización de los términos «información» y «promoción» de medicamentos de manera indistinta al de «publicidad» en el TRLGM, puesto que, como hemos visto, el concepto jurídico de publicidad puede englobar algunas prácticas de carácter informativo y finalidad comercial, además de otras prácticas promocionales en el sentido más amplio.

Con el objetivo de concretar el alcance, el RDPM (art. 1.3) puntualiza que el amplio concepto de publicidad de medicamentos **comprende**, en particular:

- La publicidad de medicamentos destinada al público.
- La publicidad de medicamentos destinada a personas facultadas para prescribirlos o dispensarlos.
- La visita médica efectuada por los visitadores médicos o agentes informadores de los laboratorios a personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos.
- El suministro de muestras gratuitas.
- El patrocinio de reuniones promocionales a las cuales asistan personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos.
- El patrocinio de congresos científicos en los cuales participen personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos y, en particular, el hecho de encargarse de los gastos de desplazamiento y estancia con motivo de estos congresos.
- La incitación a prescribir o dispensar medicamentos mediante concesión, oferta o promesa de ventajas pecuniarias o en especie, excepto cuando su valor intrínseco resulte mínimo.

A su vez, el legislador **excluye** de manera expresa del concepto jurídico de publicidad de medicamentos:

- El etiquetado y el prospecto de los medicamentos.
- La correspondencia, acompañada, si se tercia, de cualquier documento no publicitario, necesaria para responder a una pregunta concreta sobre un determinado medicamento.
- Las informaciones concretas y los documentos de referencia relativos, por ejemplo, al cambio de envase, a las advertencias sobre efectos indeseables, en los catálogos de ventas y a las listas de precios, siempre que no figure ninguna información sobre el medicamento.

#### Prácticas informativas

La inclusión de las prácticas informativas en el concepto de la publicidad de medicamentos es, desde hace años, objeto de debate en el sector farmacéutico, puesto que restringe sustancialmente las actividades de comunicación de los laboratorios. Se espera que el legislador aclare la normativa sobre este tema.

- La información relativa a la salud humana o a enfermedades de las personas, como, por ejemplo, las campañas de concienciación, siempre que no se haga ninguna referencia, ni siquiera indirecta, a un medicamento.

Antes de adentrarnos en la regulación de la publicidad de medicamentos según el público a quien se dirige, conviene destacar que, a todos los efectos, la normativa dispone los siguientes **principios básicos** (art. 2 RDPM):

- Queda prohibida la publicidad de un medicamento que no haya obtenido la autorización de comercialización correspondiente.
- Todos los elementos de la publicidad de un medicamento se tienen que ajustar a las informaciones que figuren en la ficha técnica.
- La publicidad de los medicamentos tiene que favorecer, en cualquier caso, su utilización racional presentándolo de manera objetiva y sin exagerar sus propiedades.
- Adicionalmente, el legislador recuerda que la publicidad de los medicamentos no puede ser engañosa según lo que dispone la normativa publicitaria de carácter general.

Finalmente, a todos los efectos y como garantía, el TRLGM dispone que la publicidad y promoción comercial de los productos con supuestas propiedades beneficiosas para la salud se tiene que regular por vía reglamentaria (art. 81).

### **3.3.2. Regulación de la publicidad de los medicamentos de prescripción**

El TRLGM regula, a todos los efectos, la **objetividad y calidad de la información y promoción** dirigida a los profesionales sanitarios, esto es, médicos y farmacéuticos, en los siguientes términos (art. 78):

- La información y promoción dirigida a los profesionales sanitarios tiene que estar de acuerdo con la información técnica y científica autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) y tiene que ser rigurosa, bien fundada y objetiva y no inducir a error, de acuerdo con la legislación vigente.
- La información y promoción de los medicamentos se puede llevar a cabo con soportes escritos, audiovisuales o de otra naturaleza, dirigidos exclusivamente a profesionales sanitarios y tienen que tener carácter científico.
- Cuando se trate de información o promoción distribuida por medios informáticos, las administraciones sanitarias tienen que poder acceder a ella a efectos de inspección.
- Las ofertas de premios, becas, contribuciones y subvenciones a reuniones, congresos, viajes de estudio y actos similares financiados por laboratorios farmacéuticos se tienen que hacer públicas de la manera que se determine

reglamentariamente y se tienen que aplicar exclusivamente a actividades de índole científica cuando sus destinatarios sean facultativos en ejercicio clínico o las entidades en las que se asocian. En las publicaciones de trabajos y ponencias se tienen que hacer constar los fondos obtenidos para la realización y la fuente de financiación. La misma obligación afecta al medio de comunicación por la vía del cual se hagan públicos y que obtenga fondos por o para la publicación.

Además, el TRLGM reconoce la regulación de las **garantías de independencia de los profesionales** del sector, indirectamente relacionadas con algunas prácticas comprendidas en el concepto de publicidad.

Así, con carácter adicional a las preceptivas incompatibilidades profesionales, la ley (art. 4.6):

«prohíbe el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos o a sus parientes y personas con quienes convivan».

Por su parte, el RDPM también aborda, de manera más detallada, la publicidad dirigida a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos.

Como **principio general**, el RDPM exige que la publicidad dirigida a los profesionales sanitarios incluya un contenido mínimo que proporcione la información técnico-científica necesaria para que los destinatarios puedan juzgar por sí mismos el valor del medicamento (art. 10). Así, la publicidad mencionada **tiene que incluir**, como mínimo:

- Las informaciones esenciales del producto según los datos que contiene la ficha técnica, incluyendo, al menos, lo siguiente: nombre del medicamento, composición cualitativa y cuantitativa, datos clínicos completos, incompatibilidades, instrucciones de uso y manipulación, nombre y dirección del titular de la autorización.
- Su régimen de prescripción y dispensación.
- Las diferentes presentaciones del producto, si se tercia, y la dosificación o la forma farmacéutica.
- El precio de venta al público, las condiciones de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y, si se tercia y cuando sea posible, la estimación del coste del tratamiento.



Esta obligación en relación con el contenido mínimo de la publicidad dirigida a los profesionales sanitarios tiene como **excepción** el supuesto de la **publicidad de recuerdo**, esto es, la publicidad de un medicamento con el objetivo de recordar su nombre comercial. Como requisitos, se establece que el medicamento tiene que estar autorizado desde hace más de dos años y que la publicidad de recuerdo tiene que incluir la denominación oficial o la denominación común usual o científica cuando el medicamento contenga un único principio activo (art. 11 RDPM).

Con un carácter más específico, el RDPM define y regula algunas de las prácticas recogidas en el concepto de publicidad de medicamentos:

- la visita médica,
- la publicidad documental y los soportes válidos,
- la distribución de muestras gratuitas,
- los incentivos, y
- el patrocinio de reuniones científicas.

El RDPM define la **visita médica** como el «medio de relación entre los laboratorios y las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos a efectos de informar y hacer publicidad sobre estos, llevada a cabo por el visitador médico y basada en la transmisión de los conocimientos técnicos adecuados para la valoración objetiva de su utilidad terapéutica» (art. 12).

A partir de esta definición, el RDPM exige a los laboratorios farmacéuticos que proporcionen a los visitantes la formación necesaria para el ejercicio adecuado de su actividad, de forma que faciliten orientaciones precisas y lo más completas posible sobre los medicamentos que estos promocionan. Además, el visitador tiene que poner a disposición del facultativo la ficha técnica de los medicamentos que presente y tiene que notificar al servicio científico de la empresa cualquier información que reciba por parte del médico en relación con la utilización del medicamento y sus reacciones adversas.

A efectos de lo que dispone el RDPM, tiene la consideración de **publicidad documental** (art. 13):

«la que se practique por medio de publicaciones como por ejemplo revistas, boletines, libros y similares, y también la que se incorpora a medios audiovisuales en soporte óptico, magnético o similar, dirigidas exclusivamente a personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos. También tienen este carácter los impresos que los laboratorios dirijan directamente o por medio de la visita médica a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos».

Esta documentación publicitaria tiene que reflejar el contenido mínimo, antes mencionado, y precisar la fecha de elaboración o la última revisión. La tipografía tiene que ser normalmente legible y la información que contienen los

materiales publicitarios tiene que ser exacta, comprobable y bastante completa y actualizada para que el médico pueda juzgar por sí mismo el valor terapéutico del medicamento.

Si la publicidad contiene citas, cuadros o ilustraciones extraídas de revistas médicas u obras científicas, estas se tienen que reproducir fielmente y han de respetar los derechos de propiedad intelectual precisando con exactitud la fuente de estos (art. 14 RDPM).

La legislación únicamente reconoce como **soportes válidos** los medios de información y promoción, escritos, audiovisuales o de otra naturaleza, de carácter básicamente científico que estén dirigidos y se distribuyan exclusivamente a los profesionales sanitarios. Los titulares de los soportes publicitarios solamente pueden admitir mensajes de publicidad de medicamentos que reúnan los requisitos establecidos legalmente (art. 15 RDPM).

Además, la publicidad documental está sometida a un **régimen de control** que exige la comunicación de esta a los servicios sanitarios de la comunidad autónoma donde el laboratorio tenga su sede o lleve a cabo la mayor parte de sus actividades.

Con carácter excepcional, el RDPM autoriza la entrega de **muestras gratuitas** de medicamentos, exclusivamente a las personas facultadas para prescribirlos y con la autorización previa de la DGFPS para la elaboración y el suministro (art. 16). Entre los numerosos **requisitos y condiciones de entrega** de las muestras que recoge el RDPM sobresalen los siguientes:

- el medicamento tiene que aportar una novedad o una ventaja terapéutica,
- la muestra tiene que ser idéntica a la presentación más pequeña,
- tiene que llevar la mención «Muestra gratuita. Prohibida la venta», y
- se tiene que inutilizar el cupón precinto del envase.
- Durante un plazo de 2 años a partir de la comercialización del nuevo preparado se pueden entregar, con la solicitud escrita previa del destinatario, un máximo de 10 unidades de muestra por médico y año.

Bajo el epígrafe de **otros medios de publicidad**, el RDPM regula los incentivos y el patrocinio de las reuniones científicas.

En materia de incentivos, el legislador prohíbe, a todos los efectos, otorgar, ofrecer o prometer a los profesionales primas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie, con la excepción de los que tengan un valor insignificante e irrelevante para la práctica de la medicina o la farmacia (art. 17).

En cuanto al **patrocinio de reuniones científicas**, el RDPM **excluye de la prohibición general** en materia de incentivos dos tipos de prácticas (art. 18):

1) Por un lado, la hospitalidad que se ofrece (gastos de desplazamiento y estancia), directa o indirectamente, en el marco de manifestaciones de carácter exclusivamente profesional y científico. Esta hospitalidad tiene que tener carácter moderado, estar subordinada al objetivo principal de la reunión y no puede ser extensible a personas que no sean profesionales de la salud.

2) Por otro lado, la industria puede premiar, becar y subvencionar reuniones, congresos, viajes de estudios y actps de índole exclusivamente científica, y contribuir a estos, cuando los destinatarios sean facultativos en ejercicio clínico o las entidades a las cuales se asocian. Recordemos que en las publicaciones de trabajos o ponencias tienen que constar los fondos que se han obtenido para llevarlas a cabo y la fuente de financiación. La misma obligación afecta al medio de comunicación por el cual se hagan públicos y que obtenga fondos por o para la publicación.

El RDPM extiende las prohibiciones en materia de incentivos y patrocinio de reuniones científicas a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos y establece que estas no pueden solicitar o aceptar ningún incentivo prohibido (art. 19).

Finalmente, entre las **obligaciones del laboratorio** en materia de publicidad recogidas en el RDPM sobresalen:

- la creación de un **servicio científico** dentro de la empresa encargado de la información de los medicamentos que esta introduzca en el mercado, y
- la elaboración de un **índice anual de actividad publicitaria** que se tiene que remitir a la autoridad sanitaria encargada del control de la publicidad.

### **3.3.3. Regulación de la publicidad de los medicamentos para el autocuidado de la salud**

El TRLGM también recoge en su articulado la regulación de la publicidad de los denominados **medicamentos para el autocuidado de la salud**, esto es, de los fármacos que no requieren prescripción médica, aunque sí farmacéutica, que no se financian con fondos públicos y que no constituyen sustancias psicotrópicas o estupefacientes (art. 80).

Así, el TRLGM dispone que pueden ser objeto de publicidad dirigida al público en general los medicamentos que cumplan los siguientes **requisitos** (art. 80.1):

- Que no se financien con fondos públicos.
- Que, por su composición y objetivo, estén destinados y concebidos para utilizar sin la intervención de un médico que haga el diagnóstico, la prescripción o el seguimiento del tratamiento, aunque requieran la inter-

vención de un farmacéutico. Este requisito se puede exceptuar cuando se hagan campañas de vacunación aprobadas por las autoridades sanitarias competentes.

- Que no constituyan sustancias psicotrópicas o estupefacientes según lo que está definido en los convenios internacionales.

En primer lugar, el TRLGM establece que los mensajes de la publicidad de medicamentos destinada al público en general tendrán que reunir los siguientes **requisitos** (art. 80.2):

- Que resulte evidente el carácter publicitario del mensaje y quede claramente especificado que el producto es un medicamento.
- Que se incluya la denominación del medicamento en cuestión, como también la denominación común cuando el medicamento contenga una única sustancia activa.
- Que se incluyan todas las informaciones indispensables para la utilización correcta del medicamento, como también una invitación expresa y claramente visible a leer detenidamente las instrucciones que figuren en el prospecto o en el embalaje externo, según el caso, y la recomendación de consultar el farmacéutico sobre la utilización correcta.
- No incluir expresiones que proporcionen seguridad de curación, ni testigos sobre las virtudes del producto, ni de profesionales o personas cuya notoriedad pueda inducir a su consumo.
- No utilizar como argumento publicitario el hecho de haber obtenido autorización sanitaria en cualquier país o cualquier otra autorización o certificación que corresponda expedir, ni los controles o los análisis que sean propios ejecutar a las autoridades sanitarias según la legislación vigente.
- Los mensajes publicitarios de los medicamentos que se emitan en apoyo audiovisual tienen que cumplir las condiciones de accesibilidad para personas con discapacidad establecidas en el ordenamiento jurídico para la publicidad institucional.

En cuanto a estos requisitos mencionados en el TRLGM, el RDPM únicamente añade una referencia a la denominada **publicidad de recuerdo** y establece que, con carácter excepcional, la publicidad de medicamentos destinada al público puede incluir solamente la denominación cuando el único objetivo sea el de recordar la denominación mencionada, siempre que el medicamento sea suficientemente conocido por el público y haya estado en campañas promocionales, al menos, durante dos años (art. 5.2).

#### Guía del SNS

En 2019, el Ministerio de Sanidad del Gobierno español actualizó la *Guía del SNS para la publicidad de medicamentos de uso humano dirigida al público*, que recopila los principios, requisitos y las limitaciones de la publicidad de estos productos, proporciona modelos de documentación, etc.

Por su parte, en materia de **prohibiciones**, el artículo 6 del RDPM prevé una lista que concreta, de manera muy detallada, lo que dispone a todos los efectos el TRLGM. Así, a los efectos del RDPM, la publicidad de un medicamento destinado al público no puede incluir ningún elemento que:

- Atribuya a la consulta médica o a la intervención quirúrgica un carácter superfluo, especialmente ofreciendo un diagnóstico o aconsejando un tratamiento por correo.
- Sugiera que su efecto está asegurado, que carece de efectos secundarios o que es superior o igual al de otro tratamiento u otro medicamento.
- Sugiera que el usuario puede mejorar la salud con su uso, o que esta se puede ver afectada en caso de que no se utilice.
- Sugiera o indique que su uso potencia el rendimiento deportivo.
- Se dirija, exclusiva o principalmente, a niños.
- Se refiera a una recomendación que hayan formulado científicos, profesionales de la salud u otras personas que, debido a su notoriedad, puedan incitar al consumo de medicamentos.
- Equipare el medicamento a un producto alimentario, un producto cosmético o cualquier otro producto de consumo.
- Sugiera que la seguridad o la eficacia del medicamento se debe al hecho que se trata de una sustancia natural.
- Pueda inducir, mediante una descripción o representación detallada de la anamnesis, a un autodiagnóstico falso.
- Se refiera de manera abusiva, alarmante o engañosa a testigos de curación.
- Utilice de manera abusiva, alarmante o engañosa representaciones visuales de las alteraciones del cuerpo humano producidas por enfermedades o lesiones, o de la acción de un medicamento en el cuerpo humano o en partes de este.
- Mencione que el medicamento ha recibido la autorización sanitaria o cualquier otra autorización.

Así mismo el RDPM prohíbe la mención en la publicidad destinada al público de las siguientes indicaciones terapéuticas (art. 6.2):

- tuberculosis,
- enfermedades de transmisión sexual,

- otras enfermedades infecciosas graves,
- cáncer y otras enfermedades tumorales,
- insomnio crónico,
- diabetes, y
- otras enfermedades del metabolismo.

Finalmente, el RDPM recuerda la prohibición de distribuir medicamentos entre el público directamente con finalidades de promoción.

En este punto, hay que destacar el carácter marcadamente restrictivo de la regulación de la publicidad de medicamentos dirigida al público en general. La lista de prohibiciones limita, de manera considerable, las estrategias creativas de la publicidad de este tipo de productos. Por eso, desde organismos profesionales como, por ejemplo, la Asociación para el Autocuidado de la Salud (ANEFP) se reivindica una flexibilización más grande de la regulación actual, que se considera muy general y poco concreta. En este sentido, hay que destacar que en julio de 2013 una modificación en el anterior LGURM suprimió el control previo sanitario (CPS) al cual durante 28 años tuvo que someterse la publicidad de medicamentos destinada al público. Con esta medida, los laboratorios farmacéuticos consiguieron una reivindicación histórica, pues durante años alegaron que la autorización administrativa anterior era un tipo de censura previa que alargaba innecesariamente el proceso de elaboración de las campañas.

En la actualidad, el TRLGM establece explícitamente que la publicidad de los medicamentos sin receta no requerirá de autorización administrativa previa, si bien las administraciones sanitarias competentes efectuarán los controles necesarios para garantizar que los contenidos publicitarios cumplan con la normativa.

En este sentido, fue la propia ANEFP quien, después de conocer la supresión del control previo, reivindicó el papel clave que a partir de entonces tendría la autorregulación publicitaria. Fruto de la colaboración entre instituciones, la ANEFP creó, en septiembre de 2013, su propio sello de garantía publicitaria que avala el rigor de la publicidad dirigida al público de los medicamentos sin receta.

Por otro lado, en materia de **garantías**, el TRLGM faculta a las administraciones sanitarias para limitar, condicionar o prohibir la publicidad de los medicamentos por razones de salud pública o seguridad de las personas (art. 80.4).

Dado que en la decisión de compra de los medicamentos para el autocuidado de la salud tienen que prevalecer razones de salud y no económicas, el TRLGM **prohíbe** las primas, los obsequios, premios, concursos, las bonificaciones o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de estos medicamentos (art. 80.5).



De manera más específica, en el caso de los **productos sanitarios**, el TRLGM excluye la posibilidad de hacer publicidad directa o indirecta dirigida al público en caso de que el producto esté financiado por el Sistema Nacional de Salud. Así mismo, se prohíben las primas, los obsequios, descuentos, premios, concursos, las bonificaciones o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de estos productos (art. 80.6).

### **Productos sanitarios**

A efectos del TRLGM –art. 2 1)– entenderemos por producto sanitario cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solamente o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con finalidades de:

- 1) diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad;
- 2) diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia;
- 3) investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico, y
- 4) regulación de la concepción, y que no ejerza la acción principal que se quiera obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunitarios ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir estos medios.

### **3.3.4. Régimen sancionador y de control de la publicidad de los medicamentos**

A todos los efectos, el TRLGM dispone que las infracciones en materia de medicamentos serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente y sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir (art. 110.1).

En relación con el régimen sancionador, el propio TRLGM establece que las **infracciones** derivadas de su incumplimiento se calificarán como **leves, graves y muy graves** atendiendo a los siguientes criterios: riesgos para la salud, cuantía del eventual beneficio obtenido, gravedad de la alteración sanitaria y social producida, generalización de la infracción y reincidencia (art. 111.1).

En materia de publicidad de medicamentos, el TRLGM establece que constituirán faltas administrativas tipificadas como infracciones **muy graves**, y sancionadas con una multa de 90.001 hasta 1.000.000 de euros, las siguientes conductas –art. 111.2 c)–:

- Realizar promoción, información o publicidad de medicamentos no autorizados o sin ajustarse a lo que se dispone en el propio TRLGM y en la legislación general sobre publicidad.
- Efectuar promoción, publicidad o información destinada al público de productos o preparados, con finalidades medicinales, a pesar de que el propio producto no haga referencia explícita a estas finalidades, incluidas

las sustancias medicinales y sus combinaciones, que no se encuentren autorizadas como medicamentos.

- Ofrecer primas, obsequios, premios, concursos, bonificaciones, descuentos o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de los productos regulados en el TRLGM.
- No cumplir los requisitos y las condiciones reglamentariamente exigidos en materia de publicidad y promoción comercial de los productos, materiales, sustancias, energías o métodos a los que se atribuyan efectos beneficiosos sobre la salud.

El TRLGM tipifica como **infracción grave**, sancionada con una multa de 30.001 euros, ofrecer directa o indirectamente cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos prohibidos, primas u obsequios, efectuados por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos, a los profesionales sanitarios, con motivo de la prescripción, dispensación y administración de los mismos, o a sus parientes y personas que convivan con ellos. En coherencia con esta infracción, la LGURM también tipifica como infracción grave la aceptación por parte de los profesionales sanitarios de los incentivos, primas u obsequios anteriormente mencionados.

Finalmente, en materia de publicidad, el TRLGM tipifica como **infracción leve**, sancionada con una multa de 6.000 a 30.000 euros, realizar publicidad de fórmulas magistrales o de preparados oficinales.

Además, el TRLGM establece que las sanciones por la comisión de infracciones graves y muy graves serán publicadas en el diario oficial correspondiente una vez adquieran firmeza (art. 114.4) y, a su vez, otorga el ejercicio de la potestad sancionadora a la Administración general del Estado o a las comunidades autónomas que ostenten la función inspectora (art. 114.5).

En materia de **prescripción**, el TRLGM establece que las infracciones muy graves prescriben al cabo de cinco años de haberse cometido, las graves al cabo de dos años y las leves después de un año. En estos mismos plazos prescriben las sanciones (art. 116).

Otro aspecto que mantiene el TRLGM es la **acción de cese**, medida procesal concebida para los casos en que la publicidad de un medicamento es contraria al contenido de la ley o a sus disposiciones de desarrollo, y afecta a intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios. En estos casos, el TRLGM también reconoce la posibilidad de solicitar el cese de la publicidad en cuestión antes del ejercicio de esta acción. Así, el TRLGM (art. 117 y 118) regula, en los siguientes términos, el ejercicio de la solicitud previa y de la acción de cese, respectivamente.



**Solicitud previa al ejercicio de la acción de cese (art. 117)**

1) Cuando una publicidad de medicamentos de uso humano, de productos sanitarios o de productos con supuestas propiedades sobre la salud sea contraria a esta ley, a sus disposiciones de desarrollo o a la Ley general de sanidad, y afecte a los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, pueden solicitar el cese:

a) La Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos que establece la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, o, si se tercia, la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

c) Las entidades de otros estados miembros de la Unión Europea a las cuales hace referencia el artículo 106 de esta ley.

d) Los titulares de un derecho o de un interés legítimo.

2) La solicitud se tiene que hacer de forma que permita tener constancia fehaciente de su fecha, de su recepción y de su contenido.

3) El cese se puede solicitar desde el comienzo hasta el fin de la actividad publicitaria. Así mismo, la acción se puede ejercer para prohibir una conducta cuando esta haya finalizado en el momento de ejercer la acción, si hay indicios suficientes que hagan temer la reiteración de manera inmediata.

4) Dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud, el requerido tiene que comunicar al requeridor de manera fehaciente su voluntad de cesar en la actividad publicitaria y tiene que proceder efectivamente a este cese.

5) En los casos de silencio o negativa, o cuando no haya tenido lugar el cese, el requeridor, con la justificación previa de haber efectuado la solicitud de cese, puede ejercer la acción que prevé el siguiente artículo.

6) Tanto la solicitud como la voluntad de cesar, o, si se tercia, la negativa a cesar en la actividad publicitaria, se tiene que comunicar a la autoridad sanitaria competente en materia de control de publicidad de medicamentos.

**Acción de cese (art. 118)**

1) Se puede ejercer la acción de cese frente a las siguientes conductas, siempre que sean contrarias a esta ley, a sus normas de desarrollo o a la Ley general de sanidad y lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios:

a) Conductas en materia de publicidad de medicamentos de uso humano. En este caso, se puede ejercer la acción sin necesidad de presentar la solicitud previa que prevé el artículo 117, que tiene carácter potestativo.

b) Conductas en materia de publicidad de productos sanitarios o productos con supuestas propiedades para la salud, con la presentación previa preceptiva de la solicitud que prevé el artículo 117.

2) La acción de cese se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a las normas mencionadas en el apartado anterior y a prohibir la reiteración futura. Así mismo, la acción se puede ejercer para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado en el momento de ejercer la acción, si hay indicios suficientes que hagan temer la reiteración de manera inmediata. Se tiene que comunicar a la autoridad sanitaria competente en materia de control de la publicidad de medicamentos tanto la interposición de la acción como la sentencia que, si se tercia, se dicte.

3) Están legitimados para ejercer la acción de cese:

a) La Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos que establece la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, o, si se terciara, la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

c) El Ministerio Fiscal.

d) Las entidades de otros estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante la inclusión en la lista publicada con esta finalidad en *el Diario Oficial de la Unión Europea*.

e) Los jueces y tribunales tienen que aceptar esta lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de esta y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

f) Los titulares de un derecho o interés legítimo.

Todas las entidades mencionadas en este artículo se pueden personar en los procesos promovidos por cualquiera de estas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

Por su parte, el RDPM se limita a reconocer la posible adopción de medidas cautelares por parte de la autoridad sanitaria competente para autorizar la publicidad de medicamentos en caso de incumplimiento de la legislación vigente.

### **3.4. Regulación de la publicidad del tabaco**

La lucha contra el tabaquismo y los riesgos derivados es, desde hace décadas, una prioridad en política de salud pública en el marco de la Unión Europea (UE).

Por eso, en los últimos años, las instituciones europeas han dictado numerosas disposiciones normativas con el objetivo de reducir el consumo del tabaco y de sus productos derivados. Entre estas disposiciones, de carácter general, encontramos las destinadas a regular, de una manera específica, la publicidad de los productos del tabaco.

La primera medida comunitaria que reguló la publicidad de los productos del tabaco data de 1989, año en que se aprobó la Directiva 89/552/CEE, cuyo articulado contenía la prohibición absoluta de la publicidad, directa o indirecta, del tabaco en el medio televisivo.

El legislador español recogió esta prohibición en el texto original de la LGP fruto de un acuerdo, anterior a la Directiva 89/55/CEE, entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y los representantes de la industria tabaquera.

Posteriormente, en 2003 se aprobó la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de publicidad y patrocinio del tabaco.

La transposición de la Directiva 2003/33/CE al ordenamiento jurídico español tuvo lugar mediante la aprobación de la **Ley 28/2005**, de 26 de diciembre, **de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco** (LMST), también conocida como **Ley antitabaco**, cuyo objetivo principal es la prevención y el control del tabaquismo.

Para conseguirlo, el legislador prevé la adopción de dos tipos de **medidas**:

- 1) por un lado, las dirigidas a limitar las operaciones al por menor de venta, suministro y consumo del tabaco y,
- 2) por el otro, las medidas destinadas a regular la publicidad y la promoción, directa o indirecta, de los productos del tabaco, como también el patrocinio de diferentes actividades por parte de las tabaqueras.

En la exposición de motivos de la LMST, el legislador reconoce la influencia de la publicidad y el patrocinio sobre las conductas personales y los hábitos sociales de los ciudadanos; y esto, en sus propias palabras convierte la publicidad y el patrocinio del tabaco...

«en un elemento claro de inducción y protección de su consumo, especialmente en el ámbito infantil y juvenil; por eso, se hace necesario incidir limitativamente en todas las clases y medios de publicidad, ya sean impresos, radiofónicos, televisivos, electrónicos o cinematográficos».

Con este objetivo, en 2005 se aprueba la LMST, un texto –actualmente de veintitrés artículos– que se estructura en torno a cinco capítulos dedicados, respectivamente: a la regulación de las disposiciones generales; a las limitaciones a la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco; a la regulación de su publicidad, promoción y patrocinio; a las medidas de prevención del tabaquismo, de promoción de la salud y de facilitación de la deshabituación tabáquica, y al régimen de las infracciones y sanciones.

### **3.4.1. Regulación de la publicidad, la promoción y el patrocinio**

A continuación, abordaremos el contenido del capítulo III de la LMST que, de una manera breve y en tan solo dos artículos, regula la publicidad, la promoción y el patrocinio de los productos del tabaco.

En primer lugar, la LMST establece una serie de **limitaciones** generales a la **publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco** entre las cuales sobresale, en primer término, la denominada **cláusula general prohibitiva** (art. 9).

Antes de abordar el estudio de la cláusula general, conviene destacar que el legislador define los conceptos de productos del tabaco, publicidad, patrocinio y promoción de estos en el marco de sus disposiciones generales.

Así, a efectos de la LMST, se considerarán **productos del tabaco** –art. 2.1 a)–:

«los productos que pueden ser consumidos y constituidos, total o parcialmente, por tabaco, genéticamente modificado o no».

También a efectos de esta ley, por **publicidad** se entiende –art. 2.1 b) LMST–:

«toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco o el uso del tabaco, incluida la publicidad que, sin mencionar directamente a un producto del tabaco, intente eludir la prohibición de la publicidad utilizando nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos de productos del tabaco».

Hay que avanzar que esta definición incluye, en el concepto jurídico de publicidad del tabaco, la **publicidad indirecta**, esto es, la que a pesar de no mencionar el producto del tabaco, utiliza algunos de los elementos distintivos con el objetivo de que el público asocie esta publicidad con el producto originario del tabaco cuya publicidad, como veremos, está actualmente prohibida.

Por su parte, la LMST –art. 2.1 c)– define el **patrocinio** como:

«cualquier tipo de contribución, pública o privada, a un acontecimiento, una actividad o un individuo cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco o el uso del tabaco».

Finalmente, la LMST –art. 2.1 d)– entiende por **promoción**:

«todo estímulo de la demanda de productos del tabaco, como anuncios, publicidad y actos especiales, entre otros, destinados a atraer la atención y suscitar el interés de los consumidores».

A raíz de la aprobación de la Ley 2/2014, de 27 de marzo, por la cual se modifica el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, la LMST incorporó a su articulado la regulación de los dispositivos susceptibles de liberación de nicotina, esto es, los más conocidos como cigarrillos electrónicos. Así, la LMST en el artículo 2.1. f) define el **dispositivo susceptible de liberación de nicotina** como el:

«producto, o cualquiera de sus componentes, incluidos los cartuchos y el dispositivo sin cartucho, que pueda utilizarse para el consumo de vapor que contenga nicotina a través de una boquilla. Los cigarrillos electrónicos pueden ser desechables, recargables mediante un contenedor de carga o recargables con cartucho desechable».

En el marco de la denominada **cláusula general prohibitiva**, en primer lugar, la LMST **prohíbe**, «el patrocinio de los productos del tabaco, y también toda clase de publicidad y promoción de los productos mencionados en todos los medios y soportes, incluidas las máquinas expendedoras y los servicios de la sociedad de la información» (art. 9.1).

Sin embargo, respecto a esta cláusula prohibitiva general, el legislador prevé tres **excepciones**; de forma que se puede llevar a cabo publicidad y promoción del tabaco en los siguientes lugares:

1) Las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales que intervienen en el comercio del tabaco.

2) Las presentaciones de productos del tabaco a profesionales del sector, y también la promoción de estos productos en las expendedorías de tabaco y timbre del Estado, siempre que no tenga como destinatarios a los menores de edad ni implique la distribución gratuita de tabaco o de bienes y servicios relacionados exclusivamente con productos del tabaco o con el hábito de fumar o que comporten nombres, marcas, símbolos o cualesquier otros signos distintivos que sean utilizados para los productos del tabaco. En todo caso, el valor o precio de los bienes o servicios mencionados no puede ser superior al 5 % del precio de los productos del tabaco que se pretenda promocionar. En ningún caso, estas actividades se pueden hacer en los escaparates ni extenderse fuera de los establecimientos mencionados, ni dirigirse al exterior.

3) Las publicaciones que contengan publicidad de productos del tabaco, editadas o impresas en países que no forman parte de la Unión Europea, siempre que estas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario, salvo que estén dirigidas principalmente a los menores de edad.

Adicionalmente, conviene mencionar que la Disposición Adicional Novena de la LMST excluye los clubes privados de fumadores de la prohibición sobre publicidad, promoción y patrocinio de productos del tabaco siempre que estas actividades se hagan en el interior de su sede social y en presencia única y exclusivamente de personas socias mayores de edad.

En segundo lugar, la LMST también **prohíbe**, fuera de la red de expendedorías de tabaco y timbre del Estado, la **distribución gratuita o promocional** de productos, bienes o servicios o cualquier otra actuación, cuyo objetivo o efecto directo o indirecto, principal o secundario sea la promoción de un producto del tabaco (art. 9.2).

En tercer lugar, el legislador ha incorporado a la LMST la **prohibición** en todos los medios, incluidos los servicios de la sociedad de la información, de la emisión de programas o de imágenes en que los presentadores, colaboradores

o invitados aparezcan fumando, mencionen o muestren, directa o indirectamente, marcas, nombres comerciales, logotipos u otros signos identificativos o asociados a productos del tabaco (art. 9.3).

Finalmente, el artículo 10 de la LMST, que regula la publicidad, la promoción y el patrocinio de los productos del tabaco, **prohíbe** expresamente la utilización de:

«nombres, marcas, símbolos o cualesquier otros signos distintivos que sean utilizados para identificar en el tráfico productos del tabaco y, simultáneamente, otros bienes o servicios y sean comercializados u ofrecidos por una misma empresa o grupo de empresas».

De este modo, el legislador español, en coherencia con la inclusión del término *indirecto* en la definición misma de publicidad, **prohíbe** expresamente la **publicidad indirecta** de los productos del tabaco.

Sin embargo, con base en el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, la LMST establece un **régimen transitorio** en materia de denominaciones comunes, según el cual, las denominaciones comunes a que se refiere el artículo 10 que hayan sido comercializadas antes de la entrada en vigor de la LMST se pueden continuar utilizando, si bien los nombres, las marcas, los símbolos o signos distintivos tienen que mostrar un aspecto claramente diferente del utilizado en el producto del tabaco y no incluir ningún otro signo distintivo ya utilizado para este producto (Disposición Transitoria Segunda LMST).

A partir de la fecha de entrada en vigor de la LMST, ningún bien o servicio que se introduzca en el mercado no puede utilizar nombres, marcas, símbolos u otros signos distintivos ya utilizados para un producto del tabaco.

El año 2014, como hemos avanzado, la modificación de la LMST reguló el vacío legal existente hasta entonces en materia de publicidad de los llamados cigarrillos electrónicos. Actualmente, en su Disposición Adicional Decimotercera –conforme a la redacción dada en 2017–, la LMS, en relación con los **dispositivos susceptibles de liberación de nicotina y envases de recarga** prohíbe:

- Las comunicaciones comerciales en los servicios de la sociedad de la información, en la prensa y en otras publicaciones impresas, que tengan por fin o por efecto directo o indirecto su promoción, con la excepción de las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio de los productos y de las publicaciones que estén impresas y publicadas en terceros países, cuando estas publicaciones no tengan por destino principal el mercado de la Unión Europea.
- Las comunicaciones comerciales que tengan por fin o por efecto directo o indirecto su promoción en la radio.

- Toda forma de contribución pública o privada a programas de radio que tenga por objeto o por efecto directo o indirecto su promoción.
- Toda forma de contribución pública o privada a cualquier acto, actividad o individuo que tenga por objeto o por efecto directo o indirecto su promoción y que implique varios estados miembros, o tenga lugar en varios estados miembros, o haga efectos transfronterizos de cualquier otra manera.
- Las comunicaciones comerciales audiovisuales, tal como están definidas en el artículo 2.24 de la LGCAV.

### 3.4.2. Infracciones y sanciones

En materia de **infracciones y sanciones**, conviene destacar que el legislador opta, una vez más, por la vía administrativa, y que la LMST clasifica las infracciones en **muy graves, graves y leves** (art. 19).

Así, resulta especialmente destacable que la LMST tipifique únicamente como **infracción muy grave**, sancionable con una multa de 10.001 a 600.000 euros, hacer publicidad, promoción y patrocinio:

- a) de los productos del tabaco en todos los medios, incluidos los servicios de la sociedad de la información, excepto en los supuestos que la ley prevé como excepción (art. 19.4).
- b) de dispositivos susceptibles de liberación de nicotina y envases de recarga que no estén permitidos.

El resto de supuestos en materia de publicidad, promoción y productos del tabaco prohibidos en la LMST son constitutivos de **infracciones graves** (art. 9.3), sancionables con una multa de 601 hasta 10.000 euros.

La LMST también dispone, en el artículo 18.3, que:

«las infracciones muy graves prescriben al cabo de tres años; las graves, al cabo de dos años, y las leves, al cabo de seis meses. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescriben al cabo de tres años; las impuestas por faltas graves, al cabo de dos años, y las impuestas por faltas leves, después de un año».

Además, en materia de **responsabilidad por las infracciones cometidas**, la LMST prevé, en el artículo 21.7, que:

«en el caso de infracciones en materia de publicidad, es considerado responsable solidario, además de la empresa publicitaria, el beneficiario de la publicidad, entendiéndose como tal el titular de la marca o producto anunciado, y también el titular del establecimiento o espacio en que se emite el anuncio».

En referencia a las **competencias de inspección y sanción**, en función del criterio de territorialidad, el legislador habilita a la Administración general del Estado y a las comunidades autónomas para el ejercicio de estas (art. 22 LMST).

En materia de **acciones**, la LMST reconoce, en el artículo 23.1, que:

«El titular de un derecho o interés legítimo afectado puede exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de cualquier orden la observancia y el cumplimiento de lo que dispone esta Ley».

Como cierre, únicamente apuntaremos que, en materia de publicidad y patrocinio de los productos del tabaco, la normativa estatal es sustancialmente más restrictiva que la comunitaria.

En cualquier caso, dado que la Directiva 2003/33/CE faculta a los estados miembros para transponer su contenido a los ordenamientos jurídicos respectivos de una manera más restrictiva, en caso de elaborar campañas internacionales para anunciantes de este sector se tiene que consultar la legislación de los diferentes estados donde se prevea la difusión de la publicidad.



## 4. Regulación de la publicidad institucional

Después de abordar la regulación de la publicidad de los medicamentos y la de los productos del tabaco, como ejemplo de la relevancia de la legislación especial, a continuación nos detendremos en el estudio de la regulación de la publicidad institucional.

En este punto, conviene recordar que el legislador excluyó la publicidad institucional del ámbito de aplicación de la normativa general de publicidad y que, por lo tanto, la LGP y la LCD únicamente son aplicables a la denominada **publicidad económica**, esto es, recordémoslo:

«toda forma de comunicación hecha por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de manera directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones» (art. 2 LGP).

Así, dado que, como veremos, los objetivos de la publicidad institucional se alejan de las finalidades industriales, comerciales o mercantiles, la LGP y la LCD únicamente son aplicables, por un lado, a la publicidad institucional que, puntualmente, puedan desarrollar los organismos públicos con finalidades comerciales. Por otro lado, recordemos que a la publicidad institucional es aplicable lo que dispone la LGP en materia de contratación.

### 4.1. Objetivos y justificación de la regulación de la publicidad institucional

En el marco de un estado democrático de derecho, el gobierno es sujeto y objeto de información y valoración política. A su vez, como responsable último de la Administración general del Estado, el Gobierno también es emisor de una serie de mensajes dirigidos a los ciudadanos que se engloban bajo la denominación genérica de **campañas institucionales de publicidad y comunicación**.

Así, a fin de garantizar la utilidad pública, la profesionalización, la transparencia y la lealtad institucional en el desarrollo de las campañas institucionales de publicidad, en 2005 se aprobó la **Ley 29/2005**, de 29 de diciembre, de **publicidad y comunicación institucional** (LPCI).

En la misma exposición de motivos de la LPCI el legislador expone con claridad las diferencias principales entre la publicidad política y la publicidad institucional, objeto de regulación en esta norma específica:

«La dualidad entre la naturaleza política y ejecutiva de la acción gubernamental se tiene que mantener en esferas comunicativas separadas. La valoración, el juicio y la información de carácter político tienen sus propios cursos y no se tienen que mezclar con la actividad comunicativa que, ordenada y orientada a la difusión de un mensaje común, emprende la Administración para dar a conocer a los ciudadanos los servicios que ofrece y las actividades que lleva a cabo. Tiene que ser un principio fundamental de la actividad comunicativa del Gobierno, por medio de campañas institucionales, desligar la opinión política de la información veraz y neutral sobre sus políticas públicas. La publicidad y comunicación institucional tienen que estar al estricto servicio de las necesidades e intereses de los ciudadanos, tienen que facilitar el ejercicio de sus derechos y promover el cumplimiento de sus deberes, y no tienen que perseguir objetivos inadecuados al buen uso de los fondos públicos».

La LPCI es un texto breve –actualmente consta de quince artículos– organizado en dos capítulos. En el primero se establecen las disposiciones generales de la ley, esto es, el objeto y el ámbito de aplicación, las definiciones, los requisitos, las prohibiciones, las garantías y el método de adjudicación de los contratos, entre otros aspectos.

La LPCI regula, así, el contenido de los mensajes difundidos por medio de campañas de publicidad y comunicación institucional, dispone de garantías frente a las que incumplan sus mandatos y establece mecanismos de planificación, coordinación y control de la actividad publicitaria y de comunicación institucional que lleva a cabo la Administración general del Estado.

A continuación, sintetizaremos el contenido y alcance de la LPCI, no sin antes detenernos en el detalle de los **objetivos principales** de esta recogidos, una vez más, en su exposición de motivos:

1) En primer lugar, la **utilidad pública** como objetivo de estas campañas implica la erradicación de las que tengan como finalidad enaltecer la tarea del Gobierno. Se garantiza así que las campañas de publicidad institucional sirvan a sus destinatarios legítimos, que son los ciudadanos, y no a quienes las promueve. Con el propósito de garantizar que la información llegue a todos los ciudadanos, la ley ordena la utilización de medios, soportes o formatos que, por un lado, aseguren el acceso a la información de las personas con discapacidad y la pluralidad lingüística de las campañas y, por el otro, que garanticen mejor la difusión de los mensajes.

2) En segundo lugar, el objetivo de la **profesionalización** se extiende a la planificación, ejecución y evaluación de las campañas con el fin de asegurar el máximo aprovechamiento de los recursos públicos.

3) En tercer lugar, con base en el principio de transparencia de las Administraciones públicas, la LPCI responde al objetivo de **fortalecer la transparencia de las campañas**, mediante la habilitación de fórmulas que den a conocer todas las actividades de publicidad y de comunicación que prevea llevar a cabo la Administración general del Estado.

4) Finalmente, el objetivo de **lealtad institucional** se traduce en la prohibición de campañas de publicidad y comunicación institucional destinadas a injuriar la actividad de otras administraciones en el uso legítimo de sus competencias.

Al concretar su **objeto y ámbito de aplicación**, la LPCI (art. 1.1) reconoce que...

«establece el régimen jurídico de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación promovidas o contratadas por la Administración general del Estado y por las otras entidades integrantes del sector público estatal».

Además, la LPCI **excluye** expresamente de su ámbito de aplicación, en primer lugar y como ya hemos avanzado, la publicidad económica desarrollada por la Administración y, en segundo lugar, la mera difusión de información sobre las actuaciones públicas que se tengan que publicar por mandato legal.

En este punto conviene destacar la importancia de la **legislación autonómica** a la hora de concretar lo que dispone la legislación estatal en su propia normativa que, en determinados casos, regula la publicidad institucional que han llevado a cabo las Administraciones públicas de carácter autonómico y local. El estudio de la normativa autonómica excede los objetivos de la asignatura, pero esto no impide destacar la importancia de consultar esta normativa en caso de llevar a cabo campañas de publicidad institucional circunscritas a estos ámbitos.

## 4.2. Definiciones, requisitos y prohibiciones de la publicidad institucional

Cómo se desprende del título mismo de la norma, en materia de definiciones, el legislador ha optado por diferenciar los conceptos jurídicos de publicidad y comunicación institucional.

Así, a efectos de la LPCI –art. 2 a)–, entendemos por **campaña institucional de publicidad**:

«toda actividad orientada y ordenada a la difusión de un mensaje u objetivo común, dirigida a una pluralidad de destinatarios, que utilice un soporte publicitario pagado o cedido y sea promovida o contratada por alguno de los sujetos enunciados en el artículo 1».

Y, a su vez, la LPCI –art. 2 b)– define como **campaña institucional de comunicación**:

### Lectura complementaria

Las entidades integrantes del sector público están enumeradas en el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria.

De este modo, el legislador restringe el concepto de **publicidad institucional** a la concepción tradicional desde un punto de vista profesional, con base en el criterio de la difusión de esta por medio de espacios contratados o cedidos en soportes publicitarios.

Sin embargo, la inclusión de las denominadas **campañas de comunicación institucional** en la LPCI extiende el ámbito de aplicación de esta Ley a cualquier otra práctica de comunicación como, por ejemplo, las actividades de relaciones públicas cuyo objetivo sea la difusión de mensajes de carácter institucional a una pluralidad de destinatarios.

En cuanto a los **requisitos de las campañas institucionales de publicidad y comunicación**, en primer término, la LPCI dispone que solamente se pueden promover o contratar campañas institucionales de publicidad y de comunicación cuando estas respondan a alguno de los siguientes **objetivos** (art. 3.1):

- Promover la difusión y el conocimiento de los valores y principios constitucionales.
- Informar a los ciudadanos de sus derechos y obligaciones legales, de aspectos relevantes del funcionamiento de las instituciones públicas y de las condiciones de acceso y uso de los espacios y servicios públicos.
- Informar a los ciudadanos sobre la existencia de procesos electorales y consultas populares.
- Difundir el contenido de las disposiciones jurídicas que, por su novedad y repercusión social, requieran medidas complementarias para su conocimiento general.
- Difundir ofertas de ocupación pública que por su importancia e interés así lo aconsejen.
- Advertir de la adopción de medidas de orden o seguridad públicas cuando afecten a una pluralidad de destinatarios.
- Anunciar medidas preventivas de riesgos o que contribuyan a la eliminación de daños de cualquier naturaleza para la salud de las personas o el patrimonio natural.
- Apoyar a sectores económicos españoles en el exterior, promover la comercialización de productos españoles y atraer inversiones extranjeras.
- Difundir las lenguas y el patrimonio histórico y natural de España.

- Comunicar programas y actuaciones públicas de relevancia e interés social.

Con un carácter más general, la LPCI establece cuatro **requisitos adicionales**:

1) Las campañas institucionales se pueden llevar a cabo exclusivamente cuando concurren en ellas razones de interés público y en el ejercicio de competencias propias (art. 3.2).

2) Las campañas institucionales tienen que contribuir a fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, y tienen que respetar la diversidad social y cultural presente en la sociedad (art. 3.3).

3) Las campañas institucionales se tienen que ajustar siempre a las exigencias derivadas de los principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, transparencia, eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad en el gasto (art. 3.4).

4) Las campañas institucionales de publicidad se tienen que identificar claramente como tales y, a tal efecto, tienen que incluir la mención expresa de la Administración o entidad promotora o contratante (art. 4.3).

En materia de **prohibiciones**, la LPCI establece que no se pueden promover o contratar campañas de publicidad y de comunicación institucionales (art. 4.1):

a) Que tengan como finalidad destacar los éxitos de gestión o los objetivos conseguidos por los sujetos mencionados en el artículo 1.

b) Que manifiestamente menoscaben, obstaculicen o perturben las políticas públicas o cualquier actuación legítimamente hecha por otro poder público en el ejercicio de sus competencias.

c) Que incluyan mensajes discriminatorios, sexistas o contrarios a los principios, valores y derechos constitucionales.

d) Que inciten, de manera directa o indirecta, a la violencia o a comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico.

Así mismo, con el objetivo de separar claramente la publicidad institucional de la publicidad política, la LCPI **prohíbe**, por un lado, los mensajes o la presentación de las campañas institucionales que puedan inducir a confusión con los símbolos, ideas, expresiones, diseños o imágenes empleadas por cualquier formación política u organización social (art. 4.2) y, por otro lado, las campañas que no se identifiquen como tales y no incluyan la mención expresa de la Administración o entidad promotora o contratante (art. 4.3).

En coherencia con la utilidad pública de estas campañas, en materia de **accesibilidad** el legislador exige (art. 5 LCPI) que procuren:

«el acceso más completo a la información a las personas con cualquier tipo de discapacidad».

Adicionalmente, la LPCI establece que se tiene que fomentar la utilización de los soportes que, sin menguar la eficacia de la campaña, sean más respetuosos con el **medio ambiente** (art. 6).

Adicionalmente, el legislador incorpora a la LPCI una breve referencia a tres aspectos concretos de la publicidad institucional:

- 1) el sistema de adjudicación de sus contratos,
- 2) la lengua que se tiene que emplear en este tipo de campañas, y
- 3) finalmente, la publicidad institucional en el contexto de procesos electorales o de referéndum.

En cuanto a los **contratos** vinculados a las campañas de publicidad y comunicación institucional, la LPCI dispone (art. 8.1) que estos se tienen que adjudicar...

«de acuerdo con su normativa aplicable, respetando estrictamente los principios de publicidad y concurrencia, y atendiendo siempre a criterios objetivos como por ejemplo el coste económico y la eficacia prevista del plan de medios. Estos mismos criterios objetivos tienen que ser observados por los contratistas en los casos de subcontratación».

Así mismo, la LPCI dispone que es el Consejo de Ministros quien tiene que aprobar, con el dictamen previo del Consejo de Estado, los pliegos de cláusulas generales para las campañas institucionales de publicidad y de comunicación de la Administración general del Estado y otras entidades estatales afectadas por esta ley (art. 8.2).

En materia de **lenguas**, la LPCI concreta (art. 9) que:

«en las campañas institucionales se utiliza el castellano y, además, atendiendo al ámbito territorial de difusión, las lenguas cooficiales de las comunidades autónomas, respetando la legislación de la respectiva comunidad autónoma sobre uso de lenguas oficiales».

Únicamente si es necesario, por razón de finalidad o ámbito de difusión, se pueden utilizar lenguas extranjeras en la publicidad y comunicación institucional.

En cuanto a la posibilidad de hacer campañas institucionales en **periodos de procesos electorales y de referéndum**, la LPCI **prohíbe** la realización de campañas institucionales en periodo electoral, entendiendo por tal el lapso temporal comprendido entre la convocatoria de elecciones y el día mismo de la votación, con las siguientes **excepciones** (art. 10):

1) Las expresamente previstas en la normativa electoral en relación con la información a los ciudadanos sobre la inscripción en las listas del censo electoral o las otras previstas en el artículo 50.1 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG).

«Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden hacer durante el periodo electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores. Esta publicidad institucional se tiene que hacer en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para lograr los objetivos de esta campaña».

2) Las que puedan ser imprescindibles para la salvaguarda del interés público o para la prestación correcta de los servicios públicos.

En relación con las campañas institucionales hechas durante un proceso electoral o de referéndum conviene destacar que estas tienen que respetar, adicionalmente, la normativa especial que prevé la mencionada LOREG y la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las diferentes modalidades de referéndum.

### 4.3. Mecanismos de control

Teniendo en cuenta la duración temporal habitual de las campañas de publicidad y comunicación, el legislador fue consciente desde un inicio de la necesidad de disponer de un **sistema ágil de control** de estas como una vía para garantizar eficazmente los intereses y derechos de los ciudadanos.

Con esta finalidad, la LPCI articula un procedimiento administrativo de carácter especial y sumario que permite a los ciudadanos solicitar el cese o la rectificación de la actividad contraria a las prohibiciones que dispone la LCPI.

A su vez, el legislador atribuye a la Comisión de publicidad y comunicación institucional, adscrita al Ministerio de la Presidencia, la competencia para conocer estas solicitudes.

A continuación, pasamos a detallar lo que dispone el artículo 7 LPCI en relación con el ejercicio de la **solicitud de cese o rectificación** de la publicidad institucional ilícita.

## Garantías

«1) Sin perjuicio de las vías de recurso que prevé el ordenamiento, cualquier persona física o jurídica afectada en sus derechos o intereses legítimos puede solicitar el cese inmediato o la rectificación de las campañas que incurran en alguna de las prohibiciones que contiene esta Ley. Además, lo pueden solicitar, sin necesidad de acreditar un derecho o interés legítimo, las entidades jurídicas que tengan por objeto o finalidad velar por el respecto de los valores y principios consagrados por esta Ley.

2) Los interesados pueden solicitar el cese o rectificación ante la Comisión de publicidad y comunicación institucional por razón de la infracción de los artículos 3.2 y 4. El cese puede ser solicitado desde el comienzo hasta el fin de la actividad publicitaria. La rectificación se puede solicitar desde el inicio de la actividad publicitaria hasta siete días después de que haya finalizado.

3) La Comisión de publicidad y comunicación institucional tiene que emitir resolución en un plazo máximo de seis días. La resolución, que es ejecutiva, pone fin a la vía administrativa. Si la resolución estima la solicitud de cese, el órgano anunciante tiene que proceder inmediatamente al cese mencionado. Si la resolución estima una solicitud de rectificación, el órgano anunciante tiene que proceder a la rectificación dentro de los siete días siguientes de dictada la resolución mencionada.

4) Como medida cautelar, a petición del interesado, la Comisión puede ordenar la suspensión provisional de la campaña, siempre que se aprecien indicios de infracción manifiesta de los artículos 3.2 y 4. El plazo máximo para resolver la suspensión provisional es de tres días.

5) Durante el curso del procedimiento, la Comisión puede recoger de las entidades afectadas toda la información que considere necesaria para emitir resolución».

## 4.4. Planificación y ejecución de las campañas institucionales

Con el fin de asegurar que las campañas institucionales responden a los principios de eficacia, transparencia, austeridad y eficiencia que hemos descrito antes, el legislador ha creado fórmulas orgánicas y de actuación administrativas que aseguran la coordinación entre los diferentes departamentos ministeriales implicados.

A continuación detallaremos, brevemente, el contenido del capítulo II de la LPCI, dedicado a la **planificación y ejecución de las campañas institucionales** de publicidad y comunicación; en este capítulo, el legislador regula la creación de la Comisión de publicidad y de comunicación institucional y la elaboración del Plan y del informe anual correspondiente de publicidad y comunicación.

En primer lugar, para la planificación, asistencia técnica, evaluación y coordinación de las actividades de publicidad y de comunicación de la Administración general del Estado, la LPCI ordena la creación de la denominada **Comisión de publicidad y comunicación institucional** (art. 11).

La Comisión, adscrita al Ministerio de Presidencia, incluye representantes de todos los departamentos ministeriales y se pueden integrar en ella representantes de diferentes entidades públicas. Siguiendo lo que estipula la LPCI, la composición, organización y funcionamiento de la Comisión se determinó, en su momento, por vía reglamentaria.



En segundo lugar, entre las tareas encomendadas por el legislador a la Comisión, la LPCI destaca la elaboración, a partir de las propuestas recibidas de todos los ministerios, de un **Plan anual de publicidad y comunicación institucional**, en el cual se tienen que incluir todas las campañas institucionales que prevea llevar a cabo la Administración general del Estado, incluidas las de las entidades que están adscritas a esta (art. 12).

En este Plan, que tiene que ser aprobado por el Consejo de Ministros, se tienen que especificar, al menos, las indicaciones necesarias sobre el objetivo de cada campaña, el coste previsible, el periodo de ejecución, las herramientas de comunicación utilizadas, el sentido de los mensajes, sus destinatarios y los organismos y las entidades afectadas.

Excepcionalmente y cuando, por motivos sobrevenidos, se tengan que realizar **campañas institucionales de publicidad y comunicación no previstas** en el Plan anual, la LPCI establece que la entidad que promueva o controle la campaña lo tiene que comunicar, en los términos que se determinen por reglamento, a la Comisión (art. 13).

En tercer y último lugar, el legislador dispone que el Gobierno tiene que elaborar un **informe anual de publicidad y de comunicación** en el cual se incluyan todas las campañas institucionales que prevé la LCPI, el importe, los adjudicatarios de los contratos firmados y, en el caso de las campañas publicitarias, los planes de medios correspondientes. Este informe se tiene que remitir a las Cortes Generales en el primer periodo de sesiones de cada año y se tiene que poner a disposición de todas las organizaciones profesionales del sector (art. 14).

Para cerrar, finalmente, la LPCI dispone que las campañas institucionales se tienen que adaptar a las disposiciones reguladoras de la imagen institucional de la Administración general del Estado que les sean aplicables (art. 15).



## Abreviaturas

- AACC** *f* Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial
- Adigital** *f* Asociación Española de la Economía Digital
- AEMPS** *f* Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios
- AEPD** *f* Agencia Española de Protección de Datos
- ANEFP** *f* Asociación para el Autocuidado de la Salud
- CC** *m* Código civil
- CCOL** *m* Código de confianza online
- CCP** *m* Código de conducta publicitaria
- CE** *f* Constitución española
- CE** *f* Comunidad Europea
- CEE** *f* Comunidad Económica Europea
- CEMA** *f* Consell Estatal de Medios Audiovisuales
- CNMC** *f* Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
- CP** *m* Código penal
- CPS** *m* Control previo sanitario
- DGFPS** *f* Dirección general de Farmacia y Productos Sanitarios
- DSCAV** *f* Directiva de servicios de comunicación audiovisual
- DTVSF** *f* Directiva televisión sin fronteras
- LCD** *f* Ley de competencia desleal
- LDC** *f* Ley de defensa de la competencia
- LEC** *f* Ley de enjuiciamiento civil
- LGCAV** *f* Ley general de comunicación audiovisual
- LGDCU** *f* Ley general de defensa de los consumidores y usuarios
- LGP** *f* Ley general de publicidad
- LGT** *f* Ley general de telecomunicaciones
- LMST** Ley de medidas sanitarias ante el tabaquismo
- LO** *f* Ley orgánica
- LOPD** *f* Ley orgánica de protección de datos de carácter personal
- LOREG** *f* Ley de régimen electoral general
- LORTAD** *f* Ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal
- LPCI** *f* Ley de publicidad y comunicación institucional
- LSSI** *f* Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
- LTSF** *f* Ley de televisión sin fronteras
- RDLGCAV** *m* Reglamento de despliegue de la LGCAV

**RDPM** *m* Real Decreto por el cual se regula la publicidad de los medicamentos

**RGPD** *m* Registro General de Protección de Datos

**RLOPD** *m* Reglamento de despliegue de la LOPD

**SETSI** *f* Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información

**STC** *f* Sentencia del Tribunal Constitucional

**STS** *f* Sentencia del Tribunal Supremo

**TRLGM** Texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios

**UE** *f* Unión Europea

## Bibliografía

- 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. y otros** (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*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Farmaindustria** (2004). «La reforma de la legislación farmacéutica europea». *Farmaindustria* (núm. 4, pág. 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, pág. 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, pág. 21-34).
- Fernando Magarzo, M. R.** (2008). «La nueva Directiva de servicios de comunicación audiovisual. En especial, la regulación de las comunicaciones comerciales audiovisuales. Parte II». *Revista Autocontrol* (núm. 127, pág. 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, pág. 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 como ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Madrid: Marcial Pons.
- Lema Devesa, C.; Gómez Montero, J.** (2010). *Código de publicidad* (5.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Linde Paniagua, E.; Vidal Beltrán, J. M.; Medina González, S.** (2013). *Derecho audiovisual* (4.ª 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*. Valencia: 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*. Valencia: Tirant lo Blanch.

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

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

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

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

**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, pág. 7-14).

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

**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, pág. 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*. Valencia: Tirant lo Blanch.

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

## **Anexo**

Con el objetivo de evidenciar la importancia y el alcance de las **normas de carácter especial** de ámbito estatal que regulan la publicidad de determinados productos o sectores de actividad, a continuación se ha recopilado la normativa relevante:

### **1) Alimentos**

- Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimentarios.
- Real Decreto 1487/2009, de 26 de septiembre, relativo a los complementos alimentarios.

### **2) Armas**

- Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el reglamento de armas.

### **3) Billetes de banco**

- Ley 10/1975, de 10 de marzo, de regulación de la moneda metálica.
- Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España.
- Circular monetaria 1/1995, de 28 de febrero, sobre utilización publicitaria de billetes o monedas o de sus reproducciones.
- Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

### **4) Carreteras y autopistas**

- Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.
- Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras.
- Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento general de carreteras.

### **5) Cinematografía**

- Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del cine.
- Real Decreto 1084/2015, de 28 de diciembre, por el que se despliega la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del cine.

### **6) Consumo de energía**

- Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones térmicas de los edificios.

## 7) Cosméticos

- Real Decreto 85/2018, de 29 de febrero, sobre productos cosméticos.

## 8) Costas

- Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas.
- Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de costas.

## 9) Enseñanza

- Real Decreto 401/1979, de 13 de febrero, por el que se regulan las denominaciones y la publicidad de los centros docentes no estatales.
- Real Decreto 2641/1980, de 7 de noviembre, por el que se regula la modalidad de enseñanza a distancia impartida por centros privados.

## 10) Especialidades farmacéuticas

- Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.
- Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano.
- Real Decreto 109/1995, de 27 de enero, sobre medicamentos veterinarios.
- Real Decreto 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
- Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.

## 11) Espectáculos y publicaciones

- Real Decreto 3449/1977, de 16 de diciembre, por el que se regula la publicidad exterior de espectáculos.
- Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, sobre regulación de determinadas actividades inconvenientes o peligrosas para la juventud y la infancia.

## 12) Imagen de las personas

- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

## 13) Internet (correo electrónico)



- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y también los requisitos y el procedimiento de concesión.

#### **14) Juegos de suerte, envite o azar**

- Real Decreto 1067/1981, de 24 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del juego mediante billetes.
- Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.
- Real Decreto Ley 2/1987, de 3 de julio, de la potestad sancionadora de la Administración pública en materia de juegos de suerte, envite o azar.
- Real Decreto 2110/1998, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de máquinas recreativas y de azar.

#### **15) Juguetes**

- Real Decreto 2330/1985, de 6 de noviembre, que establece normas de seguridad de juguetes, útiles de uso infantil y artículos en broma.

#### **16) Libros**

- Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas.

#### **17) Ofertas de ocupación**

- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones en el orden social.

#### **18) Órganos humanos**

- Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica y la coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen los requisitos de calidad y seguridad.

#### **19) Patrimonio histórico**

- Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español.

#### **20) Precios**

- Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios.

### **21) Productos dietéticos o especiales**

- Real Decreto 1412/2018, por el que se regula el procedimiento de comunicación de puesta en el mercado de los alimentos para grupos específicos de población.
- Real Decreto 1091/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria específica de los alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales.

### **22) Productos industriales**

- Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios.

### **23) Productos sanitarios**

- Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.
- Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.
- Real Decreto 1616/2009, de 26 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios implantables activos.

### **24) Protección de datos**

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

### **25) Publicidad aérea**

- Decreto de 13 de agosto de 1948, por el que se reglamenta la propaganda comercial hecha desde el aire.

### **26) Publicidad discriminatoria**

- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

## 27) Publicidad exterior

- Decreto 917/1967, de 20 de abril, por el que se dictan normas sobre publicidad exterior.

## 28) Publicidad financiera

### a) Entidades de crédito

- Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la suscripción de contratos de préstamo o crédito.

### b) Entidades de financiación

- Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito.

### c) Inversiones

- Decreto 2584/1973, de 19 de octubre (presidencia), por el que se regula la publicidad de determinadas inversiones.
- Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.
- Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

### d) Títulos valor

- Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores.
- Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

## 29) Publicidad inmobiliaria

- Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la ley sobre viviendas de protección oficial.
- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

- Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

### 30) Publicidad institucional

- Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional.
- Real Decreto 947/2006, de 28 de agosto, por el que se regula la Comisión de Publicidad y Comunicación Institucional y la elaboración del Plan anual de publicidad y comunicación de la Administración general del Estado.

### 31) Puertos

- Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante.

### 32) Sanidad (profesionales)

- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

### 33) Seguros

- Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de los seguros privados.
- Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.
- Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados.

### 34) Tabaco

- Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria.
- Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se despliega la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre.
- Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

### 35) Televisión

- Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual.

- Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LGCAV, en cuanto a la comunicación comercial televisiva.

### **36) Vehículos de motor**

- Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre tránsito, circulación de vehículos a motor y seguridad viaria.

### **37) Ventas a plazos**

- Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles.

### **38) Ventas con oferta de restitución**

- Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

### **39) Violencia de género**

- Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

