



Límites jurídicos de la publicidad en España

Marco normativo,
análisis jurisprudencial
y gestión profesional

Sandra Vilajoana Alejandre

Director:
Dr. Josep A. Rom Rodríguez

Tesis doctoral
Barcelona, diciembre 2015

 **Blanquerna**

Universitat Ramon Llull



TESI DOCTORAL

Títol	Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional
Realitzada per	Sandra Vilajoana Alejandre
en el Centre	Facultat de Comunicació i Relacions Internacionals Blanquerna
i en el Departament	Comunicació
Dirigida per	Dr. Josep A. Rom Rodríguez

Entre dos aguas
Paco de Lucía

ÍNDICE

Agradecimientos	7
Listado de abreviaturas y siglas	11
Listado de Figuras	15
Listado de Tablas	17
1. INTRODUCCIÓN	
1.1. Objeto de estudio	21
1.2. Justificación de su interés	23
1.3. Objetivos y preguntas de investigación	30
1.4. Metodología	33
1.5. Fuentes	37
1.6. Estructura de la tesis	43
PARTE I: DERECHO Y PUBLICIDAD	
2. MARCO CONCEPTUAL	
2.1. La actividad publicitaria	53
2.1.1. Publicidad, marketing y comunicación	54
2.1.2. Medios publicitarios, inversión e impacto de las TIC	62
2.2. La regulación de la publicidad	72
2.2.1. Formas de control de la publicidad: de la ética a la regulación	73
2.2.2. El Derecho de la Publicidad en España	80
2.2.3. La concepción legal de la publicidad	85
3. MARCO NORMATIVO DE LA PUBLICIDAD	
3.1. Consideraciones previas	89
3.2. Legislación europea	89
3.3. Legislación estatal	96
3.3.1. La Ley General de Publicidad	97
3.3.2. La Ley de Competencia Desleal	100
3.3.3. Legislación complementaria	103
3.3.4. Legislación especial	105
3.4. Legislación autonómica	107
3.5. Legislación local	109
4. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PUBLICIDAD	
4.1. Vías de represión de la publicidad ilícita	113
4.1.1. La vía civil: acciones por publicidad ilícita	114
4.1.2. La vía penal: el delito publicitario	126
4.1.3. La vía administrativa	128

4.2. Análisis jurisprudencial en materia de publicidad	130
4.2.1. Muestra y metodología	133
4.2.2. Resultados	141
PARTE II: LÍMITES JURÍDICOS DE LA PUBLICIDAD	
5. PRINCIPIOS GENERALES Y CONTRATACIÓN	
5.1. Los sujetos de la actividad publicitaria	153
5.2. Los contratos publicitarios: tipologías y regulación	158
5.2.1. El contrato de publicidad	162
5.2.2. El contrato de creación publicitaria	164
5.2.3. El contrato de difusión	168
5.2.4. El contrato de patrocinio	170
5.3. Otros contratos relevantes en publicidad	173
5.4. Contratos publicitarios y derechos de autor	177
6. SUPUESTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA	
6.1. Alcance y regulación	181
6.2. La publicidad contraria a la Constitución	182
6.3. La publicidad que vulnere la protección del menor	186
6.4. La publicidad subliminal	189
6.5. La publicidad engañosa	190
6.5.1. La publicidad engañosa por omisión	202
6.5.2. La publicidad encubierta	206
6.5.3. La publicidad engañosa por confusión	209
6.5.4. La publicidad engañosa sobre códigos de conducta	214
6.5.5. Otras prácticas engañosas per se con los consumidores	217
6.5.6. Otros supuestos relacionados con el engaño: el tono excluyente y los testimonios	221
6.6. La publicidad desleal	227
6.6.1. La publicidad denigratoria	230
6.6.2. La publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena	233
6.6.3. La publicidad comparativa desleal	239
6.7. La publicidad agresiva	247
6.8. La publicidad contraria a normas especiales	257
6.9. La publicidad indirecta	261
6.10. La exageración como excepción	265
7. LÍMITES JURÍDICOS DE LA PUBLICIDAD AUDIOVISUAL	
7.1. Marco normativo de la publicidad audiovisual	269
7.2. Concepto y modalidades de comunicación comercial audiovisual	273
7.3. Limitación temporal e identificación de la publicidad en televisión	276
7.4. El derecho al patrocinio	280

7.5. El derecho al emplazamiento de productos	283
7.6. Comunicaciones comerciales audiovisuales prohibidas	290
7.7. La protección del menor en la publicidad audiovisual	293
7.8. Régimen sancionador	296
7.9. Reconocimiento y fomento de la autorregulación	299
7.10. Innovación en formatos audiovisuales y retos para el legislador	300
8. LÍMITES JURÍDICOS DE LA PUBLICIDAD EN INTERNET	
8.1. Marco normativo de la publicidad en Internet	303
8.2. El concepto de servicios de la sociedad de la información	304
8.3. Las comunicaciones comerciales por vía electrónica	305
8.3.1. Información exigida	306
8.3.2. Prohibiciones	307
8.3.3. Los derechos de los destinatarios	309
8.3.4. La publicidad comportamental	309
8.4. Régimen sancionador	312
8.5. Reconocimiento y fomento de la autorregulación	317
PARTE III: PUBLICIDAD Y DERECHO	
9. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA	
9.1. Concepto y elementos constitutivos	321
9.2. Reconocimiento legal de la autorregulación	329
9.3. Autocontrol: el sistema de autorregulación español	334
9.3.1. Los códigos de conducta	345
9.3.2. Balance de actividad	353
9.3.3. Valoración doctrinal	360
10. LA GESTIÓN PROFESIONAL DEL CONDICIONANTE LEGAL	
10.1. Las agencias de publicidad: estructura y rutinas profesionales	365
10.2. El proceso de elaboración de una campaña de publicidad	369
10.3. Trabajo de campo: el condicionante legal en las agencias de publicidad	372
10.3.1. Muestra objeto de estudio	375
10.3.2. Metodología	380
10.3.3. Resultados	388
CONCLUSIONES	415
BIBLIOGRAFÍA	429
ANEXOS	459

Agradecimientos

Los acordes de esta tesis doctoral navegan entre dos aguas: la publicidad y el derecho; el derecho y la publicidad. Pero más allá de lo académico, si esta tesis tuviera un sonido, éste sería el de la gratitud. Gratitud hacia todas aquellas personas que, de manera generosa y entusiasta, me han acompañado en una travesía que, en determinados momentos, pareció perder su rumbo. Quizás por ello valoro, más si cabe, tanta paciencia, tanto ánimo y tantos buenos consejos.

En primer lugar, quiero agradecer al equipo directivo de la Facultat de Comunicació i Relacions Internacionals Blanquerna la confianza que depositó en mí cuando, recién licenciada, me ofreció una beca para iniciar los estudios de doctorado de la mano del doctor Miquel Altarriba, entonces director del Departamento de Publicidad. *Gràcies, Miquel, per ser el mestre que em va guiar en les meves primeres passes doctorals.* Y este agradecimiento debo extenderlo a todos y cada uno de los profesores de la Facultad. Gracias a su labor, hoy sigo sintiendo una fascinación profunda por múltiples ámbitos y facetas de la comunicación. Gracias, también, al doctor Pablo Capilla y a los profesores Montse Guillén y Lluís de Carreras por reabrirme las puertas de la Facultad para impartir la asignatura que reenfocó el rumbo de esta tesis. Gracias a los tres, por vuestro apoyo y por ser siempre la mejor guía.

A la profesora Montse Guillén le debó también que, previamente, un día 2005 pensara en mí. *Gràcies, Montse, per una trucada clau pel meu retorn a la universitat!.* Fue en 2006 cuando el doctor Agustí Canals, entonces director de los Estudios de Ciencias de la Comunicación y de la Información de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), me ofreció la oportunidad de iniciarme en la docencia y descubrir las infinitas posibilidades de la docencia virtual. *Gràcies Agustí, per obrir-me les portes i acollir-me en els meus inicis a la UOC.* Al doctor Lluís Pastor le agradezco su comprensión y sus siempre brillantes y prácticos consejos durante los seis años que dirigió estos Estudios. Y esta gratitud la extiendo a los directores que le han sucedido, al doctor Ferran Lalueza y al doctor Jordi Sánchez-Navarro por facilitarme, ambos, el cierre de esta tesis.

También quiero expresar una infinita gratitud a todos y cada uno de mis compañeros de Estudios en la UOC que, en un momento u otro, me han aconsejado, animado y apoyado a lo largo de estos años. De una manera especial, quiero dar las gracias al doctor Víctor Renobell, mi primer compañero de despacho, del que tanto aprendí cuando todo era nuevo para mí. A la doctora Núria Ferran, por ser una referencia, también y sobre todo, en materia de investigación. A la doctora Anna Clua, por interesarse y aconsejarme, siempre. A la doctora Monserrat García Alsina, por su ayuda en el diseño y configuración de la base de datos para el análisis jurisprudencial de la tesis. A la doctora Eva Ortoll, por su confianza, sus consejos y por esa alegría innata que la caracteriza. A los doctores Mercè Vázquez y Àlex López Borrull, por su interés y por sus ánimos. Y mi agradecimiento más especial es para la doctora Sílvia Sivera, por estos casi diez años de trabajo compartido, de confianza, de amistad y de “consanguinidad adquirida” (Sivera, 2014, p.8). *Gràcies, Sílvia, per posar sempre la millor música, la més creativa!*

Al doctor Lluís Pastor, a Roser Leal y a Emi Fresneda también les debo que me abrieran las puertas de la editorial UOC para publicar los trabajos que han precedido a esta tesis. *Gràcies, Roser, per la teva eficàcia, per ser-hi sempre, per tot! I infinites gràcies, Emi, per tot el què hem compartit, per la confiança, els consells i el suport!*

Retornando a la travesía de esta tesis, no puedo olvidar su primera etapa, que culminó con la obtención del Diploma de Estudios Avanzados. De esos primeros años de investigación conservo grandes compañeros de viaje a los que también quiero expresar mi gratitud. A la doctora Ester Boquera, a la doctora Kathy Matilla, al doctor Víctor Curto y a la profesora Sònia De Jaime les agradezco su confianza, su interés y sus siempre acertados consejos. Pero si cabe un agradecimiento especial, este debe ser para la doctora Isabel Solanas, por tantos años y vivencias doctorales compartidas, por su generosidad infinita y por sus siempre efectivos y prácticos consejos. *Gràcies, un i mil cops, Isa!*

Del mismo modo, quiero agradecer al doctor Joan Sabaté López la dirección de la tesina que precedió a esta tesis. Del doctor Sabaté aprendí a cuestionarlo todo e intentar fundamentar de manera rigurosa la investigación. *Gràcies, Joan, pels teus consells i el teu suport gràcies al qual vaig superar amb èxit la primera etapa del viatge!*

A los doctores Gloria Jiménez Marín y Emilio Guichot, de la Universidad de Sevilla, les debo una estancia de investigación que me permitió cambiar definitivamente el rumbo de la tesis. Gracias, Gloria, por tu afán de facilitarlo siempre todo y, también, por tu amistad. Y gracias, Emilio, por tres meses de inmersión jurídica y por ser un referente de rigor académico e investigador.

A Fernando Fernández González quiero reiterarle mi gratitud por su generosa y acertada ayuda en los momentos en los que sentí naufragar en el mar de la documentación jurídica. Gratitud que extiendo al servicio de biblioteca de la UOC, por facilitarme siempre todas las consultas. Y a Eva Jiménez Gómez, por su generosidad a la hora de compartir sus siempre útiles recursos, por su amistad y por compartir la fase final de nuestras tesis.

A Belén Romero, socia de Bárbara & Co; a Manuela Cisneros, directora financiera de JWT; a Nicole Moller, directora general de TBWA Madrid y a Ignacio Hortal, director de cuentas de la misma agencia; a Clemente Manzano, director general de Sra. Rushmore; a Gonzalo Sánchez-Táiz, director general ejecutivo de McCann España; a Julio Paredes, director general de Tiempo BBDO; a Helena Grau, directora de servicios al cliente de *S,C,P,F y a Clara Marchán, directora general de Leo Burnett les agradezco especialmente su tiempo y predisposición a colaborar en el trabajo de campo de la tesis.

A todos mis amigos les quiero agradecer que lo sigan siendo, pese a la distancia forzada por la finalización de esta tesis. Gracias por escucharme siempre, por animarme y aconsejarme, por entender mis ausencias y por respetar, también, mis silencios. De una manera muy especial quiero agradecer a María Cases y a Berta Santos su infinito apoyo, siempre, pero especialmente en los últimos meses. Gracias, María, por la paciencia infinita, por tus siempre prácticos consejos que tanto me han ayudado a cerrar esta etapa. Y gracias, una y mil veces, Berta, por estar siempre ahí, por tus consejos jurídicos y no jurídicos, por tus ánimos y por esa consanguinidad, también adquirida.

A mis padres les debo todo. Mi gratitud hacia ellos es y será siempre eterna, aunque en estas líneas les agradezca especialmente su incondicional apoyo y paciencia durante los largos años que se ha prolongado este trabajo.

Y, por último, mis gracias más sentidas y entusiastas se las debo al doctor Josep Rom, director de esta tesis. Sin su comprensión, sin su guía, sin sus consejos, sin su generosidad y sin su predisposición por facilitarme todos los trámites del depósito, hoy no podría escribir estas líneas. *GRÀCIES, Josep, per compartir el teu coneixement sense límits, per ajudar-me a tancar una etapa que s'havia fet massa llarga i per regalar-me la millor coberta que podia tenir aquesta tesi!*

Barcelona, diciembre de 2015

Listado de abreviaturas y siglas

AACC	Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial
AAPP	Asociación de Autocontrol de la Publicidad
Adigital	Asociación Española de la Economía Digital
AECE	Asociación Española de Comercio Electrónico
AEACP	Asociación Española de Agencias de Comunicación Publicitaria
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AMA	American Marketing Association
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
ASA	Advertising Standards Authority
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCP	Código de Conducta Publicitario
CE	Constitución Española de 1978
CEMA	Consejo Estatal de Medios Audiovisuales
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CCOL	Código de Confianza Online
CEE	Comunidad Económica Europea
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
CP	Código Penal
DG SANCO	Dirección General de Salud y Seguridad Alimentaria de la Comisión Europea
DSCA	Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual
DTVSF	Directiva Televisión sin Fronteras
EASA	European Advertising Standards Alliance
EP	Estatuto de la Publicidad
ICAB	Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona
ICC	International Chamber of Commerce
INC	Instituto Nacional de Consumo
JPI	Juzgado de Primera Instancia
JUR	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

LCD	Ley de Competencia Desleal
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGCA	Ley General de Comunicación Audiovisual
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGP	Ley General de Publicidad
LGT	Ley General de Telecomunicaciones
LM	Ley de Marcas
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información
LTSF	Ley de Televisión sin Fronteras
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
p.	Página
pp.	Páginas
Red EJE	Red Extra-Judicial Europea
RDLGCA	Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la LGCA
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Westlaw Aranzadi
RLOD	Reglamento de desarrollo de la LOPD
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SETSI	Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
ss.	Siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

Listado de figuras

Figura 1.	El proceso de investigación	34
Figura 2.	<i>Mix</i> de comunicación de marketing	56
Figura 3.	Proceso de comunicación publicitaria	58
Figura 4.	Inversión publicitaria real estimada en 2014	66
Figura 5.	Detalle inversión publicitaria en medios convencionales	67
Figura 6.	Evolución de la inversión publicitaria en medios convencionales (2005-2014)	68
Figura 7.	Formas de control social sobre las actividades de marketing	79
Figura 8.	Fotogramas anuncio Mitsubishi Galant	82
Figura 9.	Estrategia búsqueda jurisprudencia TS jurisdicción civil	137
Figura 10.	Estrategia búsqueda jurisprudencia TS jurisdicción contencioso-administrativa	138
Figura 11.	Ámbito o ilícito objeto de controversia en STS, Sala de lo Civil (1994-2014)	144
Figura 12.	Medio de difusión publicidad en STS, Sala de lo Civil (1994-2014)	145
Figura 13.	Medio de difusión publicidad en STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo (1994-2014)	148
Figura 14.	Valla silueta toro STS de 30 de diciembre de 1997	149
Figura 15.	Ámbito o ilícito objeto de controversia en STS medio televisión (1994-2014)	150
Figura 16.	Distintivos Confianza Online	318
Figura 17.	Mecanismos de control de Autocontrol	338
Figura 18.	Histórico actividad preventiva Autocontrol: consultas y Copy Advice®	355
Figura 19.	Ranking Copy Advice® emitidos en 2013 por países	356
Figura 20.	Reclamaciones ante Autocontrol por medio de difusión (2010-2014)	358
Figura 21.	Histórico control a posteriori Autocontrol: reclamaciones (2005-2014)	359
Figura 22.	Estructura clásica de una agencia de publicidad	367

Figura 23.	Orden de formulación de las preguntas en una entrevista cualitativa	382
Figura 24.	Proceso de análisis de datos cualitativos	386
Figura 25.	Ámbitos de mayor controversia desde el punto de vista jurídico	406

Listado de tablas

Tabla 1.	Fuentes de la investigación	38
Tabla 2.	Términos de búsqueda bibliográfica	40
Tabla 3.	Principales formatos en medios de publicidad convencional	64
Tabla 4.	Legislación especial en materia de publicidad	105
Tabla 5.	Tabla codificación análisis sentencias	139
Tabla 6.	Relación de STS, Sala de lo Civil (1994-2014)	142
Tabla 7.	Relación de STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo (1994-2014)	146
Tabla 8.	Sistemas de autorregulación europeos miembros de la EASA	328
Tabla 9.	Resultados Copy Advice® (2010-2014)	354
Tabla 10.	Resultados de los casos resueltos por Autocontrol en 2014	357
Tabla 11.	Origen reclamaciones Autocontrol (2010-2014)	357
Tabla 12.	Ranking de agencias por volumen de inversión gestionada en España	377
Tabla 13.	Configuración muestra final entrevistas	379
Tabla 14.	Guión de la entrevista en profundidad semiestructurada	382
Tabla 15.	Codificación del análisis cualitativo por categorías	389
Tabla 16.	Vías de supervisión legal por agencia de publicidad	392

INTRODUCCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto de estudio

Publicidad y derecho. Derecho y publicidad. El objeto de estudio de esta tesis doctoral pretende abordar los principales límites jurídicos de la publicidad en España desde una triple perspectiva: la configuración y análisis del marco normativo, los criterios interpretativos recogidos en la jurisprudencia en materia de publicidad –a partir de la promulgación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP)– y, por último, el conocimiento y valoración de cómo gestionan las agencias de publicidad la supervisión legal de sus campañas de publicidad.

Esta aproximación, amplia y transversal, al objeto de estudio responde a la particular circunstancia de encontrarnos ante una tesis que aborda cuestiones jurídicas pero, a su vez, está adscrita a un programa de doctorado en Comunicación y Humanidades. Y ahí radica la que quiere ser su *principal aportación*: abordar los principales límites jurídicos de la publicidad –de manera integral, sintética, analítica y actualizada– desde el punto de vista de su interés para los profesionales de esta actividad.

La publicidad es una de las actividades económicas más reguladas: cerca de trescientas normas –comunitarias, estatales y autonómicas– configuran el régimen jurídico de la publicidad en España (Lema Devesa y Gómez Montero, 2010).¹ En consecuencia, la legislación opera como un condicionante más de la publicidad, del mismo modo que los límites presupuestarios o las especificidades técnicas de algunos medios de difusión condicionan y limitan la creatividad. Además, la importancia del condicionante legal resulta especialmente relevante por las responsabilidades económicas, sociales y éticas derivadas de un posible incumplimiento de la legislación.

Desde un punto de vista personal, el objeto de estudio de esta tesis surge como resultado de la especialización previa de la autora en los dos ámbitos que confluyen

¹ En la 5ª edición de su obra, *Código de Publicidad*, Lema Devesa y Gómez Montero compilan las 301 normas jurídicas que, en 2010, regulaban, directa o indirectamente, la publicidad.

en ella: el derecho y la publicidad; o la publicidad y el derecho, si seguimos el orden cronológico de mi formación y la actividad sobre la que, modestamente, pretende poner –más– luz esta investigación. Y es que, una vez iniciada la licenciatura en Publicidad y Relaciones Públicas en la Facultad de Comunicación Blanquerna, de la Universitat Ramon Llull (URL), decidí cursar –en paralelo y de manera complementaria– la licenciatura en Derecho en la Universitat de Barcelona. Por aquel entonces, ya advertí un déficit –que, a su vez, suponía una oportunidad– de publicaciones académicas y profesionales que estudiaran los límites legales de la publicidad desde un punto de vista transversal y orientado a su interés para los profesionales de esta actividad.

Tras abordar, en el trabajo para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados, el estudio de la comunicación empresarial de la industria farmacéutica, circunstancias profesionales y académicas motivaron una redefinición del proyecto definitivo para optar al grado de doctora. En 2006, tras abandonar el departamento de salud de una consultora de comunicación, me incorporé como profesora a los Estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). En este nuevo contexto inicié la especialización en la docencia del Derecho de la Comunicación y, más concretamente, del Derecho de la Publicidad. Tras crear, coordinar e impartir las asignaturas *Ética y Régimen Jurídico de la Publicidad* y *de las Relaciones Públicas, Régimen Jurídico de la Comunicación y Derecho de la Publicidad* en la UOC, en 2010 comencé a impartir, en paralelo y como profesora asociada, la asignatura *Derecho de la Comunicación* y unidades formativas en materia de Derecho de la Publicidad en la Facultad de Comunicación y Relaciones Internacionales Blanquerna, de la URL.

En consecuencia, es en el marco de esta intensa actividad académica en el que intensifico, progresivamente, el interés por la investigación del derecho de la publicidad y comienzo a aplicar métodos y técnicas de investigación ordenadas y exhaustivas para abordar el que sería el nuevo y definitivo objeto de estudio de la tesis doctoral. Conviene mencionar en este punto que, una vez iniciado el proceso de revisión de la literatura, necesidades docentes exigieron avanzar la publicación de parte del contenido de esta tesis en la obra *Las leyes de la publicidad: límites*

jurídicos de la actividad publicitaria,² constituyendo el material didáctico de la asignatura *Ética y Régimen Jurídico de la Publicidad y de las Relaciones Públicas* de la UOC a partir de 2012, a raíz de la reforma del régimen jurídico de la publicidad. No obstante, este contenido ya publicado ha sido reelaborado, actualizado y ampliado en los términos que se describirán, con más detalle, posteriormente en esta misma introducción.

La elección del tema de la presente tesis responde, por tanto, a las cuatro reglas apuntadas por Umberto Eco (1997) para la correcta elección del objeto de estudio de una tesis doctoral: se corresponde plenamente con los intereses académicos y profesionales de la doctoranda, las fuentes consultadas resultan, por un lado, asequibles y, por el otro, manejables –gracias, en buena medida, a la doble formación– y, por último, el cuadro metodológico –que se describirá posteriormente en esta introducción– ha supuesto un reto adecuado al alcance de la experiencia previa de la autora en la investigación académica en el ámbito de la comunicación.

1.2. Justificación de su interés

Cualquier actividad investigadora surge de un punto de partida o estado de la cuestión y responde, por tanto, a un legado acumulado de conocimientos que no deben obviarse (Villaseñor Rodríguez y Gómez García, 2013) y que, en cierto modo, vienen a justificar el interés de cada nuevo proyecto de investigación.

Hasta la fecha, no nos consta la existencia de tesis doctoral alguna que haya abordado el estudio de los límites jurídicos de la publicidad desde una perspectiva transversal y, sobre todo, adaptada en forma y contenido, a las necesidades y retos a los que se enfrenta el profesional de la publicidad.³

² Vilajoana Alejandre, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Barcelona: UOC.

³ En la revisión exhaustiva de la base de datos TESEO de Tesis Doctorales defendidas en España desde 1976 tan solo se detecta una tesis doctoral parcialmente coincidente con nuestro objeto de estudio. Alfredo Sanz Díaz defendió, en 1997 en la Universidad de Sevilla, la tesis doctoral que lleva por título *Ordenación de la legislación publicitaria a partir de la Ley de la Publicidad*. Este trabajo ordenó sistemáticamente las normas publicitarias vigentes en su momento en función de criterios doctrinales y científicos, y analizó la evolución del concepto de publicidad en opinión de los profesionales y consumidores para concluir que la evolución del concepto coincidía con los criterios aportados por la doctrina.

Desde sus orígenes, la publicidad ha sido objeto de cierto debate y controversia, puesto que algunos sectores sociales han cuestionado, tradicionalmente, esta actividad desde un punto de vista ético y legal. Autores de referencia en materia publicitaria, como Raúl Eguizábal, recuerdan que el desarrollo teórico de la publicidad va unido a una singular circunstancia histórica: su origen vinculado, en ocasiones, a ciertas mercancías fraudulentas, al charlatanismo, a la exageración y al engaño; y ello, a pesar de que como afirma el propio Eguizábal (2010):

En realidad, no hay otra forma de comunicación más rigurosamente vigilada que la publicidad y, sintomáticamente, muchas de las acciones que pasan inadvertidas en otros ámbitos y muchas expresiones que son admitidas en otras formas de comunicación, resultan inadmisibles por el hecho de haberse producido en el seno de la publicidad (p. 75).

¿En qué quedamos? ¿Chantaje y manipulación o responsabilidad y sobrerregulación? ¿Hasta qué punto condiciona el marco legal la actividad de los profesionales de la publicidad? La relevancia económica, social y profesional de la respuesta a estas preguntas justifica, a grandes trazos, el interés de esta investigación.

A partir del análisis de las fuentes documentales accesibles en materia de Derecho de la Publicidad se observa, en primer lugar, una prolífera labor de estudio exhaustivo y detallado de algunas modalidades concretas de publicidad ilícita llevadas a cabo por juristas y académicos del derecho de reputado prestigio e ingente producción científica. Tal sería el caso de los profesores Carlos Lema Devesa y Anxo Tato Plaza, en cuyas respectivas tesis doctorales abordaron el estudio de la denominada publicidad de tono excluyente y de la publicidad comparativa⁴ bajo la dirección del profesor Carlos Fernández Novoa, en el primer caso, y José Antonio Gómez Segade, en el segundo. Los cuatro obtuvieron la cátedra y se han erigido como una clara referencia en el área de conocimiento del Derecho Mercantil.

⁴ Véase: Lema Devesa, C. (1979). *La publicidad de tono excluyente* (tesis doctoral). Universidad de Santiago de Compostela y Tato Plaza, A. (1995). *A publicidades comparativa*. (Tesis doctoral). Universidad de Santiago de Compostela.

Sin embargo, los trabajos de estos autores en relación con el Derecho de la Publicidad se encontraban –en su mayoría y hasta hace escasos años– dispersos en diferentes publicaciones periódicas del ámbito del derecho y contadas monografías en las que abordan cuestiones concretas sobre los límites jurídicos de la publicidad. Con carácter previo a la elección de nuestro objeto de estudio, tan solo dos obras (De la Cuesta Rute, 2002; Santaella López, 2003) trataban completa y sistemáticamente el Derecho de la Publicidad siempre desde el punto de vista del Derecho Mercantil, esto es, del contenido entonces recogido, principalmente, en la LGP.

En 2007, cabe destacar la publicación de la obra que, bajo el título de *Problemas jurídicos de la publicidad*, compiló algunas de las contribuciones doctrinales más relevantes del profesor Lema Devesa con ocasión de la conmemoración de sus veinticinco años de cátedra.⁵ La estructura de esta obra, de sumo valor doctrinal, responde al criterio de ordenación cronológica de los artículos compilados –de temática diversa y publicados entre 1976 y 2006–. A pesar de abordar –como su propio título indica– los principales problemas jurídicos de la publicidad, la obra carece de la aproximación completa y sistemática de la materia objeto de estudio de la presente tesis doctoral.

Como detallaremos en próximos capítulos, en el año 2009 se produjo la reforma más relevante que, tras la publicación de la LGP, se ha llevado a cabo en el régimen legal de la publicidad. Estas modificaciones legislativas dieron lugar a la publicación de numerosos artículos doctrinales en revistas jurídicas (entre otros y por orden cronológico, Gómez Segade, 2010; Lema Devesa, 2010; Ortuño Baeza, 2010; Salas Carceller, 2010a, 2010b; Tato Plaza, 2010a, 2010b; Massaguer Fuentes, 2010, 2011; Lara González, 2011), a la organización de algunas jornadas y seminarios⁶ y a una progresiva publicación de monografías (Ruiz Peris, 2010; Tato Plaza,

⁵ Para facilitar su consulta, las referencias a los artículos doctrinales compilados en la mencionada obra de Lema Devesa (2007) se citarán aludiendo a la misma. En consecuencia, se ha procedido a eliminar de la bibliografía las referencias a estos artículos compilados.

⁶ A este respecto cabe mencionar la asistencia de la autora al seminario organizado por Autocontrol –la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial–, bajo el título *La reforma de la Ley de Competencia Desleal y la Publicidad* que tuvo lugar en Madrid el día 2 de marzo de 2010 con la participación de los principales académicos y juristas del ámbito del derecho de la publicidad. El programa del seminario puede consultarse en: <http://www.autocontrol.es/news/Triptico%20competencia%20desleal_web.pdf> [Consulta: 15 de agosto de 2015].

Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, 2010; Armijo Chávarri, 2011; Bercovitz Rodríguez-Cano, 2011; Lema Devesa y Patiño Alves, 2012) que han abordado, de un modo más analítico y detallado, el alcance de la reforma del régimen jurídico de la competencia desleal y la publicidad.

En este contexto, resultan relevantes las publicaciones elaboradas en los últimos años por un equipo de profesores de la Universidad de Murcia –mayoritariamente del área del Derecho Mercantil– que, bajo la coordinación del profesor Emilio Jesús Lázaro Sánchez, han venido a actualizar los clásicos manuales de Derecho de la Publicidad. Fruto de su trabajo vio la luz el primer *Comentario a la Ley General de Publicidad* (2009) –una exhaustiva obra con un enfoque eminentemente jurídico– a la que seguiría un completo estudio de *Los contratos publicitarios* (2011) y, por último, un manual que bajo el título *Derecho de la Publicidad* aspira a “ofrecer una visión completa de esta unidad del sistema Derecho Mercantil, que es el llamado Derecho de la Publicidad” (Lázaro Sánchez, 2012, p. 22).

Tras una década sin publicaciones que abordaran, con carácter general, el Derecho de la Publicidad, recientemente se ha publicado otra obra en forma de manual (Martínez Escribano, Herrero Suárez, Martín García y Hernández-Rico, 2015) –en este caso claramente orientada a estudiantes de publicidad– que aborda la disciplina de una manera práctica y sintética aunque alejada del rigor formal y metodológico de las mencionadas obras precedentes.⁷

Cabe destacar que todos estos “nuevos” manuales de Derecho de la Publicidad incorporan referencias explícitas a los criterios interpretativos de la legislación recogidos en las sentencias dictadas por diferentes órganos judiciales (Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia) e incluso extrajudiciales (Jurado de la Publicidad de Autocontrol). Ello, sin duda, contribuye a ilustrar los límites fijados por la legislación pero no se ha encontrado ningún trabajo que integre en su contenido el estudio, sistemático y exhaustivo, de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo (TS) en materia de publicidad.⁸

⁷ Entre otras cuestiones, por ejemplo, la obra de Martínez Escribano et al. carece de referencia bibliográfica alguna en su contenido.

⁸ En materia de jurisprudencia, cabe destacar la obra de Ferrándiz Gabriel (2007), magistrado del Tribunal Supremo, que bajo el título *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia*, compila las sentencias más relevantes dictadas, en el orden civil, en materia publicitaria.

Del mismo modo, en la configuración progresiva del marco teórico del trabajo constatamos que las publicaciones de carácter general en materia de Derecho de la Publicidad realizan unas muy breves remisiones a la legislación que regula aquellos medios tradicionalmente más utilizados para difundir la publicidad, entre los que, actualmente y sobre la base del criterio de volumen de inversión, sigue destacando la televisión (Infoadex, 2015).⁹ Dado el amplio alcance en términos de audiencia del medio televisivo, la legislación audiovisual comprende límites jurídicos específicos en materia de publicidad sujetos a un régimen de sanciones –en su mayoría económicas– impuestas por vía administrativa y recurribles, como veremos, por vía judicial. Además, en 2010 –de un modo casi paralelo a la reforma del régimen legal de la publicidad– se aprobó la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) que vino a compilar, actualizar y adaptar a las directrices de la normativa comunitaria la legislación audiovisual, en general, y la publicidad difundida por este medio, en particular.

Si bien es cierto que, desde un punto estrictamente jurídico, el Derecho Audiovisual y el Derecho de la Publicidad se enmarcan en disciplinas jurídicas distintas –el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil, respectivamente– no lo es menos que el Derecho Audiovisual recoge relevantes límites jurídicos –adicionales a los recogidos en el régimen general– de sumo interés para los profesionales de esta actividad. Hasta la fecha, el estudio de los límites jurídicos de la publicidad audiovisual se recoge en obras generalistas de Derecho Audiovisual (Chinchilla y Azpitarte, 2011; García Castillejo, 2012; Linde Paniagua, Vidal Beltrán y Medina González, 2013; Boix Palop y Vidal Beltrán, 2014; Guichot, 2015) y en artículos doctrinales que abordan la regulación de algunas modalidades concretas de publicidad audiovisual (Fernando Magarzo, 2008a, 2008b, 2010; García, Plana y Ferrer, 2014), entre las que destacan las relacionadas con el emplazamiento de producto o *product placement* (entre otros, Fernández Carballo-Calero, 2007; Méndiz Noguero, 2007; López Gutiérrez, 2011; Díaz de Escauriaza, 2014).

En relación con el estudio de la regulación de la publicidad audiovisual, también destaca una ausencia –más acusada, si cabe– de trabajos que analicen, de manera sistemática y exhaustiva, la jurisprudencia dictada por el TS sobre la materia y que,

⁹ Según los datos del *Estudio Infoadex de la inversión publicitaria en España 2015*, la televisión se mantiene como el primer medio de publicidad convencional por volumen de negocio con una inversión de 1.890,4 millones de euros en 2014.

con un carácter reducido en número pero relevante en criterios, ha venido a completar la interpretación de la aplicación práctica de los límites jurídicos de la publicidad audiovisual.

Tanto desde un punto de vista publicitario como jurídico, una tesis que aborde las interjecciones entre derecho y publicidad en el siglo XXI no puede obviar los nuevos retos que la progresiva incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) –también como medio publicitario– plantean a la legislación. En los últimos años, Internet se ha consolidado como el segundo medio de publicidad convencional por volumen de inversión manteniendo unos altos índices de crecimiento, a pesar de la contracción general que ha sufrido el sector (Infoadex, 2015).¹⁰

Consciente de esta realidad, la doctrina ha comenzado a abordar de manera progresiva la aplicación de los principios generales del Derecho de la Publicidad al medio Internet (Fernando Magarzo, 2001; Sierra López, 2003; Martínez Pastor, 2005; Sánchez del Castillo, 2007; Mitra, Raymon y Hopkins, 2008; Vázquez Ruano, 2008; López Jiménez, 2013; Ortiz López, 2014) y algunos nuevos retos jurídicos que plantea la publicidad *online* como, por ejemplo, la regulación de la denominada publicidad comportamental (entre otros, Pérez Bes, 2010, 2012; Rubí Navarrete, 2012, 2013; Martínez Pastor y Muñoz Saldaña, 2013).

En relación directa con el compromiso del sector de la publicidad con el marco ético y legal de su actividad, un estudio sobre derecho y publicidad no puede obviar la relevancia práctica de los sistemas de autorregulación, concretados en España mediante la creación y posterior actividad de Autocontrol, la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial. La relación entre publicidad, ética y regulación ha sido abordada, por una parte, por numerosos trabajos de carácter general (Gómez Segade y Lema Devesa, 1981; Boddewyn, 1983, 1989; Aznar, 1999; Ramos, 2001; Martín Llaguno y Hernández Ruiz, 2009; Megías Quirós y Cabrera Caro, 2013) y, por otra, por publicaciones que se han centrado, bien en el análisis del sistema de autorregulación publicitaria español (Tato Plaza, 1997a; Taylor, 2002; Patiño Alves, 2007; Fernández Magarzo, 2008c; Medina y Soontae,

¹⁰ Según los datos del *Estudio Infoadex de la inversión publicitaria en España 2015*, Internet es el segundo medio de publicidad convencional por volumen de negocio con una inversión que alcanzó los 956,5 millones de euros en 2014.

2012; Muela-Molina y Perelló-Oliver, 2014), bien en su progresivo reconocimiento, fomento y regulación (Gómez Castallo y Fernández Magarzo, 2010; Massaguer Fuentes, 2011; Lazkano Brotons, 2014; Vázquez Ruano, 2015).

Reorientando, de nuevo, el ámbito objeto de estudio a la óptica de la incidencia del derecho en la publicidad, resulta relevante no haber encontrado ningún trabajo académico en el que se diera voz a los profesionales del sector para conocer, por una parte, cómo gestionan las agencias de publicidad la adecuación legal de las campañas y, por otra, cómo valoran el marco legal de la publicidad y la consecuente incidencia en su actividad.

Partiendo del presupuesto que en cualquier ámbito –y especialmente en publicidad– no es posible concebir el conocimiento teórico como un conocimiento separado de la práctica y que “la experiencia publicitaria debe constituirse como una fuente de ideas en la construcción teórica” (Eguizábal, 2010, p. 26) no podíamos concluir el trabajo sin “escuchar” a los profesionales de la publicidad. Ambos presupuestos justifican el interés de entrevistar a directivos de una muestra de las principales agencias de publicidad de España por volumen de inversión con el doble objetivo de conocer, por una parte, cómo gestionan las agencias la adecuación legal de sus campañas de publicidad y, por otra, su opinión acerca de los límites jurídicos de la publicidad, la relevancia de éstos en su actividad y la trascendencia práctica del sistema de autorregulación.

A modo de *síntesis*, el interés del objeto de estudio de esta tesis doctoral surge de las siguientes constataciones: en primer lugar, la escasez de trabajos de investigación que aborden, de manera transversal, el derecho de la publicidad, dada la prevalencia de estudios jurídicos sobre la regulación de supuestos publicitarios concretos; en segundo lugar, la inexistencia de trabajos que integren la parte general del Derecho de la Publicidad con las normas que regulan los principales medios de difusión y sus consiguientes vías de represión y sanción en caso de infracción; en tercer lugar, la inexistencia de estudios que aborden desde una perspectiva general, exhaustiva y sistemática, el análisis la jurisprudencia en materia de publicidad dictada por las salas de lo civil y de lo contencioso-administrativo del TS –la última instancia judicial en materia de publicidad–; y, por último, la inexistencia de trabajos que aborden cómo las principales agencias de

publicidad integran la revisión jurídica de las campañas en la rutina profesional y la opinión de sus directivos sobre los límites jurídicos de su actividad.

A pesar de la escasa presencia de trabajos que aborden nuestro objeto de estudio en las publicaciones académicas del ámbito de la comunicación y la publicidad – nacionales e internacionales–, concluiremos este punto con unas palabras del editor de la prestigiosa publicación *International Journal of Advertising* en las que reivindica la importancia y la necesidad de consolidar e incrementar la investigación en materia de regulación y autorregulación de la publicidad.

Papers on legal and regulatory issues are very much of interest at the International Journal of Advertising, and it is pleasant to be able to observe an increase in the inflow of submissions on such topics. In spite of this, research on some key topics appears to have slowed recently, including in the area of self-regulation (Rotfeld & Taylor 2009). Studies of self-regulation of advertising should be encouraged. [...] More such studies on other industries and across multiple countries are needed. (Taylor, 2012, p. 700).

Así pues, sobre la base de lo expuesto, esta tesis pretende dar respuesta al interés de los profesionales de la publicidad por conocer las líneas generales del marco jurídico de su actividad: sus principales límites y los retos derivados de las nuevas formas de publicidad.

1.3. Objetivos y preguntas de investigación

En un trabajo de investigación, la determinación del objeto de estudio requiere establecer tanto el área que se va a estudiar, el qué investigar, como lo que se intenta saber o descubrir, esto es, el buscando qué (Sierra Bravo, 1997). Los objetivos de investigación determinan lo que se pretende conseguir con la misma y, en todo caso, deben ser claros, asumibles y alcanzables (Berganza Conde y Ruiz San Román, 2005). Algunos autores recomiendan que una investigación no plantee más de tres o cuatro objetivos (Vilches, 2011).

Un segundo elemento que permite la acotación del problema de investigación lo configuran las preguntas que la propia investigación deberá responder para alcanzar

sus objetivos. Las denominadas preguntas de investigación deberán ser precisas y derivar directamente de los objetivos planteados (Berganza Conde y Ruiz San Román, 2005). Algunos autores recomiendan vincular las preguntas de investigación a los objetivos, en tanto que las respuestas a las preguntas planteadas serán precisamente las que nos permitirán alcanzarlos (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 2010).

Una vez detallado nuestro objeto de estudio, a continuación exponemos los objetivos (O) que han guiado y justifican la investigación junto a las preguntas de investigación (P) –directamente vinculadas a cada uno de ellos– que deberemos responder para alcanzarlos.

O.1. Identificar, describir de manera clara y sintética, sistematizar y evaluar el marco normativo de la actividad publicitaria en España.

P.1.1. ¿Cuáles son los antecedentes de la actual regulación de la publicidad en España y qué otras formas de control limitan la actividad publicitaria?

P.1.2. ¿Qué normas configuran los límites jurídicos de la publicidad y sobre la base de qué criterios podemos clasificarlas?

P.1.3. ¿El marco normativo de la publicidad es completo, claro y responde a los retos de los diferentes agentes implicados, directa o indirectamente, en la actividad publicitaria?

P.1.4. ¿Qué vías contempla la legislación para garantizar el cumplimiento de la legislación publicitaria?

O.2. Recopilar y analizar –cualitativa y, en menor medida, cuantitativamente– la jurisprudencia dictada por el TS en materia de publicidad a partir de la promulgación de la Ley 34/1988 General de Publicidad hasta la actualidad (1994-2014).

P.2.1. ¿Qué criterios interpretativos ha aplicado el TS a la hora de resolver las controversias en materia publicitaria planteadas por vía civil y por vía contencioso-administrativa?

- P.2.2. ¿Qué tipología de supuestos de publicidad ilícita y por qué medios se ha difundido la publicidad objeto de la última instancia judicial?
- P.2.3. ¿Qué tipo de condena o sanción predomina en los casos resueltos por el máximo tribunal en materia de publicidad?
- O.3. Determinar y describir los límites jurídicos de la publicidad, en general, y de la publicidad que se difunde por medios audiovisuales e Internet, en particular.
- P.3.1. ¿Qué principios básicos podemos extraer del estudio de la legislación publicitaria?
- P.3.2. ¿Qué tipología de contratos publicitarios, o de carácter general, se requieren en la actividad publicitaria y en qué términos están regulados?
- P.3.3. ¿Qué supuestos de publicidad ilícita contempla la legislación de carácter general, cómo se definen y sobre la base qué criterios doctrinales y jurisprudenciales se concreta su interpretación a la hora de aplicar la ley al caso concreto?
- P.3.4. ¿Qué límites jurídicos adicionales se recogen en la legislación que regula los dos principales medios convencionales de difusión de la publicidad: la televisión e Internet, qué criterios doctrinales y jurisprudenciales concretan su interpretación y qué consecuencias se derivan en caso de incumplimiento?
- O.4. Conocer y evaluar el compromiso de la industria publicitaria con la legislación, cómo valoran los profesionales su alcance y contenido, y cómo las agencias integran la supervisión de legal de las campañas en su rutina profesional.
- P.4.1. ¿En qué consiste el sistema de autorregulación publicitaria, cuál es su relación con las normas jurídicas y sobre la base de qué evidencias se puede valorar su efectividad?
- P.4.2. ¿Cómo valoran los directivos de las principales agencias la legislación publicitaria y qué retos plantearían al legislador?
- P.4.3. ¿Cómo gestionan las principales agencias la adecuación legal de sus campañas de publicidad y en qué términos recogen sus contratos la asunción de responsabilidad?

P.4.4. ¿Es el sistema de autorregulación publicitaria la referencia de las agencias en materia de adecuación legal de las campañas de publicidad?

A continuación, en el siguiente punto detallaremos la metodología mediante la cual se ha llevado a cabo la investigación para dar respuesta a los objetivos y preguntas planteadas.

1.4. Metodología

Realizar una tesis significa localizar un tema concreto, recopilar documentos sobre el mismo, ponerlos en orden, volver a examinar el tema partiendo de cero a la luz de los documentos, dar una forma orgánica a todas las reflexiones precedentes y “hacerlo de modo que quien la lea comprenda lo que se quería decir y pueda, si así lo desea, acudir a los mismos documentos para reconsiderar el tema por su cuenta” (Umberto Eco, 1997, pp. 23-24). Realizar una tesis significa, por tanto, aprender a poner orden en las propias ideas y a ordenar los datos; supone construir un “objeto” que sirva también a los demás pero ¿cómo llevar a cabo la investigación para cumplir con el rigor metodológico propio de la comunidad académica y científica?

En la fase inicial de esta tesis, la respuesta la encontramos en la bibliografía de referencia sobre métodos y técnicas de investigación en general (Blaxter, Hugues y Thight, 2004; Eco, 1997; Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 2010; Sierra Bravo, 1997, 1999, 2001) y sobre metodología específica para la investigación de la comunicación (Berganza Conde y Ruiz San Román, 2005; Igartua y Humares, 2004; Vilches, 2011) y del derecho (López Escarcena, 2011; Villaseñor Rodríguez y Gómez García, 2013), en particular.

Y es que, en el ámbito de las ciencias sociales y, en consecuencia, en el de las ciencias de la comunicación y las ciencias jurídicas, una tesis doctoral también debe ser fruto de un proceso de investigación científica. Partiendo de la premisa de que la investigación es el proceso a seguir para acceder al conocimiento científico (Berganza Conde y Ruiz San Román, 2005), desde el punto de vista de la

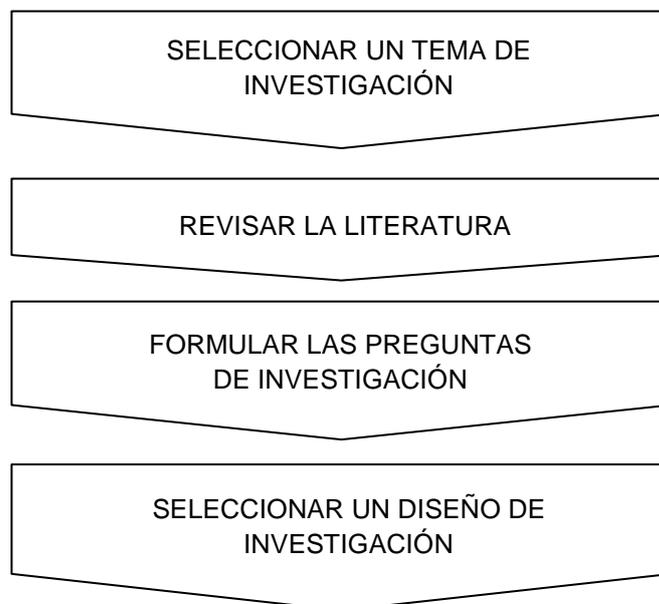
investigación jurídica Villaseñor Rodríguez y Gómez García (2013) definen la *investigación científica* en los siguientes términos:

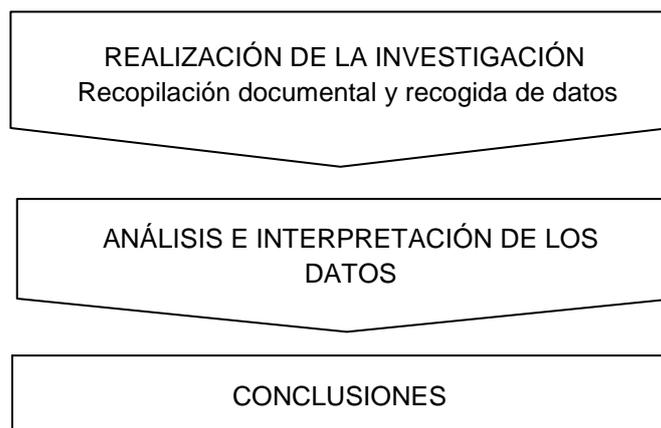
Es la investigación por excelencia y consiste en un proceso intelectual, reflexivo, sistemático, controlado y crítico que, mediante la aplicación de métodos científicos, pretende obtener, bien un conocimiento nuevo, verdadero, relevante y neutral, bien la ampliación, verificación y aplicación de un conocimiento ya existente (pp. 19-20).

Por *método científico* debemos entender la estructura formal, los pasos que se siguen en una investigación desde su inicio a su finalización (Vilches, 2011). Sobre la base de estas definiciones –perfectamente extrapolables a la investigación en ciencias sociales–, a continuación describiremos la metodología utilizada en la elaboración de esta tesis, dado su particular objeto de estudio.

En primer lugar, la siguiente figura recoge las fases del proceso de investigación que, sobre la base de la propuesta de Berganza Conde y Ruiz San Román (2005), tomamos como referencia para el desarrollo del trabajo.

Figura 1.
El proceso de investigación





Fuente: elaboración propia.

Desde el punto de vista de la investigación en publicidad, todo problema de investigación puede enfocarse desde tres ángulos distintos, diversamente aplicables en función de su objetivo: la investigación exploratoria, la investigación descriptiva o no experimental y la investigación causal o experimental (León, 1988). Sobre la base de esta clasificación, en coherencia con nuestros objetivos y preguntas de investigación, podemos afirmar que la presente tesis responde a los enfoques exploratorio y descriptivo no experimental.

Como su mismo nombre indica, la investigación exploratoria se caracteriza por “explorar” los problemas desde un punto de vista cualitativo, puede seguir varias direcciones a la vez, enlaza variables y no busca tanto conclusiones como puntos de partida para trabajos posteriores. La investigación exploratoria es flexible y es precisamente la ausencia de una fuerte estructuración lo que permite y facilita que se amplíen las posibilidades de exploración.

En la presente tesis la exploración del objeto de estudio –los límites jurídicos de la publicidad en España– se ha llevado a cabo a partir de un exhaustivo proceso de búsqueda bibliográfica y documental, complementado con la realización de entrevistas en profundidad a directivos de las principales agencias de publicidad por volumen de inversión en España.

En paralelo, consideramos que la tesis incorpora, adicionalmente, una investigación descriptiva¹¹ de la jurisprudencia dictada por el TS –última instancia judicial estatal en materia de publicidad– entre los años 1994 y 2014, esto es, a partir de la promulgación, en 1988, de la LGP. Esta investigación de carácter descriptivo se llevará a cabo a través de métodos observacionales de datos secundarios, en este caso, las sentencias judiciales anteriormente mencionadas accesibles a través de las principales bases de datos jurídicas.¹²

Desde el punto de vista de la investigación en derecho, la presente tesis respondería a un modelo mixto que combina la metodología descriptiva y analítica (López Escarcena, 2011) en tanto que, en algunos puntos, aborda el Derecho de la Publicidad siguiendo el orden preestablecido y, en otros, aporta una estructura propia fruto del análisis del contenido de la legislación, la doctrina –jurídica y, en menor medida, publicitaria,– y la jurisprudencia consultadas.

En consecuencia, podemos afirmar que la presente tesis, de carácter teórico, adopta un *enfoque* predominantemente *cualitativo*, en tanto que es esta metodología de investigación la que se ocupa de recolectar y analizar la información en todas las formas posibles, exceptuando la numérica, y tiende a centrarse en la exploración de un limitado pero detallado número de casos con el objetivo de lograr profundidad en términos de análisis. La investigación combina, a su vez, el denominado trabajo de gabinete –revisión de la literatura, análisis de la normativa y la jurisprudencia– con el trabajo de campo –entrevistas a directivos de agencias de publicidad– llevado a cabo mediante las técnicas de recolección y análisis documental y la entrevista en profundidad (Blaxter, *et al.*, 2004, pp. 90-94). La justificación de la elección de ambas técnicas, así como su alcance y adaptación al objeto de estudio, serán ampliamente descritas en posteriores capítulos.¹³

¹¹ Los estudios descriptivos difieren de los exploratorios en el rigor con el que son diseñados; la investigación exploratoria se caracteriza por su flexibilidad, mientras que la investigación descriptiva intenta obtener una descripción completa y correcta de una situación determinada (León, 1988).

¹² En el apartado dedicado a las fuentes de esta misma introducción se concretan los detalles de las bases de datos jurídicas consultadas. Véase p. 42.

¹³ La metodología empleada para el análisis jurisprudencial será descrita de manera detallada en el apartado 4.3.2 del capítulo dedicado al estudio de la jurisprudencia en materia de publicidad. Por su parte, la metodología empleada para llevar a cabo las entrevistas en profundidad será descrita con más detalle en el apartado 10.3.2 del capítulo dedicado a la gestión profesional del Derecho de la Publicidad.

Entre los requisitos o condiciones de los que dependen el dominio de la técnica de diseño de una investigación, Sierra Bravo (1997) destaca la “flexibilidad o capacidad de adaptación del diseño inicial a las nuevas exigencias que el desarrollo de la investigación ponga de manifiesto” (p. 125). Tal fue el caso, a modo de ejemplo, de la acotación final de la muestra de estudio objeto de análisis jurisprudencial que, como detallaremos en el capítulo 4, se vio drásticamente reducida tras constatar la dificultad de acceder a una muestra suficientemente representativa de las sentencias dictadas por Audiencias Provinciales en materia de publicidad.

Por otra parte, a pesar del enfoque predominantemente cualitativo desde el que se aborda el objeto de estudio, de manera puntual, el trabajo recurre al análisis cuantitativo en tanto que, como apuntan Blaxter, *et al.* (2004) “lo cualitativo y lo cuantitativo tienden a exceder sus dominios, de modo que es muy raro encontrar investigaciones donde no se incluyan tanto números como palabras. Los datos cualitativos pueden cuantificarse, y los cuantitativos, cualificarse” (p. 242). Tal será el caso, por ejemplo, del análisis cuantitativo de la jurisprudencia dictada por el TS en materia de publicidad.

Vilches (2011), identifica dos etapas clave en toda investigación para asegurar su éxito: la decisión sobre los métodos y, en segundo lugar, la lectura de las referencias teóricas, fuentes y documentos. Una vez detallada, a grandes trazos, la metodología empleada en esta tesis, a continuación describiremos el proceso de identificación, selección y consulta de las principales fuentes de información.

1.5. Fuentes

En el ámbito de la investigación en comunicación y, sobre todo, en derecho la metodología de investigación y la documentación son realidades estrechamente relacionadas. En una investigación de carácter exploratorio y descriptivo como la que nos ocupa, el trabajo de búsqueda, recopilación y análisis de las fuentes – entendidas como los recursos para poder acceder a la información y al conocimiento en general– cobra una especial relevancia.

Según el criterio de las fuentes utilizadas, Sierra Bravo (2003) distingue entre las investigaciones realizadas a partir de fuentes primarias, secundarias o mixtas. La presente tesis responde a un modelo mixto en tanto que utiliza, principalmente, fuentes secundarias y, puntualmente, también fuentes primarias. Las *fuentes secundarias* son las que operan con datos y hechos recogidos por distintas personas y para otros fines o investigaciones diferentes; tal sería el caso de la legislación, las fuentes bibliográficas y las sentencias judiciales directamente relacionadas con el objeto de estudio. Por su parte, las *fuentes primarias* son aquellas en que los datos se recogen de primera mano para la investigación, como sería el caso de las entrevistas en profundidad realizadas a directivos de las principales agencias de publicidad por volumen de inversión que operan en el mercado español. La siguiente tabla recoge la tipología de fuentes consultadas en relación con la triple perspectiva desde la que se aborda el objeto de estudio.

Tabla 1.
Fuentes de la investigación

Objetivos	Objeto de estudio	Fuentes
O.1.	Marco normativo: límites jurídicos	Fuentes secundarias <ul style="list-style-type: none"> • Análisis documental: <ul style="list-style-type: none"> ✓ Legislación ✓ Manuales ✓ Monografías ✓ Revistas ✓ Tesis doctorales
O.2.	Jurisprudencia	Fuentes secundarias <ul style="list-style-type: none"> • Bases de datos jurídicas <ul style="list-style-type: none"> ✓ Aranzadi ✓ La Ley Digital 360º ✓ CENDOJ
O.3.	Gestión profesional	Fuentes secundarias <ul style="list-style-type: none"> • Análisis documental <ul style="list-style-type: none"> ✓ Manuales ✓ Monografías ✓ Revistas Fuentes primarias: <ul style="list-style-type: none"> • Entrevistas en profundidad a directivos de agencias de publicidad

Fuente: elaboración propia

Como indicábamos al describir el proceso de investigación,¹⁴ la elección y concreción del objeto de estudio y de los objetivos y preguntas de investigación requiere de una fase exploratoria previa que se deberá ampliar y revisar posteriormente. Se trata de identificar, recopilar, extraer y analizar la información existente sobre el objeto de estudio de manera que ello permita, posteriormente, elaborar el marco teórico de la tesis. Esta etapa requiere un tratamiento sistemático de la información que facilite el manejo y análisis de la misma a lo largo del proceso de investigación (Vilches, 2011).

En relación con el procedimiento de identificación, recopilación y consulta de las fuentes de la investigación, en la *fase exploratoria* previa a la concreción del objeto de estudio se realizó una primera búsqueda bibliográfica de monografías y artículos académicos y profesionales que abordaran el estudio del Derecho de la Publicidad. La especialización docente de la autora en este ámbito facilitó este proceso en el que, en primer término, se identificaron los autores de referencia en el estudio de la disciplina. En esta primera fase de búsqueda se consultaron, entre otros, el Catàleg Col·lectiu de les Universitats de Catalunya y, de un modo más exhaustivo, el catálogo del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB). Paralelamente, en esta fase exploratoria previa también se consultaron obras y artículos académicos de referencia en materia de metodologías y técnicas de investigación en los ámbitos de las ciencias sociales, jurídicas y de la comunicación.

Una vez definido el objeto de estudio, los objetivos y preguntas de investigación, y definido el diseño y la metodología de la tesis, se procedió a intensificar, ampliar y sistematizar el denominado *trabajo de gabinete*, esto es, la búsqueda bibliográfica y documental para el correcto desarrollo de la investigación. Tras la lectura y análisis crítico de los resultados obtenidos en la fase exploratoria previa, una vez concretado el diseño de la investigación se identificaron nuevos términos de búsqueda documental claves para desarrollar el marco teórico del trabajo y profundizar en el estudio de los límites jurídicos de la publicidad.

En esta *segunda fase de recopilación documental* se llevó a cabo, en primer lugar, una exhaustiva búsqueda en el catálogo de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, institución en la que en 2012 la autora realizó una

¹⁴ Véase figura 1, p. 34.

estancia de investigación¹⁵ Posteriormente, se llevó a cabo un segundo proceso de búsqueda a través del servicio de biblioteca virtual de la UOC con el objetivo de identificar monografías especializadas y, sobre todo, artículos relacionados, directa o indirectamente, con el objeto de estudio, publicados en revistas académicas del ámbito de la publicidad y el derecho. La siguiente tabla recoge los términos de búsqueda utilizados con el objetivo de identificar el interés de la comunidad científica internacional en el ámbito objeto de estudio. La búsqueda de los términos indicados en la Tabla 2 se llevó a cabo en las principales bases de datos suscritas por la biblioteca de la UOC, entre las que destacan: ISI Web of Knowledge, Scopus, Aranzadi, La Ley Digital 360, Business Source Complete (EBSCO), Emerald, ProQuest Central, Taylor & Francis, Wiley Online Library y Google Scholar.

Tabla 2.
Términos de búsqueda bibliográfica

Términos búsqueda	
Derecho de la publicidad / publicitario	Advertising law
Regulación publicidad / publicitario	Advertising regulation
Regulación comunicación comercial	Commercial practices regulation
Publicidad ilícita	Illegal advertising
Publicidad engañosa	Misleading advertising
Publicidad desleal	Unfair advertising
Publicidad denigratoria	Denigratory advertising
Publicidad comparativa	Comparative advertising
Publicidad agresiva	Agressive advertising
Regulación emplazamiento de producto	Product placement regulation
Autorregulación publicidad / publicitaria	Advertising self-regulation
Autocontrol de la publicidad	----

Fuente: elaboración propia

A partir del centenar de referencias preseleccionadas, se identificaron aquellos documentos relevantes para la investigación. Con el objetivo de localizar artículos

¹⁵ En el apartado de Anexo se adjunta copia de la carta de invitación y el documento acreditativo de la estancia de investigación llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla entre los meses de septiembre y diciembre de 2012.

de revistas no contempladas en las bases de datos mencionadas y/o no localizados por los términos de búsqueda, se procedió a realizar una revisión exhaustiva de todos los números accesibles de las principales revistas de derecho y publicidad, directa o indirectamente relacionadas con el objeto de estudio.

Así, tras identificar las revistas jurídicas con una mayor presencia de artículos sobre Derecho de la Publicidad se consultó el sumario de todos los números de la revista *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* y de la *Revista Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia* para seleccionar aquellos más relevantes para el objeto de estudio. Editada por el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela, la revista *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* está dirigida a los estudiosos de estas materias, tanto en el ámbito académico como en el profesional.¹⁶ Por su parte, la *Revista Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia* es una publicación editada por el Instituto de Derecho y Ética Industrial –una de las áreas temáticas de la Fundación CEFI– especializada en materia de propiedad industrial y derechos conexos, como son el derecho de la competencia, la publicidad y la propiedad intelectual.¹⁷ A través de la biblioteca del ICAB se accedió a la consulta de los artículos seleccionados en ambas revistas para su lectura, valoración y la posterior elaboración de la ficha bibliográfica previa a la incorporación de su contenido más relevante en los diferentes capítulos que conforman la tesis.

Del mismo modo, se procedió a la revisión exhaustiva de los sumarios de las dos principales revistas académicas del ámbito de la publicidad en España, esto es, *Questiones publicitarias* y *Pensar la Publicidad* para identificar las contribuciones, directa o indirectamente vinculadas a nuestro objeto de estudio. Editada por la Facultad de Comunicación de la Universidad de Sevilla *Questiones Publicitarias* es una revista nacida en 1993 con el objetivo de dar a conocer las investigaciones

¹⁶ El buscador en línea de la revista *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* dispone de un índice sistemático que facilita la búsqueda de todos los artículos sobre Derecho de la Publicidad publicados desde 1974 hasta la actualidad. Véase: <<http://www.usc.es/es/institutos/idius/sysindpublicidad.html>> [Consulta: 15 de enero de 2015].

¹⁷ Desde la página web de CEFI puede consultarse el sumario de todos los números publicados en la *Revista Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia* desde su creación, en 1995, hasta la actualidad. Véase: <<http://cefi.es/es/page.cfm?id=23&title=revista-comunicaciones#.VgZeaMvtmkp>> [Consulta: 15 de agosto de 2015].

científicas sobre comunicación y publicidad.¹⁸ Por su parte, *Pensar la publicidad* es una revista creada en 2007 y coeditada por la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad de Valladolid con el objetivo de canalizar y potenciar las investigaciones empíricas y los análisis teóricos en torno a los diferentes aspectos de la publicidad.¹⁹ La consulta de los artículos de interés seleccionados se pudo realizar, en este caso, en línea desde las páginas web de las revistas.

Para llevar a cabo el análisis de las sentencias judiciales dictadas en materia de publicidad se consultó una tipología de fuentes documentales secundarias específicas de la documentación jurídica: las denominadas *bases de datos jurídicas*, entre las que destacan las de Westlaw Aranzadi, La Ley Digital 360 –ambas accesibles a través de la biblioteca virtual de la UOC– y el buscador de jurisprudencia del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).²⁰ Los criterios de búsqueda y la conformación de la muestra de estudio serán descritos detalladamente en el capítulo dedicado al estudio de la jurisprudencia en materia de publicidad.

Para dar respuesta a las preguntas en relación a cómo gestionan las agencias de publicidad la supervisión legal de sus campañas se recurrió, de nuevo, a fuentes secundarias y, en esta ocasión, también a fuentes primarias. Así, por una parte, se llevó a cabo un proceso de búsqueda y análisis documental con el objetivo de identificar la incidencia de las cuestiones legales en manuales, monografías y artículos de revistas profesionales y académicas en materia de procesos, gestión y dirección de empresas de publicidad. En paralelo, por los motivos que se expondrán en el capítulo dedicado a la gestión de los condicionantes legales en las agencias de publicidad, se optó por la técnica de la entrevista en profundidad para acceder a las fuentes primarias de información, en este caso a directivos de las principales agencias de publicidad por volumen de inversión que operan en el mercado español.

¹⁸ Todos los números de la revista *Questiones publicitarias* pueden consultarse en línea a través de su página web. Véase: <<http://www.maecei.es/numeros.html>> [Consulta: 12 de agosto de 2015].

¹⁹ Todos los números de la revista *Pensar la publicidad* pueden consultarse en línea a través de su página web. Véase: <<http://revistas.ucm.es/index.php/PEPU/issue/archive>> [Consulta: 15 de agosto de 2015].

²⁰ Desde 1996, el CENDOJ es el órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial que se ocupa de la publicación oficial de la jurisprudencia, así como de las demás competencias en el ámbito de la documentación y de los servicios de gestión del conocimiento. Véase: <<http://www.poderjudicial.es/search/>> [Consulta: 28 de enero de 2015].

Por último, tan sólo apuntar que, desde un punto de vista meramente formal, la presente tesis responde a los criterios ortotipográficos recogidos por Martínez de Sousa (2004) y al estilo de citación bibliográfica recogido en las normas de la American Psychological Association (APA),²¹ en tanto que, de manera progresiva, éste se ha extendido y consolidado en el ámbito de las ciencias sociales.

1.6. Estructura de la tesis

Como hemos apuntado en el inicio de esta introducción, la presente tesis aborda el estudio de los límites jurídicos de la publicidad en España sobre la base una triple perspectiva: el estudio y análisis del contenido del marco normativo de la publicidad; la recopilación y análisis de la jurisprudencia dictada en materia de publicidad a partir de la entrada en vigor de la LGP y, por último, la valoración de los profesionales de la publicidad en relación con los límites jurídicos de su actividad y acerca de cómo se integra la supervisión legal de las campañas en su rutina profesional.

En tanto que la estructura de una tesis doctoral debe ser lógica, bien organizada y cumulativa a fin de permitir la exposición coherente de los argumentos (López Escarcena, 2011), la propia ordenación del contenido del subtítulo de la tesis responde a un criterio secuencial en relación con el proceso de elaboración e interpretación de la legislación y su posterior incidencia en la actividad de los profesionales de la publicidad.

En primer término, el legislador dicta las normas en cuyo contenido se integran los límites jurídicos de la publicidad. Ahora bien, la mayoría de normas jurídicas se considera que son *normas elásticas*, en tanto que los supuestos de hecho que éstas establecen permiten cierta flexibilidad. Así, la legislación indica diferentes supuestos –en nuestro caso de publicidad ilícita– mediante conceptos cuyo contenido “en cada caso singular es variable dentro de ciertos márgenes, de forma que es posible tomar en cuenta todas las circunstancias de cada hipótesis particular a que hayan de aplicarse, así como aplicarlas a tenor de las ideas socialmente imperantes”

²¹ Véase: The basics of APA Style © <<http://www.apastyle.org/learn/tutorials/basics-tutorial.aspx>> [Consulta: 19 de febrero de 2015].

(Albadalejo, 1995, p. 29). Por tanto, una descripción y análisis rigurosos de los límites jurídicos de la publicidad requerirá complementar el contenido de la legislación con la interpretación que, sobre la misma, han llevado a cabo, por una parte, la doctrina de referencia y, por otra, los tribunales de justicia y, más concretamente, el TS, cuyos criterios interpretativos recogidos en sus sentencias constituyen la denominada jurisprudencia de mayor valor. En tercer lugar, una vez identificadas las principales leyes que regulan la publicidad, analizado su contenido y completado éste con los criterios interpretativos recogidos en la doctrina y en la jurisprudencia, la atención debe dirigirse a los profesionales de la publicidad y, más concretamente, a la trascendencia práctica de la legislación, esto es, a cómo la industria publicitaria valora y gestiona el condicionante legal.

Al inicio de la introducción también apuntamos que la principal aportación de esta tesis es abordar el estudio del Derecho de la Publicidad desde el punto de vista de su interés para los profesionales de la publicidad. Sobre la base de este propósito, el contenido del trabajo se ha estructurado en tres partes que, a su vez, engloban los nueve capítulos –dejando al margen esta introducción– que configuran el núcleo de la investigación, tal y como pasamos a describir y justificar a continuación.

Cabe avanzar en este punto que la estructura de la tesis se ha visto fuertemente condicionada por las remisiones cruzadas en su contenido. Así, por ejemplo, la configuración de los límites jurídicos de la publicidad ha requerido detallar, previamente, el análisis jurisprudencial que se integrará en su exposición. En esta misma línea, la correcta comprensión del alcance de las entrevistas realizadas a directivos de agencias de publicidad ha requerido abordar previamente, entre otros aspectos, el contenido de los límites jurídicos de la publicidad, las vías de represión y sanción de la publicidad ilícita y las características y servicios prestados por el sistema de autorregulación español, aspectos todos ellos contemplados en el guión de temas a tratar en la conversación. A continuación, pasamos a describir el contenido de las tres partes que conforman la tesis doctoral junto a una síntesis de cada uno de sus capítulos.

Derecho y publicidad. Bajo este título, la *primera parte* de la tesis pretende establecer las bases teóricas, normativas y jurisprudenciales del objeto de estudio, esto es, los límites jurídicos de la publicidad. Esta parte comprende: el marco teórico

de la investigación, la configuración y descripción del marco normativo de la publicidad y, por último, la descripción de las diferentes vías de represión y sanción de la publicidad ilícita y la descripción del análisis de la jurisprudencia dictada en materia de publicidad por el TS, última instancia judicial –recordemos– en materia de publicidad.

Así, en el capítulo 2 –el primero comprendido en esta primera parte de la tesis– se desarrolla el marco conceptual de la investigación, configurado por los dos ámbitos que confluyen en la misma: la actividad publicitaria y su regulación acotada geográficamente al Estado español. Con el objetivo de contextualizar el posterior análisis de la legislación, el capítulo describe –de manera sintética– el proceso de comunicación publicitaria, su relación con las disciplinas del marketing y la comunicación, el impacto de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en la actividad y la configuración actual del mercado publicitario sobre la base del análisis de inversión. Desde el punto de vista jurídico, el denominado marco conceptual contempla el análisis del concepto legal de publicidad –contraponiéndolo a la concepción profesional–, la delimitación conceptual del Derecho de la Publicidad y una primera aproximación a los conceptos de autorregulación y correulación en tanto que sistemas complementarios de control contemplados, incluso, por el propio legislador.

Por su parte, el capítulo 3 responde al objetivo de identificar las principales normas jurídicas que regulan la publicidad para configurar, así, el marco normativo de la actividad. Tras exponer los criterios básicos para su ordenación, sintetizamos el contenido de las principales normas que regulan la publicidad clasificadas según las instituciones que las originan: comunitarias, estatales, autonómicas y, en determinados supuestos, también locales. Entre todas ellas, destaca la normativa estatal de carácter general, esto es, la que se aplica a cualquier tipo de publicidad, actualmente articulada sobre la base de dos normas concretas: la LGP y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).

Una vez expuesto el marco normativo de la publicidad, conviene detallar las distintas vías de represión o sanción que contempla la legislación en caso de incumplimiento y qué criterios de interpretación ha empleado el TS a la hora de aplicar la norma general a supuestos concretos. Así, antes de abordar el estudio de

la jurisprudencia publicitaria, el capítulo 4 detalla las tres vías judiciales accesibles en función de la normativa infringida: la vía civil –y sus tradicionales acciones judiciales por publicidad ilícita–, la vía penal –para el supuesto específico de engaño– y la vía administrativa –prevista mayoritariamente en la normativa de carácter especial–. El capítulo concluye con el análisis de la jurisprudencia dictada por las salas de lo civil y de lo contencioso-administrativo del TS entre los años 1994 y 2014, esto es, a partir de la entrada en vigor de la LGP. Tras detallar la muestra objeto de estudio y la metodología de análisis implementada, se presentan los resultados desde un punto de vista cuantitativo, en tanto que el fruto del análisis cualitativo se integrará al abordar los diferentes supuestos de publicidad ilícita en el capítulo 6 de la segunda parte de la tesis. Conviene reiterar en este punto que la inclusión de este capítulo en la primera parte de la misma responde a la voluntad de exponer y detallar el procedimiento de análisis jurisprudencial para, posteriormente, integrar su contenido –los criterios interpretativos– al abordar los diferentes límites jurídicos de la publicidad.

Límites jurídicos de la publicidad. Sobre la base de la labor de análisis llevada a cabo en la primera parte del trabajo, la *segunda parte* de la tesis presenta los principales límites jurídicos de la publicidad: en qué términos el legislador los configura y cómo han sido interpretados por la doctrina científica y jurisprudencial. El contenido de esta parte central del trabajo se estructura en cuatro capítulos partiendo de un criterio secuencial en relación con el proceso publicitario. Así, en primer lugar, se abordan los principios generales y las condiciones y límites aplicables en materia de contratación; a continuación se presentan los supuestos de publicidad ilícita de carácter general y, posteriormente, se abordan los límites jurídicos específicos, el régimen sancionador y los retos de futuro de la publicidad difundida a través de los dos medios convencionales con un mayor impacto y volumen de inversión: el medio audiovisual e Internet.

De este modo, el capítulo 5 se inicia con una exposición de los principios básicos extraídos del análisis del contenido de la legislación. A continuación, se aborda la regulación en materia de contratación, un ámbito de especial relevancia desde el punto de vista práctico para los profesionales de la publicidad, dada su trascendencia en términos de asunción de responsabilidad. Tras el estudio de los cuatro contratos publicitarios –publicidad, creación publicitaria, difusión y patrocinio–

el capítulo concluirá con dos referencias de especial interés en la práctica profesional: la de aquellos contratos no publicitarios pero necesarios y relevantes para esta actividad –como, por ejemplo, el contrato de cesión de derechos de imagen– y, por último, el régimen de propiedad intelectual aplicable a las creaciones publicitarias y su posible margen de negociación.

El capítulo 6 –uno de los más extensos y exhaustivos del trabajo– recoge, a modo de tesoro con diferentes niveles de clasificación, los diferentes supuestos de publicidad ilícita contemplados, directa o indirectamente, en la legislación; a saber, la publicidad contraria a la Constitución, la publicidad que vulnere la especial protección del menor, la publicidad subliminal, la publicidad engañosa, la publicidad desleal, la publicidad agresiva, la publicidad contraria a normas especiales y la denominada publicidad indirecta. En todos los casos se aborda, en primer término, la definición y alcance del supuesto recogido en la normativa; en segundo lugar se identifican –siempre que el supuesto lo permita– las posibles submodalidades del ilícito, su definición y alcance específico; en tercer lugar, se incorpora a cada supuesto los criterios de interpretación adicionales apuntados por la doctrina de referencia y, por último, los criterios jurisprudenciales fruto del análisis detallado previamente en el capítulo 4 de esta tesis doctoral.

Tras presentar los límites jurídicos de carácter general, esto es, los supuestos que serán ilícitos en todo caso –independientemente del medio a través del que se difundan y del sector de actividad del anunciante en cuestión–, los capítulos 7 y 8 abordan, respectivamente, la regulación de los dos medios de difusión de la publicidad convencional más relevantes y con un mayor alcance en la actualidad: la televisión e Internet.

Así, el capítulo 7 recoge el concepto y las modalidades de la denominada comunicación comercial audiovisual y el posterior estudio de los límites jurídicos que les impone el legislador. En primer lugar, se abordan las limitaciones temporales y el deber de identificación de la publicidad en televisión; en segundo lugar, se analizan las diferentes modalidades de publicidad televisiva, con especial atención al alcance e interpretación del patrocinio audiovisual y el tradicionalmente controvertido emplazamiento de producto o *product placement*; en tercer lugar, se abordan las prohibiciones que la legislación impone al contenido de los mensajes que se

difunden en televisión y los límites adicionales derivados de la especial protección del menor en este medio de comunicación; a continuación se describe el régimen sancionador derivado del incumplimiento de la legislación audiovisual en materia de publicidad y el cada vez más explícito reconocimiento y fomento de la autorregulación. El capítulo concluye con un apartado dedicado a la innovación en formatos de publicidad audiovisual y una reflexión final acerca de los retos a los que se enfrenta, en este ámbito, el legislador.

Como apuntábamos al inicio de esta introducción, una tesis sobre derecho y publicidad no podía obviar la –todavía escasa– regulación del medio de difusión que ha experimentado un mayor crecimiento en los últimos años según los datos de volumen de inversión: Internet. Siguiendo una estructura análoga a la del capítulo anterior, en primer lugar, el capítulo 8 aborda dos conceptos clave para comprender la regulación de la publicidad en Internet: los servicios de la sociedad de la información y las comunicaciones comerciales por vía electrónica, única modalidad publicitaria recogida, expresamente, en la legislación. Tras analizar la información exigida a la publicidad difundida por vía electrónica, sus prohibiciones y los derechos de sus destinatarios, abordaremos uno de los aspectos cuya regulación e implementación ha generado más controversia en el entorno publicitario: la denominada *publicidad comportamental*. Finalmente, el capítulo concluye con sendas referencias al régimen sancionador general previsto en caso de incumplimiento y el reconocimiento y fomento de la autorregulación.

Publicidad y Derecho. La *tercera* y última *parte* de la tesis se centra en cómo la industria publicitaria valora e integra los límites jurídicos impuestos por la legislación. Fruto del compromiso de la industria con el ejercicio ético y legal de su actividad, los propios sujetos implicados en la elaboración y difusión de las campañas se han dotado de un sistema de autorregulación cuyas características y actividad se detallan y analizan en el primero de los dos capítulos que conforman la tercera parte de la tesis. A continuación, el último capítulo del trabajo recoge la opinión de los profesionales de la publicidad y, más concretamente, su valoración sobre los límites jurídicos, cómo éstos condicionan su actividad y cómo integran la supervisión legal de las campañas en su rutina profesional.

Así, en el capítulo 9 se describe y analiza el sistema de autorregulación publicitaria, una vía extrajudicial de resolución de conflictos creada por la propia industria, esto es, por anunciantes, agencias, medios y asociaciones relacionadas con esta actividad. Tras abordar los elementos constitutivos que garantizan la eficacia de la autorregulación y el progresivo reconocimiento y fomento de esta vía extrajudicial por parte del legislador, la segunda parte del capítulo se centra en Autocontrol, el sistema de autorregulación publicitaria español. Partiendo de sus orígenes, se describen sus objetivos, características, configuración y los servicios que ofrece en la actualidad para concluir con un breve análisis del balance de sus veinte años de actividad.

El capítulo 10 –retomando el enfoque publicitario del marco teórico de la tesis– pretende constatar cómo los límites jurídicos de la publicidad condicionan, desde un punto de vista práctico, la actividad publicitaria y, más concretamente, las rutinas profesionales de las principales agencias de publicidad. Para ello, en primer término, se aborda la estructura tradicional y los perfiles profesionales básicos de las empresas o agencias publicitarias y se detalla –a grandes trazos– el proceso de elaboración de una campaña de publicidad. En la segunda parte del capítulo se presenta la muestra, metodología y resultados de las entrevistas realizadas a directivos de ocho de las principales agencias de publicidad de España con un doble objetivo: conocer cómo gestionan las agencias la adecuación legal de sus campañas y, a su vez, conocer la opinión de estos profesionales sobre el actual marco normativo y los límites jurídicos de la publicidad y hasta qué punto éstos condicionan su actividad. Cabe recordar en este punto que la ubicación de este capítulo en la tercera y última parte de la tesis se justifica en tanto que la mayoría de las cuestiones abordadas en las entrevistas requerían su previo desarrollo en capítulos precedentes.

Finalmente, el apartado de *conclusiones* recoge –a modo de síntesis– las respuestas a las preguntas de investigación planteadas en esta misma introducción, así como las futuras líneas de investigación a través de las que este trabajo aspira a tener continuidad. El listado de fuentes bibliográficas consultadas y el material complementario que se incluye en el trabajo a modo de anexo cierran el contenido de la presente tesis doctoral.

PARTE I

DERECHO Y PUBLICIDAD

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. La actividad publicitaria

La publicidad es una de las técnicas de comunicación más empleadas por empresas e instituciones para hacer llegar sus mensajes al público objetivo. Los académicos y los profesionales del sector definen la *publicidad* como aquella comunicación persuasiva y/o informativa sobre los productos, servicios, marcas de un anunciante, difundida por medio, fundamentalmente, de anuncios suscritos y pagados por el mismo, con el objetivo de incidir directa o indirectamente en los comportamientos de compra y de consumo de los públicos a los que se dirige (Termcat, 1999).

No obstante, el término *publicidad* posee una naturaleza equívoca. “Las muy diversas formas en que se manifiesta y los variados intérpretes a los que sirve, hacen de ella un fenómeno esencialmente complejo” (Eguizábal, 2010, p. 30). Quizás esto explique que, incluso en términos coloquiales –y, como veremos, también jurídicos– se tiende a confundir la publicidad con otras actividades comunicativas con las que presenta algún punto de contacto, como la promoción de ventas, las relaciones públicas o el marketing directo, por ejemplo.

Desde un punto de vista estrictamente publicitario, Eguizábal (2010) identifica dos errores habituales en la delimitación del concepto de publicidad: reducirla a un tipo de comunicación y limitarla al ámbito de lo comercial. En relación con la simplificación de la publicidad a una tipología específica de comunicación, por ejemplo, la informativa, basta pensar en el gran número de campañas publicitarias cuya función es más simbólica que informativa. La publicidad es, cada vez más, un proceso de significación a través del cual, en un contexto de saturación informativa, se produce la diferenciación y valorización de los productos, personas o instituciones que apuestan por invertir en esta forma comunicativa. En relación con la limitación al ámbito comercial, ni por la cuantía de sus inversiones, ni por su derivación social y política puede reducirse actualmente la publicidad al terreno comercial. Ejemplo de ello serían las impactantes y debatidas campañas de publicidad de la Dirección General de Tráfico, cuyo objetivo es concienciar, o las campañas de publicidad política difundidas por múltiples medios en período de

campaña electoral. Desde este punto de vista, menos concreto pero más actual, la publicidad sería “la operación por la cual una organización desarrolla y comunica significados que, debidamente atribuidos a sus producciones, aumentan el valor de éstas.” (Eguizábal, 2010, p. 41).

La publicidad moderna, entendida como una actividad profesional dirigida a un público masivo y difundida por los medios de comunicación, surge en el siglo XIX fruto de la revolución industrial iniciada en Inglaterra a finales del siglo XVIII. Desde el momento en el que los fabricantes comienzan a producir más oferta de la que su entorno puede asumir, surge la necesidad de incrementar las ventas y dar a conocer el producto y sus características a un número cada vez más elevado de personas. Para conseguir su objetivo, las empresas apuestan por el diseño de estrategias de comercialización de sus productos y la publicidad comienza a difundir sus mensajes a través de los medios de comunicación de masas (González Lobo y Prieto del Pino, 2009). En este contexto económico y empresarial, el marketing ve la luz a principios del siglo XX e integra a la publicidad como una de las técnicas de comunicación clave para alcanzar sus objetivos.

2.1.1. Publicidad, marketing y comunicación

Sobre la disciplina del marketing se han publicado un gran número de definiciones que, en su mayoría, toman como referencia la adoptada por la American Marketing Association (AMA). Según la AMA (2015), el *marketing* “is the activity, set of institutions and processes for creating, communicating, delivering, and exchanging offerings that have value for customers, clients, partners, and society at large.”²²

El reconocido estratega de marketing Jack Trout (2001) simplifica el concepto al afirmar que la gestión más eficaz de marketing es aquella que, después de desarrollar un buen producto, ofrecerlo a un precio adecuado y distribuirlo eficazmente, maneja con la habilidad necesaria esas percepciones en su beneficio. En esta misma línea, Philip Kotler (2000) apunta que si el especialista en marketing

²² Tras ser objeto de varias modificaciones, la citada definición fue aprobada por la AMA en julio de 2013. Véase: AMA. (2015). *About AMA. Definition of marketing*. [En línea] < <https://www.ama.org/AboutAMA/Pages/Definition-of-Marketing.aspx> > [Consulta: 8 de septiembre de 2015]

es capaz de identificar las necesidades de su cliente, de desarrollar ofertas ajustadas a las mismas y de transmitir las y acercarlas de forma efectiva, sus productos se venderán muy fácilmente.

El conjunto de herramientas de marketing que utilizan las empresas para conseguir sus objetivos comerciales en relación con el público objetivo configuran el denominado *marketing mix*. McCarthy popularizó, a mediados del siglo XX, la clasificación de estas herramientas en cuatro variables que denominó las 4P: *product, price, place* y *promotion*, esto es, producto, precio, distribución y comunicación. Esta clasificación sigue siendo, actualmente, el punto de partida de un *marketing mix* que cuenta con la comunicación como elemento esencial para poner en contacto a la oferta y la demanda, informar a esta última sobre las características distintivas del producto y estimularla hacia el acto final de compra.

Desde un punto de vista general, el *Diccionario LID de Comunicación y Marketing* define el concepto de *comunicación* en los siguientes términos:

En sentido amplio, proceso de transmisión de un mensaje que se da entre una entidad emisora y otra u otras receptoras que comparten al menos un canal, un repertorio de señales y un contexto. Todo proceso de comunicación genera alguna reacción o cambio en las entidades que en él intervienen y ha de ser bidireccional, es decir, generar también algún tipo de intercambio o interacción entre ellas. (Caro y Elosua, 2004, p. 97)

Desde la óptica del marketing, la *comunicación* se entiende como un proceso a través del cual un emisor difunde un mensaje hacia un grupo de receptores con la clara intención de conseguir un objetivo determinado: influir en sus actitudes y comportamientos (Bearden, Ingram y Laforge, 2004). El fin último de la comunicación de marketing es, en esencia, contactar con la audiencia para influir en su comportamiento, estimulando el conocimiento, el interés y la compra de los bienes y servicios que las empresas ofrecen al mercado.

Para alcanzar de manera efectiva sus objetivos, los teóricos del marketing coinciden en clasificar las múltiples actividades de comunicación de una empresa en cinco instrumentos básicos que configuran el denominado *mix de comunicación de marketing*.

Figura 2.
Mix de comunicación de marketing



Fuente: Kotler y Armstrong (2008) y elaboración propia.

Kotler y Armstrong (2008) definen de manera concisa los cinco instrumentos que, desde la óptica del marketing, conforman el *mix* de comunicación de marketing:

- *Publicidad*: toda comunicación no personal y pagada para la presentación y promoción de ideas, bienes o servicios por una empresa determinada.
- *Promoción de ventas*: incentivos a corto plazo para impulsar la compra o la venta de un producto o servicio.
- *Relaciones Públicas*: conjunto de programas diseñados para construir buenas relaciones con los diversos públicos de la empresa, para obtener una notoriedad favorable, crear una buena imagen de la empresa y abordar o eliminar los rumores, las informaciones y los acontecimientos no favorables.
- *Venta personal*: presentación personal por la fuerza de ventas de la empresa con el objetivo de cerrar ventas y establecer relaciones con los clientes.

- *Marketing directo*: contactos directos con clientes individuales identificados tanto para obtener una respuesta inmediata como para cultivar con ellos relaciones duraderas a través del correo postal o electrónico, el teléfono, Internet y otras vías de comunicación directa con clientes concretos.

En las últimas décadas se han producido algunos cambios en el entorno de la comunicación que han requerido una evolución en el tradicional concepto de comunicación de marketing, hasta entonces mayoritariamente restringido a dar a conocer al consumidor los beneficios del producto. Kotler y Armstrong (2008) identifican los dos factores fundamentales que han propiciado este cambio. En primer lugar, la fragmentación de los mercados ha llevado a las empresas a desarrollar elaborados programas de marketing para construir relaciones más cercanas con los consumidores en micro mercados cada vez mejor definidos y más delimitados. En segundo lugar, los grandes avances de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) han acelerado esta tendencia hacia un marketing segmentado. Gracias a las TIC, las empresas pueden llevar un control cada vez más preciso de las necesidades de los consumidores, abriéndoles, a su vez, nuevas vías de comunicación hacia segmentos más reducidos y con mensajes más personalizados e incluso interactivos.

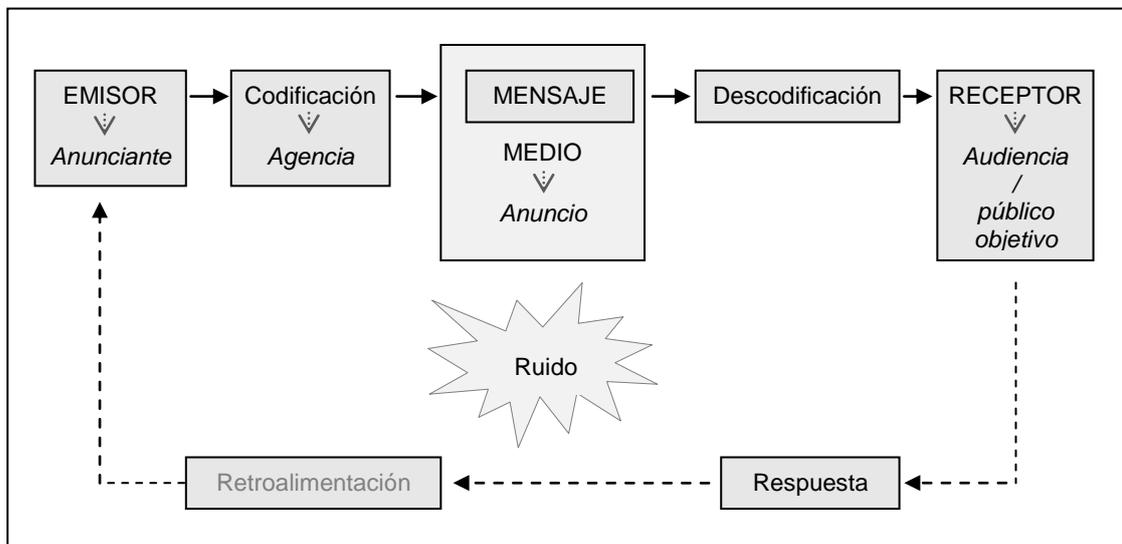
Ante este escenario, cada vez son más los departamentos de marketing que apuestan por la *comunicación de marketing integrada* –también conocida como comunicación de 360º–, cuyo objetivo es coordinar todos los instrumentos de comunicación para transmitir un mensaje claro, coherente y convincente sobre la propia empresa, sus productos, sus marcas y sus ideas. En estas estrategias, la comunicación se integra horizontalmente, a través de los diferentes instrumentos de comunicación, y también de forma vertical desde la dirección a los canales de marketing (Bearden, Ingram y Laforge, 2004). La comunicación integrada requiere identificar todos los puntos de contacto entre los consumidores y la empresa, sus productos y sus marcas y lleva implícita la necesidad de transmitir un mensaje coherente y positivo en todos los puntos de contacto.

Más allá del *mix* de comunicación, la importancia de la comunicación en el proceso de comercialización de bienes y servicios se extiende a través de su presencia, en ocasiones indirecta, en el resto de variables de marketing. Así, por ejemplo, el

diseño del producto, la forma y el color de su envase y los puntos de venta en los que éste se comercializa son elementos que también comunican información a los posibles compradores. Por tanto, sobre la base del *mix* de comunicación las organizaciones deben coordinar, hoy más que nunca, todos los elementos del marketing *mix* para conseguir el mayor impacto posible en sus destinatarios.

Tras esta breve síntesis del origen y evolución de la publicidad moderna y su directa relación con las estrategias de marketing y comunicación de empresas e instituciones, concluiremos este apartado con una referencia al proceso de comunicación publicitaria. Como puede observarse en la siguiente figura, el proceso de comunicación publicitaria coincide con la estructura del modelo de comunicación clásico –basado en el paradigma de Lasswell–²³ pero adopta una nomenclatura propia a la que también hemos adaptado la descripción de los nueve elementos que lo conforman.

Figura 3.
Proceso de comunicación publicitaria



Fuente: Kotler y Armstrong (2008) y elaboración propia.

²³ Elaborado en 1948 por Harold Lasswell, reconocido sociólogo americano, el conocido como *paradigma de Lasswell* traza los ejes definidores de la acción comunicativa y establece las cinco cuestiones básicas a las que debe responder todo modelo de comunicación: ¿quién? –emisor–, ¿dice qué? –mensaje–, ¿por qué canal? –canal–, ¿a quién? –receptor– y ¿con qué efecto? –efecto– (Lasswell, 1993).

El *emisor*, fundamento básico de cualquier proceso de comunicación, es la persona o entidad que determina las ideas que deben ser transmitidas. En el contexto publicitario, el emisor recibe el nombre de *anunciante* y, en la actualidad, es la empresa, organización o persona que desea transmitir un mensaje y, en consecuencia, asume su coste.

La *codificación* es el instrumento o proceso que permite expresar o traducir las ideas y conceptos que el emisor trata de comunicar en símbolos, sonidos u otras formas de comunicación. Los anunciantes suelen recurrir a los profesionales o *agencias* de publicidad para codificar sus ideas y escoger el modo de difundirlas de la manera más efectiva.

El *mensaje* es el conjunto de información codificada transmitida por el emisor a través de un *medio* que, a su vez, es la vía a través de la cual el mensaje se traslada del emisor al receptor. En el proceso de comunicación publicitaria, un *anuncio* es el mensaje difundido con cualquier formato y a través de cualquier soporte, y el *medio* es el canal compuesto por uno o más soportes de comunicación susceptible de contener y difundir mensajes publicitarios. Así, por ejemplo, un canal de televisión se entiende que es un soporte en el medio televisión y una valla publicitaria es, a su vez, un soporte del medio publicidad exterior (Termcat, 1999).

La *descodificación* es el proceso a través del cual el *receptor*, la persona que recibe el mensaje enviado por el emisor, lo traduce y le otorga significado. El conjunto de personas a las que se dirige una acción publicitaria recibe el nombre de *público objetivo*, *target* o *target group* según su denominación anglosajona. El anunciante difunde un mensaje a un público objetivo pero en ocasiones resulta complicado conseguir que la acción alcance a todas las personas deseadas. Por ello, desde un punto de vista más realista, el receptor de la comunicación publicitaria es la audiencia, entendida como el número de personas que han estado en contacto con un medio o un soporte publicitario durante un período de tiempo (Termcat, 1999).

Por *respuesta* entenderemos el conjunto de reacciones del receptor tras haber sido expuesto al mensaje. Uno de los objetivos fundamentales de la comunicación publicitaria es obtener una respuesta por parte del público objetivo que se acabe traduciendo en una acción de compra. Para ello, un elemento fundamental es la

retroalimentación o *feedback*, esto es, el proceso por el que el emisor recoge e interpreta la reacción protagonizada por el receptor tras haber recibido el mensaje. Hoy en día, como se detallará posteriormente, además de las tradicionales técnicas de investigación al servicio del marketing y la publicidad, las TIC facilitan más que nunca esta retroalimentación, acortando las distancias entre el anunciante y su público objetivo; basta pensar, por ejemplo, en los perfiles de anunciantes en las redes sociales abiertos a recibir *feedback* de manera permanente.

Por último, conviene recordar que cualquier proceso de comunicación está expuesto al *ruido*, entendido como cualquier distorsión no planificada por el emisor en el proceso de comunicación y, por extensión, también en la comunicación publicitaria.

De estos nueve elementos, en cualquier proceso de comunicación publicitaria se consideran imprescindibles las figuras del emisor y el receptor; el mensaje y el medio representan las técnicas de comunicación; el ruido es un factor incontrolado en el sistema y los cuatro elementos restantes representan funciones de la comunicación: codificar, descodificar, obtener respuesta y retroalimentar.

Para garantizar la eficacia del proceso de comunicación, el emisor debe definir previamente qué audiencias quiere alcanzar y qué respuestas pretende obtener para, así, poder codificar sus mensajes teniendo en cuenta la manera en la que los va a descodificar el receptor. El fin último de la publicidad es conseguir ventas. No obstante, los productos y servicios son cada día más similares entre sí y no cuentan con argumentos racionales suficientes para convencer al público objetivo de los beneficios de su compra (Medina, 2010). Por ello, cada vez más, los anunciantes optan por estrategias cuya finalidad inmediata no es tanto la venta sino dar a conocer una nueva marca, incrementar su recuerdo espontáneo, atraer público a las tiendas, o crear imagen de marca o de empresa, según el caso (González Lobo y Prieto del Pino, 2009). Como afirma Altarriba (2005), las grandes marcas no sólo tienen nombre e imagen, sino que conectan con el consumidor, generan experiencias, en tanto que los consumidores desean campañas que encanten sus sentidos, les lleguen al corazón y estimulen su mente.

La legislación define la *marca* como “todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una

empresa de los de otras”.²⁴ Más allá de la definición legal, desde un punto de vista práctico y publicitario, “el *producto* es lo que el anunciante fabrica o distribuye y, en definitiva, lo que ofrece a los consumidores, y la *marca* es lo que los consumidores compran, aquello que va más allá de la propia materialidad del producto” (García-Uceda, 2011, p. 102). Y es que uno de los grandes valores de la publicidad reside en su capacidad para transformar los productos en marcas que, a su vez, “apuntalan el valor de la empresa, mantienen cuotas de mercado más altas y márgenes más amplios y oponen una barrera muy resistente a la entrada de la competencia” (Steel, 1998, p. 15).

En esta línea misma línea, Fernández Gómez (2013) define el *branding* como un proceso estratégico y táctico mediante el cual se crea, gestiona y comunica una marca. Según el autor, el *branding* implementa los diferentes puntos de contacto de la marca con todos los agentes que influyen sobre la misma, desde el marketing y la comunicación –también publicitaria, ¡claro!– hasta la gestión empresarial. De este modo, mediante el *branding* se transmiten “unos valores de marca, por un lado, tangibles y racionales y, por otro lado, intangibles y emocionales, permanentes pero en constante evolución, con el propósito de construir un universo que la marca proyecta y el consumidor experimenta” (p. 20).

Tras trazar un exhaustivo recorrido por las teorías del *branding*, Fernández Gómez identifica tres paradigmas de gestión de marca relacionados con otras tantas teorías y mecanismos comunicativos y publicitarios: el tradicional *branding* de producto, asociado a técnicas publicitarias racionalistas; el *branding* de personalidad, que dota de alma y emoción a las denominadas *lovemarks* a partir del estudio de los deseos y motivaciones del consumidor y, por último, el *branding* de consumidor, paradigma este último que, partiendo e implicando al consumidor como pieza clave del proceso, se asocia directamente con la realidad actual y las nuevas tendencias.

De este modo, podemos afirmar que, en los últimos treinta años, el producto ha cedido progresivamente el protagonismo a la marca y al consumidor como nuevos ejes de la comunicación publicitaria. Eguizábal (2010) suscribe esta evolución y la describe en los siguientes términos:

²⁴ Art. 4.1. de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas. En el capítulo 6, en el apartado dedicado a la publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena, se ampliará el concepto jurídico de *marca* y el régimen básico de protección de este signo distintivo.

La publicidad que ha muerto es justamente la publicidad concebida como instrumento de venta. Pensar que lo esencial publicitario consiste en vender géneros es tan ingenuo como pensar que lo esencial de la moda es cubrir nuestra desnudez o protegernos contra el frío. (p. 7)

En nuestra opinión, la publicidad de producto –que sigue viva, aunque alejada de su anterior protagonismo– se constriñe más que nunca al corto plazo. A medio y largo plazo, las estrategias de comunicación apuestan por la publicidad de marca, no sólo de producto, sino también corporativa. La definición convencional de marca –en relación directa con el concepto jurídico– se refiere mayoritariamente al signo distintivo de un producto o servicio pero, como afirma Benavides Delgado (2012) la comunicación de marca ya no ofrece sólo el producto, sino que se extiende, de forma coordinada, a todos los ámbitos de la empresa.

Hasta este punto, hemos abordado los conceptos que consideramos básicos para comprender el alcance de la actividad publicitaria, sus orígenes y los principales objetivos a los que responde. Para cerrar este breve recorrido por algunos elementos relevantes de la publicidad, en el siguiente punto apuntaremos, en primer lugar, cuáles son los principales medios y formatos publicitarios; en segundo lugar, sintetizaremos los principales datos de inversión publicitaria en el mercado español y, por último, presentaremos una breve reflexión del impacto de Internet y las denominadas nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la publicidad.

En tanto que la presente tesis tiene como objeto de estudio los límites jurídicos de la publicidad, consideramos relevante apuntar este marco conceptual –o breve estado de la cuestión– en materia publicitaria, antes de pasar a abordar los aspectos de regulación que configurarán el núcleo central de las dos primeras partes de la tesis.

2.1.2. Medios publicitarios, inversión e impacto de las TIC

La publicidad de producto y la corporativa, anteriormente mencionadas, son tan solo dos ejemplos –en nuestra opinión relevantes– de las diferentes *tipologías* en las que puede clasificarse la *publicidad*. García-Uceda (2011) identifica –de modo exhaustivo– múltiples tipologías publicitarias en función del producto, del emisor de

la comunicación, del número de anunciantes, de los destinatarios, de la intencionalidad del objetivo publicitario, de la argumentación del mensaje, del alcance de la campaña, del medio utilizado y de la presión publicitaria. Entrar en el detalle de cada una de estas tipologías excedería los objetivos de este trabajo pero, a los efectos de clarificar conceptos, a continuación nos detendremos en una de las clasificaciones más tradicionales de la publicidad: la distinción entre medios de publicidad convencionales y no convencionales o, lo que es lo mismo, medios *below the line* o *above the line*.

Sobre la base de esta distinción entenderemos por *publicidad convencional* o *above the line* la que utiliza los medios de comunicación tradicionales –televisión, prensa, revistas, radio, Internet, publicidad exterior y cine– para la difusión de sus mensajes. La publicidad convencional se caracteriza por dirigirse a amplias audiencias a través de lo que entendemos por medios de comunicación masivos. Por su parte, la *publicidad no convencional* o *below the line*, como su nombre indica, utiliza medios no convencionales para difundir sus mensajes; estas actividades, situadas por debajo de “la línea” de los tradicionales *mass media*, buscan un contacto más personalizado y directo con su público objetivo y comprenden, entre otras, las acciones de *mailing* personalizado, la publicidad en el punto de venta, en ferias y exposiciones, los actos y eventos de patrocinio, mecenazgo, etc. No obstante, esta clasificación, aunque clásica y básica, ha perdido relevancia²⁵ como consecuencia, entre otros factores, del proceso de hibridación de medios fruto de la innovación en formatos derivada del cada vez más intensivo uso de las TIC, también en la actividad publicitaria.

Con el objetivo de definir el alcance de las actividades que conforman la publicidad y, en consecuencia, las diferentes manifestaciones objeto de regulación, en la siguiente tabla recogemos los formatos publicitarios asociados a los principales medios de publicidad convencional –los más relevantes desde el punto de vista del impacto publicitario– recogidos por García Uceda (2011) de un modo no exhaustivo pero, en nuestra opinión, sí clarificador.

²⁵ En relación directa con el concepto de comunicación integrada, de la combinación de la publicidad *above* y *below the line* surgió la denominada publicidad *through the line* que integra ambas tipologías con el fin de optimizar resultados.

Tabla 3
Principales formatos en medios de publicidad convencional

Medio	Formatos
Televisión	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Spot ▪ Publireportaje ▪ Patrocinio televisivo ▪ Telepromociones ▪ Televenta ▪ Emplazamiento de producto ▪ Bartering ▪ Publicidad estática ▪ Sobreimpresiones o transparencias ▪ Publicidad interactiva ▪ Cortinillas de integración con la comunicación corporativa de la cadena ▪ SMS Premium y teléfonos con tarificación especial ▪ Teletexto ▪ Contenidos pagados en los programas
Internet	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Formatos publicitarios <i>wireless</i> ▪ Correo electrónico o marketing online ▪ World Wide Web <ul style="list-style-type: none"> – Anuncios gráficos estándar (<i>banners</i>) – Anuncios gráficos especiales (pop ups, layers, cortinillas o interstitials, juegos y vídeos publicitarios) – Anuncios de texto (enlaces patrocinados)
Diarios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Anuncios gráficos
Radio	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Cuñas ▪ Menciones o comunicados ▪ Programas patrocinados o bartering ▪ Microprogramas ▪ Radiorreportajes
Exterior	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Vallas urbanas ▪ Mobiliario urbano ▪ Publicidad móvil ▪ Publicidad estática
Revistas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Anuncios gráficos ▪ Portadas desplegadas ▪ Encartes ▪ <i>Sachettes</i> o muestras gratuitas

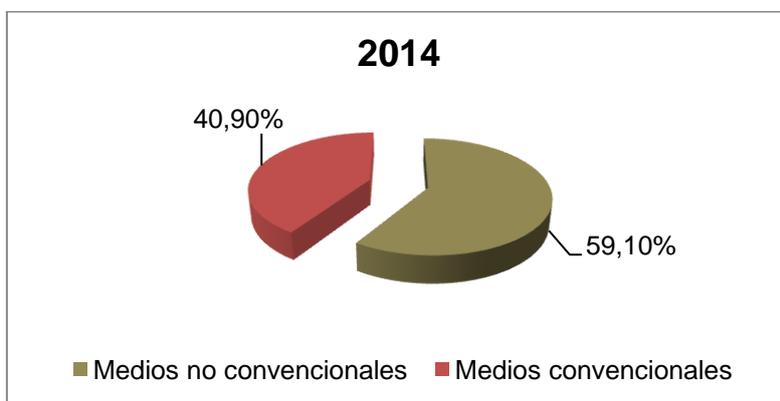
Fuente: García-Uceda (2011) y elaboración propia.

En términos de inversión, InfoAdex –la empresa de referencia en el control de la actividad publicitaria en España– publica anualmente, desde 1994, el *Estudio InfoAdex de la Inversión Publicitaria en España*. Mediante un exhaustivo control diario de inserciones publicitarias y gracias a una amplia colaboración del sector, InfoAdex analiza en su estudio de referencia la inversión real estimada a lo largo del año por medios, soportes, sectores y anunciantes.

Según los datos del último informe publicado por InfoAdex (2015), en 2014 el mercado publicitario español alcanzó un volumen de inversión real estimada de 11.078,2 millones de euros, lo que representa un incremento del 5,9 % respecto a la inversión del año anterior. Este dato evidencia un cambio de tendencia tras la acusada crisis que, desde 2008, había impactado de manera notoria en el sector. Como apunta Miguel Ángel Sánchez Revilla, presidente ejecutivo de InfoAdex, la evolución del sector en los últimos veintiún años –los que tiene de vida el estudio de inversión– desprende que “en los primeros trece, que van desde 1995 a 2007, el mercado tuvo un incremento del 120%, en tanto que en la segunda parte de este período, desde 2008 a 2014 (7 años) la caída registrada fue del -31%” (InfoAdex, 2015, p. 6).

InfoAdex presenta anualmente los resultados de su estudio de inversión sobre la base de la tradicional distinción entre medios de publicidad convencionales y no convencionales. En 2014, siguiendo la tendencia de los últimos años, los medios publicitarios no convencionales acapararon el 59,1 % de la inversión publicitaria, con 6.545,2 millones de euros invertidos, lo que supone un incremento del 5,6 % respecto a 2013. Entre los medios no convencionales con una mayor cifra de inversión destacan: el *mailing* personalizado (29,8 %); la publicidad en el lugar de venta, el merchandising, las señalizaciones y los rótulos (21,2 %); el marketing telefónico (20,4 %) y, ya en menor medida, en cuarto lugar, el buzoneo y los folletos (8,7 %) y, en quinto lugar, los actos de patrocinio, mecenazgo, marketing social y responsabilidad social corporativa (7,1 %). Como se refleja en la siguiente figura, por su parte, los medios convencionales, con una inversión de 4.539,9 millones de euros, obtuvieron un porcentaje del 40,9 % sobre el total de la inversión del mercado publicitario en 2014, lo que supone un incremento del 6,4 % respecto a 2013.

Figura 4
Inversión publicitaria real estimada en 2014

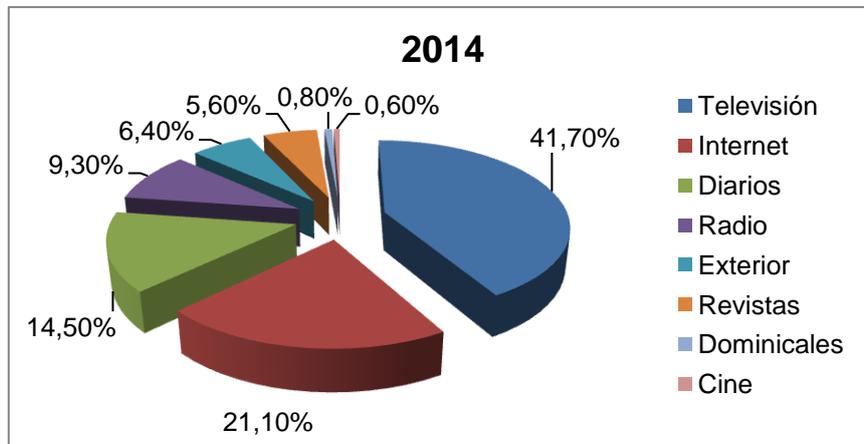


Fuente: InfoAdex (2015) y elaboración propia

Sobre el total de la inversión en medios convencionales, la televisión,²⁶ con una participación del 41,7 %, mantiene su tradicional liderazgo como primer medio de publicidad convencional por volumen de negocio, lo que supone un incremento del 11 % respecto a 2013. En 2014, Internet se consolidó como el segundo medio de publicidad convencional con mayor volumen de inversión, con un porcentaje del 21,1 % y un incremento del 6,7 % respecto a 2013. Como aparece reflejado en la siguiente figura, tras la televisión e Internet, el tercer medio convencional con mayor volumen de inversión son los diarios que, con un 14,5 % sobre el total han visto decrecer ligeramente la inversión en un 1 % respecto a los datos de 2013. En cuarto lugar, con un porcentaje de 9,3 % de la inversión total en medios convencionales, se encuentra la radio, un medio que también ha visto decrecer, aunque apenas dos décimas, el volumen de inversión publicitaria respecto a 2013. En quinto lugar, el medio exterior, con una cuota del 6,4 %, ha visto incrementada su inversión en 2014 en un 3,3 % respecto a los datos de 2013. Finalmente, revistas, dominicales y cine cierran el reparto de la inversión publicitaria en medios convencionales. Cabe destacar que, a pesar de su escasa participación, el medio cine experimentó en 2014 un crecimiento del 29,5 % respecto a la inversión de 2013.

²⁶ Conviene recordar que, desde 2011, InfoAdex sigue la clasificación del medio televisión desglosada en televisiones nacionales en abierto, televisiones autonómicas, canales de pago y televisiones locales. En 2014, destaca el incremento de la inversión publicitaria en los canales de televisión de pago, cifrado en un 36% respecto al 2013 (InfoAdex, 2015).

Figura 5
Detalle inversión publicitaria en medios convencionales



Fuente: InfoAdex (2015) y elaboración propia

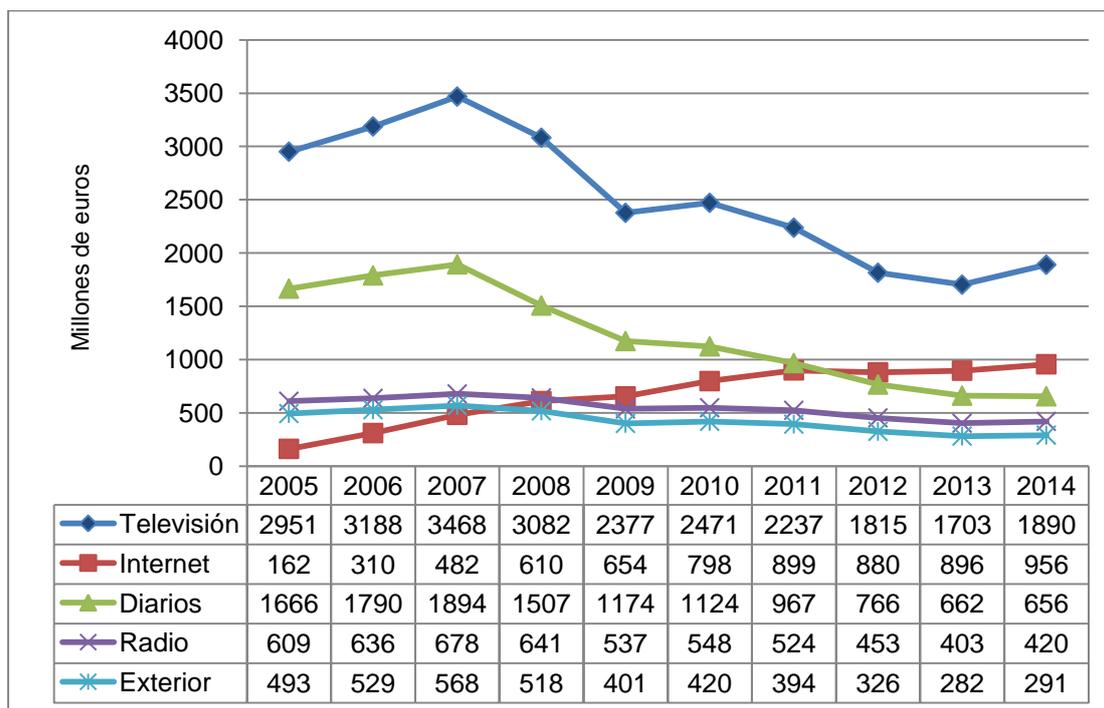
En relación con el reparto del total de la inversión entre medios convencionales y no convencionales, el publicitario Agustín Medina (2010) recuerda que la inversión publicitaria se había repartido, durante casi todo el siglo XX, en una proporción claramente favorable a los medios de publicidad convencionales que oscilaba alrededor de un 70/30. Sin embargo, este predominio de la inversión en medios convencionales –o *above the line*– comenzó a invertirse a partir de los años ochenta del pasado siglo, hasta llegar a la proporción actual del 40/60 a favor de los medios no convencionales –o *below the line*–. Las causas de este cambio son diversas y, entre ellas, Medina destaca la aparición de agencias especializadas en los diferentes nichos del *below the line*, la mayor profesionalización y gestión directa de los departamentos de marketing –que les llevó a conocer nuevos recursos e implementarlos de un modo más directo– y también la crisis económica del año 1992. Estos factores propiciaron el desarrollo e inversión en medios más directamente relacionados con las ofertas y las ventas –de efecto inmediato–, en detrimento de los relacionados con la imagen de marca –y estrategias más a medio y largo plazo–.

A pesar de esta menor incidencia en términos económicos, desde el punto de vista publicitario –y, también, jurídico– entendemos que, por mayor tradición y, sobre todo, por el mayor impacto de los mensajes en amplias audiencias, el estudio de los

límites jurídicos generales de la publicidad debía completarse con un estudio de los límites adicionales que la legislación impone a los dos medios de publicidad convencional más relevantes en la actualidad: la televisión e Internet.

A pesar de haber visto reducido drásticamente su volumen de inversión en la última década, la televisión ha mantenido, no obstante, su tradicional liderazgo como el principal medio de publicidad en España. La televisión, que no el medio audiovisual –que vive uno de sus mejores momentos, como veremos–, se satura y pierde eficacia. En paralelo, el medio Internet avanza con fuerza hasta consolidarse como el segundo medio de publicidad convencional con mayor volumen de inversión superando, en 2011 por primera vez, a la prensa escrita. La siguiente figura muestra la evolución de la inversión en los principales medios de publicidad convencional en los últimos diez años, esto es, desde 2005 a 2014.

Figura 6
Evolución de la inversión publicitaria en medios convencionales (2005-2014)



Fuente: InfoAdex (2015, 2014b, 2013, 2012) y elaboración propia.

Como apunta Eliza Williams (2010), hasta hace unos años, la publicidad se dirigía a un público cautivo, acostumbrado a ojear los anuncios en la prensa y a sentarse frente al televisor durante las pausas publicitarias de la programación. Todo cambió con la llegada de Internet. Los medios de comunicación tradicionales comenzaron a fragmentarse y saturarse mientras, en paralelo, las TIC ponían al alcance de los usuarios nuevos contenidos e incluso la posibilidad de transmitir los suyos propios. Al mismo tiempo, los dispositivos de grabación y de control remoto del televisor permitían, cada vez más fácilmente, omitir la publicidad. El público cautivo comenzaba a dejar de ser una realidad.

Profesionales y académicos coinciden en afirmar que la comunicación, en general, y la publicidad, en particular, han experimentado en los últimos veinte años una (r)evolución cuyo único precedente se remonta a siglos atrás y, más concretamente, a la invención de la imprenta. Como apunta Benavides (2012), el proceso de interacción resultante de esta evolución se inició en los años noventa del siglo pasado, con el desarrollo multiplicador de la televisión; pero, sin duda, el verdadero impulso lo han aportado Internet y la implantación de las redes sociales. Los denominados *social media* han transformado los roles de los receptores sociales. Lo digital se convierte, sobre todo, en una práctica más que en un uso, porque en Internet son los usuarios los que cambian el modo de utilizarlo, como así lo evidencia Benavides mediante un breve repaso a la reciente evolución de Internet:

En la llamada web 1.0. el medio se entiende como un espacio donde se consumen contenidos y en la web 2.0 es el usuario el que interviene y genera contenido. Pero ya en la web 3.0, –evolución de la anterior–, la gran protagonista es la movilidad (...) Y lo más interesante: el contexto digital ha introducido un nuevo lenguaje, una forma de hablar donde las empresas y organizaciones sociales deben introducirse con sus marcas y con sus estrategias. (p. 80).

En palabras de Eguizábal (2010), Internet “es al mismo tiempo un medio de comunicación personal y un medio de comunicación de masas, e incluso podríamos decir que es un medio de medios: sirve para ver películas, para escuchar la radio, leer la prensa o mantener conversaciones en línea”. (p. 108). En esta misma línea, Solana (2010) afirma que Internet es mucho más que un medio, “es un metamedio, un medio de medios, un medio multimedia, un escenario paralelo en el que aparecen replicados uno tras otro los medios que hasta ahora conocíamos” (p. 138).

El sector de la publicidad vive, por tanto, tiempos de transición. Pero, como apunta Solana, la transición no debe interpretarse como el paso de la vieja publicidad analógica a la nueva publicidad digital, sino como un cambio de ciclo entre esas dos culturas de comunicación –el yin y el yan, las dos fuerzas que representan la interacción dinámica que forma el conjunto equilibrado de la publicidad, según Solana– tan profundamente distintas pero, a su vez, complementarias:

Después de una época de predominio yan, basada en campañas intrusivas que van a buscar al público allí dónde éste se encuentra, llegan los tiempos de la publicidad yin, cuyo objetivo es la creación de espacios de encuentro, del cultivo de la relación y la elaboración de productos publicitarios con capacidad de atracción. El yin y el yang son fuerzas opuestas que mantienen el sector de la publicidad en constante movimiento. Son dos culturas de comunicación complementarias, interdependientes e igualmente antiguas”. (p. 16).

Las TIC han hecho posible nuevas dinámicas de relación entre iguales y, también, entre los anunciantes y los consumidores, impensables hace poco más de una década (Sivera, 2014). Más allá de la tecnología, en el epicentro de este nuevo contexto se encuentra el consumidor, que cada vez más, abandona su rol pasivo y evoluciona hacia lo que autores como Gil y Romero (2008) acuñaron con el término *crossumer*, esto es:

Un consumidor que carece de confianza en la comunicación de las marcas (dimensión emocional), que conoce el backstage del marketing (dimensión cognitiva del conocimiento), que demuestra un papel activo en la validación de los mensajes y que participa de forma activa en el storytelling de las marcas (dimensión comportamental), viéndose las tres dimensiones potenciadas por el desarrollo de las nuevas tecnologías y la socialización en un contexto de elevada presión comunicativa por parte de las organizaciones (p. 27).

Ahora bien, cabe destacar en este punto que, ante este nuevo consumidor, más activo y mejor informado, la actuación de las marcas deja de ser impune desde un punto de vista de social, en tanto que “si la publicidad rebasa ciertos límites, la gente reacciona” (Solana, 2010, p. 19).

Y es que, como apunta Sivera (2015) con las TIC “no siempre cambia el paradigma de la publicidad interruptiva o invasiva de los medios convencionales porque los

mensajes comerciales se multiplican en las pantallas, pero el consumidor ahora dispone de multitud de plataformas para manifestar su rechazo o agrado públicamente” (Sivera, 2015, p. 30). Ante el exceso publicitario, el nuevo escenario digitalizado también facilita herramientas para eludir los anuncios: la gente zapea, bloquea *pop-ups*, filtra el correo electrónico o salta los bloques publicitarios, como ya hemos mencionado, desde sus grabadoras de televisión.

En este contexto general que acabamos de describir, más allá de las posibilidades que ofrece Internet, los datos de inversión demuestran que la publicidad sigue utilizando los medios tradicionales, especialmente la televisión, para transmitir sus mensajes; unos mensajes que, ahora más que nunca, se difunden en múltiples medios, soportes y formatos, fruto de estrategias de publicidad multimedia que buscan llegar e implicar a una audiencia cada vez más activa pero, a su vez, más fragmentada.

Saturación de medios tradicionales. Nuevos medios. Nuevas estrategias publicitarias y ¡nuevos retos para la creatividad! Y es que, como apunta Medina (2010), en los últimos años la imaginación de los creativos, “espoleados quizá por la bocanada de aire fresco de Internet, se ha desbordado hasta límites insospechados. Se han roto, por fin, todas las barreras, y la creatividad ha inundado el panorama mediático, dando origen a multitud de nuevos soportes” (p. 61). Cualquier cosa es susceptible hoy de convertirse en un medio de publicidad porque hoy, más que nunca, la comunicación con el consumidor requiere un sinfín de nuevas fórmulas, de nuevos medios y de nuevos formatos.

La publicidad ha evolucionado mucho y muy rápido en los últimos años. Por ello, una tesis sobre sus límites jurídicos, no podía obviar este breve marco conceptual sobre el objeto de la regulación publicitaria. A partir de este punto, pasamos a un segundo plano la publicidad para centrarnos –más– en el derecho. El derecho abordado, recordemos, desde el punto de vista de su interés para los profesionales de la publicidad, por lo que en la aproximación que se plantea en esta tesis prima su perspectiva transversal y los criterios de claridad y síntesis del marco normativo y los límites jurídicos y jurisprudenciales que condicionan la actividad.

2.2. La regulación de la publicidad

La publicidad es una disciplina de la comunicación directa o indirectamente relacionada con otras tantas ramas del conocimiento científico sobre las que se asientan los planteamientos publicitarios. Economía, psicología, lingüística, sociología y, también, ética y derecho condicionan a la publicidad y, como apunta Sánchez Guzmán (1993), conviene resaltar que, “al desarrollar la publicidad sus propios procedimientos tras su intromisión en las disciplinas científicas que le interesan, establece con ellas una relación dialéctica de enriquecimiento mutuo” (pp. 41-42).

El objeto de estudio de esta tesis doctoral se ciñe a los límites jurídicos de la publicidad. Su carácter amplio y transversal entendemos que justifica que el marco conceptual de la misma, desde un punto de vista jurídico, se encuentre repartido en cada uno de los capítulos que conforman la tesis. De este modo, el contenido de la ley, la doctrina²⁷ y los principales criterios jurisprudenciales²⁸ se integrarán en cada uno de los capítulos a fin de presentar los diferentes ámbitos de estudio de manera clara, sintética y homogénea. A pesar de ello, antes de abordar el marco normativo de la publicidad, consideramos conveniente completar este marco conceptual introductorio con una breve referencia a tres elementos claves para la correcta comprensión del resto del trabajo.

Así, en primer lugar, apuntaremos las principales formas de control de la publicidad, esto es, los principios éticos, la autorregulación y la regulación publicitaria, conceptos, estos dos últimos, que serán posteriormente desarrollados en ulteriores capítulos de la tesis. En segundo lugar, antes de adentrarnos en el estudio del marco normativo, nos detendremos en la configuración del Derecho de la publicidad en España en el marco del actual ordenamiento jurídico. Por último, concluiremos

²⁷ La ciencia jurídica denomina *doctrina* a las opiniones de los juristas –concepto amplio que engloba tanto a abogados en ejercicio como a académicos o teóricos del derecho, etc.– expresadas en sus diversos escritos. El valor de la doctrina es mayor cuando ésta proviene de juristas de reconocido prestigio o cuando merece la calificación de dominante (Font Barrot y Pérez Triviño, 2009).

²⁸ Aunque la jurisprudencia en materia de publicidad será objeto de estudio en el capítulo 4, avanzamos en este punto que, con carácter general, por *jurisprudencia* se entiende el conjunto de razones que, de manera reiterada, utilizan los tribunales para motivar sus sentencias, lo que acaba configurando unos útiles criterios de interpretación de las normas jurídicas preexistentes (Font Barrot y Pérez Triviño, 2009).

este marco conceptual abordando el concepto legal de la publicidad, esto es, qué entiende la ley por publicidad y, en consecuencia, a qué actividades publicitarias les serán aplicables los límites jurídicos que de ella se derivan.

2.2.1. Formas de control de la publicidad: de la ética a la regulación

La profesión publicitaria es, ante todo, una profesión con marcado carácter social, en tanto que está dirigida hacia la vida social y hacia su desarrollo (Sánchez Guzmán, 1993). La publicidad sigue siendo, actualmente, uno de los fenómenos socioculturales más destacados, dada su influencia en los hábitos de consumo, los gustos y las modas (Aznar, 1999). Y, cada vez más, se reconoce la influencia que, desde principios del siglo XX ha ejercido esta actividad, desde un punto de vista más general, sobre el arte, los modos de vida y las actitudes de la cultura post industrial (Lipovetsky, 1994). Además, desde el punto de vista de los medios de comunicación, no conviene olvidar el relevante papel de la publicidad. En tanto que los medios de comunicación son esenciales para la sociedad actual, la publicidad resulta esencial para los medios y, en consecuencia, su relevancia, como apunta Aznar, es más que obvia,

Desde un punto de vista económico, de mercado, una de las funciones más importantes asumidas por la publicidad es la promoción de la competencia entre las diferentes empresas, lo que tiene como consecuencia directa la reducción del precio final que los consumidores pagan por los bienes y servicios (Ferrer Lorenzo y Medina Aguerrebere, 2014). Sin embargo, no podemos obviar la existencia de sectores sociales que critican la función de la publicidad, en el sentido de considerar que lo único que persigue es llevar a los consumidores a percibir diferencias prácticamente inexistentes entre los diferentes productos y servicios.

Esta percepción social de la publicidad, asociada a conductas manipuladoras, al engaño, a la falta de principios éticos, es descrita por el publicitario Daniel Solana en los siguientes términos:

Para nuestra sociedad, la publicidad es sinónimo de ficción y el marketing es una técnica manipuladora. La gente dice por la calle: “Esto no es más que marketing”,

cuando lo que quiere decir es: “Esto no es más que un falso truco para vender”. No nos damos cuenta, o no somos del todo conscientes, pero el nombre del sector para el que trabajamos es sinónimo de falsedad. Lo que decimos tiene pocas probabilidades de ser creído, y nuestra voz, la voz de la publicidad, tan alejada de la voz de la gente, en nada nos ayuda. (Solana, 2010, p. 193).

Uno de los autores que manifiesta de una manera más crítica su percepción negativa sobre las finalidades de la actividad publicitaria es Ramos Fernández (2001; 2003, 2012), hasta el punto de llegar a afirmar en su obra *La publicidad contaminada*:

La publicidad engañosa y las más variadas formas deliberadas de fraude aparecen por doquier con la firme voluntad de causar quebranto económico a los consumidores, a costa de burlar la buena fe. Cada día, muchos ciudadanos se dejan engañar por la habilidad y la falta de escrúpulos de quienes contaminan un importante ámbito de la vida económica del país. (2003, p. 9).

Lejos de estas posturas extremas que, en el caso de Ramos generaliza un problema presente, sí, pero más a modo de excepción que de patrón común en la actividad publicitaria, Arens, Weigold y Arens (2008) recuerdan las consecuencias derivadas de la *publicidad contaminada* a la que aludía Ramos. Si un producto no está a la altura de sus anuncios, va a generar insatisfacción en el consumidor y, a largo plazo, ello va a ser tan perjudicial para el anunciante como para el comprador, puesto que “para que la publicidad sea efectiva, los consumidores deben tener confianza en ella. Así que cualquier clase de engaño (...) también se arriesga a ser contraproducente” (p. 63). Además, en este punto, debemos recordar el papel facilitador que, actualmente, desempeñan los medios y las redes digitales en relación con el control social de la publicidad. El consumidor es hoy, más que nunca, un mecanismo de control de la publicidad, ya que dispone de medios efectivos para mostrar, públicamente, su disconformidad, con el consiguiente efecto en términos de reputación para las marcas que no respeten los principios éticos y jurídicos de su actividad.

Como apunta Sánchez Guzmán (1993), resulta obvio que el publicitario tiene por misión persuadir al consumidor para que compre el producto o servicio que anuncia y, precisamente, en los límites en que debe utilizar la persuasión reside el ámbito

ético de su profesión. “La ética profesional confiere, pues, al publicitario su esencia y su horizonte, comprendiendo que su tarea ha de estar presidida por la verdad, la honestidad y el respeto hacia la persona humana siguiendo los dictados de su conciencia moral” (p. 513).

Megías Quirós y Cabrera Caro (2013) afirman que la ética²⁹ y la deontología³⁰ exigen al buen profesional que no busque solamente cumplir sus cometidos con destreza técnica, limitándose al estricto cumplimiento de la ley, sino que vaya más allá y trate de hacer el bien a la sociedad con su trabajo profesional. En publicidad, “profesionalidad y ética son inseparables. El conocimiento del oficio y su recto ejercicio –que nunca olvida el bien común– constituyen el primer escalón de la ética publicitaria” (p. 17).

Sin embargo, como apunta Aznar (1999), no vivimos en un mundo perfecto, vivimos en un mundo saturado de marcas y productos en el que la competencia por sobrevivir es acusada. En este contexto, el propio instinto de supervivencia o, en ocasiones, el deseo de ganancia fácil pueden provocar conductas deshonestas, de modo que “la falta de ética en el mercado se convierte en la falta de ética en la publicidad” (p. 1). Para evitar caer en estas conductas, los principales agentes implicados en la actividad publicitaria –anunciantes, agencias y medios publicitarios– pueden evidenciar su compromiso ético por vía de la autorregulación, de modo que “si la técnica permite una comunicación más perfecta, la autorregulación debe hacerla deontológicamente mejor” (p. 7).

Gómez Segade y Lema Devesa (1981) afirman que la autodisciplina o el autocontrol supone la observancia de unas pautas de conducta cuyo cumplimiento se ha fijado previamente como objetivo. A partir de esta definición, Tato Plaza y Fernández Carballo-Calero (2009) distinguen entre la autodisciplina publicitaria individual y la autodisciplina publicitaria colectiva, según se trate de un sistema instaurado en el

²⁹ El *comportamiento ético* es, según Megías Quirós y Cabrera Caro (2013), aquel que “se ajusta o acomoda al modo de ser que, sin desconocer lo más propio y natural de la persona, se forja gracias al conocimiento adquirido con la reflexión y el aprendizaje” (p.3).

³⁰ La *deontología*, por su parte, guarda una íntima relación con la ética y es parte de ella, pero con matices propios: “mientras que la ética afecta a todo ser humano por igual, la deontología afectaría exclusivamente al grupo que desarrolla una actividad determinada y concreta los deberes que aseguran un comportamiento ético en ese campo específico. (p. 3).

seno de una única empresa o, por el contrario, de un sistema en el que participen varios empresarios.

Como apuntan Martín Llaguno y Hernández Ruiz (2009), la autodisciplina individual o instauración de códigos y sistemas de control en el seno de las empresas de forma aislada carece de eficacia para erradicar o atenuar las incorrecciones que se producen en la actividad publicitaria. De este modo, “para llevar a la comunicación comercial en su conjunto más allá de la legalidad y hacer que, además de lícita sea una actividad ética, es necesario el autocontrol colectivo” (p. 7).

Patiño Alves (2007) define la *autorregulación publicitaria* como la “regulación llevada a cabo por los sujetos que participan activamente en la realización, creación, preparación, ejecución y difusión de la publicidad, con la finalidad de imponerse a sí mismos, de forma voluntaria, una norma en materia publicitaria” (p. 37).

Desde un punto de vista más amplio, Gómez Segade y Lema Devesa (1981) definen la autodisciplina publicitaria como “un sistema mediante el cual los profesionales publicitarios se someten voluntariamente a unas normas de conducta, cuyo cumplimiento es encomendado a un órgano de control que puede actuar de oficio o a instancia de los interesados: sean competidores o consumidores” (p. 137). En este concepto de autodisciplina, se recogen los requisitos constitutivos de los sistemas autorregulación que abordaremos, con más detalle, en el capítulo dedicado a la autorregulación publicitaria,³¹ a saber: la agrupación voluntaria de miembros; la existencia de unas normas voluntarias de conducta elaboradas por los propios miembros o por terceros; la existencia de un órgano de control y, por último, la regulación de las medidas que garanticen el eficaz cumplimiento de las decisiones emanadas del órgano de control.

Entre los objetivos de la autorregulación publicitaria, Gómez Segade y Lema Devesa destacan, en primer lugar, la defensa de los consumidores frente a todas las posibles formas de publicidad incorrecta; en segundo lugar, proteger a los competidores y erradicar la competencia desleal y, por último, el tercer objetivo básico de la autorregulación es mejorar la imagen social de la publicidad. A

³¹ Véase, capítulo 9. La autorregulación publicitaria y, más concretamente, el apartado 9.1. Conceptos y elementos constitutivos, pp. 321-329.

diferencia de los sistemas anglosajones –en los que la autorregulación emerge con el fin de anticiparse a la regulación pública–, Patiño Alves (2007) apunta que en Europa los sistemas de autorregulación surgen en un contexto en el que ya existe una legislación estatal, por lo que “su existencia puede ser debida a la falta de eficacia del ordenamiento jurídico vigente y al favorecimiento por parte del legislador de la autorregulación.” (p. 25).

Y es que, además del control social, del compromiso ético y de los sistemas de autorregulación que de éste se derivan, la relevancia social y económica de la publicidad exige un control adicional, por parte del poder público, para que la comunicación comercial logre sus fines sin perjuicio de ningún derecho del consumidor, ni de la libre competencia. A diferencia de las normas éticas y deontológicas –de carácter moral y creadas por los propios actores implicados en la actividad publicitaria– las normas jurídicas las crea, modifica y deroga el Estado, mediante el poder legislativo, el mismo Estado que, a su vez, debe garantizar su cumplimiento, en este caso a través del poder judicial encargado de dirimir las controversias e imponer las correspondientes sanciones.

La publicidad ha sido, casi desde sus orígenes, objeto de atención por parte de los poderes públicos (Sánchez Guzmán, 1993) y, en consecuencia, también del derecho (De la Cuesta Rute, 1981; Santaella López, 2003; Lema Devesa, 2007, entre otros). Como constataremos al abordar –en el próximo capítulo– el marco jurídico de la publicidad, el volumen de leyes que regulan, directamente o indirectamente, la publicidad se ha visto incrementado, notablemente, en las últimas décadas, en lo que algunos autores han venido a calificar de “hiperinflación” (Perez-Solero Puig, 1999, p. 235), “hiperregulación” (Martin Llaguno y Hernández Ruiz, 2009, p. 5) o “hipertrofia” (Lema Devesa y Patiño Alves, 2012, p. 679) legislativa en relación con la publicidad en España.

Con carácter general, Martin Llaguno y Hernández Ruiz (2009), tras revisar las principales características del control legal de la publicidad, concluyen que la mencionada hiperregulación es el resultado de la pluralidad de legisladores, enfoques y controles a los que se ve sometida la publicidad incluso más allá de nuestras fronteras.

Así, en relación con la pluralidad de legisladores, como constataremos en detalle en el siguiente capítulo, Martín Llaguno y Hernández Ruiz destacan que en el marco de la Unión Europea (UE) se han elaborado directivas, reglamentos y leyes que afectan a la comunicación comercial desde organismos extranacionales –como el Consejo de Europa o la Comunidad Europea–, desde organismos nacionales –como, por ejemplo, el Estado Español–, desde instancias regionales –como las comunidades autónomas– e incluso desde corporaciones municipales. Esta pluralidad de legisladores se replica en Estados Unidos, donde hay tres agencias federales reguladoras de la publicidad –la Federal Trade Commission, la Federal Communications Commission y la Food and Drug Administration–, a las que hay que añadir las normas de algunos estados y localidades específicas sobre la comunicación comercial.

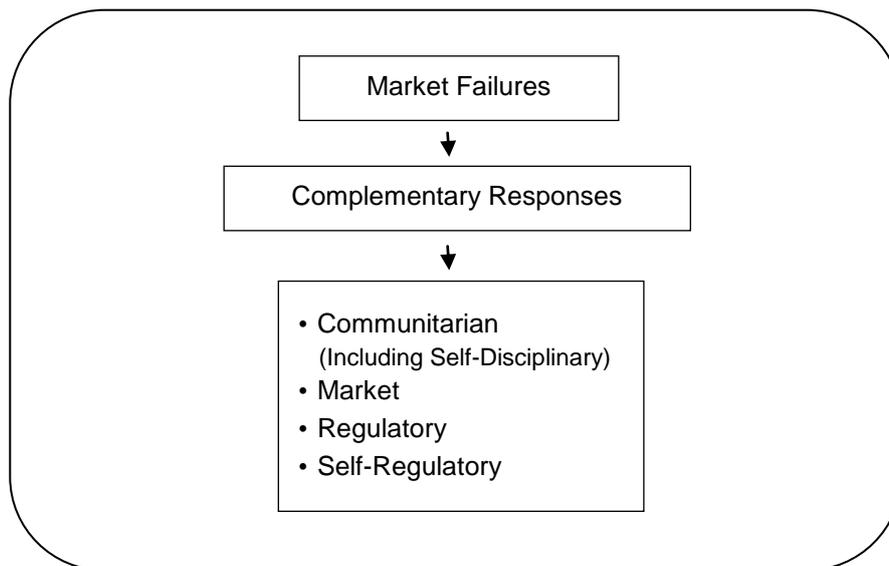
Por lo que respecta a la pluralidad de enfoques, la regulación de la publicidad puede afectar a la publicidad en general o variar en función del medio, del producto o de los públicos a los que ésta se dirige (Tato Plaza, 2004; Lema Devesa, 2010). No todos los países cuentan con una norma que regule la publicidad en general, como durante años sucedió en España junto a ciertas normas complementarias en materia de defensa de los consumidores y protección de la libre competencia. Además de las normas generales, la publicidad también es objeto de regulación en función del soporte o medio a través del cual difunde sus mensajes –la televisión e Internet, serían un ejemplo–, en función del producto –tal es el caso del tabaco, los productos bancarios o los medicamentos, entre muchos otros– y, por último, también en función de los públicos –mediante, por ejemplo, la protección contra la violencia de género o la protección de menores en diferentes normas–.

En tercer lugar, en relación con la pluralidad de controles, en función de la tipología de norma que infrinja la publicidad, cabe la posibilidad de condenar civilmente a cesar o modificar el anuncio; de imponer multas económicas por vía administrativa y, en casos extremos cabría la condena a penas de multa o cárcel a través de la figura del delito publicitario. Martín Llaguno y Hernández Ruiz destacan que esta multiplicidad de controles se repite en otras partes del mundo.

Ética, autorregulación y regulación. Hasta este punto hemos abordado las principales vías de regulación o control de la publicidad apuntadas por Boddewyn

(1989) y recogidas, a modo de síntesis, en la siguiente figura, en tanto que, como apunta este autor, “the normal reaction to market failures is to expect that “regulatory responses” will solve them. However, in addition to regulation, there are several basic and complementary forms of societal control.” (Boddewyn, 1989, p.19).

Figura 7
Formas de control social sobre las actividades de marketing



Fuente: Boddewyn (1989) y elaboración propia

Por último, como apuntan el propio Boddewyn y suscriben otros autores, como Patiño Alves (2005; 2007) o Martín Llaguno y Hernández Ruiz (2009), entre otros, la actividad publicitaria puede estar sujeta a un mecanismo de control híbrido entre la autorregulación propia del sector y la regulación legal por parte de los poderes públicos: la denominada *corregulación publicitaria*. Así, en los sistemas de *corregulación publicitaria*, la propia industria acoge en su seno a un tercero ajeno a la actividad publicitaria: la Administración Pública con el objetivo de dotar de una mayor objetividad y transparencia al sistema y, sobre todo, dotarlo de una capacidad de sanción más efectiva.

Una vez concluido este breve recorrido por los diferentes mecanismos de control de la publicidad, pasamos a adentrarnos en uno de ellos, el de la regulación publicitaria, objeto de estudio principal de esta tesis.

2.2.2. El Derecho de la Publicidad en España

La publicidad, considerada como una técnica comunicativa de carácter autónomo, es una de las actividades económicas más reguladas. Su incidencia en el mercado y, sobre todo, la necesidad de velar por la protección de los consumidores y usuarios, público objetivo de la comunicación publicitaria –como hemos visto–, así lo justifican.

A diferencia de otros países de la Unión Europea (UE), el control de la publicidad ha sido, sobre todo en España, una preocupación política desde hace décadas. Buena muestra de ello es que, en la década de los sesenta y todavía bajo la dictadura franquista, viera la luz la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad (EP), una norma que situó a España en la vanguardia en materia de legislación publicitaria. Por primera vez en Europa “se contemplaba la actividad publicitaria fuera del marco de la competencia desleal y con una personalidad propia” (Martin Llaguno y Hernández Ruiz, 2009, p. 10).

A pesar de disponer de una normativa específica y de la relevancia que el Derecho de la Publicidad ha adquirido en los últimos años, autores de referencia como los profesores Lema Devesa (2007) y De la Cuesta Rute (2002) coinciden en afirmar que el derecho de la publicidad no tiene un carácter autónomo en el marco general del ordenamiento jurídico. La doctrina mayoritaria concibe el derecho de la publicidad como una rama del derecho privado y, más concretamente, lo adscribe al derecho mercantil, cuyo objeto es la regulación del estatuto del comerciante y de las instituciones y relaciones específicamente derivadas del desarrollo de actividades mercantiles.

En este sentido, la delimitación conceptual contenida en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP) y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), las dos leyes que, como veremos posteriormente, regulan con carácter general la actividad publicitaria, vienen a corroborar esta tesis, aunque con los matices que apuntamos a continuación.

En primer lugar, cabe destacar la vinculación de la legislación publicitaria con el *derecho constitucional*. Desde 1978, la actividad publicitaria debe realizarse al

amparo de los derechos y libertades recogidos en la Constitución Española (CE). Sobre la base de su propia esencia, podemos considerar a la publicidad como una manifestación de dos derechos concretos reconocidos en la CE: el derecho a la libertad de empresa –recogido en el art. 38 CE– y el derecho fundamental a la libertad de expresión e información –recogido en el art. 20 CE–.

De acuerdo con su funcionalidad económica, la publicidad debe considerarse una manifestación del derecho a la libertad de empresa en el marco del actual modelo de economía de mercado. La finalidad predominantemente comercial de la actividad publicitaria y el contexto en el que ésta se desarrolla, así lo confirman. Por ello, como ya hemos apuntado, la doctrina mayoritaria ubica el Derecho de la Publicidad en el ámbito del derecho privado y, más concretamente, lo incardina en el derecho mercantil.

Por otra parte, desde un punto de vista estructural y también con carácter general, la publicidad es uno de los medios a través del cual las empresas e instituciones se expresan y comunican información –generalmente con una finalidad persuasiva– a sus públicos objetivo mediante la libre creación de acciones publicitarias [art. 20.1 a) y b) CE]. El destinatario de la publicidad, a su vez, en calidad de receptor de esta información, también ejerce, en paralelo, el derecho a “recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” [art. 20.1 d) CE].

No obstante, la inclusión de la publicidad comercial al amparo del art. 20 de la CE ha sido objeto de un intenso debate por parte de la doctrina, entre la que destaca la obra del profesor Antoni Rubí i Puig (2008), en cuya tesis doctoral defendió –de manera rigurosa y extensamente documentada– el porqué las manifestaciones de orden comercial deben adscribirse al ámbito de protección de la libertad de expresión e información.

A modo de síntesis cronológica, tan solo apuntar que la inclusión de la publicidad en el ámbito de protección del derecho a la información fue reconocida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1976 mediante una sentencia que dio origen a la denominada doctrina del *commercial speech*.³² En esta misma línea, en 1994 el

³² Asunto Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748, 753-54 (1976).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos formuló expresa declaración de que el derecho a la libertad de expresión e información es también aplicable a las informaciones de carácter comercial e, incluso, a determinados mensajes publicitarios.³³

En España, en cambio, hasta 2010 ni el Tribunal Constitucional (TC), ni el Tribunal Supremo (TS) se habían mostrado favorables al reconocimiento expreso de esta protección (De la Cuesta Rute, 2002). Por ello, resulta especialmente relevante la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 860/2009, de 15 de enero de 2010 –caso Mitsubishi Galant– en la que, por vez primera, el TS considera de manera expresa a los mensajes publicitarios como una manifestación de la libertad de expresión.

Figura. 8
Fotogramas anuncio Mitsubishi Galant



Fuente: Solospots, 2010.³⁴

El mencionado anuncio, difundido por televisión, muestra como un varón, de mediana edad y con apariencia de alto ejecutivo de la empresa titular del recinto, camina por el interior de un garaje subterráneo y observa un vehículo aparcado bajo un cartel con las palabras "director general". En ese momento se oye la voz de una persona fuera de escena decir "¿Has visto el coche del nuevo director general? ¡Es impresionante el coche del nuevo director general! ¡Cómo me gustaría probar el

³³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 1994, caso "Casado Coca contra España", publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, vol. 285. Estrasburgo, 1994.

³⁴ Solospots. (22 de junio de 2010). 'Pinchazo', de Remo para Mitsubishi Galant [Vídeo]. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=d7nWZrZa3LY>> [Consulta: 15 de octubre de 2015]

coche del nuevo director general!". Seguidamente, el protagonista de la película se acerca al citado vehículo, deposita en el suelo un maletín que lleva en la mano, extrae de él un objeto punzante y lo clava en las ruedas de aquel, que se desinflan inmediatamente. Finalmente, dicho individuo sale del garaje dentro de otro automóvil que se hallaba detenido en un lugar destinado, según otro cartel, en el que se lee "presidente", mientras la antes mencionada voz manifiesta que es "regla número uno de los negocios" la consistente en que "el director general nunca debe comprarse un coche mejor que el del presidente".

El caso que dio objeto al relevante pronunciamiento del TS, tuvo su origen en una demanda judicial interpuesta por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) en el año 2000, por considerar que el anuncio descrito constituía un atentado para la dignidad de las personas, incitaba a sus destinatarios a la violencia y a llevar a cabo comportamientos antisociales, pues escenificaba la comisión de un acto tipificado penalmente como ilícito. Tras ser declarada ilícita la campaña por el tribunal de primera instancia y ser desestimado el recurso de apelación formulado por Mitsubishi, el TC, tras admitir el recurso de casación del anunciante, anuló la sentencia de instancia, entre otros fundamentos, por considerar que "la naturaleza ridícula de la situación, su contenido jocoso, el contraste y la incongruencia entre la aparente seriedad del personaje principal del anuncio y su absurda reacción, convierten al mismo en inocuo e intrascendente desde el punto de vista de los bienes que el Tribunal de apelación se decidió a proteger" [STS 860/2009, de 15 de enero de 2010].

Pero más allá del carácter exagerado del anuncio, la relevancia del fallo la encontramos en el fundamento de derecho en el que, como apuntábamos, por primera vez, el TS reconoce los mensajes publicitarios como una manifestación de la libertad de expresión, en los términos que reproducimos, literalmente, a continuación:

El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos -políticos, sociales, culturales...- no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el artículo 20 de la Constitución Española.

Una negativa en tal sentido no sólo sería contraria al efecto que hay que atribuir a Tratados que forman parte de nuestro ordenamiento -artículos 10, apartado 2 y 96, apartado 1, de la Constitución Española-, sino que carecería de apoyo en el citado artículo 20, el cual no distingue entre contenidos merecedores del amparo especial que ofrece, mediante la tutela del ejercicio de la libertad en los ámbitos que contempla, a la dignidad de los ciudadanos.

Por otro lado, discriminar en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación impondría, con la consiguiente inseguridad, identificar múltiples categorías intermedias, difíciles de perfilar en una realidad tan multiforme -hay informaciones de contenido supuestamente trascendente que no tienen otro fin que el meramente publicitario, del mismo modo que hay mensajes comerciales con un alto interés informativo para el consumidor o, incluso, que, no obstante su escasa utilidad aparente, contribuyen a que el destinatario emita su voto económico en el mercado estando mejor informado, a causa del significado que tiene la mera participación del anunciante en la costosa actividad publicitaria... -.

Ello sentado, declarar la aptitud de la publicidad para entrar en la órbita del artículo 20 de la Constitución Española implica entender que lo hace en el ámbito formado por el conjunto normativo que, dentro y fuera de dicho texto, la regula y desarrolla. Y, por tanto, que queda sujeta a los límites o restricciones que legítimamente se le impongan. [STS 860/2009, de 15 de enero de 2010]

En segundo lugar –adicionalmente a su encaje constitucional– cabe destacar la notable incidencia de otro ámbito del derecho, en este caso el *derecho administrativo*, en la regulación y el control efectivo de la publicidad. Como afirma el profesor Rozados Oliva (2009), en el estudio del derecho de la publicidad no puede obviarse la presencia de las instituciones y las categorías propias del derecho administrativo. Tal sería el caso, por ejemplo, de la obligación de obtener una autorización administrativa previa a la difusión de la publicidad de determinados productos o la potestad sancionadora que la legislación especial y la legislación en materia de consumo otorgan a determinados órganos de la Administración en materia publicitaria.

Finalmente, conviene aclarar en este punto que el concepto de *régimen jurídico de la publicidad* engloba el conjunto de normas que regulan, directa o indirectamente, la actividad publicitaria. Por su parte, el concepto de *Derecho de la Publicidad*

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

2.2.3. La concepción legal de la publicidad

En la parte inicial de este marco conceptual abordamos el concepto de publicidad desde el punto de vista de la práctica profesional. Desde el punto de vista legal, con carácter general, la concepción jurídica de la publicidad queda recogida en el art. 2 de la LGP:³⁵

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

Del análisis del contenido de esta definición podemos extraer algunas conclusiones. En primer lugar, la LGP propone, en su art. 2, un *concepto amplio* de publicidad al entender como tal “toda forma de comunicación”, por lo que desde el punto de vista jurídico será irrelevante la forma y el medio a través del cual se difunda la publicidad a efectos de su sometimiento a la legislación. Del mismo modo, la amplitud del concepto permite incluir en el ámbito de aplicación de la LGP –y, como veremos, de la mayoría de la legislación– no sólo los mensajes publicitarios tradicionales, sino también otras formas contempladas en el anteriormente mencionado *mix* de comunicación, como los mensajes recogidos en el etiquetado de los productos o las nuevas formas publicitarias surgidas a raíz del avance de las TIC (Tato Plaza, 2004; Lázaro Sánchez, 2012). Como apunta Eguizábal “la ley parece demostrar la expansión del término publicidad que viene a ocupar el espacio semántico de entero de la comunicación comercial” (2010, p. 32).

En segundo lugar, en cuanto al emisor del mensaje, la LGP contempla como *anunciante* a cualquier persona física o jurídica, pública o privada; ahora bien,

³⁵ La definición de publicidad contemplada en la LGP reproduce, prácticamente en los mismos términos, la definición recogida en el art. 2 de la Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

siempre que estos sujetos actúen en “el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”. De este modo, el concepto de anunciante se restringe a los empresarios en general, a los artesanos y a los profesionales liberales (abogados, médicos, arquitectos, etc.) a los efectos de la LGP.³⁶ Con esta matización se excluye del concepto jurídico general de publicidad, por ejemplo, la publicidad política e institucional, con la excepción que comentaremos a continuación.

Por último, respecto a la *finalidad* que motiva al emisor, la LGP dispone como requisito que la publicidad se realice “con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación”. Ello conlleva, por una parte, que la LGP extienda su ámbito de aplicación a aquellos mensajes o medios que puedan promover indirectamente la contratación, como por ejemplo una campaña publicitaria de carácter sectorial o una acción de patrocinio. Por otra parte, el requisito de promover la contratación restringe el concepto jurídico de publicidad a la denominada *publicidad económica o comercial*, excluyendo otras manifestaciones publicitarias de gran relevancia para el sector profesional como es el caso de la mencionada publicidad institucional –siempre que ésta no tenga como objetivo promover la contratación– o la propaganda. No obstante, el legislador puntualiza, en el art. 7 de la LGP, que lo dispuesto en la misma en materia de contratación “será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2”. Mediante esta afirmación el legislador reconoce que el concepto jurídico de publicidad recogido en la LGP excluye ciertas actividades consideradas publicitarias en la práctica profesional.

A partir de los requisitos detallados, la doctrina ha venido a diferenciar el concepto jurídico de publicidad de otras disciplinas que podemos considerar afines a la publicidad a las que no les será aplicable el régimen jurídico general: la publicidad institucional, la propaganda y ciertas actividades de relaciones públicas como la *publicity*.

Al objeto de su exclusión del régimen jurídico general, por *publicidad institucional* entenderemos aquella publicidad realizada por un organismo público con el objetivo,

³⁶ Y, por extensión, también a los efectos de la LCD, norma que, junto con la LGP, regula actualmente y con carácter general la actividad publicitaria.

no comercial, de informar, concienciar o sensibilizar a la población sobre cuestiones de amplio alcance social e interés público. La publicidad institucional se aleja, por tanto, del tipo de actividades y de la finalidad que exige la LGP en su concepto de publicidad, salvo en aquellos casos en los que responda a un objetivo comercial.³⁷

Por su parte, la propaganda es otra tipología de comunicación persuasiva que, claramente, no responde al objetivo de promover la contratación. La *propaganda* puede definirse como una comunicación persuasiva de carácter ideológico cuyo fin real o aparente es el de difundir tal ideología política, religiosa, etc. para captar adeptos (Termcat, 1999). A pesar de compartir con la publicidad su carácter informativo y persuasivo, y algunos de sus medios, la propaganda difiere de ella en su objetivo, alejado de los fines económicos o comerciales. Por ello, sus límites jurídicos se deberán buscar en la normativa específica que regule los distintos tipos de actividad o, en su defecto, en los principios más generales recogidos en la propia CE.

No obstante, conviene reiterar en este punto que la publicidad institucional y la propaganda, a pesar de que su contenido no está sometido al régimen jurídico general de la publicidad, sí deberán atenerse a lo dispuesto en la LGP en materia de contratación.

Finalmente, también consideramos relevante discernir entre el concepto jurídico de publicidad económica y una de las actividades específicas de las relaciones públicas: la *publicity*. Las relaciones públicas es otra de las disciplinas de la comunicación al servicio de empresas e instituciones para hacer llegar sus mensajes a sus públicos objetivo. Por *relaciones públicas* entenderemos aquel programa deliberado, planificado y sostenido que comprende un conjunto de decisiones y acciones de comunicación cuyo objeto es establecer y mantener un clima de confianza mutua y de relación positiva entre una persona o una organización y sus públicos (Termcat, 1999).

³⁷ La publicidad institucional dispone de una normativa propia, la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional, que regula el contenido de sus mensajes, dispone garantías frente a las campañas que incumplan sus mandatos y establece mecanismos de planificación, coordinación y control de la publicidad institucional desarrollada por la Administración General del Estado.

De esta definición puede deducirse que, a diferencia de la publicidad, las relaciones públicas no suelen tener como único y principal objetivo el de promover la contratación. Además, la publicidad, tradicionalmente, se ha caracterizado por difundir sus mensajes a través de la compra de espacios concretos, tarifados e identificados en los diferentes medios de comunicación y publicidad. Las relaciones públicas, por su parte, también pueden utilizar los medios de comunicación para difundir sus mensajes, pero lo hacen sin mediar ningún tipo de contraprestación económica entre las partes, puesto que el “espacio” de las relaciones públicas en los medios no suele ser concreto, ni tarifado, ni identificado.

El resultado de la actividad de relaciones públicas en los medios de comunicación se denomina *publicity*, esto es, la información que un medio de comunicación difunde sobre acontecimientos o actividades de una organización mediante noticias que no suscribe la organización sino el medio de comunicación, que es quien controla el mensaje, y que suele ser el eco informativo de una acción de comunicación de la organización (Termcat, 1999). Al no compartir las características esenciales de la publicidad, la actividad de relaciones públicas quedará, en todo caso, excluida del régimen jurídico aplicable a la publicidad.

3. MARCO NORMATIVO DE LA PUBLICIDAD

3.1. Consideraciones previas

En torno a la publicidad se ha desarrollado un marco legislativo en el que podemos diferenciar dos tipologías de normas: por una parte, aquellas que tienen por objeto regular la actividad publicitaria en general y, por otra, un sinfín de normas sectoriales, mucho más específicas, que incorporan en sus articulados la regulación de aspectos concretos en relación con la publicidad de sus propios bienes o servicios. En esta segunda tipología incluimos, también, las normas que regulan los diferentes medios de comunicación, en general, y la publicidad que en ellos se difunde, en particular; así como la regulación de determinados ámbitos jurídicos que también inciden, en mayor o menor medida, en determinadas acciones de carácter publicitario. Todas estas normas que regulan, directa o indirectamente, la actividad publicitaria conforman el régimen jurídico de la publicidad.

A continuación configuraremos, a grandes rasgos, el marco normativo de la actividad publicitaria. Para ello, realizaremos una recopilación de las principales normas jurídicas que regulan la publicidad según la clasificación de las instituciones que las originan. Partiremos de las normas de la UE, de aplicación en todos los Estados miembros; continuaremos con la legislación estatal en materia de publicidad (que incorpora o transpone –en lenguaje jurídico– los principios comunitarios) en un recorrido que concluirá con una referencia a la legislación autonómica y a la legislación local, en tanto que ésta también regula algunos aspectos relevantes para los profesionales de la publicidad

3.2. Legislación europea

La adhesión de España a las Comunidades Europeas, en 1986, motivó la necesidad de actualizar la legislación española en aquellas materias en las que ésta debía ser armonizada con la comunitaria. Y la publicidad fue una de esas materias, puesto que con carácter previo a la adhesión, en 1984, se había aprobado la Directiva

84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa, que exigía una armonización de las legislaciones de los países miembros en materia de publicidad engañosa. Fruto, en gran medida, de esta exigencia comunitaria, España aprobaría, en 1988, la LGP cuyo contenido se mantiene, aunque con algunas modificaciones, todavía vigente.

Desde entonces, la UE ha seguido promulgando directivas que afectan, directa o indirectamente, a la actividad publicitaria. Ello encuentra una clara justificación en la creación efectiva del *mercado único* europeo.³⁸ Y es que, ya en 1957, la entonces denominada Comunidad Económica Europea (CEE) surgió sobre la base de la idea de un mercado común en el que personas, bienes y servicios pudieran circular libremente en los Estados miembros. La *libre circulación de mercancías* conlleva que un producto o servicio se pueda comercializar o prestar en igualdad de condiciones en el mercado único. De ello se deriva que, por criterios de eficiencia o de coherencia con su imagen de marca internacional, los anunciantes, cada vez más, decidan difundir una misma campaña publicitaria en varios países.

Cuando la publicidad rebasa las fronteras de los Estados miembros pasa a tener una incidencia directa en el buen funcionamiento del denominado *mercado interior* y exige una unificación de las legislaciones al objeto de garantizar el cumplimiento de los principios básicos de libre competencia y protección de los consumidores y usuarios. De ahí la importancia y proliferación de la legislación comunitaria que regula, directa o indirectamente, la actividad publicitaria.

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

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 norma europea que, actualmente, recoge los principios básicos que deben regir la actividad publicitaria en todos los Estados miembros. La Directiva vino a derogar la anterior

³⁸ Cuando se eliminan los obstáculos al comercio en el marco de la UE, un mayor número de empresas pueden competir entre sí, bajan los precios y el consumidor ve ampliada su posibilidad de elección.

Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa, así como sus sucesivas modificaciones, entre las que destacó la llevada a cabo por la Directiva 97/55/CE del Parlamento y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, que incorporó al texto original la regulación de la publicidad comparativa. Tras un largo debate legislativo en el seno de la UE, en favor del principio de libre competencia, a raíz de la aprobación de la Directiva 97/55/CE, la publicidad comparativa pasó a considerarse una práctica lícita en la UE siempre que cumpla con unos determinados requisitos.³⁹

La Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa es un texto breve, de carácter general, que integra todas las modificaciones de la anterior normativa con un doble objetivo: proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus posibles consecuencias y establecer las condiciones necesarias para que la publicidad comparativa pueda ser considerada lícita. En su articulado, la Directiva 2006/114/CE define las diferentes tipologías de publicidad, a la vez que dispone los principios básicos que deben adoptar los Estados miembros para reprimir la publicidad engañosa y velar por la licitud del resto de prácticas publicitarias. El legislador comunitario otorga cierta flexibilidad a los Estados para establecer una protección más amplia en materia de publicidad engañosa mediante una regulación interna más restrictiva. Este criterio no será extensible en materia de publicidad comparativa, cuyos principios generales recogidos en la Directiva 2006/114/CE no podrán ser alterados en su transposición al derecho interno de cada uno de los Estados miembros.

Nótese que el texto de la Directiva 2006/114/CE no menciona explícitamente la protección de los consumidores, a pesar de que ésta puede considerarse implícita en parte de su articulado. No obstante, el legislador ha optado por incluir la protección de los consumidores como principal finalidad de otra de sus normas: la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores

³⁹ A pesar de que el estudio detallado de la *comparativa* se abordará en el capítulo 8, apartado 8.5.3, cabe avanzar que la publicidad comparativa fue considerada ilícita durante años en algunos países de Europa, como Alemania, por considerarla una práctica que entrañaba una denigración al competidor, lo que justificaba su carácter desleal. Por el contrario, en países como Estados Unidos, la publicidad comparativa ha sido tradicionalmente aceptada y su uso puede considerarse incluso habitual en algunos sectores de actividad (Tato Plaza, 1996a).

en el mercado interior, más conocida como *Directiva sobre las prácticas comerciales desleales*, cuyo articulado recoge numerosas referencias a las prácticas publicitarias desleales.

De este modo, la promulgación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales establece una ruptura de la unidad normativa del derecho contra la competencia desleal fuertemente criticada por la doctrina (Fernández Novoa, 2006; Massaguer Fuentes, 2006; Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, 2010; Lema Devesa y Patiño Alves, 2012). Así, la nueva normativa implica el sometimiento de determinadas prácticas a un doble régimen jurídico según éstas vayan destinadas a otros empresarios o bien a los consumidores. Tal sería el caso, por ejemplo, de la publicidad engañosa, regulada explícitamente por la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa cuando se dirija a otras empresas (publicidad *business to business*) y por la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales cuando se dirija a los consumidores (publicidad *business to consumer*).

La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales es un texto también breve que, como novedad principal, prohíbe, con carácter general, las prácticas comerciales desleales que puedan distorsionar el comportamiento económico de los consumidores; entre ellas, diversas prácticas de publicidad engañosa y publicidad agresiva. Además, el texto incorpora una referencia a los códigos de conducta, que reconoce compatibles con la legislación vigente, e invita a los Estados miembros a su fomento. Finalmente, cabe mencionar que la Directiva incorpora un catálogo o “lista negra” de prácticas comerciales –engañosas y agresivas– que deberán considerarse desleales en cualquier circunstancia.

Desde el punto de vista de la regulación de los medios de difusión de la publicidad, 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* (DSCA), contiene numerosas disposiciones que inciden, en este caso, en la publicidad difundida a través de medios audiovisuales.

La DSCA recoge en su articulado todas las modificaciones incorporadas en la original Directiva 89/552/CEE,⁴⁰ conocida como *Directiva de Televisión sin Fronteras*, ya derogada; entre ellas, las incorporadas en 2007 mediante la Directiva 2007/65/CE.⁴¹

La DSCA tiene por finalidad armonizar las legislaciones de los Estados miembros en aquellas materias que afectan a las actividades audiovisuales entendidas en un sentido amplio; de modo que los denominados *servicios de comunicación audiovisual* incluyen, además de la radiodifusión televisiva, los servicios de comunicación audiovisual a petición derivados del desarrollo y difusión de las tecnologías de la información y la comunicación, y de la evolución tecnológica de los modelos de negocio.⁴²

En materia de publicidad y bajo el concepto general de *comunicación comercial audiovisual*, la DSCA define y regula las siguientes actividades: la publicidad televisiva, la comunicación comercial encubierta, el patrocinio, la televenta y el tradicionalmente cuestionado emplazamiento de producto o *product placement*. Además de las mencionadas actividades publicitarias, la DSCA regula, con carácter general, el contenido, la producción y la difusión de los servicios de comunicación audiovisual prestados en los Estados miembros, la protección de los menores en las actividades de radiodifusión televisiva, así como el derecho a réplica o medidas equivalentes.

⁴⁰ Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

⁴¹ Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

⁴² A raíz de las nuevas dinámicas observadas en el mercado audiovisual con posterioridad a la aprobación de la DSCA, la Comisión Europea lanzó, en abril de 2013, una consulta pública sobre los efectos de la convergencia –entre el mundo de las telecomunicaciones, de la sociedad de la información y el audiovisual– de la que surgió el *Libro Verde Prepararse para la convergencia plena del mundo audiovisual: crecimiento, creación y valores* (Comisión Europea, 2013). Una vez analizado el estado de la cuestión, siguiendo los pasos marcados en el *Libro Verde*, la Comisión Europea ha iniciado el proceso de revisión de la DSCA mediante la promulgación de una Consulta Pública a la que, por ejemplo, España dio contestación por medio de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC). Véase: CNMC (2015).

En relación con la publicidad difundida a través de Internet, aunque desde una aproximación muy general, la Directiva 2000/31/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, conocida como *Directiva sobre el comercio electrónico*, regula las comunicaciones comerciales que forman parte o constituyen un servicio de la sociedad de la información y, más concretamente, el envío por correo electrónico de comunicaciones comerciales no solicitadas. En líneas generales, la Directiva 2000/31/UE establece que los gobiernos nacionales deberán garantizar que la publicidad, así como el anunciante responsable de ella, sean siempre claramente identificables cuando se difunda a través de medios electrónicos.

En relación con las actividades de publicidad directa –la que recibe por cualquier medio su destinatario, de manera individualizada–, conviene mencionar la *Directiva 95/46/CE*, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Mediante esta norma, el legislador comunitario sienta las bases de la legislación estatal vigente en materia de protección de datos de carácter personal. Desde el punto de vista publicitario, la regulación de esta materia resulta especialmente relevante a la hora de llevar a cabo acciones de publicidad o marketing directo que impliquen, con carácter previo, un tratamiento de datos de personas físicas identificadas o identificables.

De modo complementario a las dos directivas anteriormente mencionadas, cabe destacar la posterior aprobación de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Esta Directiva, conocida como *Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas*, se adoptó en 2002 al mismo tiempo que un nuevo conjunto de textos legislativos destinado a servir de marco al sector de las comunicaciones electrónicas. En ella se incluyen disposiciones sobre una serie de temas más o menos sensibles como, por ejemplo en materia publicitaria, el envío de mensajes electrónicos no solicitados y la utilización de los denominados chivatos –más conocidas como *cookies*– para rastrear el comportamiento de navegación del usuario.

Por lo que respecta a la normativa específica en función del sector de actividad, con el objetivo de ejemplificar su relevancia e incidencia en el marco normativo de la publicidad, mencionaremos a continuación la regulación de dos sectores que, por sus especiales características, disponen de una regulación especialmente restrictiva, en general, y en materia publicitaria, en particular: el sector farmacéutico y el de los productos del tabaco.

En materia de regulación de la publicidad de productos farmacéuticos destaca la *Directiva 2001/83/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, *por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano*, modificada, entre otras por la *Directiva 2004/27/CE*.⁴³ Esta reforma de la legislación farmacéutica europea, operada en 2004, respondió al objetivo de mejorar las garantías de los medicamentos e impulsar la consecución de un mercado interior en el sector mediante la agilización y mejora de los procedimientos. El articulado de la *Directiva 2001/83/CE* regula, en sus Títulos VII y VIII bis, la publicidad de los medicamentos, puesto que integra en su contenido las disposiciones de la anterior *Directiva 92/28/CEE* del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos de uso humano, ya derogada.

Por otra parte, el legislador comunitario consciente, por un lado, de los riesgos asociados al consumo del tabaco para la salud humana y, por otro, del alcance transfronterizo de algunas de las actividades publicitarias –entre ellas, especialmente, el patrocinio–, consideró necesario aprobar una normativa de alcance general para aproximar la legislación de los diferentes Estados miembros. Fruto de esta voluntad, vio la luz la *Directiva 2003/33/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros *en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco*. Esta norma regula de manera breve y concisa la publicidad y el patrocinio con efectos transfronterizos de los productos del tabaco.

⁴³ *Directiva 2004/27/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la *Directiva 2001/83/CE* por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano.

3.3. Legislación estatal

El ordenamiento jurídico español, como expusimos en el marco conceptual,⁴⁴ presenta la peculiaridad de disponer de una ley que, durante décadas, ha regulado, con carácter general, la actividad publicitaria. Y ello fue así desde que en 1964 se promulgó la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el *Estatuto de la Publicidad* (EP), un completo texto actualmente ya derogado.

El EP fue, ante todo, una norma pionera en su ámbito, puesto que, como afirma Tato Plaza (2004), hasta su promulgación no existía en ningún país de nuestro entorno un texto legal concebido para regular específicamente la publicidad comercial. Desde el punto de vista de su contenido, el EP regulaba la publicidad sobre la base de lo que el legislador denominó los cuatro principios generales de la publicidad: el principio de legalidad, el principio de veracidad, el principio de autenticidad y el principio de libre competencia. Como apunta De la Cuesta Rute (1981), todo acto publicitario debía adecuarse a todos y cada uno de los cuatro principios recogidos en el EP, de modo que, en caso contrario, se estaría ante un caso de publicidad ilícita contraria a la normativa.

Para eventuales infracciones de estos principios, el EP establecía un doble mecanismo de control: un control administrativo y un control jurisdiccional. En primer término, el EP establecía un control administrativo de la publicidad ilícita cuya pieza fundamental era el denominado Jurado Central de la Publicidad, encargado de enjuiciar las infracciones de los principios generales recogidos en la ley. No obstante, este control administrativo no podía dejar de reconocer la competencia de los tribunales de la jurisdicción civil y penal ante posibles supuestos de publicidad ilícita. En opinión de la doctrina, fue precisamente el sistema de control administrativo, que no preveía, por ejemplo, una acción de cesación de la publicidad ilícita, uno de los aspectos que llevaría a su inaplicación y posterior derogación (Tato Plaza, 2004).

Así, como apunta Lema Devesa (2007), la inaplicación del EP se acentuó drásticamente desde 1978, tras suprimirse –vía Decreto– la antigua Subdirección General de Publicidad y Relaciones Públicas y desaparecer, en consecuencia, las

⁴⁴ Véase capítulo 2, apartado 2.2.2. El Derecho de la Publicidad en España, pp. 80-85.

Secretarías de la Junta Central de Publicidad y el Jurado Central de Publicidad. Esta desaparición supuso la extinción de la vía administrativa de represión de la publicidad ilícita. De manera paralela, la vía judicial apenas había sido utilizada en los últimos tiempos, entre otros motivos por la ya mencionada inexistencia de una acción de cesación de la publicidad ilícita, así como la ausencia de medidas para impedir la ulterior difusión de los anuncios engañosos o desleales.

En 1988, transcurridos dos años desde la adhesión de España a la CEE y 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). La LGP derogó íntegramente el anterior EP y cualquier otra disposición que se opusiera a su contenido. De este modo, la LGP también se adaptaba al nuevo marco jurídico estatal recogido en la Constitución Española (CE) de 1978, norma fundamental del Estado a la que están sujetos todos los ciudadanos y, también, los poderes públicos.

3.3.1. La Ley General de Publicidad

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

En 2009, la promulgación de la *Ley 29/2009*, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios vino a racionalizar el derecho español contra la competencia desleal y a eliminar las mencionadas duplicidades en

la regulación de algunos supuestos. La Ley 29/2009 tiene su origen en la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español dos normas comunitarias previamente mencionadas: la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales en sus relaciones con los consumidores y la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. La Ley 29/2009 nace, por tanto, con el principal propósito de integrar, de una manera coherente, la legislación protectora de los consumidores en la regulación del mercado. Sin embargo, como apunta el profesor Tato Plaza (2010a), la Ley 29/2009 no se limita a incorporar al ordenamiento jurídico español las citadas Directivas, puesto que el legislador estatal aprovecha la ocasión para eliminar situaciones de duplicidad y conflicto entre la LGP y la LCD anteriormente mencionadas.

El impacto de la Ley 29/2009 en la configuración del Derecho de la Publicidad es doble. En primer lugar, la Ley 29/2009 reforma el régimen sustantivo de la publicidad ilícita; de modo que, tras la misma, la LGP mantiene la tipificación de los supuestos de publicidad ilícita pero, a raíz de la reforma, únicamente desarrolla en su articulado aquellos supuestos que no se encuentran regulados en la LCD, tales como, por ejemplo, la publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o la publicidad subliminal. En consecuencia, la LGP remite ahora en bloque a lo dispuesto en la LCD en cuanto a la regulación de las principales modalidades de publicidad ilícita, como la publicidad engañosa, la publicidad desleal o la publicidad agresiva. En segundo lugar, la Ley 29/2009 unifica el régimen de acciones por publicidad ilícita mediante la derogación del título IV de la LGP –que contemplaba las tradicionales acciones de cesación y rectificación de la publicidad ilícita– y, en su lugar, establece una remisión en bloque al régimen de acciones por competencia desleal previstas en la LCD.

De este modo, tras las mencionadas modificaciones, podemos afirmar que, en la actualidad, dos normas conforman la parte general del Derecho de la Publicidad en España: la LGP y la LCD. Esto sin obviar que la propia LGP remite a la normativa de carácter especial que contempla una regulación adicional de la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, y de aquella que se difunda por determinados medios.

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

Desde la fecha de su promulgación, en 1988, el contenido de la LGP se ha visto afectado por la aprobación de las siete normas que se relacionan a continuación y que han venido a modificar, parcialmente su contenido.

- La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil derogó los preceptos que establecían algunas especialidades procesales en materia de publicidad.
- La Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios introdujo, entre otras modificaciones, un artículo 6 *bis* que estableció los requisitos de licitud de la publicidad comparativa.
- La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género incorporó a la LGP como supuesto específico de publicidad ilícita la que utiliza la imagen de la mujer de modo vejatorio o discriminatorio; además, también matizó algunos aspectos del proceso de solicitud de la acción de cesación y rectificación de para este supuesto.
- La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de productos del tabaco derogó la referencia a la publicidad de los productos del tabaco contenido, hasta entonces, en el art. 8 de la LGP.

- La anteriormente mencionada Ley 29/2009 por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios modificó algunos artículos de la LGP y derogó, íntegramente, su Título IV sobre la acción de cesación y rectificación y sus procedimientos.
- La Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios modificó el art. 5.5 de la LGP para restringir la prohibición de realizar publicidad de bebidas alcohólicas en los lugares donde esté prohibida su venta o consumo únicamente a las que tengan una graduación superior a 20 grados centesimales.
- Por último, la Ley 3/2014, de 27 marzo, que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, modificó el art. 6.1 de la LGP, en materia de acciones frente a la publicidad ilícita para contemplar, específicamente, el régimen de acumulación de acciones.

A continuación, detallaremos, brevemente, la estructura y contenido de la LCD, la otra norma que, junto a la LGP, configura actualmente los límites generales del Derecho de la Publicidad en España.

3.3.2. La Ley de Competencia Desleal

Aprobada –en su versión original– en 1991, actualmente la LCD distribuye su contenido en cinco capítulos. El Capítulo I recoge, a modo de disposiciones generales, la finalidad y el ámbito de aplicación de la Ley. Tras establecer una cláusula general que recoge los elementos que deberán concurrir para que una conducta pueda ser considerada desleal, en su Capítulo II, la LCD tipifica los diferentes actos de competencia desleal de carácter general, entre los que se encuentran, por extensión, la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, entre otras. En su nuevo Capítulo III, la LCD introduce una serie de supuestos de hecho tipificados, expresamente, como prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios; en este segundo gran bloque de

supuestos, más concretos, de la ley, también se encuentran recogidas numerosas prácticas directa o indirectamente relacionadas con la publicidad comercial. En el Capítulo IV el legislador detalla las diferentes acciones a ejercitar contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, y, por último, en su nuevo Capítulo V, la LCD incorpora el reconocimiento y regulación de los códigos de conducta que, con pleno respeto a las normas sobre competencia, el legislador considera que contribuyen a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de conflictos.

En relación con las cinco normas que, desde el año de su promulgación, en 1991, han afectado al contenido de la LCD, desde un punto de vista publicitario cabe destacar que, en línea con la legislación comunitaria, las modificaciones introducidas por la Ley 29/2009 han incorporado en la LCD un nuevo grupo de supuestos de hecho tipificados, expresamente, como prácticas desleales con los consumidores. De este modo, actualmente, el texto de la LCD subdivide el derecho contra la competencia desleal en dos grandes grupos: los actos de competencia desleal de carácter general y las prácticas desleales en relación con los consumidores.

En opinión de la doctrina mayoritaria (Tato Plaza, 2010a, 2015; Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, 2010; Bercovitz Rodríguez-Cano, 2011; Lema Devesa y Patiño Alves, 2012), esta modificación, que tiene su origen en la Directiva 2005/29/CE, supone una clara fragmentación del derecho contra la competencia desleal y, por este motivo, ha recibido numerosas críticas. En primer lugar, porque rompe la unidad sistemática de un sector que, con carácter general, nunca había hecho depender la calificación de una conducta como desleal en función de sus destinatarios. En segundo lugar, porque implica el sometimiento de determinadas prácticas a un doble régimen jurídico, de manera que, sin ir más lejos, los actos de engaño, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas podrán ser calificadas bien como actos de competencia desleal de alcance general, bien como prácticas desleales con los consumidores (Tato Plaza, 2010a).

La mencionada fragmentación, no obstante, carece de trascendencia en materia de acciones a emprender frente a los actos de competencia desleal o de legitimación activa para interponerlas. En cambio, el doble régimen sí genera consecuencias

relevantes en cuanto a una innecesaria complejidad de los mecanismos de aplicación de la norma por parte de los jueces, los cuales no entraremos a detallar por alejarse en exceso de los objetivos de esta tesis.

En la segunda parte del trabajo, dedicada a los límites jurídicos de la publicidad, profundizaremos en el contenido de la LGP y la LCD, las dos leyes de referencia que, reiteramos, conforman la parte general del Derecho de la Publicidad.

Por último, cabe destacar que actualmente se encuentra en fase de tramitación el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, aprobado en junio de 2013 y cuya tramitación como Proyecto de Ley no ha llegado a prosperar al tiempo de finalizar este tesis. El Anteproyecto de Ley del nuevo Código Mercantil –que contiene más de 1900 artículos y pretende sustituir el actual Código de Comercio vigente desde 1885– contempla integrar en su contenido diferentes cuestiones directamente relacionadas con la regulación de la competencia desleal y la publicidad .

Así, como apunta Tato Plaza (2015), el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil – en contra de lo manifestado en su propia exposición de motivos– mantiene la estructura dual de la parte general del Derecho de la Publicidad en tanto que “ni el articulado del Anteproyecto regula la publicidad ilícita, ni sus disposiciones derogatorias alcanzan al Título II de la Ley General de Publicidad” (p. 1137). Del mismo modo, Vázquez Ruano (2015) constata que la regulación de los códigos de conducta en el régimen de la competencia y, por extensión, de la publicidad, también se recoge de forma similar a la regulación actual en el mencionado Anteproyecto. Por último, en materia de contratación, Lázaro Sánchez (2015) constata que el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil contempla la regulación de los contratos publicitarios, actualmente recogida en la LGP, en términos que, de prosperar en el texto definitivo del Código, incurrirían en numerosas carencias y defectos de técnica legislativa.⁴⁵

⁴⁵ En tanto que en su tramitación en el Congreso como Proyecto de Ley, el texto del Anteproyecto de Ley de Código de Comercio puede sufrir notables modificaciones, su contenido no será tenido en cuenta al abordar los límites jurídicos de la publicidad en posteriores capítulos. Los detalles sobre el contenido del Anteproyecto de Código de Comercio pueden consultarse en la obra *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, dirigida por Morillas Jarillo, Perales Viscasillas y Porfirio Carpio (2015).

3.3.3. Legislación complementaria

De manera adicional a la legislación de carácter general, recordemos que la actividad publicitaria está sujeta, adicionalmente, a la denominada parte especial del Derecho de la Publicidad, esto es, a lo dispuesto en las normas que regulan algunos de los medios a través de los que se difunde la publicidad y a lo dispuesto en la normativa que regula específicamente algunos sectores de actividad. No obstante, antes de abordar, en el siguiente punto, el régimen especial de la publicidad, cabe destacar que el régimen jurídico de la publicidad contempla, también, otras normas que regulan materias que podemos considerar afines a la publicidad y que vienen a complementar su regulación.

Así, en primer lugar, destacaremos, por su relevancia, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU). Desde la aprobación, en 1984, de la primera Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁴⁶ (LGDCU) ha existido por parte del legislador una especial preocupación por la incidencia que la publicidad puede tener en la actuación del consumidor en el mercado, y, en particular, en la contratación que lleva a cabo (Camacho Pereira, 2012). Así, lo dispuesto en el texto original de la LGDCU en materia de publicidad engañosa se ampliaría posteriormente a través de la aprobación de la LGP, en 1988, y de la LCD, en 1991, así como a través de las numerosas modificaciones que han afectado a estas tres normas.

En relación con la principal modificación operada en el régimen legal de la publicidad con el objetivo, precisamente, de mejorar la protección de los consumidores y usuarios, la Ley 29/2009 incorporó cambios sustanciales –no sólo en la LGP y en la LCD– también en el TRLGDCU. Así, como sintetiza Camacho Pereira, actualmente, el TRLGDCU reconoce, entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios, la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular, frente a las prácticas comerciales desleales –entre las que se encuentra la publicidad ilícita– [art. 8 b)].

⁴⁶ Ley 20/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya derogada.

Adicionalmente, el TRLGDCU hace referencia a la normativa de las prácticas comerciales desleales con los consumidores, aportando una definición de las mismas (art. 19) y especifica la información necesaria en la oferta comercial de los bienes y servicios (art. 20). En materia sancionadora, tras la reforma introducida por la Ley 29/2009, el TRLGDCU establece una doble vía de control de las prácticas comerciales desleales con los consumidores que, además de actos ilícitos civiles, constituyen actualmente infracciones de consumo sometidas a régimen sancionador [art. 49.1. I)].

Finalmente, a efectos prácticos, uno de los aspectos más relevantes de la regulación de protección de los consumidores en relación con la publicidad es el principio de integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato, recogida en el art. 61 del TRLGDCU. El carácter vinculante del contenido de la publicidad – aún cuando no figure expresamente en el contrato– queda asimismo reconocido en otros artículos del mismo texto. De este modo, el legislador pretende garantizar “que el consumidor adopte sus decisiones económicas con pleno conocimiento de causa, y proteger a éste cuando lo adquirido finalmente no coincide con las mejores condiciones publicitadas” (Camacho Pereira, 2012, p. 85).

Por otra parte, otro ámbito del derecho cuya vinculación con la actividad publicitaria se ha incrementado en los últimos años es el de la protección de datos de carácter personal. Así, cualquier profesional que desarrolle su actividad en medios *below the line* y lleve a cabo acciones de publicidad o marketing directo, deberá conocer el alcance de la regulación en materia de protección de datos recogida, actualmente, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y el Reglamento que lo desarrolla.⁴⁷

Por último, tan sólo apuntar que otro ámbito del derecho que confluye, en algunos aspectos, con la legislación publicitaria general es el derecho de propiedad industrial y, más concretamente, el derecho de marcas. Así, como describiremos con más detalle al abordar algunos supuestos de publicidad ilícita,⁴⁸ la Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas garantiza la protección de los signos distintivos a través de la

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Véase, el capítulo 6, apartado 6.6. La publicidad desleal y más concretamente lo dispuesto en materia de publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena, pp. 233-239.

concesión de dos derechos de propiedad industrial: el derecho de propiedad sobre la marca –previo registro– y el derecho de propiedad sobre el nombre comercial.

Una vez apuntada esta referencia a la legislación que regula ámbitos afines y, en cierto modo, conexos con la actividad publicitaria, a continuación abordaremos el alcance de la denominada parte especial del Derecho de la Publicidad.

3.3.4. Legislación especial

Como hemos venido reiterando, la legislación publicitaria de carácter general – aplicable, por tanto, a toda manifestación de publicidad comercial– debe coexistir, según la propia LGP, con el denominado régimen jurídico especial de la publicidad, conformado por las diversas normas que regulan determinados medios de difusión, materias o sectores de actividad, en general, y que contienen preceptos relativos a la publicidad, en particular.

Entrar en el detalle de la multitud de normas que conforman el régimen jurídico especial de la publicidad excedería los objetivos de este trabajo, por lo que, a modo de síntesis, tan sólo apuntamos en la siguiente tabla los ámbitos, sectores y medios que disponen de normativa específica en cuyo contenido se incluyen límites jurídicos adicionales en materia de publicidad.

Tabla 4
Legislación especial en materia de publicidad

Categoría	Ámbito objeto de regulación
Productos / Sectores	<ul style="list-style-type: none">▪ Alimentos▪ Armas▪ Billetes de banco▪ Consumo de energía▪ Cosméticos▪ Enseñanzas▪ Especialidades farmacéuticas▪ Espectáculos y publicaciones

Categoría	Ámbito objeto de regulación
Productos / Servicios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Juegos de suerte, envite o azar ▪ Juguetes ▪ Libros ▪ Ofertas de empleo ▪ Órganos humanos ▪ Patrimonio histórico ▪ Precios ▪ Productos dietéticos y/o especiales ▪ Productos industriales ▪ Productos sanitarios ▪ Publicidad financiera ▪ Publicidad inmobiliaria ▪ Publicidad institucional ▪ Sanidad (profesionales) ▪ Seguros ▪ Tabaco ▪ Vehículos de motor ▪ Ventas a plazos ▪ Ventas con oferta de restitución
Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Cinematografía ▪ Internet ▪ Publicidad aérea ▪ Publicidad exterior ▪ Televisión
Localizaciones	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Carreteras y autopistas ▪ Costas ▪ Puertos
Otros	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Imagen de las personas ▪ Protección de datos ▪ Publicidad discriminatoria ▪ Violencia de género

Fuente: Lema Devesa y Gómez Montero (2010) y elaboración propia.

Como apuntamos en la introducción de la tesis, el detalle de todas las normas que configuran el régimen jurídico de la publicidad puede consultarse en la última edición de la obra *Código de Publicidad* (Lema Devesa y Gómez Montero, 2010).

Por último, en relación a la regulación especial de algunos medios de difusión de publicidad, tan sólo recordar que –dado su amplio alcance y relevancia desde el punto de vista publicitario– la segunda parte de la tesis incluye sendos capítulos sobre los límites jurídicos de la publicidad audiovisual y la que se difunde a través de Internet. Con el objetivo de abordar de manera integrada ambos ámbitos, en la parte introductoria de cada capítulo se describirá, de manera detallada, su marco normativo.

3.4. Legislación autonómica

En el marco del Estado de las Autonomías configurado por la CE, cada comunidad autónoma se rige por su propio Estatuto de Autonomía. De este modo, las Comunidades Autónomas tienen conferidas competencias sobre determinadas materias y las consiguientes potestades para desempeñarlas. Así, las normas autonómicas desplazan a las estatales en aquellas materias en las que la C. A. es competente, siempre dentro de su alcance y en el ejercicio de la potestad que le corresponde.

En consecuencia, en materia de publicidad también disponemos de un amplio conjunto de normas de alcance autonómico que concretan, amplían o matizan aspectos de los regímenes especiales de la publicidad para determinados medios, materias y sectores de actividad. Entre ellas destacan, de nuevo, las disposiciones que regulan la publicidad de bienes o servicios relacionados con la salud humana, con la protección de los consumidores, con la protección de la infancia y de la juventud, con la regulación de los servicios de radiotelevisión autonómica, los servicios financieros, la publicidad institucional, etc.

A modo de ejemplo y con el objetivo de evidenciar la necesidad de tener en cuenta esta legislación de carácter autonómico, a continuación recogemos las principales normas autonómicas que, en algunos de sus preceptos, regulan actividades publicitarias en las comunidades autónomas de Madrid y Cataluña tomando como referencia, de nuevo, el *Código de Publicidad* elaborado por los profesores Lema Devesa y Gómez Montero (2010, pp. 21-23).

Legislación de la Comunidad Autónoma de Madrid en materia publicitaria

- Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras 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 8/1998, de 15 de junio, de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid.
- Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.
- Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid.
- Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo en la Comunidad de Madrid.
- Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid.
- Ley 2/2001, de 18 de abril de Contenidos Audiovisuales y Servicios Adicionales.
- Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego de la Comunidad de Madrid.
- Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.
- Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos.
- Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid.

Legislación de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia publicitaria

- Ley 20/1985, de 25 de julio, de Prevención y asistencia en materia de sustancias que pueden generar dependencia
- Ley 1/1991, de 27 de febrero, reguladora del régimen sancionador en materia de juego.
- Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cataluña.
- Decreto Legislativo 1/1993, de 30 de septiembre, sobre comercio interior, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de la Ley 1/1983, de 18 de febrero, y de la Ley 23/1991, de 29 de noviembre.
- Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de niños y adolescentes, y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.
- Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.
- Ley 12/1998, de 5 de noviembre, de creación del Colegio de Publicitarias y Publicitarios y Relaciones Públicas de Cataluña.
- Ley 9/2000, de 7 de julio, de regulación de la publicidad dinámica en Cataluña.

- Ley 18/2000, de 29 de diciembre, por la que se regula la publicidad institucional.
- Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo.
- Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña.
- Ley 15/2002, de 27 de junio, de Ordenación Vitivinícola.
- Ley 14/2003, de 13 de junio, de calidad agroalimentaria.
- Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña.
- Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la vivienda.
- Decreto legislativo 1/2008, de 11 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cajas de Ahorro de Cataluña.
- Ley 5/2008, de 24 de abril, del Derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.
- Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas.
- Decreto Legislativo 2/2009, de 25 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Carreteras.
- Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.
- Ley 20/2010, de 7 de julio, del Cine.
- Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña.
- Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo.

Estas disposiciones, junto con las del resto de comunidades autónomas y demás normativa autonómica de rango inferior, vienen a desarrollar la normativa estatal que regula, directa o indirectamente, la publicidad.

3.5. Legislación local

A pesar de que la doctrina apenas menciona a la legislación local como fuente del Derecho de la Publicidad, en ocasiones, determinadas actividades publicitarias se ven condicionadas por disposiciones emanadas de los entes locales. Pensemos, por ejemplo, en aquellas modalidades que utilizan el medio exterior como soporte. Cada término municipal o municipio puede haber estipulado, mediante una ordenanza municipal dictada por su ayuntamiento, su propia normativa para regular, por

ejemplo, el uso del dominio público o determinados aspectos de seguridad en el marco geográfico de su territorio.

En el contexto de saturación publicitaria en el que nos encontramos, desde hace algunos años, es cada vez mayor el número de anunciantes que apuestan por utilizar el espacio exterior como soporte publicitario. Tal sería el caso de la denominada *publicidad de guerrilla* o *ambient marketing*, modalidades que se sirven de cualquier elemento del entorno, habitualmente de manera sumamente ingeniosa y creativa, para transformarlo en un reclamo publicitario y atraer la atención del transeúnte. Recordemos que, como apunta Solana (2010), en el actual contexto publicitario, también en el mundo físico –no sólo en el digital–:

Se rompen las fronteras entre los soportes, los medios se multiplican y los contenidos se confunden y desubican. Fíjense, salgan a la calle, giren sobre sus tacones 360 grados y observen. Hoy cualquier objeto o espacio que vean es susceptible de convertirse en un medio o soporte publicitario. Contenedores de basura, parquímetros, lavabos públicos, alcantarillas, aparcamientos o incluso gente que pasea. (p. 120).

No obstante, la incidencia de la regulación local en la publicidad no es algo nuevo. Los productores de los tradicionales spots, por ejemplo, deben tener presente la legislación local a la hora de buscar y gestionar las localizaciones de sus producciones, como así lo expone Álvaro Gurrea, en su obra *¿Cómo se hace un spot publicitario?*:

Se trata en ese caso de historias, secuencias o planos que transcurren en el campo, en la playa o en la calle de una ciudad. El único problema, en tal caso, consiste en encontrar un lugar interesante, accesible, y conseguir autorización para el rodaje. En ciudades grandes, como Madrid –y no digamos Nueva York–, los trámites son complicados, pero por lo general se puede rodar en cualquier sitio pagando a los ayuntamientos unas sumas no extraordinarias, aunque cada vez sensiblemente más altas. No es muy recomendable intentar cortar el tráfico en las calles. Obtener autorización para ello es más complicado de lo que parece. (pp. 65-66).

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, es la propia legislación estatal o autonómica –según el caso– la que deriva la regulación de determinadas modalidades de publicidad exterior a los propios municipios.

Así, por ejemplo, el Decreto 917/1967, de 20 de abril, de normas sobre publicidad exterior, todavía vigente, admite implícitamente la competencia local para la regulación de la publicidad exterior a través de las correspondientes ordenanzas en lo que se refiere a la colocación de publicidad en vallas, carteles o rótulos y también faculta a la autoridad municipal a fijar los límites en los que ha de realizarse la publicidad acústica (Rozados Oliva, 2009).

En esta misma línea, la normativa estatal y autonómica también atribuye competencias a los municipios para la regulación, vía ordenanzas locales, de algunas actividades de publicidad dinámica. Por *publicidad dinámica* la legislación, como recoge la Ley 5/1997, de 8 de julio, por la que se regula la publicidad dinámica en las Islas Baleares, entiende:

Aquella forma de comunicación (...) realizada por medio del contacto directo de los agentes publicitarios con los posibles usuarios o clientes y con la utilización preferente, para su práctica, de zonas de dominio público, vías y espacios libres públicos y zonas privadas de concurrencia pública (art. 1.2).⁴⁹

Así, también a modo de ejemplo, el legislador establece que este tipo de acciones publicitarias –reguladas específicamente por la legislación balear y por la catalana– con carácter general, quedan sujetas a autorización administrativa previa por parte de los Ayuntamientos en cuyo término municipal vayan a desarrollarse la mayoría de las actividades comprendidas en el concepto jurídico de publicidad dinámica (Rozados Oliva, 2009).

Ambos ejemplos evidencian la importancia de no olvidar los límites impuestos por la legislación local a la hora de diseñar acciones que impliquen el uso, por diverso que sea, del espacio exterior como medio o soporte publicitario.

⁴⁹ En términos similares la define la Ley 9/2000, de 7 de julio, de regulación de la publicidad dinámica en Cataluña. Islas Baleares y Cataluña son las dos únicas comunidades autónomas que, actualmente, disponen de normas específicas para regular esta modalidad publicitaria.

4. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PUBLICIDAD

4.1. Vías de represión de la publicidad ilícita

Tras abordar el marco normativo de la publicidad avanzamos, en este punto, la descripción, por una parte, de las vías de control o represión que prevé la propia legislación en caso de infracción de la legislación publicitaria general y, por otra, la recopilación y análisis de la jurisprudencia, esto es, de las sentencias judiciales dictadas por el TS en materia de publicidad entre los años 1994 y 2014 a raíz de la aprobación, entre otras, de la LGP.

La ubicación de este capítulo en esta primera parte de la tesis responde al objetivo de detallar el análisis jurisprudencial de manera previa al estudio de los límites jurídicos de la publicidad. De este modo, con el fin de abordar de un modo sintético, pero a su vez completo, los límites jurídicos de la publicidad, los criterios interpretativos identificados en el análisis jurisprudencial se integrarán, posteriormente, en el contenido de la segunda parte de la tesis al cual hagan directamente referencia.

En relación con las vías de represión y sanción de la publicidad, como apunta De la Cuesta Rute (2002), el ilícito publicitario se puede situar en tres ámbitos distintos de responsabilidad: la responsabilidad civil, la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa.

En línea con lo dispuesto en la LGP y en la LCD –las normas que, recordemos, configuran la parte general del Derecho de la Publicidad–, con carácter general, el ilícito publicitario desencadenará una *responsabilidad* de tipo *civil* y corresponderá a los juzgados de lo Mercantil el conocimiento de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a la competencia desleal y a la publicidad.⁵⁰

⁵⁰ Según lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) los juzgados de lo Mercantil conocerán cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de “las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad” [art. 86 ter. 2 a)]

No obstante, de manera un tanto excepcional, la actividad publicitaria, y más concretamente determinados supuestos de publicidad engañosa, también podrá desencadenar una *responsabilidad* de carácter *penal* según lo dispuesto en el CP en referencia al denominado *delito publicitario* (art. 282). La responsabilidad penal, como veremos posteriormente, conlleva la imposición de sanciones en forma de pena de multa o, incluso, de prisión.

Por último, sobre la base de lo dispuesto en la legislación complementaria y especial, algunos supuestos de publicidad ilícita desencadenarán una *responsabilidad* de tipo *administrativa* que se dirimirá por los órganos de las Administraciones públicas con competencia sobre la materia. El procedimiento administrativo concluirá, en su caso, con una sanción establecida por la ley y que, habitualmente, consistirá en una multa económica recurrible judicialmente ante los tribunales por vía contencioso-administrativa (De la Cuesta Rute, 2002).

4.1.1. Vía civil: acciones por publicidad ilícita

Con carácter previo a la reforma del régimen legal de la publicidad,⁵¹ la LGP establecía, en su Título IV, las normas de carácter procesal que debían regir en materia de sanción y represión de la publicidad ilícita, sin perjuicio del control voluntario de la publicidad que se pudiera llevar a cabo a través de los organismos de autodisciplina.

La aprobación de la Ley 29/2009 derogó el Título IV de la LGP y suprimió la hasta entonces característica acción de cesación o rectificación de la publicidad ilícita. Sin duda, uno de los mayores problemas que planteaba la coexistencia de la LGP y la LCD era que los dos textos establecían un régimen de acciones propio y específico: las acciones por publicidad ilícita –recogidas en la LGP– y las acciones por competencia desleal –recogidas en la LCD–, respectivamente. En consecuencia, la coexistencia de las dos tipologías de acciones generaba dudas a la hora de determinar qué acciones se tenían que emprender ante los supuestos que eran

⁵¹ Operada, recordemos, a raíz de la aprobación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

tipificados, al mismo tiempo, como supuestos de publicidad ilícita –en la LGP– y actos de competencia desleal –en la LCD–.

Solventada esta duplicidad, actualmente el legislador plantea un único régimen de acciones legales para denunciar infracciones del contenido de la LGP y de la LCD en materia de publicidad. Así, el nuevo texto de la LGP dispone explícitamente que las *acciones frente a la publicidad ilícita* serán las establecidas en la LCD con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal (art. 6.1 LGP). De este modo, el legislador mantiene la vía judicial civil como medio de represión y sanción de la publicidad ilícita.

Cabe destacar en este punto que, en su versión actual, la LGP reconoce, expresamente, la posibilidad de acumular a la acción de cesación otras acciones – adicionales a las contempladas en la LCD– en el caso de que la publicidad incumpla los requisitos exigidos, no sólo en la LGP, sino en cualquier otra norma específica o sectorial. Las acciones adicionales expresamente mencionadas a tal efecto son: la acción de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades (art. 6.1).⁵²

La LCD recoge un total de seis acciones judiciales ejercitables contra los actos de competencia desleal y contra los supuestos de publicidad ilícita tipificados en la LGP: la acción declarativa de deslealtad; la acción de cesación o de prohibición preventiva o futura de la publicidad; la acción de remoción de efectos; la acción de rectificación de informaciones engañosas, incorrectas o falsas; la acción de resarcimiento de daños y perjuicios y, por último, la acción de enriquecimiento injusto (art. 32 LCD). A continuación, abordaremos el contenido de cada una de estas acciones siguiendo el análisis efectuado por Salas Carceller (2010).

En primer lugar, mediante la *acción declarativa de deslealtad*, el que se considera perjudicado por una actividad publicitaria que infrinja lo dispuesto en la LGP y/o en la LCD puede solicitar al juzgado la declaración de deslealtad de la publicidad (art. 32.1.1ª). Mediante esta acción, el demandante solicita el examen de una conducta

⁵² La LGP reconoce, expresamente, la posibilidad de esta acumulación de acciones a raíz de la modificación de su art. 6 incorporada por la Ley 3/2014, de 27 marzo, que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

del demandado –el anunciante, en este caso– con el objetivo de obtener la determinación judicial expresa de su carácter desleal, sin que se llegue a condenar al demandado a una prestación concreta.

Dadas sus características, la acción declarativa de deslealtad se ejercita frecuentemente de manera acumulada con una o varias de las restantes acciones contempladas en la LCD. Así, en materia publicitaria también puede darse el caso de que el perjudicado, además de la declaración de deslealtad, pretenda, por ejemplo, la cesación de la conducta y una indemnización por los daños y perjuicios causados. En tal caso, la estimación de la acción declarativa constituirá el *presupuesto necesario* para el éxito de las demás acciones ejercitadas.

No obstante, también puede darse el caso de que el demandante opte por ejercitar únicamente la acción declarativa si considera que sus intereses quedan satisfechos con la mera constatación judicial de la ilicitud de la publicidad objeto de controversia. Tal podría ser el caso del ejercicio de la acción contra una publicidad presuntamente ilícita que ha dejado de difundirse y que no haya ocasionado daños y perjuicios al demandante; en tal caso, éste podría considerarse resarcido mediante el reconocimiento judicial de la deslealtad y la posibilidad de que, como veremos más adelante, el tribunal acuerde, de manera adicional, la publicación total o parcial de la sentencia (art. 32.2. LCD).

En segundo lugar, la LCD recoge la *acción de cesación o de prohibición preventiva o futura de la publicidad ilícita* (art. 32.1.2ª). Esta acción ha sido, tradicionalmente, la vía utilizada para la represión judicial de la publicidad ilícita. El ejercicio de la acción de cesación o prohibición de la conducta desleal puede responder, por tanto, a una triple finalidad: el cese, en sentido estricto, de la publicidad ilícita; la prohibición de reiteración futura de la publicidad ilícita que ya se hubiera dejado de emitir y, por último, a la finalidad de prohibir la publicidad ilícita de inminente ejecución, pero todavía no difundida.

En tercer lugar, la LCD contempla la *acción de remoción de los efectos* producidos por la publicidad ilícita (art. 32.1.3ª). La finalidad de esta acción es eliminar los efectos producidos por la publicidad ilícita y restituir la situación al estado en el que se encontraba con anterioridad a la realización de la misma.

La acción de remoción de efectos se distingue de la acción de cesación en que, mientras ésta pretende poner fin a la publicidad ilícita o evitar que se repita, la acción de remoción busca eliminar los efectos derivados de la misma. Para ello, el demandante tendrá que probar la existencia de los efectos ocasionados por el acto desleal y su vigencia en el momento de interponerse la demanda. Además, en el propio escrito de demanda deberá constar una propuesta de medidas que, basándose en criterios de necesidad y proporcionalidad, el demandante considere idóneas para eliminar los efectos y, por último, también tendrá que justificar que la eliminación de los efectos requiere la intervención del juzgado.

La tipología de medidas derivadas de una condena de remoción es tan amplia como los diferentes supuestos que pueden motivarla. A modo de ejemplo podemos citar la modificación, la retirada del mercado o incluso la destrucción de catálogos o cualquier tipo de material publicitario en casos de imitación o confusión por explotación de la reputación ajena, una de las modalidades de publicidad desleal que veremos en posteriores capítulos.

En cuarto lugar, la LCD menciona la *acción de rectificación* de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, cuyo objetivo sea obligar al autor de la publicidad ilícita a realizar una campaña de “publicidad correctora” de análoga intensidad a la inicialmente realizada (art. 32.1.4ª). Mediante esta acción, el demandante persigue que el mercado conozca el carácter ilícito de la publicidad previamente difundida. Para garantizar el objetivo de la acción, el público destinatario de la publicidad correctora debe ser el mismo que ha recibido previamente la información engañosa o denigratoria y que, por ello, ha podido retener datos incorrectos susceptibles de modificar su decisión de comprar un producto o contratar un servicio (Tato Plaza *et al.*, 2010). El contenido de la rectificación consistirá en una comunicación o desmentido de la corrección, verosimilitud o justificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Además, el mensaje de rectificación tendrá que especificar que tiene su origen en una sentencia judicial condenatoria por competencia desleal.

En quinto lugar, la LCD recoge la *acción de resarcimiento de los daños y perjuicios* ocasionados por la publicidad ilícita, prevista sólo para los casos en que haya

intervenido dolo o culpa⁵³ por parte del agente –el anunciante, en nuestro caso– (art. 32.1.5ª). La finalidad de esta acción es conseguir una indemnización que compense los daños y perjuicios padecidos por el demandante a consecuencia de la publicidad ilícita. Por *daño* entenderemos el desembolso realizado para prevenir los efectos que la publicidad ilícita pudiera tener sobre los clientes, gastos de investigación, etc. El concepto de *perjuicios*, por su parte, engloba los beneficios dejados de obtener o la ganancia frustrada (Salas Carceller, 2010a).

Para que prospere esta acción, el demandante tendrá que *acreditar tres extremos*: que la publicidad ilícita le ha ocasionado una lesión patrimonial –por daño emergente o lucro cesante–⁵⁴ y/o moral efectiva; que esta lesión está causalmente ligada a la conducta del infractor y, por último, que el autor haya actuado con dolo o culpa, exigencia que no era contemplada en las acciones abordadas previamente, puesto que en el ámbito de la competencia desleal sólo es exigible para esta acción.

En relación con los conceptos resarcibles, Tato Plaza *et al.* (2010) apuntan algunas hipótesis típicas de ambos tipos de lesiones: los daños patrimoniales y los daños morales.

Bajo el concepto de daño emergente, se engloban, por ejemplo, la minoración en el valor de la imagen, los gastos incurridos razonablemente para contrarrestar o neutralizar los efectos del acto desleal (publicación de anuncios, *mailings*, medidas de promoción de ventas, campañas para diferenciar productos, etc.), el valor de objetos que hayan resultado dañados o sustraídos, o los gastos de asesoramiento legal, de investigación y acopio de pruebas y de representación procesal.

Entre las pérdidas sufridas a consecuencia del acto desleal también cabe incluir, junto a los daños patrimoniales, el daño moral. Éste se inflige sobre derechos o cualidades de la personalidad o extrapatrimoniales (el honor, la dignidad, los

⁵³ En base a lo dispuesto en el CC, el *dolo* consiste en la voluntad de llevar a cabo un acto de cuya deslealtad se tiene conocimiento o como mínimo se es consciente, sin que sea preciso el ánimo adicional de causar un daño. Así, cuando existe dolo lo que se infringe voluntariamente o conscientemente no es el deber genérico de no dañar al prójimo, sino el de no quebrantar las reglas de juego de una sana competencia en el mercado. Por su parte, la *culpa* hace referencia al incumplimiento o desatención de un estándar mínimo de diligencia con arreglo al cual el agente podía comprender y pronosticar ex ante que la conducta desplegada sería ilícita (Tato Plaza *et al.*, 2010).

⁵⁴ Según lo dispuesto en el CC, los daños y perjuicios indemnizables comprenden el *daño emergente*, esto es, el valor de la pérdida que sufrida, y el *lucro cesante*, entendido como la ganancia que se ha dejado de obtener (art.1106).

sentimientos, los valores, el prestigio o estima social, la salud física o psíquica, etc.) (...) por lo general, cuando menos en el ámbito de la competencia desleal, las hipótesis más habituales (campañas denigratorias y prácticas comparativas ilícitas) enmascaran en realidad un supuesto de daños patrimoniales ocasionados a la imagen y reconocimiento de las empresas en el mercado, o, en definitiva, a su fondo de comercio o *goodwill* (pp. 388-389).

Tomando como referencia la jurisprudencia, Tato Plaza *et al.* también destacan la dificultad de probar el alcance de los daños morales, ya que éstos se presumen particularmente difíciles de cuantificar. Por ello, cabe avanzar que el propio TS reconoce que estas dificultades probatorias permiten que el daño moral se infiera mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa de la víctima, para lo cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho.

Por último, la LCD recoge la *acción de enriquecimiento injusto*, que sólo procederá cuando la publicidad ilícita lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico y únicamente podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada (art. 32.1.6ª). La acción de enriquecimiento injusto está muy relacionada con la anterior en el supuesto de perjuicios por lucro cesante, en tanto que habitualmente, el enriquecimiento injusto experimentado por quien realizó una actuación ilícita se corresponde correlativamente con una lesión patrimonial por parte del perjudicado. No obstante, a diferencia de la anterior, la acción de enriquecimiento injusto no exigirá la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del agente.

La doctrina apunta que la acción de enriquecimiento injusto exige la concurrencia de cuatro presupuestos: en primer lugar, la existencia de una ventaja patrimonial por parte del demandado con el correlativo empobrecimiento del demandante; en segundo lugar, la conexión o relación de causalidad entre el mencionado enriquecimiento y el empobrecimiento del perjudicado; en tercer lugar, la falta de causa lícita que justifique el enriquecimiento del demandado y, por último, la lesión de una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido, esto es, casos de imitación, de publicidad que aproveche indebidamente la reputación ajena, etc. (Salas Carceller, 2010a). En consecuencia, la acción de enriquecimiento injusto puede ser considerada una acción de reembolso cuyo

objetivo es una condena pecuniaria consistente en satisfacer la suma de dinero en que se ha concretado el enriquecimiento.

Adicionalmente, a modo de tutela complementaria en materia de acciones, con carácter general, la LCD establece que en las sentencias estimatorias de las acciones declarativa de deslealtad, de cese o prohibición, de remoción y de rectificación, el tribunal, si lo estima oportuno y siempre con cargo al demandado, podrá acordar la *publicación total o parcial de la sentencia* cuando los efectos de la infracción se puedan mantener a lo largo del tiempo, una *declaración rectificadora* (art. 32.2). Nótese que este régimen adicional se superpone, parcialmente, al de las acciones de remoción y de rectificación, en tanto que éstas pueden contemplar, por sí mismas, la solicitud de publicación de la sentencia o de una declaración rectificadora con el objetivo de obtener la pretensión.

En opinión de la doctrina (Tato Plaza et al., 2010), para que el tribunal acuerde – complementariamente– la publicación total o parcial de la sentencia o, en su caso, una declaración rectificadora a costa, ambas, del demandado, deberán concurrir los siguientes presupuestos:

- Que se hayan ejercitado y el tribunal haya estimado algunas de las siguientes acciones: declarativa de deslealtad, de cese o prohibición, de remoción o de rectificación.
- La previa petición expresa de la medida por parte del demandante en el mismo contenido de la demanda; de otro modo, se podría incurrir, por ejemplo, en una infracción grave del derecho de defensa, entre otros.
- Desde el punto de vista material, las medidas solicitadas deben resultar eficaces y proporcionales para cumplir la función que les es propia, esto es, la eliminación del estado de cosas generado por la publicidad ilícita.
- Únicamente en el caso de la publicación de una declaración rectificadora, el legislador requiere que los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo.

Desde un punto de vista procedimental, el demandante deberá concretar mínimamente el alcance de las medidas solicitadas en la demanda, de modo que la condena a publicar total o parcialmente la propia sentencia estimatoria deberá indicar el medio, la fecha o el plazo y el contenido de la publicación. Por otra parte, en el caso de estimarse la solicitud de una declaración rectificadora, la sentencia también deberá indicar el contenido, la modalidad y los plazos de difusión de la misma.

Finalmente, en el marco de la regulación de los códigos de conducta, la LCD establece el régimen de *acciones* que, de manera más específica, podrán ejercitarse *frente a los códigos de conducta* que recomienden, fomenten o impulsen la publicidad ilícita y, también, frente a la modalidad de publicidad engañosa en relación a códigos de conducta (arts. 38 y 39).

Así, en primer término, la LCD dispone que, con carácter general, frente a los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas ilícitas se podrán ejercitar *las acciones de cesación y rectificación* previstas en la LCD (art. 38.1). Únicamente en el caso de que el código de conducta objeto de controversia disponga de un órgano independiente de control que asegure su cumplimiento, la LCD exige que, con carácter previo al ejercicio de la acción judicial, se requiera al responsable del código la cesación o rectificación de la conducta ilícita, así como el compromiso de abstenerse de realizarla cuando todavía ésta todavía no se haya producido (art. 38.2).

En cuanto al procedimiento a seguir en este régimen especial, el legislador apunta que el requerimiento previo a la acción judicial deberá realizarse por cualquier medio que permita tener constancia de su contenido y de la fecha de recepción. Una vez presentado el requerimiento, el responsable del código estará obligado a pronunciarse en un plazo máximo de 15 días desde la presentación de la solicitud; durante este período, quien haya iniciado este procedimiento previo no podrá ejercitar la correspondiente acción judicial. Transcurrido este plazo sin que el responsable del código haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, el reclamante podrá recurrir a la vía judicial para ejercitar la acción de cesación o rectificación, según considere.

En segundo lugar, la LCD incorpora el ejercicio de las acciones de cesación y rectificación frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta y, en determinados supuestos, también establece requisitos previos al ejercicio de las mencionadas acciones (art. 39).

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

Por último, la LCD dispone que en el resto de acciones dirigidas a obtener la cesación o la rectificación de una publicidad ilícita de quienes públicamente estén adheridos a códigos de conducta que dispongan de un órgano independiente de control, el requerimiento previo no será necesario sino potestativo (art. 39.2).

En relación con los *aspectos procedimentales*, la LCD contempla algunos aspectos esenciales como son el de la legitimación activa (art. 33), la legitimación pasiva (art. 34), los plazos de prescripción de las acciones de competencia desleal (art. 35) y la posibilidad de solicitar al juez diligencias preliminares (art. 36). A continuación abordaremos, brevemente, la mencionada regulación al objeto de los procedimientos judiciales por publicidad ilícita.

En primer lugar, en materia de *legitimación activa*, la LCD dispone específicamente que, frente a la publicidad ilícita, estará legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el art. 32, con la única excepción de la acción de enriquecimiento injusto, “cualquier persona, física o jurídica, que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o interés legítimo” (art. 33.1).

Dada su naturaleza, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada. Ello es así, puesto que dicha acción corresponde al perjudicado por el enriquecimiento de otro (Salas Carceller, 2010b). Por su parte, la acción de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por la publicidad ilícita podrá ejercitarse, igualmente, por los consumidores y usuarios y

por asociaciones y entidades de defensa o protección de éstos, según lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (art. 11.2).

Además, con carácter general, la LCD dispone que las acciones declarativa de deslealtad, de cesación o prohibición, de remoción y de rectificación podrán ejercitarse, adicionalmente, por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros (art. 33.2). En el caso de que la publicidad ilícita afecte a los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, también estarán legitimados para el ejercicio de estas mismas acciones (art. 33.3):

- a) El Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.
- b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el TRLGDCU, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de consumidores.
- c) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal final en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Finalmente, con carácter general, la LCD incorpora como novedad una autorización expresa al Ministerio Fiscal⁵⁵ para ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios (art. 33.4).

Aunque con un carácter más específico, no debemos olvidar que frente a la publicidad ilícita por utilizar la imagen de la mujer de forma discriminatoria o vejatoria, la LGP (art. 6.2) legitima de manera expresa para el ejercicio de las acciones declarativa de deslealtad, de cesación o prohibición, de remoción y de

⁵⁵ Según lo dispuesto en la CE, el *Ministerio Fiscal* es un órgano del Estado que “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social” (art. 124).

rectificación a: la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género; el Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico; las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro y el Ministerio Fiscal.

En esta misma línea de protección especial, cabe mencionar que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que “sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita” (art. 5.5).

En segundo lugar, en materia de *legitimación pasiva*, la LCD dispone que, con carácter general, las acciones derivadas de la competencia desleal se podrán ejercitar contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado en su realización. No obstante, la acción por enriquecimiento injusto, en coherencia con su propia definición, sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento (art. 34.1).

De un modo más específico, la LCD aclara que en el caso de que la conducta desleal se hubiere realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones declarativa de deslealtad, de cesación o prohibición, de remoción y de rectificación deberán dirigirse contra el principal. De ello se desprende que, en el caso de las acciones por publicidad ilícita, la legitimación pasiva corresponde al anunciante, entendiendo por tal la persona física o jurídica en cuyo interés repercute la publicidad (Salas Carceller, 2010b).

En tercer lugar, en cuanto a los *plazos de prescripción*, la LCD establece, con carácter general, dos plazos distintos de aplicación recíprocamente excluyente (art. 35). Por un lado, el legislador dispone que las acciones derivadas de la competencia desleal prescriben transcurrido un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto, en este caso, publicitario. Por otro lado, la LCD dispone que, en cualquier caso, estas mismas las acciones derivadas de la competencia desleal prescriben por el transcurso de tres años desde la finalización de la conducta. Cuando cualquiera de

ambos términos expira, el acto publicitario ilícito no será denunciado mediante el sistema de acciones derivadas de la competencia desleal (Tato Plaza *et al.*, 2010). Excepcionalmente, cuando estas mismas pretensiones se articulen en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, las acciones serán imprescriptibles, según lo dispuesto en el TRLGDCU (art. 56).

Por último, la LCD regula de manera sintética el régimen aplicable a las *diligencias preliminares* en los procedimientos judiciales derivados de la competencia desleal. El legislador dispone que “quien pretenda ejercitar una acción de competencia desleal podrá solicitar del juez la práctica de diligencias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio” (art. 36.1).⁵⁶ La solicitud de este tipo de diligencias no acostumbra a ser habitual en los procesos judiciales por publicidad ilícita.

De manera adicional a lo dispuesto en la LCD, cabe recordar que, en relación con la carga de la prueba, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone, explícitamente, que en los procesos judiciales sobre publicidad ilícita “corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente” (art. 217.4 LEC).

En los procesos por publicidad ilícita esta inversión de la carga de la prueba⁵⁷ se justifica en tanto que se presume lógico que se atribuya al anunciante la carga de acreditar la veracidad de las indicaciones, manifestaciones y datos expresados en su publicidad, dado que sería mucho más dificultoso para el demandante poder probar la no veracidad de ello, criterio observado, también, en la propia LEC (art. 217.6). Como apuntan Méndez Tomás y Santos Martínez (2011), la práctica de la prueba en estos procedimientos es, en ocasiones, reviste dificultad, por lo que los peritajes técnicos y los informes de comerciales y de investigación realizados por empresas especializadas resultan de suma importancia.

⁵⁶ Para la determinación de las normas sobre tramitación y sustanciación de las diligencias preliminares, el legislador remite a lo dispuesto en los artículos 129 a 132 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes (art. 36.2 LCD).

⁵⁷ Con carácter general la LEC establece que corresponde al actor, esto es, al demandante, “la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda” (art. 217.2).

Tras abordar la principal vía de represión de la publicidad ilícita, a continuación nos detendremos en las dos vías adicionales a través de la que pueden perseguirse y sancionarse determinados ilícitos publicitarios; la vía penal y la vía administrativa.

4.1.2. Vía penal: el delito publicitario

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

En España, hasta la promulgación del CP, la publicidad engañosa había sido considerada un ilícito de carácter civil. No obstante, en línea con la mayoría de países de nuestro entorno –como, por ejemplo, Francia, Portugal o Alemania en los que entonces ya existía una tipificación penal de los casos más extremos de publicidad engañosa– la promulgación, en 1995, del nuevo CP supuso la consideración de determinados supuestos de publicidad engañosa como un ilícito de carácter penal en nuestro ordenamiento jurídico.

Mediante la tipificación del delito publicitario, el legislador refuerza la protección del derecho de los consumidores a una información veraz para mantener su libertad de elección ante la compra de un bien o servicio. Así, con este objetivo, el CP regula el delito publicitario en los siguientes términos:

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos. (art. 282).

Del contenido del art. 282 del CP se desprende que la *conducta típica* del delito consiste en realizar alegaciones falsas o manifestar características inciertas de sus productos o servicios en las ofertas o publicidad de los mismos, siempre que éstas puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores o usuarios. Como

apunta Lema Devesa (2007), conviene señalar que existe una diferencia sustancial entre el ilícito civil de publicidad engañosa y el delito penal: el tipo penal recogido en el art. 282 del CP sólo encajan aquellos mensajes publicitarios en los que se hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas; en consecuencia, los mensajes publicitarios apoyados en alegaciones verídicas, aunque pudiesen llegar a ser calificados como publicidad engañosa por omisión, por ejemplo, según la LCD, nunca podrían ser perseguidos por la vía penal.

Además, del contenido del CP se desprende que únicamente pueden ser *autores* del delito publicitario los fabricantes y comerciantes, quedando excluidos los profesionales liberales, unos sujetos que, por contra, sí quedarían sujetos a responsabilidad en el ámbito civil según lo dispuesto en la LCD.⁵⁸ En relación con la autoría del delito publicitario, cabe destacar que, a pesar de no poder ser considerados autores en sentido estricto, las agencias de publicidad y los medios de difusión sí podrían llegar a ser considerados inductores, cooperadores necesarios o cómplices del delito si se cumplieran los requisitos recogidos en el CP a tal efecto.⁵⁹ No obstante, la doctrina apunta que esta posibilidad es ciertamente remota y lo que cabe destacar, a efectos de su interés para los profesionales de la publicidad, es el hecho de que “la agencia de publicidad no podrá ser considerada criminalmente responsable” (Lema Devesa, 2007, p. 327).

Una parte de la doctrina se cuestiona la necesidad de considerar la publicidad engañosa, además de un ilícito civil, en determinados casos, un ilícito penal. La profesora Martínez Guerra (2007) ha constatado la escasa aplicación del artículo 282 del CP por parte de jueces y tribunales en sus años de vigencia, lo que la ha llevado a afirmar que “la ausencia de jurisprudencia acerca de la aplicación del precepto a pesar del incremento de reclamaciones interpuestas en materia de consumo, no hace sino plantear mayores dudas en cuanto a su finalidad y necesidad” (p. 342). En su opinión, la escasez de sentencias sobre la materia se debe, por un lado, al desconocimiento de la previsión penal por parte de los consumidores y, por otro, a la dificultad de delimitar el campo de aplicación del artículo 282 CP, especialmente en lo que se refiere al interés jurídico protegido.

⁵⁸ La Exposición de Motivos de la LCD recoge, expresamente, que su contenido resultará también aplicable a los profesionales liberales en tanto que participantes en el mercado.

⁵⁹ Véanse los arts. 27 y siguientes del CP.

4.1.3. Vía administrativa

Por último, como avanzamos en la parte introductoria de este capítulo, en materia de publicidad, la vía judicial coexiste, en determinados supuestos, con la competencia de los órganos administrativos en materia de represión y sanción de la publicidad ilícita, una competencia que se ha visto acrecentada a raíz de los cambios introducidos por la Ley 29/2009 por la que se modificó, recordemos, el régimen legal de la competencia desleal y la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Por una parte, cabe destacar que desde su promulgación, la LGP incluye, dentro de las modalidades de publicidad ilícita, a “la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios” [art. 3. d)]; en tanto que, como veremos, muchas de estas normas son de carácter administrativo, su infracción dará lugar a ilícitos de esta naturaleza perseguibles, en consecuencia, a través de órganos administrativos.

Por otra parte, a raíz de la reforma operada por la Ley 29/2009 en este caso, en el contenido del TRLGDCU, las prácticas comerciales desleales con los consumidores, además de actos de competencia desleal, constituyen actualmente infracciones de consumo sometidas al régimen sancionador administrativo (Tato Plaza, 2015), de modo que:

Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios. (art. 47.3 TRLGDCU).

En relación con la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa de carácter especial, la LGP establece, expresamente, que el incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y

servicios recogidos en su articulado⁶⁰ tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en el TRLGCU y en la Ley General de Sanidad (art. 5.6). Entre tales normas, cabe destacar que también se encontraría, por ejemplo, la legislación audiovisual (LGCA) y la que regula los denominados servicios de la sociedad de la información (LSSI).

Adicionalmente, el TRLGDCU incluye entre las infracciones en materia de consumidores y usuarios el incumplimiento de las normas relativas a la publicidad de bienes y servicios [49.1 f)] y el mencionado uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios –entre las que se encuentran algunos supuestos de publicidad ilícita recogidos en la LCD– [art. 49.1 l)].

Como apunta Lázaro Sánchez (2012), tales infracciones podrán calificarse como leves, graves o muy graves por las administraciones públicas competentes, teniendo en cuenta los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración producida, generalidad de la infracción y reincidencia (art. 50.1 TRLGDCU). En el proceso administrativo también cabe exigir al infractor, adicionalmente, que reponga la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, que indemnice los daños y perjuicios probados causados al consumidor (art. 48 TRLGDCU). Las sanciones, contempladas en el art. 51 TRLGDCU, consisten, a grandes trazos, en multas de hasta 3.005,06 euros en el caso de infracciones leves, entre 3.005,07 y 15.025,30 euros en el caso de infracciones graves y multa de entre 15.025,31 y 601.012,10 euros en el caso de infracciones muy graves. Con carácter accesorio, entre otras medidas, la Administración podrá acordar la publicidad de las sanciones firmes (art. 52 TRLGDCU).

Por último, cabe destacar que las sanciones impuestas por los órganos de la Administración podrán ser recurridas judicialmente a través de la interposición de recurso por vía contencioso-administrativa.

⁶⁰ La LGP enumera, en su art. 5, los bienes o servicios que requieren una especial protección y, en consecuencia, podrán ser regulados por normas especiales. Véase el capítulo 6. Supuestos de publicidad ilícita, y más concretamente, el apartado 6.8. La publicidad contraria a normas especiales, pp. 257-261.

4.2. Análisis jurisprudencial en materia de publicidad

Tras abordar las distintas vías de represión de la publicidad contraria a la legislación vigente, a continuación nos centraremos en el resultado de estos procesos judiciales y, en concreto, en la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo (TS) en materia de publicidad en los últimos veinte años (1994-2014), esto es, a partir de la promulgación de la LGP.

En tanto que el presente trabajo se adscribe, como ya hemos mencionado, a un programa de Doctorado en Comunicación y Humanidades, a continuación describiremos sintéticamente el concepto de jurisprudencia y justificaremos el porqué se ha restringido el análisis a las sentencias judiciales dictadas por el TS.

Siguiendo lo dispuesto por el profesor Manuel Albadalejo (1996), el concepto de jurisprudencia puede interpretarse desde diferentes sentidos. En primer lugar, desde un punto de vista más general, se entiende que “el conjunto de los fallos que un Tribunal ha dictado en la resolución de los casos que juzgó, constituye *jurisprudencia*” (p. 126). Ahora bien, desde un punto de vista jurídico, el término jurisprudencia alude a la masa de sentencias procedentes del TS, de manera que, en este segundo sentido, “jurisprudencia es, por antonomasia, la jurisprudencia del *Tribunal Supremo*” (p. 127). Pero al interpretar cada norma vigente y aplicarla en sus sentencias, todo tribunal adopta respecto a ella un determinado criterio y “también se denomina *jurisprudencia* a ese criterio que corrientemente se adopta, es decir, al modo habitual o reiterado de decidir una cuestión” (p. 128).

Por último, el propio Código Civil⁶¹ (CC) establece que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho” (art. 1.6). De este modo, podemos afirmar que la solución que en cada caso se venga adoptando reiteradamente por el Tribunal Supremo es jurisprudencia o constituye lo que la ley denomina *doctrina jurisprudencial*.

⁶¹ Véase el texto consolidado del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (art. 1).

Entre los motivos que han llevado a restringir, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el término jurisprudencia a la emanada del TS, destaca el hecho de que únicamente ésta tiene carácter vinculante para los tribunales inferiores. Así, la jurisprudencia del TS es la única:

Cuya infracción por sentencia de un Tribunal inferior da lugar a que tal sentencia pueda ser recurrida ante el propio Tribunal Supremo y casada (anulada) por éste (pues el recurso de casación se basa, entre otras causas, en infracción de jurisprudencia, y por ésta se entiende la establecida por el TS en sus sentencias). (Albadalejo, 2010, p. 128)

Ahora bien, como indica el propio CC, para que podamos hablar propiamente de jurisprudencia, ésta debe constituir un modo habitual o “reiterado” de decidir una cuestión (art. 1). Así, como ha reconocido en numerosas ocasiones el propio TS, una sola sentencia no forma o no sienta jurisprudencia, ya que es preciso que al menos dos adopten la misma doctrina para resolver la cuestión tratada; en caso contrario, no se daría la habitualidad o reiteración de criterio que la jurisprudencia requiere para su formación.

Por otra parte, conviene destacar en este punto que, con el objetivo de poder adecuar los criterios interpretativos a las circunstancias sociales –que pueden evolucionar a lo largo del tiempo– la jurisprudencia puede cambiar. Ello tiene lugar cuando el TS abandona el criterio habitual que venía aplicando, adopta otro –de manera justificada, como ahora veremos– y consagra este nuevo criterio en más de un fallo. No obstante, para evitar contravenir el principio de igualdad recogido en la CE, el Tribunal Constitucional exige que el cambio de jurisprudencia no sea arbitrario o injustificado por lo que deberá tener siempre una fundamentación suficiente y razonable, siendo preciso también la aportación del término de referencia, es decir, la resolución o resoluciones contradichas (Albadalejo, 2010).

Por último, antes de pasar a abordar las particularidades de la jurisprudencia en materia de publicidad, tan sólo apuntar que, a pesar de su relevante valor a efectos interpretativos, la jurisprudencia no se considera una fuente del Derecho⁶², puesto

⁶² En su art. 1.1. el CC establece que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

que la función de la fuente jurídica es crear normas y la jurisprudencia no las llega a crear.

Como avanzábamos en la parte introductoria del trabajo,⁶³ algunas de las obras y manuales de referencia en materia de Derecho de la Publicidad incorporan referencias explícitas a la jurisprudencia en materia de publicidad. Tal sería el caso, por ejemplo, de las obras de Lema Devesa (2007), Lema Devesa y Patiño Alves (2012), Lázaro Sánchez (2009, 2011, 2012) y Tato Plaza, *et.al.* (2010), entre otros. No obstante, en todos los casos citados, estas obras incorporan, de manera puntual y no exhaustiva, menciones a resoluciones judiciales no sólo del TS sino también de otras instancias judiciales, sobre todo, de Audiencias Provinciales. Entendemos que ello se justifica sobre la base del carácter limitado que –como hemos podido comprobar– tiene el alcance de la jurisprudencia del TS en materia de publicidad. Así, en los supuestos en los que éste no se ha pronunciado, las sentencias de tribunales inferiores, a pesar de no constituir propiamente jurisprudencia, entendemos que adoptan una mayor relevancia y valor.

Además de las menciones a la jurisprudencia en estas obras generalistas y también en los trabajos que abordan ilícitos concretos, también se han publicado contadas obras y artículos centrados específicamente en el estudio de la jurisprudencia en materia de publicidad. En primer lugar cabe mencionar la obra en la que, bajo el título de *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia*, José Ramón Ferrándiz Gabriel (2007) –Magistrado de la Sala Primera de lo civil del Tribunal Supremo– recopila, a modo de síntesis, extractos de una amplia selección de STS que, entre otros temas, han resuelto controversias en materia publicitaria. Desde un punto de vista más específico, Tato Plaza (1999, 2003) y Galán Corona (2009a, 2009b) han publicado sendos artículos en la *Revista Autocontrol* en relación con la jurisprudencia publicitaria, en tanto que ambos autores destacan que el Derecho de la Publicidad se apoya, en buena medida, en las técnicas propias del derecho de casos –*Case Law*–.

En los cuatro trabajos mencionados, Tato Plaza y Galán Corona coinciden en ampliar en concepto tradicional de jurisprudencia a las sentencias dictadas, no sólo por el TS, sino también por los tribunales inferiores –Audiencias Provinciales e

⁶³ Véase capítulo 1. Introducción, p. 21.

incluso Juzgados de Primera Instancia– y también a la doctrina emanada de las resoluciones del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, el sistema de autorregulación publicitaria español. A este respecto Tato Plaza (2003) apunta:

Este análisis, bajo mi punto de vista, debe comprender tanto la jurisprudencia en sentido estricto como la doctrina emanada del Jurado de Autocontrol de la Publicidad. Así lo exige –en primer término– el número de resoluciones adoptadas en los últimos años por el Jurado; un recuento de éstas permite afirmar que el Jurado se ha convertido en el principal órgano de resolución de controversias en materia de publicidad. Y del Jurado, en todo caso, ha emanado una sólida doctrina cuyo eco incluso podemos encontrar en las sentencias adoptadas por los jueces y tribunales de jurisdicción ordinaria. (p. 41).

Por tanto, tras una exhaustiva revisión de la literatura, no se ha encontrado ningún trabajo que analice, de manera sistemática, la jurisprudencia dictada por el TS en materia de publicidad. En tanto que el objeto de estudio de esta tesis se centra, principalmente, en los límites jurídicos de la publicidad, descartamos incluir en nuestro análisis la doctrina fruto de las resoluciones del Jurado de la Publicidad de Autocontrol.⁶⁴

A continuación, pasamos a exponer el detalle del análisis jurisprudencial llevado a cabo y, más concretamente, la configuración de la muestra de sentencias objeto de estudio, la metodología implementada en el análisis del contenido y una síntesis de los resultados obtenidos

4.2.1. Muestra y metodología

Como hemos avanzado al abordar las cuestiones metodológicas en la parte introductoria de la tesis, la misma responde a un enfoque predominantemente cualitativo que combina el trabajo de gabinete, en su parte más jurídica, con el trabajo de campo mediante el que abordaremos, en la parte final del trabajo, la gestión profesional de las cuestiones legales en las principales agencias de publicidad.

⁶⁴ Una revisión exhaustiva de esta doctrina puede consultarse en la obra de Patiño Alves (2007).

En este punto, nos disponemos a detallar la primera parte del estudio, esto es, las técnicas de recolección y análisis documental aplicadas para llevar a cabo el segundo objetivo de esta tesis: recopilar y analizar la jurisprudencia dictada por las Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo del TS en materia publicitaria a partir de la aprobación de la LGP y de la LCD, sus dos normas de referencia.

Desde un punto de vista metodológico, como apuntan Sierra Bravo (2007) la metodología cualitativa se caracteriza por la flexibilidad o capacidad de adaptación inicial a las nuevas exigencias que el desarrollo de la investigación ponga de manifiesto. Así, en el proceso de investigación cualitativo, a menudo, “la muestra, la recolección y el análisis son fases que se realizan prácticamente de manera simultánea” (Hernández Sampieri *et.al.*, 2010, p. 8).

Cabe destacar en este punto que, en este proceso previo de definición de la investigación, se contempló la posibilidad de configurar una muestra más amplia, que incluyera las sentencias dictadas por los tribunales de segunda instancia como objeto de estudio. Esta posibilidad fue desestimada por dos motivos: en primer lugar, por la dificultad de acceder a una muestra homogénea y exhaustiva de las sentencias de tribunales de segunda instancia –Audiencias Provinciales, por vía civil, y Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, por vía administrativa–; y, en segundo lugar, porque desde un punto de vista jurídico, como hemos apuntado, son las sentencias del TS las que determinan propiamente la denominada jurisprudencia y, en consecuencia, los criterios interpretativos de mayor valor, también desde el punto de vista publicitario.

De este modo, una vez delimitada la muestra inicial objeto de recolección y análisis a las sentencias dictadas por la Sala Primera, de lo Civil, y la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo del TS se procedió a acotar temporalmente la muestra. En tanto que la legislación que, con carácter general, regula actualmente la publicidad tuvo su origen en la aprobación, en 1988, del texto original de la LGP, se procedió a acotar temporalmente la muestra a los años 1994-2014, al entender que los primeros casos por infracción de esta legislación tardarían un cierto margen de tiempo en llegar, vía recursos previos, al TS.

Una vez configurada la muestra de estudio inicial, siguiendo el proceso de investigación detallado en la parte introductoria de la tesis,⁶⁵ se inició la fase de recopilación o recolección documental, en este caso, los textos de las sentencias judiciales objeto de estudio. Como afirma Hernández Sampieri *et.al.* (2010) en una investigación predominantemente cualitativa, como la que nos ocupa, el tamaño de la muestra no es relevante desde una perspectiva probabilística, pues lo esencial es recopilar los casos que nos ayuden a entender el objeto de estudio y a responder a las preguntas de investigación. No obstante, llevar a cabo un muestro adecuado y riguroso tiene una importancia crucial, también en la investigación cualitativa.

Para acceder a las sentencias judiciales y conformar la muestra se recurrió a las denominadas *bases de datos jurídicas*, definidas por Páez Mañá (1994) en los siguientes términos:

Aquellos conjuntos de documentos jurídicos básicos (legislación, jurisprudencia, doctrina), almacenados en soportes magnéticos o de cualquier otro material y susceptibles de ser tratados, recuperados y transmitidos de forma total o parcial mediante procedimientos y medios informáticos, que con la aplicación de técnicas derivadas de la utilización de la informática jurídica pretenden ser utilizados con una finalidad divulgadora pública y generalizada de su contenido (p. 26).

De un modo más concreto, tras consultar con diferentes juristas y documentalistas jurídicos, inicialmente se procedió a consultar la base de datos Westlaw Aranzadi, al tratarse de la base de datos de referencia y larga tradición en el derecho español. Entre otros recursos –legislación, doctrina, actualidad o formularios–, Westlaw Aranzadi incluye entre sus contenidos el texto completo de la jurisprudencia del TS desde 1979 por lo que, tras valorar las diferentes opciones de búsqueda, se optó por realizar un proceso de búsqueda a través de su Tesoro de Jurisprudencia y, más concretamente, a partir del término “publicidad” contemplado por vía civil y por vía contencioso-administrativa.

Con el objetivo de garantizar la máxima exhaustividad en la configuración de la muestra, en segundo término se procedió a consultar una segunda bases de datos jurídica, en este caso, la última versión de Laleydigital360 gestionada por el grupo Wolters Kluwer. Esta base de datos, también integra, entre otros contenidos –

⁶⁵ Véase Figura 1. El proceso de investigación, pp. 34-35.

legislación, doctrina, bibliografía o guías jurídicas– un completo fondo jurisprudencial que incluye las sentencias del TS a texto completo. En este caso, con el objetivo de utilizar los mismos parámetros de búsqueda, se procedió a utilizar el tesoro de Laleydigital360 también a partir del término “publicidad” por vía civil y por vía contencioso-administrativa.

Dado que los resultados de las búsquedas formuladas en ambas bases de datos no resultaron totalmente coincidentes, se procedió a consultar una tercera fuente de información: el buscador de jurisprudencia del Centro de Documentación Judicial (Cendoj) de cuyo archivo se nutren todas las demás bases de datos jurídicas. Creado en 1996 y con sede en San Sebastián, el Cendoj es el órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial que se ocupa de la publicación oficial de la jurisprudencia, así como de otras competencias en el ámbito de la documentación y de los servicios de gestión del conocimiento. No obstante, esta tercera fuente secundaria de información tuvo que ser descartada tras confirmar que el buscador de jurisprudencia del Cendoj⁶⁶ no dispone de un tesoro que incluya el término *publicidad* y las opciones de búsqueda consultadas no nos permitieron acceder a una muestra suficientemente pertinente y significativa para nuestro objeto de estudio.

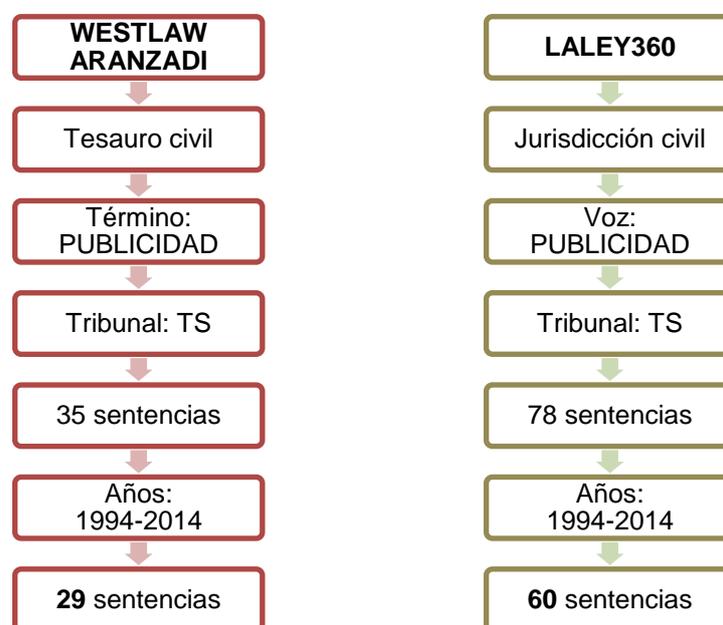
Como también avanzamos en la parte introductoria del trabajo, el análisis de la jurisprudencia en materia de publicidad se ha ceñido, tradicionalmente, al estudio de la vía civil en tanto que por ella se resuelven, judicialmente, las infracciones de la LGP y la LCD. No obstante, tanto la protección de los consumidores y usuarios a través del TRLGDCU, como la proliferación de normativa de carácter especial que ha venido a regular, adicionalmente, la publicidad de determinados sectores y la que se difunde por determinados medios, hacen relevante extender el análisis a la jurisprudencia en materia de publicidad dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

⁶⁶ El Cendoj pone a disposición del público en general a través de su página web un buscador de jurisprudencia concebido para la búsqueda concreta de resoluciones judiciales a través de múltiples criterios. No obstante, el buscador adolece de un sistema general de búsqueda por temática, en tanto que a tiempo de la consulta, tan sólo permitía la localización por tema de los siguientes ámbitos: prescripción, cláusulas abusivas, custodia compartida, estafa, expropiación, derecho de reversión, novación, despido, responsabilidad patrimonial, agresión sexual, planeamiento urbanístico, propiedad horizontal, fraude de ley, alimentos y dolo. Véase: <<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>> [Consulta: 22 de agosto de 2015].

Las siguientes figuras muestran la estrategia de búsqueda seguida a partir de los tesauros de las dos bases de datos finalmente consultadas, Westlaw Aranzadi y LaleyDigital360, y el número de resultados inicialmente obtenidos. En primer lugar, la figura 9, detalla la estrategia y resultados de búsqueda de la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Civil del TS y, en segundo lugar, la figura 10 recoge la estrategia y resultados de búsqueda de la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

A partir de los resultados de la búsqueda inicial, en primer lugar se acotó temporalmente la muestra, de manera que se excluyeron de los resultados obtenidos las sentencias dictadas en los años previos a 1994 y posteriores a 2014, en tanto que el proceso de recolección de datos se cerró a principios de 2015. De este modo, el corpus de la muestra se redujo considerablemente y quedó configurado en los términos que aparecen reflejados en la parte final de ambas figuras.

Figura 9.
Estrategia búsqueda jurisprudencia TS jurisdicción civil



Fuente: elaboración propia

Figura 10.
Estrategia búsqueda jurisprudencia TS jurisdicción contencioso-administrativa



Fuente: elaboración propia

Los archivos de las sentencias que configuraron la muestra fueron descargados en formato pdf para su posterior análisis de contenido. De un modo paralelo al proceso de recolección de los datos, se diseñó y creó una base de datos en soporte informático con el objetivo de facilitar el análisis y la posterior consulta de las sentencias objeto de estudio.

En el ámbito de las ciencias jurídicas, el análisis de la jurisprudencia se lleva a cabo mediante la aplicación de la técnica del análisis de contenido desde un punto de vista cualitativo. Así, los comentarios y estudios jurisprudenciales acostumbran a presentar una breve descripción del caso y una síntesis y comentario de los fundamentos jurídicos más relevantes de la sentencia, esto es, de los criterios interpretativos que sentarán jurisprudencia y tendrán que ser tenidos en cuenta por los tribunales inferiores a la hora de aplicar la ley al caso concreto –siempre que éste coincida, en esencia, con el que originó la jurisprudencia–.

Ahora bien, desde un punto de vista metodológico, el proceso de análisis de contenido, tras definir y configurar la muestra, requiere definir las unidades de análisis y codificarlas en diferentes categorías (González Teruel, 2015). A continuación detallamos el libro de codificación a partir de cual se configuraron los diferentes campos y registros de la tabla principal de la base de datos creada para llevar a cabo el análisis del contenido de las sentencias.

Tabla 5
Tabla codificación análisis sentencias

Campos base de datos análisis jurisprudencia
Caso
Año
Vía –civil / contencioso-administrativa–
Demandante
Demandado
Sentencia TS
Sentencia 2ª instancia
Sentencia 1ª instancia
Descripción del caso
Sector de actividad
Recurrente 1
Recurrente 2
Revoca –sí / no–
Medio
Legislación
Ilícito/s
Exageración –sí / no–
Fallo final –condena / absuelve–
Ilícito/s condena
Criterios STS
Criterios sentencia 2ª instancia
Criterios sentencia 1ª instancia
Fuente sentencia
Archivo sentencia

Fuente: elaboración propia

El análisis del contenido de las sentencias que conforman la muestra se llevó a cabo en dos fases. En la primera de ellas, se procedió a realizar una primera lectura del texto de las 89 sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del TS y de las 178 dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS con dos objetivos: por un lado, identificar las sentencias recogidas en las dos bases de datos a fin de eliminar duplicidades y, por otro, eliminar aquellas sentencias que, pese a estar

indexadas bajo el término “publicidad” en ambos tesauros, no resolvían cuestiones relacionadas, directa o indirectamente, con la legislación publicitaria.

En tanto que Westlaw Aranzadi dispone de un sistema de referencias propio que facilita el acceso a la jurisprudencia a través de su base de datos,⁶⁷ en caso de duplicidad se incorporó a nuestra base de datos el archivo de Westlaw Aranzadi. En relación con la depuración final de la muestra, cabe destacar que ésta surgió a raíz de la acusada diferencia numérica observada al comparar los resultados de búsqueda de ambas bases de datos. A este respecto, resulta relevante destacar que el resultado de cruzar las muestras obtenidas a partir de las dos bases de datos no resultó ser plenamente coincidente, lo que constata la inexistencia de un criterio homogéneo a la hora de catalogar en ambos tesauros las diferentes sentencias.⁶⁸

En cuanto a la pertinencia de los resultados de búsqueda en relación con su indexación bajo el término “publicidad” –entendida ésta desde el punto de vista comercial– la muestra final requirió una notable reducción, sobre todo de las sentencias recopiladas a través de la Laleydigital360. Así, en la primera fase del análisis, en relación con las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del TS, se suprimieron de la muestra las sentencias cuyo objeto de controversia eran, entre otros, casos de responsabilidad contractual por accidentes, contratos atípicos, límites del derecho a la información no comercial, contratos de gestión de productos financieros, servidumbres, contratos de distribución comercial, defectos de forma en el proceso judicial o cuestiones específicas en materia de registros de marcas.

En relación con las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, tras una primera lectura, se suprimieron de la muestra las sentencias cuyo objeto de controversia era, entre otros, recursos de actos administrativos ajenos a la actividad publicitaria, adjudicaciones de licencias urbanísticas, impuestos varios, ayudas y subvenciones, autorizaciones de apertura de comercios, regímenes forales, impugnación textos jurídicos u oposición al registro de marcas sin mención alguna a la actividad publicitaria.

⁶⁷ El RJ seguido de una numeración es una referencia de Westlaw que facilita la localización de sentencias pero, únicamente, en su propia base de datos.

⁶⁸ Por vía civil, 22 de las 29 sentencias obtenidas a través de la base de datos de Westlaw Aranzadi coincidieron con la búsqueda efectuada en la base de datos de Laleydigital360. Por vía contencioso-administrativa, de las 29 sentencias recogidas en Westlaw Aranzadi, 21 coincidieron con las obtenidas a través de la Laleydigital360.

De este modo, en esta primera fase de análisis del contenido de las sentencias recopiladas constata una falta de rigor especialmente acusada en relación con la catalogación de las sentencias adscritas a la voz “publicidad” en el tesoro de Laleydigital360,⁶⁹ especialmente en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa.

Una vez depurada la muestra final, se procedió a realizar una segunda lectura exhaustiva del texto de cada una de las sentencias con el fin de identificar aquellos elementos relevantes para nuestro objeto de estudio en función de las categorías establecidas en el diseño de nuestra base de datos. En el siguiente punto se presenta una síntesis de los resultados finales fruto del proceso de análisis descrito.

4.2.2. Resultados

En relación directa con las preguntas de investigación planteadas, conviene recordar en este punto que el principal objetivo del presente análisis jurisprudencial responde a identificar aquellos criterios interpretativos que, a modo de jurisprudencia, recogen las sentencias dictadas por el TS en materia publicitaria. En consecuencia, los principales resultados del análisis se presentarán de forma cualitativa, esto es, por medio de citas textuales de los fragmentos clasificados en la categoría criterios sentencia TS junto a una breve descripción del caso.

Adicionalmente, también cabe recordar que, con el fin de presentar una sintética pero, a su vez, completa descripción de los límites jurídicos de la publicidad, el resultado de este análisis cualitativo de la jurisprudencia en materia de publicidad se insertará en el contenido de los diferentes capítulos de la II parte de la tesis, esto es, junto a la descripción de los diferentes límites jurídicos de la publicidad.

No obstante, a continuación –una vez presentada la muestra final resultante del proceso de análisis descrito en el punto anterior– apuntaremos algunas consideraciones previas al breve análisis cuantitativo que, de modo complementario y teniendo en cuentas las limitaciones del estudio, pretende dar respuesta al resto

⁶⁹ Y ello a pesar de que, a diferencia de Westlaw Aranzadi –que dispone de un único término “publicidad” en el tesoro–, Laleydigital360 contempla una voz adicional con el término publicidad, la voz “publicidad registral”.

de preguntas de investigación planteadas. En primer término, dada su mayor vinculación con los límites generales de la publicidad, presentaremos los resultados del análisis de la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Civil del TS y, a continuación, realizaremos lo propio en relación con la jurisprudencia dictada, en materia de publicidad, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

Resultados análisis jurisprudencia TS jurisdicción civil

De la exhaustiva lectura y análisis del contenido de la muestra final de sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del TS podemos concluir que la jurisprudencia en materia de publicidad en España es todavía limitada, pues casi 30 años después de entrada en vigor de la LGP hay algunos ilícitos que no se encuentran reflejados en la jurisprudencia del TS.

La siguiente tabla recoge la relación de las sentencias que, tras analizar su contenido, podemos afirmar que cierran procedimientos judiciales relacionados con los límites jurídicos de la publicidad, esto es, con el contenido del marco normativo básico de la publicidad que se describirá en los próximos capítulos.

Tabla 6.
Relación de STS, Sala de lo Civil (1994-2014)

Sentencia	Ilícito o ámbito objeto de controversia
STS 87/2014 de 18 de febrero [RJ\2014\2091]	Compraventa
STS 518/2013 de 23 de julio	Compraventa
STS 137/2013 de 28 de febrero de 2013	Compraventa
STS 797/2011 de 18 de noviembre [RJ\2012\1631]	TV tabaco
STS 497/2011 de 12 de julio de 2011	Compraventa
STS 381/2011 de 24 de junio [RJ\2008\3232]	Engañosa
STS 204/2010 de 7 de abril [RJ\2010\2546]	Desleal por adhesiva
STS 891/2010 de 3 de enero [RJ\2011\294]	Bebidas alcohólicas vía pública
STS 626/2009 de 13 de octubre [RJ\2009\5567]	Engañosa
STS 860/2009 de 15 de enero [RJ\2010\415]	Exageración
STS 1149/2008 de 16 de diciembre [RJ\2009\290]	Contrato difusión publicidad política
STS 640/2008 de 24 de junio [RJ\2008\3232]	Contratación derechos de imagen
STS 407/2007 de 3 de abril [RJ\2007\1757]	Desleal denigratoria
STS 31/2007 de 25 de enero [RJ\2007\1875]	Contrato difusión
STS 1158/2006 de 13 de noviembre	Contrato publicidad

Sentencia	Ílícito o ámbito objeto de controversia
STS 622/2006 de 21 de junio	Confusión
STS 413/2006 de 25 de abril [RJ\2006\2201]	Engañosa
STS 130/2006 de 22 de febrero [RJ\2006\828]	Comparativa desleal
STS 691/2005 de 5 de octubre [RJ\2005\8755]	Engañosa y desleal
STS 515/2005 de 4 de julio [RJ\2005\5093]	Desleal por confusión
STS 550/2004 de 28 de junio [RJ\2004\4320]	Contrato patrocinio
STS 539/2003 de 5 de junio	Derechos imagen
STS 809/2003 de 4 de junio [RJ\2003\5856]	Engañosa
STS 575/2002 de 4 de junio [RJ\2002\4978]	Desleal denigratoria
STS 427/2002 de 30 de abril	Contrato patrocinio
STS 496/2001 de 22 de mayo [RJ\2001\3370]	Contrato derechos autoría y explotación
STS 238/2001 de 14 de marzo	Contrato patrocinio
STS 595/2000 de 15 de junio	Engañosa - compraventa vivienda
STS 292/2000 de 20 de marzo [RJ\2000\2019]	Engañosa
STS 160/2000 de 19 de febrero	Desleal confusión e imitación
STS 353/1999 de 28 de abril [RJ\1999\3422]	Contrato publicidad - confidencialidad
STS de 18 de febrero de 1999	Uso marca registrada en publicidad
STS 734/1997 de 26 de julio [RJ\1997\6306]	Publicidad indirecta alcohol
STS 652/1997 de 11 de julio [RJ\1997\5606]	Desleal confusionista
STS 382/1997 de 8 de mayo [RJ\1997\3876]	Engañosa, desleal y comparativa
STS de 24 de febrero de 1997 [RJ\1997\1195]	Comparativa, denigratoria o engañosa
STS de 8 de noviembre de 1996	Compraventa
STS 240/1996 de 25 de marzo [RJ\1997\1995]	Desleal
STS 41/1995 de 3 de febrero [RJ\1995\735]	Engañosa
STS de 18 de octubre de 1994	Derechos de imagen

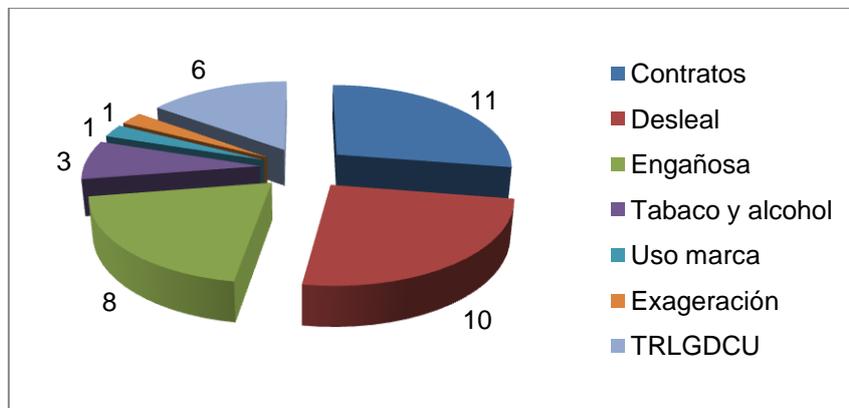
Fuente: Westlaw Aranzadi y Laleydigital360 (2015) y elaboración propia.

Así, como resultado del análisis final, hemos encontrado un total de 40 sentencias de cuyo contenido pueden inferirse, en mayor o menor medida, criterios interpretativos relevantes a efectos de concretar o ejemplificar la aplicación de los principios generales recogidos en la ley a los casos concretos.

Una vez excluidos los pronunciamientos del TS en cuestiones meramente formales o de procedimiento judicial, recordemos que el contenido de los pronunciamientos más relevantes a efectos interpretativos se insertarán, de manera breve y sintética, en los capítulos que conforman la II parte de la tesis.

A pesar de que, como hemos venido apuntando, el principal valor del análisis jurisprudencial realizado responde a un punto de vista cualitativo, junto a los datos de identificación de las sentencias, la tabla 6 recoge el ilícito o ámbito objeto de controversia, según el caso. Así, con un carácter meramente complementario y accesorio, la siguiente figura refleja el ámbito de controversia o ilícito publicitario objeto de los procedimientos judiciales que han agotado la vía judicial en los últimos 20 años. Los resultados del análisis constatan que el ámbito de mayor controversia es el de la contratación publicitaria, seguido por los casos de publicidad desleal – denigratoria, confusionista⁷⁰ o comparativa– y engañosa.

Figura 11.
Ámbito o ilícito objeto de controversia en STS, Sala de lo Civil (1994-2014)

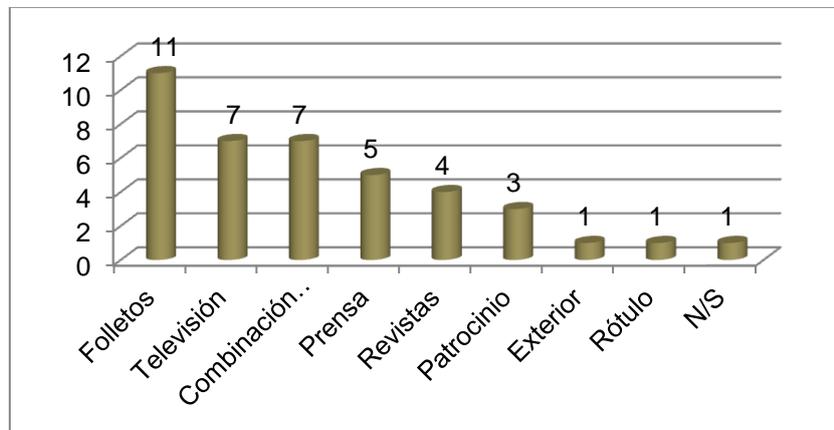


Fuente: elaboración propia.

En cuanto al medio de difusión de la publicidad objeto de controversia, como recoge la siguiente figura, la publicidad directa y, más concretamente, los folletos publicitarios han sido el formato publicitario más presente en la muestra, seguido de la televisión y de los casos en los que la publicidad se había difundido por una combinación de medios más o menos amplia según el caso.

⁷⁰ Como veremos en el capítulo 6. Supuestos de publicidad ilícita, tras los cambios introducidos en la legislación publicitaria a raíz de la aprobación de la Ley 29/2009, la publicidad confusionista ha pasado a considerarse una modalidad de publicidad engañosa. No obstante, en tanto que la legislación aplicada en las sentencias objeto de estudio es previa a esta modificación, los casos de publicidad confusionista, se han contabilizado en la modalidad de publicidad desleal, entendiendo la limitada relevancia del análisis cuantitativo de los resultados obtenidos.

Figura 12.
Medio de difusión publicidad en STS, Sala de lo Civil (1994-2014)



Fuente: elaboración propia.

Por último, en cuanto a la tipología de sanción recogida en el fallo de la sentencia, en primer lugar, cabe destacar que, de los 40 casos relevantes para nuestro objeto de estudio, en 30 de ellos el TS falló de manera que el caso se resolvió con la condena de la parte demandada en primera instancia. En estos casos, la condena firme contempló, mayoritariamente, dos pronunciamientos. En primer lugar, en 12 resoluciones se acordó la declaración, cese, retirada y/o, en menor medida, la prohibición de reiteración futura de la publicidad, según el caso. En segundo lugar, 14 sentencias contemplan, de manera particular o adicional a los anteriores pronunciamientos, también según el caso, el pago de una cantidad económica en concepto de indemnización, mayoritariamente, por los daños y perjuicios causados por la publicidad o los contratos publicitarios contrarios a la normativa. Únicamente en 4 de las 30 sentencias que declaran o confirman condena, se acuerda la publicación de la sentencia.

Resultados análisis jurisprudencia TS jurisdicción contencioso-administrativa

Como resultado del análisis exhaustivo del contenido de las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS se han obtenido un total de 55 sentencias relacionadas con diferentes ámbitos de la actividad publicitaria. En este caso, los resultados del análisis nos llevan a presentar, en la siguiente tabla y junto

a la relación de sentencias objeto de estudio, el medio de difusión de la publicidad objeto de controversia.

Tabla 7.
Relación de STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo (1994-2014)

Sentencia	Medio
STS de 18 de julio de 2014	Publicidad exterior
STS de 30 de julio de 2013	Publicidad TV
STS de 17 de julio de 2013	Publicidad exterior
STS de 16 de julio de 2013	Publicidad exterior
STS de 10 de julio de 2013	Publicidad TV
STS de 4 de julio de 2013	Publicidad exterior
STS de 5 de marzo de 2013	Publicidad exterior
STS de 18 de diciembre de 2012	Publicidad exterior
STS de 23 de octubre 2012 [RJ\2012\9937]	Publicidad exterior
STS de 16 de octubre 2012 [RJ\2012\10217]	Publicidad exterior
STS de 26 de junio de 2012	Publicidad estática
STS de 24 de abril de 2012	Publicidad TV
STS de 13 de marzo 2012 [RJ 2012\5406]	Publicidad exterior
STS de 14 de diciembre 2011 [RJ 2012\2755]	Publicidad exterior
STS de 8 de abril 2011 [RJ 2011\3070]	Publicidad TV
STS de 7 de julio 2009 [RJ 2009\6929]	Publicidad TV
STS de 30 de abril 2008 [RJ 2008\2504]	Publicidad TV
STS de 3 de mayo 2007 [RJ 2007\3289]	Publicidad TV
STS de 7 de marzo de 2006	Publicidad directa (datos)
STS de 1 de febrero de 2006	Telecomunicaciones
STS de 23 de noviembre de 2005	Publicidad exterior
STS de 12 de febrero de 2005	Publicidad directa (datos)
STS de 15 de diciembre de 2004	Publicidad directa (datos)
STS de 18 de mayo 2004 [RJ 2004\3518]	Prensa
STS de 15 de diciembre de 2003	Patrocinio
STS de 30 de mayo 2003 [RJ 2003\5523]	Publicidad TV
STS de 30 de mayo 2003 [RJ 2003\4584]	Publicidad TV
STS de 23 de abril de 2003	Publicidad directa (datos)
STS de 10 de marzo de 2003	Publicidad TV
STS de 21 de febrero 2003 [RJ 2003\2129]	Publicidad TV
STS de 28 de enero 2003 [RJ 2003\897]	Publicidad TV
STS de 23 de septiembre de 2002	Publicidad directa (datos)
STS de 11 de febrero 2002 [RJ 2002\9949]	Publicidad TV
STS de 9 de abril 2001 [RJ 2001\4299]	Publicidad exterior
STS de 29 de enero de 2001	Publicidad exterior

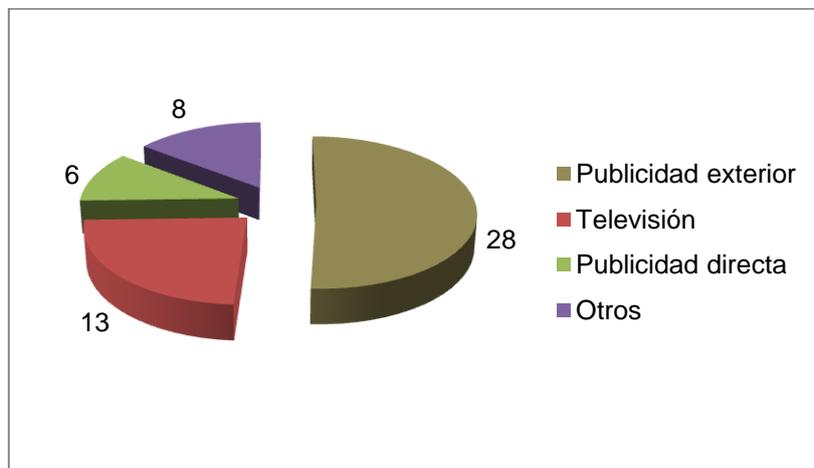
Sentencia	Medio
STS de 18 de octubre de 2000	Publicidad directa (datos)
STS de 10 de diciembre 1999 [RJ 1999\9212]	Publicidad exterior
STS de 19 de julio 1999 [RJ 1999\6191]	Publicidad exterior
STS de 19 de abril 1999 [RJ 1999\2718]	Publicidad exterior
STS de 12 de marzo 1999 [RJ 1999\2448]	Publicidad callejera - reparto
STS de 24 de febrero 1999 [RJ 1999\888]	Folletos
STS de 15 de febrero 1999 [RJ 1999\1812]	X
STS de 23 de diciembre 1998 [RJ 1998\10290]	Publicidad exterior
STS de 23 de noviembre de 1998	Publicidad exterior
STS de 11 de noviembre de 1998	Publicidad exterior
STS de 15 de junio 1998 [RJ 1998\5722]	Publicidad exterior
STS de 5 de mayo 1998 [RJ 1998\5099]	Publicidad exterior
STS de 1 de abril de 1998	Publicidad inmobiliaria
STS de 2 de marzo 1998 [RJ 1998\2097]	Publicidad exterior
STS de 26 de febrero 1998 [RJ 1998\1826]	Publicidad exterior
STS de 30 de diciembre 1997 [RJ 1997\9700]	Publicidad exterior
STS de 22 de julio de 1997	Publicidad exterior
STS de 12 de noviembre 1997 [RJ 1997\8590]	Publicidad exterior
STS de 11 de noviembre de 1996	Publicidad exterior
STS de 14 de marzo 1996 [RJ 1996\2032]	Publicidad exterior

Fuente: Westlaw Aranzadi y Laleydigital360 (2015) y elaboración propia.

En relación con el medio de difusión de la publicidad objeto de controversia, como se refleja en la figura 12, el análisis ha constatado una relevante y mayoritaria presencia del medio de publicidad exterior, seguido de la televisión y, en menor medida, de algunos casos concretos de publicidad difundida por otros medios. En la gran mayoría de los casos, el TS ha cerrado el caso mediante la aplicación de legislación especial en materia publicitaria y, más concretamente, de legislación en materia de carreteras.

Dado que la presente tesis se centra en el estudio de la legislación publicitaria de carácter general, ésta tan sólo contempla una breve referencia a la legislación especial del medio audiovisual y de Internet. Por ello, en tanto que el resultado del análisis de contenido en relación con la publicidad exterior y directa no tendrán cabida en posteriores capítulos, comentaremos, a continuación, una síntesis de su alcance jurisprudencial desde un punto de vista cualitativo.

Figura 13.
Medio de difusión publicidad en STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo (1994-2014)



Fuente: elaboración propia.

Cabe destacar en este punto que, en relación con las STS dictadas en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa, los resultados del análisis, por los motivos que comentaremos a continuación, apenas tienen relevancia desde el punto de vista de los ilícitos o ámbitos objeto de controversia, por lo que obviamos el análisis cuantitativo de los mismos.

En relación con las sentencias dictadas por el TS en materia de publicidad exterior, del análisis de su contenido se desprende que las mismas responden a dos tipologías de controversias. Por una parte, 13 de las 28 sentencias en materia de publicidad exterior responden a presuntas infracciones de la legislación de carácter especial, entre la que destaca la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, recientemente derogada,⁷¹ y la legislación, también de carácter especial, a ella vinculada. Por otra parte, otras 12 sentencias en materia de publicidad exterior tienen por objeto demandas que cuestionan la legalidad de nuevas ordenanzas municipales que limitan las acciones publicitarias en el medio exterior del municipio

⁷¹ La Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras ha sido recientemente derogada por la aprobación de la nueva Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras que, con carácter general, en su art. 37. 1, en línea con la ley anterior, dispone que “fuera de los tramos urbanos de las carreteras queda prohibido realizar publicidad en cualquier lugar que sea visible desde las calzadas de la carretera, y en general cualquier anuncio que pueda captar la atención de los conductores que circulan por la misma. Esta prohibición no dará en ningún caso derecho a indemnización”.

en cuestión. Los casos restantes están, en su mayoría, directamente relacionados con la obtención de licencias para la instalación de vallas publicitarias.

Desde un punto de vista jurisprudencial, por su carácter excepcional, resulta relevante destacar la STS, de 30 de diciembre de 1997, en relación a una valla publicitaria con la silueta de un toro de la compañía Osborne visible desde una carretera y contraria, por tanto, a la prohibición de realizar publicidad fuera de los tramos urbanos de las carreteras estatales, recogida en la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras.

Figura 14.
Valla Silueta toro objeto STS de 30 de diciembre de 1997



Fuente: Osborne, 2015⁷²

Tras recurrir la sanción económica impuesta por vía administrativa, el TS estimó el recurso presentado por Osborne y, a pesar de reconocer que la imagen objeto de controversia podría constituir un supuesto de publicidad encubierta de los productos de Osborne, anuló la sanción sobre la base de, entre otros, los siguientes argumentos:

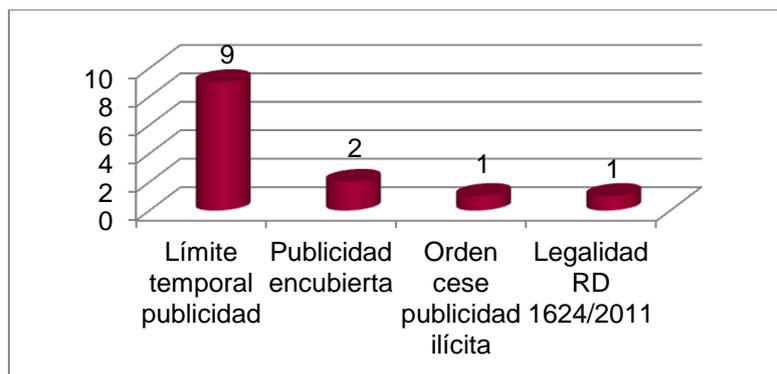
La silueta del toro ha superado su inicial sentido publicitario y se ha integrado en el paisaje, como un elemento de ambientación ajeno al mensaje propagandístico de una marca (...) debe prevalecer, como causa que justifica su conservación, el interés estético o cultural, que la colectividad ha atribuido a la esfinge del toro, en consonancia con el artículo 3.º del Código Civil, conforme al cual las normas se interpretarán según «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las mismas».

⁷² Osborne. (2015). *Toro de Osborne*. Disponible en: <<http://www.osborne.es/toro-de-osborne/>> [Consulta: 8 de septiembre de 2015].

A raíz de este pronunciamiento, las vallas con este perfil volvieron a ubicarse en diferentes emplazamientos visibles, actualmente, desde casi un centenar de carreteras estatales.

En segundo lugar, por lo que respecta a las 13 sentencias directamente relacionadas con la publicidad difundida en el medio televisión, en tanto que los límites jurídicos de este medio serán abordados en un capítulo posterior, la jurisprudencia recogida en las sentencias se integrará en el mismo con el fin complementar las prohibiciones y criterios recogidos en la legislación. Desde un punto de vista cuantitativo, de modo –insistimos– accesorio, la siguiente figura recoge los ilícitos o prohibiciones objeto de controversia.

Figura 15
Ámbito o ilícito de controversia en STS medio televisión (1994-2014)



Fuente: elaboración propia.

Por otra parte, las seis controversias planteadas en materia de publicidad directa, hacen referencia a la utilización indebida de datos del censo electoral para el envío de distintas campañas publicitarias, con la consiguiente infracción de la legislación en materia de protección de datos personales.

Por último, en cuanto a la tipología de sanción recogida en el fallo de la sentencia, en primer lugar, cabe destacar que, de los 55 casos relevantes para nuestro objeto de estudio, en 35 de ellos el TS falló de manera que se confirmó la sanción o infracción recurrida, consistente, en la mayoría de casos, en una multa económica de diferente cuantía, según el caso.

PARTE II

LÍMITES JURÍDICOS DE LA PUBLICIDAD

5. PRINCIPIOS GENERALES Y CONTRATACIÓN

5.1. Los sujetos de la actividad publicitaria

La LGP menciona en su articulado, de manera un tanto dispersa, a los sujetos de la actividad publicitaria. La definición de anunciante, agencia y medios –los tres sujetos activos de la publicidad– la encontramos en el contenido de la LGP que regula la contratación publicitaria, mientras que la definición –muy genérica– de los destinatarios de la publicidad la encontramos en la parte introductoria de la ley.

A efectos jurídicos, la determinación del sujeto de derecho como titular de derechos y obligaciones resulta de especial importancia en el marco de la relación jurídico 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, aunque en menor medida, al receptor de la misma (los *destinatarios*); aunque este último no pueda considerarse parte a los efectos de la contratación, dado su tradicional rol pasivo en el proceso publicitario.

Además de los sujetos mencionados, en la práctica profesional existen otras figuras –no contempladas explícitamente en la LGP– que también desempeñan, en ocasiones, un papel relevante en términos de contratación publicitaria; tal sería el caso, por ejemplo y como veremos posteriormente, de las denominadas *centrales de medios*.

A los efectos de la LGP se considera *anunciante* a “la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad” (art. 8). Esta definición, de carácter general, contiene dos notas relevantes. En primer lugar, el concepto jurídico de anunciante engloba a personas naturales y jurídicas, de modo que, además de empresas, también tendrán esta consideración las personas físicas que desarrollen una actividad empresarial, comercial, industrial o profesional (art. 2). A tenor de esta definición y del concepto jurídico de publicidad, a los efectos de la LGP, los organismos públicos únicamente se considerarán anunciantes cuando su actividad responda al objetivo de promover la contratación; salvo en materia de contratación

que, independientemente de la finalidad de su publicidad, estarán sometidos a lo dispuesto en la LGP (art. 7). En segundo lugar, la LGP establece como requisito esencial que el anunciante tenga un interés genérico en la difusión de la publicidad –promover, directa o indirectamente la contratación (art. 2) –, aunque en muchos casos no sea el propio anunciante su autor material,

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

A los efectos de la LGP son *agencias de publicidad* “las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante” (art. 8). El legislador adopta la terminología propia del sector y define a las agencias de publicidad sobre la base de los siguientes elementos destacables.

- El concepto de agencia reconoce a las personas jurídicas y, también, a las personas naturales que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a la publicidad, en una clara referencia a los profesionales liberales o *freelances*.
- Como requisito esencial, la LGP destaca la dedicación profesional, lo que implica una dedicación habitual y organizada a la actividad publicitaria.
- El servicio que presta la agencia de publicidad al anunciante debe consistir en la creación, preparación, programación o ejecución de la publicidad. En la práctica profesional podemos discernir entre la actividad de elaboración del mensaje – que siempre asume la agencia– y la de programar o planificar su posterior difusión; esta última actividad puede ser derivada a las denominadas *centrales de compras de medios*, agencias de publicidad especializadas en la estrategia y planificación de medios, en la compra y distribución de espacios y tiempos publicitarios y en el control de las inserciones (Termcat, 1999). El carácter disyuntivo de la enumeración recogida en el art.8 LGP viene a contemplar esta posibilidad.

- La agencia siempre actúa por cuenta del anunciante que es quién tiene un interés en la publicidad.
- La LGP no exige a las agencias de publicidad ningún requisito especial para su constitución y funcionamiento.

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

Mediante la difusión de la publicidad, el anunciante hace llegar al público objetivo sus mensajes pero, para ello, necesita un *medio*, lo que en términos de comunicación entendemos como un canal compuesto por uno o más soportes de comunicación susceptibles de contener y difundir mensajes publicitarios (Termcat, 1999). En lenguaje publicitario, por tanto, el término *medio* tiene un doble sentido: desde un punto de vista objetivo se refiere al soporte material al que se incorpora el mensaje, mientras que desde un 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, observamos que, desde un *punto de vista subjetivo*, puede ser medio de publicidad cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, que ostente la titularidad de un medio de comunicación o soporte y que lo explote de manera habitual y organizada para la divulgación de mensajes publicitarios.

El requisito de explotación habitual –como indica el art. 17 LGP al regular el contrato de difusión– podrá inferirse de la existencia de unas tarifas preestablecidas en las que el medio exprese las condiciones y precios de las inserciones. Nótese la referencia expresa a las personas públicas como medio de publicidad, en una clara alusión a los medios de comunicación dependientes del Estado reconocidos en el art. 23 de la CE. De este precepto constitucional deriva el principio de no discriminación e igualdad de acceso de los anunciantes a los medios públicos que no rige en el caso de los medios de publicidad privados.

Desde un *punto de vista objetivo*, la noción de medio incide en la difusión del mensaje publicitario, acción que, a tenor de la LGP, contempla la inserción del mensaje en el soporte y la posterior actividad técnica necesaria para garantizar su divulgación efectiva al público. Esta divulgación puede llevarse a cabo a través de dos tipologías de medios publicitarios. En primer lugar, la ley menciona explícitamente a los medios de comunicación social, esto es, los medios de comunicación tradicionales –televisión, radio, prensa, internet– que, en su mayoría, reservan determinados espacios para los mensajes publicitarios. Aunque en menor medida, cabe destacar que, actualmente, existen determinados medios de comunicación que excluyen a la publicidad de sus contenidos; tal es el caso de algunos canales temáticos de pago y, desde 2009, de la televisión pública española.⁷³ Excluidos los anteriores, en segundo lugar, la LGP denomina *soportes* a los medios cuya actividad es exclusivamente publicitaria; tal sería el caso, por ejemplo, de los circuitos de publicidad exterior.

Por último, la LGP define, de manera genérica, a los *destinatarios* de la actividad publicitaria como “las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance” (art. 2). Desde el punto de vista jurídico, el concepto de destinatarios de la publicidad engloba una doble realidad. Por un lado, contempla a las personas a las que, intencionadamente, se dirige el mensaje publicitario, lo que equivaldría al denominado público objetivo en lenguaje publicitario; estos destinatarios serán determinantes desde el punto de vista de la interpretación del mensaje publicitario en caso de conflicto. Por otro lado, la ley también considera destinatarios de la publicidad a las personas que, a pesar de que ésta no vaya dirigida a ellas, llegan a recibir el mensaje. Dado el carácter generalista de los principales medios de publicidad convencional, los mensajes publicitarios alcanzan a personas no contempladas inicialmente como público objetivo que son jurídicamente relevantes en cuanto a la debida protección de sus legítimos intereses.

⁷³ A raíz de la aprobación de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, la televisión pública española ha eliminado la publicidad comercial y la televenta de sus emisiones. A modo de excepción, sí se permite el patrocinio y en intercambio de publicitario de productos o programas cuando se trate de eventos deportivos y culturales que se enmarquen dentro de la misión de servicio público, sin valor comercial y cuando sea la única posibilidad de difusión y producción. El legislador también contempla como excepción el caso de las competiciones deportivas con contrato de patrocinio u otras formas comerciales cuando formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de señal a difundir, o cuando sean sólo difundidos en los canales internacionales de televisión (Guichot, 2015).

A efectos de la consideración de los destinatarios de la publicidad como sujetos publicitarios, esto es, como sujetos de derechos y obligaciones derivados de la legislación publicitaria, entendemos que los destinatarios de la publicidad, en sentido abstracto, no serán considerados sujetos publicitarios dada su indeterminación y el hecho de quedar al margen de la relación contractual publicitaria. Ahora bien, como afirma Santaella López (2003), un destinatario determinado, en la doble condición de posible receptor o receptor efectivo del mensaje publicitario, sí tendrá la condición de sujeto publicitario cuando algunos de sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por la publicidad. En tal caso, el destinatario de la publicidad se encontrará legitimado para ejercer las acciones legales pertinentes (art. 33.1 LCD). Mención especial merecen, a estos efectos, las asociaciones de consumidores y usuarios que, como vimos en el capítulo anterior,⁷⁴ también ostentan legitimación para el ejercicio de acciones judiciales por publicidad ilícita (art. 33.3 LCD).

Por último, en relación con los destinatarios de la publicidad, conviene avanzar en este punto que la LCD determina que “para valorar las conductas cuyos destinatarios sean los consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio” (art. 4.2). De este modo, el legislador establece que, para dirimir las controversias en materia de publicidad ilícita, los tribunales de justicia deberán tomar como referencia el concepto de *consumidor medio* recogido inicialmente en la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

El TJCE entiende por *consumidor medio* aquél que “está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos”.⁷⁵ Según la jurisprudencia del mencionado tribunal, el consumidor medio deberá ser una persona crítica, consciente y perspicaz en su comportamiento económico. Por tanto, el término no debe asociarse tanto a aquel consumidor que posee un determinado nivel cultural o académico, sino más bien a aquel que cuenta con una cierta experiencia y aptitud para interpretar la información que se le facilita.

⁷⁴ Véase capítulo 4, apartado 4.1.1. La vía civil: acciones por publicidad ilícita, p. 114.

⁷⁵ Considerando 18 de 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.

Sobre la base de este concepto general de consumidor medio, la propia LCD reconoce que deberán ser los propios tribunales los que efectúen su concreción en cada caso. Para ello, deberán tomar en consideración el mayor número posible de factores relevantes, tales como, por ejemplo, el contexto y las circunstancias en las que se comercializa el producto o servicio anunciado, la claridad de la información aportada a los consumidores o el riesgo de error en relación al grupo de consumidores a los que se dirige la publicidad (Fernández y Redondo Borge, 2010). Desde un punto de vista práctico, el profesional de la publicidad, a la hora de valorar la adecuación de sus campañas a la legislación, debe evitar partir de su perspectiva personal –condicionada por sus conocimientos de marketing y publicidad– y, por el contrario, intentar ponerse en el lugar del mencionado consumidor medio para, desde esta perspectiva, interpretar el resultado final de su actividad.

5.2. Los contratos publicitarios: tipologías y regulación

Desde el punto de vista de la gestión publicitaria, entre agencia y anunciante se establecen unas relaciones económicas que son determinantes para ambas organizaciones. Por un lado, el anunciante realiza un desembolso económico, en algunas ocasiones elevado, para contar con los servicios de una empresa externa que le ayude a alcanzar sus objetivos de publicidad. Por otro lado, la agencia percibe unos ingresos por parte del anunciante, pero también se ve obligada a realizar ciertas inversiones, como por ejemplo, la subcontratación de otras agencias –de investigación, creatividad, producción audiovisual, etc.– (Medina Aguerrebere y Ferrer Lorenzo, 2014).

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

Según el Código Civil (CC), la norma de referencia en materia de contratación en España, “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (art. 1254). En el contexto de la actividad publicitaria, habitualmente es el anunciante el que requiere los servicios de una agencia para dar forma publicitaria a sus mensajes

y también el uso de un medio o soporte de titularidad ajena para hacer llegar la publicidad a su público objetivo.

A partir de las relaciones contractuales típicas que establecen, entre sí, los diferentes sujetos publicitarios, la LGP recoge cuatro tipologías de contrato publicitario: el contrato de publicidad, el contrato de creación publicitaria, el contrato de difusión publicitaria y el contrato de patrocinio.

Antes de abordar el concepto, la regulación y la jurisprudencia relacionada con cada uno de estos contratos, conviene detallar las *disposiciones de carácter general* que establece la LGP y que, como su nombre indica, serán aplicables a las cuatro modalidades de contrato publicitario.

Con carácter general, la LGP establece, en primer lugar, que los contratos publicitarios se regirán, en primera instancia, por lo dispuesto en su Título III y, en su defecto, por las reglas generales del Derecho Común (art. 7). De este modo, en los aspectos no recogidos en la LGP se aplicará lo dispuesto en materia contractual en las normas de carácter civil (el CC) o mercantil (el Código de Comercio), según el perfil de los sujetos publicitarios implicados y/o la tipología de contrato. Así, por ejemplo, en materia de forma, en ausencia de regulación específica por parte de la LGP, se entenderá de aplicación el principio de libertad de forma recogido en el Código de Comercio (art. 51).

Conviene recordar en este punto que el contenido del Título III de la LGP será de aplicación a “todos” los contratos publicitarios, aún cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el art. 2 LGP. Así, tan sólo en materia contractual, el contenido de la LGP deberá aplicarse a determinadas figuras afines a la publicidad como la propaganda, la publicidad política o la publicidad institucional.⁷⁶ No obstante, entendemos que el legislador excluye del ámbito de aplicación de la LGP aquellos contratos no tipificados como publicitarios que, en ocasiones y como

⁷⁶ No obstante, como afirma Lázaro Sánchez (2011), la circunstancia de que a los contratos publicitarios suscritos por entidades e instituciones del sector público les sean aplicables los preceptos de la LGP en materia de contratación no excluye la posibilidad de que, además, deban regirse, en determinados aspectos, por la Ley, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público y, especialmente, por la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional.

veremos en el siguiente apartado,⁷⁷ también resultan necesarios para llevar a cabo la actividad. Tal sería el caso, por ejemplo, del contrato de cesión de imagen con finalidades publicitarias.

En una clara relación con lo dispuesto en materia de publicidad engañosa, y más concretamente de la denominada publicidad encubierta, en segundo lugar, la LGP impone a los medios de difusión la obligación de deslindar perceptiblemente las afirmaciones efectuadas en relación con su función informativa de las que realicen como simples vehículos de publicidad (art. 9). De acuerdo con el denominado *principio de identificación publicitaria*, los anunciantes deberán, asimismo, desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios. Con esta obligación de carácter contractual, el legislador refuerza la ilicitud de las prácticas publicitarias que, mediante su presentación, puedan inducir a error a los destinatarios sobre la naturaleza publicitaria del mensaje.

En tercer lugar, la LGP confiere al anunciante el *derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad* (art. 10). De ello se deduce que este control se circunscribe a las actividades de difusión y, por tanto, únicamente será aplicable a los contratos de publicidad –que integren la difusión de la campaña–, difusión o patrocinio. Para garantizar este derecho de control del anunciante, la LGP habilita a organizaciones sin fines lucrativos constituidas legalmente de forma tripartita por anunciantes, agencias y medios de difusión para comprobar la difusión real de los medios publicitarios y, en espacial, las cifras de tirada y venta de las publicaciones periódicas. Resulta un tanto sorprendente y contradictorio que el legislador otorgue carácter voluntario a esta comprobación, puesto que el medio puede optar por no someterse al mencionado sistema de control de difusión. No obstante, Lázaro Sánchez (2011) destaca el principal objetivo de este derecho recogido en la LGP:

Con ello se pretende comprobar que los contratos publicitarios, aunque más exactamente el de publicidad y difusión, son correctamente cumplidos, de forma que si ejercitando este derecho el anunciante comprobase que la difusión no se realiza conforme al acuerdo llegado con la agencia, podrá exigir el cumplimiento exacto o, en su caso, si el incumplimiento procede del medio de difusión, reclamar de acuerdo al esquema contractual seguido para convenir el espacio y tiempo de difusión (p. 146).

⁷⁷ Véase apartado 5.4. Otros contratos relevantes en publicidad, p. 173-177.

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

Por último, la LGP establece que en todos los contratos publicitarios se tendrá por no puesta cualquier *cláusula* por la que, directa o indirectamente, se garantice el *rendimiento económico* o los resultados comerciales de la publicidad, o se prevea la exigencia de responsabilidad por esta causa (art. 12). Basándose en la naturaleza propia de la actividad publicitaria, el legislador prohíbe cualquier responsabilidad o garantía contractual sobre los resultados publicitarios, a pesar de que en otros sectores de actividad este tipo de cláusulas se utilizan con asiduidad.

No obstante, Lázaro Sánchez (2011) diferencia entre el alcance de la prohibición de las cláusulas de garantía de rendimiento económico y otras responsabilidades que sí deberá asumir la agencia:

Con todo, creo que el precepto sólo debe referirse a la prohibición de exigir responsabilidad cuando entre ambas partes se persigue con la campaña publicitaria aumentar el volumen de ventas o la calidad de los clientes, pero esta norma no impide, o por lo menos no debería impedir que se exija, si por obra de la publicidad y con una relación de causalidad directa, la campaña causa daños al anunciante, repercute negativamente en su imagen de empresa o un determinado producto o servicio pierde clientela. Claro está, siempre sobre la base del previo incumplimiento de la agencia y cuando el anunciante no haya aprobado la campaña o los aspectos que, relacionados con la misma, hayan generado daños. (p. 149).

A continuación, pasamos a exponer, de manera sintética, la regulación de las cuatro tipologías de contratos publicitarios recogidas en la LGP, esto es, el contrato de publicidad, el contrato de creación publicitaria, el contrato de difusión y el contrato de patrocinio.

5.2.1. El contrato de publicidad

La LGP define el *contrato de publicidad* como “aquél por el que el anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de la publicidad y la creación, preparación o programación de la misma” (art. 13).

De esta definición se desprende que el *objeto de la relación contractual* es, en primer término, la ejecución de la publicidad y, además, todas o algunas de las actividades de creación preparación o programación de la misma. De la Cuesta Rute (2002) destaca una cierta vaguedad en la determinación del objeto del contrato que, en definitiva, comprende el conjunto de actividades o servicios que una agencia de publicidad puede ofrecer en la realidad profesional al anunciante. En este sentido, el legislador matiza –en el párrafo 2º del art. 13– que en materia de creaciones publicitarias se aplicarán, adicionalmente, las normas del contrato de creación. Ello carece de cierta relevancia jurídica, puesto que el contrato de creación publicitaria se considera un contrato menor del que, como veremos, la LGP se limita a definir el concepto y la cesión de derechos al uso de la obra.

A pesar de no presentar una regulación exhaustiva, del contenido de los 13 y 14 de la LGP podemos deducir las obligaciones que, para las partes, se derivan del contrato de publicidad y, por su parte, el contenido de los art. 15 y 16 regula los supuestos de cumplimiento defectuoso o incumplimiento de del contrato de publicidad.

En relación con las *obligaciones* derivadas del contrato, en la figura del *anunciante* recaerá, en primer lugar, la obligación de satisfacer la contraprestación acordada a la agencia de publicidad (art. 13 LGP) y, en segundo lugar, dada la relación de colaboración y confianza que se presupone debe existir entre anunciante y agencia, el anunciante deberá abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia en cumplimiento de la obligación de confidencialidad mutua recogida en el art. 14 de la LGP.

Por su parte, sobre la *agencia*, también recaerán dos obligaciones derivadas del contrato de publicidad. En primer lugar, la agencia deberá ejecutar la publicidad –

como obligación esencial del contrato– y crear, preparar o programar la misma; mediante esta matización, el legislador excluye la actividad de difusión publicitaria como objeto único del contrato de publicidad, puesto que, en tal caso, debería regir lo dispuesto en el contrato de difusión publicitaria. En segundo lugar –siguiendo un criterio de reciprocidad–, la agencia también deberá cumplir con el deber de confidencialidad y abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados la información o material publicitario que el anunciante le haya facilitado a efectos del contrato (art. 14 LGP).

Autores como Lema Devesa (2007) recuerdan que, con frecuencia, la agencia de publicidad –en cumplimiento de su obligación principal de ejecutar la publicidad– deberá suscribir contratos con terceros para difundir la publicidad a sus destinatarios (p. 274). En este sentido se considera que la agencia, en virtud del contrato de publicidad, actúa por cuenta del anunciante al celebrar los contratos necesarios para ejecutar la publicidad, pero puede actuar en nombre propio o ajeno al celebrar estos contratos; un aspecto no contemplado en la LGP y que se regirá por lo establecido en el Código de Comercio para el contrato de comisión (De la Cuesta Rute, 2002).

Por último, la LGP contempla dos supuestos en relación con el deber de cumplimiento del contrato: el cumplimiento defectuoso y en incumplimiento de contrato, y establece el consiguiente régimen de responsabilidades.

En relación con el supuesto de *cumplimiento defectuoso* de una obligación contractual, la LGP establece que, en el caso de que la publicidad no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, éste podrá exigir a la agencia: por una parte, una rebaja de la contraprestación inicialmente acordada o la repetición total o parcial de la publicidad en los términos pactados y, por otra, la indemnización, en uno y otro caso, de los daños y perjuicios que se le hubieran causado al anunciante a raíz del cumplimiento defectuoso (art. 15).

En relación con el supuesto de *incumplimiento de contrato*, la LGP diferencia entre los supuestos de responsabilidad del anunciante o de la agencia en caso de no llegar a realizar la prestación o realizarla fuera de término (art. 16). En el caso de la *agencia*, injustificadamente, no realice la prestación acordada, o lo haga fuera del

término establecido, el anunciante podrá resolver el contrato y exigir la devolución de lo pagado, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados. En cambio, si es el *anunciante* el que resolviera o incumpliere injustificada y unilateralmente el contrato de publicidad con la agencia sin que concurren causas de fuerza mayor,⁷⁸ o lo cumpliera solo de forma parcial, la agencia le podrá exigir, a su vez, la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

A modo de cláusula final, la LGP establece que la extinción del contrato no afectará a los derechos de la agencia por la publicidad realizada antes del incumplimiento; esto se traduce en que la devolución de lo pagado no puede reclamarse por parte del anunciante respecto a las difusiones efectuadas (art. 16).

Desde un punto de vista práctico, cabe destacar que la Asociación Española de Agencias de Comunicación Publicitaria⁷⁹ (AEACP) ha elaborado una serie de guías y pautas con el objetivo de facilitar a sus asociados el proceso de contratación publicitaria. Entre los documentos –accesibles en formato digital– destaca *El contrato tipo: anunciante agencia* (2001) y la nueva *Guía de contratación de servicios Guía técnica para la contratación de servicios de marketing y publicidad* (2015) elaborada por EARCE, la Asociación Española de Profesionales de Compras, Contratación y Aprovisionamiento, con la colaboración, entre otras empresas e instituciones, de la AEACP.

5.2.2. El contrato de creación publicitaria

La LGP define el *contrato de creación publicitaria* como “aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario” (art. 20).

⁷⁸ Con carácter general, la *fuerza mayor* es una causa de exoneración del cumplimiento de las obligaciones. Así, en materia de obligaciones y contratos, el artículo 1105 del CC establece que “nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

⁷⁹ Creada en 1977, la AEACP es una entidad profesional, sin ánimo de lucro, formada por las principales agencias de publicidad españolas. Entre sus objetivos destaca, por una parte, la defensa de la libertad de expresión comercial y los intereses profesionales de las agencias y, por otra, la promoción y el desarrollo de la actividad publicitaria.

De esta definición se desprende que las *partes* del contrato de creación serán, por un lado, el anunciante o la agencia que encarga la obra publicitaria y, por otro, una persona física o jurídica –una agencia o un profesional de la creatividad *freelance*– que la lleva a cabo. En el caso de que sea la agencia de publicidad la que encargue la obra publicitaria entendemos que lo hará en nombre propio, sirviéndose de la parte creativa como colaboradora externa, a fin de consumir el contrato –de creación o de publicidad– previamente celebrado con el anunciante (Lázaro Sánchez, 2011).

El *objeto* de la relación contractual será, en este caso, la ideación y elaboración de una pieza o campaña de publicidad, lo que en el argot publicitario se conoce como la creatividad publicitaria. Adicionalmente, el legislador contempla como objeto del contrato, la ideación y elaboración de cualquier otro elemento publicitario, lo que lleva a autores como Lema Devesa (2007) a sostener que “merecen el calificativo de ‘creación publicitaria’ tanto un diseño, como un guión, como un estudio de mercado o la elaboración de un presupuesto” (p. 349). Nótese en este punto que la LGP excluye del objeto de este contrato las ideas publicitarias no elaboradas,⁸⁰ de modo que, en línea con lo dispuesto también en materia de propiedad intelectual,⁸¹ la ley no protege las simples ideas publicitarias sino su efectiva elaboración, su plasmación en un soporte o medio, lo que dará lugar a la denominada obra publicitaria.⁸²

En el contrato de creación, la LGP no menciona específicamente las *obligaciones* de las partes, aunque se entiende que en el caso del *anunciante* o *agencia* será satisfacer la contraprestación pactada y, en el caso de la *agencia* o el creativo, crear la obra publicitaria, idearla y plasmarla en un soporte.

A efectos prácticos esta categoría de contrato se considera un tanto superflua, puesto que la prestación de crear la obra aparece recogida en el contrato de

⁸⁰ Recordemos que el legislador utiliza la conjunción copulativa “y” al referirse al objeto del contrato de creación publicitaria que consistirá en “idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario” (art. 20 LGP).

⁸¹ Véase, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

⁸² Cuestión distinta es la obligación general del anunciante de abstenerse de utilizar ideas provistas por la agencia para fines distintos de los pactados recogida, recordemos, en el art. 14 de la LGP y aplicable, por tanto, a todos los contratos publicitarios.

publicidad anteriormente mencionado. Además, el legislador no establece un régimen específico para el contrato de creación, únicamente lo incluye en la tipificación, lo define y regula, como veremos a continuación, la titularidad y los derechos de las partes sobre la utilización de la obra.

Así, la LGP regula, en el marco del contrato de creación, la titularidad de las creaciones publicitarias, esto es, los derechos de las partes sobre la utilización de la obra creada (art. 21). A este respecto, en primer lugar, la LGP remite a los requisitos establecidos en la legislación vigente en materia de propiedad intelectual, esto es, en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), para determinar si la obra puede ser objeto de este tipo de protección. De este modo, se descarta la posibilidad de reconocer a las creaciones publicitarias como una nueva modalidad de propiedad intelectual objeto de una protección específica.

En segundo lugar, con carácter general y salvo pacto en contrario, la LGP establece la presunción de que 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 únicamente para los fines previstos en el mismo. En consecuencia, en el caso de que el anunciante quisiera utilizar la creación publicitaria para fines no contemplados en el contrato, por ejemplo para la publicidad de otro producto, deberá solicitar la aprobación del creador y abonar la correspondiente contraprestación (Lema Devesa, 2007, p. 350).

En relación con esta última cláusula general, cabe destacar lo dispuesto en la STS 496/2001 de 22 de mayo [RJ\2001\3370]. en materia de titularidad de creaciones publicitarias a raíz de la demanda interpuesta, en primera instancia, por una agencia de publicidad por la utilización, por parte del anunciante y fuera de contrato, de una campaña publicitaria sin autorización de la agencia. El TS desestimó el recurso de casación y confirmó la sentencia previa de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de noviembre de 1995 concretando lo dispuesto en el actual art. 21 de la LGP en los siguientes términos:

La Ley de Publicidad atribuye a la Agencia la titularidad de las creaciones publicitarias, como una especie de modalidad de la propiedad intelectual en cuanto

se trate de obra colectiva, en los términos que contempla el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual, de 11 de noviembre de 1987 (aplicable al caso de autos), así como cuando reúne los requisitos exigidos por su artículo 10 y sin perjuicio de también resultar aplicable la normativa de la Propiedad Industrial, por lo que asiste a la Agencia los correspondientes derechos de autoría y de explotación de las creaciones publicitarias que elaboró, salvo que expresamente las hubiera cedido al cliente o que no hubiera hecho reserva alguna de propiedad en el contrato, en cuyo caso entra en juego la presunción que el precepto establece de cesión automática de la explotación a favor del anunciante, sólo para los objetivos establecidos en el contrato.

De no concurrir estas circunstancias, la utilización fuera de la relación, precisa siempre el consentimiento autorizado de la Agencia, que conserva los derechos económicos que regían las relaciones Agencia y anunciante y los derechos de éste se preservan mientras se ejecuten dentro de los tiempos y condiciones fijados en la reglamentación negocial, sin perjuicio de su prórroga, ya que no se adquieren derechos ilimitados temporalmente, lo que sería contradictorio a la titularidad, que de principio corresponde a la Agencia, si no se ha pactado expresamente otra cosa, por tratarse de actividad que cabe considerar como creación intelectual original.

La presunción que el precepto establece cede cuando, como aquí sucede, por aplicación del como aquí sucede, por aplicación del artículo 1251 del Código Civil, el contrato resulta terminante y sólo autorizaba a la recurrente a la emisión de las creaciones publicitarias durante el año 1990, sin autorización expresa para el año 1991 y sucesivos, pues la cláusula A) es bien expresiva en cuanto establece que dichos productos creativos «sólo podrán ser utilizados por J. G. C., SA para los fines publicitarios que hayan sido específicamente establecidos y en los plazos previstos». De este modo se vino a pactar una limitación temporal precisa, integrante de reserva expresa de la titularidad a favor de la Agencia, sin que mediase, a su vez, contrato de cesión alguno y, por ello, la titularidad del cliente hay que referirla a la duración que el contrato establece, lo que resulta conforme con las previsiones del artículo 16 de la Ley, que impone a éste la prohibición de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario que le hubiera suministrado la Agencia.

Esta sentencia sienta, por tanto, jurisprudencia en relación con la atribución de titularidad de los derechos de explotación de creaciones publicitarias.

5.2.3. El contrato de difusión publicitaria

La LGP define el *contrato de difusión publicitaria* como “aquél por el que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga a favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario” (art. 17).

Como su propio nombre indica, el contrato de difusión tiene como principal objetivo la difusión del mensaje a los destinatarios de la comunicación publicitaria. Podrán ser *partes* en el contrato, por un lado, el medio de publicidad y, por otro, el anunciante o la agencia. Cuando interviene la agencia, recordemos que el contrato de difusión suele ser un contrato de ejecución del encargo que ésta ha recibido previamente en virtud de un contrato de publicidad o de creación publicitaria (De la Cuesta Rute, 2002, p. 289).

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

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

En relación con el supuesto de *cumplimiento defectuoso* de la prestación, la LGP dispone que en caso de que el *medio*, por causas imputables al mismo, cumpliera una orden con alteración, defecto o menoscabo de algunos de sus elementos esenciales, estará obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en los términos pactados. Si la repetición no fuera posible, el anunciante o la agencia –en su

nombre– podrán exigir la reducción del precio y la indemnización por los perjuicios causados (art. 18).

En relación con el supuesto de *incumplimiento* de contrato, la LGP diferencia si este es imputable al propio medio, o bien a la agencia o al anunciante. Salvo causa de fuerza mayor,⁸³ cuando el medio no difunda la publicidad contratada, la LGP establece que el anunciante o la agencia podrán optar entre exigir su difusión posterior en las mismas condiciones pactadas o denunciar el contrato y exigir la devolución de lo pagado por la publicidad no difundida. En ambos casos, el medio deberá asumir el coste de la indemnización por los daños y perjuicios causados. En el caso de que el incumplimiento sea imputable al *anunciante* o a la *agencia*, el responsable se verá obligado a indemnizar al medio y a satisfacerle íntegramente el precio pactado, salvo que el medio haya ocupado total o parcialmente con otra publicidad las unidades de tiempo o espacio contratadas (art. 19).

Por lo que respecta a los supuestos de incumplimiento del contrato de difusión, cabe destacar la STS 31/2007 de 25 de enero [RJ\2007\1875] que confirma un incumplimiento parcial de contrato por no haberse distribuido de manera efectiva la totalidad de catálogos publicitarios acordados junto con un diario de gran difusión y tirada en España. A continuación reproducimos los términos en los que el TS valoró e interpretó el caso objeto de controversia:

El contrato que relaciona a los demandantes con D. A. se encuadra en el de difusión publicitaria, conforme al art. 19 de la LGP, y por medio del cual, y mediante la remuneración procedente, la Empresa contratada se obliga respecto a los anunciantes a desarrollar actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario pretendido, y con ello a gestionar con el medio la ejecución de la distribución publicitaria asumida.

La sentencia recurrida decretó que ha habido incumplimiento parcial a cargo de T., y si bien aunque ninguna de las partes aportó prueba exacta del incumplimiento, lo que se establece como demostrado es que los anunciantes confeccionaron y entregaron 137.315 catálogos a T. para su distribución mediante inserción en el

⁸³ Con carácter general la *fuerza mayor* es una causa de exoneración del cumplimiento de las obligaciones. Así, el art. 1105 del CC establece, en materia de obligaciones y contratos, que “nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables”.

periódico y que los que efectivamente se repartieron fueron los que acompañaron a los ejemplares que se hicieron llegar directamente a los suscriptores, que se fijaron en 35.000. Tal hecho acreditado pone bien de manifiesto que T. cumplió por distribución directa sus obligaciones respecto a los suscriptores del diario y no así para con el público que adquiriría el diario en los lugares de ventas, lo que es base fáctica suficiente para decretar situación de incumplimiento parcial (...), pues nada se probó de que fueran los vendedores los que efectivamente hubieran llevado a cabo la labor de desencartar de cada periódico el catálogo que lo acompañaba y si quedó averado que en los almacenes de la Asociación de Vendedores de Prensa (acta de 22 de enero de 1993), fueran hallados ocho montones formados por el catálogo publicitario a distribuir, integrado cada uno por quinientos ejemplares, que hacen un total de cuatro mil, lo que llevó al Tribunal de Apelación a establecer la conclusión decisoria, dotada de racionalidad y lógica media suficiente, de que T. no hizo entrega a los vendedores de la publicidad que debían tener incorporada cada periódico. A su vez T. no probó como le correspondía el número de catálogos efectivamente distribuidos al público, consumidor. (...) Por otra parte, no se demostró, por lo que queda estudiado, que no se da efectiva concurrencia de fuerza mayor que pudiera permitir la aplicación del artículo 21 de la Ley de Publicidad

Al no probar la parte demandada la existencia de causa de fuerza mayor, el caso se cerró con la condena a la preceptiva indemnización.

5.2.4. El contrato de patrocinio

La LGP define el *contrato de patrocinio publicitario* como “aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador” (art. 22).

La LGP destina un único artículo, el antes citado, a la regulación del contrato de patrocinio publicitario. Por ello, la doctrina ha cuestionado la pertinencia de incluir esta tipología contractual, de la que la LGP tan solo contempla su noción legal. La doctrina de referencia considera relevante que la ley tipifique y defina este contrato a efectos normalizadores, puesto que, de este modo, le son de aplicación las disposiciones generales sobre contratación publicitaria. Ello evita, por ejemplo, el riesgo de una posible utilización de acciones de patrocinio con el objetivo de burlar

ciertas prohibiciones de publicidad ilícita o las limitaciones a la publicidad de ciertos productos (Lema Devesa, 2007, p. 351).

Antes de abordar la escasa regulación del contrato de patrocinio, conviene recordar que, en la práctica profesional, el *patrocinio* se define como el apoyo financiero o material que una persona física o jurídica da a una persona, organización, manifestación, etc. con la finalidad de obtener en contrapartida un beneficio publicitario o de imagen (Termcat, 1999, p. 173). A menudo, esta modalidad publicitaria se circunscribe a actividades deportivas; en cambio, cuando el apoyo se presta a una actividad de interés público, generalmente de carácter social, cultural o educativo, se suele utilizar el término *mecenazgo*. Como hemos visto, la LGP engloba, en términos generales, ambas modalidades bajo el concepto de patrocinio publicitario.

De la noción legal del contrato de patrocinio se desprende que cualquiera puede ser *parte* en el contrato de patrocinio, pues no se establece ningún requisito subjetivo. En cuanto al contenido del contrato, el *patrocinado* se obliga a realizar una determinada actividad –deportiva, benéfica, cultural, científica, etc. – y a colaborar en la publicidad del *patrocinador* quien, a cambio de esta colaboración publicitaria, se obliga a satisfacer la contraprestación pactada, esto es, una ayuda económica – dineraria o en especie–. Cabe destacar que, en términos de comunicación, la noción de “colaborar en la publicidad” debe entenderse en sentido amplio. Para De la Cuesta Rute (2002), esto supone asociar la comunicación persuasiva del patrocinador a la comunicación al público de la actividad objeto de patrocinio, salvo acuerdo previo entre las partes, a través de cualquier modalidad publicitaria.

Por último, la LGP dispone que “el contrato de patrocinio publicitario se registrará por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables” (art. 22). Esta remisión alude al patrocinio vinculado a las actividades de los medios de publicidad, entre las que destaca el patrocinio de programas de televisión, una modalidad específica de patrocinio cuya regulación, como veremos posteriormente, re recoge en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA).

Desde un punto de vista jurisprudencial, el contrato de patrocinio publicitario ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte del TS aunque en su mayoría relacionados con controversias en materia de prueba de vigencia o incumplimiento, no contempladas en la LGP. Así, por ejemplo, la STS 427/2002 de 30 de abril confirma la correcta resolución de contrato y, en consecuencia, desestima la solicitud de indemnización de la parte demandante.

Primera. Con carácter general. El contrato de autos es un contrato atípico, que se denomina de «patrocinio» o sponsor, por el que una parte se obliga a realizar una actividad (en este caso, certamen de elección de «reina») y la otra a financiarla total o parcialmente, a cambio de que aparezca como tal sponsor y se haga publicidad en interés suyo. Por lo cual, como todo contrato atípico, se regula, en primer lugar, por la normativa imperativa, ciertamente escasa, sobre obligaciones y contratos, en segundo lugar, por lo pactado por las partes en aras al principio de autonomía de la voluntad, en tercer lugar, por la normativa de los contratos y especialmente, de aquel y aquellos con los que guarde más similitud.

Segunda. Con carácter particular. El presente contrato es de patrocinio, como se indica expresamente en el encabezamiento, en el que se pacta que el certamen de 1993 lo celebrará D. J. R., participando If. como sponsor que aportará cuatro millones de pesetas (acuerdo primero). Después de decir que este contrato tendrá una duración de tres años (primer párrafo del acuerdo segundo) prevé el contenido de los posibles certámenes de 1994 y 1995 en estos términos (segundo párrafo del mismo acuerdo): «para años sucesivos, D. J. R. reconoce a If. derecho preferencial a conservar su condición de principal patrocinador, respetando todas las condiciones pactadas --salvo las económicas-- sobre cualquier otra empresa o entidad»... En ningún otro acuerdo y en ningún momento se pacta obligación alguna para las partes, fuera del certamen de 1993 que se celebró y cumplieron las partes sus respectivas obligaciones.

En consecuencia, no sólo se desestiman los motivos porque de este contrato no se desprende indemnización alguna que deba abonar If., sino que se destaca que no se ha pactado ninguna obligación respecto a los certámenes de 1994 y 1995. En definitiva, es un contrato de patrocinio para un certamen, el de 1993; nada más. No es un contrato para certámenes posteriores y ni siquiera es un precontrato. No cabe demandar por un incumplimiento de obligación respecto a los certámenes posteriores, ya que no hubo tales obligaciones; se previó una especie de derecho preferente, no se previó precio siquiera y, por falta de los elementos esenciales, no

hubo contrato, ni, evidentemente, obligaciones, respecto a dichos certámenes de 1994 y 1995.

5.3. Otros contratos relevantes en publicidad

En el marco de la actividad publicitaria –más allá de las relaciones contractuales contempladas en la LGP– las agencias de publicidad pueden suscribir, bien otro tipo de contratos con el propio anunciante o, lo que es más habitual, contratos con múltiples proveedores necesarios, sobre todo, en la fase de ejecución de la campaña: productoras, fotógrafos, músicos, imprentas, etc. A continuación apuntaremos, brevemente, las principales tipologías de contratos no estrictamente publicitarios de notable incidencia en la actividad publicitaria.

En relación con la relaciones contractuales entre anunciante y agencia, como apuntan Medina Aguerrebere y Ferrer Lorenzo (2014), uno de los aspectos a tener en cuenta es la exclusividad. A veces, los anunciantes encargan a las agencias trabajos que tienen una gran connotación estratégica y que exigen un gran nivel de profesionalidad y de confidencialidad. En estas ocasiones, los anunciantes solicitan a la agencia que se firme un contrato de exclusividad. Dicho contrato implica que la agencia no puede trabajar para ningún otro cliente que sea competencia, en producto o en marca, del anunciante. *A priori*, resulta lógico que los anunciantes exijan a las agencias un contrato de exclusividad. Sin embargo, desde el punto de vista de la agencia, la firma de este tipo de acuerdos puede implicar la pérdida de clientes y la consecuente pérdida de ingresos económicos.

En principio, las agencias firman este tipo de contratos con anunciantes que tienen una gran cultura comunicativa, que se comprometen a realizar grandes inversiones en publicidad y, sobre todo, que se comprometen a trabajar durante varios años con la misma agencia. Desde un punto de vista práctico, Medina Aguerrebere y Ferrer Lorenzo concretan los términos en los que deberán suscribirse, de ser el caso, estos acuerdos:

La firma de un contrato de exclusividad determina el tipo de relación establecida entre la agencia y el anunciante. Por eso, es importante que ambas organizaciones

lleguen a un acuerdo lógico sobre qué se entiende por “cerrar categoría” y qué se entiende por “cuenta competitiva”. Hay sectores de actividad en los que puede existir cierta confusión a la hora de fijar la exclusividad. A modo de ejemplo, se puede citar el caso de una agencia de publicidad que firma un contrato de exclusividad con una marca hospitalaria. En este caso, ¿el cierre de categoría implica que dicha agencia no puede trabajar para una compañía de seguros que además es dueña de hospitales? (pp. 83-84).

Pero, como avanzábamos, más allá de la relación contractual entre anunciante y agencia, esta última deberá formalizar contratos con numerosos proveedores implicados en el proceso de elaboración de la campaña. Así, por un lado, la agencia deberá formalizar contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual con terceros para, por ejemplo, poder utilizar en sus campañas de canciones de un determinado grupo musical o fotografías sujetas a derechos de autor. En los casos en los que la agencia externalice la producción,⁸⁴ se deberán gestionar las cesiones de propiedad intelectual de terceros “con las empresas que han participado en el trabajo creativo: productora audiovisual, compañía discográfica, agencia de modelos, agencia de fotografía, etc. La agencia deberá delimitar de un modo preciso las fechas de estas cesiones.” (Ferrer Lorenzo y Medina Aguerrebere, 2014b, p. 87). Gestionar eficazmente este tema es fundamental para satisfacer las necesidades del anunciante y evitar problemas legales.

Por último, más allá de la protección de los derechos de propiedad intelectual, siempre que se utilice la imagen de una tercera persona en un anuncio publicitario, será necesario formalizar, previamente, el preceptivo contrato de cesión de derechos de imagen. Así, según lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOPC), salvo que el titular de derecho a la imagen haya prestado su consentimiento expreso –vía el contrato de cesión anteriormente mencionado–, se considerará intromisión ilegítima “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga” (art. 7.6).

⁸⁴ Desde un punto de vista práctico, la AEACP ha elaborado un modelo de *Contrato de producción audiovisual publicitaria*, en este caso, conjuntamente con la Asociación de Productoras de Cine Publicitario.

Como puede deducirse del redactado de la LOPC, el criterio de la reconocibilidad primará en este caso, extendiéndose el ámbito de protección del derecho a la imagen desde el punto de vista comercial, al uso del nombre o la voz de una persona cuando a partir de ellos ésta pueda ser identificada por los destinatarios de la publicidad.

Desde el punto de vista jurídico, el reconocimiento del derecho a la imagen desde un punto de vista comercial responde al derecho que todos tenemos sobre nuestro cuerpo y, en consecuencia, a beneficiarnos de los beneficios económicos que éste pueda reportarnos. El derecho a la propia imagen prohíbe, por tanto, que sean terceros los que se beneficien económicamente, de manera indebida, de un derecho que no les pertenece. Como apunta De Carreras Serra (2008), este derecho a la imagen consiste en un derecho de propiedad inmaterial, ya que no hablamos del cuerpo como materia, sino de su representación gráfica. Al tratarse de un derecho de propiedad “cuando se transmite, el adquirente del soporte material en que se plasma queda también protegido como cesionario de un derecho patrimonial de propiedad intelectual” (p. 171), por lo que, como vemos, ambos ámbitos de protección –la propiedad intelectual y el derecho a la imagen– están, en términos publicitarios, relacionados.

En relación con el derecho a la imagen, De Carreras Serra apunta que el ámbito de protección de este derecho puede extenderse –más allá de la imagen física de una persona– a la imagen de un grupo de personas que tengan una especial relación entre ellas y así se presenten ante la sociedad, adquiriendo el conjunto un valor patrimonial. Tal sería el caso, por ejemplo, de un equipo deportivo o un conjunto musical cuyos derechos de imagen habrán de gestionarse contractualmente en el caso de mencionarse o participar en un anuncio.

Desde un punto de vista jurisprudencial, el TS ha resuelto algunas controversias en materia de derechos de imagen. Así, por ejemplo, la STS 640/2008 de 24 de junio [RJ\2008\3232] confirmó el fallo de primera instancia y la consiguiente condena a indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de contrato a raíz de los siguientes hechos:

Demanda por el incumplimiento de contrato de promoción publicitaria suscrito entre las actrices y P.M., SA por el cual esta última, titular de la licencia de uso de la imagen de una conocida "top model" internacional, autorizaba a las actrices a utilizar la fotografía "Plancha Surf" de la modelo durante un período de tres meses para la promoción de productos conjuntos de las dos empresas demandantes. La preparación del material publicitario supuso a las actrices un coste de 18.419.308 ptas. (...) P.M., SA, comunicó a las demandantes que había sido desautorizada para utilizar los derechos de imagen de la modelo en cuestión, en relación con la "Plancha Surf" cedida, pese a que la diapositiva ya había sido entregada por P.M. SL a las actrices para la preparación del material promocional, constanding, por otra parte, que realmente las demandadas nunca habían tenido autorización para negociar una licencia de uso de la imagen de la modelo.

Previamente, la STS de 18 de febrero de 1999 confirmó la condena a indemnizar a una modelo profesional y también la determinación de los sujetos responsables de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandada a raíz de los hechos que se describen a continuación:

En 1.982 la actriz, modelo profesional, posó fotográficamente para A.M. por encargo de una agencia de publicidad, mediando precio, y para una posible campaña publicitaria de puzzles, quedándose este último con los negativos de las fotografías obtenidas; años más tarde, en 1.986, la actriz descubrió que una de las fotografías entonces obtenidas era utilizada sin su consentimiento en la composición de un anuncio periodístico de la "casa de relax" denominada Sauna Cristal y a partir de tal hecho tiene conocimiento que A.M. cedió mediante precio dicha fotografía a A. I., S.A., la cual la cedió en igual forma a J.J. para la composición del señalado anuncio, cuya realización le había sido encargada por la propietario de la mencionada casa de relax, anuncio que, a través de la empresa de P.A , S.A., fue publicado en un diario de amplia difusión, durante un cierto tiempo; la publicación de este anuncio, relacionando la figura de la actriz con actividades de dudosa reputación, determinó el fin de su trabajo como modelo por la cancelación de contratos y que finalmente tuviera que dedicarse a trabajar como adjunto de relaciones públicas en una institución sanitaria de esta ciudad"

El TS reconoce la clara intromisión ilegítima del derecho de la imagen de la modelo sobre la base de su falta de consentimiento en los siguientes términos:

La inserción de la fotografía de la actora en el anuncio publicado en la prensa no fue como consecuencia de un contrato publicitario en que hubiese sido parte aquella o al que hubiera estado vinculada de alguna otra forma, y que, precisamente, la inexistencia de su autorización o consentimiento para la reproducción de una fotografía suya, fue la causa primordial del ejercicio de su acción y la clave para considerar la concurrencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

5.4. Contratos publicitarios y derechos de autor

La gestión de la propiedad intelectual de la obra publicitaria, en relación directa con lo apuntado al describir el contrato de creación, puede ser origen de controversia en la relación anunciante agencia e incluso de controversias entre la agencia y terceras personas que puedan alegar plagio de la obra publicitaria.

Desde un punto de vista práctico y sobre la base de lo dispuesto, con carácter general, en el TRLPI, como apuntan Medina Aguerrebere y Ferrer Lorenzo (2014), la agencia es la dueña de los derechos de propiedad intelectual de las campañas que realiza y cede dichos derechos al anunciante por un período de tiempo que está determinado por la duración del contrato firmado entre agencia y anunciante. Es decir, la agencia cede al anunciante el uso de la campaña pero no su propiedad intelectual. Es importante, por tanto, que este tema esté bien recogido en el contrato inicial entre las partes porque “si en dicho contrato no se especifica nada, el anunciante puede sobreentender que puede seguir utilizando la campaña independientemente de que el contrato haya finalizado” (p. 86).

Por otra parte, tampoco podemos olvidar que las agencias también necesitan divulgar sus trabajos para mejorar su propia imagen de marca y conseguir nuevos clientes por lo que para ambas partes es relevante especificar en el contrato de publicidad o de creación, según el caso, los términos de uso de cada una de las campañas.

La gestión de la propiedad intelectual también afecta a al trabajo realizado por los freelances o personas externas a la agencia que colaboran puntualmente con la misma. En estos casos el procedimiento es similar al mencionado anteriormente. El

freelance es el dueño de la propiedad intelectual de su trabajo, y lo que hace es ceder a la agencia el uso de dicho trabajo, pero no su propiedad intelectual. Ese acuerdo de cesión se plasma en un contrato que establece los términos temporales y económicos de la relación entre el *freelance* y la agencia, para qué marca y qué campaña en concreto se utilizará el trabajo, por ejemplo. (Aguerreberre y Ferrer Lorenzo, 2014)

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual, cabe destacar que, para ser objeto de protección la creación publicitaria deberá cumplir con los tres requisitos que, como apunta Lázaro Sánchez (2011) establece el art. 10 del TRLPI: en primer lugar, la creación publicitaria deberá ser original; en segundo lugar, esta creación original deberá expresarse de una forma concreta susceptible de reproducirse y comunicarse a través de los diferentes soportes publicitarios –por ejemplo, un anuncio de prensa, un encarte publicitario, un spot, una cuña radiofónica– y, por último, la creación publicitaria deberá devenir uno de los bienes protegidos por el derecho de autor, sin que nada obste que una creación publicitaria pueda ser considerada una obra audiovisual, una obra fotográfica, una obra literaria, una composición musical, etc.

Ahora bien, las creaciones publicitarias no sólo pueden ser objeto de protección por vía del derecho de la propiedad intelectual. Como apunta Tato Plaza (2001), las creaciones publicitarias pueden alcanzar también una protección eficaz, en segundo término, a través del derecho contra la competencia desleal e incluso alguna modalidad específica, como el eslogan,⁸⁵ puede llegar a dotarse de una protección específica a través del derecho de marcas, de modo adicional –recordemos– a la protección por vía de derechos de autor.⁸⁶ En relación con la protección de la creación publicitaria a través del derecho contra la competencia desleal, cabe avanzar en este punto que la imitación de una creación publicitaria puede ser calificada como acto de competencia desleal si concurre alguna de las circunstancias recogidas en la LCD. Sobre la base de esta protección, la legislación en materia de competencia desleal viene a complementar la protección de la creación publicitaria a través del derecho de autor.

⁸⁵ El *eslogan* es la frase, generalmente breve y fácil de recordar, que resumen un mensaje publicitario (Termcat, 1999).

⁸⁶ La protección de la imitación del slogan se aborda con detalle en el artículo publicado, bajo el título *Slogans: US and EU legal protection for slogans that identify and promote the brand*, en la revista *International Journal of Advertising*. Véase: Petty, Leong y Lwin, 2010.

Así, en su art. 11, la LCD establece, con carácter general, que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley. No obstante, en este mismo artículo el legislador matiza que “la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno”. Únicamente la inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluirá la deslealtad de la práctica. De este modo, “las creaciones publicitarias que no estén amparadas por un derecho de exclusiva, sólo serán protegidas frente a aquellas imitaciones que puedan generar un riesgo de confusión o impliquen un indebido aprovechamiento de la reputación ajena” (Tato Plaza, 2001, p. 6).

Por último, tan sólo apuntar que, en las últimas décadas, el crecimiento exponencial de la difusión y acceso a la información que han propiciado las TIC, ha incrementado la relevancia práctica de las cuestiones relativas a la originalidad de la obra publicitaria. A este respecto Internet es, a su vez, un multiplicador de referencias para los creativos y generador de terceras personas que puedan buscar negocio a través de la amenaza de demanda de plagio a los publicitarios. En relación con los principales problemas que surgen en la práctica profesional y cómo los resuelve la legislación y la jurisprudencia, concluiremos el capítulo con algunos fragmentos de las respuestas de Ricardo Pérez Solero, abogado especialista en derecho publicitario, a la entrevista publicada en la revista Anuncios bajo el título *¿Alguien ha visto este anuncio antes?* (2009):

La inspiración es libre. En derecho, las ideas son de todos y para que estén protegidas requieren una cierta concreción. La recreación, la inspiración, por tanto, es lícita. La cuestión es determinar los matices de la recreación, de la inspiración, qué es la inspiración y qué es copia. En el mundo del derecho sólo vale determinarlo caso por caso. (...) Si copias elementos accidentales no habrá plagio, pero si copias todos los esenciales, lo habrá. Si copias la mitad de los esenciales y un poco de los particulares, habrá que estudiar caso por caso. Dicho esto, el problema con Internet es que hay tal cantidad de creación, tal cantidad de fuentes de inspiración y creación anónima que las coincidencias empiezan a ser más posibles. (...) Los homenajes en publicidad no están permitidos y no son legales. Y la parodia tampoco. En propiedad intelectual sí, pero en publicidad puede significar

que te estás aprovechando del esfuerzo que ha hecho el otro para tus propios fines. Puedes compararte, pero no parodiar (pp. 23-24).

Una vez abordados los principios generales y aquellos temas de especial controversia en materia de contratación publicitaria y ámbitos afines, a continuación, en el siguiente capítulo nos detendremos en el estudio de los principales límites jurídicos aplicables, con carácter general, a la publicidad.

6. SUPUESTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA

6.1. Alcance y regulación

La LGP dedica su Título II a la publicidad ilícita y, en ausencia de una cláusula general, la regulación se establece a través de una enumeración de los supuestos publicitarios que deben considerarse ilícitos. Antes de abordar la descripción, regulación y, en el caso de existir, la jurisprudencia asociada a cada una de las modalidades de publicidad ilícita, a continuación apuntaremos una serie de consideraciones previas.

En primer lugar, recordar que todo acto ilícito se entiende contrario al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, comporta la consiguiente responsabilidad jurídica por parte de su autor.

En segundo lugar, conviene reiterar en este punto que la aprobación de la Ley 29/2009, por la que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad, motivó algunos cambios relevantes en el contenido de la LGP. Así, en la actualidad, la LGP remite a la LCD para consultar la regulación de algunos ilícitos publicitarios tradicionalmente contemplada en el Título II de la LGP. Tal es el caso, por ejemplo, de la publicidad engañosa o la publicidad desleal. Además, en coherencia con el nuevo régimen unitario de acciones por competencia desleal aplicable a la publicidad, el nuevo texto de la LCD incorpora una cláusula general según la cual “la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal” (art. 18 LCD). Mediante esta cláusula, todas las modalidades de publicidad ilícita mencionadas en la LGP tienen, automáticamente, la calificación de actos de competencia desleal.⁸⁷

⁸⁷ La doctrina de referencia considera la cláusula contenida en el art. 18 “absolutamente innecesaria, carente de trascendencia práctica y, además, claramente defectuosa desde una perspectiva técnica” (Tato Plaza et al., 2010, pp. 253-254). Por ello, una vez mencionada, esta cláusula no se tendrá en cuenta, desde un punto de vista conceptual, al abordar el supuesto de publicidad desleal tipificado en el art. 3 de la LGP como uno de los supuestos de publicidad ilícita.

Finalmente, la última consideración previa a la descripción y análisis de los diferentes supuestos de publicidad ilícita, nos lleva a recordar que, a la hora de valorar la posible ilicitud de un mensaje publicitario, la legislación establece como referencia la interpretación que de la misma pueda realizar un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, del círculo de destinatarios a los que vaya dirigida la publicidad.⁸⁸

6.2. La publicidad contraria a la Constitución

En su art. 3, apartado a), la LGP define como ilícita aquella publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la CE, especialmente aquellos que se refieran al principio de igualdad, al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y al principio de protección de la juventud y de la infancia. Además, en su párrafo 2º, el art. 3 a) de la LGP amplía la tipificación como supuesto de publicidad ilícita a aquella que utilice la imagen de la mujer de forma vejatoria o discriminatoria en los términos que analizaremos con posterioridad.

Como afirma el profesor De la Cuesta Rute (2002), el contenido del artículo 3 a) de la LGP puede resultar un tanto superfluo y prescindible, puesto que –según el principio de jerarquía normativa– la CE es la norma fundamental del Estado y sus preceptos poseen un valor normativo directo. Por tanto, aunque desde el punto de vista del derecho constitucional no sería necesario recordar que la publicidad siempre debe respetar el orden constitucional y, por extensión, la dignidad de la persona, desde el punto de vista del Derecho de la Publicidad su inclusión como supuesto de publicidad ilícita conlleva su sujeción al régimen de acciones judiciales recogido en la LCD.

En cuanto a la inclusión de los supuestos considerados “especialmente” ilícitos – como es el caso de la especial protección de la imagen de la mujer en publicidad– entendemos que, a pesar de entenderse éstos comprendidos en los valores y derechos constitucionales ya protegidos, mediante esta alusión, el legislador quiso

⁸⁸ El concepto de consumidor medio, acuñado por la jurisprudencia del TJCE, aparece detallado en el apartado 5.1. Los sujetos de la actividad publicitaria, p. 157-158.

destacar la relevancia de la protección de estos derechos en relación con una actividad, como la publicitaria, de amplio alcance e impacto social. A continuación examinaremos el contenido de los derechos constitucionales que, según lo dispuesto en la LGP, merecen una especial consideración a los efectos del ilícito publicitario.

En primer lugar, el legislador considera ilícita la publicidad que vulnere el *principio de igualdad* recogido en la CE (art. 14). En consecuencia, la LGP prohíbe los mensajes publicitarios que reflejen discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de sus protagonistas.

En segundo lugar, la LGP considera ilícita la publicidad que vulnere la protección del *derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. La protección de estos derechos, reconocidos en la CE (art. 18) y que constituyen tres esferas distintas de la personalidad, ha sido desarrollada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Así, la Ley Orgánica 1/1982 establece, con carácter general, que la protección de estos derechos quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. De manera más específica, el legislador tipifica como una intromisión ilegítima la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios en caso de que el titular del derecho no hubiera prestado su consentimiento expreso (art. 7.6), como ya expusimos, con mayor amplitud en el capítulo en materia de contratación.⁸⁹

En tercer lugar, la LGP considera ilícita la publicidad que atente contra el *derecho a la protección de la juventud y la infancia* reconocido, también, en la CE (art. 20.4). De este modo, el legislador protege a dos colectivos que, en razón de edad, se encuentran en período de desarrollo de su personalidad y, en consecuencia, son especialmente vulnerables a los efectos de la publicidad. A este respecto, la Ley 29/2009 incorporó un artículo en la LGP que, como veremos, regula –de manera expresa y detallada– una serie de supuestos vinculados directamente con la publicidad dirigida a menores de edad o en la que éstos aparezcan que deberán

⁸⁹ Véase apartado 5.3. Otros contratos relevantes en publicidad, pp. 173-177.

considerarse ilícitos en caso de infringir las prohibiciones recogidas en el art. 3 b) de la LGP.

Por último, en referencia a la *especial protección de la imagen de la mujer* en publicidad, la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género modificó el art. 3 a) de LGP para ampliar esta protección y concretar que deben considerarse ilícitos:

Los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Mediante esta inclusión, la LGP tipifica un caso concreto en el que debe entenderse que la publicidad atentará contra la dignidad de la persona y los valores y derechos constitucionalmente protegidos: aquel en el que los anuncios presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria.

En el contenido del art. 3 a) de la LGP, según se pueden identificar dos hipótesis en las que cabe afirmar que un anuncio refleja un trato vejatorio y contrario a la dignidad de la mujer. La primera consiste en utilizar particular y directamente el cuerpo de la mujer, o partes del mismo, como mero objeto desvinculado del producto promocionado y, la segunda, la integran aquellos casos en los que se utilice la imagen de la mujer asociada a comportamientos estereotipados.

Como apuntan Tato Plaza *et al.* (2010), la tipificación de la *primera hipótesis* –utilizar el cuerpo de la mujer como mero objeto– exige el concurso de, al menos, tres presupuestos:

- a) La utilización del cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad; esto es, que la imagen del cuerpo femenino constituya, por sus propias características, el elemento principal del mensaje publicitario, de modo que sea el elemento que atraiga en mayor medida la atención de los destinatarios.

- b) La utilización del cuerpo femenino como mero objeto, lo que dependerá, en gran medida, del papel que juegue la imagen de la mujer en el contexto del anuncio. El legislador, mediante esta alusión, parece que pretende aludir al empleo de este tipo de imágenes como puro elemento decorativo “un elemento de *atrezzo* que, al constituir la parte captatoria atrae directamente la atención del destinatario de la publicidad, pero al que no se le concede ningún rol activo o protagonismo en la acción publicitaria” (p. 271).
- c) Finalmente, el tercer presupuesto exige la desconexión total y absoluta entre la imagen femenina y el producto promocionado; de esta forma, el legislador excluye del ilícito aquellos supuestos en los que exista una conexión directa entre el uso de la imagen de la mujer y el producto o servicio objeto de promoción; tal sería el caso, por ejemplo, de la lencería, la ropa de baño o el determinados productos de higiene corporal femenina.

La *segunda hipótesis* en la que se presume un trato vejatorio y discriminatorio para la mujer la integran los anuncios en los que se utiliza su imagen asociada a comportamientos estereotipados que puedan coadyuvar a generar violencia de género. La doctrina incide en subrayar que este inciso es susceptible de ser objeto de diversas interpretaciones, entre las que prevalece que podrá apreciarse infracción del art. 3 a) de la LGP cuando “el anuncio, considerado en su conjunto, y atendiendo a todas sus circunstancias, sea apto para transmitir el mensaje según el cual las actividades que en él se representan son exclusivamente femeninas o propias de mujeres” (Tato Plaza *et al.*, 2010, p. 274). Esta interpretación se ve reforzada por la alusión del legislador a la violencia de género, de modo que la publicidad puede coadyuvar a generar violencia de género cuando presenta a la mujer como una persona obligada a asumir ciertas actividades que, supuestamente, le son propias.

Cabe destacar en este punto, que el estudio de la denominada publicidad sexista ha sido objeto de interés tanto desde un punto de vista publicitario (Navarro-Beltrá y Martín Laguno, 2011, 2012), como desde un punto de vista jurídico (Balaguer, 2008; Pérez Marín, 2011a, 2011b; Rodríguez González, 2014). En relación con la regulación de la publicidad que utiliza el cuerpo de la mujer para, a través de la publicidad, incentivar el consumo, Balaguer reconoce la multiplicidad de normas que

prohíben los abusos pero, a su vez, destaca que la carencia “de un procedimiento judicial ágil y fácil, que permita obtener una resolución judicial efectiva en un plazo razonable de tiempo” (p. 282). Para paliar este déficit, entre otras medidas, Balaguer propone una mayor regulación de este supuesto por parte de las Comunidades Autónomas, mientras que Rodríguez González (2014), tras analizar la sentencia judicial que comentaremos a continuación, apunta a la vía de la colaboración entre el derecho público y privado con el fin de dotar de carácter sancionador a la Administración para erradicar, de manera más efectiva, estos supuestos.⁹⁰

Por último, en materia jurisprudencial, conviene destacar la relevancia que ha obtenido la primera sentencia judicial dictada en España en materia de publicidad sexista en relación con el uso de la imagen de la mujer en diferentes acciones publicitarias de la compañía Ryanair. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 5 de diciembre de 2013 [JUR\2013\375143] estimó la demanda interpuesta por la asociación de consumidores y usuarios ADECUA –a la que se adhirieron el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado– contra la compañía Ryanair y declaró ilícita y desleal la publicidad difundida en la web de Ryanair bajo el *claim* “Tarifas al rojo vivo ¡Y la tripulación!” así como la del calendario “Las chicas de Ryanair. Calendario Benéfico de la tripulación de cabina 2013” al considerarlo una campaña encubierta de publicidad en tanto que persigue indirectamente la contratación del servicio de transporte aéreo. El fallo de la sentencia, que en la fecha de cierre de la tesis no es firme –en tanto que está recurrida por Ryanair– condena a la compañía a cesar la campaña, abstenerse de reiteración futura y publicar, a su costa, el fallo de la sentencia en El País y El Mundo, los dos periódicos de difusión nacional.

6.3. La publicidad que vulnera la protección del menor

La protección de los menores de edad constituye una prioridad para el legislador, dada su condición de sujetos de derecho merecedores de una especial atención y tutela por encontrarse en una fase temprana de desarrollo, no sólo físico sino, sobre

⁹⁰ En este sentido, Rodríguez González propone ampliar a la publicidad difundida por cualquier medio, el modelo sancionador recogido en la LGCA en materia de contenidos, entre ellos la publicidad, televisivos.

todo, intelectual y moral, como ya hemos avanzado al abordar su protección constitucional.

Las modificaciones introducidas por la Ley 29/2009 han venido a ampliar la protección del menor en el ámbito publicitario mediante la incorporación de un nuevo supuesto de publicidad ilícita recogido en el apartado b) del art. 3 de la LGP. Este nuevo supuesto aborda la protección del menor desde dos perspectiva distintas pero, a su vez, complementarias: la protección del menor como receptor o destinatario de la publicidad y la protección del menor en tanto que protagonista de la misma con el objetivo, en este segundo caso, de evitar abusos en la utilización de la imagen de los menores en publicidad.

Desde el punto de vista del *menor como destinatario de la publicidad*, en tanto que se considera que éste suele poseer un nivel de credulidad y confianza considerablemente superior al de los adultos por lo motivos ya expuestos, la LGP considera ilícitos dos supuestos. En primer lugar, será ilícita la publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad.⁹¹ En segundo lugar, el legislador también prohíbe la publicidad que pueda inducir a error los menores sobre las características de los productos, sobre su seguridad o sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí mismo o para terceros. Este precepto, relacionado directamente con la prohibición de la publicidad engañosa, se aplicará a cualquier mensaje publicitario dirigido a menores, con independencia del tipo de producto promocionado y del medio elegido para la difusión del mensaje.

Desde la perspectiva de la protección orientada a evitar abusos en la *utilización de la imagen del menor en publicidad*, el mismo artículo prohíbe, también, dos supuestos. En primer lugar, será ilícita la publicidad en la que aparezcan menores persuadiendo a sus padres o tutores legales de la compra de un bien o de la

⁹¹ Conviene avanzar en este punto que el art. 30 de la LCD tipifica como *publicidad agresiva*, y en consecuencia desleal e ilícita, aquella que incluya una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o utilicen servicios. La doble tipificación de un mismo supuesto de hecho como publicidad ilícita en la LGP y como publicidad desleal en la LCD incurre en una reiteración en todo caso innecesaria además de incongruente desde un punto de vista jurídico (Tato Plaza, 2010c).

contratación de un servicio.⁹² En segundo, lugar, el legislador prohíbe la publicidad que presente a los niños, sin un motivo justificado, en situaciones peligrosas.⁹³ La doctrina interpreta que, mediante esta prohibición, el legislador asume que existe “un riesgo significativo de que los menores reproduzcan de forma mimética algunos de los comportamientos o conductas que reflejan la publicidad” (Tato Plaza, 2010c, p. 408).

En relación con este último supuesto, a pesar de que éste no se circunscribe explícitamente a la publicidad dirigida a menores, la aplicación de esta prohibición requiere que el mensaje publicitario pueda alcanzar a este tipo de público, de manera que no procederá la aplicación de este precepto a la publicidad que, por sus características y por las circunstancias que rodeen su difusión, no sean aptos para alcanzar a un público menor de edad. Además, el propio texto de la LGP recoge una excepción a esta prohibición: la existencia de una causa que justifique la presencia de niños en situaciones peligrosas como, por ejemplo, en los anuncios cuyo objetivo fuera advertir o disuadir a los menores de ciertas conductas o comportamientos peligrosos (Tato Plaza *et al.*, 2010).

Por último, apuntar que, como muestra del especial interés del legislador por dotar al menor de un amplio marco jurídico de protección, en 1996 se promulgó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM).⁹⁴ Entre otros muchos aspectos,⁹⁵ la LOPJM establece que “para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a

⁹² Como ampliaremos al abordar el estudio de la *publicidad agresiva*, el art. 30 de la LCD prohíbe, de nuevo, un supuesto muy similar al contemplado en el art. 3 b) de la LGP. En su caso, la LCD prohíbe, por desleal y agresiva, incluir en la publicidad una “exhortación directa” a los niños para que convencan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados. De este modo, avanzamos que para que la publicidad infrinja el art. 30 de la LCD la doctrina entiende que “deberán concurrir circunstancias adicionales que permitan afirmar que el anuncio examinado incita a los menores a reproducir la conducta que se refleja en la publicidad” (Tato Plaza *et al.*, 2010, p. 276).

⁹³ La LGCAV también prohíbe expresamente que la publicidad, en este caso difundida a través de medios audiovisuales, presente a los niños en situaciones peligrosas (art. 7.3).

⁹⁴ El texto original de la LOPJM ha sido objeto de diversas modificaciones, la última de ellas a raíz de la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁹⁵ Por ejemplo, en materia de legitimación para ejercitar las correspondientes acciones por publicidad ilícita, la LOPJM establece expresamente que “sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de la publicidad ilícita” (art. 5.5).

éstos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales” (art. 5.4).

Mediante la incorporación de este supuesto específico a la LGP, en paralelo a su incorporación a la LCD en el marco de la regulación de la publicidad agresiva, el legislador intensifica la protección del menor en el ámbito publicitario y extiende a todos los medios algunas de las prohibiciones que, hasta la fecha, se habían observado únicamente en la regulación de la publicidad difundida a través del medio televisivo.

6.4. La publicidad subliminal

La *publicidad subliminal* constituye la tercera modalidad de publicidad ilícita recogida, en este caso, en el art. 3 c) de la LGP, y definida como aquella “que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida” (art. 4).

El legislador se limita a definir y prohibir la publicidad subliminal en la LGP. Esta prohibición pretende garantizar que, mediante la producción de estímulos que no puedan ser conscientemente percibidos por los destinatarios, la publicidad contravenga el control racional que todo consumidor debe poseer sobre los mensajes publicitarios. Tal prohibición responde, por una parte, a la protección de los principios de autenticidad e identificación publicitaria y, por otra, a la protección de la dignidad de la persona, según la cual los destinatarios no podrán ser manipulados por técnicas que impidan la percepción consciente de un mensaje publicitario. No obstante, De la Cuesta Rute (2002) sostiene que la alusión a la publicidad subliminal como una modalidad específica del ilícito publicitario no resultaría necesaria, al quedar incluida en las modalidades precedentes. Otros autores, como Lema Devesa y Patiño Alves (2012) consideran que “el legislador declara correctamente su ilicitud, ofreciendo un concepto que sirve de referencia para muchos otros textos legales” (p. 699).

La doctrina coincide unánimemente al destacar la escasa relevancia jurídica de este supuesto, debido a que, si para ser considerada subliminal, la publicidad no puede ser conscientemente percibida, se prevé extraordinariamente complicada la prueba de la misma. La mejor muestra de ello es que, en los más de veinte años de vigencia de la LGP no nos consta que ninguna campaña publicitaria haya sido objeto de una condena judicial derivada de este ilícito.

Por último, conviene incidir en este punto en la importancia de no confundir, desde un punto de vista jurídico, la publicidad subliminal con otras dos tipologías publicitarias que podríamos considerar, en cierto modo, afines a ella: la publicidad indirecta y la publicidad encubierta. A pesar de que, posteriormente, nos detendremos en el estudio de estas dos tipologías, a continuación apuntaremos los elementos que diferencian a estas dos modalidades de la publicidad subliminal, objeto de estudio en este punto.

Como apunta Lema Devesa (2007) la principal diferencia entre la publicidad subliminal y la publicidad indirecta estriba en que en la primera no se percibe conscientemente la actividad publicitaria, mientras que en la publicidad indirecta esta sí se percibe aunque, como veremos, el receptor de la publicidad tiende a asociar la marca del producto anunciado con otra distinta –cuya publicidad, en la mayoría de casos, está prohibida–.

En cuanto a la diferencia entre la publicidad subliminal y la publicidad encubierta, Tato Plaza *et al.* (2010) destacan que, a pesar de sus puntos de conexión, la principal diferencia entre ambas tipologías estriba en que “mientras que en la publicidad subliminal los mensajes publicitarios solo pueden ser captados por el subconsciente, en la publicidad encubierta y en el emplazamiento de producto los mensajes se perciben conscientemente, pero no como publicitarios” (p. 287).

6.5. La publicidad engañosa

En el último apartado del art. 3, la LGP tipifica como supuestos de publicidad ilícita a “la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la

LCD” [art. 3 e)]. De este modo, tras las modificaciones operadas por la Ley 29/2009, el actual texto de la LGP tan solo tipifica como ilícitos estos tres supuestos y remite al contenido de la LCD para acceder al alcance de la definición y regulación de los mismos.

Tradicionalmente, la doctrina ha considerado a la *publicidad engañosa* como el supuesto de publicidad ilícita de mayor relevancia. Según Lema Devesa (2007) esto se debe, principalmente, a dos motivos: por una parte, a que se trata del ilícito publicitario que más prolifera en términos judiciales y, por otra, al hecho de que el engaño 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 publicitaria sobre la base de un doble interés: el de los destinatarios en no ser conducidos con engaño a contratar y, a su vez, el interés de asegurar el buen funcionamiento del sistema de libre competencia en el mercado.

Dado que el legislador regula los supuestos de engaño de una manera un tanto dispersa en el nuevo texto de la LCD, avanzaremos la estructura del contenido del presente apartado. En primer lugar, abordaremos la cláusula que prohíbe los actos de engaño, en general, y, por extensión, las prácticas de publicidad engañosa, en particular. En segundo lugar, en cada uno de los seis subapartados en los que se estructura este apartado abordaremos, respectivamente, las diferentes modalidades de publicidad engañosa tipificadas en la LCD, esto es, la publicidad engañosa por omisión, la publicidad encubierta, la publicidad engañosa por confusión, la publicidad engañosa por incumplimiento de códigos de conducta, el nuevo catálogo o *lista negra* de prácticas engañosas per se con los consumidores o usuarios y, por último, dos supuestos específicos, la publicidad de tono excluyente y la publicidad testimonial que, a pesar de no estar contemplados explícitamente por el legislador, sí han sido mencionada por la jurisprudencia y en las resoluciones fruto del sistema de autorregulación.

Conviene recordar, en este punto que, actualmente, el texto de la LCD distingue entre los supuestos de competencia desleal de alcance general y el nuevo grupo de supuestos específicos de prácticas desleales con los consumidores o usuarios. Esto

implica que la publicidad engañosa –y, como veremos posteriormente, también la publicidad agresiva– se vea sometida a un doble régimen jurídico en función de su calificación, bien como actos de competencia desleal en general o bien como prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios.

En consecuencia, la LCD tipifica los actos de engaño, con carácter general, en sus arts. 5 y 7 para, posteriormente, puntualizar en el art. 19 que estos actos de engaño tendrán también, en consecuencia y dado su carácter general, la consideración de prácticas desleales con los consumidores. A su vez, el mismo art. 19 establece que los arts. 21 a 27 de la LCD tipifican supuestos concretos de actos de engaño que únicamente se calificarán como desleales en sí mismos en la medida en que tengan lugar en el marco de relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores o usuarios. Esto implica que estas mismas prácticas, si tienen lugar entre empresarios o profesionales no podrán ser calificadas automáticamente como engañosas y su posible ilicitud deberá ser examinada a la luz de lo dispuesto, con carácter general en el art. 5 de la LCD (Tato Plaza, 2010a).

La LCD define los actos de engaño de modo que, por extensión, se considerará *publicidad engañosa* aquella que “contenga información falsa o información que, aún siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico” (art. 5.1). Adicionalmente, la LCD menciona –a continuación y en el mismo artículo– que para que la publicidad pueda ser considerada engañosa, el engaño deberá incidir en alguno de los siguientes aspectos:

- a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio publicitado.
- b) Las características principales del bien o servicio publicitado, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.

- c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.
- d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio publicitados son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.
- e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al mismo.
- f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación.
- g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.
- h) Los derechos del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

Así, con carácter general, será considerada desleal por engañosa y, en consecuencia, ilícita, cualquier actividad publicitaria que incluya una información engañosa que pueda inducir a error a los destinatarios sobre algunos de los aspectos mencionados hasta el punto de poder alterar su comportamiento económico.

De la definición del art. 5.1. de la LCD se deduce que para que la publicidad incurra, con carácter general, en el supuesto de publicidad engañosa deberán concurrir dos *presupuestos*: la aptitud del mensaje para inducir a error a sus destinatarios y la aptitud para que esto se traduzca en una alteración de su comportamiento económico. A continuación, a partir del análisis realizado por Tato Plaza (2010a), abordaremos el alcance de estos dos presupuestos.

Del primero de ellos, la *aptitud para inducir a error a los destinatarios del mensaje*, se desprende que no es necesario que la publicidad llegue a producir el mencionado error en el destinatario para que pueda ser considerada engañosa. En este punto, la legislación menciona explícitamente dos supuestos: la difusión de información falsa y la difusión de información que, a pesar de ser veraz, sea susceptible de inducir a error a los destinatarios.

Partiendo de la base que resulta falsa aquella información que no se corresponde con la realidad, en opinión de Lema Devesa (2010) “la misma [la información falsa] surge tanto en el caso de que el anunciante conscientemente manifieste un hecho que no se ajusta a la realidad, como en el supuesto de que, negligentemente mencione un hecho que no se corresponda con la verdad” (pp. 91-92). Es obvio, por tanto, que todo mensaje que incluya información falsa o inexacta será, por definición, un mensaje apto para inducir a error a sus destinatarios.

A este respecto, es relevante recordar que, según establece la Ley 1/2000, de 17 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en los procesos judiciales sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita “corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente” (art. 217.4). Esta regla de inversión de la carga de la prueba se traduce en que, en los procesos judiciales, siempre será el anunciante quien deberá acreditar la veracidad de la información difundida en la publicidad.

Por otra parte, la definición de la publicidad engañosa recogida en la LCD contempla un segundo supuesto: el de la publicidad que contenga información veraz susceptible de inducir a error a los destinatarios, esto es, información que, a pesar de ser exacta por corresponderse con la realidad, puede generar una incorrecta interpretación por parte de los destinatarios y, en consecuencia, acabar generándoles falsas expectativas.

En este supuesto concreto, la tarea interpretativa de quien se encargue de valorar la licitud de la publicidad adquiere, si cabe, una mayor relevancia. A este respecto, conviene recordar que, a la hora de determinar si un mensaje es apto para inducir a error, resultará irrelevante el análisis puramente gramatical del mismo o lo que el

anunciante alegue que “pretendía” transmitir. En su lugar –como así lo indica el legislador y se ha reiterado en la jurisprudencia– se deberá tomar como referencia el significado que un consumidor medio representativo de los destinatarios de la publicidad pueda atribuirle al mensaje.

En relación con el concepto de *consumidor medio*, cabe destacar una *excepción* vinculada a los efectos que puede tener la publicidad en grupos de consumidores especialmente vulnerables. Esta excepción exige una especial cautela cuando el anunciante pueda prever razonablemente que su publicidad, a pesar de dirigirse a un público general, puede ser susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios claramente vulnerables “por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad” (art. 4.2 LCD). En tales casos, la interpretación sobre el posible carácter engañoso de la publicidad se deberá realizar tomando como referencia la perspectiva del miembro medio del grupo especialmente vulnerable y no la del consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Tato Plaza et al. (2010) exponen, con más detalle y desde un punto de vista práctico, la incidencia de esta excepción a la hora de valorar si la publicidad puede ser susceptible de inducir a error a los consumidores:

A la hora de valorar si una práctica comercial es susceptible de inducir a error, el empresario habrá de tomar en consideración las expectativas que esa práctica puede generar en el público destinatario de la misma. Pero, al mismo tiempo, deberá valorar también si aquella práctica comercial es capaz de generar falsas expectativas en un grupo especialmente vulnerable de consumidores. Si la respuesta a esta cuestión es afirmativa, el anunciante estará obligado a adoptar las medidas oportunas y razonables para evitar que la práctica alcance a este grupo de consumidores; o al menos para asegurar que la presencia de este grupo entre los destinatarios de la práctica (y los consiguientes efectos sobre el mismo) no sean previsibles, lo que desde luego implica –al menos- que el anunciante se abstendrá de difundir aquella práctica en soportes o tramos horarios en el que la presencia de ese grupo de consumidores sea especialmente significativa. (p. 114).

El segundo presupuesto que exige la LCD para que la publicidad pueda ser considerada engañosa es su *aptitud para alterar el comportamiento económico de los destinatarios*. De este modo, la publicidad solo podrá ser considerada engañosa si, además de ser apta para inducir a error a sus destinatarios, es susceptible de alterar su comportamiento económico.

La LCD entiende por *distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio* el hecho de difundir publicidad con el objetivo de “mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que [el consumidor] tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado” (art. 4.1.). En este caso, la LCD tampoco exige que la distorsión se lleve a cabo de forma efectiva; será suficiente con apreciar en la publicidad una “aptitud para distorsionar” a partir de una tarea interpretativa que, una vez más, deberá tomar como referencia la perspectiva de un consumidor medio del círculo de los destinatarios de la publicidad.

A su vez, la LCD entiende por *comportamiento económico* del consumidor o usuario:

Toda decisión por la que este opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.
- d) La conservación del bien o servicio.
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

(art. 4.1.)

Al tratarse de una cláusula general, conviene destacar que el concepto de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio será aplicable, también, al resto de supuestos de publicidad desleal y, por tanto, ilícita.

Conviene avanzar en este punto que la doctrina y la jurisprudencia contemplan, a modo de *excepción* de la publicidad ilícita, la figura de la *exageración publicitaria*. En

consecuencia, como ampliaremos posteriormente,⁹⁶ la publicidad que recurra al uso evidente de la exageración, al no ser tomada en serio por un consumidor medio, no será susceptible de inducir a error ni de alterar su comportamiento económico.

Por último, en relación con el análisis jurisprudencial realizado, recordemos que la publicidad engañosa ha sido objeto de controversia en algunas de las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del TS. Entre ellas, podemos destacar, en primer lugar, la STS 41/1995 de 3 de febrero [RJ\1995\735] que confirma la desestimación de una demanda formulada por la Unión de Consumidores de España contra Citroën Hispania, S.A.⁹⁷ en la que sostenía que la publicidad de Citroën difundida en prensa en 1989 en la que destacaba la frase “ni un duro hasta abril de 1990” era en engañosa. El motivo alegado en la demandada inicial era el asterisco que figuraba al final de la citada frase principal y se reproducía en la parte final del anuncio junto a la locución “excepto entrada inicial” en un cuerpo de letra de tamaño reducido.

A pesar de que el TS no llegó a examinar, en este caso, el fondo del asunto, sí confirmó la interpretación de la recogida en la sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid de 7 de octubre de 1991 de manera escueta y en los siguientes términos:

Reputando no engañoso el contenido publicitario enjuiciado, es insostenible la denuncia de error de interpretación (...) ya que en todo él, tanto al denunciar el perjuicio causado a los consumidores y su comportamiento económico como a los otros empresarios del sector, se parte de que la publicidad llevada a cabo es realmente engañosa, afirmación inviable porque contradice sin argumentación razonable, realizada a través de un proceso estimativo subjetivo la del juzgador, sin tener en cuenta que el modo de anunciar enjuiciado más bien se encamina a inducir a la lectura de la total oferta en que se dan los detalles de veracidad complementarios, y porque concluye haciendo supuesto de la cuestión controvertida.

⁹⁶ Véase apartado 6.10. La exageración como excepción, pp. 265-267.

⁹⁷ Nótese que, a diferencia de las STS citadas en materia de contratación –en las cuales se optó por anonimizar a las partes en tanto que su identificación entendemos que no apartaba información relevante– en las que citaremos a continuación, en materia de supuestos de publicidad ilícita, se identificarán las partes en tanto que versan sobre el contenido de anuncios difundidos de manera efectiva.

Cabe destacar en este caso, que el criterio interpretativo recogido en la SAP ha sido objeto de elogio por parte de la doctrina por los tres motivos apuntados por Lema Devesa (2007): en primer lugar, porque, en relación con el concepto de consumidor medio, a la hora de adquirir un automóvil el consumidor no desconoce que tiene que satisfacer una entrada inicial; en segundo lugar, porque el consumidor, antes de adquirir estos bienes de alto valor económico, suele hacer varios establecimientos, efectúa comparación de precios y busca consejo y, en tercer y último lugar, porque en el proceso judicial la demandante no probó que un solo consumidor hubiese sido inducido a engaño por la publicidad objeto de controversia que, por los motivos expuestos, no podía calificarse como engañosa.

Otra sentencia relevante es la STS 382/1997 de 8 de mayo [RJ\1997\3876] que declaró engañoso un anuncio de la empresa de productos químicos para piscinas Aquatronic difundido en revistas que resaltaba los peligros e inconvenientes del cloro con alusión a que éste era un componente de los productos de la competencia ocultando que el cloro también estaba presente en el producto anunciado. Sobre la base de los hechos probados, el TS confirmó la SAP de Barcelona de 15 de marzo de 1993, en referencia al engaño, en los siguientes términos:

La sentencia de instancia declara que se produce error al consumidor y parte de un hecho: «con el propio sistema del demandado se siguen utilizando productos químicos e incluso determinadas dosis no concretas de cloro» y añade que la lógica conclusión del consumidor es «que el producto anunciado prescinde de aquéllos (los productos químicos) cosa que en realidad no sucede». Con lo cual debe estimarse que la publicidad es engañosa ya que, partiendo de los hechos expuestos, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, que afectará a su comportamiento económico adquisitivo, ya que resaltando los peligros del cloro y ocultando que su también tiene cloro, se falsean los resultados y la nocividad.

Adicionalmente, con mayor o menor acierto –como veremos en próximos apartados–, el TS declara a esta publicidad ilícita comparativa y denigratoria.

Por su parte, la STS 292/2000 de 20 de marzo [RJ\2000\2019] también confirmó la declaración de publicidad engañosa de una marca de vinos en la que el anunciante afirmaba disponer de una Denominación de Origen, sin estar inscrita en el debido Registro, en los siguientes términos:

Señala, efectivamente, la sentencia recurrida que el recurrente no se ha inscrito en ninguno de los Registros del Consejo Regulador de la Denominación de Origen «Bierzo» y pese a ello hizo publicidad mediante unos folletos ilustrados con fotografías de las botellas de sus vinos con un recuadro muy visible consignando «Denominación de Origen Bierzo» anunciando que está acogida a dicha Denominación de Origen y que comenzará a utilizar contraetiqueta de dicha Denominación de Origen en el momento que ponga en el mercado sus cosechas de 1989. En 1992 utilizó vallas publicitarias en palacios de deportes, campos de fútbol y en la Vuelta Ciclista a España para anunciarse así: «Gran Vino Palacio de Arganza. Villafranca del Bierzo (León)».

Esta actividad publicitaria , tanto la de la primera etapa como la de la segunda, es claramente ilícita por engañosa.

Por otra parte, la STS 691/2005 de 5 de octubre [RJ\2005\8755] confirma la desestimación de una demanda por publicidad engañosa y desleal interpuesta por un fabricante de muebles a raíz de un anuncio de un televisor de alta gama en la revista Novedades del Hogar, de El Corte Inglés .

En el mencionado anuncio, en forma de díptico a doble página, se confrontaba, por una parte, un mueble de escritorio de estilo clásico acompañado de la siguiente leyenda: “Estilo Neoclásico. Mediados del siglo XIX. De gran valor. Superior por su acabado”. Por otra, el moderno televisor de alta gama sobre un mueble acompañado de la leyenda “Estilo Sony. Finales del siglo XX. Valor en alza. Superior por definición. El fabricante de muebles alega publicidad engañosa por realizar publicidad de un bien ajeno (el mueble de escritorio de la actora) atribuyéndole unas características falsas, esto es, presentando su mueble como de mediados del siglo XIX y de estilo clásico, cuando resulta que es del siglo XX y de estilo exclusivo de la firma demandante, dañando así su imagen e induciendo a los destinatarios, lectores de la revista, a un error que puede afectar a su comportamiento económico.

Tras entrar a examinar, en este caso, el fondo del asunto, el TS confirma la SAP de Barcelona, de 31 de diciembre de 1998 sobre la base de los siguientes argumentos en relación a la desestimación del supuesto de engaño:

De lo dicho se desprende, en primer lugar, que de los supuestos que contempla el artículo 4 de la Ley General de Publicidad como constitutivos de publicidad engañosa debe descartarse por completo cualquier posible perjuicio a un competidor, ya que actora y demandadas ofrecían en el mercado productos, actividades o servicios totalmente dispares, y también cualquier posible error en el círculo de destinatarios de la publicidad al que más especialmente estaba dirigido el anuncio litigioso, es decir, el de los potenciales adquirentes de un televisor de alta gama, ya que nadie pone en duda las características y altas prestaciones del modelo de televisor de la empresa anunciante. En consecuencia la respuesta de esta Sala al motivo examinado habrá de centrarse en si el referido anuncio podía inducir a error a ese círculo más amplio de destinatarios constituido por los clientes con tarjeta de compra.

Pues bien, la respuesta a tal cuestión ha de ser necesariamente negativa y por tanto desestimatoria del motivo por dos razones: primera, porque al margen de consideraciones propias de entendidos o especialistas acerca de si el estilo del mueble de la actora era o no «neoclásico», lo evidente es que no es de «estilo contemporáneo» como se pretendía en la demanda y se pretende ahora en el recurso, pues la contemplación de su imagen en la revista despierta inmediatamente en cualquiera la sensación de hallarse ante un mueble «antiguo» o «clásico» según el lenguaje del común de las gentes, nunca ante un mueble «moderno», «contemporáneo» o «vanguardista»; y segunda, porque sólo a través de una cadena de deducciones interesadas puede llegarse a la conclusión de la actora-recurrente de que la expresión «Mediados del siglo XIX» indicaba o inducía a pensar que se trataba de la mera imitación de un mueble de esa época fabricada en serie y no de un diseño exclusivo. En realidad, basta con la percepción simultánea de las dos páginas que componen el anuncio litigioso para comprobar en seguida que transmite la idea del gran valor del mueble de la demandante, incluso expresada así literalmente en el propio anuncio («De gran valor»), de manera que la mención del siglo XIX quedaba asociada más con el estilo atribuido al mueble que con la época de su fabricación.

De ahí, en suma, que la posibilidad de que los potenciales adquirentes del mueble escritorio de la actora se sintieran engañados o defraudados por el anuncio del televisor fueran algo más que remotas, pues en ningún caso cabe deducir de la presentación de aquél que se transmitiera la imagen de una mera imitación fabricada en serie, ya que entonces carecerían de sentido las expresiones «De gran valor» y «Superior por su acabado».

Mediante este pronunciamiento, el TS reitera la importancia de enjuiciar la publicidad desde el punto de vista del consumidor medio y, sobre todo, valorando siempre el anuncio objeto de controversia en su conjunto.

De manera más general y concisa, apuntaremos que la STS 413/2006 de 25 de abril [RJ\2006\2201] confirmó el carácter engañoso de una campaña publicitaria de un seguro de asistencia sanitaria que oferta un suplemento odontológico por precios que denomina "franquicias" y que pueden hacer creer a los asegurados que son parte del precio real cuando son el precio íntegro del servicio más una comisión por la mediación en su prestación. El TS confirma que basta con que el engaño pueda afectar a su comportamiento económico o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. para considerarse ilícito, de modo que "no se exige la precisión, ni menos la prueba, de que se haya producido efectivo perjuicio en los destinatarios o de que fatalmente se pueda producir" para declarar engañosa a la publicidad.

Por último, cabe recordar en este punto que la prohibición del engaño en la publicidad está contemplada, adicionalmente, en la legislación en materia de protección de los consumidores y usuarios que, entre otros aspectos, recoge en el TRLGDCU el principio –confirmado ampliamente por la jurisprudencia– de que el contenido de la publicidad, sobre todo si hace referencia a un objeto aún no existente, forma parte de la oferta contractual y, en consecuencia, se integra en el contrato (STS de 8 de noviembre de 2006, entre otras).

En este mismo sentido, el análisis de las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del TS constató la existencia de reiterada jurisprudencia en relación con el principio de integración de la publicidad en el contrato, sobre todo en controversias relacionadas con la compraventa de inmuebles. A modo de ejemplo, citaremos la STS 381/2011 de 24 de junio [RJ\2008\3232] sobre una publicidad en carteles y prensa de la promoción de nuevas viviendas cuyo contenido informativo ofreció una visión distinta del conjunto urbanístico entregado, motivo por el cual la comunidad de propietarios las nuevas viviendas interpuso una demanda por publicidad engañosa. El TS desestimó el recurso de casación y confirmó la sentencia de instancia declarando engañosa la publicidad por los siguientes motivos:

La publicidad de la promoción con intención de atraer a los compradores no se limitó a la urbanización de los terrenos sobre los que se construyeron los edificios, sino que incorporó un contenido informativo y ofreció una visión distinta del conjunto urbanístico que comprendía dicho ámbito, creando al consumidor la confianza de que tanto su vivienda en particular, como el edificio en su conjunto, se iba a desarrollar de una determinada forma que luego no se correspondió con la publicidad prenegocial ciertamente engañosa, por más que la construcción contara con la autorización administrativa que en ningún caso liberaba a la vendedora de las obligaciones asumidas en los contratos celebrados con los compradores o que la publicidad apareciera con la expresión pendiente de aprobación ("en mínima y cambiante de sitio impresión"), desde la idea de que no se traslada a un comprador medio la realidad de las cosas, sino de que lo que se le está ofertando es algo que está pendiente de aprobación, pero no que lo que se somete a aprobación administrativa era algo distinto de lo que se le oferta.

La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de un comprador medio es cada vez mayor, como también es mayor la posibilidad de crear una falsa expectativa que le prive de la posibilidad de ponderar la conveniencia de adquirir una vivienda en unas determinadas condiciones. Lo cierto es que la empresa vendedora no entregó a los adquirentes todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado y prometido como objeto de los respectivos contratos de compraventa, y ello les causó un perjuicio evidente cuyas consecuencias jurídicas.

Junto a los actos de engaño de carácter general –tipificados en el art. 5–, la LCD regula, adicionalmente, otras prácticas engañosas que, como veremos a continuación, vienen a concretar la cláusula general a supuestos más específicos.

6.5.1. La publicidad engañosa por omisión

La LCD tipifica las omisiones engañosas como acto de competencia desleal, lo que se traduce en una prohibición expresa y específica de la denominada *publicidad engañosa por omisión* en los siguientes términos (art.7):

1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también

desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

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

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

Así, de lo establecido en los arts. 5 y 7 de la LCD se desprende que la publicidad que omita datos fundamentales, por lo tanto esenciales, de los bienes, actividades o servicios anunciados será considerada engañosa siempre que la mencionada omisión induzca a error a los destinatarios y sea apta para provocar una distorsión significativa de su comportamiento económico.

De un modo más concreto, *se considerará engañosa por omisión* y, por tanto, ilícita, en primer lugar, la publicidad que omita u oculte –de modo que resulte prácticamente imperceptible o ilegible– información necesaria para que el destinatario pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. En segundo lugar, también se considerará engañosa la publicidad que, a pesar de incluir la información esencial de forma perceptible, ésta sea poco clara, ininteligible o ambigua para un consumidor medio.

En relación con el primer supuesto, para determinar el carácter engañoso de la publicidad que omite información se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos (Tato Plaza, 2010a):

- La *relevancia de la información omitida*, esto es, su carácter necesario en relación con el contenido del mensaje. Se considerará engañosa por omisión la publicidad que omita un dato que, de conocerse por el público destinatario, le haría cambiar de opinión en relación con la compra o la contratación de un bien

o servicio. El dato omitido inducirá, por tanto, a error, únicamente cuando sea determinante en la elección que, finalmente, realice el destinatario.

A este respecto, de forma complementaria, conviene destacar que el TRLGDCU recoge dos supuestos específicos en los que se presumirá el carácter necesario de la información en las prácticas comerciales (art. 20.2). En primer término, se presumirá el carácter necesario de aquella información cuya inclusión en la publicidad venga impuesta por la normativa que regula la publicidad de determinados productos o servicios⁹⁸.

En segundo lugar, de lo dispuesto en el TRLGDCU (art. 20.1) se deduce que la publicidad que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluya información sobre las características del bien o servicio anunciado y su precio, deberá contener –si no se desprende ya claramente del contexto– al menos la siguiente información: el nombre, razón social, y domicilio concreto del empresario responsable de la oferta comercial; las características esenciales del bien o servicio; el precio final completo –incluidos los impuestos– desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario; los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional y, por último, en su caso, existencia del derecho de desistimiento.

- El *grado de conocimiento* de la información omitida por parte de un consumidor medio, puesto que difícilmente será apta para inducir a error la omisión de una información generalmente conocida por éste.
- El *contexto fáctico* en que se produce la publicidad, teniendo en cuenta sus características y sus circunstancias.

⁹⁸ Más concretamente, se presumirá necesaria la información cuya inclusión venga impuesta por la normativa que regula “las prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, comercio electrónico, inversión colectiva en valores inmobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación (art. 19.4 TRLGDCU).

- Las *limitaciones del medio de difusión* utilizado, lo que la doctrina relaciona directamente con el denominado *principio de integridad de la campaña*. Según este principio, al valorar la aptitud de una omisión para distorsionar el comportamiento económico del destinatario deberá observarse la posibilidad de completar la información que consta en el anuncio con información adicional recogida en otros medios o soportes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:
 - a) Que en el propio mensaje se recoja una referencia expresa a los posteriores medios a los que puede acudir el consumidor para completar la información.
 - b) Que estos medios sean fácilmente accesibles para un consumidor medio.
 - c) Que estos medios se utilicen, simplemente, para complementar la información previa, sin contradecirla ni limitarla de forma muy relevante.

En relación con las limitaciones del medio mediante el que se difunde la publicidad cabe recordar que, en general, los soportes publicitarios acostumbra a ser restringidos en espacio y tiempo. Como afirma el publicitario Daniel Solana (2010) “los espacios publicitarios, ya sean medidos en milímetros o en segundos, son costosos. Un anuncio es media página de prensa, treinta segundos en televisión o el visionado fugaz de una valla en carretera, y eso condiciona la creatividad” (p. 27) y, en consecuencia, también la información que, según el formato del anuncio, podrá mostrarse en la publicidad.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el TS, a pesar de no mencionar explícitamente esta modalidad en las sentencias objeto de estudio, cabe destacar que tanto en la STS 382/1997 de 8 de mayo [RJ\1997\3876], caso Aquatronic, como en la STS 413/2006 de 25 de abril [RJ\2006\2201], caso suplemento odontológico, la omisión de información esencial para facilitar al destinatario la correcta comprensión del mensaje se encuentra en la base del ilícito por engaño.

A continuación, en el siguiente subapartado, abordaremos otra modalidad de publicidad engañosa indirectamente relacionada con la omisión, esto es, la publicidad encubierta.

6.5.2. La publicidad encubierta

La LCD alude indirectamente a la *publicidad encubierta* en dos puntos de su articulado: por un lado, la menciona, con carácter general, al abordar el concepto de actos de engaño (arts. 5 y 7) y, por otro, en el marco de las prácticas comerciales desleales con consumidores y usuarios, tipifica un supuesto concreto de publicidad encubierta –y, en consecuencia engañosa–, al prohibir la denominada *publicidad redaccional* (art. 26).

De lo dispuesto en la LCD se desprende que la *publicidad encubierta* es aquella que, por su forma de presentación, induce o puede inducir a error a los destinatarios al encubrir la naturaleza publicitaria del mensaje. En esta modalidad de publicidad engañosa, el elemento constitutivo del engaño no se encuentra en el mensaje –que puede ser veraz– sino en la forma de comunicarlo. En la publicidad encubierta los destinatarios no perciben el carácter publicitario o comercial del mensaje y, por ejemplo, pueden confundirlo con una información periodística o con un programa de entretenimiento.

Desde un punto de vista más concreto, Lema Devesa (2007) sostiene que la publicidad encubierta induce a error a los destinatarios sobre la clase, el origen y el valor de las alegaciones publicitarias. En primer lugar, el público no identifica la naturaleza de esta manifestación al no reconocerla con la publicidad. En segundo lugar, el público desconoce que el anunciante es el emisor del mensaje, ya que la publicidad produce la falsa impresión de ser manifestación de un tercero imparcial o de un acontecimiento ajeno al anunciante y, por último, como consecuencia de lo anterior, esto es, del engaño, el público otorga a la publicidad encubierta un mayor grado de credibilidad.

Como hemos avanzado, actualmente, la LCD menciona la publicidad encubierta, de manera indirecta y con carácter general, al tipificar la publicidad engañosa y, también, al referirse a la publicidad engañosa por omisión de información.

Recordemos que la LCD considera desleal por engañosa la publicidad que, independientemente de su contenido, por su “forma de presentación” pueda inducir a error a los destinatarios y, adicionalmente, entre los aspectos en los que debe

incidir el engaño se incluye “la naturaleza de la operación comercial o el contrato” (art. 5). Por su parte, la LCD califica como omisión engañosa la publicidad que “no da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto” (art. 7).

Con carácter general, la doctrina concluye que para calificar una práctica comercial como encubierta deberán concurrir cuatro *presupuestos* (Tato Plaza, *et al.*, 2010):

- La práctica o mensaje debe perseguir un *propósito publicitario o comercial*. En este sentido, conviene apuntar que, con carácter general, la LCD no exige prueba de que el anunciante haya pagado al medio para que la publicidad pueda incurrir en el supuesto de publicidad encubierta; aunque de existir, tal prueba resultaría definitiva a la hora de demostrar el propósito comercial del anunciante.⁹⁹
- La práctica o mensaje debe ser *apta para inducir a error* a sus destinatarios *en torno a su naturaleza o finalidad publicitaria*. Para valorar este extremo, se tendrán en cuenta las circunstancias que rodean a la publicidad y, en especial, tanto la configuración del propio mensaje como las características del espacio o medio en el que se haya difundido.
- La *ausencia de elementos de identificación* suficientes que informen al público, clara y perceptiblemente, de la naturaleza publicitaria o del propósito comercial de la práctica.
- Aunque se cumplan todos los presupuestos anteriores, en cumplimiento de la cláusula general, una práctica únicamente podrá considerarse encubierta si se considera *apta para incidir en el comportamiento económico de los consumidores o usuarios*.

En segundo lugar, tras abordar el supuesto de publicidad encubierta desde un punto de vista general, el texto de la LCD incorpora un *supuesto específico* de esta

⁹⁹ Como veremos a continuación, en el supuesto específico de la denominada *publicidad redaccional* –tipificado como publicidad encubierta en la lista de prácticas desleales per se con los consumidores y usuarios– sí se exige la prueba de la contraprestación económica para que la publicidad incurra, de manera directa, en el mencionado supuesto.

modalidad de engaño en el marco de la regulación de las prácticas comerciales con consumidores o usuarios: la denominada *publicidad redaccional*. Así, el legislador establece que:

Se considerará desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando al empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario. (art. 26 LCD)

Nos hallamos, pues, ante un supuesto específico contemplado en el catálogo de prácticas comerciales que deberán considerarse, en todo caso y ante cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios. Así, la publicidad redaccional podrá declararse automáticamente encubierta –y, por tanto, engañosa y desleal–, sin necesidad de que concurren los presupuestos generales anteriormente mencionados, siempre que concurren tres *requisitos*: la inserción del mensaje comercial en el contenido editorial del medio de comunicación a través del cual se difunde, la existencia de una contraprestación económica por parte del anunciante y la ausencia de elementos identificativos del carácter publicitario del mensaje.

Con el objetivo de evitar las prácticas encubiertas, además de su consideración como supuesto de publicidad engañosa, conviene recordar que la LGP recoge –en el marco de la regulación de los contratos publicitarios– el *principio de identificación publicitaria*. Mediante este principio, el legislador exige a los medios que diferencien “perceptiblemente” las afirmaciones efectuadas en el marco de su función informativa de las que realicen como simple vehículo de publicidad y también obliga a los anunciantes a revelar inequívocamente el carácter publicitario de los anuncios (art. 9 LGP). Resulta, cuanto menos, sorprendente que el legislador incluyera este principio, de indudable vinculación con la publicidad encubierta, en el Título III de la LGP, dedicado a la contratación publicitaria y no lo mencione al regular, aunque de manera indirecta, este supuesto en la LCD.

Por último, tan solo mencionar que una de las modalidades de publicidad encubierta cuya regulación ha sido objeto de una mayor controversia es el emplazamiento de

producto o *producto placement*. En tanto que el emplazamiento de producto es una modalidad publicitaria que se difunde a través de medios audiovisuales, abordaremos su concepto y regulación en el capítulo dedicado a los límites jurídicos de la publicidad audiovisual.¹⁰⁰

6.5.3. La publicidad engañosa por confusión

Tradicionalmente, con carácter previo a las modificaciones en el régimen legal de la publicidad operadas por la Ley 29/2009, la publicidad confusionista era uno de los supuestos de publicidad desleal tipificados en la LGP.

Sin embargo, actualmente, la LCD contempla la confusión como un supuesto específico de publicidad engañosa, en tanto que el legislador considera que el riesgo de confusión puede desencadenar el error de los consumidores en relación con el origen empresarial del producto o servicio anunciado, uno de los elementos en los que puede recaer el engaño para que la publicidad sea considerada ilícita [art. 5.1. b)].

En este punto conviene apuntar que en materia de actos de confusión, el legislador, sin un motivo de justificación aparente, ha optado por tipificar un mismo supuesto en dos artículos distintos en función de sus destinatarios (arts. 6 y 20 LCD).

Con carácter general, del contenido del art. 6 de la LCD se infiere que incurrirá en el supuesto de *publicidad engañosa por confusión* aquella publicidad “que resulte idónea para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno”. Para declarar la deslealtad de publicidad, el legislador matiza que bastará el riesgo de asociación por parte de los destinatarios respecto de la procedencia de la prestación.

Por otra parte, la LCD tipifica en los siguientes términos el mismo supuesto de *publicidad engañosa por confusión* pero, en este caso, cuando se produzca exclusivamente *en el marco de las relaciones con los consumidores o usuarios*:

¹⁰⁰ Véase, apartado 7.5. El derecho al emplazamiento de productos, p. 283-290.

En las relaciones con los consumidores y usuarios, se reputarán desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios. (art. 20 LCD).

De este modo, del contenido del art. 20 de la LCD se desprende que para calificar una publicidad como engañosa por confusión para los consumidores o usuarios deben concurrir dos *presupuestos*: la existencia de un riesgo de confusión y, en segundo lugar, la aptitud de la publicidad para afectar de forma significativa al comportamiento económico del consumidor.

En cuanto al primer supuesto, la LCD no aporta una definición de riesgo de confusión pero, en su defecto, Tato Plaza *et al.* (2010) recurren al derecho de marcas para definir, por una parte, el riesgo de confusión en sentido estricto y, por otra, el riesgo de asociación incluido en el mismo. Así, entenderemos por *riesgo de confusión en sentido estricto* el riesgo de que, a raíz de la publicidad difundida, los consumidores concluyan que dos productos proceden de un mismo origen empresarial. Por su parte, entenderemos que existe *riesgo de asociación* en el caso que, por lo menos, los consumidores concluyan que dos productos proceden de empresas vinculadas jurídica o económicamente entre sí.

Sobre la base de estas definiciones y de lo dispuesto en el art. 20 de la LCD, estos mismos autores destacan que la publicidad confusionista también incluye el riesgo de confusión derivado de la proximidad o *similitud entre campañas publicitarias* difundidas para la promoción de los correspondientes productos o servicios.

Por último, el legislador ha incluido el siguiente supuesto específico de prácticas engañosas por confusión en el marco del catálogo o “lista negra” de prácticas que se consideran desleales per se con los consumidores:

Se reputa desleal por engañoso promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera

deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto. (art. 25 LCD).

En consecuencia, en caso de darse estas dos circunstancias –similitud en los productos anunciados o en su presentación y voluntad deliberada, por parte del anunciante, de generar riesgo de confusión en cuanto al origen empresarial del mismo– la publicidad objeto de controversia podría ser declarada, automáticamente, desleal sin necesidad de verificar ningún otro requisito adicional.

Desde un punto de vista jurisprudencial, en los últimos veinte años el TS ha resuelto algunas controversias en materia de publicidad confusionista. Cabe destacar que, con carácter previo a las modificaciones introducidas en el régimen legal de la publicidad a raíz de la aprobación de la Ley 29/2009, la LGP contemplaba a la publicidad confusionista como una modalidad de publicidad desleal, aunque directamente vinculada al engaño, en tanto que la finalidad última de la confusión es llevar a engaño al consumidor, en este caso, en relación con el origen empresarial de sus productos.

Así, la STS 653/1997 de 11 de julio [RJ\1997\5606] confirmó el carácter ilícito y confusionista de las actividades publicitarias realizadas por uno de los cotitulares del nombre comercial registrado “El Remedio Alavés, SL”. El TS estimó que la utilización individual y competitiva de una marca en el mercado por uno de los interesados requiere el consentimiento de los demás partícipes, en tanto que la protección del Registro abarca, no sólo el interés particular de quien lo inscribe, sino también el interés general de los consumidores, ya que ha de evitarse que equivocadamente adquieran productos o utilicen servicios distintos a los que se proponen.

Posteriormente, la STS 160/2000 de 19 de febrero confirmó la condena por competencia desleal y publicidad ilícita en sus modalidades de publicidad engañosa y publicidad desleal derivadas la comercialización de un utensilio para el acondicionamiento del agua que era una imitación desleal de un modelo de utilidad registrado por la parte demandante e imitaba, también, su publicidad con el consiguiente riesgo de confusión. A continuación reproducimos el detalle de los

hechos declarados ilícitos en primera instancia y la confirmación del carácter confusionista de la publicidad por parte del TS:

Se reconocía la existencia de competencia desleal en la actuación de P. S.A., fabricando y distribuyendo un dispositivo útil para el acondicionamiento del agua, compuesto por un cajetín de plástico en cuyo interior van dispuestos unos imanes preparados para ser adosados a las conducciones, de forma muy similar, cuando no idéntica, a la del otro fabricado en los EE.UU., bajo la patente de invención de Randy A., y que está autorizada a distribuir en exclusiva en España, por concesión de S. C., la mercantil M. S.L., igualmente declara que existe también publicidad ilícita en las actuaciones de P. S.A., cuando anuncia que el acondicionamiento de agua que, es el dispositivo que produce y comercializa la demandada con el Modelo de Utilidad, cuando ese modelo no ha implicado innovación alguna del explotado por los actores de que es inventor Randy A. (...)

Así como también se produjo la imitación de los folletos publicitarios, que son una traducción fiel del texto original inglés, e incluso se reproduce el mismo gráfico consistente en la reproducción de un tubo de cobre seccionado, lo que indudablemente genera la confusión en los consumidores sobre la verdadera procedencia del producto que adquieren, de la que precisamente quiere defender la Ley de Competencia desleal.

Otra sentencia relevante en materia de confusión es la STS 515/2005 de 4 de julio [RJ\2005\5093] que declara ilícita por confusión la publicidad de un programa de *software* de fútbol, PC Usa Soccer, que resulta ser una copia idéntica de la publicidad realizada previamente por una empresa competidora para promocionar su programa PC Fútbol, hechos de los que puede inferirse el propósito de crear confusión acerca de la procedencia del programa cuya publicidad fue declarada ilícita. Entre otras cuestiones accesorias, el TS confirma el riesgo de confusión de la publicidad origen de la controversia en los siguientes términos:

El motivo tiene razón en su crítica a la sentencia recurrida por utilizar, como una de las razones de su fallo, el art. 11 de la Ley de Competencia Desleal, ya que una imitación de la publicidad ajena no es propiamente «imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas», que es a lo que se refiere el art. 11. La actora no ha fundamentado su demanda en que el PC de las demandadas imita el suyo, sólo en la imitación de la publicidad ajena que beneficia la venta de aquéllas.

En cambio, la imitación de la publicidad ajena es un comportamiento desleal que ha creado confusión con las prestaciones o servicios que ofrece la actora.

Por último, el TS también confirmó la condena por publicidad confusionista de una crema de manos, Neutrocol, por que imitar la presentación y la publicidad de otra crema de manos, Neutrógena, indebidamente, a pesar de la relación empresarial previa entre ambas compañías. A continuación, dadas las particularidades del caso, presentamos una síntesis de los hechos alegados por la parte demandante, Neutrógena Corporation, posteriormente probados:

Los hechos alegados eran, en síntesis, que "la marca Neutrógena para designar cremas concentradas de manos es notoria a nivel mundial habiendo sido objeto de amplia difusión publicitaria en todo el mundo"; que en España la demandante era titular de dicha marca nº 10403951 y 1563223; que la crema de manos concentrada "Neutrógena" se fabricaba y vendía con una presentación que se reproducía en la propia demanda; que la empresa demandada fabricó en tiempos bajo licencia el producto "Neutrógena" para, posteriormente, pasar sólo a distribuirla; que una vez terminados los contratos que permitían a la demandada vender la crema de manos "Neutrógena", había procedido a fabricar otra crema de manos concentrada, denominada "Neutrocol", imitando la presentación de la crema "Neutrógena".

(...) Que en 1992 se notó un descenso en las ventas de la crema "Neutrógena" y, tras una reunión celebrada en el mes de noviembre, la demandante compró a la demandada, por 178.426.000 Ptas., el mercado español de distribución de dicha crema; que de esa forma la demandada, además de obtener una sustanciosa cantidad, se vio con la manos libres para, faltando por completo a la buena fe, lanzar su propia crema de manos "Neutrocol" imitando servilmente en su presentación la de la crema "Neutrógena" y confundiendo así al consumidor español; que aparte de la similitud de la presentación y la apariencia de continuidad mediante el mensaje "nuevo", como si fuera la nueva presentación de un mismo producto, se utilizaba un mensaje publicitario, "Mano de santo", antaño empleado para la crema de la demandante, y hasta el precio de ambos productos era idéntico; que la demandada, por tanto, estaba explotando la reputación internacional de la actora; que la premeditación de la conducta de la demandada quedaba demostrada por la solicitud como marca del envase cuestionando, con reivindicación de colores; y en fin, que faltaba una competencia basada en méritos propios de la demandada, incurso por ello en competencia desleal y fraude al consumidor.

Entre los diversos motivos alegados por la parte condenada en el recurso, el TS resolvió las alegaciones formuladas en materia de publicidad, confirmando el riesgo de confusión sobre la base de los siguientes criterios:

Si se acogiera la tesis de la parte recurrente sobre el "marquismo" del consumidor medio español de cremas de manos, entendido ese marquismo como puramente denominativo y con pérdida por tanto de toda significación de los demás elementos de presentación del producto, no sólo se reduciría a papel mojado la Ley de Competencia Desleal, sino que además, y sobre todo, no se entendería por qué la parte recurrente, al lanzar al mercado su propia crema de manos, no lo hizo mediante una presentación con otros colores y mediante un publicidad que no reprodujera la de hace años de la demandante.

(...) Habrá de concluirse que esta Sala comparte plenamente ese juicio, así como el de la perfecta evitabilidad del riesgo mediante una presentación y publicidad diferentes aun dentro de los patrones más habituales en el mercado de las cremas de manos.

(...) Según esta parte recurrente, la condena de primera instancia se estaba refiriendo a la publicidad de la crema de la demandada precisamente en envases iguales a los litigiosos, y por ello debe mantenerse la prohibición de tal publicidad, ya que sería incongruente que el acto se declarase desleal y sin embargo se permitiera hacer publicidad del producto.

A continuación, pasamos a describir el nuevo supuesto de publicidad engañosa relacionada con los códigos de conducta directamente relacionados con la autorregulación publicitaria.

6.5.4. La publicidad engañosa sobre códigos de conducta

Tras la reforma operada en 2009 en el régimen legal de la competencia desleal y la publicidad, la LCD incorpora en su contenido un reconocimiento general de la utilidad de los códigos de conducta, por cuanto contribuyen a elevar el nivel de protección contra la publicidad ilícita de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, además de regular los requisitos necesarios para garantizar la efectividad de los sistemas de autodisciplina, la LCD tipifica explícitamente como acto de engaño el incumplimiento de un código de conducta por parte de una empresa que, voluntariamente, se haya adherido al mismo. Así, con carácter general, la LCD regula la *publicidad engañosa por incumplir los códigos de conducta* en los siguientes términos:

Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios. (art. 5.2).

De lo dispuesto en la LCD se desprende que, con carácter general, para incurrir en el supuesto de publicidad engañosa por incumplimiento de códigos de conducta deberán concurrir los siguientes *presupuestos*:

- El anunciante debe estar adherido, de manera firme, a un código de conducta en el que se recojan obligaciones verificables.
- El anunciante debe haber difundido su adhesión al código de conducta, lo que puede motivar la creación de falsas expectativas en el destinatario y desencadenar el engaño. A este respecto la doctrina considera que no es necesario que tal difusión se haya realizado en la misma pieza o campaña publicitaria que incumple el código; por ejemplo, la mera difusión de la adhesión a un código en la página web del anunciante se estimaría suficiente aunque la publicidad objeto de controversia no tuviera relación directa con la mencionada página (Tato Plaza et al., 2010).
- El anunciante debe haber incumplido los compromisos adquiridos previamente mediante su adhesión firme al código de conducta.
- La publicidad objeto de controversia debe ser apta para distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios; presupuesto, éste, que se estima de difícil valoración a efectos probatorios.

Adicionalmente, la LCD contempla, de una manera más específica, otros supuestos de publicidad engañosa vinculada a códigos de conducta u otros distintivos de calidad en el marco del catálogo o “lista negra” de prácticas comerciales desleales per se con los consumidores o usuarios. A pesar de tratarse de supuestos vinculados a códigos de conducta –no de incumplimiento–, consideramos coherente, desde un punto de vista práctico, abordarlos en este punto del trabajo. Así, en materia de *publicidad engañosa vinculada a códigos de conducta* la LCD dispone que:

- 1) Se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afimen, sin ser cierto:
 - a) Que el empresario o profesional esté adherido a un código de conducta.
 - b) Que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación.
 - c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de aprobación, aceptación o autorización.
- 2) La exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización, es igualmente, en todo caso, una práctica comercial desleal por engañosa. (art. 21)

La claridad con la que el legislador ha concretado estos supuestos, hace innecesario redundar en su contenido. Únicamente conviene apuntar la principal diferencia entre el supuesto general y el supuesto específico que ahora nos ocupa. Mientras en el *supuesto general* el engaño se ciñe al incumplimiento de un código de conducta por parte de un anunciante que está adscrito al mismo y así lo ha difundido, en el *supuesto específico* en relación con los consumidores o usuarios el engaño se produce, a grandes rasgos, cuando el anunciante afirma estar adherido a un código de conducta o haber recibido una autorización sin ser cierto. En este último caso, recordemos que al tratarse de supuestos contemplados en el catálogo de actos desleales per se con los consumidores o usuarios no será necesario que la publicidad cumpla, adicionalmente, con los requisitos generales de la publicidad engañosa.

Desde un punto de vista crítico, cabe apuntar la observación formulada por Lema Devesa (2010b) en relación a que el supuesto específico de engaño en relación con

los códigos de conducta “no merece una mención especial, frente a otras alegaciones publicitarias engañosas” (p. 364).

Por último, tan solo avanzar en este punto que en la LCD establece que el ejercicio de acciones judiciales contra la empresa que pueda haber incumplido un código de conducta deberá ir siempre precedido del recurso previo a los órganos de control del sistema de autodisciplina al que pertenezca el código objeto del incumplimiento.

6.5.5. Otras prácticas engañosas per se con los consumidores

Como ya hemos avanzado, a raíz de las modificaciones derivadas de la Ley 29/2009, la LCD incorporó un catálogo o “lista negra” de prácticas engañosas –y también agresivas– que, en todo caso y en cualquier circunstancia, se considerarán prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios sin necesidad de verificar el cumplimiento de los presupuestos que, con carácter general, deben observarse para calificar una práctica como engañosa (art. 19.2).

En relación con la publicidad engañosa, a continuación mencionaremos –de manera sintética dado su alcance más específico– las prácticas publicitarias tipificadas en el catálogo o “lista negra” de prácticas engañosas en relación con los consumidores o usuarios. Nótese que algunas de estas prácticas ya las hemos comentado al abordar las diferentes modalidades de publicidad engañosa; tal es el caso de la publicidad redaccional –como práctica de publicidad encubierta– (art. 26) y de los supuestos específicos de publicidad engañosa por confusión (art. 25) y de publicidad engañosa sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad (art. 21). Con el objetivo de evitar la reiteración, a continuación solamente apuntaremos aquellos supuestos que no mencionados previamente.

En consecuencia, se considerarán *prácticas engañosas per se con los consumidores o usuarios*:

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

- Realizar publicidad que contenga una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al anunciante que los mencionados bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el tipo de bien o servicio, el alcance de la publicidad y el precio.
 - Realizar publicidad que contenga una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado para luego, con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio ofertado, no aceptar pedidos o solicitudes de suministro, negarse a suministrarlo en un período de tiempo razonable, enseñar una muestra defectuosa del bien o servicio promocionado o desprestigiarlo.
 - La publicidad relativa a las ventas en liquidación cuando sea incierto que el empresario o profesional se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el art. 30.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista o que, en cualquier otro supuesto, afirme que el empresario o profesional está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo.
- 2) Los siguientes supuestos de publicidad vinculada a *prácticas promocionales* (art. 22 LCD):
- La publicidad que ofrezca un premio, de forma automática, o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente.
 - Describir, en un material publicitario, un bien o servicio como “gratuito”, “regalo”, “sin gastos” o cualquier fórmula equivalente, si el consumidor o usuario tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega.

- Crear la impresión falsa, incluso mediante el uso de prácticas agresivas, de que el consumidor o usuario ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad:
 - a) No existe tal premio o ventaja equivalente.
 - b) O la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor o usuario, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.
- 3) Los siguientes supuestos de *publicidad engañosa sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa* (art. 23 LCD):
 - 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.
 - Alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar.
 - La publicidad que proclame, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones.
 - La publicidad que afirme, no siendo cierto, que el bien o servicio sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones durante un período de tiempo muy limitado a fin de inducir al consumidor o usuario a tomar una decisión inmediata, privándole así de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con el debido conocimiento de causa.
 - La publicidad que comprometa al anunciante a proporcionar un servicio posventa a los consumidores o usuarios sin advertirles claramente antes de contratar que el idioma en el que este servicio estará disponible no es el utilizado en la operación comercial.

- Crear la impresión falsa de que el servicio posventa del bien o servicio promocionado está disponible en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha contratado su suministro.
- 4) Los siguientes supuestos de publicidad vinculada a prácticas de *venta piramidal* (art. 24 LCD):
- La publicidad que promocióne un plan de venta piramidal en el que el consumidor o usuario realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada, fundamentalmente, de la entrada de otros consumidores o usuarios en el plan, y no de la venta o suministro de bienes o servicios.
- 5) *Otros supuestos* de prácticas engañosas (art. 27 LCD):
- La publicidad que presente los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional.
 - La publicidad que realice afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia, el hecho de no contratar el bien o servicio.
 - La publicidad que transmita 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.
 - La publicidad en la que se afirme de forma fraudulenta o se cree la falsa impresión que el anunciante no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o se presente de forma fraudulenta como un consumidor o usuario.¹⁰¹

¹⁰¹ Para ampliar el alcance de las prácticas publicitarias recogidas en el catálogo o “lista negra” se recomienda la consulta de la obra de Tato Plaza *et al.*, 2010, pp. 148-178.

Como ya hemos avanzado, la inclusión de este catálogo o “lista negra” de prácticas comerciales desleales *per se* con los consumidores o usuarios ha venido a complicar la aplicación práctica de la normativa, también en materia de publicidad ilícita. Por ello, consideramos relevante apuntar en este punto la metodología propuesta por Tato Plaza et al., (2010) a seguir a la hora de valorar el carácter engañoso de una acción publicitaria:¹⁰² –y, como veremos, también agresiva contemplados en el mencionado catálogo– (Tato Plaza).

Así las cosas al enfrentarse a la consideración de una práctica comercial como engañosa, debe comprobarse, en primer término, si aquella se corresponde con alguna de las expresamente tipificadas en los arts. 21 a 27. En tal caso, el reproche de deslealtad es automático, sin necesidad de ulteriores análisis. Si la respuesta es negativa, deberá analizarse si la práctica reúne los requisitos necesarios para ser calificada como acto de engaño u omisión engañosa al amparo de los arts. 5 y 7 de la LCD. En definitiva, la equivalencia entre la práctica examinada y alguna de las expresamente tipificadas en los arts. 21 a 27 excluye la aplicación a la misma de los arts. 5 y 7. En cambio, la imposibilidad de adscribir la práctica analizada a alguna de las expresamente tipificadas en los arts. 21 a 27 no excluye su análisis a la luz de los arts. 5 y 7. (p. 149).

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

6.5.6. Otros supuestos relacionados con el engaño: el tono excluyente y los testimonios

A continuación abordaremos dos tipologías publicitarias que, pese a no estar recogidas explícitamente en la legislación publicitaria, dada su trascendencia práctica, han sido objeto de estudio por parte de la doctrina. Se trata de la denominada publicidad de tono excluyente y de la publicidad testimonial. Ambas tipologías, como veremos, se consideran *per se* lícitas siempre que respeten el

¹⁰² En tanto que, como veremos, el supuesto de publicidad agresiva también se encuentra contemplado en el catálogo o “lista negra” de prácticas comerciales desleal por sí mismas, esta metodología será también aplicable para determinar el alcance de este ilícito.

principio de veracidad –de ahí su estrecha relación con la publicidad engañosa–, entre otros requisitos deducidos por la doctrina sobre la base de dispuesto, indirectamente, en la legislación vigente.

La denominada publicidad de tono excluyente es una modalidad publicitaria que, a pesar de no estar regulada explícitamente ni en la LGP ni en la LCD, la doctrina le confiere una especial relevancia a raíz de su reiterada presencia en la práctica publicitaria. A falta de una definición legal de esta modalidad publicitaria, recurriremos al concepto doctrinal que propone Lema Devesa¹⁰³ (1980) y entenderemos por *publicidad de tono excluyente*:

Toda alegación con un contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige o alcanza; y a través de la cual se manifiesta que la empresa, producto o servicio anunciados ocupan la posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor o, en su caso, por un círculo limitado de competidores” (p. 422).

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

Aunque el derecho publicitario español no contempla el régimen jurídico de la publicidad de tono excluyente, dadas sus características, para no incurrir en causa de ilicitud esta modalidad publicitaria deberá someterse al *principio de veracidad* y, más concretamente, a lo estipulado en la LCD en materia de publicidad engañosa.

Al objeto de delimitar los límites de esta figura, a continuación apuntaremos los *requisitos de licitud* a los que debe atenderse la publicidad de tono excluyente apuntados por (Lema Devesa, 1980):

- Deberá ser veraz, esto es, no engañosa y, además, cumplir con el resto de requisitos de licitud.

¹⁰³ La publicidad de tono excluyente fue objeto de estudio de la tesis doctoral del profesor Carlos Lema Devesa, dirigida por el profesor Carlos Fernández-Novoa. Véase: Lema Devesa, C. (1979). *La publicidad de tono excluyente* (tesis doctoral). Universidad de Santiago de Compostela.

- Deberá manifestar una ventaja “considerable” sobre los competidores.
- No deberá resaltar circunstancias intrascendentes o accesorias.
- No deberá realzar características comunes de todo el género de mercancías o clases de productos.
- No deberá destacar una o varias ventajas en el caso de que éstas se neutralicen por otras desventajas.
- Y, finalmente, la licitud de la publicidad de tono excluyente requiere la existencia de un punto de referencia que sirva para determinar si, verdaderamente, la empresa, el producto o los servicios anunciados ocupan la una posición preeminente en el mercado; tal punto de referencia podría ser, por ejemplo, la existencia real de competidores en el mercado en el caso de que el anunciante manifiesta en su publicidad que supera a éstos.

En relación con este supuesto específico la STS 809/2003 de 4 de junio [RJ\2003\5856] anuló la sentencia previa recurrida y declaró engañosa la publicidad de la Escuela de Estética Francis por afirmar en su publicidad, sin ser cierto, “no se deje engañar. El único centro que CEM tiene en Sevilla se encuentra en la calle Rastro...”. La demandante, en este caso, probó que en el momento de difundirse el anuncio en prensa existía otro centro en Sevilla en disposición de usar el método que la demandada afirmaba ofrecer en exclusiva, por lo que el TS estimó el recurso sobre la base de los siguientes motivos:

Es indudable que aunque las dos entidades pueden hacer publicidad de los cursos CEM (...) la publicidad de la demandada tiene claras y terminantes alusiones a la propiedad en exclusiva y de su utilización legítima que, 'a sensu contrario' presumen la ilegitimidad de la competidora, enunciado este que hay que estimar sustancialmente falso, por lo que es indudable que tal publicidad realizada mediante los anuncios en prensa (...) ha de calificarla de ilícita por engañosa para los consumidores, ya que pueden hacer creer que las enseñanzas llevadas a efectos por DIPROFEM, S.L., no siguen los auténticos cursos CEM de estética y peluquería, ni está legitimada por su titular para desarrollarlos (...) la publicidad es engañosa, cuando pueda producir error en los destinatarios, como ocurre en el caso de autos al

considerar que si la metodología y nombre CEM, como proclaman sus anuncios sólo puede ser utilizado legítimamente por ESCUELA EUROPEA DE ESTETICA FRANCIS, S.L., o que el único centro Oficial de CEM en Sevilla es el de la referida entidad, el de la competidora que se anuncia en los mismos medios de prensa, es ilegítimo o espurio; circunstancia que como se sostiene en la propia sentencia recurrida no es cierta, sino que ambas entidades litigantes en la fecha de autos podían impartir legalmente los auténticos cursos de CEM.

Por último, tan sólo constatar que en los últimos años han sido numerosas las piezas publicitarias retiradas, sobre todo por vía de autorregulación, por incurrir en el supuesto de publicidad de tono excluyente ilícita al no observar los requisitos anteriormente mencionados.

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

Dado que el ordenamiento jurídico no define la publicidad testimonial, recurriremos al concepto doctrinal propuesto por De la Cuesta Rute (2002) según el cual la *publicidad testimonial* es “aquella que en sus mensajes se hace aparecer a una persona o entidad diferente del anunciante expresando una opinión favorable acerca de éste o de sus productos o servicios” (p. 162).

De esta definición puede deducirse que la nota característica de la publicidad testimonial es el refuerzo que supone contar con el testimonio de una tercera persona que respalda el mensaje publicitario y a la que los destinatarios, por norma general, otorgarán una mayor credibilidad que al propio anunciante.

En consecuencia, a pesar de que el ordenamiento jurídico español no regula, expresamente y de manera general, la publicidad testimonial, la doctrina considera que ésta deberá someterse al principio de veracidad recogido –con carácter general– en la LCD (art. 5) con el objetivo de evitar que incurra en el supuesto de publicidad engañosa.

Las formas de expresión de la publicidad testimonial se considera que pueden ser variadas, tanto como las diversas formas en las que en ella puede manifestarse el

engaño. Así, en la publicidad testimonial el principio de veracidad debe observarse desde una triple perspectiva: la del contenido del mensaje, la de las cualidades del testimoniante y, por último, desde la perspectiva de la opinión manifestada por el testimonio y sus fundamentos. Lema Devesa (2007) describe, de manera exhaustiva, la concreción del requisito de veracidad en la figura de los testimonios sobre la base de cuatro presupuestos:

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

Por otra parte, dado que en la publicidad testimonial se utilizan las circunstancias personales del testimoniante con fines publicitarios, será preciso contar con la autorización del mismo al objeto de no infringir su derecho a la propia imagen.¹⁰⁴ Esta autorización, por norma general, se articula mediante un contrato oneroso que generará las consiguientes obligaciones para cada una de las partes contratantes.¹⁰⁵

En este punto, cabe mencionar que algunas normas de carácter especial prohíben la publicidad testimonial en la promoción de determinados productos o servicios, en

¹⁰⁴ Según lo establecido en la LGP [art. 3 a)] y en la Ley Orgánica 1/1982 de protección del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 7.6).

¹⁰⁵ Véase el apartado 5.4. Otros contratos relevantes en publicidad, pp. 173-177.

su gran mayoría relacionados con el sector médico y sanitario. Así, por ejemplo, a Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios dispone que la publicidad un medicamentos que sea objeto de publicidad al público no deberá incluir “ni testimonios sobre las virtudes del producto ni de profesionales o personas cuya notoriedad pueda inducir al consumo” [art. 78.2 d)]

En atención al perfil de los testimoniantes, Lema Devesa (2007) identifica tres grandes categorías de testimonios publicitarios a los que, como expondremos a continuación, se les confiere unos requisitos de licitud específicos: los testimonios de personas célebres o famosas, los testimonios de expertos y los testimonios de consumidores.

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

En relación con los *testimonios de expertos*, entenderemos como *experto* “la persona, grupo o institución que, como resultado de la experiencia, estudio o adiestramiento, posee conocimientos de un tema determinado superiores a los generalmente adquiridos por personas comunes” (p. 196). Sobre la base del principio de veracidad, los testimonios de experto siempre *requerirán* que la cualificación real del experto coincida con la que se le atribuye en el anuncio. Además, para su licitud también se exigirá que en la publicidad los conocimientos del testificante se relacionen con el producto o servicio anunciados y que el testimonio se base en un examen auténtico del producto o servicio anunciados. En caso de que el experto sea una organización su testimonio siempre deberá reflejar el criterio oficial de ésta.

Por último, los *testimonios de consumidores*, también denominados testimonios de personas comunes, son aquellos realizados por personas físicas que adquieren

bienes o contratan la prestación de servicios en el mercado para satisfacer sus necesidades privadas. Como *requisito de licitud* el testimonio de consumidores exige que el resultado obtenido por el testimoniante sea indicativo del que obtendría la generalidad de los consumidores en condiciones normales de uso de un determinado producto o servicio. De no ser así, el anunciante, o bien deberá matizar que el resultado sólo se obtendrá en las circunstancias descritas, o bien advertir sobre el carácter excepcional del mismo.

Dada su relevancia en la práctica publicitaria, a modo de reflexión final, tan sólo apuntar que resulta un tanto sorprendente que el legislador no haya contemplado en la legislación publicitaria, de una manera explícita, la regulación del uso de testimonios en publicidad, si bien es cierto que la prueba de los requisitos de licitud apuntados por Lema Devesa, en algunos casos, puede preverse complicada.

6.6. La publicidad desleal

Retomando las tipologías de publicidad ilícita mencionadas en el artículo 3 e) de la LGP, a continuación abordaremos el alcance de la publicidad desleal, un supuesto cuya regulación, a raíz de los cambios introducidos por la ley 29/2009, el legislador deriva a la LCD.

Se da la circunstancia que, actualmente, ni la LGP ni la LCD especifican en sus respectivos articulados las modalidades publicitarias que engloba el concepto genérico de publicidad desleal. Tomando como referencia la redacción original de la LGP –que sí contemplaba, antes de la reforma de 2009, la definición y modalidades de publicidad desleal–, la doctrina (Tato Plaza *et al.*, 2010) apunta a que la remisión recogida en el art. 3 e) de la LGP ha de entenderse efectuada a los siguientes artículos de la LCD: art. 4 (cláusula general), arts. 6 y 20 (actos de confusión), art. 9 (actos de denigración), art. 10 (actos de comparación) y art. 12 (actos de explotación de la reputación ajena).

Antes de adentrarnos en el estudio de la publicidad desleal, conviene recordar que, desde un punto de vista económico y empresarial, y sobre la base del principio de libertad de empresa (art. 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, recordemos, considera ilícita la publicidad desleal de manera explícita en su artículo 3 e).

En este punto, conviene recordar que, con carácter general, el nuevo texto de la LCD establece que la publicidad considerada ilícita por la LGP se reputará desleal (art. 18). La doctrina de referencia (Tato Plaza *et al.*, 2010; Lema Devesa y Patiño Alves, 2012) coincide en considerar innecesario este artículo, en tanto que la propia LGP ya establece que, en la actualidad, a todas las modalidades de publicidad ilícita les será aplicable el régimen de acciones en materia de competencia desleal. Por tanto, a efectos prácticos “poco importa que una determinada modalidad publicitaria se califique como publicidad ilícita o acto de competencia desleal” (Lema Devesa y Patiño Alves, 2012, p. 679).

A continuación, abordaremos, en primer lugar, el alcance de la *cláusula general* aplicable a los actos de competencia desleal y, por extensión, también a la publicidad desleal y, en los siguientes subapartados, nos detendremos en la especificidad de las diferentes *modalidades de publicidad desleal* que podemos identificar en la LCD, a saber, la publicidad denigratoria, la publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena y la publicidad comparativa que no se ajuste a los requisitos establecidos en la LCD. Como apunta Lema Devesa (2007), la *característica común* de estas modalidades es, que “en todas ellas, el empresario anunciante hace una referencia explícita o implícita al competidor, a los signos distintivos de éste o a sus productos o servicios” (p. 408).

El nuevo texto de la LCD contempla la tradicional *cláusula general* en materia de competencia desleal por la que, en el marco de las relaciones entre empresas “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe” (art. 4.1). Ahora bien, como apunta Gómez Segade (2010) tras los cambios introducidos por la Ley 29/2009, el parámetro de deslealtad recogido en la LCD

presenta una naturaleza bifronte, en tanto que a esta cláusula generalista, el legislador le añade una segunda cláusula que el autor denomina consumerista.

Esta *segunda cláusula general*, aplicable únicamente a las relaciones de las empresas con los consumidores y usuarios, establece que la deslealtad de una conducta, –en este caso, una acción publicitaria– vendrá determinada por la concurrencia de dos *requisitos*: que el comportamiento del anunciante sea contrario a la diligencia profesional y que dicho comportamiento pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor.

En relación con el primer elemento, para que entre en juego la presunción de que el comportamiento del anunciante es contrario a la buena fe, este comportamiento debe ser contrario a la *diligencia profesional* entendida por el legislador como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado. En opinión de la doctrina, esta cláusula general debe ser objeto de una interpretación funcional conforme a los fines de la reforma europea y española de la competencia desleal. De este modo, deberán considerarse objetivamente contrarias a las exigencias de la buena fe aquellas prácticas publicitarias que sean aptas para anular, obstaculizar o mermar la capacidad del consumidor de adoptar decisiones libres y autónomas (Tato Plaza, 2010b, p. 11).

El segundo elemento que necesariamente deberá concurrir para que la publicidad incurra en el supuesto de deslealtad es que ésta sea susceptible de *distorsionar de manera significativa el comportamiento económico* del consumidor medio destinatario la publicidad (art. 4.2) en los mismos términos que comentamos al abordar el supuesto de publicidad engañosa.¹⁰⁶

Una vez abordado el alcance de la cláusula general, a continuación nos detendremos en la especificidad propia de cada una de las modalidades de publicidad desleal.

¹⁰⁶ Véase apartado 6.5. La publicidad engañosa, p. 190.

6.6.1. La publicidad denigratoria

La denigración del competidor es una de las formas tradicionales de competencia desleal. La LCD reputa como desleales los actos de denigración y, por extensión, también la denominada *publicidad denigratoria*, entendida como aquella que difunde “manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes” (art. 9). Además, el legislador concreta en el mismo artículo que “no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualquier otro circunstancia estrictamente personal del afectado”.

Desde el punto de vista de la actividad publicitaria, el profesor De la Cuesta Rute (2002) identifica las siguientes *notas características* de la publicidad desleal por denigratoria sobre la base de su regulación en la LCD:

- La denigración consiste en una acción lesiva para el crédito comercial, esto es, el crédito del que gozan en el mercado quienes operan en él; así, por medio de la denigración se intenta la merma o el menoscabo de la reputación, fama o aprecio de que goza el tercero.
- La denigración en publicidad puede afectar a la persona del agente en el mercado, a su organización, a los bienes que produce o comercializa, a su actividad, al modo de ejercerla y a sus signos distintivos.
- Para incurrir en un supuesto de denigración el legislador no exige que ésta se produzca de manera efectiva; basta que lo manifestado por el anunciante sea apto para producir el menoscabo del crédito comercial del competidor en aludido en la publicidad.
- La denigración exige que se identifique a la víctima del descrédito, aunque ello no supone que éstas deban ser mencionadas de modo expreso en la publicidad; basta con que los destinatarios puedan reconocerlas por indicios, referencias indirectas u otras circunstancias.

- Por último, se considera que la denigración existe aunque el anunciante no tuviera intención de denigrar; en todo caso, conviene recordar que para valorar si un anuncio es objetivamente apto para producir el descrédito deberemos tomar como referencia el punto de vista del consumidor medio que represente al conjunto de los destinatarios del mensaje.

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 desleal, por denigratoria, a la publicidad. Tradicionalmente, la LGP había guardado silencio al respecto pero, a raíz de las modificaciones en el régimen legal de la publicidad, la LCD pasó a excluir, explícitamente, de los actos de denigración las manifestaciones “que sean exactas, verdaderas y pertinentes” (art. 9).

Por tanto, a modo de *excepción*, no se incurrirá en el supuesto de publicidad desleal cuando se realicen afirmaciones que, a pesar de ser aptas para provocar el descrédito del competidor, no sean exactas, verdaderas y pertinentes. El profesor Massaguer Fuentes justifica esta “excepción de veracidad” sobre la base, por un lado, del reconocimiento constitucional del derecho a la información y, por otro, por el cumplimiento de las mínimas exigencias de la competencia económica, por cuanto la LCD no puede suponer un freno indiscriminado a la difusión de información veraz en el mercado bajo el pretexto de salvaguardar un crédito obtenido precisamente gracias a una asimetría de información (En Bercovitz Rodríguez Cano, 2011, p. 238).

Al objeto de clarificar conceptos, De la Cuesta Rute (2002) apunta que el objetivo de la publicidad desleal denigratoria es el contrario del de la publicidad engañosa por confusión.¹⁰⁷ Así, mediante la *denigración*, el anunciante pretende que, indirectamente, sus prestaciones sobresalgan sobre las de aquél al que se denigra. En cambio, mediante la confusión, el anunciante pretende confundir a sus destinatarios sobre el origen o procedencia de sus productos o servicios, como si

¹⁰⁷ En su versión original y hasta los cambios operados por la Ley 29/2009, la LGP tipificó como desleal la denominada publicidad confusionista que, recordemos, que es aquella que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores. Actualmente, el legislador entiende que el riesgo de confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia de la prestación constituye una manifestación específica del riesgo de engaño.

fueran de otro; y, todo ello, por el mayor prestigio o reputación de la que goza este último, con el que al anunciante le conviene confundirse.

Desde un punto de vista jurisprudencial caben destacar dos sentencias en las que el TS confirma sendas condenas por publicidad denigratoria y desleal dictadas por los tribunales de instancia. En primer lugar, la STS 575/2002 de 4 de junio [RJ\2002\4978] confirma el carácter denigratorio y desleal de un anuncio difundido en la prensa comarcal catalana en la que la cadena de establecimientos de alimentación Bon Preu, S.A. realiza una comparación denigratoria bajo el eslogan “Amb la salut no s’hi val jugar”, respecto a los servicios prestados la entidad Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. y a raíz de la cual ésta interpuso, inicialmente, la demanda.

A pesar de la vinculación adicional del caso con el supuesto de publicidad comparativa, mencionamos en este punto la sentencia en tanto que el pronunciamiento del TS, como detallamos a continuación, centra sus argumentos en el carácter denigratorio de la publicidad origen de controversia.

A este resultado llega el Juzgador, después, de haber analizado las características del anuncio, su formato, con referencia al tamaño de las letras y, por tanto, al resultado de lo que estimaban pautas importantes del mensaje y sus contrastes, y finalmente, sus contenidos que remarcan las diferencias entre unos servicios, los de la demandada, modelos de controles de identidad y, otros, los de la demandante que coinciden en la falta de higiene de las instalaciones que lo prestan, y deficiente estado de conservación y limpieza de las mismas. Asimismo, la sentencia recurrida, respecto de la «exceptio veritatis», admitida expresamente como enervatoria de la acción respecto de los actos de competencia desleal denigratoria, y silenciada, no obstante, por el precepto que aplica, rechaza el supuesto problema, ya que: a) falta a la veracidad la reproducción de datos o hechos aún ciertos cuando es parcial o sesgada; b) la ambigüedad del anuncio induce fácilmente al consumidor a creer en la permanencia del cierre el día de difusión del mismo –en el único lugar en que se refleja la reapertura es al final de la tercera columna de la noticia reproducida en diminuta grafía en la mitad izquierda de la parte cuarta del anuncio–; c) la difusión de la noticia devino extemporánea –el anuncio se inserta en la edición de 8 de julio de 1994 cuando el cierre tuvo lugar el 24 de mayo–; y d) a la pertinencia del tratamiento de la noticia no es indiferente la descontextualización geográfica.

Por su parte, a pesar de que, en este caso, el TS no entra a valorar el fondo del asunto en tanto que el recurso se formula en términos procesales, tan sólo apuntaremos que la STS 407/2007 de 3 de abril confirma la sentencia de primera instancia por la cual se declara “el carácter desleal de parte de la campaña de publicidad realizada por la sociedad Fuentes SA para promocionar los productos de “El Pozo” por haber difundido informaciones absolutamente incorrectas sobre el nivel de colesterol de los huevos que vienen a desacreditar la imagen de éstos en el mercado”. El anuncio, declarado denigratorio y desleal, se emitió en el año 1995 por televisión y en él se afirmaba que los productos de El Pozo tenían un niveles de colesterol muy bajos respecto a otros alimentos y, concretamente, en relación con el huevo y su yema.

A continuación, abordaremos otro supuesto de publicidad desleal, la publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena –también conocida como *publicidad adhesiva*– en este caso vinculada directa y adicionalmente a la legislación en materia de marcas.

6.6.2. La publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena

Bajo la rúbrica de *explotación de la reputación ajena*, la LCD considera desleal:

El aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones como “modelo”, “sistema”, “tipo”, “clase” y similares. (art. 12).

Por extensión, desde el punto de vista publicitario, la doctrina considera a la denominada *publicidad adhesiva* o *parasitaria* la principal modalidad de publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena. Lema Devesa (2007) clarifica el concepto de publicidad adhesiva a partir de los objetivos que el anunciante persigue con la misma:

En la publicidad adhesiva el anunciante trata de equiparar los productos o servicios propios a los de un competidor, con lo que trata de apropiarse también de la reputación ajena en beneficio propio. En otras palabras, en la publicidad adhesiva el anunciante atribuye a sus productos o servicios el goodwill que suelen poseer los productos o servicios de un tercero identificados a través de una marca notoria o renombrada. (p. 409).

Del propio concepto de publicidad adhesiva se desprende que en esta modalidad de publicidad desleal –y, por tanto, ilícita– confluyen dos disciplinas jurídicas: el derecho contra la competencia desleal y el derecho de propiedad industrial y, más concretamente, el derecho de marcas. La doctrina apunta que la relación entre estos dos ámbitos normativos ha evolucionado a lo largo del tiempo y constata una influencia recíproca en ambas disciplinas, lo que se tradujo, por ejemplo, en la incorporación a la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas¹⁰⁸ (LM) de la definición jurídica de las marcas y los nombres comerciales notorios y renombrados, respectivamente (Bercovitz Rodríguez-Cano).

Con el fin de facilitar la comprensión y el alcance de la modalidad de publicidad desleal por explotación o aprovechamiento de la reputación ajena, a continuación detallaremos –de manera complementaria y sintética– el contenido de la LM directamente relacionado con este supuesto y, de un modo más indirecto, también con el de la publicidad engañosa por confusión.

En primer lugar, conviene destacar que la LM tiene por objeto establecer el régimen jurídico de los signos distintivos, categoría jurídica que configura uno de los grandes ámbitos de la propiedad industrial.¹⁰⁹ El legislador garantiza la protección de los signos distintivos a través del reconocimiento y concesión de dos derechos de propiedad industrial: el derecho de propiedad sobre la marca y el derecho de propiedad sobre el nombre comercial.

La LM define la *marca* como “todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los

¹⁰⁸ En 2001, el legislador español concluyó la reforma de la legislación en materia de signos distintivos, fruto de la cual se derogó la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas y se aprobó el texto de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas todavía vigente.

¹⁰⁹ En desarrollo de la Ley 17/2001, unos meses después de su promulgación, vio la luz el Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

de otras”¹¹⁰ (art. 4.1). Por su parte, esta misma ley define el *nombre comercial* como “todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares”¹¹¹ (art. 84.1). Salvo disposición contraria en el Capítulo III –Disposiciones comunes– de la Ley de Marcas, lo dispuesto en relación con las marcas será de aplicación al nombre comercial en la medida en que no sea incompatible con su propia naturaleza.

Con carácter general, la LM establece que el derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquirirá mediante el registro de los mismos, válidamente efectuado, en el Registro de Marcas que tendrá carácter único en todo el territorio nacional y dependerá de la Oficina Española de Patentes y Marcas.¹¹² El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico (art. 34.1 LM).

Así, el legislador faculta al titular de una marca registrada a prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico, por una parte, cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada y, por otra, cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público. El riesgo de confusión, como vimos al abordar la publicidad engañosa por confusión, incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca (art. 34.2 LM).

¹¹⁰ Y más concretamente, la Ley de Marcas detalla que tales signos podrán ser: las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas; las imágenes, figuras, símbolos y dibujos; las letras, las cifras y sus combinaciones; las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación; los sonoros y, por último, cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores. (art. 4.2).

¹¹¹ En particular, la Ley de Marcas establece que podrán constituir nombres comerciales: los nombres patronímicos, las razones sociales y las denominaciones de las personas jurídicas; las denominaciones de fantasía; las denominaciones alusivas al objeto de la actividad empresarial; los anagramas y logotipos; las imágenes, figuras y dibujos y, por último, cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores. (art. 87.2)

¹¹² Para ampliar la información al respecto se recomienda consultar el sitio web de la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM): <<http://www.oepm.es/es/index.html>> [Consulta: 20 de octubre de 2015].

En relación directa con la *publicidad adhesiva*, el titular de la marca puede también prohibir el uso, sin su consentimiento, de cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que esté registrada la marca y se den los siguientes *presupuestos*: que la marca sea notoria y renombrada en España; que la utilización del signo se realice sin justa causa y que mediante la mencionada utilización del signo se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada. Además, el legislador menciona explícitamente a la publicidad entre el listado de prohibiciones especiales derivadas del cumplimiento de las condiciones anteriormente mencionadas.

En este punto cabe destacar que la LM estableció por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal del concepto de marca notoria y marca renombrada fijando, como ya hemos apuntado, el alcance de su protección. Así, a los efectos de la LM se entenderá por *marca o nombre comercial notorios*:

Los que, por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial (art. 8.2).

Por su parte, tendrán el carácter de *marca o nombre comercial renombrados* aquellos que “sean conocidos por el público en general” (art. 8.3 LM).

Por tanto, podemos afirmar que la distinción entre las marcas y nombres comerciales notorios y renombrados reside en el grado de difusión de las mismas entre el público. Así, las *marcas y nombres comerciales notorios* serán aquellos que puedan considerarse ampliamente conocidos en el sector del mercado al que pertenecen. Por su parte, las *marcas o nombres comerciales renombrados* son, como ya hemos indicado, conocidos por el público en general.

Una vez aclarados estos conceptos, conviene destacar que la LM extiende las prohibiciones de uso de la marca registrada sin consentimiento del titular a la marca “notoriamente conocida” en España pero, en este último caso, la protección se

limita a los productos o servicios similares a aquellos para los que utiliza la marca o el nombre comercial notorio o renombrado (art. 34.5 LM).

Por último, a modo de *excepciones* de carácter general, la LM dispone que:

El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso en el tráfico económico, siempre que ese uso se haga conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial: a) De su nombre o dirección; b) De indicaciones relativas a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, procedencia geográfica, época de obtención del producto o de prestación del servicio, u otras características de éstos; c) De la marca, cuando sea necesaria para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular como accesorios o recambios. (art. 37).

De este modo, el legislador justifica ciertas excepciones al derecho de propiedad sobre la marca siempre que tal uso esté justificado y no incurra en el supuesto de deslealtad.

Con anterioridad a la modificación del régimen legal de la publicidad, la LGP regulaba de manera explícita la *publicidad que explota indebidamente la reputación ajena* a partir del principio que, en publicidad, cualquier referencia a signos ajenos debería estar justificada, bien mediante autorización del titular del signo, bien cuando sirve de referencia a comparaciones lícitas o, por ejemplo, cuando el uso de la marca ajena sea necesario para identificar la prestación propia que se ofrece o para indicar la destinación de un producto o servicio.¹¹³ Entendemos, por tanto, que este principio, a pesar de no estar contemplado de manera explícita en la legislación, continua, actualmente vigente.

¹¹³ Tal sería el caso de la *publicidad de accesorios y recambios*, muy común en determinados sectores industriales. En la publicidad de accesorios y recambios se hace referencia a otro empresario, producto o servicio, para indicar el destino de los propios productos. Esta modalidad publicitaria difiere esencialmente de la publicidad adhesiva desleal, en tanto que el anunciante no pretende atribuir a los propios productos la reputación ajena, sino simplemente informar de los productos con los que se puede utilizar el repuesto o accesorio. Recordemos que esta conducta es una de las excepciones contempladas, explícitamente, en el art. 37 de la Ley de Marcas al justificar la mención a la marca ajena en publicidad cuando ésta necesaria para indicar el destino de un producto o de un servicio (Lázaro Sánchez, 2009).

En la legislación actual, la regulación de este tipo de publicidad se contempla únicamente en la LCD que, como hemos apuntado, considera desleal el aprovechamiento indebido de la reputación ajena adquirida por un tercero en el mercado (art. 12). En este punto nos remitimos a lo expuesto en materia de protección del derecho de marcas en lo que se refiere a los detalles de la regulación específica de este supuesto.

Cabe destacar que la doble protección –LM y LCD– antes mencionada, la doctrina entiende que a los supuestos de utilización de la marca ajena en publicidad se les deberán aplicar, en primera instancia, el contenido de la normativa de marcas. Únicamente cuando se den circunstancias adicionales que así lo exijan, se les aplicará, también, la LCD y, en contadas ocasiones, se podrá aplicar solamente la LCD, como por ejemplo, en caso de no estar la marca ajena registrada. A este respecto Bercovitz Rodríguez-Cano (2011) apunta, de manera gráfica y clarificadora, que:

La protección de los derechos exclusivos y la protección contra la competencia desleal forman dos círculos concéntricos, de manera que el círculo interior equivaldría a la protección de los derechos exclusivos, una protección más fuerte y sólida, y el círculo exterior equivaldría al de la protección por competencia desleal, menos sólida pero más amplia (p. 329).

En tanto que la publicidad confusionista –el tercer supuesto de publicidad desleal contemplado tradicionalmente en la redacción originaria de la LGP– ha pasado regularse dentro junto a los actos de engaño, la publicidad denigratoria y la que aprovecha indebidamente la reputación ajena configuran actualmente los dos ilícitos publicitarios en materia de publicidad desleal. No obstante, Junto a la publicidad denigratoria y la publicidad que aprovecha indebidamente la reputación ajena, la LCD considera desleal la *publicidad comparativa* pero, como veremos a continuación, únicamente en el caso de que no se ajuste a los requisitos de licitud establecidos por el legislador.

A modo de aclaración conceptual, tan sólo destacar que, en este caso, la jurisprudencia ha diferenciado el uso de la marca ajena en la publicidad comparativa y en la publicidad adhesiva. Así, mediante la *publicidad comparativa* se entiende que el anunciante “busca distanciarse del competidor para mostrar la superioridad

de la propia oferta”, mientras que en la *publicidad adhesiva* lo que se busca es “equipararse a la oferta ajena, intentando colocar la oferta propia en un plano de igualdad respecto de la oferta competidora” (Bercovitz Rodríguez Cano, 2011, p. 327).

En esta misma línea, los resultados del análisis jurisprudencial realizado, identificaron una única sentencia dictada por el TS en materia de publicidad adhesiva, la STS 204/2010 de 7 de abril [RJ\2010\2546]. En un complejo proceso judicial en materia de derecho de marcas y competencia desleal, el TS confirmó la condena por publicidad desleal y adhesiva del fármaco Fluoxetina Ratiopharm por aprovechamiento indebido de la reputación del fármaco competidor Prozac. Además, el fallo del TS desestimó la posibilidad de que la publicidad objeto de controversia constituyera un ejemplo de publicidad comparativa sobre la base del siguiente argumento:

Se desestima, por cuanto el Tribunal de apelación negó con claridad - en el fundamento de derecho sexto - que el uso de la marca " Prozac" por las ahora recurrentes, al promover la compra de la "fluoxetina ratiopharm", constituyera un ejemplo de la conocida como publicidad comparativa, calificándola como desleal por adhesiva, a causa de que los anuncios no hacían referencia al producto ajeno para resaltar las ventajas del propio, sino las características comunes, con el fin de convencer a los consumidores de una equivalencia entre el de Elli Lilly and Company, muy conocido en el mercado, y el de Ratiopharm España, SA.

A continuación, abordaremos la regulación de la publicidad comparativa, una modalidad cuya regulación explica que, a menudo, este supuesto se presente en la práctica vinculado a algunos de los ilícitos anteriormente mencionados.

6.6.3. La publicidad comparativa desleal

La publicidad comparativa es otro de los supuestos que, a raíz de los cambios introducidos por la Ley 29/2009, ha dejado de estar regulada en la LGP y, en la actualidad, es la LCD la que contempla los actos de comparación, entre los que destaca, explícitamente, la publicidad comparativa (art.10).

La LCD no contempla, en su articulado, la definición de la publicidad comparativa. Por ello, hemos recurrido a la Directiva 2006/14/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa para comprobar que el legislador comunitario define de manera escueta la *publicidad comparativa* como “toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor” (art. 2).

Antes de abordar la regulación de la publicidad comparativa, conviene destacar que en Europa –no así en los Estados Unidos–, tradicionalmente se había observado con cierta reticencia a esta modalidad publicitaria al considerar el riesgo que la comparación pudiera entrañar un acto de denigración. Por ello, en la mayoría de países de Europa la publicidad comparativa fue durante años considerada una práctica desleal y, por tanto, ilícita.

No obstante, a mediados de los años setenta del pasado siglo, la Comisión Europea comenzó a barajar la posibilidad de armonizar el derecho interno de los Estados miembros, también en materia de publicidad comparativa. Tal fue la oposición de algunos Estados al reconocimiento de la licitud de la publicidad comparativa que el proyecto inicial de Directiva tuvo que reducir su ámbito de aplicación a la publicidad engañosa. Pero el debate continuó en la Comisión hasta que en 1997 se aprobó la ya derogada Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre, por la que se modificó la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa a fin de incluir en ésta la regulación de la publicidad comparativa, que pasaba a considerarse lícita siempre que cumpliera unos determinados requisitos (De la Cuesta Rute, 2002).

La doctrina mayoritaria, encabezada por los profesores Tato Plaza (1996a), Lema Devesa (2007) y De la Cuesta Rute (2002), también defiende la tesis de la *legitimidad de la publicidad comparativa*, siempre que ésta se sustente en datos verídicos y objetivos y que, en ningún caso, denigre al competidor en cuestión o a sus productos o servicios. El fundamento de tal legitimidad se encuentra en sus beneficiosos efectos para el mercado, a través de la información que facilita a sus destinatarios. No obstante, conviene destacar que, dada su estricta regulación, en España –a diferencia por ejemplo de los Estados Unidos– la utilización de la publicidad comparativa es, todavía hoy, muy escasa.

A partir de la escueta definición jurídica de la publicidad comparativa recogida en la Directiva 2006/114/CE, la doctrina ha desarrollado una definición más amplia y completa que recoge las principales notas características de esta modalidad publicitaria. Tato Plaza¹¹⁴ (1996a), a la vista de sus elementos constitutivos, define la *publicidad comparativa* como aquella en la que “el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos” (p. 41).

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

Para garantizar el criterio de objetividad en la comparación y, sobre todo, al objeto de evitar cualquier tipo de práctica que distorsione la competencia, perjudique a los competidores y pueda ejercer un efecto negativo sobre los consumidores y usuarios, el legislador ha establecido una serie de requisitos de licitud de la publicidad comparativa. Como veremos, en su gran mayoría, estos requisitos pretenden garantizar la veracidad del contenido del mensaje con el fin de que la comparación no pueda inducir a error a sus destinatarios. Autores como De la Cuesta Rute (2002) consideran que estos requisitos serían prescindibles, puesto que se limitan a reiterar una obviedad: será ilícita la publicidad comparativa que incurra en cualquier supuesto de publicidad ilícita o desleal. No obstante, en nuestra opinión, el detalle de los requisitos de licitud facilita la comprensión de los límites jurídicos de esta modalidad publicitaria.

La LCD, en su art. 10, establece que para que la publicidad comparativa sea lícita, debe cumplir los cinco *requisitos de licitud* que se exponen a continuación:

¹¹⁴ El profesor Anxo Tato Plaza abordó la regulación de la publicidad comparativa en su tesis doctoral, dirigida por el profesor José Antonio Gómez Segade. Véase: Tato Plaza, A. (1995). *A publicidades comparativa*. (Tesis doctoral no publicada). Universidad de Santiago de Compostela.

- 1) Los *bienes o servicios comparados* deberán tener la *misma finalidad* y satisfacer las mismas necesidades. De este modo, por ejemplo, dos productos pertenecientes a distintos géneros podrán ser comparados, de modo objetivo, siempre que cumplan el mismo objetivo o finalidad.
- 2) La *comparación* deberá realizarse *de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas* de los bienes o servicios comparados, entre las cuales podrá incluirse el precio. Este punto resulta especialmente relevante, puesto recoge los diferentes requisitos esenciales de la publicidad comparativa en un único precepto que, junto al anterior, establecen su régimen general de licitud.
- 3) En tercer lugar, la LCD contempla un *supuesto específico*: en el caso de que los productos comparados estén amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.
- 4) Además, la LCD prohíbe la publicidad comparativa que presente bienes o servicios como *imitaciones* o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido. El legislador prohíbe, por tanto, comparar una imitación con la copia original, si esta última está protegida por un signo distintivo.
- 5) Finalmente, el legislador recuerda que será desleal y, por tanto ilícita, la publicidad comparativa que infrinja lo dispuesto en la LCD en materia de publicidad engañosa (art. 5, 7 y 20), publicidad denigratoria (art. 9) y publicidad que aproveche indebidamente la reputación ajena (art. 12).

Tras analizar la jurisprudencia europea y estatal en materia de publicidad comparativa, Lema Devesa (2007) sostiene que: por una parte y según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), los requisitos de licitud de la publicidad comparativa deben interpretarse en el sentido más favorable para esta modalidad publicitaria; por otra parte, también resulta relevante que, en esta misma línea, el TS español haya variado recientemente su criterio inicial para reconocer

que la publicidad comparativa “tiene lugar no sólo cuando la referencia al competidor es expresa, sino también cuando la referencia es implícita: se requiere que el destinatario pueda identificar nítidamente a la empresa o producto aludido” (pp. 459-460).

En este mismo sentido, los resultados de nuestro análisis jurisprudencial constatan que el TS ha enjuiciado en los últimos veinte años algunos supuestos en relación con la publicidad comparativa. En primer lugar, la STS de 24 de febrero de 1997 [RJ\1997\1195] confirmó la sentencia previa de la AP de Madrid de marzo de 1993 que desestimaba, entre otras peticiones, que el anuncio de Pepsi difundido en televisión y descrito a continuación pudiera constituir un supuesto de publicidad comparativa.

El anuncio consiste en la actuación de un cantante de música moderna, denominada «rap» llamado M. C. Hammer, que durante un concierto o festival ante numeroso público consume bebida refrescante «Pepsi Cola»; en un instante determinado una voz en off anuncia el cambio de la bebida que consume «por otro refresco de cola» en el momento en que el cantante protagonista del anuncio bebe de un vaso de color blanco, sin ningún tipo de distintivo o referencia, cambia de manera brusca el ritmo de su actuación, abandonando la trepidante música rap, comenzando a entonar una canción melódica ante el desconcierto del auditorio, hasta que uno de los espectadores le lanza un bote de «Pepsi», probando su contenido M. C. H., y volviendo de nuevo a la interpretación rap, finalizando con la frase «Pepsi es lo de hoy». Existe además el empleo de la palabra inglesa «feeling» que es precisamente utilizada en los anuncios de «Coca Cola» con la traducción de «sensación», pero que puede traducirse por sentimiento.

Tras analizar el contenido del anuncio y las pruebas aportadas por las partes, el TS confirmó, como hemos avanzado, el pronunciamiento de la AP y descartó que el anuncio objeto de la demanda interpuesta por Coca-Cola –el principal competidor de Pepsi– constituyera un supuesto de publicidad comparativa, desleal o engañosa mediante los siguientes argumentos:

La Audiencia declara que del anuncio no «puede inferirse una comparación entre "Coca Cola" y "Pepsi Cola", si no es desde una "propia posición subjetiva de la actora", el anuncio no contiene referencia expresa alguna del anunciante "Pepsi Cola", a su competidora "Coca Cola", y sí una mención a "otro refresco de cola", que

la actora identifica consigo misma» . Estas declaraciones, como hechos, no están desvirtuados y como conclusión fáctica obtenida de la apreciación de las pruebas, no se ha obtenido contrariando regla probatoria alguna .

Sostener que por sí solos estos hechos son subsumibles en las conductas prohibidas por el artículo 6, es arriesgada conclusión jurídica puesto que evidentemente no es publicidad denigratoria, pues no es denigrante para ningún refresco que no produzca excitación o «marcha», como se dice en lenguaje vulgar al uso. Es pura deducción subjetiva, so pretexto de mantener una posición predominante en el mercado, atribuirse la condición de víctima del anuncio cuando es evidente que son varias las «otras colas» existentes en el mercado .

Está perfectamente valorado el carácter del anuncio como exagerado, ingenuo e inverosímil y no favorece a la juventud el criterio sostenido por la propia actora que la estima manipulable y además consumidora de estos productos no por su carácter de «refresco», como se autodefinen, sino como estimulantes, y que esta característica sea la que debe divulgarse para lograr ventas.

Que el anuncio sea o no testimonial, dependerá del grado de formación de los destinatarios, pues unos seguirán los supuestos hábitos del artista anunciante por su popularidad, otros creerán lo que dice y otros, por último, sabrán que el anuncio es venta de una popularidad y no manifestación de los propios gustos.

La publicidad además no es comparativa, porque no identifica la marca de la competencia, ni explícita ni implícitamente, porque ni la nombra ni puede darse por aludida la actora cuyos consumidores conocen perfectamente los efectos que produce su ingestión .

Sólo desconociendo el sentir de la juventud a la que va dirigida la canción, se puede dudar de la conclusión obtenida por la Audiencia, que califica la a la canción como «publicidad exagerada», y en modo alguno denigrante.

Mediante esta interpretación, el TS sienta jurisprudencia, adicionalmente, en relación con la figura de la exageración publicitaria que será abordada, con más detalle, en la parte final de este capítulo.¹¹⁵

¹¹⁵ Véase apartado 6.10. La exageración como excepción, p. 265.

En relación con la STS 691/2005 de 5 de octubre [RJ\2005\8755] ya comentada en materia de publicidad engañosa, el TS rechazó, también, la posibilidad de que la publicidad del televisor de alta gama objeto de controversia¹¹⁶ constituyera un supuesto de publicidad comparativa y desleal en los siguientes términos:

La respuesta casacional al motivo así planteado pasa por puntualizar que difícilmente cabe encuadrar el anuncio litigioso en la modalidad comparativa de publicidad desleal: en primer lugar, porque si bien es cierto que la redacción del artículo 6 c) aplicable al caso no presuponía la alusión explícita o implícita a un competidor, como ahora sí hace ese mismo artículo por relación con el nuevo artículo 6 bis, no lo es menos, de un lado, que tal requisito podía considerarse latente en el espíritu del precepto y, por otro, que en cualquier caso la comparación del anuncio litigioso nunca buscaba ensalzar las ventajas del producto propio sobre el ajeno sino, muy al contrario, ensalzar aquél resaltando las excelencias de éste; y en segundo lugar, en suma, porque en la impresión causada por el anuncio litigioso siempre prevalecería la confrontación de dos productos tan distintos como excelentes, un mueble escritorio de estilo o aire clásico, lo que no excluye su fabricación actual, y un televisor de alta resolución perteneciente a la gama más alta de una de las marcas de mayor renombre mundial, todo ello unido a la publicación del anuncio en una revista dirigida a los clientes con tarjeta de la más importante cadena española de centros comerciales.

Por lo que se refiere al descrédito o menosprecio de la actora-recurrente, aducidos en el alegato del motivo por más que en su encabezamiento no se cite como infringida la letra a) del artículo 6 correspondiente a tal planteamiento, lo antedicho justifica prácticamente por sí solo el rechazo de tal argumento del recurso pues en realidad se presentaba el televisor de la empresa anunciante como un producto excelente tomando el mueble escritorio de la actora como auténtica referencia de calidad en el mueble clásico; en definitiva, transmitiendo crédito y aprecio allí donde la parte recurrente advierte descrédito y menosprecio.

Queda por examinar si el anuncio podía considerarse contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. Pero este último planteamiento del motivo debe ser asimismo rechazado: primero, porque también en el texto que precede a la cláusula de cierre de la letra b) del artículo 6 parece estar latente la idea de conflicto entre empresas competidoras; y segundo, porque en ningún caso se dio el uso de

¹¹⁶ La descripción del anuncio objeto de controversia se ha detallado, previamente, al abordar el pronunciamiento del TS en relación con el supuesto de publicidad engañosa- Véase apartado 6.5. La publicidad engañosa, p. XX.

siglas, marcas o distintivos de la empresa demandante que igualmente precede a la referida regla o cláusula de cierre.

Por último, el TS sí apreció existencia de publicidad desleal, comparativa y denigratoria en el mensaje publicitario difundido por una perfumería de Palma de Mallorca descrito en la STS 130/2006 de 22 de febrero [RJ\2006\828] en los siguientes términos:

La demandada, con el fin de promover la venta de sus productos y con ocasión de la apertura de un establecimiento de El Corte Inglés, SA en la mencionada ciudad, distribuyó, desde finales de noviembre de 1994 a primeros de enero de 1995, un mensaje publicitario del siguiente tenor: «en fragancias y perfumes el nuevo Corte se queda corto... ante el gran recorte de siempre de Perfumerías Cañellas». Dicho mensaje lo difundió la anunciante mediante el depósito de los papeles que lo contenían en los buzones de las casas de la ciudad, así como en el interior de prensa diaria para que llegara a los lectores de la misma y mediante un gran cartel colocado en la fachada del local en el que tenía su sede el propio establecimiento.

En este caso, el TS entró en el fondo de la cuestión, revocó la sentencia previa de la AP y confirmó la existencia de publicidad comparativa, engañosa y denigratoria sobre la base de los siguientes criterios:

En efecto, el mensaje publicitario contiene referencia, no expresa pero sí inequívoca, a una competidora de la anunciante («el nuevo Corte...»), en términos tales que sus destinatarios no podían sino identificarla de modo nítido (la actora acababa de abrir un nuevo establecimiento en la ciudad). Además, se establece en él una comparación entre la oferta de la anunciante (... «ante el gran recorte de siempre en Perfumerías Cañellas») y la de la competidora (... «se queda corto»), con la finalidad de destacar que los precios de unos productos eran mejores para los consumidores que los de los de los otros.

Puesto que el mensaje (...) alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor, hay que entender que se trata de un supuesto de publicidad comparativa, la cual está permitida siempre que cumpla los requisitos que la norma le impone y que, en principio, son más rigurosos que los exigidos para otras modalidades, como consecuencia de la necesidad de tutelar los legítimos intereses de los competidores aludidos, además de garantizar a los consumidores una información objetiva y veraz.

Y dado que toda comparación implica un cierto grado de descrédito para la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, la medida de lo tolerable depende del contenido del mensaje, que ha de ser interpretado en su conjunto, sin descomponerlo en partes y atendiendo a la impresión global que sea susceptible de generar en los destinatarios, así como de la necesidad de utilizar la minusvaloración para llevar a cabo una comparación adecuada a todas las exigencias legales que la convierten en lícita.

Con la publicidad cuestionada se trasladó a los consumidores de los productos de perfumería un doble mensaje: el de afirmación de que los precios establecidos por la anunciante eran mas bajos que los de su nueva competidora (lo que, como se señala en la sentencia de la primera instancia, no se ha demostrado cierto); y el consistente en que los precios de la demandante, que acababa de abrir su establecimiento en la ciudad y se hallaba en la urgente situación de captar clientela, eran elevados, no solo en relación con los de la anunciante, sino con lo que las circunstancias exigían («...se queda corto»), lo que constituía un juicio de valor apto para desprestigiar la actividad comercial de la competidora, innecesario al fin de establecer una comparación útil o tolerable para el buen funcionamiento del sistema concurrencial.

Una vez abordados, hasta este punto, los tradicionales supuestos de publicidad ilícita, a continuación describiremos el alcance, tipologías y regulación de un nuevo supuesto, el de la *publicidad agresiva*.

6.7. La publicidad agresiva

Retomando, las tipologías de publicidad ilícita mencionadas en el artículo 3 e) de la LGP, tras la publicidad engañosa y la publicidad desleal, el legislador incorporó en 2009 un nuevo supuesto de publicidad ilícita: la denominada *publicidad agresiva*, cuya regulación se encuentra dispersa en el nuevo texto de la LCD. Como veremos a continuación, bajo la rúbrica de *prácticas comerciales agresivas* la LCD contempla, entre otras, la regulación de las actividades publicitarias que, ante la saturación de los medios de publicidad masivos, optan por el contacto directo e individual con el destinatario de la publicidad.

Autores de referencia como el profesor Fernández-Novoa (2006) apuntan que el legislador comunitario tomó como referencia la figura de la publicidad molesta a la hora de incorporar el nuevo supuesto de prácticas agresivas a la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. A su vez, Tato Plaza *et al.*, (2010) apuntan que el legislador amplió el concepto de manera que bajo la categoría de prácticas agresivas, junto con los supuestos clásicos de la publicidad molesta, actualmente se engloban otros supuestos desleales como, por ejemplo, la indebida presión de compra

Tras analizar el contenido de la LCD, Tato Plaza *et al.* concluyen que la *regulación de las prácticas agresivas* en la LCD es, ciertamente, compleja y que se apoya en tres *piezas básicas*: el *concepto* de práctica comercial agresiva, un listado de *circunstancias* que deben ser tomadas en consideración a la hora de calificar una práctica como agresiva y, finalmente, un *catálogo* o enumeración de conductas calificadas *per se* como agresivas.

Con el objetivo de facilitar la comprensión de esta nueva modalidad de publicidad ilícita, en primer lugar, abordaremos el nuevo concepto jurídico de *práctica comercial agresiva*. En segundo lugar, abordaremos la definición de las prácticas agresivas por acoso y concretaremos las prácticas que pueden ser tipificadas como *publicidad agresiva por acoso* en el catálogo de prácticas agresivas *per se* con los consumidores o usuarios. En tercer lugar, definiremos lo que la doctrina entiende por *publicidad agresiva por coacción* y constataremos que el catálogo de prácticas agresivas *per se* no contiene ninguna práctica relacionada directamente con la actividad publicitaria. En cuarto lugar, abordaremos la definición del concepto de influencia indebida contenida en la LCD, así como el alcance del supuesto de *publicidad agresiva por influencia indebida*. A continuación, en quinto lugar, mencionaremos las conductas tipificadas como *publicidad agresiva per se en relación con los menores* y, por último, concluiremos el estudio de la publicidad agresiva mencionando *otras conductas* tipificadas en el catálogo de prácticas agresivas *per se* con los consumidores o usuarios de escaso alcance desde el punto de vista publicitario.

En relación con el *concepto de práctica comercial agresiva*, su definición se encuentra recogida en el capítulo II de la LCD, dedicado a los actos de competencia

desleal (art.8). En consecuencia, los actos tipificados como prácticas agresivas pueden ser calificados como actos de competencia desleal independientemente de quienes sean sus destinatarios. Como veremos, no sucederá lo mismo con el catálogo de prácticas que se consideran per se agresivas contemplado en el capítulo III de la LCD, dedicado a tipificar las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios (arts. 28, 29, 30 y 31).

Con carácter general, la LCD considera desleales y, en consecuencia ilícitas, las denominadas *prácticas agresivas* y, a su vez, las define como:

Todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. (art. 8.1).

De esta definición de carácter general se desprende que para calificar una *acción publicitaria como agresiva*, deben concurrir dos *presupuestos*: en primer lugar, debe producirse una conducta que pueda ser calificada como acoso, coacción o influencia indebida y, en segundo lugar, la conducta examinada debe ser apta para afectar el comportamiento económico del destinatario de la acción.

Antes de pasar a definir las conductas susceptibles de constituir un supuesto de publicidad agresiva, a continuación avanzaremos el listado de circunstancias que, con carácter general, se deberán tener en cuenta a la hora de valorar si una determinada acción publicitaria hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida (art. 8.2 LCD). Estas circunstancias son las siguientes:

- El momento y el lugar en que se produce la conducta, su naturaleza o su persistencia.
- El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante.
- La explotación por parte del anunciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de

discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio.

- Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador.
- La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

Por último, recordar que en el capítulo dedicado específicamente a las prácticas desleales con los consumidores o usuarios, la LCD desarrolla el catálogo o “lista negra” de *prácticas agresivas en sí mismas*, desleales de manera automática por tanto, sin necesidad de examinar si cumplen los requisitos para ser calificadas como publicidad agresiva por acoso, coacción o bien influencia indebida anteriormente mencionados.

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, la LCD recoge otras prácticas agresivas que no se corresponden con ninguna de las tres categorías anteriormente mencionadas y que no guardan una relación directa con la actividad publicitaria (art.31).

En relación con la primera categoría, la LCD no recoge en su articulado la definición del concepto de acoso. Por ello, nos remitiremos a la definición propuesta por Massaguer Fuentes (2010) quien, a la luz de la fundamentación de la deslealtad y la regulación de las prácticas agresivas concluye:

El acoso consiste en perseguir, importunar, incomodar o apremiar al destinatario como medio para obtener su atención o su decisión respecto de una oferta o conducta contractual (...), sin que sea condición o característica propia del acoso el contacto personal entre oferente o destinatario (como es de ver, por ejemplo, de la

inclusión de técnicas de marketing directo mecanizadas entre los supuestos de acoso del art. 29 LCD). (p. 133).

A partir de esta definición y de lo dispuesto en el catálogo de prácticas agresivas per se con los consumidores y usuarios, la doctrina considera que para que una práctica de publicidad pueda considerarse *publicidad agresiva por acoso* deberán concurrir *dos circunstancias*: en primer lugar, un contacto directo o personal entre el anunciante y el destinatario de la conducta –contacto que podrá darse, también, mediante el uso de medios de comunicación electrónicos–; y, en segundo lugar, que, adicionalmente, concurren una serie de circunstancias que provoquen que el mencionado contacto pueda ser percibido por un destinatario medio –normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz– como un acoso susceptible de incidir en su libertad de elección a la hora de efectuar la compra o la contratación de un bien o servicio (Tato Plaza, 2010b).

Cabe destacar que a la hora de determinar un supuesto de publicidad agresiva por acoso, entre las *circunstancias adicionales* más *relevantes* a tener en cuenta destacan: el lugar y el momento en el que se produce la conducta, su naturaleza y su persistencia. En este sentido, Tato Plaza (2010b) afirma que la posibilidad de calificar un contacto publicitario como acoso se incrementa en cuando éste se produce, bien en un ámbito privado –como el hogar o el lugar de trabajo–, bien en un lugar donde los consumidores no se ven normalmente expuestos a técnicas de marketing directo.

En cuanto al momento en el que se produce el contacto directo o personal entre el anunciante y el destinatario de la acción, Tato Plaza señala como obvio que la posibilidad de ejercer sobre el destinatario una presión suficiente para incidir en su libertad de elección se incrementa cuando aquel contacto tiene lugar, por ejemplo, a través de llamadas telefónicas por la noche o a través de visitas domiciliarias que se prolongan hasta muy tarde. Cabe destacar en este punto que, a raíz de una de las últimas modificaciones del TRLGDCU,¹¹⁷ estas prácticas se han restringido puesto que, entre otros aspectos, actualmente la legislación en materia de consumidores

¹¹⁷ Véase: art. 96 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

prohíbe realizar llamadas telefónicas con finalidad comercial antes de las 9 horas, más tarde de las 21 horas y los festivos y fines de semana (art. 96 TRLGDCU).

Finalmente, destacar también la relevancia de la persistencia en la acción a la hora de calificar una práctica agresiva por acoso. En este sentido, Tato Plaza (2010b) afirma que “aún cuando el contacto se produzca en un momento y lugar que puedan ser considerados habituales, la persistencia del operador económico en entablar ese tipo de contactos, puede ser suficiente para calificar la práctica como coacción” (pp. 9-10)

En el marco del catálogo de prácticas que pueden considerarse agresivas per se en las relaciones con los consumidores o usuarios, la LCD tipifica las siguientes conductas como *publicidad agresiva por acoso*:

- Realizar *visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario*, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella (art. 29.1).
- Realizar publicidad no deseada y reiterada por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual (art. 29.2). Mediante la tipificación de esta práctica, el legislador viene a regular el denominado *spam* o *publicidad no solicitada por cualquier tipo de medio electrónico* que, sobre la base de lo dispuesto en la LCD, será desleal por agresiva siempre que concurren, necesariamente, dos presupuestos:
 - a) Que el destinatario haya manifestado el *deseo de no recibir publicidad* por los citados medios de comunicación a distancia. Así, la LCD obliga al anunciante que utilice estos medios para enviar mensajes publicitarios a prever y mencionar en los mensajes los medios a través de los cuales el consumidor puede dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo publicidad de este anunciante. En el caso de la publicidad telefónica, con el fin de garantizar el derecho a oponerse a recibir este tipo de publicidad, se exige que el anunciante –o la empresa de servicios subcontratada por éste– realice las llamadas desde un número de teléfono identificable.

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

Finalmente, el legislador puntualiza que este último supuesto de *publicidad agresiva por acoso a través de medios electrónicos* “se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente sobre 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” (art. 29.2).

Tras analizar la regulación de la publicidad difundida a través de medios electrónicos de comunicación a distancia, se observa que en la LCD el juicio de deslealtad depende de presupuestos distintos a los exigidos para estas mismas prácticas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI) y en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, configurada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD) y por el Reglamento¹¹⁸ que la desarrolla.

Así, mientras que, con carácter general, estas normativas exigen el consentimiento previo del destinatario para la recepción de publicidad enviada por medios electrónicos, la LCD únicamente considera desleal la publicidad enviada por los mencionados medios a aquellos destinatarios que, previamente, se hubieran opuesto a su envío y siempre que, además, dicho envío se estuviera realizando de forma reiterada (Tato Plaza, *et al.*, 2010).

Tato Plaza *et al.* justifican tales diferencias sobre la base de la distinta finalidad perseguida por las mencionadas normas: así, mientras que el objetivo de la reforma de la LCD consiste en proteger o tutelar los intereses de los consumidores y usuarios frente a las prácticas publicitarias susceptibles de alterar indebidamente su comportamiento económico, la legislación en materia de servicios de la sociedad de

¹¹⁸ Véase el 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.

la información y protección de datos personales persiguen proteger o tutelar la privacidad de los consumidores.

No obstante, como veremos posteriormente, la publicidad difundida a través de medios de comunicación electrónicos debe adecuarse, además de al contenido de la LCD, también a lo dispuesto en materia de regulación de los servicios de la sociedad de la información y de protección de datos de carácter personal. De otro modo, tal publicidad podría incumplir lo dispuesto en la LSSI y en la LOPD y, en consecuencia, ser objeto de las correspondientes sanciones –en este caso administrativas– por infracción de las mismas.

La segunda conducta que la LCD califica como agresiva es la coacción. En este caso, el legislador tampoco define el concepto jurídico de coacción. Por ello, recurriremos de nuevo a la definición de Massaguer Fuentes (2010), según el cual la *coacción* se caracteriza por “el uso de la fuerza o violencia, sea de la fuerza física, sea de otra clase de fuerza que pueda deparar una lesión, privación u otra desventaja material o inmaterial para el destinatario” (p. 28).

Desde un punto de vista publicitario, Tato Plaza (2010b) afirma que la *publicidad agresiva por coacción* abarca aquellas prácticas publicitarias:

A través de las cuales se genera la impresión en el consumidor de que éste debe aceptar la oferta presentada si quiere evitar una situación negativa o alcanzar un determinado beneficio, siempre que la situación negativa que se hace pender sobre el consumidor no sea legítima o el objetivo a alcanzar no sea real. En la coacción, en definitiva, la aceptación de la oferta comercial o de ciertos extremos de ésta se presenta ante el consumidor como la condición necesaria para evitar una situación negativa de carácter ilegítimo o alcanzar un determinado beneficio irreal (p. 10).

De ello se desprende que el anunciante podrá incurrir en el supuesto de publicidad agresiva por coacción, independientemente de si el mensaje se ha transmitido de forma expresa o de forma implícita, puesto que la calificación de una conducta como coacción dependerá de la forma en que ésta pueda ser percibida por un destinatario medio de la publicidad objeto de controversia. En cuanto a las circunstancias a tener en cuenta a la hora de determinar si una conducta hace uso de la coacción, será

especialmente relevante tener en cuenta el empleo de un lenguaje o comportamiento amenazador o insultante.

En relación con el catálogo o “lista negra” de prácticas agresivas en sí mismas con los consumidores o usuarios, la LCD contempla un único supuesto de prácticas agresivas por coacción de difícil ejecución, a nuestro entender, desde un punto de vista publicitario. Así, de lo dispuesto en LCD se desprende que podría considerarse publicidad agresiva por coacción per se, cualquier acción publicitaria que haga “creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realiza la práctica comercial, hasta haber contratado, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal” (art. 28).

La LCD sí que recoge en su articulado la definición de la tercera conducta tipificada por el legislador como agresiva, esto es, *influencia indebida* en términos de “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” (art. 8.1).

De esta definición se desprende que, mediante la *publicidad agresiva por influencia indebida* el anunciante pretende determinar el comportamiento económico del destinatario de la actividad publicitaria mediante la explotación de la especial capacidad de influencia que sobre aquél tiene, o bien el mismo anunciante, o bien un tercero.

Desde el punto de vista publicitario, este supuesto es especialmente relevante en materia de utilización de terceras personas –concretamente prescriptores indirectos– que se encuentren en una relación de especial confianza o proximidad con el destinatario de la publicidad. En consecuencia, en el caso de que la publicidad utilice prescriptores indirectos para influenciar indebidamente a los destinatarios del mensaje y ello de traduzca en una merma de la capacidad de elección del consumidor que pueda afectar a su comportamiento económico, estaremos ante un supuesto de publicidad agresiva por influencia indebida.

La LCD no tipifica de manera explícita ninguna conducta como práctica agresiva per se por influencia indebida en su catálogo o “lista negra”. No obstante, sí lo hace

indirectamente, puesto que la doctrina apunta a que uno de los supuestos de publicidad agresiva en relación con los menores constituye, a su vez, un supuesto específico de publicidad agresiva por influencia indebida.

Resulta un tanto sorprendente, que la LCD contemple, en el marco del denominado catálogo de prácticas agresivas per se con los consumidores o usuarios, dos conductas tipificadas como *publicidad agresiva en relación con los menores* (art. 30): en primer lugar, el legislador reitera la prohibición de incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios y, en segundo lugar, también constituye una práctica agresiva incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que convencan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados.

Conviene recordar en este punto que ambos supuestos vendrían a ser una concreción del principio de especial protección del menor en la publicidad recogido, con carácter general, en la LGP [art. 3 b)] y, como veremos, también en la LGCAV (art. 7.3) que establece, con un carácter más específico, que la publicidad en televisión no deberá producir perjuicio moral o físico a los menores.

Finamente, la LCD tipifica, de una manera aislada, tres conductas como *prácticas agresivas per se con los consumidores o usuarios* que, dada su especificidad no tenían cabida en ninguna de las modalidades de publicidad agresiva antes mencionadas. Las dos primeras conductas –circunscritas a la ejecución del contrato de seguro y al envío no solicitado de mercancías, respectivamente– se alejan del alcance de la actividad publicitaria. Tan sólo la tercera de ellas sería susceptible de llevarse a cabo mediante publicidad, de modo que constituiría un supuesto de publicidad agresiva per se aquella que informe “expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o el sustento del empresario o profesional corren peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio” (art. 31).

Como apunta la doctrina, el legislador podía haber ubicado este último supuesto de publicidad agresiva en el marco de las prácticas agresivas por coacción; no en vano, en ella “se plantea al consumidor una situación negativa –el riesgo que se hace pender sobre el trabajo o el sustento del empresario o profesional– situación negativa que el consumidor puede evitar o paliar si contrata los correspondientes

bienes o servicios” (Tato Plaza *et al.*, 2010, p. 249). Cabe destacar, que este supuesto abarca única y exclusivamente a la publicidad que proporcione la mencionada información de forma expresa al consumidor.

Hasta este punto, hemos abordado los diferentes supuestos de publicidad ilícita que, con carácter general, recoge la LGP y cuya regulación, en algunos casos, se deriva a la LCD. En el siguiente apartado, detallaremos un último supuesto de publicidad ilícita recogido expresamente en la LGP y que presentamos en última instancia en tanto que su aplicación ya no es de carácter general, sino que viene a recordar la prohibición de realizar publicidad contraria a la legislación de carácter especial.

6.8. La publicidad contraria a normas especiales

La LGP, al establecer la enumeración de los diferentes supuestos de publicidad ilícita, se encarga de recordar que se considera ilícita aquella publicidad que “infrinja lo dispuesto en la normativa que regula la publicidad de determinados productos, bienes y servicios” [art. 3 d)]. Mediante este precepto, el legislador reconoce la existencia de una *normativa especial*, adicional a la de carácter general, que regula la publicidad de determinados productos y servicios.

Conviene recordar que, previamente, la LGP dispone, en su art. 1, que “la publicidad se regirá por esta Ley, por la LCD y por las normas especiales que regulen algunas actividades publicitarias”. Sobre la base de estas dos referencias previas, la LGP enumera, en su art. 5 –con un carácter entendemos que no exhaustivo–, los bienes o servicios que requieren una especial protección, entre los que destaca la regulación de la publicidad de bebidas alcohólicas, en los siguientes términos.

- 1) Podrá ser regulada por normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa:
 - La publicidad de materias o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias.

- La publicidad de productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud, la seguridad y el patrimonio de las personas.
 - La publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar.
 - Cualquier tipo de publicidad cuando así lo requiera la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos.
- 2) Los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos destinados al consumo de personas y animales solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulan.
- 3) Se prohíbe la publicidad de las *bebidas alcohólicas* con una graduación superior a 20 grados centesimales por medio de televisión y la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20 grados en aquellos lugares dónde esté prohibida su venta o consumo.¹¹⁹ Además, la LGP impone al legislador la obligación de limitar reglamentariamente la forma, el contenido y las condiciones de la publicidad de las bebidas alcohólicas en orden a la protección de la salud y seguridad de las personas, teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción –directa o indirecta– a su consumo indiscriminado y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos. Con los mismos fines, la LGP habilita al Gobierno para que, reglamentariamente, extienda la prohibición de difundir por televisión publicidad de bebidas con una graduación alcohólica inferior a 20 grados centesimales.¹²⁰
- 4) La LGP establece que los reglamentos que desarrollen esta legislación especial y aquellos que al regular un producto o servicio contengan normas sobre su publicidad, deberán especificar en su contenido:
- La naturaleza y características de los bienes o servicios.

¹¹⁹ Cabe destacar que, desde su promulgación y hasta la aprobación de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, la prohibición de realizar publicidad de bebidas alcohólicas en lugares donde estuviera prohibida su venta y consumo era de carácter general y, en consecuencia, no estaba limitada, como en la actualidad, a las bebidas de graduación alcohólica superior a 20 grados.

¹²⁰ En el capítulo 7, dedicado a los límites jurídicos de la publicidad audiovisual, se abordará la regulación especial de la publicidad de bebidas alcohólicas en el medio televisión, p. 292.

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

Además, el legislador requiere que en el proceso de elaboración de las disposiciones de carácter general de la legislación especial se dé 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 deberá respetar los principios de competencia leal.
 - La denegación de solicitudes de autorización deberá ser motivada.
 - Se establece el principio de silencio administrativo positivo, esto es, si una vez vencido el plazo de contestación establecido en la ley no existe resolución expresa, la autorización se entenderá concedida.

En caso de incumplimiento de las normas especiales que regulan la publicidad de los productos, bienes y servicios anteriormente mencionados, el legislador establece que este tendrá la consideración de infracción administrativa a los efectos previstos en el TRLGDCU y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. En consecuencia, la infracción o el incumplimiento de la normativa especial solo podrá ser, adicionalmente, sancionada por la Administración en caso de que constituya una infracción en materia de consumo o sanidad. En cualquier caso, las cuestiones o controversias que puedan surgir en torno a la publicidad deberán ser resueltas por la jurisdicción ordinaria (Lázaro Sánchez, 2009). En relación al régimen aplicable en caso de infracción de la normativa especial, Tato Plaza *et al.* (2010) destacan con la utilidad de su inclusión en el art. 3 de la LGP:

En efecto, gran parte de la normativa que regula la publicidad de determinados productos o servicios tiene carácter administrativo, por lo que su infracción –en principio– sólo da origen a un ilícito de esta naturaleza. En este contexto es el art. 3

d) de la LGP el que permite que aquellas infracciones sean calificadas, al propio tiempo, como ilícitos civiles.

En fin, esta calificación como ilícitos civiles de los anuncios publicitarios que infrinjan lo dispuesto en la normativa reguladora de la publicidad de determinados productos o servicios provoca que aquéllos queden expuestos, no solo al régimen sancionador de carácter administrativo previsto en la normativa de carácter especial, sino también a las acciones civiles en materia de competencia desleal. (pp. 290-291).

A modo de conclusión, apuntar que de lo expuesto en este apartado puede deducirse que los supuestos de publicidad ilícita por infracción de la normativa especial pueden ser muy numerosos y variados. Por ello, resulta relevante que los profesionales de la publicidad conozcan la existencia de esta legislación especial en caso de desempeñar su actividad en sectores con una estricta regulación, como es el caso, entre otros, de los que aparecen mencionados en la LGP.

Desde el punto de vista jurisprudencial, cabe mencionar en este punto dos sentencias en las que el TS ha confirmado la infracción de la normativa especial en materia de bebidas alcohólicas y tabaco, respectivamente. Así, la STS 891/2010 de 3 de enero [RJ\2011\294] confirmó el carácter ilícito de la publicidad de una bebida alcohólica, concretamente de whisky White Label, difundida a través de vallas publicitarias localizadas en zonas céntricas de Madrid incumpliendo la prohibición, recogida en la LGP, de realizar publicidad de estos productos fuera de lugares autorizados para su venta y consumo.

Por otra parte, la STS 797/2011 de 18 de noviembre [RJ\2012\1631] estimó el recurso de casación y con él la demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de la Comunicación y condenó a la Televisión de Galicia por vulnerar la prohibición de realizar publicidad del tabaco por medio de la inserción, de manera visible, de la marca Nobel en diversas escenas de la serie "Pratos Combinados". A continuación se describe el detalle de la publicidad objeto de controversia junto al criterio interpretativo que llevó al TS a declararla ilícita:

En diversas escenas del capítulo doscientos cincuenta de la serie "Pratos combinados", grabado en el último trimestre de dos mil cinco y emitido por el canal

analógico de Televisión de Galicia el dos de agosto de dos mil seis, aparecía, en el interior del local en que, según el argumento, se hallaba establecido el bar que gestionaban los protagonistas, una máquina expendedora de tabaco con un anuncio de la marca Nobel en su parte frontal.

(...) Entendemos que los hechos que en la sentencia recurrida se han declarado probados, valorados correctamente en relación con la norma que la recurrente dice infringida [La Ley 28/2005 de , 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] constituyen un ejemplo de mensaje televisado apto para promocionar la compra del producto que se identifica en el mercado con la marca que aparecía en la parte frontal de la máquina expendedora, tantas veces mencionada. Las exigencias que, en relación con el escenario, imponía el argumento de la comedia, no pueden justificar el contenido de la comunicación, dado que la utilización visible de una marca de cigarrillos, en la parte frontal de la máquina, no merece entenderse como necesaria para reproducir el interior de un bar. El signo nada aporta a la credibilidad del escenario. Lo propio acontece con el hecho de que la marca (...) no tuviera en la obra más protagonismo que el de poder ser visualizada por los espectadores, ya que una de las formas de vencer las reticencias de éstos ante los mensajes publicitarios -y, a la vez, de eludir las prohibiciones de la publicidad- consiste, precisamente, en la utilización de la técnica conocida como emplazamiento pasivo. Sentado lo anterior, la publicidad de tabacos está prohibida por el artículo 9, apartado 1, de la Ley 28/2005.

Como expondremos a continuación, la prohibición de la publicidad de determinados productos y servicios ha dado a origen una modalidad adicional de publicidad ilícita, esto es, a la denominada *publicidad indirecta*.

6.9. La publicidad indirecta

A pesar de no estar recogida expresamente ni en la LPG ni en la LCD –aunque, en este caso, sí en la normativa específica–, la publicidad indirecta surge en la práctica profesional a raíz de la prohibición de la publicidad de determinados productos establecida en la LGP (art. 5).

Más concretamente, en España la *publicidad indirecta* surge en respuesta a la cada vez más restrictiva regulación de la publicidad de determinados productos como, por ejemplo, las bebidas alcohólicas o el tabaco. Así, a raíz de la prohibición de la publicidad bebidas alcohólicas de graduación superior a 20º en el medio televisión (art. 5 LGP) y de la progresiva limitación de la publicidad y el patrocinio del tabaco¹²¹ comienzan a proliferar ciertas prácticas de publicidad indirecta en España.

Como hemos avanzado, resulta sorprendente que el legislador no contemplara explícitamente a la publicidad encubierta en el contenido de la LGP. No obstante, esta modalidad publicitaria sí la encontramos mencionada en varias normativas comunitarias, estatales y, también, autonómicas. Entre todas ellas, destaca la definición recogida en la que, durante años, fue la norma de referencia en materia de actividades de radiodifusión televisiva, la Ley 25/1994, de 12 de julio, de televisión sin fronteras –ya derogada–, que entendía por *publicidad indirecta* “aquella que sin mencionar directamente los productos, utilice marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de tales productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan su producción o comercialización” [art. 3 e)].

Esta amplia –y, en consecuencia, poco concreta– definición ha sido matizada por la doctrina. Así, Lema Devesa (2007) define de un modo más exhaustivo y completo a la *publicidad indirecta* como:

Aquella modalidad publicitaria que realiza una marca, generalmente notoria, que distingue un determinado producto, con el pretexto de identificar un nuevo producto, suscitando en el consumidor el recuerdo de un producto diferente que –con anterioridad– ya venía distinguiendo esta misma marca. Por consiguiente, a través de esta modalidad publicitaria, el público asocia la publicidad del nuevo producto con el producto anterior, cuya publicidad estaba prohibida” (p. 419).

Del alcance de su propia definición se deduce que las manifestaciones de la publicidad indirecta pueden ser múltiples y variadas e incluyen desde, por ejemplo, el uso publicitario de la marca corporativa –no de producto– de fabricantes de

¹²¹ En su redacción original, la LGP prohibió, en su art. 8, la publicidad del tabaco en televisión. Posteriormente, 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, también conocida como *Ley antitabaco*, extendió esta prohibición a la todos los medios y soportes, con la excepción de la publicidad dirigida a los profesionales del tabaco y la realizada dentro de los estancos.

productos cuya publicidad está prohibida por ley, hasta el lanzamiento de nuevas líneas de producto con la marca ya famosa y reconocida en el sector en el que se prohíben las prácticas publicitarias.

La publicidad indirecta, por su propia naturaleza, se considera *ilícita* en tanto que vulnera la prohibición legal de realizar publicidad de un determinado producto o servicio. De una más específica, esta prohibición podría inferirse de lo dispuesto en las siguientes normas:

- La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco –conocida como Ley antitabaco– prohíbe expresamente –a partir de su entrada en vigor– la utilización de marcas de tabaco para identificar, simultáneamente, otros bienes o servicios comercializados por una misma empresa o grupo de empresas (art. 10).
- Con carácter más general, a los supuestos de publicidad indirecta les podría ser aplicable, por una parte, lo dispuesto en la LCD en materia de publicidad engañosa por confusión (arts. 6 y 20) y en materia de publicidad desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena (art. 12); por otra parte, también les sería aplicable la cláusula general de prohibición de los actos de competencia desleal que, por extensión prohíbe conductas publicitarias desleales no contempladas expresamente en la LCD (art. 4)
- Finalmente, dada su naturaleza, a la publicidad indirecta también le serán de aplicación los artículos 6.4 y 7 del Código Civil que prohíben el fraude de ley¹²² y el abuso de derecho, respectivamente (Lema Devesa, 2007).

Como ya hemos avanzado, la mayor parte de sentencias judiciales dictadas en materia de publicidad indirecta derivan de la vulneración de las restricciones legales que, progresivamente, han limitado la publicidad de los productos del tabaco y de las bebidas alcohólicas.

¹²² Por *fraude de ley*, en base a lo dispuesto en el CC, entenderemos “aquellos actos realizados al amparo de una norma que persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él” (art. 6.4).

En este sentido, cabe destacar la STS 734/1997 de 26 de julio [RJ\1997\6306] que confirma el carácter ilícito de la publicidad sobreimpresa de la marca La Navarra en la retransmisión televisiva de partidos de fútbol por constituir un claro supuesto de publicidad indirecta de la bebida Pacharán, cuya graduación alcohólica supera los 20 grados centesimales. A continuación se describe con más detalle la publicidad objeto de controversia junto a los principales argumentos del TS para confirmar el carácter ilícito de la misma:

La sentencia en recurso declara probado que en la repetición de las mejores jugadas de los partidos televisados aparecía sobreimpresa en la pantalla dos leyendas referentes a La Navarra como patrocinadora de dichos resúmenes deportivos, tratándose de una marca que en el País Vasco se identifica con la bebida alcohólica Pacharán, sin hacerse distinción precisa y explícita respecto a otros productos de la recurrente, que tienen denominaciones comerciales identificadoras propias y diferenciadas, los que sí permitirían su publicidad, pero que se silencian para concentrarse en la marca Navarra, asociada de forma notoria al referido licor Pacharán en los mercados de El País Vasco. (...)

El artículo 8.5.º de la Ley [General de Publicidad] lo que prohíbe es la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas, con la graduación que establece, y hay que entenderlo que se refiere tanto a la publicidad directa, como aquella disimulada o encubierta que, con fraude a la Ley, persigue dicho resultado publicitario y por tanto resulta efectiva, en cuanto hace llegar el producto prohibido a los consumidores, subsumiéndose así la conducta de la recurrente en el concepto de publicidad ilícita que define el artículo 3 de la Ley.

Cuando sucede, como en este caso, que la marca o el nombre comercial se identifica en forma socialmente manifiesta y palmaria y en el común sentir de los consumidores se asocia automáticamente al producto, la actividad publicitaria de éste como prohibida, por vía televisiva, ha de calificarse como ilícita, por vulnerar una norma prohibitiva legal, aunque se adopten artificios o artilugios disimuladores del mensaje que se quiere en realidad transmitir al público que presencia el programa de televisión que se utiliza como medio de comunicación comercial-social, pues ante la confusión de productos el que se mantiene y predomina entre los consumidores es aquel que tiene más renombre y repercusión en el mercado y por el que se identifica la marca, produciéndose en este caso una inevitable y casi impuesta asociación entre la marca La Navarra y el licor Pacharán de su misma denominación.”

A pesar de que el TS se refiere, en determinados fragmentos de la mencionada sentencia, al supuesto de publicidad encubierta, la fundamentación e interpretación jurídica del caso coinciden plenamente con la descripción del supuesto de publicidad indirecta.

6.10. La exageración como excepción

Por último, dado su alcance general, concluiremos este capítulo dedicado a los supuestos de publicidad ilícita con la alusión a un recurso que surge a modo de excepción en la propia regulación de la publicidad desleal actual: la figura de la *exageración publicitaria*.

Recordemos que, en el marco de la cláusula general prohibitiva de los actos desleales, para considerar a una publicidad desleal la LCD exige la concurrencia de dos elementos: en primer lugar, que el comportamiento del anunciante resulte objetivamente contrario a la buena fe y, en segundo lugar, que la actividad publicitaria sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio de los destinatarios de la misma (art. 4.1).

En relación con este último requisito –aplicable también a la publicidad engañosa– y, más concretamente, a la referencia al consumidor medio de los destinatarios de la publicidad, recordemos que la LCD contempla una excepción con el objetivo de proteger a aquellos grupos de consumidores o usuarios especialmente vulnerables en los que la publicidad pudiera generar falsas expectativas (art. 4.3). Es en el marco de esta excepción en donde el legislador reconoce, de manera expresa, el carácter lícito de la figura de la *exageración publicitaria*, al excluir del ilícito “la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal” (art. 4.3 LCD).

Mediante esta excepción –mencionada en el marco de otra excepción–, el legislador excluye de los supuestos de engaño y deslealtad la figura de la exageración publicitaria. Tal excepción resulta coherente con el criterio según el cual, a la hora de valorar la licitud de la publicidad, ésta siempre se deberá interpretar desde el

punto de vista de sus destinatarios. De este modo, si una determinada publicidad, dado el carácter objetivamente exagerado de la misma, se presume que no será tomada en serio por el consumidor medio representativo de sus destinatarios, no incidirán en su comportamiento económico y, en consecuencia, no podrá considerarse publicidad engañosa o desleal.

Cabe destacar que la licitud de la exageración publicitaria había sido reconocida reiteradamente por la jurisprudencia con anterioridad a su mención, expresa, en el nuevo texto de la LCD. En relación con los resultados de nuestro análisis jurisprudencial, podemos afirmar que el TS ha contemplado la exageración en dos sentencias ya mencionadas ambas con anterioridad en el trabajo. Por un lado, la STS de 24 de febrero de 1997 [RJ\1997\1195], caso Pepsi Cola –como quedaba reflejado en los fragmentos reproducidos al abordar el caso desde el punto de vista de la publicidad comparativa–¹²³ confirma el carácter exagerado del anuncio y, en consecuencia, desestima su carácter ilícito.

En segundo lugar, la STS 860/2009 de 15 de enero [RJ\2010\415], caso Mitsubishi Galant, más allá de su valor jurisprudencial –en tanto que, como comentamos, reconoce por primera vez a los mensajes publicitarios como una manifestación de la libertad de expresión– también sienta jurisprudencia en materia de exageración. Así, el TS desestimó la demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de la Comunicación en relación con el anuncio del vehículo Mitsubishi Galant difundido en televisión en el que aparecía un ejecutivo caminando por un garaje subterráneo que acababa pinchando las ruedas del coche del Director General, modelo Mitsubishi Galant.¹²⁴ El TS revoca, en este caso, la condena de los tribunales de instancia y desestima la demanda inicial sobre la base del carácter exagerado y, en consecuencia, poco creíble de la situación reflejada en la publicidad.

El mensaje publicitario prohibido exteriorizaba y hacía llegar a sus destinatarios una información relativamente útil, mediante la proyección de una escena con algún grado de creatividad, cuyo núcleo lo constituía una reacción provocada por la envidia y, en sí, sancionada penalmente.

¹²³ Véase p. 243-244.

¹²⁴ La descripción más detallada del anuncio puede consultarse en el apartado 2.2.2. El Derecho de la Publicidad en España, p. 82.

Sin embargo (...) la naturaleza ridícula de la situación, su contenido jocoso, el contraste y la incongruencia entre la aparente seriedad del personaje principal del anuncio y su absurda reacción, convierten al mismo en inocuo e intrascendente desde el punto de vista de los bienes que el Tribunal de apelación se decidió a proteger.

En conclusión, constatamos la realidad de una injerencia innecesaria en defensa de un bien –la dignidad de la persona– que no había sido lesionado ni amenazado.

Con la alusión a la figura de la exageración publicitaria concluimos el presente capítulo dedicado a los supuestos de publicidad ilícita de carácter general que, como hemos visto, son aplicables a la publicidad difundida por cualquier medio y de cualquier sector. A continuación, en los dos próximos capítulos apuntaremos, de manera más breve y concisa por tratarse de legislación especial, los límites jurídicos que, adicionalmente, se deberán tener en cuenta en materia de publicidad difundida por los dos medios de publicidad convencional con más volumen de inversión: la televisión e Internet.

7. LÍMITES JURÍDICOS DE LA PUBLICIDAD AUDIOVISUAL

7.1. Marco normativo de la publicidad audiovisual

La televisión sigue siendo, actualmente el medio por excelencia desde el punto de vista publicitario. Con altos niveles de inversión, las empresas e instituciones siguen confiando en el formato audiovisual para difundir sus mensajes y conseguir impactar en grandes audiencias. Ahora bien, en las últimas décadas los avances tecnológicos y la expansión en el uso de las TIC han multiplicado las posibilidades de difusión de los contenidos audiovisuales y, en consecuencia, también de los mensajes publicitarios.

Desde el punto de vista jurídico, como vimos al abordar el marco legislativo de la publicidad, 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 comunicación comercial audiovisual.

Recordemos que, en el ámbito europeo actualmente rige lo dispuesto por la versión codificada en 2010 de la *Directiva de servicios de comunicación audiovisual* (DSCAV), que viene a integrar en un único texto todas las modificaciones que se habían ido sucediendo en el texto de la anterior Directiva 89/552/CEE, conocida originariamente como *Directiva de Televisión sin Fronteras* (DTVSF) ya derogada.

La última modificación de la DSCAV recogida en la anterior Directiva 2007/65/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 –considerada la más relevante por su alcance y contenido–, respondió a dos objetivos: por un lado, la armonización de la normativa comunitaria en el ámbito audiovisual a raíz de detectarse ciertas divergencias en la regulación de nuevos servicios y, por otro, la necesidad de adecuar la normativa a los últimos avances tecnológicos y a las múltiples novedades del mercado en el sector audiovisual.

Rosario Fernando Magarzo (2008) sintetiza, como sigue, el alcance de los cambios acaecidos en el sector audiovisual europeo en los últimos años:

Debe tenerse presente que la DTVSF fue adoptada en 1989 y a pesar de su modificación en 1997 ha habido numerosos cambios, entre otros: la convergencia de las tecnologías y los servicios (TV tradicional, TV en Internet, TV en teléfonos móviles, etc.); la expansión de la banda ancha fija ("fixed broadband"), de la TV digital y de las redes 3G; el incremento de la fórmula *pay per view* en TV, la llegada de nuevos servicios a la carta (por ejemplo, el *video on demand* o VOD); los intercambios *peer to peer* de contenidos audiovisuales; el cambio de hábitos de los espectadores que buscan que los contenidos audiovisuales se adapten a sus horarios y no al revés; y, en el ámbito publicitario, la aparición de nuevas formas de publicidad. (pp. 22-23).

En respuesta a la necesidad de transponer el contenido de la nueva 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 (LGCA). La LGCA derogó la anterior Ley 25/1994, de 12 de julio, de televisión sin fronteras (LTSF) y, como apuntan Boix Palop y Vidal Beltrán (2014), vino a unificar las diversas cuestiones en torno a las obligaciones y límites de los contenidos, programación y, también, de la publicidad audiovisual que antes de su aprobación se encontraban dispersas en múltiples normas.

En el *Preámbulo* de la LGCA 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 aspecto radioeléctrico –y, por tanto, por una oferta pública y privada reducida– ha dado paso a la tecnología digital y, con ella, a un aumento exponencial de las señales de radio y televisión gracias a la capacidad de compresión de la señal que se incrementa y mejora, a su vez, notablemente su calidad. Aumenta, así, el acceso a los medios audiovisuales y se multiplican las audiencias pero, por esta misma razón, éstas se fragmentan. Irrumpe Internet como competidora de contenidos. Los modelos de negocio evolucionan y se desplazan. Como consecuencia de todo ello, el legislador reconoce que la normativa debe evolucionar con los tiempos y adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos.

Entre los *objetivos* de la LGCA destaca, en primer lugar, el de *transponer* a la legislación española la DSCA. En segundo lugar, la nueva ley respondió a los objetivos de *compendiar* la normativa vigente, todavía válida, a nivel estatal,

actualizar aquellos aspectos que han sufrido importantes modificaciones y *regular nuevas situaciones* que, hasta la fecha, carecían de marco legal. El propio legislador reconoce que hasta la fecha la legislación audiovisual se encontraba “dispersa, incompleta, a veces desfasada y obsoleta, con grandes carencias para adaptarse a los tiempos y, por tanto, permanentemente sometida a cambios frecuentes, vía decreto o subsumida en otras leyes de temática diversa” (Exposición de Motivos, LGCA). De ahí, la importancia de llevar a cabo la mencionada reforma. En tercer objetivo de la LGCA radica en su *voluntad de permanencia*, esto es, el legislador evidencia su voluntad de dotar a España de un marco jurídico suficientemente flexible para adaptarse al dinamismo del sector frente a la vertiginosa y continua evolución tecnológica.

La LGCA se presenta como norma básica no sólo para el sector audiovisual privado sino también para el público,¹²⁵ articula la reforma del sector y, en opinión del legislador, “dota a España de una normativa audiovisual acorde 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” (Exposición de Motivos, LGCA). Adicionalmente, conviene recordar que algunas comunidades autónomas disponen de su propia normativa en materia audiovisual, de modo que la LGCA regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal sin perjuicio de las competencias reservadas a las CC. AA. y a los entes locales en sus respectivos ámbitos de actividad.

El contenido de la LGCA se estructura en seis títulos. El *Título I* recoge las disposiciones generales y las definiciones esenciales –un total de treinta y tres– para comprender el alcance de la normativa. El *Título II* 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 otro, los derechos de

¹²⁵ En punto a los servicios de comunicación audiovisual públicos, la LGCA se limita a fijar los principios mínimos que deben inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos. En materia de radio y televisión pública la normativa de referencia sería 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.

los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, entre los que destaca el *derecho a realizar comunicaciones comerciales*, ámbito objeto de estudio en este capítulo. El *Título III*, por su parte, contiene las normas básicas para la regulación y coordinación del mercado de comunicación Audiovisual y, entre otros aspectos, dedica una sección a las nuevas formas de comunicación audiovisual –la televisión en movilidad y la alta definición–. En su *Título IV*, la LGCA se ocupa íntegramente de la normativa básica del servicio público de televisión, radio y oferta interactiva, mientras en el *Título V* –ya derogado– contempló la creación y regulación del *non nato* Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Por último, el *Título VI* establece el régimen sancionador básico de la LGCA.

En relación con la publicidad audiovisual, el propio legislador reconoce que la LGCA se concibe como:

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

Buena muestra de la importancia de la publicidad en el marco de la regulación audiovisual es el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LGCA en lo relativo a la comunicación comercial televisiva (RDLGCA).

Como su propio nombre indica, el RDLGCA responde al objetivo de desarrollar de una manera más amplia aquellos aspectos de la LGCA que, en relación con la publicidad televisiva, precisan de aclaración en pro de una mayor seguridad jurídica y del establecimiento de unos criterios de uniforme aplicación en el sector. El RDLGCA es un texto breve estructurado en cuatro capítulos que delimitan la actividad de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual cuando realizan autopromociones u otras formas de comunicaciones comerciales –tales como telepromociones o patrocinios– o cuando las emiten durante la retransmisión de acontecimientos deportivos.

En 2014, el RDLGCA fue objeto de una modificación con el fin de adecuar con mayor exactitud la normativa española a las directrices europeas en materia de telepromociones, emplazamiento de producto y promoción de producciones audiovisuales europeas.¹²⁶

A partir del contenido de la LGCA y el Reglamento que la desarrolla, en los siguientes puntos abordaremos la regulación, jurisprudencia y principales retos de la publicidad audiovisual y, más concretamente, de la publicidad televisiva.

7.2. Concepto y modalidades de comunicación comercial audiovisual

Antes de abordar el estudio de los límites jurídicos de la comunicación comercial audiovisual, conviene apuntar que la LGCA regula, con carácter general, los denominados *servicios de comunicación audiovisual* de cobertura estatal siempre que el prestador del servicio se encuentre establecido en España. A efectos de la LGCA entenderemos por *servicios de comunicación audiovisual*:

Aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales (art. 2.2).

A este respecto, el legislador establece tres *modalidades* del servicio de comunicación audiovisual:

- Los *servicios de comunicación audiovisual televisiva y radiofónica*, que se prestan para el visionado o audición simultánea de programas sobre la base de un horario de programación, lo que el legislador europeo denomina *servicios lineales de comunicación audiovisual*.

¹²⁶ Véase el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, aprobado por el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre.

- Los *servicios de comunicación audiovisual televisiva y radiofónica a petición*, que se prestan para el visionado o audición de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador o el oyente, respectivamente, y a su propia petición sobre la base de 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.).

Por último, tan sólo apuntar que, adicionalmente, la LGCA define los denominados *servicios conexos e interactivos* que, como su nombre indica, también se consideran servicios de comunicación audiovisual. Así, la ley define los *servicios conexos e interactivos* como:

Los contenidos o servicios, asociados o no a los programas audiovisuales, que son incorporados por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual o por los operadores de comunicaciones electrónicas a los que la ciudadanía puede acceder a través de distintos procedimientos vinculados o no con el canal de difusión. Este acceso puede estar o no vinculado a un canal de retorno, según el grado de interactividad del servicios que se preste (art. 2.14).

En consecuencia, la regulación que a continuación pasamos a exponer es aplicable, según el caso, a las diferentes modalidades publicitarias que se difundan a través de cualquiera de los servicios de comunicación audiovisual anteriormente mencionados.

La LGCA dedica una Sección específica a la regulación de la denominada *comunicación comercial en los medios audiovisuales*; así, en el marco del Título II – que establece la normativa básica para la comunicación audiovisual– y más concretamente en su Capítulo II –que regula los derechos de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual– encontramos la Sección 2ª en la que se regula, específicamente, el derecho a realizar comunicaciones comerciales (arts. 13 a 18).

La LGCA diferencia el concepto de comunicación, más amplio, de *comunicación comercial audiovisual* de las diferentes modalidades que el mismo engloba, entre las que se encuentra, entre otras, el tradicional mensaje publicitario televisivo o radiofónico. La LGCA define el concepto de *comunicación comercial audiovisual* en los siguientes términos:

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 en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador de servicio. En todo caso, son formas de comunicación comercial audiovisual: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto (art. 2.24).

Sin justificación aparente, el legislador excluye de esta enumeración de modalidades de comunicación comercial audiovisual a la *telepromoción*, pese a definirla explícitamente como aquella:

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

De este modo, la LGCAV considera, en todo caso, *modalidades de comunicación comercial audiovisual*: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto; y, a su vez, también regula en el marco

del derecho a realizar comunicaciones comerciales otras dos modalidades que entendemos afines: la telepromoción y la autopromoción.

Adentrándonos en el contenido de la LGCA en materia de comunicación comercial, la ley reconoce el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual –ya sean servicios televisivos, radiofónicos o conexos e interactivos– a emitir mensajes publicitarios (art.14.1). En línea con el concepto de publicidad económica recogido en la legislación publicitaria de carácter general, la LGCA define el *mensaje publicitario* como:

Toda 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 objeto de promocionar el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones (art. 2.25).

La definición de la publicidad audiovisual es, por una parte, amplia en cuanto a formatos –a pesar de la prevalencia del clásico *spot* o anuncio de televisión de 20 segundos de duración– y, por otra, excluye del mismo a la publicidad alejada de objetivos comerciales entre la que se incluyen los anuncios de servicio público o de carácter benéfico difundidos gratuitamente por el prestador.¹²⁷

7.3. Limitación temporal e identificación de la publicidad en televisión

En línea con la normativa europea, La LGCA establece las condiciones de emisión de la comunicación comercial sobre la base de la limitación cuantitativa de la misma, del principio de identificación publicitaria –contemplado, también, en la legislación publicitaria de carácter general– y de las condiciones que deben respetar los mensajes publicitarios en materia de integridad de los programas de televisión.

¹²⁷ La Disposición adicional séptima de la LGCV reconoce, de manera expresa, el carácter no publicitario –relevante, como veremos, a efectos de cómputo– de los anuncios de servicio público o de carácter benéfico difundidos gratuitamente por el prestador de servicio de comunicación audiovisual. Esta disposición adicional fue incorporada a la LGCA por el apartado tres de la disposición final cuadragésima primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

A diferencia de los servicios radiofónicos, conexos e interactivos, que pueden emitir mensajes publicitarios libremente, en la televisión el legislador limita la presencia de los mensajes publicitarios y de la televenta a un máximo de 12 minutos por hora de reloj.

La LGCA define la televenta como aquella “comunicación audiovisual televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o la prestación de servicios” (art. 2.26). Por su propia definición, la televenta había planteado dudas entre la doctrina acerca de su carácter publicitario debido a que “el anunciante va más allá de la mera presentación del producto o servicio, ofreciendo directamente su adquisición, de ahí que se pueda plantear si estamos ante un hecho publicitario o ante un programa” (Rozados Oliva, 2009, pp. 126-127).

El legislador discierne en la LGCA entre los mensajes de televenta –computables, como hemos visto, en el límite de 12 minutos de publicidad por hora de reloj y sometidos a la normativa publicitaria– y el derecho de los prestadores a emitir programas de televenta siempre que tengan una duración ininterrumpida mínima de 15 minutos (art. 15.2). La LGCA también reconoce el derecho de los prestadores privados a canales dedicados exclusivamente a emitir mensajes publicitarios y mensajes de venta por televisión (art. 13.1).

Del mencionado cómputo de 12 minutos por hora de reloj se excluirán, por tanto, la autopromoción, el patrocinio –que cumpla con las condiciones detalladas en el RD 1624/2011–¹²⁸ el emplazamiento de producto y la telepromoción cuya duración sea superior a los 2 minutos y siempre que el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día ni 3 minutos por hora de reloj.¹²⁹

La LGCA limita, adicionalmente, la emisión de anuncios de autopromoción en televisión a un máximo de 5 minutos por hora de reloj. Por autopromoción el legislador entiende aquella “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 ellos” (art. 2.28). Para clarificar el cómputo de este límite, el RD

¹²⁸ Véase artículo 12 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre.

¹²⁹ Véanse artículos 9 a 11 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre.

1624/2011 desarrolla unos criterios específicos, detalla las autopromociones que no se verán sometidas a cómputo y recuerda que en caso de que en las autopromociones se mezclen o incluyan elementos publicitarios ajenos, se considerarán mensajes publicitarios computables en el límite de 12 minutos por hora de reloj.¹³⁰

Los resultados del análisis de la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS constatan que las controversias en relación con el cómputo del límite temporal de publicidad en televisión han centrado la mayor parte de pronunciamientos del TS en materia de publicidad audiovisual. La relevancia jurisprudencial de la mayoría de estos pronunciamientos resulta ciertamente limitada en tanto que, en buena medida, se limitan a confirmar o anular sanciones en función de la correcta o incorrecta apreciación de las modalidades incluidas en el límite de publicidad, sin recoger criterios interpretativos relevantes en materia estrictamente publicitaria.

En cuanto a las condiciones de emisión de la comunicación comercial, la LGCA reitera la importancia de cumplir con el denominado *principio de identificación publicitaria*. Este principio obliga a los prestadores a diferenciar claramente en televisión los mensajes publicitarios y la televenta de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos según los criterios establecidos por la autoridad audiovisual. Además, el nivel sonoro de los mensajes publicitarios no podrá ser superior al nivel medio del programa anterior (art. 14.2). El legislador, consciente del creciente desarrollo de nuevos formatos publicitarios en televisión, establece que durante la emisión de formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por sus características, puedan confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación “publicidad” (art. 14.3).

De este modo, la LGCA pretende garantizar el derecho del público a una comunicación audiovisual transparente y, más concretamente, el derecho de todas las personas a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales.

¹³⁰ Véanse artículos 4 a 8 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre.

Por último, la LGCA determina el modo en el que la comunicación comercial se inserta en el contenido del medio televisivo y establece, como principio general, la obligación de que los mensajes publicitarios en televisión respeten la integridad del programa en el que se insertan y de las unidades que lo conforman (art. 14.4).

En relación al denominado principio de integridad de los programas de televisión, tanto el legislador comunitario como el estatal han suavizado progresivamente los criterios de modo que la LGCA concreta, en primer lugar, que la transmisión de películas para la televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), largometrajes y programas informativos televisivos podrá ser interrumpida una vez por cada periodo previsto de 30 minutos, igual que en el caso de los programas infantiles de duración superior a 30 minutos¹³¹ (art. 14.4). La LGCA mantiene la prohibición de insertar publicidad televisiva y/o televenta durante los servicios religiosos.

Consciente del aumento de los costes de adquisición de los derechos de emisión de acontecimientos deportivos, el legislador también ha flexibilizado los criterios de inserción de publicidad durante su emisión. Así, la LGCA mantiene que estas retransmisiones únicamente podrán ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido, según determinen los respectivos Reglamentos oficiales y siempre que el prestador garantice que la retransmisión se reanude cuando se reanude el juego o deporte.

Durante la retransmisión del acontecimiento, la LGCA autoriza la inserción de mensajes publicitarios mediante transparencias, sobreimpresiones o publicidad virtual siempre que permitan seguir su desarrollo y el tamaño de estos mensajes no ocupe más de una quinta parte de la pantalla. El RD 1624/2011 concreta que cuando la emisión de mensajes publicitarios se realice mediante pantalla compartida o técnicas similares, se podrá efectuar la desconexión del audio de la narración del acontecimiento siempre que se mantenga una ventana de, al menos, el 60 por ciento de la superficie de la pantalla para seguir el acontecimiento. En caso de no desconectar el audio de la narración, la ventana para seguir el acontecimiento podrá

¹³¹ Según dispone el art. 3 del RD 1624/2011, para el cómputo de la duración prevista de estos programas deberá excluirse los espacios publicitarios y autopromocionales existentes dentro de los mismos.

reducirse al 40 por ciento y, en todos los casos, ésta deberá quedar exenta de publicidad. En los casos en los que la publicidad se lleve a cabo mediante transparencias o publicidad virtual, locuciones verbales por parte del locutor y en los supuestos de pantalla compartida deberá superponerse de forma clara y legible la indicación «publicidad» durante todo el tiempo que duren las mismas.

Por último, el RD 1624/2011 establece que la transmisión de acontecimientos deportivos en diferido estará sujeta a las mismas condiciones que los emitidos en directo siempre que se trate de la primera difusión en abierto y no hayan transcurrido más de 24h desde la finalización del acontecimiento.

7.4. El derecho al patrocinio

La LGCA regula, de manera específica, las cuatro modalidades de comunicación comercial mencionadas en su propia definición. Tras comentar el alcance del derecho a emitir mensajes publicitarios, en este punto abordaremos el contenido de la primera de estas cuatro modalidades de comunicación comercial: el derecho al patrocinio.

La LGCA 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 ello se desprende, en consecuencia, el derecho de empresas y profesionales a patrocinar programas audiovisuales en los términos que detallaremos a continuación.

A los efectos de la LGCA, por *patrocinio* entenderemos:

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 la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos (art. 2.29).

Así, como afirma el profesor Rozados Oliva (2009), por medio del patrocinio el anunciante, en este caso patrocinador, contribuye a la financiación del programa audiovisual a cambio de la referencia expresa a dicha participación como patrocinador del mismo.

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

- 1) Se establece la obligación de informar claramente al público del patrocinio al principio, al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan o al final del programa mediante el nombre, el logotipo, o cualquier otro símbolo, producto o servicio del patrocinador. Mediante la inclusión de esta obligación, el legislador pretende garantizar 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 RDLGCA 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» (art. 13).
- 4) También se prohíbe que el patrocinio incite directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a éstos. De otro modo, el patrocinio se alejaría de su propia definición y podría confundirse con otras modalidades publicitarias.
- 5) Por último, el legislador establece que el patrocinio no puede afectar al contenido del programa o comunicación audiovisual patrocinados ni a su horario de emisión de manera 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 RDLGCA recoge las siguientes condiciones y requisitos del patrocinio para que éste no compute como mensajes publicitarios en el límite de 12 minutos fijado por la normativa (art.12):

- a) Que exista un contrato u orden de patrocinio entre el productor del programa patrocinado o el prestador del servicio o, en su caso el titular, cedente o licenciante de los derechos del evento emitido y la entidad patrocinadora del programa.
- b) El patrocinio ha de estar referido a un programa de televisión y, en consecuencia, no pueden considerarse 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 éstos. Por el contrario, sí se admitirá, por una parte, el patrocinio de subprogramas que constituyan una unidad programática en sí mismos y se incluyan de forma autónoma en la Guía Electrónica de Programación y, por otra, también se admitirán los patrocinios de los avances de los programas únicamente en aquellos casos en que los patrocinios formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir.
- c) Con carácter general, la duración del patrocinio no podrá exceder los 10 segundos. En los supuestos de concurrencia de varios patrocinadores cuya presencia venga impuesta por el titular y cuya imagen deba ser mostrada de forma independiente, su duración máxima será de 30 segundos con el límite máximo de 10 segundos por cada espacio de patrocinio.
- d) El patrocinio debe ir colocado inmediatamente antes o inmediatamente después del programa patrocinado, o al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan, como se indica en la LGCA. No se admite la emisión de patrocinios durante el transcurso de los programas.
- e) En relación con la obligación de informar claramente al público del patrocinio – mencionada en el artículo 16 de la LGCA–, el RDLGCA puntualiza que la identificación del patrocinador puede realizarse de manera verbal, visual o de ambas formas. No obstante, a efectos de exclusión de cómputo no se admitirá ningún tipo de mensaje verbal o visual que incite directamente a la compra o arrendamiento de productos, bienes o servicios, en particular mediante referencias de promoción concretas a éstos.

Finalmente, el RDLGCA dispone que todos aquellos 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. Mediante estas limitaciones, como apuntan Chinchilla y Azpitarte (2011), el legislador trata de impedir que anunciantes y medios empleen el patrocinio como vía indirecta para emitir mensajes publicitarios con el fin de burlar el límites cuantitativo de los 12 minutos por hora de reloj a los que éstos últimos están sujetos.

El patrocinio es una modalidad publicitaria que, tradicionalmente, se ha asociado a actividades deportivas, benéficas, culturales, científicas, etc. Resulta un tanto sorprendente que, en el marco del amplio listado de definiciones recogidas en el artículo 2 de la LGCA, el legislador haya incluido, también, la definición del patrocinio cultural. Así, a los efectos de la LGCA se entenderá por *patrocinio cultural* “cualquier contribución de una institución, empresa o fundación a la producción de obras audiovisuales, programas de radio y televisión y/o contenidos digitales de temática cultural, social o de promoción del deporte, con la finalidad de promocionar su actividad, marca y/o imagen o como expresión de su responsabilidad social corporativa” (art. 2.30).

No obstante, y a pesar de ello, en el contenido de la LGCA no encontramos ninguna referencia posterior a esta figura específica, motivo por el cual se entiende que su regulación quedará sujeta a las prohibiciones y obligaciones de carácter general antes descritas.

7.5. El derecho al emplazamiento de productos

A pesar de ser una modalidad publicitaria de notable crecimiento en las últimas décadas (Del Pino, 2006; Méndiz Nogero, 2007; Martí Parreño, *et.al.*, 2010), con carácter previo a la aprobación de la nueva LGCA, la legislación audiovisual no contemplaba la regulación específica del emplazamiento de producto o *product placement*.

No obstante, el emplazamiento de producto fue considerado, durante años, la manifestación más característica de la publicidad encubierta por los motivos que expondremos tras abordar su definición.

A los efectos de la LGCA entenderemos por *emplazamiento de producto* “toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa” (art. 2.31).

Sobre la base de su propia definición, 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 incumpliendo, en consecuencia, el principio de identificación publicitaria.

Ante esta situación y el debate generado acerca de la posible ilicitud de una práctica que, desde el punto de vista de productoras y medios audiovisuales resulta una importante fuente de ingresos, en 2007, el legislador europeo distinguió, por vez primera, entre la publicidad encubierta y el emplazamiento de producto a la vez que mantuvo la prohibición genérica de la primera y prohibió la segunda a excepción de que el emplazamiento de producto cumpliera con una serie de requisitos. Este mismo legislador, consciente de la controversia generada por esta modalidad publicitaria, dejó a criterio de los Estados miembros el permitir o no las mencionadas excepciones de acuerdo con la naturaleza, de mínimos, de la Directiva 2007/65/CE –el texto que incorporó estos cambios–.

En este contexto, a la hora de transponer el contenido de la Directiva al ordenamiento jurídico interno, el legislador español ha optado por seguir, en buena medida, las directrices europeas. Así la nueva LGCA 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, la LGCA autoriza el emplazamiento de producto únicamente en los mencionados programas de televisión y, además, matiza que “en el resto de

programas, únicamente se podrá realizar el emplazamiento de productos a cambio del suministro gratuito de bienes o servicios, así como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa” (art. 17.1).

Mediante esta serie de 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; no obstante, dada la dificultad de prueba, el criterio de la contraprestación económica se considera necesario, pero no suficiente, a la hora de determinar el carácter encubierto del emplazamiento.

Adicionalmente, la LGCA establece una estricta regulación del emplazamiento de producto sobre la base a los siguientes *requisitos*:

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

Mediante esta obligación, el legislador pretende velar, de nuevo, por el principio de identificación publicitaria y excluye de tal 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 cuyo país de origen la regulación del *product placement*, en caso de existir, fuera menos restrictiva.

En cuanto a la forma en la que se debe llevar a cabo la identificación, Fernando Magarzo (2008) destaca que la LGCA española no prevé expresamente la posibilidad de que la identificación del emplazamiento de producto se lleve a cabo a través de un “logo neutro”.

No obstante, la doctrina, a la luz de la legislación europea, entiende que no es necesario identificar a todas y cada una de las empresas o marcas de las que se realizan emplazamiento de producto en un programa, sobre todo en la

reanudación del mismo tras los cortes publicitarios; de ahí que, en la práctica, algunas televisiones ya utilicen un logotipo con la indicación “emplazamiento publicitario” situado en el ángulo superior izquierdo de la pantalla que indica, de manera genérica, que en ese programa se lleva a cabo el emplazamiento de productos.

- El emplazamiento de producto no puede condicionar la independencia editorial del prestador del servicio.
- El emplazamiento tampoco puede incitar directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios ni realizar promociones concretas de éstos, pues en tal caso se alejaría de las notas características que lo definen y diferencian de otras modalidades publicitarias.
- El legislador también prohíbe dar una prominencia indebida al producto en el contexto del programa en el que se inserte.
- Y, por último, queda prohibido en todo caso el emplazamiento de producto en la programación infantil, al considerarse que los menores pueden tener mayor dificultad para, a pesar de la señalización, percibir los objetivos comerciales de esta práctica.

Así, tras años de polémica, la nueva LGCA 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. Dada su relevancia, la nueva regulación del emplazamiento de producto ha sido objeto de estudio en trabajos como los de Díaz de Escauriaza (2014) y Pagador López (2014) y, de una manera más extensa, por López Gutiérrez (2011).

Desde un punto de vista jurisprudencial, los resultados del análisis realizado identificaron dos sentencias en las que el TS confirma sendas sanciones de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) a Gestevisión Telecinco S.A. por publicidad encubierta mediante

emplazamiento de producto en series de televisión. Aunque sin llegar a entrar apenas en el fondo del asunto, la STS de 24 de abril de 2012 confirmó la proporcionalidad de la sanción de la SETSI a Telecinco por la presentación de productos y servicios de terceros, en este caso del complejo turístico Marina d'Or) en cinco capítulos de la serie "Yo soy Bea" emitidos en enero de 2007 por apreciarse publicidad encubierta. Sobre la base de lo dispuesto en la anterior LTSF, el TS basó su fallo en las siguientes razones relacionadas con el carácter encubierto del emplazamiento y las consecuencias que, para los espectadores, de éste se derivan:

La presentación no clara y directa sino encubierta del producto, lejos privar importancia a las infracciones, por minorar el daño a los consumidores, tiene en efecto de acrecentarlo pues colabora de manera decisiva a que esa forma oculta de presentación del producto sea idónea para producir error en los mismos.

En otro conjunto de argumentos la recurrente sustenta la contravención de dicho principio de proporcionalidad en que ella misma nunca ha percibido remuneración alguna de Marina d'Or, cosa que, en su criterio, excluye toda intencionalidad.

La Sala no puede compartir semejante afirmación ya que la actora tenía el control - el dominio pleno- del hecho en la presentación de la serie proyectada en su cadena, de manera que la infracción por presentación de publicidad encubierta le resulta aplicable en calidad de sujeto responsable. Por otra parte es claro -como se desprende del propio contenido de la demanda- que la inclusión de publicidad encubierta en la serie ayuda a la financiación de la obra para la productora, de modo que el precio de la misma resultaba inferior al que hubiera tenido la misma si tal publicidad ilícita no hubiera sido insertada. La recurrente, ahora sí, pudo beneficiarse de un producto a un precio menor que, en fin, emitió en su cadena plenamente consciente de sus contenidos y de las ventajas económicas de la operación. La percepción no "directa", pero sí indirecta, de utilidades económicas carece, a juicio del Tribunal, de relevancia a efectos de una adecuada proporción entre la acción y la respuesta sancionadora.

Más adelante se afirma por la recurrente que no ha sido acreditada por la Administración la existencia de un efectivo perjuicio al espectador. Tal perjuicio, sin embargo, resulta inherente a la capacidad de inducir a error en el consumidor que la publicidad encubierta alberga dentro de sí.

Más aún en este punto el Tribunal hace propias las afirmaciones de la resolución sancionadora con respecto a que los hechos revisten especial gravedad en cuanto a la afectación que dicha práctica tiene para con los derechos fundamentales de los telespectadores, tales como el de información correcta de los productos publicitados y de recibir información publicitaria claramente diferenciada de los programas, y sin que, en ningún caso, dicha publicidad pueda ser recibida en contra de la voluntad del interesado.

Por su parte, la STS de 30 de julio de 2013 confirma la sentencia previa de la Audiencia Nacional (AN) que ratificó la sanción impuesta por la SETSI a Telecinco por realizar publicidad encubierta de una marca de anís –una bebida alcohólica de graduación superior a 20 grados–, un ordenador portátil de la marca Toshiba en primer plano y una botella de whisky marca JB, entre otras, en varios capítulos de la serie “Escenas de matrimonio”, emitidos en 2007. Tras analizar la descripción de las conductas sancionadas, el TS descarta que el supuesto de publicidad requiera, como elementos integrantes de la infracción, un propósito publicitario del operador televisivo y/o la existencia de una remuneración a cambio de la emisión. A continuación se reproducen los argumentos del TS los cuales, entendemos, sientan jurisprudencia:

La mera descripción de las conductas sancionadas (...) evidencia que se realizó una exhibición o presentación visual de determinados bienes, identificables por su marca comercial y título -en el caso de la película cinematográfica- dentro de dos capítulos del programa "Escenas de matrimonio", con claro propósito publicitario, sin superponer, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación "publicidad", tal como impone el apartado 4 del art. 11, antes transcrito.

La Sala entiende que queda evidenciada la concurrencia de finalidad promocional, que constituye el elemento subjetivo de la conducta infractora, atendidas las circunstancias y modo en que ésta se produjo, pues dado el contenido y temática del programa la presentación de un ordenador portátil y de una película que se iba a estrenar en los cines dos días después de la emisión, consignando en una de las presentaciones la fecha del estreno, no puede considerarse de forma alguna justificada como parte decorativa o de atrezzo propia del programa, de manera que no cabe apreciar la existencia de un mero "asentamiento de producto" o "product

placement", figura (...) no regulada en nuestro Derecho interno en la fecha en que se produjeron los hechos sancionados.

En cuanto a la botella de anís, presentada la emisión del día 2 de octubre, y a la botella de whisky, que aparece en la emisión del día 17 de octubre, si de lo que se trataba era de representar una escena cotidiana, como alega la parte recurrente, ninguna necesidad había de exhibir la etiqueta con la marca de dichas bebidas, exhibición que en el caso de la emisión del día 2 de octubre fue reiterada.

Por otra parte, el hecho de que no conste acreditación precisa de que haya habido remuneración por tal presentación publicitaria no excluye la existencia de publicidad encubierta, pues la previsión específica contenida en el artículo 3 de la Ley 25/94 sobre la consideración en todo caso de intencionada y, por consiguiente, constitutiva de un supuesto de publicidad encubierta, cuando la presentación se hiciese a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta, no implica que sólo se produzca esa forma de publicidad mediando remuneración, como resulta claro, por otra parte, de la literalidad de los preceptos citados.

La publicidad encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, sino que se hace de forma subliminar con ocultación de la finalidad publicitaria, por lo que se crea un indudable riesgo de provocar error en los consumidores, invitándoles o inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, al consumo del producto exhibido o presentado. En consecuencia, las conductas analizadas integran tanto desde el aspecto objetivo como subjetivo la figura de la publicidad encubierta, por lo que vulneran la prohibición contenida en el precitado art. 9.2, y, asimismo, la presentación de dos bebidas alcohólicas distintas, ambas de graduación superior a 20º, en dos emisiones, vulnera la prohibición establecida en el artículo 10.1, y, por ende, constituyen infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.2.

En cuanto al título imputación a la entidad ahora recurrente (...) en el caso de la publicidad encubierta, el elemento subjetivo del tipo para el supuesto de una operadora televisiva no requiere en todo caso la existencia de intención publicitaria, como cree la recurrente, sino la voluntad y la decisión de emitir un programa que contiene dicha publicidad encubierta. Así, el referido precepto legal no presupone que la operadora haya de tener en todo caso la voluntad de emitir la publicidad encubierta -en el caso de autos, la publicidad de la marca de anís exhibida-, sino la de emitir el programa en el que se insertaba dicha publicidad. Una operadora de televisión es, en efecto, responsable de todas sus emisiones y tiene, en

consecuencia, la obligación de controlar que las mismas no infringen los límites y prohibiciones legales de cualquier tipo, obligación incumplida en el supuesto enjuiciado. En el caso de autos, la recurrente debió comprobar la existencia de la publicidad encubierta e indirecta que contenían los programas y, en consecuencia, no emitirla. No hay, por tanto, infracción del principio de tipicidad por no quedar acreditada una voluntad publicitaria específica relativa al producto exhibido.

En cuanto a la existencia de remuneración, tampoco constituye un elemento del tipo infractor. (...) aunque sea cierto que, por regla general, la emisión de publicidad supone la existencia de una contraprestación, ello no lo hace un elemento necesario de la publicidad encubierta e indirecta. Tal prohibición, en el caso de ambos tipos de publicidad, como sucede en el supuesto litigioso con la encubierta, implica un deber de control respecto a las emisiones por parte del responsable de las mismas -la operadora del medio televisivo- para evitar dicha publicidad, con independencia de que dicho responsable reciba o no remuneración o cualquier otra contraprestación o posea cualquier tipo de interés en su emisión.

Cabe recordar y destacar, por último, que la DSCA deja abierta a los Estados miembros la posibilidad de restringir la regulación del emplazamiento de productos en el marco de sus propios estados. Así, antes de plantear una acción de carácter internacional basada en el *product placement* será necesario consultar la legislación audiovisual vigente en cada uno de los estados contemplados.

7.6. Comunicaciones comerciales audiovisuales prohibidas

Con carácter adicional a las modalidades de publicidad ilícita prohibidas en la LGP, la LGCA prohíbe, en su 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 LGCA prohíbe la comunicación comercial encubierta, esto es, la denominada *comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta* que el propio legislador define 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, distinta del emplazamiento de producto, en 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 dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador del servicio” (art. 2.32).

Mediante esta prohibición, el legislador refuerza, con carácter general 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 LGCA también prohíbe la publicidad que utilice técnicas subliminales.

En este punto, cabe destacar que la definición contenida en la LGCAV coincide en sentido literal con la contemplada, con carácter general, en la LGP. Por tanto, solo cabe 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 conscientemente percibida” (art. 2.33).

- 4) En cuanto lugar, la LGCA 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 demás productos de tabaco, así como de las empresas que los producen.

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

También se prohíbe la comunicación comercial, directa o indirecta, dirigida al público de productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud.

- c) La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas:
- Con un nivel superior a veinte grados.
 - Con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20:30 horas y las 6:00 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir.

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

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

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

7) Por último, la LGCA prohíbe la comunicación comercial televisiva –no radiofónica– de naturaleza política, salvo en los supuestos previstos por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG); esto es, durante el período legal de campaña electoral (art. 53 LOREG).

A modo de cierre, el artículo 18 de la LGCA incorpora una cláusula mediante la que el legislador reitera que “toda comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad” (art. 18.7).

7.7. La protección del menor en la publicidad audiovisual

De igual modo que sucedía en la LGP y en la LCD –las dos normas que conforman la parte general del derecho de la publicidad– la LGCA contempla a los menores de edad como sujetos de especial protección dentro del público destinatario de los servicios de comunicación audiovisual. Así, la LGCA recoge, de manera específica, los derechos del menor en su artículo 7, en el marco del capítulo destinado a regular los derechos del público en general en relación con los servicios de comunicación audiovisual.

Del contenido general de la LGCA en materia de protección del menor, a continuación abordaremos aquellos 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*, en tanto que éstas afectan, indirectamente, a la planificación de medios publicitarios. Así, en garantía de los derechos del menor, el legislador limita en los siguientes términos ciertas emisiones audiovisuales:

- En primer lugar, la LGCA prohíbe, con carácter general, “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 o violencia gratuita” (art. 7.2).
- También con carácter general, el legislador establece que «aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse entre las 22:00 y las 6:00 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. El indicador visual habrá de mantenerse a lo largo de todo el programa en el que se incluyan dichos contenidos» (art. 7.2).
- Asimismo, el legislador “establece tres franjas horarias consideradas de protección reforzada tomando como referencia el horario peninsular: entre las

8:00 y las 9:00 horas y entre las 17:00 y las 20:00 horas en el caso de los días laborables y entre las 9:00 y las 12:00 horas sábados, domingos y fiestas de ámbito estatal”. Los contenidos calificados como recomendados para mayores de 13 años deberán emitirse fuera de esas franjas horarias, manteniendo a lo largo de la emisión del programa que los incluye 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 una parte, en horario de protección al menor, la LGCA prohíbe a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual “insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, tales como 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).

La introducción de esta prohibición en la nueva LGCAV reduce, por tanto, el horario de emisión de comunicaciones comerciales de los productos anteriormente mencionados a la franja horaria comprendida entre las 22:00 y las 6:00 horas.

- 2) Por otra parte, la LGCA dispone explícitamente que las comunicaciones comerciales no deberán 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 contempladas en diversos supuestos tipificados en la LGP y la LCD. Así, la LGCAV establece que las comunicaciones comerciales (art. 7.3):

- a) No deben incitar directamente a los menores a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad.

- b) No deben animar directamente a los menores a que persuadan a sus padres o terceros para que compren bienes o servicios publicitados.
- c) No deben explotar la especial relación de confianza que los menores depositan en sus padres, profesores, u otras personas.
- d) No deben mostrar, sin motivos justificados, a menores en situaciones peligrosas.
- e) No deben incitar conductas que favorezcan la desigualdad entre hombres y mujeres.
- f) Las comunicaciones comerciales sobre productos especialmente dirigidos a menores, como los juguetes, no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el menor para utilizarlas sin producir daño para sí o a terceros.

Por último, únicamente mencionar que, en materia audiovisual, el legislador mantiene la tendencia de fomentar el reconocimiento e impulso de los *códigos de conducta* también observada, con carácter general, en la reforma de la LCD.

Así, en relación con la protección del menor, la LGCA establece que “la autoridad audiovisual competente promoverá 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 tales como grasas, ácidos transgrasos, sal o sodio y azúcares, para los que no es recomendable una ingesta excesiva en la dieta total” (art. 7.4).

En España se da la circunstancia que, como apunta Fernando Magarzo (2010), los operadores de televisión estatales y autonómicos se avanzaron a la recomendación del legislador y suscribieron en septiembre de 2009, con carácter previo a la aprobación de la LGCA, su adhesión al *Código de autorregulación de la publicidad*

de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud (Código PAOS).¹³² El Código PAOS fue impulsado por la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) y entró en vigor el septiembre de 2005. El Código está suscrito por las treinta y tres principales empresas de alimentación y bebidas y dos del sector de la restauración; su aplicación se lleva a cabo por Autocontrol, la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

7.8. Régimen sancionador

La LGCA establece, en su Título IV, el régimen sancionador básico en materia audiovisual y, a modo de principio general, el legislador dispone que, en este ámbito, el procedimiento sancionador se regirá según lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y por su desarrollo reglamentario (art. 55 LGCA). De este modo, por extensión, la LGCA establece la vía administrativa como medio de supervisión, control y represión de las comunicaciones comerciales difundidas a través de los servicios de comunicación audiovisual.

Además, la LGCA contempla un amplio listado de infracciones que clasifica, en función de su gravedad, en tres categorías: infracciones muy graves (art. 57), graves (art. 58) y leves (art. 59). Sobre la base de estas tres categorías la LGCA establece el correspondiente régimen sancionador (art. 60). A continuación detallaremos el listado de infracciones relacionadas con la emisión de comunicaciones comerciales junto a las sanciones asociadas.

Así, en materia de publicidad, se considera *infracción muy grave* –sancionable con 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 el resto: la emisión de publicidad que vulnere la dignidad humana o utilicen la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio e incumplir dos veces en un día y en un mismo canal el

¹³² El texto completo del *Código Paos* puede descargarse desde la página web de Autocontrol:< [http://www.autocontrol.es/pdfs/pdfs_codigos/Cod_PAOS\(2012\).pdf](http://www.autocontrol.es/pdfs/pdfs_codigos/Cod_PAOS(2012).pdf)> [Consulta: 18 de mayo de 2015].

límite de 12 minutos de publicidad y televenta, cuando exceda en un 20 por ciento de lo permitido.

Se considera *infracción grave* –sancionables con multa de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios televisivos y de 50.001 a 100.000 para el resto: el incumplimiento de las condiciones para la realización de las diferentes modalidades de comunicación comercial audiovisual¹³³, la emisión del resto de comunicaciones prohibidas en cualquiera de sus formas e incumplir el límite de 12 minutos de publicidad y televenta, cuando exceda en un 20 por ciento de lo permitido.

Por último, la LGCA considera *infracción leve* –sancionadas con multa de hasta 100.000 euros para los servicios de comunicación televisiva y hasta 50.000 para el resto– el incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en la LGCA, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves.

Una novedad relevante de la LGCA es la excepción al *régimen de responsabilidad* por la comisión de las mencionadas infracciones exigible, con carácter general, al prestador del servicio de comunicación audiovisual, salvo en el caso de infracción de la normativa publicitaria. Así, la LGCA establece que, excepcionalmente, los prestadores de servicio no incurrirán en responsabilidad administrativa cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad (art. 60.2). No obstante, para quedar exento de responsabilidad, el legislador exige al prestador del servicio el cese en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca para quedar. En opinión de la doctrina, esta medida resulta acertada porque evita que sea el operador el que deba decir qué contenidos son lícitos, facultad que se reserva a la administración y a organismos independientes de mayor especialización, y evitando así posibles riesgos de censura previa de contenidos protegidos por el derecho a la libertad de expresión (Chinchilla & Azpitarte, 2011).

¹³³ Resulta cuanto menos discutible el criterio por el cual, en caso de incumplimiento en la misma comunicación comercial de dos o más condiciones de las previstas en los artículos 14 a 17 de la LGCA únicamente dará lugar a una sanción; de modo que el incumplimiento de una de las condiciones previstas en los citados artículos no podrá dar lugar, además, a la sanción por comunicación comercial encubierta (art. 58.7 LGCA).

Otra novedad recogida en el texto inicial de la LGCA fue la creación del finalmente *non nato* Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), que debía configurarse como un órgano independiente de regulación, supervisión y sanción de la actividad y contenidos de los medios audiovisuales, también en materia de publicidad audiovisual. Tres años después de la entrada en vigor de la LGCA, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) confirmó que sería un cuestionado macro regulador quién asumiría, entre otras, las funciones inicialmente previstas para el CEMA. Justificada, en gran medida, sobre la base del criterio austeridad, la CNMC ha plantea serias dudas en relación a su independencia y escasa especialización.

Cabe destacar que, con carácter previo a la creación de la CNMC ha sido la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) la encargada de garantizar el cumplimiento de la legislación audiovisual, también en materia de comunicación comercial; sus deficiencias en términos de supervisión efectiva de los contenidos, unido a la opacidad de sus actuaciones¹³⁴ exigían la creación –en línea con la práctica totalidad de países de larga tradición democrática–, de un organismo independiente de control. En este sentido, la nueva CNMC nace con un firme compromiso en materia de transparencia que le obliga a informar regularmente de sus actividades. Desde su puesta en marcha, la Dirección de telecomunicaciones y del sector Audiovisual de la CNMC publica en su página web todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes con las cautelas y procedimientos recogidos en la Ley. Las resoluciones de la CNMC ponen fin a la vía administrativa y, contra ellas, podrán interponerse recurso judicial por vía contencioso administrativa.

Por último, recordar que contra la publicidad que vulnere lo dispuesto en la LGP y la LCD podrán ejercitarse, por vía civil, las acciones derivadas de los actos de competencia desleal¹³⁵.

¹³⁴ Las resoluciones de la SETSI, a diferencia de la mayoría de órganos de supervisión, no eran públicas, de modo que a través de la página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio únicamente se podía acceder a datos meramente cuantitativos en relación con los expedientes sancionadores por infracción en materia audiovisual. Véase: <http://www.minetur.gob.es/telecomunicaciones/mediosaudiovisuales/Documents/Expedientes_sancionadores_audiovisual_2005_2013.pdf> [Consulta: 23 de mayo de 2014].

¹³⁵ Véase, artículo 32 de la LCD.

7.9. Reconocimiento y fomento de la autorregulación

En línea con la voluntad del legislador comunitario, la LGCA reconoce de manera expresa el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a la autorregulación, esto es, a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual que, en todo caso, deberán prever mecanismos de resolución de reclamaciones pudiendo dotarse de instrumentos de autocontrol previo, individual y colectivo (art. 12.1).

De esta forma, el legislador reconoce el derecho de los prestadores a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración. A modo de garantía de su eficacia, la LGCA establece que “dichos códigos deberán prever mecanismos de resolución de reclamaciones pudiendo dotarse de instrumentos de autocontrol previo, individual y colectivo” (art. 12.1).

Cuando un prestador apruebe o se adhiera a un código ya existente deberá comunicarlo, por un lado, a las autoridades audiovisuales competentes para su verificación y publicación y, por otro, al correspondiente organismo de representación y consulta de los consumidores; en el caso de prestadores de ámbito estatal, este organismo será el Consejo de Consumidores y Usuarios.

Además, la LGCA 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 el mencionado control se realizará de conformidad con los códigos de autorregulación, además del ordenamiento vigente. Asimismo, la ley establece específicamente que «cuando el contenido audiovisual contradiga un código de autorregulación suscrito por el prestador, la autoridad requerirá a éste la adecuación inmediata del contenido a las disposiciones del código o la finalización de su emisión» (art. 9.3).

Por último, tan solo avanzar que la LGCA exige a las autoridades audiovisuales que velen por el cumplimiento efectivo de los códigos hasta tal punto que, como hemos visto, el incumplimiento de los mismos se considera una infracción grave a los efectos de la LGCA.

7.10. Innovación en formatos audiovisuales y nuevos retos para el legislador

Como apuntábamos en el marco conceptual del trabajo,¹³⁶ el sector de la publicidad vive tiempos de transición. Los formatos de publicidad convencional conviven actualmente con nuevas formas de comunicación, menos intrusivas, en tanto que su principal función es atraer a sus destinatarios, entretenerlos, de manera que sean los propios destinatarios quienes busquen estos nuevos contenidos audiovisuales, les atrapen e involucren en una experiencia alejada del clásico concepto de publicidad.

Uno de los formatos que más éxito ha tenido en los últimos años es el denominado *branded content* o contenido de marca, definido de forma concreta y concisa por IAB Spain (2015) como “la creación de un contenido relevante, entretenido o interesante, de aspecto no publicitario, generado por una marca para crear audiencia y conectar con ella. El contenido comunica de forma implícita los valores asociados a la marca, aunque ésta pasa a segundo plano” (p. 9). Como afirman Del Pino y Reinares Lara (2013), el objetivo último del *branded content* es:

La transmisión de valores en un doble sentido: de la marca al contenido y del contenido a la marca. En consecuencia, “el vínculo entre contenido, marca, usuario, emoción y medio, independientemente de la plataforma en la que se emita el espacio del *branded content*, es fundamental, y para ello, no vale con la creación de cualquier contenido, sino de uno que se adapte a esta especie de revolución que en donde el espectador multitarea exige y demanda una realidad en donde la intencionalidad publicitaria, al menos la que se muestra de forma directa y flagrante, debe quedar diluida.

En diciembre de 2011 la cadena de ópticas Alain Afflelou se convirtió en el primer anunciante en utilizar en España en utilizar un nuevo formato publicitario: el *product placement* virtual. Un mupi con su marca aparecía en un capítulo de la serie americana *Mentes criminales*, emitida por Cuatro. La técnica de insertar digitalmente productos y/o marcas en un contenido audiovisual grabado con anterioridad llegaba a España, tras consolidarse en países como Estados Unidos o Reino Unido.

¹³⁶ Véase, apartado 2.1.2. Medios publicitarios, inversión y TIC, pp. 69-71.

¿Permite la legislación vigente el emplazamiento de producto virtual? Lo cierto es que, una vez más, los avances tecnológicos superan al legislador. Pese a tratarse de una norma reciente, la LGCA no contempla, específicamente, ni el *product placement* virtual ni otros nuevos formatos directamente vinculados con la actividad publicitaria, como el mencionado *branded content*.

A falta de confirmación por vía jurisprudencial, una interpretación flexible de la ley nos llevaría a afirmar que el *product placement* virtual será lícito si cumple con todos los requisitos establecidos en la LGCA y, previamente, se han gestionado los correspondientes derechos para modificar la obra audiovisual original, incluyendo la identificación del emplazamiento en los mismos términos exigidos para la producción estatal. El caso de los contenidos de marca plantea más dudas, en primer lugar por lo que respecta a la legislación que le sería aplicable según su relación con otras figuras afines contempladas en el Derecho de la Publicidad, a saber, el propio emplazamiento de producto, el patrocinio o la publicidad encubierta. Como apunta Pérez-Solero (2015), a modo de ejemplo de la necesidad de delimitar, desde un punto de vista jurídico los contornos del *branded content*, cabría preguntarse si la retransmisión por parte de diferentes medios televisivos *off* y *online* del salto desde la estratosfera de Félix Baumgartner, el 14 de octubre de 2012, fruto de la misión Red Bull Stratos ¿era simplemente un programa patrocinado sujeto a la regulación del patrocinio audiovisual?

A estas y otras preguntas se enfrenta un legislador que tiene ante sí el reto de garantizar el equilibrio entre las posibilidades publicitarias que ofrecen las nuevas tecnologías y la garantía del principio de identificación publicitaria y otros derechos de un consumidor, hoy más informado y proactivo ante la nueva publicidad comercial. A falta de regulación, asociaciones como IAB Spain (2015), han publicado recientemente una *Guía legal para branded content y figuras publicitarias afines* en la que se recomiendan una serie de medidas para evitar conflictos que vienen a trasladar algunos principios básicos de la legislación publicitaria a los nuevos contenidos de marca, principalmente en relación con el deber de identificación.

8. LÍMITES JURÍDICOS DE LA PUBLICIDAD EN INTERNET

8.1. Marco normativo de la publicidad en Internet

Como apuntamos al abordar la evolución del sector audiovisual, los avances tecnológicos y el desarrollo y expansión de las TIC han conllevado la aparición de nuevos medios al servicio de anunciantes y agencias para la difusión de los mensajes publicitarios.

A mediados de los años noventa del pasado siglo, la aparición y popularización de la World Wide Web convirtió a Internet en un gran espacio en el que compartir información y, también, en un espacio de actividad económica. Veinte años después, la Red es, actualmente, un medio al que cada día acceden millones de personas para consultar y compartir información, trabajar en línea o realizar transacciones electrónicas. El consumidor es, también, usuario de la Red y los anunciantes utilizan, cada vez más, Internet para hacer llegar el mensaje – generalmente a un bajo coste– al destinatario de su publicidad.

El creciente dinamismo 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 (Peguera Poch, 2010). De este empeño surgió, entre otras y con carácter general, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, conocida como *Directiva sobre el comercio electrónico*.

En 2002, el contenido de esta Directiva 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 su exposición de motivos, la LSSI reconoce que la denominada *sociedad de la información*, determinada por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información, necesitaba de un marco jurídico adecuado con el objetivo de generar en todos los actores la confianza necesaria para el empleo del nuevo medio.

Dada su generalidad y amplitud, la LSSI parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan. Por ello, la LSSI únicamente contempla aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por la mencionada regulación.

8.2. El concepto de servicios de la sociedad de la información

A los 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 petición individual del destinatario. El concepto comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. [Anexo definiciones a)].

En punto a concretar y clarificar el alcance del concepto de *servicios de la sociedad de la información*, recurriremos a lo expuesto por parte del legislador en la Exposición de motivos de la propia LSSI.

Se acoge, en la Ley, 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 dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse 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 copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición 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 sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico.

El legislador contempla expresamente como servicio de la sociedad de la información el envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica siempre que éstas representen una actividad económica. De este modo, una vez más, el concepto de publicidad se restringe, desde un punto de vista legal, a la comunicación con finalidad económica o comercial.

8.3. Las comunicaciones comerciales por vía electrónica

La LSSI incorpora, a modo de anexo, las definiciones de los conceptos más relevantes para la correcta comprensión de su propio alcance y contenido. En materia publicitaria, el legislador opta, una vez más, por el concepto amplio de *comunicación comercial* que, a los efectos de la LSSI comprenderá “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 realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional” [Anexo definiciones f)]. Nótese en este punto que esta definición coincide, de nuevo, con el concepto de publicidad económica recogido en la LGP.

Con carácter adicional, el legislador concreta que a los efectos de la LSSI:

No tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, 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. [Anexo Definiciones f)].

La LSSI regula, en su Título III (arts. 19 a 22), las *comunicaciones comerciales por vía electrónica*. A modo de síntesis, cabe avanzar en este punto que, en el marco de los servicios de la sociedad de la información, las comunicaciones comerciales deben identificarse 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.

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 regirán, además de 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 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), y su normativa de desarrollo,¹³⁷ en especial en lo referente a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales (art. 19). Todas estas normas mencionadas por el legislador configurarán, por tanto, el régimen jurídico de las comunicaciones comerciales difundidas por vía electrónica.

8.3.1. 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, con carácter general, en la LGP. Así, la LSSI establece que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y, a su vez, también deberá ser claramente identificable la persona física o jurídica en nombre de la cual éstas se realizan (art. 20.1).

Con un carácter todavía más específico, la LSSI dispone unos requisitos adicionales para las ofertas, concursos y juegos promocionales en los siguientes términos:

En los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, previa la correspondiente autorización, se deberá 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

¹³⁷ Véase el 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.

acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca. (art. 20.2).

En relación con dispuesto en materia de información exigida sobre las comunicaciones comerciales el propio legislador destaca que ello se entiende sin perjuicio de lo que dispongan las normas dictadas por las comunidades autónomas con competencias exclusivas sobre consumo, comercio electrónico o publicidad.

En este punto, cabe destacar que con el objetivo de proteger y salvaguardar los derechos de los consumidores y usuarios ante las comunicaciones comerciales difundidas por vía electrónica la Unión Europea modificó, en 2009, la Directiva 2002/58 sobre privacidad y comunicaciones electrónicas para hacerla más restrictiva e incluir nuevas exigencias. Finalmente, estas modificaciones han sido incorporadas a la legislación española mediante el Real Decreto 13/2012, de 30 de marzo, que modifica algunos aspectos de los artículos 20, 21 y 22 de LSSI en relación con el envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica. Estos mismos artículos han sido posteriormente modificados por la disposición final segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGT).

Con el objetivo de garantizar la exigencia de identificación del carácter comercial de las comunicaciones y del emisor de las mismas, la LSSI ha incorporado la prohibición de enviar comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo dispuesto en el art. 20, así como aquellas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en el mismo. (art. 20.4).

8.3.2. Prohibiciones

A continuación, la LSSI prohíbe expresamente “el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas” (art. 21.1).

De este modo, con carácter general y salvo la excepción que veremos a continuación, la LSSI únicamente permite el envío de publicidad por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente en dos supuestos: que las mismas hayan sido solicitadas por su destinatario, o bien que el anunciante haya obtenido autorización del destinatario con carácter previo al envío de las mismas, un consentimiento que, como veremos, el destinatario podrá revocar en cualquier momento.

Este criterio se flexibilizó, en parte, a finales de 2003, mediante la inclusión en la LSSI de una modificación¹³⁸ según la cual la cláusula general:

No será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. (art. 21.2).

Y, en todo caso –también cuando exista una relación contractual previa y se cumplan los dos requisitos comentados–, el prestador deberá “ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines 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” (art. 21.2 LSSI).

¹³⁸ Como apunta el profesor Peguera Poch “las dos grandes opciones de política legislativa para establecer la licitud de las comunicaciones comerciales son los sistemas denominados de *opt-out* y de *opt-in*. El sistema de *opt-out* permite enviar mensajes no solicitados a todos los que no hayan *optado por no recibirlos*. Para ello hay que dar al receptor la posibilidad de exigir que no se le envíen nuevos mensajes. En el sistema de *opt-in*, en cambio, la comunicación sólo es lícita si previamente el destinatario *ha optado por recibir* comunicaciones, esto es, no basta con que no se haya opuesto (como en el sistema de *opt-out*), sino que debe haber solicitado que se le envíen estas comunicaciones, o debe haberlas autorizado expresamente. Inicialmente, la LSSICE reguló la materia de forma muy rigurosa [...]. Así lo establecía, en su redacción inicial el artículo 21 LSSICE, artículo que consagraba, por tanto, un sistema de *opt-in*. No obstante, como consecuencia de la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio del 2002, sobre el tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), fue preciso modificar la regulación inicial. La modificación de la LSSICE en este punto, que afectó a los artículos 21, 22 y 38, se llevó a cabo por medio de la disposición final primera de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones.” (Peguera Poch, 2010, p. 363)..

8.3.3. Los derechos de los destinatarios

En relación con los *derechos de los destinatarios de servicios*, la LSSI incide, de nuevo, en que, en todo caso, el destinatario podrá 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 de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado y deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre los mencionados procedimientos.

Para facilitar y garantizar el correcto ejercicio del derecho de oposición del destinatario, las modificaciones operadas en el 2012 incorporan a la LSSI la siguiente exigencia: “cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”. (art. 22.1).

8.3.4. La publicidad comportamental

De una manera más específica y en el marco de los derechos de los destinatarios, la LSSI contempla la regulación de las nuevas técnicas asociadas a la denominada *publicidad comportamental online*, 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 reside en que permite mostrar publicidad ‘relevante’ a un gran número de consumidores online. Desde el punto de vista técnico, la publicidad comportamental requiere la instalación previa de las denominadas *tracking cookies* (*cookies* de rastreo) en el navegador utilizado por el usuario para monitorizar su comportamiento de navegación y enviarle aquella publicidad relevante sobre la base de sus intereses de navegación.

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

La transposición al derecho español de las nuevas exigencias comunitarias –a través del Real Decreto 13/2012–¹³⁹ han modificado la regulación de algunos aspectos de las comunicaciones comerciales por vía electrónicas, entre ellos, lo requisitos para instalar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en los terminales de los usuarios, presupuesto necesario para el desarrollo de la publicidad comportamental.

Así, uno de los aspectos más debatidos de la modificación, por su mayor impacto en el sector de la publicidad digital, es la regulación del uso de *cookies* para monitorizar el comportamiento del usuario online con finalidad comercial (Pérez Bes, 2010; Rubí Navarrete, 2012, 2013; Martínez Pastor y Muñoz Saldaña, 2013). El nuevo redactado del art. 22 de la LSSI autoriza la instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos –las denominadas *cookies*– en los terminales de los destinatarios sólo a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la LOPD.

Adicionalmente, el nuevo texto del artículo 22.2 dispone que:

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones. Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación

¹³⁹ Véase Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario. (art. 22.2).

A diferencia de la legislación anterior, la nueva normativa exige el consentimiento expreso e informado del internauta de manera previa a la instalación de las cookies en el terminal con fines de publicidad comportamental aunque, por el momento, en la legislación no se especifica el modo de obtener el mencionado consentimiento, lo que constituye uno de los principales retos en la aplicación de la nueva normativa.

Dada la complejidad que presenta la aplicación de la nueva regulación en materia de *cookies*, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y las asociaciones Adigital, Autocontrol e IAB Spain presentaron, en 2013, la primera guía en Europa elaborada conjuntamente por la autoridad de protección de datos y los representantes de la industria. La *Guía sobre el uso de las cookies* recoge las orientaciones, garantías y obligaciones que la industria se compromete a difundir y aplicar para adaptar la instalación de este tipo de archivos a la legislación vigente.¹⁴⁰

Con esta referencia específica a las técnicas asociadas a la publicidad comportamental, el legislador concluye la todavía escasa regulación de las comunicaciones comerciales que utilizan los servicios de la sociedad de la información para su difusión. Conviene recordar y reiterar en este punto que, en tanto que LGP contempla un concepto amplio de publicidad económica sin hacer referencia alguna a la tipología de medios de difusión, lo dispuesto en esta norma y en la LCD será también aplicable al contenido de la publicidad difundida por medios electrónicos.

Desde un punto de vista jurisprudencial, el análisis de las sentencias dictadas por el TS en materia de publicidad no ha identificado ninguna controversia en relación con la aplicación de los límites recogidos en la LSSI.

¹⁴⁰ La *Guía sobre el uso de las cookies* (2013) puede consultarse, entre otras fuentes, desde la sede electrónica de la Agencia Española de Protección de Datos: <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf > [Consulta: 15 de diciembre de 2014].

8.4. Régimen sancionador

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

La LSSI contempla la *acción de cesación* 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 cesación contempla, también, la posibilidad de prohibición de reiteración futura. Más concretamente, la LSSI dispone que:

- 1) Contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores podrá interponerse acción de cesación.
- 2) La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Así mismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente.
- 3) La acción de cesación se ejercerá conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para esta clase de acciones. (art. 30)

En materia de legitimación activa, la LSSI recoge una lista de personas y entidades legitimadas para interponer la acción de cesación siempre que la finalidad de la misma y los intereses afectados legitimen su ejercicio:

Están legitimados para interponer la acción de cesación:

- a) Las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo.
- b) Los grupos de consumidores o usuarios afectados, en los casos y condiciones previstos en 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, en su caso, 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 su inclusión en la lista publicada a tal fin en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción. (art. 30).

Adicionalmente, la LSSI reconoce explícitamente el arbitraje y otros sistemas de derivados de la autorregulación como medios de resolución extrajudicial de conflictos. A este respecto, el legislador dispone que el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y defensa de los consumidores y usuarios –entre ellos, al Sistema Arbitral de Consumo competente–, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. En estos procedimientos podrá hacerse 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 estarán sujetos al régimen sancionador establecido en su título VII cuando la mencionada ley les sea de aplicación. Además, las modificaciones introducidas por la LGT han incorporado un supuesto de responsabilidad específico directamente relacionado con la actividad publicitaria. Así, la LSSI dispone que cuando las infracciones previstas en el artículo 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 agente que gestione directamente con aquel la colocación de anuncios en dichos 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).

De este modo, la LSSI tipifica como *infracción* el incumplimiento, por parte de los prestadores de servicios, de algunos de sus preceptos y establece el consiguiente *régimen de sanciones* aplicables (art. 37). La LSSI establece tres tipologías de infracciones a las que califica como muy graves, graves o leves (art. 38) y detalla las correspondientes sanciones (art. 39).

A pesar de no tener relación directa con nuestro objeto de estudio, a título meramente informativo apuntaremos que actualmente, con carácter general, el único supuesto de infracción muy grave 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” (art. 38). En calidad de infracción muy grave, este supuesto lleva aparejada una sanción de multa de 150.001 hasta 600.000 euros.

Además, el legislador establece que “la reiteración en el plazo de tres años de dos o más infracciones muy graves, sancionadas con carácter firme, podrá dar lugar, en función de sus circunstancias, a la sanción de prohibición de actuación en España, durante un plazo máximo de dos años” [art. 39.1 a)].

En materia de comunicaciones comerciales, la LSSI tipifica como *infracciones graves*, sancionables con multa de 30.001 hasta 150.000 euros, por una parte, 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 dichos 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. Por otra, la LSSI también tipifica como infracción grave, 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 dispuesto en el artículo 22.1.

Cabe destacar en este punto que, adicionalmente, la LSSI dispone que:

Las infracciones graves y muy graves podrán llevar aparejada la *publicación*, a costa del sancionado, de la *resolución* sancionadora en el Boletín Oficial del Estado, o en el diario oficial de la Administración pública que, en su caso, hubiera impuesto la sanción; en dos periódicos cuyo ámbito de difusión coincida con el de actuación de la citada Administración pública o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador, una vez que aquélla tenga carácter firme. (art 39.2).

Para la imposición de esta sanción, el órgano competente deberá considerar la repercusión social de la infracción cometida, el número de usuarios o de contratos afectados y la gravedad del ilícito. Además, en los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves la LSSI dispone que se podrán adoptar algunas de las *medidas de carácter provisional* previstas en la legislación administrativa (art. 41 LSSI).¹⁴¹

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

- El incumplimiento del principio de identificación publicitaria recogido en el artículo 20 que, recordemos, 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 dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave.

¹⁴¹ El legislador recuerda, entre otros aspectos, que en la adopción y cumplimiento de estas *medidas de carácter provisional* se deberán “respetar, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados” (art. 41.2 LSSI). Además, la LSSI también reconoce al órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador la potestad para imponer multas coercitivas por importe que no exceda de 6.000 euros por cada día que transcurra sin cumplir las medidas provisionales que hubieran sido acordadas (art. 42).

- 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.
- Utilizar 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 graduará atendiendo a los siguientes *criterios*: existencia de intencionalidad; el plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción; la reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza; la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados; los beneficios obtenidos por la infracción; el volumen de facturación a que afecte la infracción cometida y, por último, 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 u órganos competentes. (art. 40 LSSI).

A modo de excepción, con carácter general, la LSSI dispone que los órganos competentes no podrán ejercer la potestad sancionadora cuando sobre el mismo sujeto, mismos hechos y mismo fundamento haya recaído sanción penal (art. 44.1).

En materia de *competencia sancionadora*, la LSSI otorga expresamente la potestad para imponer sanciones por incumplimiento de esa ley, en primer lugar, al órgano o autoridad que dictó la resolución incumplida o al que estén adscritos los inspectores y en el caso de infracciones de los derechos y garantías de los consumidores y usuarios al órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas competentes en materia de consumo (art. 43.1); y en segundo lugar, en el marco de la Administración General del Estado, en el caso de infracciones muy graves el órgano sancionador competente será el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y, en el caso de infracciones graves y leves será competente el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (art. 43.2).

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

8.5. Reconocimiento y fomento de la autorregulación

Por último, como sucedía en el marco de la regulación audiovisual, cabe 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 a 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 que esta norma se aplica.

Por ello, la LSSI incorpora en su contenido un mandato a las Administraciones Públicas para que impulsen, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en la LSSI. Entre los aspectos específicos a tratar por estos códigos el legislador destaca los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío de por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas (art. 18.1). En coherencia con su alcance y contenido, el legislador dispone que estos códigos deberán ser accesibles por vía electrónica (art. 18.3).

En respuesta a lo dispuesto en la LSSI, a finales del año 2002, Autocontrol aprobó en colaboración con la actualmente denominada Asociación Española de la Economía Digital (ADigital)¹⁴² el *Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva*. Resulta especialmente relevante destacar que, en 2005, el Instituto Nacional de Consumo otorgó el distintivo público de confianza en los servicios de la

¹⁴² *ADigital* es la evolución de la antigua Asociación Española de de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECCEM-FECEMB).

sociedad de la información y el comercio electrónico¹⁴³ al Código que, desde entonces, pasó a conocerse como *Código Confianza Online*.

El Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión, concreta, entre otros aspectos, la denominación y forma del distintivo (art. 2). Así, el legislador dispone que el distintivo se denomine *distintivo público de confianza en línea* y remite al anexo del RD para detallar la construcción gráfica del mismo. A continuación se reproduce, en primer término, la versión del distintivo público de confianza en línea recogido en el RD 1163/2005 y, en segundo término, el distintivo específico del sistema Confianza Online que, actualmente, acredita la adhesión a este sistema de autorregulación.

Figura 16. Distintivos Confianza Online



Fuente: Confianzaonline, 2015.

¹⁴³ Mediante la aprobación del Real Decreto 292/2004, de 20 de febrero, por el que se crea el *distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, así como los requisitos y procedimiento de concesión, ya derogado, el legislador cumplía con lo dispuesto en la LSSI que, en su Disposición final octava, instaba al Gobierno a aprobar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la ley, un distintivo que permitiera identificar a los prestadores de servicios que respetaran códigos de conducta adoptados con la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios y que reunieran los requisitos de la normativa comunitaria.

PARTE III

PUBLICIDAD Y DERECHO

9. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA

9.1. Concepto y elementos constitutivos

Sobre la base de lo expuesto en los capítulos precedentes, el régimen jurídico de la publicidad se configura a partir del contenido de la legislación emanada de los poderes del Estado y, en consecuencia, de obligado cumplimiento. Ahora bien, como apuntábamos en el marco teórico de la tesis,¹⁴⁴ la existencia del derecho y de sus normas jurídicas no excluye la posibilidad de que los sujetos puedan autorregularse, esto es, que voluntariamente puedan someter su actividad a sus propias normas de carácter ético o deontológico.

En el ámbito de la publicidad, el sistema de autorregulación ha adquirido una especial relevancia, hasta el punto que, por un lado, la propia LGP reconoce –en su exposición de motivos– la existencia de un control voluntario de la publicidad a través de organismos de autodisciplina y, por otro, el texto de la LCD incorporó –a raíz de la reforma de 2009– un capítulo destinado a reconocer y fomentar la creación de códigos de conducta asociados a sistemas de autorregulación efectivos.

En consecuencia, consideramos que un trabajo sobre los límites jurídicos de la publicidad no puede obviar el estudio de la autorregulación, un sistema extrajurídico de gran relevancia práctica y, además, reconocido como una vía complementaria de resolución de conflictos por la propia legislación. Por ello, hemos considerado relevante incorporar al trabajo una breve referencia a los sistemas de autorregulación publicitaria, en general, y a los rasgos característicos del sistema de autorregulación español, en particular. El presente capítulo se justifica, adicionalmente, en tanto que el estudio de la gestión profesional de los límites jurídicos de la publicidad –que abordaremos en el siguiente capítulo– requiere conocer y comprender previamente el alcance de los servicios ofrecidos por Autocontrol, la Asociación Española para la Autorregulación Comercial (AACC).

¹⁴⁴ Véase apartado 2.2.1. Formas de control de la publicidad, p. 75-77.

Como avanzábamos en el marco teórico de la tesis, Patiño Alves (2007)¹⁴⁵ define la *autorregulación publicitaria* como la “regulación llevada a cabo por los sujetos que participan activamente en la realización, creación, preparación, ejecución y difusión de la publicidad, con la finalidad de imponerse a sí mismos, de forma voluntaria, una norma en materia publicitaria” (p. 37).

Desde un punto de vista más amplio y práctico, Fernando Magarzo (2008c) define la *autorregulación publicitaria* como:

Un sistema voluntariamente establecido por las empresas que integran el sector publicitario (anunciantes, agencias y medios de comunicación) a través del cual se procura que el ejercicio de la actividad publicitaria se lleve a cabo de forma legal, honesta y responsable, en beneficio de los consumidores, de los competidores, del mercado publicitario y de la sociedad en general. (p. 18).

En esta misma línea, la European Advertising Standards Alliance (EASA), el organismo que engloba los sistemas de autorregulación que operan en Europa, define la autorregulación en los siguientes términos:

Self-regulation is a system by which the advertising industry actively polices itself. The three parts of the industry - the advertisers who pay for the advertising, the advertising agencies responsible for its form and content, and the media which carry it - work together, to agree advertising standards and to set up a system to ensure that advertisements which fail to meet those standards are quickly corrected or removed. (EASA, 2003, p. 5).

Para que un sistema de autorregulación publicitaria se configure como tal y sea efectivo, en él se deben observar una serie de *elementos constitutivos* (Boddebyn, 1989; Gómez Segade y Lema Devesa, 1981; Patiño Alves, 2005, 2007). Patiño Alves desarrolla en sus obras, amplia y detalladamente, los cuatro *requisitos constitutivos* de un sistema de autorregulación publicitaria: en primer lugar, la existencia de una *agrupación voluntaria de miembros* que participen, activa y pasivamente, en la industria publicitaria; en segundo lugar es necesario que el grupo se imponga unas normas de carácter moral o ético –los denominado *códigos de*

¹⁴⁵ La profesora Beatriz Patiño Alves es autora de una tesis doctoral en la que abordó el estudio detallado de los sistemas de autorregulación publicitaria, en general, y del sistema de autorregulación publicitaria español, en particular. Véase: Patiño Alves (2005).

conducta publicitaria– que deberán ser observadas por todo el colectivo que integra el sistema; en tercer lugar, para garantizar su eficacia, el sistema requiere la existencia de un *órgano de control* y supervisión que decida sobre la licitud de la actividad publicitaria y, por último, el cuarto requisito es que este órgano de control tenga *carácter sancionador* y capacidad para ejecutar sus decisiones con respecto a los miembros adheridos voluntariamente al sistema.

En relación con el primer requisito, una cuestión relevante objeto de cierta controversia es la conveniencia de incorporar a los denominados *outsiders* –terceros ajenos a la industria publicitaria– como miembros del sistema. No todos los sistemas de autorregulación entienden que su presencia esté justificada. Nosotros coincidimos con Patiño Alves quién, tras analizar en detalle los pros y contras apuntados por Boddewyn (1983), defiende su inclusión como garantía de la debida independencia y objetividad, y para aportar valor al sistema. Sobre la base de los principios democráticos –igualdad, equidad y justicia– que sustentan el propio concepto de autorregulación, es conveniente que “en su seno se representen todos aquellos sujetos sobre los que de un modo u otro incide y a quienes afecta la actividad publicitaria (Patiño Alves, 2007, p. 49).

Entre los diferentes tipos de *outsiders* con presencia en los sistemas de autorregulación publicitaria podemos encontrar, entre otros, a miembros independientes, representantes de los consumidores y expertos –académicos, juristas, sociólogos, etc. de reconocido prestigio– cuya independencia, especialización y profesionalidad en materia publicitaria serán criterios a tener en cuenta a la hora de valorar su incorporación. Según la configuración que adopte el sistema, el grado de implicación de estos *outsiders* variará desde una mera función consultiva, a una función deliberativa y de participación en determinadas decisiones, pudiendo llegar a desempeñar funciones de plena participación.

Sobre la base de la participación de terceros, Patiño Alves establece tres tipos de sistemas de autorregulación publicitaria: los *puros*, que no contemplan la presencia de *outsiders*; los *negociados*, en los que los terceros no llegan a formar parte del sistema, simplemente actúan, participan desde fuera, como sujetos no integrados, y, por último, los *sistemas de autorregulación mixtos*, cercanos al concepto de

corregulación –en el caso de que el tercero sea la Administración pública–, en tanto que los terceros se convierten en un miembro más del sistema.¹⁴⁶

En segundo lugar, esta asociación voluntaria de sujetos implicados en la actividad publicitaria debe elaborar y aprobar sus propias *normas de conducta*, un conjunto de principios, reglas y pautas deontológicas que determinen la corrección profesional, los límites éticos de su actividad. A diferencia de las normas jurídicas –elaboradas por el poder legislativo y de obligado cumplimiento– las normas de conducta son voluntarias, esto es, su cumplimiento obliga únicamente a los miembros que opten por adherirse al sistema. Las normas de conducta se plasman en textos que reciben el nombre de Códigos, Directrices o Principios los cuales, a su vez, pueden ser generales –aplicables, por tanto, a cualquier actividad publicitaria– o específicos –bien porque regulen la publicidad de un sector de actividad concreto o aquella que se dirige a un colectivo específico–.

Desde un punto de vista geográfico, los sistemas de autorregulación estatales tienden a desarrollar sus propios códigos de conducta sobre la base de los principios recogidos en el *Código de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia* de la International Chamber of Commerce (ICC). El primer Código ICC de Prácticas Publicitarias fue publicado en 1937 con el objetivo de “proveer una estructura para la comunicación y creatividad responsable que fuera globalmente aceptada” (ICC, 2011, p. 9). En 2006, la ICC consolidó el contenido de varios códigos en un único documento –revisado en 2011– que bajo el título de *Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia de la ICC* contempla, entre otras cuestiones, las directrices éticas que deben observarse en las nuevas formas de publicidad comercial en medios digitales interactivos.¹⁴⁷ A pesar de no ser en sí misma un sistema de autorregulación, la ICC ha adquirido una gran relevancia como fuente de

¹⁴⁶ A modo de ejemplo, conviene avanzar en este punto que el sistema de autorregulación publicitaria español admite a expertos y personas independientes en el Jurado de la Publicidad, su órgano de control, pero las asociaciones de consumidores no forman parte del mismo como miembros.

¹⁴⁷ Además del *Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia*, la ICC ha elaborado otros documentos que recogen los principios éticos a observar en la publicidad de determinados productos –alcohol, bebidas y productos alimentarios, publicidad medioambiental, entre otros– y en determinadas formas publicitarias –publicidad comportamental *online* o venta directa–. Las versiones actualizadas del Código ICC y el resto de documentos pueden consultarse en la página web de la ICC: <<http://www.codescentre.com/downloads.aspx>> [Consulta: 15 de octubre de 2015].

inspiración para el desarrollo de ulteriores normas de conducta y códigos éticos en todo el mundo (Martín Llaguno y Hernández Ruiz, 2009).

El *órgano de control* es la institución básica y central de cualquier sistema de autorregulación publicitaria. Se trata de un órgano independiente, caracterizado por la especialización publicitaria y la imparcialidad de todos sus miembros, que dirimirá las controversias que le sean presentadas. Para ello, el órgano de control aplicará las normas de conducta correspondientes, determinará en sus resoluciones la valoración ética que le merecen los casos que deba resolver y garantizará, en todo momento, el derecho de defensa del reclamado, la igualdad entre las partes y el respeto al principio de contradicción. La doctrina coincide al afirmar que los órganos de control afianzan la credibilidad de los sistemas de autorregulación al aplicar los códigos de conducta y garantizar, mediante su labor, la imparcialidad de los mismos (Patiño Alves, 2007).

En relación a su composición recordemos que, para garantizar su independencia y eficacia, el órgano de control debe incluir a terceros ajenos al sistema especializados en ámbitos profesionales y académicos relacionados con la actividad publicitaria. En cuanto a su estructura, los órganos de control pueden constituirse en una única instancia –opción que, en consecuencia, no permite la revisión del asunto por una instancia superior–, en dos instancias –modelo que permite la revisión de las resoluciones– e incluso en un sistema tripartito cuyo organismo de control incorpora a sus dos instancias propias, una tercera ajena al sistema cuya intervención dependerá del cumplimiento de la resolución por la parte sancionada (Patiño Alves, 2005).

Además de resolver las controversias derivadas del posible incumplimiento de sus normas de conducta, las funciones del órgano de control pueden contemplar, entre otras cuestiones, la elaboración de anteproyectos de códigos éticos –así como la revisión o modificación de los existentes–, la emisión de dictámenes de carácter técnico o deontológico, o el control del cumplimiento de los códigos de conducta. En cualquier caso, como afirma Fernando Magarzo (2008c) “debe tratarse de un órgano cuyo esquema y funcionamiento responda a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, accesibilidad, celeridad y eficacia” (p. 19).

En relación directa con el anterior, el cuarto y último requisito constitutivo de una sistema de autorregulación eficaz es su capacidad sancionadora. Para garantizar que sus decisiones son realmente efectivas, el órgano de control debe estar revestido de potestades sancionadoras, debe poder ejecutar sus decisiones (Gómez Segade y Lema Devesa, 1981). Tanto el incumplimiento de los códigos éticos que regulan la actividad publicitaria como la inobservancia de las resoluciones de los órganos de control deberán conllevar la correspondiente sanción. Como apunta Patiño Alves (2007), mientras la determinación de la sanción, con carácter general, corresponde al órgano de control, su ejecución podrá ser asumida bien por un órgano –directivo o de gestión– del sistema, bien por un órgano ajeno a él como, por ejemplo, un organismo de carácter público.

Entre las medidas sancionadoras derivadas de la infracción de los códigos destacan: la modificación o cesación de la campaña, la publicación de la resolución o la denuncia de una campaña ante un organismo público. Los sistemas de autorregulación no acostumbran a imponer sanciones económicas. Las resoluciones sancionadoras emanadas de los órganos de control son de obligado cumplimiento para los miembros del sistema, aunque dado que esta obligación deriva de un compromiso moral, la sanción sólo podría llegar a comportar, en última instancia, la expulsión del sistema. Para los sujetos no adheridos al sistema que pudieran verse involucrados en una controversia, el cumplimiento de la sanción será voluntario, salvo que exista un organismo público encargado de obligar al mismo. Entre las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones como asociado destacan el apercibimiento, la amonestación y, en casos especialmente graves, la expulsión del sistema.

Como vimos en el marco conceptual de la tesis, los sistemas de autorregulación puros han dejado paso a los sistemas mixtos –que, recordemos, acogen en su seno a terceros ajenos a la industria– y, en menor medida, pero con un progresivo incremento de presencia, a los sistemas de corregulación, caracterizados por la presencia en el sistema de sujetos de los poderes públicos que colaboran en la creación de las normas deontológicas y/o en la fase de control y sanción en caso de incumplimiento.

En Europa la autorregulación publicitaria surge a partir de dos detonantes: en primer lugar, la anteriormente mencionada aprobación, en 1937, de la primera versión del *Código de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia* de la ICC y, en segundo lugar, la aprobación de la Resolución del Consejo de Europa, de 18 de febrero de 1972, sobre protección de los consumidores. En esta resolución –que, como veremos en el siguiente punto, inició el reconocimiento e impulso legal de la autorregulación– ya recomendaba a los Estados la creación de organismos de autodisciplina y su cooperación con organismos públicos y asociaciones de consumidores.

A principios de los años noventa del pasado siglo, la Comisión Europea intensificó notablemente su apuesta por esta vía complementaria de control de la publicidad y emplazó a la industria publicitaria a establecer mecanismos de autorregulación para garantizar la corrección legal de la publicidad en el seno del mercado único europeo. Puesto que algunos países miembros ya disponían de sus propios sistemas de autorregulación,¹⁴⁸ la industria publicitaria europea creó, en 1992, la *European Advertising Standards Alliance* (EASA), un ente concebido para promover la autorregulación publicitaria en Europa y demostrar su mayor efectividad frente a la regulación publicitaria. Con sede en Bruselas, la EASA no es propiamente un organismo de autorregulación, sino un organismo que engloba a todos los organismos de autorregulación publicitaria que, de manera progresiva, se han ido constituyendo en Europa e incluso fuera de ella. Actualmente la EASA integra también a numerosas asociaciones de la industria publicitaria, en representación de anunciantes, agencias y medios publicitarios.

Desde sus inicios, una de las principales funciones de la EASA es la coordinación de las denominadas *reclamaciones transfronterizas*. Sobre la base de los principios de cumplimiento de las normas del país de origen y de reconocimiento mutuo, los miembros de la EASA “convienen en aceptar anuncios que se ajusten a las normas de autorregulación en el país de origen de los medios de comunicación que emiten la publicidad, aún cuando esas normas no sean idénticas a las suyas” (Martín

¹⁴⁸ Entre los países europeos con sistemas de autorregulación publicitaria previos a la creación de la EASA destacan, por su gran tradición, los casos de Francia y Reino Unido (Taylor, 2002). Francia dispone de un sistema de autorregulación, el originariamente denominado *Bureau de Vérification de la Publicité*, desde 1953, mientras que en el Reino Unido la *Advertising Standards Authority* vela por la adecuación ética de las campañas de publicidad desde 1962 (Pérez-Ugena y Coromina, Martínez Pastor y Perales Albert, 2011).

Llaguno y Hernández Ruiz, 2009, p. 9). Así, el sistema de reclamaciones transfronterizas permite a cualquier consumidor de la UE someter un asunto al organismo de autorregulación publicitaria competente en el extranjero, a través del homólogo existente en su propio país. Además de coordinar este sistema de reclamaciones, entre las funciones de la EASA destacan: promover y difundir el conocimiento sobre la autorregulación, facilitar la creación de estos sistemas allí donde no existan e impulsar elevados estándares comunes entre los ya existentes. La siguiente tabla recoge los organismos de autorregulación europeos que, actualmente, forman parte de la EASA.

Tabla. 8
Sistemas de autorregulación europeos miembros de la EASA

País	Organismo autorregulación	Abrev.
Alemania	Deutscher Werberat Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.	DW WBZ
Austria	Österreichischer Werberat	ÖWR
Bélgica	Jury d'Ethique Publicitaire / Jury voor Ethische Praktijken inzake Reclame	JEP
Bulgaria	Националният съвет за саморегулация / National Council for Self-regulation	NCSR
Chipre	Φορέας Ελέγχου Διαφήμισης / Cyprus Advertising Regulation Organisation	CARO
Eslovaquia	Rada Pre Reklamu	SRPR
Eslovenia	Slovenska Oglaševalska Zbornica	SOZ
España	Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial	AUTOCONTROL
Finlandia	Mainonnan eettinen neuvosto	MEN
Francia	Autorité de régulation professionnelle de la publicité	ARPP
Grecia	Συμβούλιο Ελέγχου Επικοινωνίας / Advertising SelfRegulation Council	SEE
Holanda	Stichting Reclame Code	SRC
Hungría	Önszabályozó Reklám Testület	ÖRT
Irlanda	Advertising Standards Authority for Ireland	ASAI
Italia	Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria	IAP
Lituania	Lietuvos Reklamos Biuras	LRB
Luxemburgo	Commission Luxembourgoise pour l'Ethique en Publicité	CLEP

País	Organismo autorregulación	Abrev.
Polonia	Związek Stowarzyszeń Rada Reklamy	RR
Portugal	Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade	ICAP
Reino Unido	Advertising Standards Authority Clearcast	ASA CLEARCAST
Rep. Checa	Rada pro reklamu	CRPR
Rumanía	Consiliul Roman Pentru Publicitate	RAC
Suecia	Reklamombudsmannen	Ro.
Suiza	Schweizerische Lauterkeitskommission / Commission Suisse pour la Loyauté	SLK / CSL
Turquía	Reklam Özdenetim Kurulu	RÖK

Fuente: EASA (2014) y elaboración propia.

9.2. Reconocimiento legal de la autorregulación

Como apuntábamos al mencionar los orígenes de la autorregulación publicitaria, más allá de la propia iniciativa del sector privado, en Europa, la legislación comunitaria ha llevado a cabo una notoria función de impulso y reconocimiento. Como afirma Fernando Magarzo (2008c) si en un principio las normas se limitaban a constatar la existencia de estos sistemas de autorregulación y a fomentarlos, posteriormente, el legislador ha ido reconociendo expresamente la legitimidad de sus organismos extrajudiciales de resolución de controversias, hasta el punto de llegar a integrar los sistemas de autorregulación publicitaria y, más concretamente, sus códigos de conducta en la actual legislación –comunitaria y estatal– en materia de competencia desleal, entre otras.

Desde que en 1972 el Consejo de Europa recomendara la creación de organismos de autodisciplina publicitaria en la ya mencionada Resolución sobre protección de consumidores, numerosas disposiciones normativas han venido a confirmar la legitimidad de los sistemas de autorregulación en Europa. Tal sería el caso, entre otras, de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales y la Directiva 2007/65/CE de servicios de comunicación audiovisual que, en su exposición de motivos, reconoce

expresamente el valor de la autorregulación y de la corregulación como complemento de la legislación y de los mecanismos de control judiciales y administrativos.

Además de este reconocimiento genérico, las autoridades comunitarias han reconocido, específicamente, la legitimidad de los órganos de control de los sistemas de autorregulación como organismos extrajudiciales de resolución de controversias. Así lo apunta el legislador, entre otras, en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, siempre que ello no comporte la exclusión de los procedimientos administrativos o judiciales competentes. A este respecto, cabe destacar lo dispuesto en otro documento citado expresamente por el legislador – comunitario y estatal–, la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. Este texto reitera que el acceso a los tribunales ordinarios de justicia es un derecho fundamental y, en consecuencia, la vía extrajudicial sólo puede privar al consumidor de la vía judicial si éste lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa y con posterioridad al surgimiento del litigio.

Otro documento comunitario, citado por el legislador y especialmente relevante en materia de autorregulación, es la Resolución del Consejo, de 25 de mayo del 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo. Este texto constituyó el primer paso formal para la creación, en 2001, de la conocida como Red Extra-Judicial Europea (Red EJE),¹⁴⁹ esto es, la red europea de órganos de resolución extrajudicial de litigios con los consumidores gestionada, en la actualidad, por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea.

Finalmente, desde un punto de vista comunitario, a pesar de no disponer de valor normativo, cabe destacar la relevancia de los resultados del informe *Self-Regulation in the EU Advertising Sector: A report of some discussion among interested parties*,

¹⁴⁹ En enero de 2005, la conocida como Red EJE se integró en la European Consumer Centre Network (Red ECC-Net), que fusionó la mencionada Red EJE con la red de centros europeos de los consumidores.

elaborado en el marco de la Round Table on Advertising Self-Regulation¹⁵⁰ y publicado en 2006 por la Dirección General de Salud y Seguridad Alimentaria de la Comisión Europea (DG SANCO). Tras examinar los organismos nacionales de autorregulación que operan en Europa, el informe concluye que los cuatro factores clave que determinan la eficacia de los sistemas de autorregulación son, en primer lugar, su propia eficacia (garantizada por los sistemas de *copy advice* –que comentaremos posteriormente–, la adecuada gestión de las reclamaciones y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento, entre otros); en segundo lugar, la independencia (evidenciada mediante la aplicación de criterios de transparencia e incorporación de *outsiders* al sistema); en tercer lugar, su amplio alcance (cubriendo todas las nuevas formas y medios de publicidad comercial) y, por último, una sólida y suficiente política de financiación (DG SANCO, 2006).

Como afirman Pérez-Ugena y Coromina *et al.* (2011), todos estos documentos elaborados en el seno de la UE recogen la necesidad de potenciar la autorregulación publicitaria como una vía de contribución a la simplificación normativa; a la flexibilidad y rapidez de su aplicación en el mercado único; a la cobertura de vacíos legales en sectores complejos o transnacionales –en los cuales la regulación legal se muestra insuficiente–; a la descongestión de los circuitos legislativos e incluso al empoderamiento de los ciudadanos a través de sus organizaciones.

En España, una de las novedades, introducidas en el régimen jurídico de la publicidad y de la competencia desleal a raíz de la aprobación de la Ley 29/2009, es la incorporación a la LCD de un nuevo capítulo destinado a regular los códigos de conducta que, con pleno respeto a la legislación, contribuyan a elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios. Este reconocimiento expreso resulta especialmente relevante, dado que hasta la fecha, el legislador español no había afrontado una regulación general y sistemática de los sistemas de autorregulación y los códigos de conducta a ellos asociados (Gómez Castallo y Fernando Magarzo, 2010).

¹⁵⁰ Con el objetivo de clarificar la definición del mejor modelo práctico de autorregulación, en la denominada *Round Table on Advertising Self-Regulation* participaron miembros de la Comisión Europea, algunas organizaciones no gubernamentales interesadas y representantes de EASA.

Lo que sí se daba, con carácter previo a la modificación del régimen jurídico de la publicidad, eran referencias puntuales en el contenido de diferentes normas que reconocían y fomentaban los sistemas de autorregulación y/o los códigos de conducta. Así, por ejemplo, la primera referencia normativa a la autorregulación en España se encuentra en la exposición de motivos de la LGP que dispone, expresamente, que las normas de carácter procesal en materia de sanción y represión de la publicidad ilícita deben entenderse “sin perjuicio del control voluntario de la publicidad que al efecto pueda existir realizado por organismos de autodisciplina”. Otras normas, como la LGCA o la LSSI también han reconocido, posteriormente, el derecho de los prestadores del servicio a desarrollar sus propios códigos de conducta y sistemas de autorregulación que impliquen mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos.

Con carácter general, actualmente, la LCD fomenta en su capítulo V (arts. 37 a 39) la creación de códigos de conducta a partir del reconocimiento expreso de su utilidad y con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores mediante el acceso a sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones. Para ello, estos sistemas deberán cumplir los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y en las Recomendaciones de la Comisión Europea 98/257/CE y 2001/310/CE anteriormente mencionadas (art. 37 LCD).

La LCD regula, en el capítulo que lleva por título *códigos de conducta*, tres grandes cuestiones: el fomento de los códigos de conducta (art. 37), las acciones frente a códigos de conducta (art. 38) y las acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta (art. 38). Adicionalmente, cabe recordar que, en el marco de la regulación del engaño, la LCD ha incorporado un supuesto de publicidad engañosa por incumplimiento de códigos de conducta (art. 5.2) y, en el marco de las prácticas engañosas en relación con los consumidores y usuarios, la LCD contempla como publicidad engañosa *per se* aquella en la que el anunciante afirme que está adherido a un código de conducta sin ser cierto (art. 21).¹⁵¹

¹⁵¹ Véase apartados 6.5.4. Publicidad engañosa sobre códigos de conducta y 6.5.5 y otras prácticas engañosas *per se* con los consumidores, pp. 214-221.

Cabe destacar en este punto que, como apunta Bercovitz (2010), la referencia a los códigos de conducta en el capítulo V de la LCD puede considerarse equívoca, puesto que, al referirse a los códigos, en algunos casos, el legislador realiza referencias implícitas a los sistemas de autorregulación. Recordemos que los códigos de conducta son un elemento relevante, pero no el único de estos sistemas. Otro aspecto cuestionable de la LCD es que su articulado no recoge una definición de *código de conducta*, por lo que tenemos que recurrir a la contemplada en el art. 2 f) de la Directiva 2005/29/CE según el cual, por código de conducta debemos entender un “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por imposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos”. Por *responsable del código*, el legislador entiende “cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un código de conducta y/o supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo” [art. 2 g)].

Sobre la base de estas definiciones, la LCD integra en el concepto de código de conducta tres requisitos básicos: en primer lugar, su carácter voluntario; en segundo lugar, que su contenido eleve el nivel de protección de los consumidores en su ámbito de aplicación y que en el proceso de elaboración se tenga en cuenta la participación de este colectivo (art. 37.1) y, por último, que se dote de órganos independientes y eficaces de control según lo establecido en la normativa comunitaria y en la Red EJE (art. 37.4). Además, la LCD exige una publicidad suficiente de los códigos para garantizar su debido conocimiento por parte de los destinatarios¹⁵² y que, en ningún caso, su contenido infrinja la normativa de defensa

¹⁵² A este respecto conviene recordar que el artículo 21.3 del TRLGDCU impone a los empresarios prestadores de servicios que no respondan a las reclamaciones de los consumidores o usuarios en el plazo de un mes, la obligación dar a conocer a éstos la existencia del sistema extrajudicial de resolución de conflictos al que estén adheridos –si es el caso– cuando éste reúna los requisitos previstos en las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE de la Comisión u otra normativa que resulte de aplicación y, como tales, estos sistemas hayan sido notificados a la Red EJE (Bercovitz, 2010). Además –a raíz de las modificaciones incorporadas por la Ley 29/2005–, el TRLGDCU dispone que estos empresarios deberán indicar en las ofertas comerciales que presenten de forma detallada sus servicios, el sistema extrajudicial de resolución de conflictos que ofrecen a los consumidores y usuarios, el modo de obtener información sobre sus características y la forma de acceder a dicho sistema extrajudicial (art. 21.4).

de la competencia –lo que resulta obvio, pues ningún código puede incluir disposiciones contrarias a la legislación vigente–.

Con el objetivo de reforzar –también desde el punto de vista práctico– la labor de los sistemas de autodisciplina, recordemos que la LCD reconoce la posibilidad de ejercitar acciones judiciales frente a los responsables de códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas¹⁵³ y también frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta en caso de incumplimiento (art. 38). A su vez, el legislador también reconoce la posibilidad del recurso ante el órgano de control de un sistema de autodisciplina, con carácter previo a la interposición de una demanda, en los términos mencionados al abordar las acciones judiciales por competencia desleal y publicidad ilícita (art. 39).¹⁵⁴

En el siguiente apartado abordaremos el sistema español de autorregulación publicitaria y constataremos cómo éste es el único sistema privado de autorregulación español incluido, por la Comisión Europea, en la Red EJE al cumplir los principios de la Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE anteriormente mencionadas.

9.3. Autocontrol: el sistema de autorregulación español

En España, los primeros antecedentes en materia de autorregulación publicitaria se remontan a la década de los sesenta del pasado siglo; fue entonces cuando los profesionales de la publicidad elaboraron los primeros textos que recogen el compromiso ético de su actividad. Así, en 1965 se publica un *Decálogo del agente publicitario* y tres años más tarde se presenta el *Proyecto de Código de ética publicitaria* con vocación de ser aprobado en el Primer Congreso Nacional de Agencias de Publicidad, celebrado en 1968. La escasa incidencia del primero de estos textos y la excesiva amplitud del segundo –que superaba en su ambición las fronteras de la ética y no llegó siquiera a presentarse oficialmente a la Asamblea–

¹⁵³ Esta previsión entendemos que no sería aplicable a los sistemas de autorregulación que formen parte de la Red EJE, en tanto que para la inclusión en la red europea requiere una notificación previa a la Comisión Europea. Como afirma Bercovitz (2010), “no parece aceptable que la Comisión admita la notificación y la inclusión por tanto en su base de datos de códigos de conducta que impulsen o fomenten las conductas ilícitas” (p. 277).

¹⁵⁴ Véase apartado 4.1.1. La vía civil: acciones por publicidad ilícita, pp. 114-126.

hicieron fracasar ambas propuestas. La misma suerte corrió el *Código de Prácticas Leales en Publicidad*, aprobado en 1973 por el Comité Ejecutivo de la Unión de Empresarios del antiguo Sindicato de Prensa, Radio, Televisión y Publicidad (Gómez Segade y Lema Devesa, 1981).

Tras el fracaso de estos primeros proyectos, la Asociación Española de anunciantes, tras contactar con los principales agentes del sector publicitario – medios y agencias–, inició, en 1973, el proyecto de crear un sistema de autorregulación publicitaria. Con el posterior apoyo y reconocimiento de la Administración, en 1976, anunciantes, agencias y medios impulsaron definitivamente la constitución de Autocontrol de la Publicidad S.A., el primer organismo de autorregulación español en materia publicitaria que vería oficialmente la luz en mayo de 1977. Como se deduce de su propia denominación, Autocontrol de la Publicidad S.A. era una entidad privada, sin fines lucrativos e independiente de la Administración que tenía como finalidad velar por la ética de la publicidad.

La constitución de Autocontrol de la Publicidad S.A. como una sociedad anónima, además de generar algunas reticencias –dadas las finalidades altruistas de la misma–, condicionó y complicó su estructura y organización. Así, por un lado, la sociedad incorporaba la preceptiva Junta General y un Consejo de Administración y, por otro, en tanto que organismo de autorregulación, la sociedad disponía de un Director General, un Consejo Asesor y una Comisión Jurídica a los que, adicionalmente, se unía la Asamblea de socios (Tato Plaza y Fernández Carballo-Calero, 2009).

En el año 1992, Autocontrol de la Publicidad S.A. llegó a resolver 92 campañas publicitarias. Esta cifra, aunque modesta en comparación con la actividad de los sistemas de autorregulación de otros países como Italia o Alemania,¹⁵⁵ debe ponerse en valor en el contexto español ante la escasez de sentencias judiciales en materia publicitaria. Sobre la base de este dato, Patiño Alves (2007) concluye que “Autocontrol tuvo un éxito relativo durante su período de vigencia” (p. 175). En esta

¹⁵⁵ El sistema de autorregulación italiano, sólo tres años más tarde, en 1995, había examinado 904 casos (Patiño Alves, 2005, p. 175) y el Deutsche Weberat, el sistema alemán, por su parte, había examinado 503 campañas (Tato Plaza y Fernández Carballo-Calero, 2009, p. 998).

misma línea, Martín Llaguno y Hernández Ruiz (2009) apuntan el vacío legislativo que, durante algunos años, vino a cubrir esta asociación:

Desde 1978 (año en que se derogó la vía administrativa para la represión de la publicidad ilícita y, por tanto, desaparecieron tanto la Junta como el Jurado Central de la publicidad) hasta 1988, (año en que entró en vigor la Ley General de Publicidad) la Sociedad Anónima Autocontrol suplió en parte el vacío legislativo que hubo en España.” (p. 10).

Sin embargo, entre los elementos claramente mejorables de Autocontrol de la Publicidad S.A. destacan: su defectuosa organización; la nula presencia de los consumidores en los órganos de control; la negativa a publicar sus decisiones de acuerdo con un criterio de confidencialidad y la designación de los miembros del órgano de control a partir de profesionales en activo del sector publicitario, con el consiguiente cuestionamiento de su independencia e imparcialidad (Tato Plaza y Fernández Carballo-Calero, 2009).

Con la voluntad de superar estas deficiencias y vencer la situación de estancamiento de la anterior sociedad, el 13 de junio de 1995 se constituye la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP) que, posteriormente –en mayo de 2001–, pasaría a denominarse Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AACC o Autocontrol) y, actualmente, en sus Estatutos¹⁵⁶ se constituye bajo la denominación de Autocontrol, Asociación para la autorregulación Comercial.¹⁵⁷ Autocontrol se define como una asociación sin ánimo de lucro que tiene como principal objetivo gestionar el sistema español de autorregulación publicitaria. Integrada, voluntariamente, por los principales anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones relacionadas con la actividad publicitaria en España, Autocontrol cuenta actualmente, con 460 miembros directos y alrededor de 4.000 indirectos, por lo que se estima que representa a más del 70 por ciento de la inversión publicitaria en España (Autocontrol, 2015).

¹⁵⁶ La última versión de los Estatutos incluye las modificaciones aprobadas por la Asamblea General Ordinaria el 21 de mayo de 2014 y puede consultarse desde la página web de Autocontrol. Véase: <<http://www.autocontrol.es>> [Consulta: 13 de noviembre de 2015].

¹⁵⁷ En coherencia con la denominación que consta, de manera general, en los documentos de consulta de la propia asociación, en adelante nos referiremos a ella con la denominación Autocontrol.

La actividad de Autocontrol responde a tres *objetivos básicos*: contribuir a la ética y la lealtad de la publicidad en beneficio de los consumidores; verificar el cumplimiento de las normas legales y deontológicas publicitarias, y procurar la pacífica y rápida resolución de reclamaciones. Conviene destacar en este punto que Autocontrol no nace con vocación de sustituir el control legal de la publicidad, sino que, por el contrario, pretende ser un útil complemento de éste. Buena muestra de ello es el elevado grado de colaboración que Autocontrol mantiene con la Administración que, como veremos, se ha traducido en la firma de múltiples convenios.

Desde sus inicios, Autocontrol gestiona el sistema de autorregulación publicitaria sobre la base de tres instrumentos: sus propios códigos de conducta, un sistema de asesoramiento previo a través del servicio de consulta previa –conocido como Copy Advice®– y la constitución de un órgano independiente, el Jurado de la Publicidad, que se encarga de aplicar los códigos y resolver las reclamaciones presentadas. Dado el carácter voluntario de la asociación, vemos que Autocontrol cumple todos los requisitos constitutivos de un sistema de autorregulación (Patiño Alves, 2007) y, en consecuencia, también ha acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en la LCD. Desde el año 2000, Autocontrol pertenece a la red europea de órganos de resolución extrajudicial de litigios con los consumidores (Red ECC-Net) gestionada, en la actualidad, por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea.

Antes de abordar el detalle de los tres instrumentos básicos de Autocontrol, cabe apuntar que la asociación se configura, desde un punto de vista organizativo, en torno a tres *órganos* claramente diferenciados e independientes entre sí: la Junta Directiva, el Jurado de la Publicidad –que, a su vez, es su principal instrumento– y el Gabinete Técnico. Según lo dispuesto en los Estatutos de la Asociación, la Junta Directiva de Autocontrol está integrada por un máximo de 33 miembros que se eligen entre anunciantes, asociaciones, agencias, medios de comunicación y otras empresas que prestan servicios a la comunicación comercial.¹⁵⁸ Por su parte, el Gabinete Técnico de Autocontrol está formado por profesionales expertos en derecho y deontología publicitaria, a los que se han incorporado nuevos perfiles

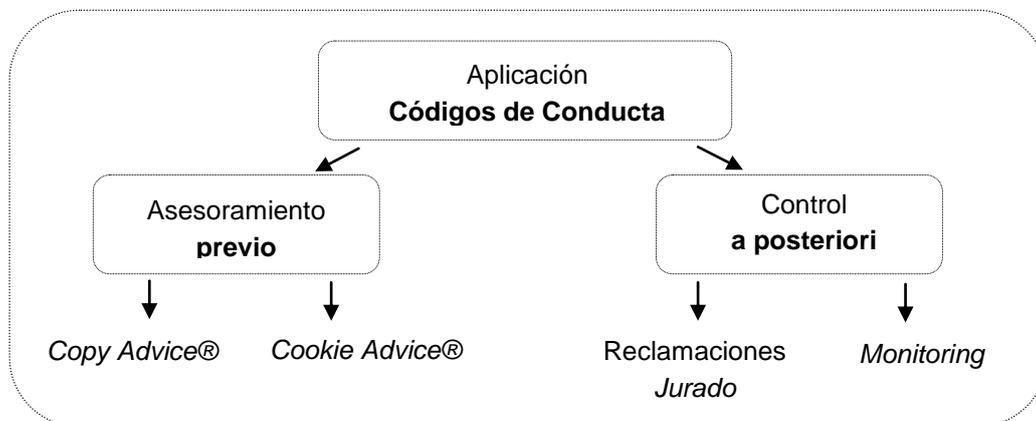
¹⁵⁸ La actual Junta Directiva de Autocontrol, constituida el 28 de mayo de 2015, está presidida por D^a Almudena Román Domínguez, Directora General de ING Direct.

expertos en publicidad digital, tecnología y protección de datos para dar respuesta y elaborar informes en materia de *cookies*, entre otros aspectos.

En relación con los tres instrumentos principales de Autocontrol, en primer lugar, la Asamblea General Extraordinaria de la asociación aprobó, el 19 de diciembre de 1996, el *Código de Conducta Publicitaria* (CCP) que, dado su carácter general, se ha mantenido como el principal código de referencia de la asociación. Basado en el *Código Internacional de Prácticas Publicitarias* de la ICC, el CCP se aplica a toda comunicación publicitaria con finalidad comercial; entre sus principios básicos, se encuentran la veracidad, legalidad, honestidad y lealtad de las comunicaciones comerciales. Además, como detallaremos posteriormente, Autocontrol ha aprobado otros códigos más específicos, entre los que destaca –por su relevancia y aplicación práctica– el *Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva*, en vigor desde enero de 2003, más conocido como el *Código Confianza Online*. De forma paralela, Autocontrol ha trabajado activamente, en colaboración con otras asociaciones, organizaciones y con la propia Administración, en la elaboración de numerosos códigos de conducta sectoriales que autorregulan, adicionalmente, diversos sectores empresariales o medios de publicidad específicos.

En relación con los *mecanismos de control*, Autocontrol gestiona el sistema de autorregulación español a través de dos instrumentos: el sistema de asesoramiento previo o Copy Advice® y el Jurado de la Publicidad como organismo de resolución extrajudicial de controversias.

Figura 16
Mecanismos de control de Autocontrol



Fuente: Autocontrol (2015) y elaboración propia.

Siguiendo un criterio cronológico en cuanto a procedimiento, en primer lugar abordaremos el sistema de consulta previa, más conocido como Copy Advice®. Con el objetivo de reducir el riesgo de incumplimiento de las normas que regulan la publicidad, Autocontrol creó, en 2001, el servicio de consulta previa como complemento al control post-difusión de la publicidad que ejerce el Jurado de la Publicidad. Actualmente, el Copy Advice® es el principal servicio que ofrece el Gabinete Técnico de Autocontrol y consiste en un asesoramiento, voluntario, confidencial y no vinculante, sobre la corrección legal y ética de un proyecto de campaña o anuncio previo a su difusión al público.

El Copy Advice® puede ser solicitado por el propio anunciante, por su agencia de publicidad o por el medio que vaya a difundirla. La solicitud deberá realizarse por escrito y aportando toda la documentación oportuna. Una vez recibida la solicitud, el Gabinete Técnico emite, en un plazo medio de veinticuatro horas para televisiones y tres días hábiles para anunciantes y agencias, una breve opinión sobre la corrección legal y ética de dicho anuncio o proyecto del mismo. Desde el año 2012 Autocontrol ofrece el servicio de Copy Advice® Express, cuyo tiempo medio de emisión para anunciantes y agencias es de veinticuatro horas.

Adicionalmente, desde septiembre de 2013 Autocontrol dispone de un nuevo servicio de consultoría técnica y jurídica que, bajo la denominación de Cookie Advice®, ayuda a las empresas y responsables de páginas web a adecuarse a las exigencias legales establecidas en la LSSI para la utilización de las denominadas *cookies* y otros dispositivos similares. La verificación es de carácter voluntario aunque aparece recomendada en la *Guía sobre el uso de las cookies*¹⁵⁹ publicada por la Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain en mayo de 2013. Por este motivo, el informe positivo se entiende que podría ser tenido en cuenta a la hora de acreditar un comportamiento diligente en caso de una potencial sanción derivada de la legislación.

En cuanto al control a posteriori de la publicidad, el *Jurado de la Publicidad*, es el órgano extrajudicial de resolución de controversias y reclamaciones en materia publicitaria de Autocontrol y pieza clave de cualquier sistema de autorregulación.

¹⁵⁹ *La Guía sobre el uso de cookies* puede consultarse en el portal de la Agencia Española de Protección de Datos. Véase: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf> [Consulta: 15 de septiembre de 2015]

Las competencias, composición y funcionamiento del Jurado son objeto de regulación en los Estatutos de la asociación (arts. 46 a 52) y han sido posteriormente desarrollados en el Reglamento del Jurado.¹⁶⁰ Con sede en Madrid, el Jurado de la Publicidad está compuesto por expertos independientes y de reconocido prestigio de los sectores del derecho, la publicidad y la economía. El Jurado lo conforman un Presidente,¹⁶¹ entre tres y seis Vicepresidentes y entre nueve y veinte vocales, de indiscutible imparcialidad, nombrados por la Junta Directiva de Autocontrol. De conformidad con los principios de independencia y transparencia que deben regir su actividad, una cuarta parte de los miembros del Jurado son nombrados por la misma Junta Directiva pero a propuesta del Instituto Nacional de Consumo. Ningún miembro del Jurado podrá mantener, ni en los tres años anteriores ni mientras dure su mandato, ningún tipo de relación que implique colaboración estable con los miembros de Autocontrol.

El Jurado puede actuar en Pleno o por Secciones formadas por cuatro miembros, entre los cuales habrá un Vicepresidente que será quién presida la Sección. En la práctica, son estas secciones las que asumen la mayor parte de las competencias del Jurado (Tato Plaza y Fernández Carballo-Calero, 2009). Entre las *funciones del Jurado*, destacan: formular los anteproyectos de códigos éticos y otras normas de conducta; resolver las reclamaciones o controversias que se presenten por presunta infracción de los códigos y normas de conducta aprobados por la Asociación; resolver las reclamaciones transfronterizas según los procedimientos establecidos por la EASA; emitir Dictámenes con su opinión deontológica y no vinculante acerca de la corrección de la publicidad realizada por terceros no vinculados al sistema que no hayan aceptado someterse a la competencia del Jurado; resolver las solicitudes de revisión de Copy Advice®; emitir informes de carácter técnico o deontológico sobre las diversas cuestiones publicitarias; actuar como árbitro en aquellas cuestiones publicitarias que sean sometidas a su decisión y cualquier otra función que le sea expresamente encomendada por la Junta Directiva de la asociación.

¹⁶⁰ Aprobado por la Junta Directiva de Autocontrol en abril de 1997, el Reglamento del Jurado ha sido modificado en diversas ocasiones. La última versión, consultable desde la página web de la asociación, incorpora las modificaciones aprobadas por la Junta Directiva en diciembre de 2014 y entró en vigor en marzo de 2015. Véase: <http://www.autocontrol.es/pdfs/Reglamento_Jurado.pdf> [Consulta: 15 de noviembre de 2015].

¹⁶¹ En la actualidad –y desde abril de 2015–, José Antonio Gómez Segade, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela y ex Director del Instituto de Derecho Industrial, ostenta el cargo de Presidente del Jurado de la Publicidad de Autocontrol. Previamente, el profesor Gómez Segade ya había ostentado la vicepresidencia del Jurado entre los años 2010 y 2013.

En relación con la resolución de controversias –la principal función del Jurado– cualquier persona con un interés legítimo puede presentar una reclamación si considera que una acción publicitaria, difundida por cualquier medio, vulnera las normas éticas de los códigos de conducta o la legislación. La tramitación es gratuita para particulares, asociaciones de consumidores, organismos de las Administraciones Públicas y asociados a Autocontrol y tiene un coste¹⁶² para las empresas u organizaciones empresariales que no formen parte de la asociación. El Jurado resuelve reclamaciones sobre anuncios difundidos en España durante los 12 meses anteriores a la fecha de presentación de la reclamación que supuestamente infrinjan las normas éticas contenidas en los Códigos de Conducta, incluida la obligación ética de respetar la legislación vigente.¹⁶³

Una vez recibida la reclamación, el Secretario del Jurado, siguiendo los trámites establecidos en el Reglamento, emplazará a la parte reclamada a fin de que, en los plazos indicados, presente escrito de contestación. En caso de existir la posibilidad de alcanzar un acuerdo amistoso entre las partes, se podrá resolver la reclamación mediante la mediación de Autocontrol, sin llegar a ser trasladada al Jurado. En caso contrario, el Jurado, que puede actuar en Pleno o por Secciones. Las reclamaciones por infracción de códigos y normas de conductas serán resueltas por las Secciones, en un plazo medio de 14 días. Contra la resolución de la Sección se podrá entablar recurso de alzada ante el Pleno. Una vez trasladado el recurso a la parte contraria para que lo pueda impugnar, el Pleno emitirá la correspondiente resolución en un plazo medio de 28 días. Todos los acuerdos se adoptarán por mayoría de sus

¹⁶² El coste de todas las actuaciones del Jurado –tramitación de reclamaciones, recurso de alzada, Dictamen, arbitrajes, etc.– puede consultarse en la página web de Autocontrol. Véase: <http://www.autocontrol.es/pdfs/Servicios_y_tarifas_Autocontrol.pdf> [Consulta: 18 de noviembre de 2015]

¹⁶³ En relación con el principio de legalidad y respeto a la CE, el Jurado, a pesar de no tener la potestad de aplicar normas jurídicas, las invoca directamente en algunas de sus resoluciones hasta el punto de llegar a interpretarlas. En opinión de Autocontrol, ello se justifica sobre la base de la norma deontológica 2 del CCP, que establece que “la publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución” (Autocontrol, 2012, p. 3). Por tanto, velar por el respeto a la legalidad es una obligación que asume el propio sistema y, en consecuencia, éste debe cumplir las leyes y respetarlas. Tras llevar a cabo un exhaustivo análisis de los criterios interpretativos del principio de legalidad y examinar los supuestos en los que el Jurado ha aplicado la citada norma, Patiño Alves (2007) concluye que el principio de legalidad “no debería aplicarse ni en la forma ni en los supuestos que el citado Jurado los ha aplicado” (p. 259). En su opinión, el Jurado confunde el respeto con la aplicación de la norma jurídica.

miembros; el disidente, en su caso, podrá formular voto particular y, en caso de empate, el Presidente tendrá voto de calidad.

Cuando el Jurado de la Publicidad dictamina que se han vulnerado los códigos o normas de conducta, la resolución, que siempre será motivada, contendrá alguno –o incluso todos– de los siguientes pronunciamientos: declaración de incorrección de la publicidad; instar al anunciante a la rectificación o el cese de la publicidad; una amonestación y la difusión de la resolución en la forma que la Junta Directiva estime pertinente en los casos que, a juicio del Jurado, revistan mayor gravedad. Adicionalmente, todas las resoluciones del Jurado se hacen públicas mediante su inclusión en la revista de Autocontrol, la página web u otros medios de la asociación. La Junta Directiva es la encargada de supervisar e imponer de manera eficaz la ejecución de las resoluciones firmes. Las resoluciones del Jurado recordemos que serán vinculantes para todos los asociados de Autocontrol, para cualesquiera otras personas que se encuentren vinculadas a las mismas y para aquellas personas no vinculadas que hayan aceptado expresa o tácitamente su competencia.

Por otra parte, el segundo instrumento de control a posteriori de la publicidad del que dispone Autocontrol, desde 2013, es el servicio de monitorización de sectores específicos, más conocido como *monitoring*. Este servicio consiste en el examen de piezas publicitarias, páginas web o aplicaciones de un sector difundidas en un periodo de tiempo determinado, con el objetivo de verificar una serie de indicadores relacionados con el efectivo cumplimiento de la normativa legal o deontológica aplicable a esa publicidad. Desde su puesta en marcha, Autocontrol ha monitorizado publicidad y páginas webs de juego, alimentos y juguetes.

Por último, conviene destacar la importancia de la colaboración de los sistemas de autorregulación, en este caso Autocontrol, con la Administración. Desde su creación, en 1995, Autocontrol ha llevado a cabo una activa política de colaboración con diferentes organismos de la Administración que se ha traducido en la firma de más de 21 convenios, con sus correspondientes comisiones de seguimiento. En algunos casos, fruto de la estrecha colaboración entre Autocontrol y la Administración, el sistema de autorregulación ha evolucionado hasta convertirse en un sistema de corregulación. Desde su primer convenio con el Instituto Nacional de Consumo (INC), en enero de 1999, por el que el 25 por ciento de los miembros del

Jurado son nombrados por el INC, Autocontrol ha suscrito los *convenios* que detallamos a continuación (2015c):

- Acuerdo con la SETSI –actual CNMC– para el fomento de la autorregulación televisiva (diciembre 2003) y adenda al anterior Convenio para que Autocontrol asuma la resolución de reclamaciones en relación con el Acuerdo para el fomento de la autorregulación de los contenidos televisivos e infancia, y en relación a las comunicaciones publicitarias emitidas por los operadores de televisión adheridos (julio 2006).
- Acuerdo Marco de Colaboración con el INC para la autorregulación en Internet: Confianza Online (marzo 2004).
- Convenio con la agencia Antidroga de la Comunidad de Madrid para el fomento de la autorregulación de la publicidad de Bebidas Alcohólicas (abril de 2005).
- Convenio con el Ministerio de Sanidad y Consumo y la Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) para la gestión del *Código PAOS* sobre publicidad de alimentos dirigida a menores (junio de 2005).
- Acuerdo con Red.es por el que Autocontrol es designada entidad de resolución extrajudicial de controversias en la asignación de dominios “.es” (febrero de 2006).
- Convenio con el Consejo Audiovisual de Andalucía (noviembre 2006).
- Convenio con el Consejo Audiovisual de Catalunya (diciembre 2006).
- Convenio para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria entre Autocontrol y el INC (enero 2007).
- Convenio de colaboración para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria con la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid (febrero 2007).
- Acuerdo para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales –Secretaría General de Políticas de Igualdad– (octubre 2007).

- Acuerdo de colaboración para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria con la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición –actual Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición– (enero 2008).
- Convenio con el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino sobre la autorregulación de buenas prácticas para el uso de argumentos ambientales en las comunicaciones comerciales (julio 2009).
- Convenio con el Ministerio de Sanidad y Consumo, FIAB y Televisión para la aplicación del Código PAOS por las televisiones (septiembre 2009).
- Convenio con la Asociación Española de Fabricantes de Juguetes y el INC sobre la autorregulación de la publicidad de juguetes (diciembre 2010).
- Convenio con la Federación de Bebidas Espirituosas y la Comunidad de Castilla la Mancha sobre autorregulación publicitaria de bebidas alcohólicas (enero 2011).
- Convenio con la Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Economía y Hacienda para la correulación en materia de publicidad, patrocinio y promoción de las actividades del juego (noviembre 2011).
- Convenio de colaboración con Red.es para la promoción de la publicidad digital responsable (agosto 2012).
- Acuerdo de colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos (octubre 2013).
- Acuerdo de colaboración con la Agencia Catalana de Consumo (octubre 2014).
- Convenio de colaboración entre el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Asociación para el Autocuidado de la Salud y Autocontrol sobre la publicidad de medicamentos de uso humano dirigida al público (diciembre 2014).
- Acuerdo para el fomento de la correulación sobre las comunicaciones comerciales en televisión entre la CNMC y Autocontrol (julio 2015).

Desde su formalización, algunos de estos acuerdos y convenios han sido modificados con el fin de adecuarlos a cambios legislativos o a la actualización los propios códigos éticos que operan en sus ámbitos de actuación. A continuación, en el siguiente punto, abordaremos el contenido esencial de los dos principales códigos éticos de Autocontrol, así como la configuración de los códigos sectoriales específicos firmados y aplicados a través del sistema de autorregulación español.

9.3.1. Los códigos de conducta

Como apuntamos al presentar los instrumentos básicos de Autocontrol, tras la constitución de la asociación, uno de sus objetivos prioritarios fue la elaboración de su primer código ético, de carácter general e inspirado en el *Código Internacional de Prácticas Publicitarias* de la ICC, un código internacional que, hasta la aprobación del primer código de Autocontrol, fue tomado como referencia por el Jurado de la Publicidad para dictar sus primeras resoluciones (Patiño Alves, 2007).

El *Código de Conducta Publicitaria* (CCP), aprobado en 1996 y cuya última revisión data de 2011, es un compendio de normas éticas aplicables, con carácter general, a toda actividad de comunicación publicitaria –independientemente del medio, sector, producto o colectivo al que ésta se dirija– a excepción expresa de la publicidad política. El contenido del CCP se estructura en torno a dos partes claramente diferenciadas: una primera parte general que incluye diferentes normas relativas a la aplicación del código, entendemos que a modo introductorio, y una segunda parte que recoge las verdaderas normas éticas aplicables a la actividad publicitaria.

Bajo el epígrafe de *Ámbito de aplicación y normas generales*, la primera parte del CCP presenta ocho artículos que, a modo de disposiciones generales, detallan: el ámbito de aplicación del código; el objeto y los fines de Autocontrol; la naturaleza y el procedimiento de actuación del Jurado y, por último, las normas que se aplicarán de manera subsidiaria y complementaria al CCP, básicamente, el *Código de Práctica Publicitaria* de la ICC y los códigos sectoriales, siempre que no se opongan a lo establecido en el CCP ni a la legislación vigente. Como afirma Patiño Alves (2007), dejando aparte las justificadas referencias al ámbito de aplicación y las normas subsidiarias y complementarias del CCP, la descripción del objeto y fines de

Autocontrol, así como de la regulación del Jurado y su actividad serían suprimibles desde el momento en que la asociación aprobó, entre otros, el Reglamento del Jurado que regula, detalladamente, su composición, funciones y actividad.¹⁶⁴

Por tanto, es en la segunda parte del CCP en la que, bajo el epígrafe de *Normas deontológicas*, se encuentran los verdaderos principios éticos que deben regir la actividad publicitaria. Los 31 artículos o normas deontológicas que conforman lo que vendría a ser la parte especial del Código se estructuran sobre la base de ocho apartados cuyo contenido sintetizaremos a continuación.

- *Principios básicos.* En este apartado destacan las referencias al valor de la publicidad y a la legislación vigente; el criterio de análisis e interpretación global de las piezas publicitarias; el respeto a los principios de la buena fe, al buen gusto, el derecho al honor y al medio ambiente y, por último, la prohibición de la publicidad discriminatoria, de aquella que incite a la violencia o que aliente prácticas peligrosas, salvo cuando del contexto se deduzca que su objetivo es fomentar la seguridad.
- *Autenticidad.* El CCP dispone que la publicidad debe identificarse como tal, independientemente de su forma o el medio que utilice para su difusión.
- *Exigencia de veracidad.* El CCP prohíbe la publicidad engañosa, a la vez que define y concreta las menciones que siempre deberán ser comprensibles, exactas y susceptibles de prueba por parte del anunciante.
- *Normas sobre determinadas formas y técnicas publicitarias.* Este bloque regula, de manera específica, por un lado la publicidad que contenga referencias a cualquier tipo de garantía, datos técnicos, ensayos técnicos, testimonios, o comparaciones; por otro lado, el CCP prohíbe la denigración, la mención de características comunes como propias y los actos de explotación del prestigio ajeno e imitación que pudieran inducir a confusión a los destinatarios; además, este apartado incluye otras normas que regulan la publicidad relativa a la venta a

¹⁶⁴ Nótese que, en el momento de su elaboración, en 1996, esta primera parte del Código pudo incluirse debido a que, junto con los Estatutos de la asociación, el CCP fue el primer documento que aprobó Autocontrol de manera previa a la aprobación, el 23 de abril de 1997, del Reglamento del Jurado.

distancia, a las promociones y a las campañas de causa social, junto a otras disposiciones acerca de la disponibilidad de los productos anunciados y la prueba de ciertas alegaciones.

- *Protección de niños y adolescentes.* El CCP dispone que la publicidad dirigida a niños deberá ser extremadamente cuidadosa y establece unas pautas éticas que deberán observarse en la publicidad dirigida a niños y adolescentes con el objetivo de proteger, de manera especial, a estos colectivos.
- *Protección a la salud.* El CCP dispone que la publicidad no deberá incitar o fomentar comportamientos que puedan resultar nocivos para la salud de las personas y, especialmente, de los adolescentes.
- *Publicidad de entidades de crédito.* El CCP recoge el compromiso de las entidades de crédito adheridas a Autocontrol de respetar en su publicidad la normativa específica que les resulta aplicable sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.
- *Control del cumplimiento del código.* Por último, el CCP establece, a modo de garantía, que el cumplimiento de los diferentes códigos de Autocontrol podrá verificarse a través de los medios previstos en el Reglamento del Jurado.

Estos dos últimos apartados, incorporados ambos en una de las últimas modificaciones del código, al no tratarse propiamente de normas deontológicas, entendemos que no deberían presentarse en esta segunda parte del CCP. Por una parte, el compromiso específico de las entidades de crédito no se ajusta al carácter general del CCP y, por otra, el control de cumplimiento del código –en caso de considerarse necesario– debería integrarse en la primera parte del CCP, en sus disposiciones generales.

En noviembre de 2002, Autocontrol y la Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE) presentaron públicamente el *Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva*, que entró en vigor en enero de 2003. Este código, en lo referente a la publicidad, vino a sustituir al anterior *Código Ético de Publicidad en Internet* de Autocontrol vigente desde 1999 que operaba de manera

paralela al *Código de Protección de Datos Personales en Internet*, promovido por la AECE.

A pesar de ser un código restringido a la publicidad difundida a través de medios electrónicos, su relevancia y alcance –como comentaremos a continuación– justifican que, actualmente, Autocontrol considere a este código como uno de sus dos códigos éticos de carácter general, junto al CCP. La aprobación del actualmente conocido como *Código Ético de Confianza Online* (CCOL) resulta especialmente relevante por varios motivos, entre ellos, porque da respuesta a lo dispuesto en la LSSI en relación al impulso, la elaboración y aplicación de códigos de conducta. Fue en este contexto en el que Autocontrol y la AECE decidieron aunar esfuerzos y crear un sistema de autorregulación integral para la publicidad interactiva y el comercio electrónico. Recordemos que, en reconocimiento a su labor, en 2005, el INC otorgó el distintivo público de confianza al CCOL y, también, al propio sistema de autorregulación.

Creada por Autocontrol y la AECE –actualmente reconvertida en la Asociación Española de la Economía Digital (Adigital)– *Confianza Online* es actualmente una asociación de autorregulación integral para Internet, que abarca tanto la publicidad interactiva, como las compras y contratos realizados a través de Internet y otros medios electrónicos, así como de la protección de datos personales en la publicidad y en la contratación con los consumidores. El sistema de Confianza Online se articula en torno a tres pilares claves: en primer lugar, el conjunto de normas deontológicas recogidas en el CCOL; en segundo lugar, el mecanismo de aplicación de estas normas, que se encarga de resolver las controversias que se presenten a través de dos órganos: el Jurado de la Publicidad de Autocontrol y la Junta Arbitral Nacional de Consumo o de la Comunidad Autónoma con la que la que la Asociación haya suscrito un acuerdo –encargada de resolver las cuestiones de carácter contractual–, previo intento de mediación realizado por el Comité de Mediación de Adigital; por último, su tercer gran pilar es un Sello de Confianza que, con el objetivo de aumentar la confianza del usuario de Internet, permite identificar a las empresas y compañías adheridas a este sistema de autorregulación.¹⁶⁵

¹⁶⁵ La página web de la asociación Confianza Online recoge toda la información sobre los elementos de este sistema de autorregulación. Véase: <<https://www.confianzaonline.es/>> [Consulta: 15 de octubre de 2015]

El CCOL recoge un conjunto de normas deontológicas aplicables a dos grandes ámbitos de actividad: la publicidad interactiva y el comercio electrónico con consumidores; sin olvidar la protección de datos personales, dada su relevante incidencia en el desarrollo de ambas actividades. Desde su entrada en vigor, en 2003, el dinamismo del sector digital ha motivado que el contenido del CCOL haya sido objeto de diversas modificaciones. La última versión del código, de febrero de 2015, incorpora las modificaciones introducidas por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones y la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU y otras leyes complementarias.

Por publicidad el CCOL entiende toda forma de comunicación comercial quedando expresamente excluidas de su ámbito de aplicación la publicidad política e institucional. En concreto, el CCOL utiliza la expresión “publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia” para referirse a la también denominada *publicidad interactiva*, regulada específicamente en el Título II del código (Autocontrol, 2015b). A continuación, pasamos a sintetizar los principios éticos del CCOL aplicables en materia publicitaria.

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

Además, el CCOL recoge una serie de normas especiales que regulan las siguientes modalidades publicitarias:

- *Publicidad por correo electrónico* u otros medios equivalentes. El CCOL la prohíbe en los casos en que ésta no haya sido solicitada o autorizada expresamente por el destinatario, regula los mecanismos de concesión y

revocación del consentimiento y, por último, prohíbe ciertas prácticas de recogida masiva o creación de direcciones de correo electrónico.

- *Publicidad online en grupos de noticias, foros, chats y similares.* El CCOL prohíbe utilizar estos espacios para enviar publicidad salvo que éstos sean de naturaleza publicitaria o que se haya obtenido consentimiento previo.
- *Publicidad en Internet.* En relación con los denominados *banners*, el CCOL dispone que éstos no podrán impedir la libre navegación del usuario en la Red; de modo que el usuario siempre debe poder salir del mensaje publicitario o eliminarlo de la pantalla con el fin de volver a la página de origen desde la que accedió al mensaje publicitario.
- *Patrocinio.* A los efectos del CCOL, se entenderá por *patrocinio* cualquier contribución destinada a la financiación de páginas web u otros servicios prestados a través de medios electrónicos con la finalidad de promover su nombre, marca, imagen, actividades o productos. Las webs o servicios patrocinados deberán, por un lado, respetar la independencia de su contenido editorial (que no podrá ser influido por el patrocinador) y, por otro, estar identificadas claramente como tales mediante la inclusión de los signos distintivos o servicios del patrocinador en la web o servicio.

Adicionalmente, el CCOL también hace referencia a la actividad publicitaria al regular, en su Título IV, la protección de datos personales y, en su Título V, la especial protección a los menores.

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

En la actualidad, el Jurado de la Publicidad se ha convertido en el organismo de referencia para la aplicación y el control de los códigos de conducta sectoriales de

cualquier ámbito publicitario. Su consulta resulta actualmente obligada a la hora de desarrollar campañas publicitarias para clientes de los sectores cuyos códigos éticos relacionaremos a continuación¹⁶⁶ (Autocontrol, 2015c):

- Publicidad de *cerveza*: Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España (2003).
- Publicidad de *bebidas espirituosas*: Código de Autorregulación Publicitaria de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (2003).
- Publicidad de *juguets*: Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes de la Asociación Española de Jugueteros (AEFJ) (junio 2003). Nuevo Convenio con AEFJ y INC (2010).
- Defensa de la *marca*: Código ético de la Asociación Nacional para la defensa de la marca (2004).
- *Investigación de mercados y opinión*: Código ético de la Asociación Nacional de las empresas de investigación de mercados y opinión pública (ANEIMO) (2004). Modificado en 2008.
- Publicidad de *alimentos y bebidas dirigida a niños*: CÓDIGO PAOS - Código de Corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud con FIAB-Ministerio Sanidad, Política Social e Igualdad (2005).
- Publicidad de *videojuegos*: Directrices sobre Buenas Prácticas en la Publicidad de Productos de Software Interactivo de la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (2005).
- Publicidad de *tecnología sanitaria*: Código de buenas prácticas de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (2006).
- Publicidad de *productos de nutrición enteral*: Código ético de la Asociación Española de Fabricantes y Distribuidores de Productos de Nutrición Enteral (2006).

¹⁶⁶ El texto íntegro de todos los Códigos éticos de carácter sectorial se encuentra disponible en la página web de Autocontrol. Véase: <<http://www.autocontrol.es>> [Consulta: 15 de noviembre de 2015].

- Publicidad de *medicamentos* dirigida al público: Código de Normas Deontológicas para la promoción y publicidad de los medicamentos autorizados sin receta médica no financiados por el Sistema Nacional de Salud y otros productos para el autocuidado de la salud de la Asociación para el Autocuidado de la Salud (2007).
- Publicidad del *vino*: Código de Autorregulación del Vino en Materia de Publicidad y Comunicaciones Comerciales (2009).
- *Publicidad ecológica*: Código de buenas prácticas para el uso de argumentos ambientales en la publicidad comercial (2009).
- Publicidad de servicios *de búsqueda de pareja, amistad, encuentros, contactos a través de Internet*: Código de autorregulación de la publicidad de empresas de servicios de búsqueda de pareja y amistad, encuentros, contactos e intermediación de parejas según afinidad y compatibilidad a través de Internet (2011).
- Publicidad de los *productos dietéticos infantiles*: Código deontológico de buenas prácticas comerciales para la promoción de los productos dietéticos infantiles de la Asociación Nacional de Productos Dietéticos Infantiles (2012).
- Publicidad del *juego*: Código de conducta sobre comunicaciones comerciales de las actividades de juego. Convenio con la Dirección General de Ordenación del Juego y la SETSI –actual CNMC–. (2012).
- Promoción de *medicamentos*. Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica (2014).
- Publicidad de *perfumes y cosméticos*: Código de Autorregulación para una comunicación responsable en el sector de perfumería y cosmética (2015).

Desde su creación, la mayoría de estos códigos han incorporado sucesivas modificaciones derivadas de cambios legislativos o revisión de acuerdos entre sus entidades de origen. Por último, cabe destacar que, en algunos ámbitos concretos, la autorregulación sectorial está respaldada por la propia Administración, de manera que la creación de estos códigos –a menudo fruto de convenios previos– los convierte en verdaderos acuerdos de corregulación.

9.3.2. Balance de actividad

En cumplimiento de su compromiso con la transparencia, Autocontrol publica anualmente una memoria de actividad. Los datos del último balance publicado en 2015 reflejan que Autocontrol realizó, en 2014, un total de 25.943 actuaciones con carácter *preventivo*, esto es, resolvió esta cifra de consultas previas a la difusión de la publicidad, formuladas vía Copy Advice® y consultas legales y/o deontológicas, en los términos que comentaremos con más detalle a continuación. Adicionalmente, Autocontrol realizó en 2014 un total de 493 actuaciones *a posteriori*, esto es, una vez difundida la publicidad, en forma de resolución a reclamaciones formuladas al Jurado y del servicio de *monitoring* de sectores específicos en los términos que también detallaremos a continuación.

En relación con la labor preventiva llevada a cabo por Autocontrol, en primer lugar conviene destacar que el Copy Advice® se mantiene como el servicio de Autocontrol más demandado por la industria publicitaria. En 2014 Autocontrol recibió por parte anunciantes, agencias y medios, 20.790 peticiones de Copy Advice® sobre proyectos de anuncios, lo que supone un incremento del 3,2 % respecto a los datos de 2013. De estos 20.790 proyectos de anuncios revisados en 2014 antes de su emisión, 18.706, esto es, un 90 % obtuvieron un Copy Advice® positivo al no observarse inconveniente alguno en el contenido de estos anuncios. En otros 1.567 proyectos de anuncio, esto es, en un 7,5 % de las solicitudes realizadas, el Gabinete Técnico de Autocontrol recomendó la introducción de modificaciones en el anuncio y los 517 casos restantes, lo que supone un 2,5 % del total de las solicitudes, obtuvieron un Copy Advice® negativo, desaconsejándose la difusión del anuncio. La siguiente Tabla muestra la evolución del resultado de los Copy Advice® emitidos en los últimos cinco años. De esta evolución podemos deducir que, a pesar del incremento de consultas previas, se evidencia una tendencia a la reducción de los Copy Advice® que sugieren incorporar modificaciones en el anuncio y también – aunque en menor medida – de los Copy Advice® negativos que desaconsejan su difusión. Estos datos vendrían, por tanto, a confirmar que el uso progresivo del Copy Advice® mejora el conocimiento de los límites legales y deontológicos de la publicidad por parte de la industria publicitaria.

Tabla. 9.
Resultados Copy Advice® (2010-2014)

Resultados Copy Advice®	2010	2011	2012	2013	2014
Positivos	4.905 (78 %)	12.969 (81 %)	17.771 (90 %)	18.299 (91 %)	18.706 (90 %)
Con modificaciones	978 (15 %)	2.356 (15 %)	1.543 (8 %)	1.317 (6 %)	1.567 (8 %)
Negativos	453 (7 %)	590 (4 %)	475 (2 %)	531 (3 %)	517 (2 %)
Total	6.336	15.915	19.789	20.147	20.790

Fuente: Autocontrol (2015a; 2013; 2012a) y elaboración propia.

Por sectores, en 2014 destacaron las peticiones de Copy Advice® en relación con publicidad financiera, con un total de 10.711 campañas revisadas antes de su emisión de las cuales el 95 % obtuvieron un resultado positivo. En segundo lugar, destacan las peticiones de Copy Advice® sobre publicidad dirigida al público infantil, con un total de 3.255 campañas revisadas fruto, en buena medida, del programa desarrollado conjuntamente con las autoridades audiovisuales, los operadores de televisión y las asociaciones del sector.

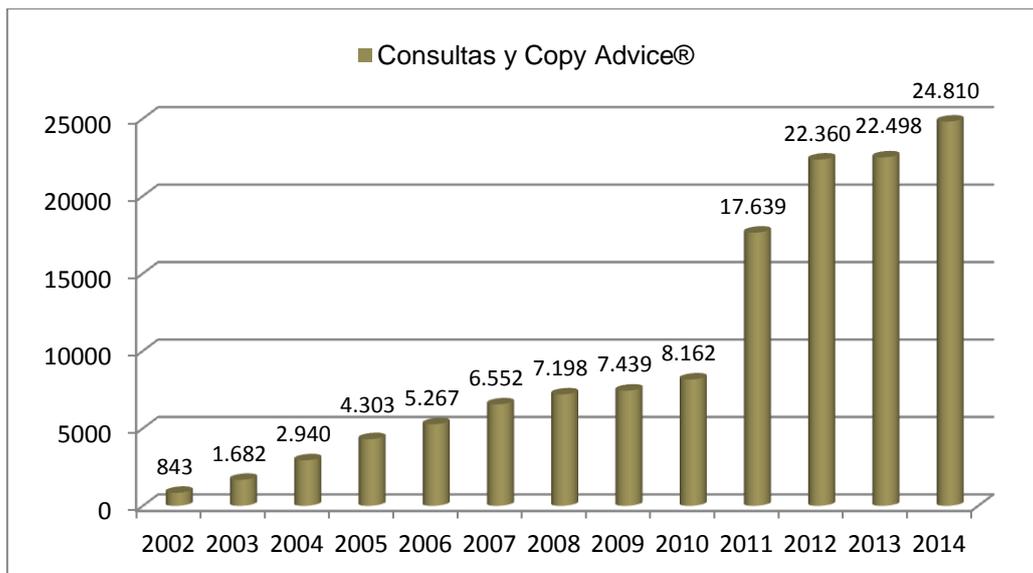
Los motivos por los que, en 2014, se recomendaron modificaciones o se desaconsejó la difusión de los anuncios objeto de Copy Advice® son diversos y abarcan la práctica totalidad de supuestos de publicidad ilícita o prohibiciones específicas de la publicidad televisiva. El listado facilitado por Autocontrol recoge, sin llegar a cuantificar su relevancia, los siguientes motivos: protección de menores, infracción del principio de legalidad, publicidad engañosa, denigración, fomento de comportamientos nocivos para la seguridad de las personas, explotación de la reputación ajena, comparaciones ilícitas, publicidad desleal en general, publicidad discriminatoria o atentatoria de la dignidad humana, abuso de la buena fe del consumidor, prácticas comerciales desleales con los consumidores, fomento de comportamientos nocivos para la salud, fomento de comportamientos nocivos para el medio ambiente, otras formas de publicidad desleal, imitación y publicidad encubierta. Entendemos que, sobre la base de su mayor relevancia social, en relación con el tratamiento de la imagen de la mujer Autocontrol concreta que del

total de los 20.790 anuncios revisados se incluyeron observaciones en 29 anuncios que podrían resultar contrarios a la dignidad de la mujer, esto es, el 0,13 % del total de consultas previas.

De manera paralela al Copy Advice®, recordemos que el Gabinete Técnico de Autocontrol también ofrece el servicio de asesoramiento previo, consultas e informes sobre normativa. En 2014, Autocontrol recibió 4.020 consultas relacionadas con aspectos legales o deontológicos de la publicidad también de manera previa a su difusión.

La siguiente figura muestra la evolución de la actividad preventiva de Autocontrol desde 2002, año en el que al tradicional servicio de consultas jurídicas o deontológicas se unió el Copy Advice®. Desde entonces, el Gabinete Técnico de Autocontrol ha atendido más de 130.000 consultas. La asociación valora muy positivamente el progresivo incremento de consultas previas y destaca entre sus beneficios, la reducción del riesgo de incumplimiento de las normas legales y deontológicas, su utilidad a la hora de aplicar normas de difícil interpretación e, incluso, el reconocimiento del valor del Copy Advice® positivo como presunción de buena fe por parte de las autoridades.

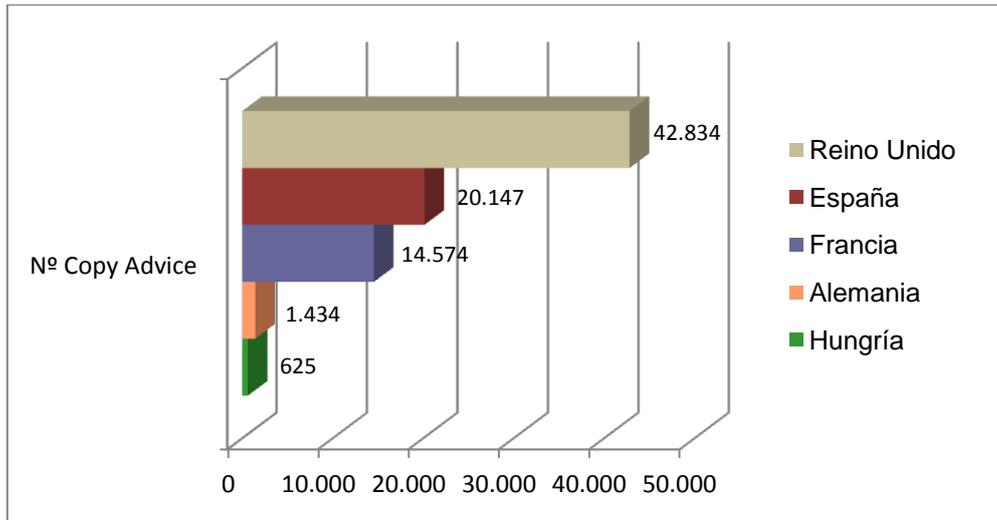
Figura. 18.
Histórico actividad preventiva Autocontrol: consultas y Copy Advice®



Fuente: Autocontrol (2015a) y elaboración propia.

En el contexto europeo, según los últimos datos publicados por EASA, Autocontrol fue, en 2013, el segundo país de Europa con mayor número de Copy Advice® emitidos, por detrás del consolidado y eficaz de autorregulación de Reino Unido, y por delante de los sistemas de autorregulación de Francia, Alemania y Hungría.

Figura. 19.
Ranking Copy Advice® emitidos en 2013 por países



Fuente: Autocontrol (2015a) y elaboración propia.

En relación con el control a posteriori de la publicidad, en 2014 Autocontrol tramitó un total de 289 casos¹⁶⁷ derivados de reclamaciones contra anuncios ya difundidos, de los cuales, en 94 de ellos la reclamación fue aceptada por el reclamado o resuelta por mediación, sin la intervención del Jurado. De los 161 casos que requirieron la intervención del Jurado de la Publicidad, 99 fueron estimados –total o parcialmente– y 62 casos fueron desestimados. La siguiente tabla recoge el resultado del total de controversias planteadas ante Autocontrol contra anuncios difundidos en 2014.

¹⁶⁷ Cuando Autocontrol recibe varias reclamaciones contra un mismo anuncio, por el/los mismo/s motivo/s, estas reclamaciones se acumulan y resuelven de manera conjunta a través de una sola resolución del Jurado –o en su caso, a través de un único acuerdo de mediación entre todas las partes–, por lo que constituyen un único caso (Autocontrol, 2015a).

Tabla. 10.
Resultados de los casos resueltos por Autocontrol en 2014

Resolución reclamaciones		Casos	Porcentaje
Aceptación reclamación por el reclamado y/o resuelta por mediación		86	32,52 %
Acuerdo de mediación entre las partes con la intervención de Autocontrol		8	
Resoluciones del Jurado de la Publicidad	Estimación	79	55,70 %
	Estimación parcial	20	
	Desestimación	62	
Dictamen elaborado por el Jurado		20	11,76 %
Casos sin intervención del Jurado por rechazo del reclamado		11	
Inadmisión a trámite acordada por el Jurado		3	

Fuente: Autocontrol (2015a) y elaboración propia.

Respecto al origen de las reclamaciones, en 2014 se consolidó la tendencia de años anteriores, de modo que son los consumidores y asociaciones de consumidores el colectivo que presenta un mayor número de reclamaciones, 207 de las 289 presentadas, frente a las 52 presentadas por empresas contra competidores.

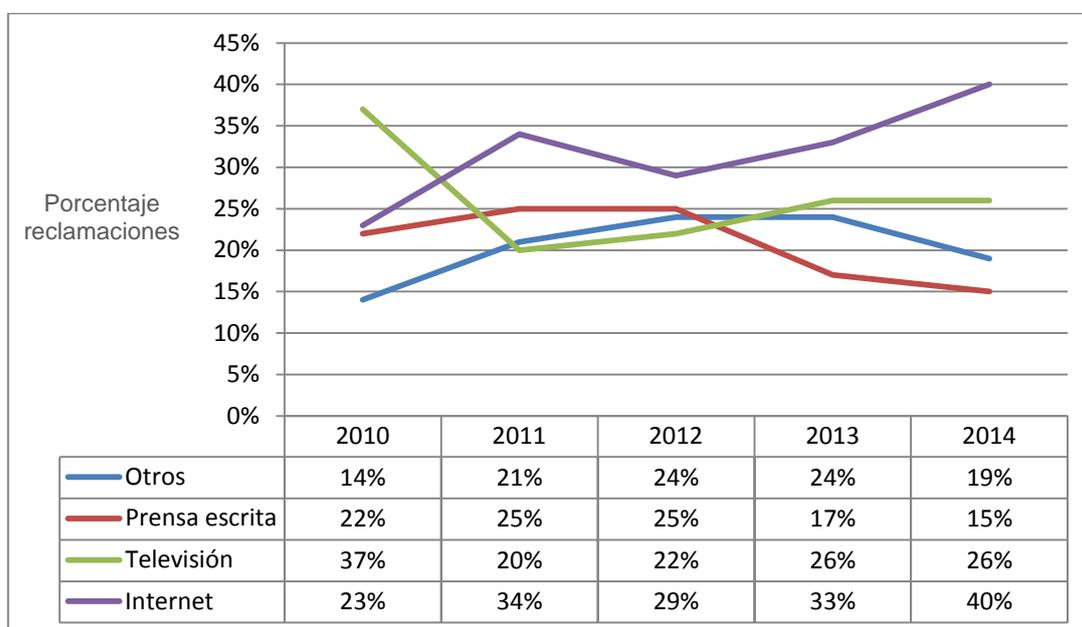
Tabla. 11.
Origen reclamaciones Autocontrol (2010-2014)

Origen casos	2010	2011	2012	2013	2014
Consumidores y asociaciones	78 (53 %)	94 (64 %)	116 (75 %)	196 (82 %)	207 (72 %)
Empresas o asociaciones	58 (40 %)	46 (32 %)	33 (22 %)	38 (16 %)	52 (18 %)
Reclamaciones transfronterizas	6 (4 %)	4 (3 %)	5 (3 %)	5 (2 %)	4 (1 %)
Organismos de la Administración	4 (3 %)	2 (1 %)	0 -	1 (0,4 %)	26 (9 %)
Total	146	146	154	240	289

Fuente: Autocontrol (2015a; 2013; 2012a) y elaboración propia.

En relación con el medio de difusión de la publicidad objeto de reclamación, en 2014 se mantiene el cambio de tendencia por el que las reclamaciones de anuncios difundidos en Internet superan a las reclamaciones de anuncios difundidos en televisión y en prensa. Según los datos facilitados por Autocontrol, un 40 % de los casos resueltos por el Jurado en 2014 eran de publicidad difundida en Internet, seguidos de un 26 % en televisión y un 15 % en prensa. La siguiente figura muestra la evolución de los casos resueltos por el Jurado en función de los principales medios de difusión: Internet, televisión y prensa.¹⁶⁸

Figura. 20.
Reclamaciones ante Autocontrol por medio de difusión (2010-2014)



Fuente: Autocontrol (2015a; 2013; 2012a) y elaboración propia.

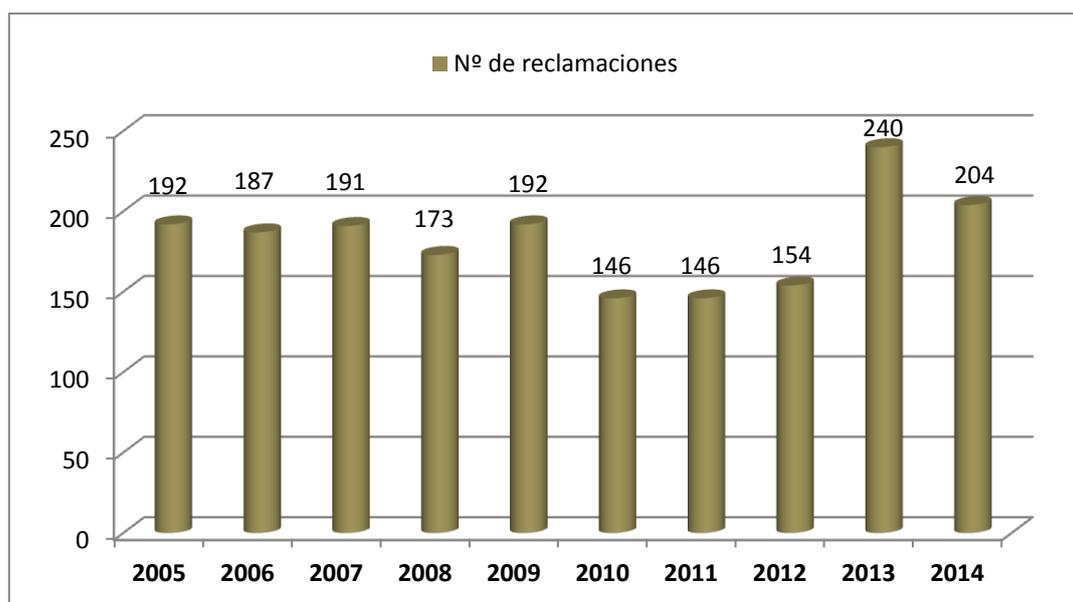
En relación con los motivos alegados en los casos resueltos, destaca la infracción del principio de legalidad. Ello viene a confirmar la estrecha vinculación existente entre los límites jurídicos de la publicidad y la labor del sistema de autorregulación como vía de resolución de controversias también cuando, más allá de los códigos

¹⁶⁸ Internet, televisión y prensa son los tres medios que, en los últimos años, se han ido alternando en la clasificación de medios de difusión de anuncios objeto de reclamaciones ante Autocontrol. En la figura XX, la categoría *otros* engloba, entre otros, los siguientes medios de difusión: radio, publicidad exterior, marketing directo y folletos publicitarios, etiquetado y presentación, cine, etc.

de conducta, también se infringe la legislación. Además, de la infracción del principio de legalidad, los motivos que han dado lugar a más reclamaciones en 2014 son: la infracción de códigos deontológicos sectoriales, la publicidad engañosa, la protección de niños y adolescentes, la publicidad desleal, la publicidad discriminatoria o que atente contra la dignidad de la persona, el abuso de la buena fe del consumidor, la publicidad encubierta, la explotación del miedo, la normativa sobre promociones, la incitación a la violencia, a comportamientos ilegales o prácticas peligrosas, etc.

En sus ya más de 20 años de actividad, Autocontrol ha resuelto un total de 2.965 reclamaciones, en su gran mayoría a través del Jurado de la Publicidad. La siguiente figura muestra la evolución en el número de reclamaciones tramitadas por Autocontrol en los últimos 10 años. Tras unos años de estabilización motivada, según Autocontrol, por el incremento de la labor preventiva llevada a cabo por la asociación, en los dos últimos años se constata un incremento del número de reclamaciones. En nuestra opinión, este incremento de reclamaciones podría responder, entre otras cuestiones, al mayor conocimiento de Autocontrol por parte de los consumidores fruto de las campañas de publicidad de la propia asociación.

Figura. 21.
Histórico control a posteriori Autocontrol: reclamaciones (2005-2014)



Fuente: Autocontrol (2015a) y elaboración propia.

En el contexto europeo, según los últimos datos publicados por EASA, Autocontrol ocupó en 2013, la décima posición en el ranking de los sistemas de autorregulación europeos según el número de reclamaciones recibidas. Frente a las 256 reclamaciones tramitadas en España, el sistema de autorregulación europeo que más reclamaciones gestionó fue el de Reino Unido, con 30.266 reclamaciones, seguido de Alemania, con 14.080 e Italia, con 4.851 reclamaciones tramitadas. A pesar de que el análisis exhaustivo de las particularidades de los diferentes sistemas de autorregulación publicitaria que operan en Europa excedería los objetivos de la presente tesis, trabajos como, por ejemplo, el de Muela-Molina y Perelló Oliver (2014) –cuyas conclusiones abordaremos en el siguiente punto– analizan las diferencias entre los sistemas de autorregulación publicitaria de Reino Unido y España.

Por último, tan solo apuntar una breve referencia en relación con los dos nuevos servicios que ofrece Autocontrol: el Cookie Advice® y el *monitoring*. Tras su puesta en marcha en septiembre de 2013, el servicio de consultoría técnica y jurídica especializada en *cookies* de Autocontrol recibió un total de 640 solicitudes en 2014, de las cuales 233 correspondían al servicio de Cookie Advice® y 407 a la solicitud de asesoramiento, otras consultas e informes. Por su parte, en 2014, el servicio de *monitoring* que, recordemos, consiste en examinar piezas publicitarias, páginas webs o aplicaciones de un sector ya difundidas, analizó 204 piezas publicitarias y sitios web en los sectores de alimentación y juguetes.

9.3.3. Valoración doctrinal

A la luz de los elementos expuestos en el presente capítulo, desde un punto de vista general podemos concluir afirmando que Autocontrol, el sistema de autorregulación publicitaria español, ha consolidado en los últimos 20 años una relevante actividad que, actualmente, lo sitúa como un actor clave para el fomento y garantía del desarrollo de una actividad publicitaria ética y legal. Gracias al éxito del servicio de Copy Advice® y, sobre todo, a los acuerdos que Autocontrol ha suscrito en los últimos años con la Administración, bien por la vía del compromiso ético, bien por la de la correulación, los datos publicados por Autocontrol evidencian que una gran

parte de la publicidad que se difunde en España pasa, en mayor o menor medida, por una supervisión ética y legal.

Realizado este reconocimiento previo, desde un punto de vista académico cabe destacar que la actividad de Autocontrol ha sido objeto de interés por parte de diversos investigadores de los ámbitos de la comunicación (Taylor, 2002; Martín Llaguno y Hernández Ruiz, 2009; Medina y Soontae, 2012; Muela-Molina y Perelló-Oliver, 2014) y el derecho (Patiño Alves, 2005, 2007; Fernando Magarzo, 2008c; Pérez-Ugena *et al.*, 2011) que han analizado, más o menos en detalle, su eficacia y configuración.

Siguiendo, en este caso, un orden cronológico, el rápido crecimiento y expansión del sistema de autorregulación publicitaria español fue, en 2002, objeto de un estudio cualitativo llevado a cabo por Ronald E. Taylor, profesor de publicidad en la Universidad de Tennessee, cuyos resultados fueron publicados en la revista *Journal of Intercultural Communication Research*. Tras entrevistarse con el Director General de Autocontrol, analizar las resoluciones del Jurado y el resto de material publicado por la asociación, Taylor concluye que uno de los principales objetivos de los sistemas de autorregulación en Europa ha sido intentar detener la creación de nuevos sistemas u organismos gubernamentales de regulación de la publicidad. En su opinión, el sistema español no sólo ha conseguido este objetivo¹⁶⁹ sino que en sus primeros siete años de actividad ha visto incrementada su ámbito de actuación –mediante la firma de diferentes convenios sectoriales–, autoridad y eficacia en línea con los objetivos de los sistemas de autorregulación en Europa.

Por su parte, Fernando Magarzo (2008c) y Pérez-Ugena *et al.* (2011) analizan, desde diferentes puntos de vista, la consolidación, reconocimiento y eficacia del sistema de autorregulación español. Tras realizar una exhaustiva descripción de la normativa europea y española que reconoce y promueve el valor de la autorregulación, Fernando Magarzo recopila la jurisprudencia –en este caso, de tribunales ordinarios– derivada de demandas en las que, por motivos diversos, se cuestiona la actividad de Autocontrol. Fernando Magarzo concluye que las sentencias judiciales analizadas sirven para “aclarar de forma taxativa la licitud de la

¹⁶⁹ El trabajo de Taylor carece, en nuestra opinión, del análisis complementario del marco jurídico de la publicidad en España y las diferentes vías de control.

autorregulación publicitaria española, en general, y de sus concretas actividades y modo de funcionamiento, en particular” (p. 26). Por su parte, Pérez-Ugena *et al.*, tras reconocer el amplio desarrollo que ha alcanzado la autorregulación en España ponen en valor, de manera específica, la eficacia y rigor del Código PAOS relativo a la publicidad de alimentos dirigida a menores. Tras evaluar su funcionamiento, Pérez-Ugena *et al.* concluyen que el Código PAOS puede considerarse uno de los ejemplos de autorregulación más eficaces y, además, “pone de relieve la enorme potencialidad de estos sistemas para desalojar malas prácticas del mercado cuando se proveen de mecanismos objetivados y cuentan con la supervisión de la Administración” (p. 138).

Desde un punto de vista más crítico, tras abordar en su tesis doctoral el estudio de los sistemas de autorregulación publicitaria, en general, y del sistema español, en particular, Beatriz Patiño Alves (2005, 2007) identifica algunas carencias en la organización y desarrollo de la actividad de Autocontrol. Por un lado, destaca el amplio poder del que dispone la Junta Directiva de la asociación, la cual no deja de representar los intereses económicos de todos los colectivos integrados en el sistema. Por otro, el Jurado de la Publicidad –el instrumento o institución en la que Autocontrol basa su imparcialidad, objetividad y transparencia–, al ser un órgano específico de la asociación, se entronca en su estructura de modo que:

A nuestro modo de ver, el Jurado de Autocontrol no goza de una completa independencia frente a la asociación: (...) tenemos serias dudas de que el órgano de control pueda actuar con toda la independencia y transparencia deseables, puesto que la Junta Directiva no sólo elige al 75% de los miembros del Jurado, sino que también aprueba su Reglamento y ejecuta las medidas y sanciones derivadas de sus resoluciones (Patiño Alves, 2007, p. 2014).

Para solventar, entre otras, estas cuestiones, Patiño Alves aboga por el sistema de corregulación publicitaria porque, en su opinión, este modelo aúna las ventajas de un sistema de regulación pública –garantía de imposición y ejecución de sanciones– y las de un sistema de autorregulación –rapidez, flexibilidad y menores costes–. Además, tras analizar las resoluciones del Jurado, Patiño Alves (2005) concluye que, en algunos casos, éstas carecen de la necesaria independencia y objetividad, además de excederse con frecuencia de sus funciones al aplicar y llegar a interpretar normas jurídicas sobre la base del principio de legalidad recogido en el

CCP. En relación con el CCP, Patiño Alves concluye que su estructura es poco sistemática y metódica y, en relación con su contenido, las normas sobre determinadas formas y técnicas publicitarias son, en su mayoría, reiterativas y superfluas.

Por su parte, Martín Llaguno y Hernández Ruiz (2009) tras analizar, desde un punto de vista global, los diferentes mecanismos de control de la publicidad, concluyen que, a pesar de su pertinencia y eficacia, con carácter general, la fórmula del autocontrol “tiene aún una visión muy parcial de la regulación de la comunicación comercial y ha de asumir, en este sentido, todavía importantes retos” (pp. 15-16). En relación con el sistema español, Martín Llaguno y Hernández Ruiz se muestran críticas en relación a que el sistema únicamente se ocupe de los mensajes publicitarios con finalidad comercial y, también, al hecho de que el sistema tan sólo actúe a instancia de parte y reserven el control de oficio únicamente en caso de suscribir acuerdos con las administraciones públicas.

En su estudio sobre autorregulación publicitaria, Medina y An (2012) evalúan la actividad de Autocontrol entre los años 2005 y 2009 y la comparan con su actividad previa y con la del sistema de autorregulación de Estados Unidos. Los resultados de la comparación entre la actividad de Autocontrol y la llevada a cabo por la National Advertising Division entre los años 1972 y 1981 carecen de relevancia, principalmente debido a la relevante limitación que supone la diferencia temporal en la muestra objeto de estudio. En relación con el sistema español, Medina y An apuntan que un elemento a mejorar es el tiempo medio de resolución de las reclamaciones¹⁷⁰ presentadas ante el Jurado, en tanto que Autocontrol “is criticized because of the lack of efficiency, mainly due to the length of the resolutions: 30 days is considered too long to resolve a case. Most of the times, the advertising campaign has already finished” (p. 27).

Mediante un análisis comparativo entre los sistemas de autorregulación de Reino Unido y España, la investigación de Muela-Molina y Perelló-Oliver (2014) pretende identificar las fortalezas y debilidades del sistema español sobre la base de los

¹⁷⁰ Conviene destacar que en los balances de actividad de Autocontrol en los años analizados por Medina y An (2012) consta que, desde su creación, en 1995, el tiempo medio de resolución de controversias oscila entre los 16 y los 14 días, en primera instancia, y los 28 para los casos en los que se presente recurso ante el Pleno del Jurado (Autocontrol, 2006, 2007, 2011).

criterios que la UE y la EASA consideran determinantes en un modelo efectivo de autorregulación publicitaria: independencia, eficacia, financiación y cobertura. Muela-Molina y Perelló-Oliver comparan la configuración y actividad de Autocontrol con la de la Advertising Standards Authority (ASA), cuyo modelo es considerado una referencia internacional en términos de eficacia y concluyen que el sistema español necesita evolucionar hacia un modelo más operativo, eficiente y neutral.

This new body should be an independent institution that would incorporate, to begin with, two suggested initiatives. In the first place, a rigorously scientific monitoring of illicit practices in order to provide information, with independence and judgement, on the abuses that take place in media advertising; and, in the second place, a legal reform that regulates a punitive scale with real deterrent capabilities for unfair, misleading and dishonest practices. (Muela-Molina y Perelló-Oliver, 2014, p. 15).

Las principales debilidades de Autocontrol, en comparación con la ASA, se encuentran en dos de los aspectos más sensibles de un sistema de autorregulación: su efectividad e independencia. En relación con su efectividad, sobre la base de la actividad llevada a cabo por ambos sistemas entre 2009 y 2011, Muela-Molina y Perelló-Oliver destacan la anteriormente mencionada ausencia de un servicio de monitorización de publicidad contraria a los códigos de conducta y a la legislación y, sobre todo, la ausencia de supervisión del cumplimiento de las resoluciones del Jurado. A pesar del éxito del servicio de Copy Advice®, los autores abogan por implementar un servicio de autorización previa, de especial interés en el caso de los anuncios emitidos en televisión y radio –dados sus mayores niveles de audiencia–, y también por una mayor responsabilidad de los medios en relación con su audiencia. En relación con el criterio de independencia, Muela-Molina y Perelló-Oliver coinciden con Patiño Alves (2007) al cuestionar la excesiva influencia de la Junta Directiva de Autocontrol sobre la base de que “it is difficult to remain impartial and neutralise possible conflicts of interests when the leaders of the organization are the same that choose the board that will judge the supposedly illicit advertising of competitors, or even their own” (Muela-Molina y Perelló-Oliver, 2014, p. 14). Involucrar a la Administración y a los consumidores en el sistema resulta, por tanto, esencial para garantizar su independencia.

10. LA GESTIÓN PROFESIONAL DEL DERECHO DE LA PUBLICIDAD

10.1. Las agencias de publicidad: estructura y perfiles profesionales

El principal objetivo del presente capítulo es constatar, mediante el correspondiente trabajo de campo, cómo gestionan los profesionales de la publicidad la supervisión legal de las campañas y la incidencia del condicionante legal en su actividad. No obstante, dado el carácter transversal de esta tesis, hemos considerado oportuno incorporar a este capítulo dos apartados previos en los que detallaremos, de manera introductoria y sintética, en primer lugar, la estructura y los perfiles profesionales que configuran una agencia de publicidad y, en el siguiente punto, describiremos las principales fases del proceso de elaboración de una campaña.

En el marco conceptual de este trabajo presentamos los diferentes elementos que conforman el proceso de comunicación publicitaria¹⁷¹ e identificamos a sus principales sujetos: el anunciante, la agencia de publicidad, el medio de difusión y los receptores del mensaje publicitario. Más allá de la definición legal de estos actores –abordada en el capítulo dedicado a la contratación publicitaria–,¹⁷² en este punto nos centraremos en el único elemento del proceso publicitario que, como afirma Eguizábal (2010) “vive exclusivamente de la publicidad y para la publicidad” (p. 88): la agencia de publicidad.

Desde un punto de vista estrictamente publicitario, sobre la base de definición propuesta por García-Uceda (2011) una *agencia de publicidad* es una empresa, integrada, mayoritariamente, por personas creativas y de negocios que desarrolla, prepara y ejecuta la publicidad por cuenta de un anunciante que busca difundir sus mensajes para conseguir consumidores para sus bienes o servicios.

¹⁷¹ Véase apartado 2.1.2. Publicidad, marketing y comunicación, pp. 54-62.

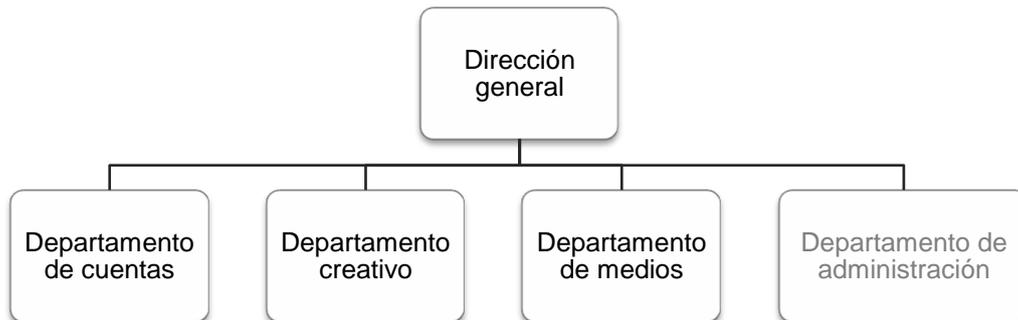
¹⁷² Véase apartado 5.1. Los sujetos de la actividad publicitaria, pp. 153-158.

A pesar de que, como apunta Eguizábal (2010), no existe un modelo universal de agencia, realizando un ejercicio de simplificación, podemos identificar dos grandes tipologías de agencia: las agencias especializadas y las agencias de servicios plenos. Las primeras ofrecen al anunciante servicios específicos de comunicación como, por ejemplo, la creatividad en el caso de las denominadas *boutiques creativas*; por su parte, las agencias de servicios plenos, realizan todas las funciones y servicios de una agencia de publicidad, aunque para ello, en algunos casos, tengan que subcontratar algunos trabajos.

Antes de adentrarnos en la estructura y funciones básicas de las agencias, cabe destacar que, como apuntan Medina Aguerrebere y Ferrer Lorenzo (2014), en la actualidad, el mercado publicitario se caracteriza por un gran dinamismo organizacional. En consecuencia, cada vez es más frecuente que los clientes nacionales trabajen con agencias establecidas en otros países, aumenta el número de fusiones y adquisiciones entre agencias, se crean constantemente nuevas agencias de comunicación –las cuales, en ocasiones, desaparecen al cabo de unos pocos años– y también se impone la figura del freelance. En el contexto de los últimos años, marcado por la crisis económica y los nuevos medios publicitarios, cada vez más agencias recurren a los denominados “modelos en red”, esto es, “sistemas de trabajo en los que las agencias colaboran puntualmente con una multitud de expertos en diferentes temas clave para la elaboración del producto publicitario” (p. 31).

En cualquier caso, con independencia del modelo de organización que adopte la agencia, existe un consenso general en relación a las funciones básicas que, de un modo u otro, acostumbran a desarrollar todas las agencias: la función de cuentas, la función creativa y la función de medios, aunque esta última, ha sido objeto de un creciente proceso de externalización hacia las denominadas centrales de medios. En coherencia con estas funciones básicas, la estructura tradicional de las agencias de publicidad recoge en su organigrama los tres departamentos que gestionan estas funciones a la que, en la siguiente figura hemos incorporado el departamento de administración o financiero. A pesar de no desempeñar un rol estrictamente publicitario, el departamento de administración resulta esencial en cualquier organización empresarial y, además, cabe destacar que asume ciertas responsabilidades en materia de contratación publicitaria.

Figura 22.
Estructura clásica de una agencia de publicidad



Fuente: elaboración propia.

En primer lugar, conviene aclarar que el término *cuenta*, en argot publicitario se refiere al anunciante que es cliente de una agencia de publicidad o, de una manera más específica, también puede referirse a cualquiera de las marcas o líneas de producto de un anunciante para las que trabaja una agencia de publicidad (Termcat, 1999). En una agencia de publicidad, la función de cuentas tiene como tarea principal la interlocución con el anunciante, por ello se sitúa a medio camino entre la agencia y el cliente y, a su vez, también asume responsabilidades frente a los creativos de la agencia. Y es que el departamento de cuentas se encarga de trabajar estratégicamente las demandas del cliente antes de derivarlas al departamento creativo y, posteriormente, en su función de interlocución, “vende” el resultado creativo al cliente.

En relación con la función estratégica, cabe destacar que cada vez más agencias incorporan la figura del denominado *planner* o planificador de cuentas integrado en el departamento de cuentas o de investigación –en caso de existir– y especialista en sacar el máximo partido al estudio del consumidor desde un punto de vista estratégico. Actualmente, las grandes y, cada vez más, las medianas agencias cuentan con un departamento específico de planificación estratégica.

Cabe destacar que, como apuntan Solanas García y Sabaté López (2008), en agencias grandes en número de empleados o volumen de facturación, el

departamento de cuentas suele estar bajo la responsabilidad del director de servicios al cliente. En caso de existir, esta figura se responsabiliza de la calidad del servicio prestado por el departamento de cuentas a todos los clientes de la empresa. Con carácter general, los departamentos de cuentas están formados por tres perfiles o roles profesionales: el director de cuentas, el supervisor de cuentas y los ejecutivos de cuentas, en función de los diferentes grados de responsabilidad en la dirección y gestión, respectivamente, de las diferentes cuentas.

Por su parte, la función creativa ha sido considerada tradicionalmente, “el corazón de la agencia” (Eguizábal, 2010, p. 90); una de sus funciones más valiosas y diferenciadoras. La principal tarea de la función creativa consiste en convertir los mensajes comerciales del cliente en mensajes persuasivos para el consumidor. Desde un punto de vista organizativo, la función creativa es asumida por un equipo formado por un director creativo, un director de arte y un redactor creativo o *copy*. El director creativo dirige y supervisa el trabajo creativo y suele tener varios equipos bajo su control. Estos equipos se configuran habitualmente en parejas creativas compuestas por un redactor y un director de arte. El redactor creativo o *copy* se encarga de elaborar los textos publicitarios, mientras el director de arte es el responsable de la parte visual de los anuncios, de la plasmación gráfica de la estrategia creativa.

La función de medios, a pesar de que hoy en día es asumida mayoritariamente por las centrales, constituye una de las actividades que tradicionalmente habían desempeñado las agencias. La función de medios consiste en diseñar la estrategia que definirá los medios de publicidad a través de los que se difundirán las campañas publicitarias. Desde un punto de vista organizativo, el departamento de medios lo integran, como mínimo, un director de medios y la figura clave de esta función, los planificadores de medios o *media planners* encargados de diseñar la estrategia de medios del anunciante. En los departamentos de medios de las grandes agencias y, por supuesto, en las agencias dedicadas en exclusiva a esta función –las denominadas *centrales de medios*– los equipos se completan con otros perfiles profesionales como el investigador de medios, el comprador de medios –que negocia la compra de los espacios– y nuevos perfiles como los especialistas en medios digitales.

Por último, conviene recordar que, dependiendo del tamaño y las características de la agencia, ésta podrá asumir e integrar en su estructura organizativa otras funciones o departamentos, como el de investigación, producción o tráfico.

10.2. El proceso de elaboración de una campaña de publicidad

Desde un punto de vista práctico, el proceso de elaboración de una campaña de publicidad se inicia en el momento en el que la agencia recibe el denominado *briefing*, esto es, el documento elaborado por el anunciante que recoge información sobre el producto, el mercado, la competencia, el consumidor y, sobre todo, algunos elementos clave para el posterior desarrollo de la estrategia publicitaria, como los objetivos de comunicación, el público objetivo, el posicionamiento, el mensaje a transmitir, el tono y los condicionantes de la campaña –presupuestarios, de calendario y también legales–.

Una vez estudiado y analizado el *briefing* por el equipo de cuentas de la agencia, ésta puede elaborar un *contrabriefing* con el objetivo de resolver dudas, solicitar información adicional, realizar aportaciones o, incluso, formular contrapropuestas. Tan pronto como anunciante y agencia dan por cerrada la fase de entrega y validación del *briefing*, el departamento de cuentas y/o planificación estratégica inicia un proceso estratégico mediante el cual desarrollará la plataforma estratégica de la que surgirán el *briefing* creativo y el *briefing* de medios.

Las plataformas estratégicas son documentos metodológicos propios de anunciantes y agencias de publicidad para sintetizar, a modo de guía, los ejes de comunicación de una campaña. Cada agencia puede tener su propio modelo de plataforma estratégica, aunque una gran mayoría toma como referencia la denominada *copy strategy* creada, en este caso, por un anunciante, Procter & Gamble. Sobre la base de los objetivos de publicidad y el posicionamiento del producto, la plataforma estratégica suele dar respuesta, entre otros, a los siguientes aspectos: el público objetivo, a quién queremos hacer llegar nuestro mensaje; el beneficio o promesa básica, esto es, las necesidades del consumidor –reales o supuestas– que el producto puede satisfacer; la evidencia o *reason why*, es decir, el

razonamiento, creíble, de lo que debe conducir al consumidor a comprar un producto determinado, basado en la realidad física o emocional del producto y, por último, se recomienda contemplar, adicionalmente, el tono de la campaña, aunque en ocasiones este aspecto se acaba definiendo en la estrategia creativa (Vilajoana, 2014).

A partir de la plataforma estratégica, el equipo de cuentas o planificación estratégica acostumbra a elaborar un *briefing* creativo con la información estratégica que el equipo creativo utilizará para desarrollar la creatividad publicitaria. Mediante la elaboración de la estrategia creativa, la agencia concreta el contenido y la forma de los mensajes publicitarios. Así, en el marco de la estrategia creativa podemos identificar, por una parte, una estrategia de contenido, el qué decir mediante la formulación de un eje de comunicación y un concepto o idea creativa y, por otra, una estrategia de codificación, mediante la cual los creativos de la agencia deben dar forma al contenido del mensaje, esto es, el cómo decirlo.

De manera paralela y coordinada con el trabajo creativo, el departamento de medios de la agencia –o, en su defecto, la central de medios contratada– deberá diseñar la estrategia de medios, esto es, la selección y planificación de los medios y soportes publicitarios más adecuados para difundir el mensaje publicitario y conseguir que éste impacte en el público objetivo.

Una vez el equipo creativo ha concretado su estrategia de contenido y codificación, esto es, cuando el redactor creativo ha elaborado la parte verbal del mensaje y el director de arte la parte visual, llega el momento de presentar y consensuar el primer boceto de la propuesta de campaña con el cliente. Los bocetos –también conocidos como *layouts*– tendrán uno u otro formato en función de los medios en los que se prevea difundir la campaña y, en todo caso, deberán transmitir la idea y el tono de la misma. Según el medio de difusión previsto, los bocetos pueden tomar la forma de *storyboard*, en el caso de los spots o anuncios audiovisuales, de guión, en el caso de cuñas radiofónicas o de boceto gráfico en el caso de los anuncios impresos.

En el caso de los anuncios para difundir en medios audiovisuales, el boceto puede tomar diferentes formatos a partir del ya mencionado *storyboard*. El *storyboard* es

un guión abocetado que la agencia, en caso de ser aprobado, acabará entregando a la productora para realizar el anuncio; habitualmente tiene la forma de un cómic, en el que se presentan las diferentes escenas que constituirán la película. El *animatic* es un boceto más elaborado, en animación y con banda sonora, que puede servir, además, para ser testado antes de su transformación definitiva en película. Por último, el *stylomatic* es otro tipo de boceto realizado mediante la fusión de escenas tomadas de spots ya comercializados que sirve para definir el estilo que la agencia quiere dar al anuncio (Eguizábal, 2010).

Una vez consensuados los primeros bocetos por parte del cliente, se incorporan, si es el caso, las sugerencias o modificaciones y se inicia el proceso de transformación de los bocetos en los originales finales que serán entregados, para su difusión, en los distintos medios de difusión contemplados en el plan de medios. Cabe destacar que, en algunos casos, el anunciante, tras la presentación del boceto por parte de la agencia, puede solicitar un pretest, esto es, testar la idea mediante técnicas de investigación publicitaria para valorar su idoneidad con carácter previo a la producción de las mismas. El material a utilizar en el pretest puede ser el mismo que la agencia ha presentado al anunciante o bien solicitar nuevos bocetos para entregar al departamento o empresa encargada de la investigación publicitaria.

Una vez aprobados los bocetos definitivos, se inicia la fase de ejecución de la campaña. En función de la naturaleza de las piezas presentadas, la agencia deberá seleccionar, contratar y supervisar el trabajo de los colaboradores externos encargados de la producción de las mismas, de modo que el equipo creativo garantice la correcta ejecución de su propuesta. En paralelo, el departamento de medios o, en determinados casos, el propio anunciante –si trabaja con su propia central de medios– comprará los espacios definidos en el plan de medios. Una vez producidas las piezas, la agencia será la encargada de controlar la correcta difusión de los anuncios y de solicitar su corrección, en caso de incidencia (Vilajoana, 2014).

Por último, de forma paralela o posterior a la difusión de la campaña, el anunciante –a través de su departamento o empresa de investigación– acostumbra a llevar a cabo el denominado *postest* o evaluación de campaña con el fin de comprobar la consecución de los objetivos inicialmente propuestos y disponer de elementos de análisis de resultados a tener en cuenta en futuras campañas.

10.3. El condicionante legal en las agencias de publicidad: trabajo de campo

La incidencia del derecho en la publicidad ha sido tradicionalmente recogida, de manera más o menos amplia, según el caso, en las obras que abordan la actividad publicitaria desde una perspectiva general. Así, algunos manuales de publicidad recogen el tema legal de manera explícita, mediante la inclusión de capítulos o apartados que sintetizan el marco normativo y, con mayor o menor acierto y/o actualización, los principales límites derivados de la legislación (García-Uceda, 2011; González Lobo y Prieto del Pino, 2009; Moliné, 1999; Herreros Arconada, 1995; Sánchez Guzmán, 1993).

Por otra parte, resulta un tanto sorprendente la escasez de referencias al condicionante legal en otras obras de carácter general (Bassat, 2006) o específico, como las que abordan, por ejemplo, la estructura y funciones de la publicidad (Fernández Gómez, 2005), los perfiles profesionales implicados en la actividad (Castellblanque, 2006), la dirección de cuentas (Solanas y Sabaté, 2008) o la creatividad (Del Río, 2007), dos de los ámbitos –estos últimos– que entendemos más estrechamente condicionados por el marco legal.

En relación directa con la gestión empresarial de la publicidad, Liria (2000) menciona el tema legal, de manera puntual, en su obra *Las relaciones anunciante agencia* al recordar a los anunciantes la conveniencia de evaluar el rendimiento de la agencia, una vez al año, con el objetivo de reflexionar de la forma más objetiva posible sobre el estado de la relación y el margen de mejora. Liria propone un cuestionario de evaluación de agencia¹⁷³ en el que, al valorar el funcionamiento del departamento de administración, contempla el tema legal y, más concretamente, se pregunta, entre otras cuestiones, si la agencia está preparada para proteger los trabajos y minimizar los riesgos, de acuerdo a la legislación.

¹⁷³ El cuestionario de evaluación califica el funcionamiento de la agencia respecto de los siguientes servicios clave: 1) desarrollo de la estrategia de marketing, 2) estrategia publicitaria: desarrollo y ejecución, 3) planificación y compra de medios, 4) producción, 5) capacidad de ayuda a nuestro negocio, 6) administración, 7) *management perspective* y 8) técnicas y métodos operativos. (Liria, 2000, pp. 112-118).

Más destacable resulta la presencia de las cuestiones legales en la obra *Dirección empresarial para publicitarios*, de Medina Aguerrebere y Ferrer Lorenzo (2014). Partiendo del presupuesto que las agencias de publicidad están sometidas a las leyes del país en el que realizan sus actividades, en el marco de las relaciones entre anunciantes, agencias, medios de comunicación, proveedores y *freelances* pueden surgir diferentes problemas de orden legal. Dada la trascendencia práctica y especificidad del condicionante legal, Medina Aguerrebere y Ferrer Lorenzo apuntan que algunas agencias han optado por crear departamentos internos especializados en temas jurídicos.

Normalmente, los grandes grupos de publicidad y relaciones públicas disponen de este tipo de departamentos internos; en cambio, el resto de agencias tienden a externalizarlo. El objetivo de estos departamentos es garantizar la legalidad de todas las acciones que emprende la agencia. El rol de estos departamentos cada vez tiene más importancia, especialmente si se tiene en cuenta que las agencias trabajan en un contexto global en el que el conocimiento del ordenamiento de cada país se convierte en una exigencia mínima para garantizar el éxito de cualquier campaña de comunicación. (p. 180).

Lejos de interpretaciones subjetivas que puedan considerar que la existencia de estos departamentos prueba que las agencias no respetan la ley, la realidad apuntada por Medina Aguerrebere y Ferrer Lorenzo es que el departamento jurídico de una agencia permite valorar de forma ágil y profesional las propuestas de la agencia. El departamento jurídico actúa, por tanto, como un control de calidad que permite a la agencia validar sus acciones antes de presentarlas al anunciante y, además, puede asumir otras funciones como, por ejemplo, la formación del personal de la agencia sobre legislación especial, actualización de la normativa, etc.

En relación con los perfiles profesionales de la agencia, Medina Aguerrebere y Ferrer Lorenzo concretan que son los ejecutivos de cuentas, en colaboración con el departamento jurídico –en caso de existir–, los encargados de garantizar la adecuación legal de las campañas. En el caso que el departamento jurídico de la agencia no consiga solucionar los problemas que le plantean los ejecutivos o los anunciantes, la agencia deberá recurrir a un asesor externo.

Otro departamento de la agencia –además del de cuentas– cuya actividad tiene relación con cuestiones legales es el de contabilidad, en tanto que entre sus funciones destaca el archivo y gestión de todos los contratos que firma la agencia con los anunciantes, proveedores, etc. Para esta labor, el departamento de contabilidad acostumbra a colaborar con el departamento de administración. Ambos departamentos también se encargan de verificar que los contratos de difusión coinciden con los informes de audiencias, es decir, verifican que los anuncios han sido emitidos según lo acordado y, de no ser así, el departamento de contabilidad contacta con el departamento jurídico para elaborar una reclamación y enviarla al medio de comunicación.

Como apuntan Medina Aguerrebere y Ferrer Lorenzo, trabajar con abogados implica un verdadero reto para los profesionales de la publicidad, ya que ni estos últimos tienen una formación jurídica, ni, en muchos casos, los primeros comprenden con precisión en qué consiste la comunicación comercial. No obstante, ambas disciplinas están “condenadas” a entenderse, en tanto que las agencias deben evitar los problemas legales, desde un punto de vista meramente empresarial con el objetivo de velar por su propia reputación.

Ante la escasez de publicaciones que aborden la gestión de las cuestiones jurídicas por parte de los profesionales o agencias de publicidad, cabe destacar que Ferrer Lorenzo y Medina Aguerrebere (2014a, 2014b) también ponen en valor la importancia de la contratación publicitaria y sus limitaciones legales, de manera general, en la obra *Gestión empresarial de la agencia de publicidad*. En esta misma línea, en la obra *De Director de Cuentas a Director de Agencias: 50 casos prácticos sobre Agencias de Publicidad* –publicada a modo de continuación de la anterior– incorporan, de un modo más práctico, modelos de contratos publicitarios y ejercicios sobre el contenido y alcance de los mismos.

Retomando los objetivos de esta tesis, como apuntamos en la introducción, un estudio del derecho desde el punto de vista publicitario requiere escuchar a los profesionales que, día a día, elaboran campañas y gestionan, entre otros, los límites jurídicos de su actividad. Conocer cómo perciben los directivos de las principales agencias la incidencia del condicionante legal en su actividad; cómo lo incorporan, si es el caso, a su rutina profesional; qué opinión les merece el marco legal y qué

papel juega Autocontrol desde el punto de vista ético pero, sobre todo, también legal.

Rotfeld y Taylor (2009), en un artículo publicado en la revista *Journal of Advertising*, reconocen que toda investigación en materia de regulación publicitaria debe partir del análisis de la legislación, aunque ello no obvia las oportunidades que la investigación de la regulación y la autorregulación publicitaria presenta desde un punto de vista multidisciplinar. Las leyes y la regulación están en el centro, sí, pero su impacto en los denominados *stakeholders* también debe ser objeto de interés. De un modo más concreto, Rotfeld y Taylor emplazan a los investigadores a tener en cuenta la opinión de los directivos y profesionales del sector en los siguientes términos:

In the end, laws as well as regulations influence actual “business practices”, and advertising researchers can assess the pragmatic influences that these constraints exert on business decision making, as reported in surveys, depth interviews with managers, or, at a more macro level, in assessments of the economic effects of regulatory actions. These influences can be as simple as having all advertising copy proofed by a legal department to ensure a defensible legal position. (p. 9).

En línea con la propuesta de Rotfeld y Taylor, a continuación presentamos el diseño metodológico y los resultados de las entrevistas en profundidad realizadas a una muestra de directivos de las principales agencias de publicidad por volumen de inversión que operan en España. Mediante esta técnica de investigación cualitativa, este último capítulo de la tesis pretende generar teoría a partir de los resultados obtenidos. Buscamos revelar los datos de sentido apuntados por Vilches (2011), esto es, los significados que tienen los fenómenos investigados –en este caso, los límites jurídicos de la publicidad– en la mente de los profesionales de la publicidad.

10.3.1. Muestra objeto de estudio

El trabajo de campo de esta tercera parte del trabajo se desarrolla a través de una metodología cualitativa que detallaremos en el siguiente punto. En el proceso de

investigación cualitativa, tras establecer los objetivos¹⁷⁴ y revisar la literatura conviene definir la *muestra*, entendida como “una parte de un conjunto, población o universo debidamente elegida que se somete a observación científica en representación del conjunto, con el propósito de obtener resultados válidos también para el universo de la investigación” (Sierra Bravo, 1992, p. 174).

Desde el punto de vista de la investigación, existen dos tipos de muestras: las probabilísticas y las no probabilísticas. Las muestras probabilísticas son estadísticamente representativas, se obtienen mediante reglas matemáticas y, en consecuencia, se utilizan más habitualmente en investigaciones que optan por la metodología cuantitativa (Del Río, 2011). En los estudios cualitativos, por el contrario, el tamaño de la muestra no es importante desde una perspectiva probabilística. El interés del investigador no es generalizar los resultados, sino obtener profundidad, recolectar datos de personas, organizaciones que ayuden a entender el fenómeno de estudio y a responder a las preguntas de investigación (Hernández Sampieri *et al.*, 2010).

Sobre la base de los pasos a seguir para delimitar la muestra propuestos por Del Río (2011), la población o universo de nuestro estudio son las principales agencias de publicidad que operan en España por volumen de inversión. La elección del criterio del volumen de inversión responde al objetivo de acabar conformando una muestra de los diferentes modelos de agencia que gestionan un mayor volumen de la inversión controlada por Infoadex,¹⁷⁵ la compañía de referencia en el control de la actividad publicitaria en España. De acuerdo con este objetivo se descartaron otros criterios, como el de agencias más creativas o las que más premios han recibido, por ser, a nuestro entender, más subjetivos y estar más indirectamente relacionados con nuestro objeto de estudio.

¹⁷⁴ Véase capítulo 1, apartado 1.3. Objetivos y preguntas de investigación, pp. 30-33.

¹⁷⁵ El *Estudio InfoAdex de Agencias de Publicidad* analiza, anualmente, la inversión publicitaria gestionada por las agencias, entendiendo como tal la repercusión económica de las campañas y acciones publicitarias realizadas por las agencias en los medios convencionales, en términos de la inversión controlada por InfoAdex. Se considera en el estudio la inversión, referida al ámbito nacional, en medios convencionales y no se incluyen ni la inversión en medios no convencionales ni la correspondiente a investigación, producción, honorarios de agencias, ni tampoco otros conceptos de inversión relacionados con la publicidad o la comunicación comercial (InfoAdex, 2014a).

A partir de esta población de referencia, el marco de la muestra del estudio lo constituyen las 20 primeras agencias por volumen de inversión gestionada en 2013 según el *Estudio de InfoAdex de Agencias de Publicidad 2014*.¹⁷⁶

Tabla 12.
Ranking de agencias por volumen de inversión gestionada en España 2013

Ranking 2013	Agencia	Inversión 2013 (€)
1	McCann	226.897.268
2	Ogilvy & Mather	164.955.746
3	Young & Rubicam España	155.038.979
4	DDB	143.111.334
5	TBWA	141.738.198
6	Grey	140.005.919
7	Havas Worldwide Spain	137.520.754
8	Sra. Rushmore	102.912.203
9	JWT	101.659.169
10	Leo Burnett	88.743.421
11	Publicis España	87.870.208
12	Contrapunto BBDO	80.277.740
13	Del Campo S & S	63.656.168
14	*S,C,P,F	62.927.050
15	Pavlov	57.953.458
16	Arnold Madrid	29.673.008
17	China	28.334.710
18	Barbara	27.559.963
19	Tiempo BBDO	25.936.657
20	IGriega	22.851.084

Fuente: InfoAdex (2014a) y elaboración propia.

¹⁷⁶ Puesto que las primeras entrevistas del trabajo de campo se realizaron en enero de 2015, la configuración de la muestra se realizó sobre la base del ranking publicado en el último *Estudio InfoAdex de Agencias de Publicidad* publicado a finales de 2014, con datos de 2013.

Tras identificar el marco del muestreo, en coherencia con nuestros objetivos de investigación y metodología, se optó por un delimitar una muestra ilustrativa –por tanto, no probabilística– del mencionado universo, cuyo tamaño final queda a la libre consideración del investigador (Del Río, 2011).

Entre los factores a tener en cuenta a la hora de determinar la muestra final, Hernández Sampieri *et al.* (2010) establecen tres criterios: la capacidad operativa de recolección y análisis, el entendimiento del fenómeno y su propia naturaleza. En nuestro caso, dos factores relacionados con los mencionados criterios condicionaron la determinación de la muestra final: por una parte, las rutinas profesionales del sector de la publicidad, una actividad tradicionalmente sometida a ritmos y jornadas laborales intensivas y sujeta a una fuerte presión temporal y, por otra, la sensibilidad del tema objeto de estudio. En tanto que las cuestiones legales, en algunos puntos, pueden estar sujetas a compromisos de confidencialidad e incidir en la propia reputación de la agencia, inicialmente ya se contempló que el tamaño de la muestra inicial, debería reformularse a medida que avanzara la investigación. Esta reformulación del tamaño de la muestra, por otra parte, es habitual en investigaciones cualitativas a causa de otro factor que, en nuestro caso, también pudimos constatar, y es que “la muestra final se conoce cuando las unidades que van adicionándose no aportan información o datos novedosos (“saturación de categorías”), aún cuando agreguemos casos extremos” (p. 395).

Una vez determinada la muestra inicial, se procedió a elaborar una base de datos con la información de contacto obtenida tras la consulta de las páginas web de las 20 agencias que conformaron nuestra muestra inicial. Posteriormente, se contactó telefónicamente con cada una de ellas para, en unos casos confirmar los datos y, en otros, determinar la ubicación geográfica de la sede central de la agencia –Madrid o Barcelona– y obtener el correo electrónico del director o directora general para proceder a enviarle la información sobre el proyecto y solicitar formalmente la entrevista. Contactos previos con diferentes profesionales del sector publicitario nos aconsejaron dirigirnos, en primer término, a la dirección general de la agencia por dos motivos: en primer lugar, por la relevancia estratégica de solicitar información sobre un tema sensible, como son las cuestiones jurídicas y, en segundo lugar, porque es esta posición de dirección la que dispone de una visión global de la

compañía y, en consecuencia, la que mejor podía identificar el perfil profesional idóneo para participar en el estudio.

Como resultado de estos contactos, la muestra final se redujo a las ocho agencias recogidas en la siguiente tabla. A pesar de que en los estudios cualitativos el tamaño de la muestra no es especialmente relevante, la muestra final coincide con la recomendación de Daymon y Halloway (2011) de configurar una muestra de entre seis y ocho informantes para que ésta resulte homogénea. La tabla 13 indica la posición de cada agencia en el ranking de agencias por volumen de inversión de 2013 y, también, su posición en el ranking de 2014, publicados recientemente en el *Estudio de Infoadex de Agencias de Publicidad 2015*. La tabla detalla también los cargos de los profesionales entrevistados, entre los que destacan mayoritariamente directores generales, pero en algunos casos, éstos nos derivaron a la dirección de otras áreas –servicios al cliente y departamento financiero, en dos casos concretos– al considerar que estos perfiles podrían dar mejor respuesta a nuestro objeto de estudio. Las entrevistas se llevaron a cabo presencialmente en dos fases: la primera en Madrid, en enero de 2015, y la segunda en Barcelona, en julio de 2015.

Tabla 13.
Configuración muestra final entrevistas

R.13	Agencia	Entrevistado/a	Cargo	R.14
1	McCann	D. Gonzalo Sánchez-Táiz	Director general ejecutivo	1
5	TBWA	Dña. Nicole Moller D. Nacho Hortal	Directora general Director de cuentas	4
8	Sra. Rushmore	D. Clemente Manzano	Director general	5
9	JWT	Dña. Manuela Cisneros	Directora financiera	13
10	Leo Burnett	Dña. Clara Marchan	Directora general	10
14	*S,C,P,F	Dña. Helena Grau	Directora servicios cliente	18
18	Barbara	Dña. Belén Romero	Socia	14
19	Tiempo BBDO	D. Julio Paredes	Director general	21

Fuente: elaboración propia

El resto de agencias contactadas, a pesar de reincidir en la solicitud por vía de correo electrónico y telefónica, declinaron participar en el estudio. Entre los motivos alegados, destacaron los problemas de agenda, la falta de disponibilidad, el hecho de externalizar el tema en un despacho de abogados, la política de no colaborar en estudios de este tipo o los problemas para identificar a la persona que dentro de la agencia podría responder a un estudio sobre temas jurídicos.

En el siguiente punto, expondremos y justificaremos la metodología mediante la cual se prepararon y realizaron las ocho entrevistas que conforman el trabajo de campo.

10.3.2. Metodología

El trabajo de campo de esta tesis doctoral se ha llevado a cabo mediante entrevistas presenciales en profundidad, semiestructuradas, breves, de una duración aproximada de media hora. Posteriormente, cada una de las entrevistas –grabadas previa autorización del entrevistado– fue objeto de un proceso de transcripción minuciosa para aplicar, a continuación, la técnica de análisis de contenido, identificar categorías y patrones y, finalmente, interpretar y presentar los resultados.

La entrevista es una de las técnicas de investigación más utilizadas en las ciencias sociales con el objetivo de obtener respuestas de fuentes primarias de información y se define como “una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (el entrevistado)” (Hernández Sampieri *et al.*, 2010, p. 418). La entrevista permite obtener una información concreta, profunda y rica pero, a su vez, conviene tener presentes ciertas dificultades, con el objetivo de, en la medida de lo posible, tomar medidas para paliarlas.

La naturaleza de observación indirecta que tiene la entrevista y la interacción social que se produce durante la misma entre entrevistador y entrevistado, hace que la entrevista sea una técnica que, en mayor grado, sin duda, que las demás técnicas de investigación social, plantea problemas y dificultades para lograr su objetivo, obtener respuestas válidas y veraces. Por ello, la realización de la entrevista requiere el mayor cuidado y atención y una escrupulosa programación de su desarrollo y ejecución por parte de los entrevistadores. (Sierra Bravo, 2003, p. 356).

Según su finalidad y procedimientos, pueden distinguirse tres tipos de entrevista: estructuradas, semiestructuradas y abiertas. En las *entrevistas estructuradas*, el investigador se basa en una guía de preguntas específicas y debe ceñirse exclusivamente a éstas. Las *entrevistas semiestructuradas*, por su parte, se basan en una guía de asuntos o preguntas a tratar pero, en este caso, el entrevistador tiene libertad para introducir preguntas adicionales para precisar conceptos u obtener mayor información sobre algún tema. La *entrevistas abiertas* se fundamentan en una guía adicional de contenidos y el investigador dispone de toda la flexibilidad a la hora de conducirla (Hernández Sampieri *et al.*, 2010).

La entrevista en profundidad es el tipo de entrevista semiestructurada más utilizada en el ámbito de las ciencias sociales, en general, y en el estudio de los fenómenos comunicativos, en particular, según Berganza Conde y Ruiz San Román (2005). En tanto que, además, la entrevista en profundidad se considera especialmente adecuada en trabajos en los que los entrevistados son difícilmente accesibles –entre otras cuestiones, por razón de cargo– y los temas a tratar son difíciles o comprometidos (Soler, 2011), consideramos que ésta es la técnica que más y mejor se ajusta a las características y objetivos de nuestro trabajo de campo.

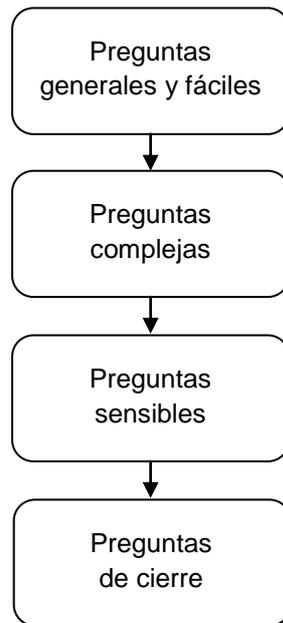
Una vez escogida la metodología de investigación –de manera paralela a la definición y concreción de la muestra– se procedió a configurar el guión de la entrevista sobre la base de los objetivos de investigación, directa o indirectamente vinculados con el trabajo de campo, en general, y de las preguntas de investigación directamente relacionadas en particular. En las fases de elaboración del documento y preparación de la entrevista, se tuvieron en cuenta las recomendaciones de Hernández Sampieri *et al.* (2010) y Berganza Conde y Ruiz San Román (2005).

Así, en relación con la preparación del guión, en primer lugar, se tuvo en cuenta la conveniencia de informar al entrevistado antes de iniciar la entrevista sobre el propósito y finalidad de la misma, solicitarle el consentimiento para utilizar un dispositivo de grabación de audio y formalizar la pertinente autorización para el uso posterior de los datos. La cantidad de preguntas a formular buscó un equilibrio entre obtener la información de interés de acuerdo a nuestros objetivos y la duración estimada de la misma que, dado el perfil de los entrevistados, decidimos ajustar en torno a unos 30 minutos. De este modo, el guión definitivo quedó configurado con

un total de 12 preguntas de formulación breve y directa. El orden de formulación de las preguntas siguió el criterio recogido en la siguiente figura.

Figura 23.

Orden de formulación de las preguntas en una entrevista cualitativa



Fuente: Hernández Sampieri *et al.* (2010) y elaboración propia

La siguiente tabla detalla el documento que se utilizó a modo de guión en las entrevistas en profundidad. En tanto que el tema objeto de estudio requería un cierto margen para reconducir o profundizar en algunos temas, recordemos que la técnica de la entrevista semiestructurada nos permitió incorporar alguna pregunta adicional o comentario generados, de manera espontánea, en las conversaciones.

Tabla 14.

Guión de la entrevista en profundidad semiestructurada

<p>Presentación proyecto de investigación:</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Doctorado en Comunicación✓ Objeto de estudio transversal✓ Marco normativo de la publicidad✓ Jurisprudencia✓ Gestión profesional

Autorización:

- ✓ Grabación audio entrevista
- ✓ Firma documento uso, finalidad investigación y posible anonimización¹⁷⁷

Preguntas:

1. ¿Qué valor e incidencia considera que tiene la legislación publicitaria en la práctica profesional de la publicidad?
2. ¿Disponen de un servicio de asesoramiento legal? Interno / Externo / Autocontrol
3. ¿Cómo se integra la revisión de la adecuación legal de la piezas en su rutina profesional? Perfiles profesionales / Concepto vs ejecución
4. ¿La agencia contempla la formación de sus profesionales en materia de derecho de la publicidad? Perfiles profesionales / Periodicidad / Vía - Metodología
5. En el caso de contar con un servicio de asesoramiento legal externo, ¿recurren a él para aspectos concretos identificados o en función de la especificidad de la campaña? Contratación / Sectores más regulados / Nuevos formatos.
6. ¿Le consta si sus clientes disponen de un servicio de revisión jurídica de las campañas publicitarias presentadas?
7. ¿Su agencia está Asociada a Autocontrol? Motivos.
8. ¿Utilizan el servicio de *copy advice* de manera habitual? ¿Cómo valoran este servicio?
9. ¿Cómo valora, en general, los servicios prestados por Autocontrol? ¿Qué le aporta a su agencia, más allá de la autorregulación, desde el punto de vista del derecho de la publicidad?
10. ¿Contiene su contrato de agencia alguna referencia en materia de responsabilidad por infracción de la legislación publicitaria? ¿En qué términos?
11. ¿Su agencia se ha visto involucrada en algún procedimiento por infracción de la legislación publicitaria en los últimos años? ¿Han identificado algún/os ámbito/s de mayor controversia?
12. ¿Cómo valora los límites jurídicos de la publicidad en España? Excesiva regulación / General vs sectorial / Retos

Fuente: elaboración propia

¹⁷⁷ El contenido del documento de autorización que entrevistadora y entrevistado/a firmaron por duplicado en cada una de las entrevistas puede consultarse en el apartado de Anexos, p. 525.

Por lo que se refiere a la localización, en todos los casos la entrevista se llevó a cabo en las instalaciones de la agencia del entrevistado, en Barcelona o Madrid, según el caso. En relación con el desarrollo de la entrevista y la formulación de las preguntas, se tuvieron en cuenta las siguientes pautas y recomendaciones:

- En la parte inicial de la entrevista, conviene demostrar al entrevistado la legitimidad, rigor e importancia del estudio y la propia entrevista. Mediante la presentación y ofrecimiento de acuerdo de confidencialidad, en todos los casos intentamos crear una atmósfera propicia para el diálogo en la que el entrevistado pudiera sentirse cómodo.
- Para conseguir que el diálogo sea dinámico, el entrevistador debe mostrar una conducta receptiva –lo que se denomina una escucha activa–, alternar expresiones verbales (interjecciones, comentarios que demuestren interés, etc.) con señales no verbales que evidencien comprensión y atención por lo que el entrevistado relata pero, a la vez del modo más neutral posible, sin demostrar subjetividad alguna.
- El entrevistador debe actuar de manera paciente, respetar los silencios y asegurarse de que el entrevistado terminó de responder a una pregunta antes de pasar a formular la siguiente.
- En una entrevista en profundidad debe evitarse que el clima en el que se desarrolla la entrevista conduzca a que sea el propio entrevistado el que dirija el flujo informativo. Debe ser el propio entrevistador, por tanto, quien procure reconducir el diálogo, si es necesario, hacia las cuestiones que le atañen sin por ello interrumpir el discurso colateral que pueda producir el entrevistado espontáneamente.
- En esta misma línea, hay que evitar preguntas tendenciosas o que puedan inducir la respuesta; el entrevistado, a su vez, debe tener siempre la posibilidad de hacer preguntas y disipar dudas, por lo que es importante recordárselo, si es necesario.

- Para el registro de datos, conviene combinar varias técnicas simultáneamente, en nuestro caso, la grabación por medios técnicos y notas sobre el guión o documento de apoyo.
- Al concluir la entrevista, conviene preguntar al entrevistado si tiene algo que agregar o alguna duda, agradecerle, de nuevo, su colaboración y recordarle el uso que se va a dar a los datos.

Tras el desarrollo de la entrevista, se inicia la fase más controvertida de la investigación cualitativa: el análisis de los datos (Soler, 2011). En nuestro caso, la técnica empleada requirió, en primer lugar, la transcripción detallada de las grabaciones de audio de cada una de las entrevistas. Siguiendo las recomendaciones de Hernández Sampieri *et al.* (2010), inicialmente se transcribieron todas las palabras, sonidos y elementos paralingüísticos registrados en las grabaciones. Una vez finalizada la transcripción literal, en algunos casos puntuales, a solicitud expresa del entrevistado, se procedió a eliminar aquellos fragmentos cuyo contenido fuera confidencial o hiciera referencia a marcas comerciales que el entrevistado solicitó no mencionar en el estudio. El resultado de este proceso de transcripción y depuración inicial de contenidos sobre la base del compromiso de confidencialidad, pueden consultarse en el apartado de Anexos.¹⁷⁸

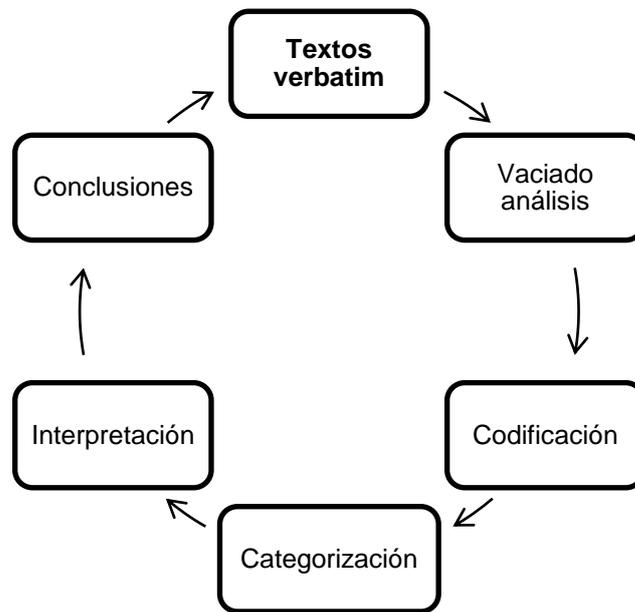
A pesar de que el proceso de investigación cualitativa carece de la concreción y consenso propio del análisis cuantitativo, Soler describe de una manera clara y concisa las diferentes fases del proceso de análisis de datos cualitativos. Adicionalmente, se han tenido en cuenta las recomendaciones, más detalladas y exhaustivas, de Hernández Sampieri *et al.*

Sobre la base del proceso de análisis propuesto por Soler y reflejado en la figura 24, en la investigación cualitativa el proceso de codificación adquiere una especial relevancia. Por codificación entenderemos “el proceso por el que los datos brutos son transformados sistemáticamente y agregados en unidades que permiten una descripción precisa de las características pertinentes del contenido” (p. 221). Se trata, por tanto, de reunir todos los datos disponibles y realizar un primer análisis y

¹⁷⁸ Véase: Anexos, pp. 464-524.

depuración de los mismos. En la mayoría de estudios cualitativos, los datos se codifican “para tener una descripción más completa de éstos, se resumen, se elimina la información irrelevante, también se realizan análisis cuantitativos elementales; finalmente, se trata de generar un mayor entendimiento del material analizado” (Hernández Sampieri *et al.*, 2010, p. 448).

Figura 24.
Proceso de análisis de datos cualitativos



Fuente: Soler (2011) y elaboración propia

La investigación cualitativa agrupa la información en categorías, por lo que el investigador, en relación con los textos, debe preguntarse constantemente ¿a qué categoría pertenecen? Esta metodología de análisis, por tanto, requiere segmentar la información; a partir de una primera visión de totalidad, los datos se pulen, se reorganizan y se clasifican mediante las mencionadas categorías de codificación.

Entre las múltiples posibilidades de codificación, destacan, en primer lugar, las unidades de registro, que pueden ser palabras clave, temas, personajes o unidades de contexto. En segundo lugar, la codificación puede llevarse a cabo mediante el análisis de palabras, esto es, buscando palabras clave, ver el número de veces que

se repiten, agruparlas por sinónimos, etc. Por último, la codificación puede realizarse a partir del análisis de frases y párrafos: qué tema se utiliza, si éste se repite o si el párrafo desarrolla tres o cuatro temas diferentes. En la fase de codificación se tienen en cuenta los conceptos aparecidos en el análisis de los datos y los que provienen de la revisión de la literatura.

A partir del proceso de codificación cualitativa, se desarrollan las denominadas categorías de codificación: sobre la base de un listado de temas, conceptos e interpretaciones o tipologías relevantes, el investigador deberá buscar a qué categorías pertenecen los datos objeto de análisis. Al finalizar el proceso, se recomienda revisarlo de nuevo con el objetivo de identificar superposiciones de categorías o casos en los que una categoría inicial se detecta que engloba dos o tres categorías que deberían diferenciarse. Toda buena categorización comporta una exclusión mutua: cada elemento no puede tener más de una clasificación. Todas las clasificaciones deben ser homogéneas, deben estar codificadas de la misma forma y deben ser objeto de una descripción objetiva y sistemática.

Para llevar a cabo este proceso, el investigador debe descomponer el *verbatim* o transcripción del texto, desestructurarlo, detectar y analizar los datos más significativos. El análisis por categorías permite comparar diferentes fragmentos, refinar los datos y ajustar las ideas. El investigador debe buscar toda la información que se encuentra en el *verbatim* sobre el tema y desarrollarlo, diferenciando claramente qué afirmaciones proceden del análisis del investigador y cuáles son fragmentos literales de la transcripción. En este último caso, las citas a *verbatim*s extraídos de las entrevistas, se mostrarán, como el resto de citas literales del trabajo, entrecomilladas o en cuerpo de letra menor si la extensión lo justifica.

Una vez codificado el material y, en consecuencia, determinadas las categorías, se inicia la fase de interpretación. En el análisis cualitativo resultan fundamentales las siguientes cuestiones: en primer lugar, darle sentido a las descripciones de cada categoría, esto es, ofrecer una descripción completa de cada una de ellas y ubicarlas en el fenómeno que estudiamos; en segundo lugar, determinar el significado de la categoría para los participantes; en tercer lugar, la presencia de cada categoría, esto es, la frecuencia con la cual aparece en el material analizado y, por último, identificar y explicar las relaciones entre categorías, que pueden ser

temporales –cuando un categoría siempre, o casi siempre, preceda a otra– o causales –cuando una categoría sea la causa de otra–.

A continuación describiremos el proceso de análisis llevado a cabo a partir de los textos *verbatim* obtenidos de la transcripción de nuestras entrevistas. En primer lugar, los datos se organizaron a partir de las respuestas de los entrevistados a cada una de las preguntas planteadas las cuales, a su vez, fueron reagrupadas en función de los objetivos de investigación inicialmente planteados.

A partir de un proceso de codificación abierta, las unidades de análisis se identificaron mediante libertad de flujo, esto es, sin necesidad de que las unidades poseyeran un tamaño equivalente. De este modo, los segmentos –frases y párrafos, en nuestro caso– identificados por el valor de su significado se tuvieron en consideración para determinar las categorías que nos permitirían la posterior interpretación de los datos. En el proceso de categorización se tuvieron también en cuenta los objetivos y preguntas de investigación que, previamente, habían condicionado la formulación del guión de la entrevista.

A continuación, en el siguiente punto presentamos el resultado del proceso de categorización, interpretación y análisis de los datos obtenidos mediante las ocho entrevistas en profundidad realizadas, recordemos, a directivos de las principales agencias de publicidad por volumen de inversión en España.

10.3.3. Resultados

Tras seguir las fases de análisis expuestas en el anterior apartado, los resultados de las entrevistas en profundidad realizadas a la muestra objeto de estudio nos permitieron identificar las categorías de análisis recogidas en la siguiente tabla. Además de las categorías identificadas, la tabla recoge, por una parte, las cuestiones o ítems relevantes que se advirtieron en el análisis de los datos asociados a cada una de las categorías; por otra, a pesar de optar por una metodología de análisis cualitativa, siguiendo las indicaciones de Hernández Sampieri *et al.* (2010), la tabla incorpora la frecuencia con la que los diferentes ítems identificados aparecen en el material objeto de análisis

Tabla 15.
Codificación del análisis cualitativo por categorías

Nº	Categoría	Ítems	Frec.
C.1.	Incidencia legislación práctica profesional	<ul style="list-style-type: none"> Alta Moderada 	6 2
C.2.	Vía de supervisión legal	<ul style="list-style-type: none"> Interna en agencia Externa habitual bufete/s especializado/s Externa puntual bufete especializado Autocontrol Departamento jurídico anunciante 	3 7 1 8 8
C.3.	Gestión interna de la supervisión legal	<ul style="list-style-type: none"> Fase previa a ejecución Surge en el proceso Perfiles profesionales: cuentas 	5 2 6
C.4.	Formación	<ul style="list-style-type: none"> Interna, puntual Externa, asistencia puntual a seminarios Aspecto a mejorar 	3 7 3
C.5.	Autorregulación	<ul style="list-style-type: none"> Adhesión autocontrol Uso Copy Advice® Valoración positiva 	6 8 7
C.6.	Valoración marco legal	<ul style="list-style-type: none"> Razonable Desproporcionado vs otros contenidos Excesiva legislación especial 	6 2 5
C.7.	Ámbitos de controversia	<ul style="list-style-type: none"> Derechos de imagen Propiedad intelectual Sectores específicos Publicidad sexista Internet 	5 4 6 2 2
C.8.	Asunción de responsabilidad	<ul style="list-style-type: none"> Agencia Anunciante Negociación 	5 3 5

Fuente: elaboración propia

Cabe destacar que, en el proceso de categorización, además de las categorías esperadas –inducidas, en mayor o menor medida por el propio guión de la entrevista–, emergieron otras categorías inesperadas mayoritariamente secundarias en relación con los objetivos de investigación inicialmente planteados.

En relación con el volumen final de la muestra, en el proceso de codificación se observó que los datos obtenidos llegaron a saturar, en la mayoría de casos, las diferentes categorías identificadas. Desde el punto de vista de la investigación cualitativa se entiende por *saturación de categorías* la situación en la que los datos se convierten en algo repetitivo o redundante y los nuevos análisis confirman lo que ya se ha fundamentado (Hernández Sampieri *et al.*, 2010). En consecuencia, a pesar de que la muestra inicial pretendía ser más amplia, el proceso de análisis constató que la muestra final cumple con los objetivos de investigación propuestos, dado que al revisar los datos de las últimas entrevistas realizadas apenas se encontraron categorías nuevas porque los datos encajaban fácilmente en las preexistentes.

A continuación, procederemos a explicar, de manera detallada, los resultados del proceso de análisis sintetizado en la figura 24. En primer término, expondremos los resultados del análisis de cada una de las categorías identificadas, esbozando unas primeras conclusiones e incorporando *verbatim*s extraídos de la transcripción de las entrevistas. Dado que todos los entrevistados consintieron su identificación en el estudio, su nombre y el de la agencia a la que representan constará en todas las citas literales. El capítulo concluirá con una breve reflexión de carácter general que recogerá el análisis y la interpretación de las posibles relaciones entre categorías. El análisis final y las respuestas a las preguntas de investigación se reserva –como en el resto de capítulos– para el apartado de conclusiones de la tesis.

Resultados C.1. - **Incidencia de la legislación en la práctica profesional**

Los publicitarios perciben la legislación publicitaria como un condicionante más de su actividad que incide, en mayor o menor medida, en su día a día profesional. Por una parte, los límites jurídicos son un condicionante más del trabajo estratégico y creativo de las agencias y, por otra, los temas de contratación –con anunciantes,

colaboradores, actores, fotógrafos, cesión de derechos, etc.– también tienen una creciente presencia motivada, entre otros, por la externalización de algunos procesos y las nuevas necesidades en materia de gestión y cesión de derechos fruto del alcance, cada vez más global, de los nuevos medios de difusión.

Mayoritariamente, los directos entrevistados consideran que el marco legal condiciona mucho o bastante la elaboración de la idea creativa, conscientes de que un descuido en este ámbito puede impedir la difusión de la campaña o, incluso, su retirada posterior, con el consiguiente coste económico y en términos de reputación. Por ello, como afirma Ignacio Hortal, director de cuentas de TBWA, cuando una agencia comienza a trabajar con un cliente sujeto a legislación específica sabe que tiene que “empaparse un poco del marco legal”. Además, los publicitarios son conscientes de los límites adicionales que, en algunos sectores específicos, los propios anunciantes se imponen voluntariamente a través de los códigos deontológicos de Autocontrol. En esta línea, Clemente Manzano, director general de Sra. Rushmore, afirma:

Es una restricción más dentro de las que tenemos: tenemos el *briefing* de cliente, tenemos las restricciones de producto y también tenemos que tener en cuenta las restricciones de la categoría porque son claves a la hora de hacer un anuncio. (...) Yo creo que tiene mucha incidencia porque no sólo está el marco jurídico de la publicidad, sino también los códigos internos de determinados clientes. Por ejemplo, en bebidas alcohólicas hay unos códigos internos que son adicionales (...) Nosotros el trabajo lo manejamos teniendo en cuenta que hay una ley y que está Autocontrol y que es un condicionante.

Por último, Julio Paredes, director general de Tiempo BBDO, apunta a que, más allá de las leyes y el derecho, los publicitarios:

Pensamos en lo que estamos haciendo y en qué impacto puede tener y, ahora, más allá de Autocontrol, pensamos en qué puedes generar en las redes sociales (...) ahora, con las redes sociales 2.000 consumidores enfadados por un tema, te pueden machacar. Y ésta es la realidad. Hay que entenderla y vivir con esto.

En consecuencia, podemos concluir que los profesionales de la publicidad son plenamente conscientes de la relevancia del condicionante legal en el ejercicio de su actividad.

Resultados C.2. - Vías de supervisión legal de la actividad publicitaria

En relación con la supervisión legal de la actividad publicitaria, el análisis de las transcripciones nos permite identificar cuatro vías distintas, no excluyentes, de supervisión: la interna, llevada a cabo en la propia agencia; la consulta externa – habitual o puntual, según el caso– a abogados especializados; la consulta a Autocontrol mediante solicitud de Copy Advice® y, por último, la supervisión externa por parte del departamento jurídico del anunciante. La siguiente tabla sintetiza las vías de supervisión de cada una de las agencias que conforman la muestra.

Tabla 16.
Vías de supervisión legal por agencia de publicidad

Agencia	Vías de supervisión legal ¹⁷⁹
McCann Erikson	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Contrato con despacho externo especializado ✓ Consultas puntuales despachos externos más especializados ✓ Autocontrol: Copy Advice® ✓ Implicación departamento jurídico anunciante
TBWA	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Implicación departamento jurídico anunciante ✓ Autocontrol: Copy Advice® ✓ Consultas puntuales despacho externo especializado
Sra. Rushmore	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Consulta habitual abogado externo especializado ✓ Autocontrol: Copy Advice® ✓ Implicación departamento jurídico anunciante

¹⁷⁹ La tabla recoge las diferentes vías de supervisión en el orden mencionado por cada uno de los entrevistados, según se refleja en las transcripciones.

Agencia	Vías de supervisión legal
JWT	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Supervisión interna centralizada dirección financiera ✓ Autocontrol: Copy Advice® ✓ Consulta habitual despacho externo ✓ Consultas puntuales despachos externos especializados ✓ Implicación departamento jurídico anunciante
Leo Burnett	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Departamento jurídico interno grupo Publicis ✓ Consulta habitual despacho externo especializado ✓ Implicación departamento jurídico anunciante ✓ Autocontrol: Copy Advice®
*S,C,P,F	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Consulta habitual despacho externo especializado ✓ Autocontrol: Copy Advice® ✓ Implicación departamento jurídico anunciante
Barbara	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Autocontrol: Copy Advice® ✓ Consultas puntuales despacho externo especializado ✓ Implicación departamento jurídico anunciante
Tiempo BBDO	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Departamento de administración interno ✓ Consulta habitual despacho externo especializado ✓ Implicación departamento jurídico anunciante ✓ Autocontrol: Copy Advice®

Fuente: elaboración propia

A continuación abordaremos cada una de estas vías y valoraremos su incidencia en el proceso. En primer lugar, en relación con la *supervisión interna*, cabe destacar dos consideraciones: por una parte, la escasa –que no nula– presencia de un departamento jurídico especializado en derecho publicitario en las propias agencias y, por otra, la mayor presencia de una figura –ubicada en el departamento de administración o finanzas– encargada de la gestionar y supervisar los temas de

contratación y, en algunos casos, centralizar o supervisar otras cuestiones en relación con los despachos de abogados externos de la agencia.

Clara Marchán, directora general de Leo Burnett, la única agencia que dispone de un departamento jurídico interno –común para las agencias del grupo Publicis–, explica que el proceso de consulta varía según el caso:

El departamento interno si te digo la verdad lo consultamos mucho más para temas de contratos con clientes o con proveedores, productoras, colaboradores, con personal que tiene un contrato determinado (...) cuando el tema tiene que ver más con cuestiones de propiedad intelectual o con una reclamación de un tema de Internet (...) este tipo de consultas las hacemos más al gabinete externo que al departamento interno, aunque te puedo decir que, claro, cuando el tema es un poco importante, ambas partes trabajan juntas y estamos alineados.

En el caso de JWT y Tiempo BBDO, las otras dos agencias que disponen de una persona de referencia para temas legales a nivel interno, sus funciones difieren considerablemente. En el caso de JWT es Manuela Cisneros, su directora financiera quien, sobre la base de su experiencia, actúa como un primer filtro y centraliza el proceso de supervisión de las piezas, en caso de que sea necesario llevar a cabo consultas externas. En Tiempo BBDO, en cambio, es el departamento de administración la referencia legal interna, aunque su principal función se ciña, como en el caso de Leo Burnett, al ámbito de la contratación publicitaria.

En segundo lugar, todas las agencias consultadas disponen de *despachos o abogados externos* con los que colaboran, bien de manera habitual o, en otros casos, de manera puntual ante dudas específicas. En la práctica totalidad de los casos, el despacho externo de referencia acostumbra a estar especializado en derecho publicitario, salvo en el caso de *S,C,P,F cuyo despacho externo de referencia está especializado en materia de propiedad intelectual. Entre las agencias que disponen de una colaboración externa estable, destaca el caso de Sra. Rushmore que dispone de un abogado externo pero dedicado prácticamente en exclusiva a asesorar a la agencia, como detalla su director general, Clemente Manzano, a la vez que apunta el recurso, en ocasiones en paralelo, a otras vías:

Nosotros tenemos un abogado especialista en publicidad. Fuera de la agencia. Es un abogado que trabaja prácticamente en exclusiva para nosotros y es con el que nos asesoramos en casi todas las campañas. Luego, evidentemente, está Autocontrol, que también les mandamos, o nosotros o los clientes, a Autocontrol en prácticamente todas las ocasiones. Hay algunas que están tan claras que no hace falta pero cuando hay duda, siempre. Normalmente, por la primera vía que optamos, porque es la más rápida de todas, es por nuestro abogado, en primer lugar, pero depende de los tiempos. En muchas ocasiones es en paralelo.

Cabe destacar que la mayoría de agencias que disponen de un contrato de colaboración estable con un despacho de abogados contemplan la posibilidad de recurrir, puntualmente, a despachos todavía más especializados para resolver dudas y gestionar aspectos concretos como los acuerdos con *celebrities*, temas musicales, nuevos medios, promociones, etc. Las agencias que, con carácter general, formulan consultas puntuales a sus despachos de referencia recurren a ellos cuando detectan temas controvertidos, bien por su novedad, por su especialización o por tratarse de anunciantes sujetos a regulación específica y a códigos de conducta, en algunos casos, más restrictivos que la propia normativa jurídica.

En tercer lugar, la totalidad de las agencias consultadas confían en *Autocontrol* –de manera mayoritariamente paralela a las vías ya mencionadas– para la supervisión adicional de sus campañas, especialmente en aquellos sectores que disponen de códigos de autorregulación específicos. La mayoría de agencias contemplan la posibilidad de que el contacto con Autocontrol, esto es, la solicitud de *Copy Advice*®, la gestione, bien la propia agencia –habitualmente a través del director de la cuenta–, o bien el propio anunciante, según el caso. Helena Grau, directora de servicios al cliente de *S,C,P,F, a pesar de que su agencia no está adherida a Autocontrol, utiliza puntualmente el servicio de *Copy Advice*® en los siguientes términos:

En general, es una gestión que eminentemente realiza el anunciante. Nosotros le facilitamos el material y ellos hacen el trámite con Autocontrol. Hay momentos puntuales, cuando tenemos una duda nosotros o cuando el anunciante no está asociado a Autocontrol, donde nosotros podemos hacer la consulta.

Ignacio Hortal, director de cuentas de TBWA, apunta la existencia de acuerdos de autorregulación específicos, como en el caso de algunas bebidas alcohólicas, que exige a los anunciantes solicitar siempre el *Copy Advice*® antes de emitir una campaña. Al abordar la categoría de autorregulación, completaremos el análisis de esta vía específica de supervisión ética y legal de la actividad publicitaria.

Por último, todas las agencias consultadas contemplan una vía de supervisión adicional: la de los *departamentos legales* de los propios *anunciantes*, cuya presencia es habitual en el caso de multinacionales y grandes anunciantes. En caso de disponer de departamento jurídico propio, Gonzalo Sánchez Táiz, director general de McCann Erikson, afirma que “en contra de la agencia, que solemos tenerlo fuera, el asesor jurídico los anunciantes suelen tenerlo dentro (...) y se han llegado a dar casos de reuniones con abogados nuestros y con los del anunciante, para solucionar problemas que surgen.” La colaboración entre el departamento jurídico interno del anunciante y los abogados de la agencia resulta habitual siempre que surgen dudas. En este sentido, la mayoría de los entrevistados destacan la poca especialización en derecho publicitario de los departamentos jurídicos de los anunciantes, lo que explica que habitualmente tiendan a ser excesivamente conservadores. Julio Paredes, director general de Tiempo BBDO, apunta el inconveniente que supone el filtro jurídico del cliente, cuando es estricto y, especialmente, en acciones de *real time marketing*:

Uno de los mayores problemas que tenemos actualmente son los propios códigos internos o los propios asesores legales internos de los clientes. Por ejemplo, queremos hacer un post y, normalmente un post en Facebook lo ideal es que tenga que ver con el *real time marketing*, que tenga que ver con la actualidad, eso es lo que hace que a la gente le pueda interesar ¿Qué pasa?, pues que a lo mejor esto tiene que pasar por el departamento legal y esto tarda tres semanas, con lo cual perdemos la inmediatez de la noticia.

Como conclusión del análisis de esta categoría, podemos afirmar que la mayor parte de la publicidad que se difunde en España se ha visto sometida previamente a un exhaustivo proceso de supervisión legal que, en algunos casos, llega a combinar la supervisión jurídica por parte de abogados especializados, con la solicitud de *Copy Advice*® a Autocontrol y la supervisión final del departamento jurídico del anunciante.

Resultados C.3. - **Gestión interna de la supervisión legal**

En relación con el cruce que se establece entre el proceso de elaboración de una campaña publicitaria y la supervisión desde el punto de vista jurídico, la mayoría de agencias incorpora, en la medida de lo posible, esta revisión, a lo largo del proceso creativo. En el caso de productos sujetos a regulación especial, las cuestiones legales se apuntan ya en el propio *briefing* y, en cualquier caso, como apunta Manuela Cisneros, directora financiera de JWT:

Lo ideal sería que se hiciera al comienzo, antes de que se hiciera la campaña. Otras veces no es así. Muchas veces dan por hecho que no hay ningún problema y surge una vez ya has hecho la campaña. Se intenta que no se presente nada al cliente sin verlo antes desde el punto de vista jurídico.

En esta misma línea, Ignacio Hortal, director de cuentas de TBWA, concreta la fase del proceso en el que la mayoría de agencias intentan supervisar las piezas y detectar los problemas:

Normalmente la revisión la hacemos cuando se aprueba la creatividad, un guión, un *story* o lo que sea, antes de empezar a producir, precisamente por si hay algún problema o Autocontrol nos dice tened cuidado con que no se vea, pues yo que sé, que si hay uno que está conduciendo pues que lleve el cinturón puesto, que si va en moto que lleve el casco. Todos estos detalles se pasan antes para tenerlos en consideración para la producción. Y luego cuando el anuncio está terminado se vuelve a mandar para ya tener el *copy advice* definitivo.

Como apunta Clara Marchán, directora general de Leo Burnett, el objetivo de la supervisión jurídica en la fase previa a la producción o ejecución de la campaña es evitar el riesgo de tener que repetir, por ejemplo, una parte del rodaje de un spot o que el mismo no se pudiera llegar a emitir una vez producido, con los elevados costes que, en menor o mayor medida, debería asumir el anunciante o la agencia, según el caso.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Posteriormente, en la categoría 8, se analizará el régimen de asunción de responsabilidad entre anunciante y/o agencia previsto en los contratos publicitarios en caso de conflicto. Véase: pp. 408-410.

En cuanto a los perfiles profesionales más directamente implicados en la supervisión legal de las campañas, el departamento de cuentas es el que, en la gran mayoría de casos, asume la responsabilidad de detectar e identificar posibles problemas. Gonzalo Sánchez Táiz, director general de McCann Erickson, responde en los siguientes términos al ser preguntado por este aspecto concreto: “cuentas; el creativo es más irresponsable en este sentido. Las dudas surgen cuando el creativo le presenta la idea al de cuentas. Normalmente los problemas los detectan los de cuentas cuando los creativos presentan el guión”. A pesar de su mayor responsabilidad en el proceso de ideación, los creativos no acostumbran a tener presentes las cuestiones legales, más allá de los límites jurídicos básicos, los más generales. Así lo expone claramente, Clara Marchán, de Leo Burnett:

Normalmente lo que acostumbra a pasar en todas las agencias creativas es que el departamento más preocupado y que más responsabilidad tiene sobre este tema jurídico es el departamento de cuentas. ¿Qué sucede? Hay muchas cosas que los creativos, lógicamente, ya las saben, e incluso ellos tampoco tienen la intención de transgredir nada, pero quien tiene la preocupación más importantes, a ver si se va a quejar tal, o también la memoria histórica de una cuenta, si un competidor siempre está intentado meterse con la promoción que hacemos nosotros (...) Y, en este sentido, los de cuentas son los súper responsables de esto. De hecho, mis órdenes siempre van hacia ellos: me da igual lo que te haya dicho el creativo, tú tienes que contrastarlo todo.

Por último, apuntar que, Belén Romero, socia de Bárbara & Co, y Helena Grau, directora de servicios al cliente de *S,C,P,F, coinciden en no identificar un perfil concreto en la agencia mayormente implicado en la supervisión legal de las piezas, en tanto que ambas afirman que las dudas pueden surgir a lo largo del proceso de elaboración de la campaña.

En relación con la supervisión interna por parte de los perfiles publicitarios de la agencia, podemos concluir, por tanto, que es el director de cuentas, el principal responsable de garantizar la adecuación legal de las campañas mediante la supervisión del esbozo o guión elaborado por el equipo creativo.

Resultados C.4. **Formación en materia de derecho publicitario**

Una vez constatada la relevancia que las principales agencias de publicidad otorgan al condicionante legal, abordaremos a continuación la categoría directamente relacionada con la formación. ¿Contemplan las agencias la formación de los profesionales más directamente implicados en las cuestiones legales en materia de derecho de la publicidad?

En esta categoría el análisis de las respuestas presenta una polarización más clara. Por una parte, identificamos un grupo de agencias que, más o menos puntualmente, organizan formaciones jurídicas internas. Tal sería el caso de Leo Burnett que, periódicamente, solicita a su departamento jurídico interno, organizar cursos de actualización sobre aspectos jurídicos concretos objeto de dudas recurrentes como, por ejemplo, derechos de geolocalización y nuevos retos que va planteando la legislación. Otras agencias, como JWT o Tiempo BBDO, también solicitan a sus abogados externos, en este caso de manera puntual, formación interna sobre derecho publicitario en general, sectores específicos o novedades, teniendo siempre presente la dificultad de actualizarse. Por otra parte, identificamos un segundo grupo de agencias que no contemplan la formación interna pero sí asisten, de manera ocasional, a seminarios o conferencias sobre el tema; mayoritariamente son los perfiles de dirección general los que asisten, puntualmente y en representación de la agencia, a este tipo de formación externa. Gonzalo Sánchez-Táiz, director general de McCann Erikson, justifica, en línea con el resto de entrevistados, la dificultad de contemplar la formación jurídica en el día a día de la agencia:

No. Y eso sería ideal, pero la verdad es que nuestro sector está tan apretado de tiempo que ya la formación en general es una asignatura pendiente, entonces, el poco tiempo disponible la formación es el *training on the job*, que dicen los anglosajones. Si algo de tiempo disponemos para formación, lo dedicamos a otra cosa: el mundo digital, lo que ahora son los medios emergentes (...). Entonces la formación es el puro aprendizaje en el día a día pero no hay un tema formal.

Las referencias al valor de la experiencia acumulada en temas legales por los equipos de cuentas merece ser destacada, en tanto que, para la mayoría de entrevistados, resulta esencial para conocer los límites jurídicos de la publicidad y desarrollar la habilidad de identificar problemas.

Adicionalmente, Nicole Moller, directora general de TBWA, reconoce que en la agencia presuponen que cualquier licenciado en publicidad conoce las bases jurídicas generales de su actividad y, a su vez, apunta la dificultad que supone para un publicitario profundizar en determinados aspectos jurídicos, arduos, como ella misma ha podido comprobar tras asistir a algunos cursos y seminarios. En esta misma línea, Clemente Manzano, director general de Sra. Rushmore, afirma:

De todas maneras, es una área en la que a los publicitarios muchas veces cuesta llevarles porque es mucho más árida de lo que están acostumbrados, pero es muy necesaria. Nosotros intentamos que sí. De hecho, yo recibo todos los meses el boletín de Autocontrol y procuro circularlo. Pero que lo lean o no, ya es otra cuestión. La mayoría de veces me da a mí justo tiempo a ojearlo rápidamente, bueno, ya sabes en la vida que vivimos.

No obstante, la conclusión del análisis de esta categoría es que la mayoría de agencias consideran que la formación en materia de derecho de la publicidad es un tema pendiente, incompatible, en muchos casos, con las dinámicas y rutinas del día a día de las agencias de publicidad. Esta carencia, como hemos podido constatar, se suple con el apoyo de los abogados externos y con la propia experiencia adquirida, fruto de estos acuerdos de colaboración, por los profesionales de la agencia.

Resultados C.5. **Autorregulación publicitaria**

En relación con Autocontrol, el sistema de autorregulación español, la totalidad de agencias manifiestan conocer el sistema y, sobre todo, utilizar el servicio de Copy Advice® que, recordemos, ofrece el Gabinete Técnico de Autocontrol y que consiste en la revisión de la campaña en la fase previa a su difusión por cualquier medio publicitario. En relación con la adhesión al sistema, la mayor parte de agencias que conforman la muestra declaran ser miembros de Autocontrol, salvo en los casos de Bárbara & Co y *S,C,P,F que, a pesar de no estar adheridas, contratan el sistema de Copy Advice® para revisar algunas de sus campañas.

Como expusimos tras analizar las diferentes vías de supervisión legal de la publicidad, la totalidad de agencias consultadas utilizan el Copy Advice® como una

vía complementaria para garantizar la adecuación legal de sus campañas. Su uso es, mayoritariamente, ocasional –no todas las piezas pasan el Copy Advice®– y acostumbra a solicitarse en paralelo a la consulta con el abogado o bufete especializado de referencia de la agencia, como apunta Manuela Cisneros, directora financiera de JWT:

Todas las piezas creo que no pasan por Copy Advice®. Pasan las especialmente problemáticas o algunas que de repente a alguien se le enciende la bombilla y dice ¡uy esto no sé yo! Las que van a tener más visibilidad siempre pasan. (...) Yo creo que son paralelos. Cuando vamos a Autocontrol es porque sabemos que hay algo que puede causar alguna pega, entonces a la vez que vemos con Autocontrol estamos consultando con despacho y con despachos muchas veces es con posterioridad, cuando surge el problema.

La mayoría de agencias coinciden, por tanto, en solicitar el Copy Advice® básicamente en tres supuestos: cuando surgen dudas, esto es, como afirma Gonzalo Sánchez Táiz, director general de McCann Erikson, cuando “la creatividad nosotros mismos nos damos cuenta de que está al límite”; cuando el sector al que pertenece el anunciante está sujeto a legislación especial o a códigos de conducta –elaborados por Autocontrol, en la mayoría de casos– y, por último, cuando es el propio anunciante el que, por definición, pide a la agencia pasar el Copy Advice® en todas sus campañas.

En relación con la valoración, específica, de este servicio, la práctica totalidad de agencias lo considera correcto, en líneas generales acorde a lo que se espera de un servicio de estas características. En este sentido, Clara Marchán, directora general de Leo Burnett, afirma:

El servicio es bueno. Además siempre te dan bastante explicación de lo que puedes hacer y lo que no y yo creo que es útil porque al final tú tienes un poco la tranquilidad de que no te va a surgir un problema que no hayas previsto. En ese sentido, te permite trabajar con una tranquilidad.

Un aspecto que emerge en más de una respuesta es que los informes de Copy Advice® acostumbran a identificar los problemas y resolver dudas pero carecen de una propuesta de solución, un aspecto que sería muy valorado por los publicitarios.

Belén Romero, socia de Bárbara & Co, concreta este aspecto en los siguientes términos:

Lo valoramos bien. Yo creo que el tema legal es verdad que en publicidad hay un dicho que es "si preguntas, no lo vas a hacer". Entonces es verdad que siempre que recibes el *copy advice* son muchas más las precauciones que las soluciones. (...) Si hay algo que puedo echar de menos es que sean más resolutivos a la hora de cómo solucionar las cosas, más que en poner pegas.

Por último, en relación con la valoración, en este caso general, de Autocontrol también se percibe una opinión mayoritariamente positiva, como expone Ignacio Hortal, director de cuentas de TBWA, en los siguientes términos:

Yo creo que, en general, aporta mucho. A mí lo que me gusta es que son como un tercero. Son como un árbitro. Entonces ni es culpa del cliente, ni es culpa de la agencia, ayuda a que la tensión no recaiga en la relación cliente - agencia. Son una tercera parte objetiva. (...) muy ágiles en general. Y cuando hay problemas, pues están abiertos al diálogo y alguna vez hemos tenido reuniones Autocontrol, cliente y nosotros para discutir algo que no está claro y se aclara y se decide lo que sea.

Por su parte, Gonzalo Sánchez Táiz, director general de McCann Erikson y miembro de la Junta Directiva de Autocontrol, afirma –desde la reconocida subjetividad de su vinculación con la asociación– que Autocontrol es un organismo fundamental, en tanto que “hace una labor que, si no la hiciera Autocontrol, la haría la Administración y (...) preferimos autorregularnos que que nos regulen”. En esta misma línea, Helena Grau, directora de servicios al cliente de *S,C,P,F, apunta que “su trabajo es correcto. Velan bien y tienen suficiente entidad, hacen publicidad y es una entidad respetada”. Por contra, Julio Paredes, director general de Tiempo BBDO, manifiesta cierto recelo en relación con las restricciones que, en ocasiones, se autoimpone Autocontrol a un sector, como el publicitario, con una consolidada madurez y tradición en España.

En consecuencia, podemos afirmar que las principales agencias de publicidad valoran positivamente la labor que desempeña Autocontrol. Buena muestra de ello es el elevado uso del sistema de Copy Advice®, complementario, en muchos casos

a la consulta legal, incluso por parte de agencias no adheridas a este sistema de autorregulación.

Resultados C.6. **Valoración marco legal**

En relación con la percepción y valoración del marco jurídico de su actividad, los publicitarios manifiestan una opinión positiva en relación con los límites jurídicos básicos de la publicidad. Por contra, la práctica totalidad de la muestra expresa su disconformidad con la configuración, excesiva y demasiado restrictiva, de la legislación especial en relación con algunos sectores empresariales o medios como, por ejemplo, la televisión.

Así, por lo que respecta a la configuración de la parte general del derecho de la publicidad, en líneas generales, los directivos de las agencias consultadas perciben un marco legal claro, adecuado y razonable. En opinión de Belén Romero, socia de Bárbara & Co, “todos somos conscientes de los parámetros en los que nos tenemos que ceñir y desde ese punto de vista no hay mayor problema”. En esta misma línea, Nicolle Moller, directora general de TBWA, afirma:

Los límites de lo que podemos decir y no podemos decir en general los sabemos todos los que estamos trabajando en publicidad. Digamos los límites generales, sabemos que por ejemplo con niños tienes que tener mucho cuidado, que el tema del machismo, la utilización de la mujer, famosos, todas estas cosas generales las sabemos.

Por su parte, Gonzalo Sánchez Táiz, director general de McCann Erikson, tampoco considera la legislación general muy restrictiva, en tanto que es necesaria y “tiene el valor de proteger a los consumidores, para que la publicidad sea veraz y creíble (...) ahí está nuestro trabajo, dentro de la norma, sacar punta y ser creativos”.

Por contra, Clemente Manzano y Julio Paredes, directores generales de Sra. Rushmore y Tiempo BBDO respectivamente, valoran de una manera más crítica y restrictiva la regulación de la publicidad en España. Clemente Manzano percibe una cierta disfunción social en la regulación de la publicidad en relación a otros contenidos:

Yo tengo la sensación de que somos híper juzgados frente a otras situaciones. Tendría que haber un fiel de balanza más homogéneo para todos porque yo no sé cómo explicarle a mi hijo que en un anuncio de publicidad yo no puedo sacar determinadas cosas que salen en el programa [de televisión] de al lado.

En esta misma línea, Julio Paredes afirma:

Para mí es restrictivo en general. Es que yo creo que hay un concepto erróneo de fondo que es que la publicidad manipula al individuo y manipula al consumidor. Y el consumidor es bastante más listo de lo que nos pensamos. ¡Y más ahora! Tiene muchas más herramientas (...). Con la publicidad sexista a veces se exagera, ¡por Dios! No se entiende el humor, la exageración. (...) Por favor, ¿podemos mirar un poco lo que hay en la realidad? ¿Podemos mirar el cine o mirar la televisión? ¿Cómo puede ser que en el bloque de publicidad de una película en la que se matan, fuman, violan, etc. no me dejes hacer un pequeño guiño?

En relación con la regulación de la denominada parte especial de derecho de la publicidad, de manera unánime, los profesionales entrevistados consideran que los límites jurídicos de la publicidad de determinados productos o servicios y la que imponen en determinados medios de difusión es excesivamente restrictiva. Además, la mayoría de entrevistados perciben una cierta incoherencia normativa, en tanto que, como afirma Clara Marchán, directora general de Leo Burnett, existen “sectores muy regulados y otros poco, de manera a veces poco justificada y entendible”.

Entre los sectores objeto de excesiva regulación, en opinión de los entrevistados, destacan, sobre todo, el alcohol, algunos productos de alimentación o el tabaco. En relación con la regulación de los productos relacionados con la salud, Belén Romero, socia de Bárbara & Co, denuncia las barreras con las que se encuentra la profesión publicitaria al intentar interlocutar con las autoridades con el objetivo de flexibilizar el marco normativo. En cuanto a medios, la televisión es el medio objeto de una regulación más estricta, hasta el punto de considerarse excesiva, sobre todo en comparación con la escasa regulación de otros medios de difusión como Internet, lo que representa, en cierto modo, una oportunidad para ser más creativos y asumir ciertos riesgos.

En este sentido, resulta relevante la reflexión de Gonzalo Sánchez Táiz, director general de McCann Erikson, en relación con el nuevo entorno digital y cómo en éste se fusionan algunos medios:

Es que, además ahora, que todos los medios están súper relacionados, que hay mil pantallas. O sea, que puedo anunciarlo en Internet y ¿en la tele no? Si al final yo veo Internet en la tele porque la tengo conectada. Mis hijos ven Youtube en Internet y ya no saben si esto es tele... Es que es un poco absurdo. En la tele no y en Internet sí. Ahí, por ejemplo, también hay incongruencias. Por ejemplo, lo de la franja de emisión es un concepto antiguo, porque ahora ya los contenidos son bajo demanda.

En conclusión, los publicitarios consideran adecuado el marco jurídico general de su actividad, aunque, en algunos casos, cuestionan los criterios que llevan al legislador a restringir los límites de la actividad publicitaria en comparación con el resto de contenidos que se difunden en los medios de comunicación. Por contra, la legislación de carácter especial se percibe como excesivamente restrictiva y sujeta a una cuestionable polaridad entre sectores y medios extremadamente regulados y, otros, en los que apenas existe regulación alguna.

Resultados C.7. - **Ámbitos de controversia**

En relación con los ámbitos que, desde el punto de vista de las agencias, presentan mayores controversias, destacan, en primer término, las referencias a la contratación de derechos de imagen y las cuestiones relacionadas con los derechos de propiedad intelectual de las creaciones de terceros y del propio trabajo de la agencia. En segundo lugar, muy en línea con los resultados fruto del análisis de la anterior categoría, son los ámbitos sujetos a regulación especial los que presentan mayores controversias: alcohol, farmacia, telefonía, banca, etc.

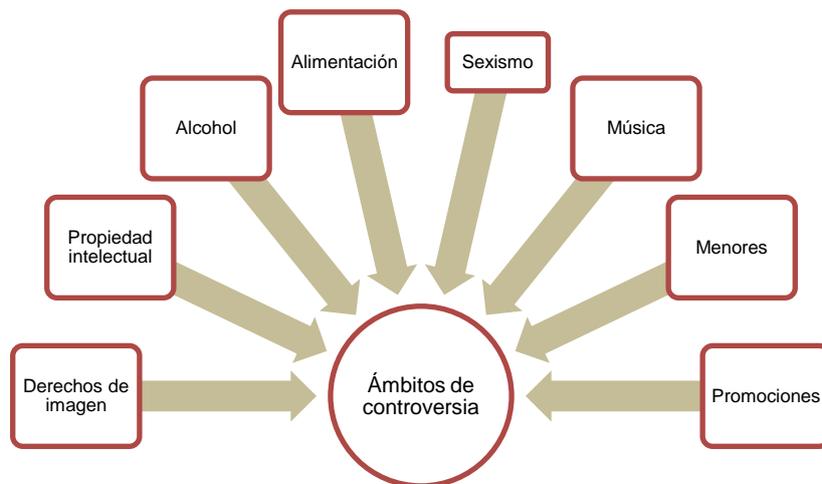
Desde un punto de vista menos judicial, cabe destacar las alusiones a reclamaciones –en su mayoría infundadas, según los entrevistados– que reciben anunciantes y agencias en relación con la denominada publicidad sexista, que presente a la mujer de manera estereotipada o vejatoria. Clara Marchán, directora general de Leo Burnett, y Clemente Manzano, director general de Sra. Rushmore,

aluden al carácter, en ocasiones un tanto exagerado, de las reclamaciones formuladas por algunas asociaciones y organismos, como el Observatorio Andaluz de la Publicidad no Sexista.¹⁸¹ A modo de ejemplo, Clemente Manzano, afirma:

Hace poco, hemos hecho un anuncio para un cliente, que pasó Autocontrol y hemos tenido una denuncia de la asociación para la protección de la mujer de Andalucía porque dice que hacemos un uso denigrante de la mujer porque en una secuencia es una mujer la que lleva los papeles, pero damos toda la sensación de que la mujer es una alta ejecutiva, llega en un coche maravilloso... Entonces yo creo que hay determinadas situaciones que son un dislate jurídico.

La siguiente figura recoge los principales ámbitos objeto de controversia mencionados por las agencias en las entrevistas.

Figura 25.
Ámbitos de mayor controversia desde el punto de vista jurídico



Fuente: elaboración propia.

¹⁸¹ El Instituto Andaluz de la Mujer puso en marcha, en junio de 2003, el Observatorio Andaluz de la Publicidad No Sexista con el objetivo de velar por la igualdad y el respeto a la dignidad de las mujeres en la actividad publicitaria. Entre sus objetivos destaca el de concienciar a los profesionales de la comunicación, agencias de publicidad y a empresas anunciantes sobre las ventajas de una publicidad libre de estereotipos y prácticas sexistas. En la página web del Observatorio, pueden consultarse sus numerosos recursos y servicios. Véase: <<http://www.juntadeandalucia.es/iamindex.php/observatorio-andaluz-de-publicidad-no-sexista>> [Consulta: 8 de octubre de 2015].

En relación con la vía de resolución de estas controversias, la gran mayoría de los entrevistados declara muy inusual llegar a los tribunales por causa de supuestos de publicidad ilícita. Entre los motivos que explican la escasez de casos judiciales, destaca el apuntado, entre otros, por Gonzalo Sánchez Táiz, director general de McCann Erikson, cuando afirma que “normalmente no llega el tema a instancia judicial, se suele resolver con acuerdos extrajudiciales o en Autocontrol”. La resolución extrajudicial de conflictos, mediante acuerdo previo entre las partes, es la vía más mencionada por las agencias a la hora de resolver las controversias con el fin de evitar juicios, mucho más costosos económicamente y en términos de reputación para el anunciante y la agencia.

Por último, los únicos casos judiciales mencionados y descritos por algunos entrevistados hacen referencia a dos ámbitos concretos: los derechos de imagen de personas que aparecen en los anuncios y los derechos de propiedad intelectual fruto de la ideación de la campaña o de los elementos que aparecen en ella. En relación con los derechos de imagen de terceros, Manuela Cisneros, directora financiera de JWT, recuerda un juicio por una demanda infundada de la una tercera persona ajena a la campaña que alegaba ser la modelo que aparecía en un anuncio. Por su parte, Clara Marchán, directora general de Leo Burnett, apunta el riesgo que, en materia de propiedad intelectual, supone para las agencias recibir material no solicitado de personas que, luego, pretenden alegar que les han plagiado:

Yo siempre les digo a los creativos que cuando la gente les envíen ideas concretas, pues no hagan uso de eso y que me informen a mí. Porque, por ejemplo, cuando hay gente que sabe que llevas una campaña muy especial, por ejemplo, ahora nosotros que llevamos Loterías de Navidad, pues es muy fácil que haya gente que te escriba e-mails diciendo ¡se me ha ocurrido una idea para la próxima campaña! Y, claro, hay veces que son lugares comunes: es una persona que está triste y luego compra el décimo y está súper alegre... Y lo que pasa es que luego, esa persona te empieza a decir que eso que has hecho se parece mucho a aquello que te mandó (...) lo que sí es verdad es que en cualquier momento te puede salir un problema de propiedad intelectual que tú no has promovido, que sale de la nada.

En consecuencia, podemos concluir que las principales agencias que operan en España afirman tener un bajo índice de controversias por infracción de la legislación

publicitaria que lleguen a la vía judicial, en tanto que en su mayoría son resueltas mediante acuerdos extrajudiciales entre las partes. Los ámbitos de mayor conflictividad son los relacionados con derechos de imagen de terceras personas que aparecen en los anuncios, los derechos de propiedad intelectual de la obra publicitaria y, por último, los relacionados con la legislación especial de aquellos sectores más estrictamente regulados.

Resultados C.8. Asunción de responsabilidad

En relación con la asunción de la responsabilidad en caso de que, una vez difundida la campaña, surja un problema jurídico, todas las agencias declaran contemplar cláusulas de responsabilidad en sus contratos de publicidad, aunque difieren en sus términos y limitaciones. A pesar de que en la mayoría de casos, las agencias consideran que la responsabilidad última, en gran medida, debería asumirla el anunciante, que es quién aprueba la campaña, en la práctica, los anunciantes exigen bien una cláusula de responsabilidad recíproca o, en la mayoría de casos, que la agencia asuma el coste derivado de las reclamaciones.

Antes de entrar en el detalle de las negociaciones, conviene apuntar que en el ámbito de la responsabilidad judicial en materia de publicidad se identifican dos ámbitos diferenciados. Por una parte, la responsabilidad en materia de propiedad intelectual y originalidad de la obra publicitaria, una cuestión que, en el caso de mencionarse, los entrevistados reconocen que compete a la agencia. Por otra parte, la responsabilidad por infracción de la normativa publicitaria plantea mayor discusión, salvo en los casos en los que la agencia advierte al anunciante de los riesgos de difundir un mensaje, recomienda modificarlo para adecuarse a la normativa y el anunciante decide asumir el riesgo. En este caso, como afirma Nicolle Moller, directora general de TBWA, si “hablamos de atributos de producto, que en cierto modo el propio departamento jurídico del anunciante tiene que demostrar, pues hasta ahí la responsabilidad recae más en el anunciante que en la agencia.” En tales casos, de carácter excepcional y, por tanto, poco frecuentes según los entrevistados, se procede a firmar un documento adicional al contrato para eximir de responsabilidad a la agencia.

Retomando una perspectiva más general, como apuntábamos, la mayoría de agencias reconocen su voluntad de limitar contractualmente su responsabilidad pero, como afirma Manuela Cisneros, directora financiera de JWT, el tema acostumbra a ser objeto de negociación en los siguientes términos:

Sí, en todos lo intentamos y en todos intentamos limitar nuestra responsabilidad pero normalmente el cliente no la acepta. (...) Normalmente en muchos contratos hay una cláusula de responsabilidad recíproca: tanto si nosotros sabemos que hay un problema como si el anunciante sabe que hay un problema tiene que comunicarse con el otro y nosotros intentamos que la defensa jurídica la podamos llevar nosotros (...) porque siempre vamos a poder poner todos los medios y vamos a estar más especializados en ese tema que un cliente (...) [Los anunciantes] piensan que es parte de tu responsabilidad el asegurarles que esa campaña no va a dar ningún problema, cuando no lo es, yo te doy la creatividad pero la responsabilidad jurídica debería ser compartida por ambas partes.

En esta misma línea, los directivos de McCann Erikson, TBWA, Sra. Rushmore, Tiempo BBDO y Leo Burnett reconocen que el anunciante acaba exigiendo a la agencia la asunción de responsabilidades, salvo en el caso de preaviso por parte de la agencia y la consiguiente adenda contractual ya comentado. En caso de litigio, la demanda acostumbra a dirigirse contra el anunciante que, bien preparará conjuntamente la defensa con la agencia –en la mayoría de casos–, o bien repercutirá posteriormente el coste de la defensa, si así se ha acordado en el contrato, a la agencia.

Por contra, dos agencias apuntan a una mayor responsabilidad del anunciante en caso de controversia. Por una parte, Belén Romero, socia de Bárbara & Co, a pesar de tener la responsabilidad civil subsidiaria de la agencia cubierta por un seguro declara que “el anunciante, que es el firmante del anuncio, es el que tiene que asumir la responsabilidad sobre los mensajes y sobre las implicaciones de lo que estamos haciendo. Es el anunciante el que responde”. Por otra, Helena Grau, directora de servicios al cliente de *S,C,P,F, concreta los márgenes de negociación en los siguientes términos:

Sí, nosotros intentamos poner límites y concretar que hay unas cosas que son responsabilidad de la agencia y otras que son responsabilidad del anunciante (...) Al

final siempre el que asume responsabilidad, sobre todo, es el anunciante pero dependerá de cada contrato y de qué se trate. Nadie quiere problemas. Que haya un problema legal, no es bueno para nadie. El anunciante quiere estar cubierto, la agencia tampoco quiere tener problemas y, lo único, es que se tiene que encontrar una proporción lógica. (...) Yo puedo comprometerme a que haré lo lógico y lo razonable que es intentar no plagiar y entregarte una obra que yo piense que es única y, por supuesto, que si yo subcontrato a alguien que esta persona subcontratada me ceda sus derechos.

A modo de conclusión, podemos afirmar que los profesionales de la publicidad, en este caso las agencias consultadas, asumen en gran medida la responsabilidad derivada de los límites jurídicos que condicionan su actividad, tanto desde el punto de vista del respeto de los derechos de autor, como desde el punto de vista de la legislación publicitaria. Esta observación general contempla la excepción de que la agencia detecte riesgos de ilicitud en el propio mensaje definido por el cliente –y contenido, habitualmente en el *briefing*– en cuyo caso se prevén acuerdos específicos de exención de responsabilidad por parte de la agencia.

Resultados generales del análisis

Por último, a pesar de reservar las conclusiones más generales del análisis para el apartado de conclusiones de la tesis, en el que daremos respuesta a las preguntas de investigación inicialmente planteadas, a continuación presentamos los resultados del análisis de las escasas relaciones identificadas entre las categorías, así como las limitaciones detectadas.

En líneas generales, las principales agencias de publicidad declaran y, además lo corroboran mediante el recurso a diferentes vías de supervisión, tener presente y otorgar un considerable valor al condicionante legal en el proceso de ideación de las campañas publicitarias. La relación entre categorías nos lleva a concluir que, en este compromiso puede incidir el hecho de que son las agencias las que, mayoritariamente, se ven obligadas a asumir las responsabilidades derivadas de la infracción de la normativa publicitaria.

El análisis de las diferentes vías de supervisión legal implementadas por las diferentes agencias constata la similar eficacia –según las controversias mencionadas y reconocidas por las mismas– entre el modelo, más habitual, de contar con un bufete de referencia especializado externo y el modelo de incorporar un departamento o persona de referencia que vehicule y coordine los temas jurídicos internamente, en la propia agencia. Cabe destacar que las tres agencias que disponen de este departamento o figura interna afirman colaborar, adicionalmente, con bufetes especializados, además de con Autocontrol, cuyo sistema de Copy Advice® se contempla en todos los casos, de manera complementaria a la revisión jurídica.

En relación con la formación del personal interno de la agencia, claramente se observa un mayor compromiso en aquellas agencias que disponen de departamento o figura interna especializada en temas legales, aunque en todos casos es un aspecto mejorable. Salvo alguna excepción, se observa una cierta disfunción en relación a que sean los perfiles de dirección general los que, puntualmente, asistan a seminarios y conferencias en materia jurídica, cuando son los perfiles de cuentas y, en menor medida los creativos, quienes asumen responsabilidades, desde un punto de vista práctico, en el día a día de la agencia.

En relación con los ámbitos de controversia, los resultados muestran una coherente alineación entre la valoración correcta y razonable del marco legislativo general – origen, en consecuencia, de escasa controversia jurídica– y la percepción de una excesiva regulación sectorial que, junto a temas de propiedad intelectual y gestión de derechos de terceros son los que, en la práctica, plantean mayor controversia a los profesionales de las agencias.

Por último, dos reflexiones finales detectadas en el análisis cualitativo de los datos objeto de estudio. En primer lugar, destacar la relevancia, mayoritariamente práctica, que los profesionales reconocen al sistema de autorregulación publicitaria. Si bien es cierto que el guión de la entrevista tenía como principal objetivo abordar cuestiones jurídicas, la introducción de varias preguntas sobre el papel y la valoración de los servicios de Autocontrol no fue suficientemente eficaz, en este sentido, para obtener respuestas sobre el valor que un organismo como Autocontrol tiene para la profesión, más allá de sus servicios básicos. Entre estos servicios,

además del ya mencionado Copy Advice®, cabe destacar las reiteradas menciones a los códigos de conducta sectoriales que los profesionales conciben como una regulación adicional, en tanto que acostumbra a ser más restrictiva que la propia normativa jurídica.

En segundo lugar, desde una la óptica más general de los diferentes aspectos abordados en el conjunto de la tesis, sorprenden los resultados en relación a la escasez de controversias por ilícitos publicitarios recogidas en las entrevistas. Si bien, como se ha podido constatar, el recurso a la vía judicial no es habitual en materia publicitaria, tampoco se observan referencias a reclamaciones resueltas a través del sistema de autorregulación, aunque en muchos casos se reconocen acuerdos extrajudiciales entre las partes para evitar, sobre todo, procedimientos judiciales. A este respecto, tan solo apuntar una limitación, que nos cuestionamos en la fase previa de diseño y configuración de la entrevista, en relación con la identificación de los entrevistados en los resultados de análisis. En tanto que el tema a tratar podía resultar sensible –en última instancia, también en términos de reputación de las agencias que configuran la muestra– y que resultaba muy conveniente la grabación de audio de la entrevista para proceder a su posterior transcripción y análisis, se ofreció la opción de anonimizar las respuestas a todos los entrevistados. En todos los casos, los participantes declinaron tal anonimización y, en consecuencia, cabe la posibilidad de que ello condicionara alguna de sus respuestas, a modo de limitación. En cualquier caso, tal limitación no incidiría en los principales objetivos y preguntas de investigación objeto de esta parte del estudio.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

La presente tesis doctoral ha tenido como principal objetivo el estudio de los límites jurídicos de la publicidad desde una perspectiva transversal, orientada, en forma y contenido, a las necesidades y retos que el condicionante legal plantea a los profesionales de la publicidad.

Tras detallar y justificar la relevancia del objeto de estudio, el diseño de la investigación se realizó sobre la base de cuatro objetivos concretos vinculados a una serie de preguntas de investigación. En este punto, tras llevar a cabo todas las fases previas del proceso, presentamos las principales conclusiones del trabajo, siguiendo el orden establecido en la definición de objetivos y en el desarrollo de éstos en los correspondientes capítulos que conforman las tres partes de la tesis.

Derecho y publicidad. Con el objetivo de sentar las bases conceptuales sobre las que, posteriormente, se desarrollaría la investigación, el primer capítulo de la tesis constató, a modo de preámbulo, la evolución experimentada por la actividad publicitaria en las últimas décadas. A pesar de que la esencia de la actividad permanece, el uso intensivo de las TIC ha tenido un fuerte impacto, también, en la actividad publicitaria. En un escenario de crisis económica y saturación de los medios convencionales, surgen nuevos soportes y formatos publicitarios e Internet se consolida como el único medio de publicidad convencional que ha visto incrementado su volumen de inversión, años tras año, en la última década. Evoluciona la publicidad y, también, evoluciona el perfil de sus destinatarios, cada vez más y mejor informados y con más posibilidades de acceso, de interacción y diálogo con unas marcas sujetas al control, en este caso social, del público en el que impactan sus mensajes.

Desde un punto de vista más jurídico, en el capítulo 2 también constatamos las diferencias conceptuales entre las tres principales formas de control de la publicidad esto es, la ética, la regulación y la autorregulación publicitaria. Fruto de esta primera aproximación general y conceptual al Derecho de la Publicidad también pudimos constatar el reconocimiento de la publicidad como manifestación de dos derechos constitucionalmente protegidos: el derecho a la libertad de empresa y, también, el

derecho a la libertad de expresión, como así fue reconocido por vez primera por el TS en 2010 en la resolución firme del denominado *caso Mitsubishi Galant*. Por último, tras abordar el estudio del concepto legal de publicidad, este capítulo preliminar nos permitió concluir que la legislación publicitaria parte de un concepto amplio de publicidad en cuanto a formatos pero, a su vez, restringido en términos de circunscribir el alcance de la regulación al ámbito de la publicidad con finalidad comercial.

En relación directa con nuestro primer objetivo de investigación (O.1.), a continuación presentaremos las conclusiones de los capítulos 2, 3 y 4 de esta tesis e indicaremos, en cada caso, la pregunta de investigación a la que éstas pretenden dar respuesta. Este mismo esquema lo extenderemos a la presentación de las conclusiones del resto de capítulos que conforman la tesis.

De la recopilación y análisis del marco normativo de la publicidad, podemos concluir que España fue pionera en disponer de una normativa propia y específica en materia publicitaria mediante la aprobación del ya derogado EP, en 1964. Posteriormente, a raíz de la adhesión de España a las CEE, se aprobó la LGP cuyo contenido integraba los principios de la CE de 1978 y lo dispuesto en la primera Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa. Adicionalmente, fruto del trabajo previo llevado a cabo en el marco conceptual, podemos concluir que el sistema de autorregulación publicitaria –y los códigos de conducta que de él se derivan– es una forma de control adicional al marco normativo de la publicidad en España (P.1.1.).

El conjunto de leyes que, actualmente, regulan la publicidad en España debe clasificarse, en primer término, en función de su ámbito de aplicación, más o menos extenso. Así, podemos concluir que el marco normativo de la publicidad se estructura sobre la base de dos grandes tipologías de normas. Por una parte, las leyes de carácter general –la LGP y la LCD, principalmente–, aplicables a cualquier tipo de publicidad y, por otra, un amplio compendio de normas de carácter especial que regulan, adicionalmente y según el caso, la publicidad en función del tipo de producto, el medio de difusión y los destinatarios a los que ésta se dirige (P.1.2.).

En relación con la valoración del marco normativo, tras analizar su configuración, contenido, aplicación práctica y valoración por parte de los profesionales de la

publicidad, podemos concluir que éste es, en esencia, relativamente completo; claro en relación a los límites básicos y generales de la publicidad –a pesar de las particularidades que a continuación expondremos–, y que responde, aunque de manera un tanto limitada en términos de actualización, a los retos que la actividad plantea a los agentes implicados en el proceso (P.1.3.).

Esta conclusión general, conviene, no obstante, matizarla. En líneas generales concluimos que, a efectos prácticos, el marco jurídico general es claro porque establece unos principios básicos –en forma de supuestos de publicidad ilícita– suficientemente detallados en el contenido de la LGP y LCD. Sin embargo, en relación con la legislación de carácter especial, el marco normativo adolece de un marcado exceso de normas limitativas de la publicidad de algunos productos, en la mayoría de casos disgregadas en múltiples leyes, reglamentos y otras disposiciones normativas que dificultan su consulta. Por otra parte, aunque en menor medida, se detecta una carencia de regulación en algunos ámbitos concretos, especialmente en lo relacionado con los nuevos medios y formatos publicitarios.

Por lo que respecta a las vías contempladas en la legislación para garantizar su efectivo cumplimiento, la descripción y análisis realizado en el capítulo 4 nos lleva a concluir que la legislación de carácter general contempla, principalmente, la jurisdicción civil en materia contractual y de los ilícitos publicitarios contemplados en la LGP y en la LCD. No obstante, la vía administrativa prima en la legislación de carácter especial, sobre todo en la que regula los diferentes medios de difusión, cuya infracción comporta en la mayoría de casos, una sanción impuesta por el órgano competente, según el caso. Estas sanciones, en caso de considerarse contrarias a derecho, son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Cabe destacar que la vía administrativa también es el cauce para garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de consumo, en cuyo contenido encontramos disposiciones que afectan a la publicidad como la que determina el carácter vinculante del contenido de la publicidad aún cuando éste no figure expresamente en el contrato. Por último, tan sólo apuntar el carácter absolutamente residual de la vía penal en materia publicitaria, a pesar de que el CP tipifique el delito de publicidad engañosa (P.1.4.).

En relación con el segundo objetivo de la tesis (O.2.), la recopilación y análisis de la jurisprudencia dictada en materia de publicidad por la Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo del TS, conviene apuntar una consideración previa no contemplada en las preguntas de investigación inicialmente planteadas.

El proceso de recopilación documental de las sentencias objeto de estudio constata las carencias, en mayor o menor medida, de las tres fuentes de información consultadas en cuanto a los criterios de búsqueda, claves, para identificar y recopilar las sentencias que conforman nuestra muestra. En este sentido, cabe destacar que el buscador del CENDOJ carece de un tesoro por voces o materias y la búsqueda por texto libre no ofreció resultados pertinentes motivo por el cual tuvimos que descartar la fuente oficial de documentación judicial española. Por su parte, las bases de datos jurídicas utilizadas, Westlaw Aranzadi y Laleydigital360 sí facilitaron la búsqueda por término o voz “publicidad” pero del cruce de resultados podemos concluir que los criterios de inclusión y catalogación de las sentencias son, en buena medida, subjetivos y no exhaustivos. En consecuencia, la investigación constató las dificultades de acceso que presenta la documentación jurídica y, más concretamente, en relación a la investigación de un ámbito, como el de la publicidad, sujeto a una amplia y variada normativa.

Una vez configurada y depurada la muestra, los resultados del análisis de contenido efectuado nos llevan a concluir que la relevancia de la jurisprudencia en materia de publicidad es escasa, tanto en número de casos como, lo que resulta más relevante, también en cuanto al alcance de los criterios interpretativos aplicados por el TS a la hora de aplicar la legislación general al caso concreto. Si bien los resultados del análisis permiten identificar algunos criterios que han complementado la exposición y alcance de los límites jurídicos de la publicidad, las controversias que agotan la vía judicial en materia publicitaria recaen, en muchas ocasiones, en cuestiones procesales o relacionadas, de manera indirecta, con la actividad publicitaria. Esta conclusión es, todavía más acusada, en el análisis de las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (P.2.1.).

Por lo que respecta al análisis cuantitativo, de carácter meramente complementario al análisis cualitativo principal, los ámbitos de mayor controversia difieren según la vía jurisdiccional analizada. Así, en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS

destacan, en primer término, las controversias en materia de contratación, seguidas de los supuestos de publicidad engañosa y desleal. Entre los medios de difusión de la publicidad objeto de controversia destaca la publicidad directa en forma de folletos, la televisión y las campañas difundidas a través de una combinación de medios. En cambio, en la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS destaca una mayor presencia de la publicidad exterior, en tanto que más de la mitad de la muestra analizada responde, por un lado, a recursos de sanciones por infracción de la prohibición de emplazar publicidad visible desde tramos no urbanos de carreteras o, por otro, a la supuesta ilegalidad de ordenanzas municipales que prohíben diferentes modalidades publicitarias en sus respectivos municipios. Tras la publicidad exterior, el medio con más presencia en la jurisprudencia es la televisión, principalmente en relación con sanciones impuestas a los operadores por exceder los límites de emisión de publicidad contemplados en la LGCA (P.2.2.).

En relación con la tipología de fallo o sanción, por la vía civil predomina la condena del TS a la declaración y el cese de la publicidad ilícita, a las que, en determinados supuestos, se une la prohibición de reiteración futura y, en menor medida, la condena a publicar la sentencia a costa de la parte condenada. También conviene destacar, por una parte, la notable presencia de condena a indemnizar económicamente, en la mayoría de casos, en concepto de los daños y perjuicios causados y, por otras, la condena a cumplir o resolver el contrato en las controversias concretas de este ámbito. Por vía administrativa, los fallos del TS tienden, mayoritariamente, a confirmar sanciones de multa económica impuestas por el órgano administrativo competente, a anular las mismas –en menor medida– y a confirmar, en este caso, mayoritariamente, la adecuación legal de ordenanzas y otras disposiciones legales cuestionadas.

Por tanto, podemos concluir que, a diferencia de otras vías de control de la publicidad, por vía judicial se observa una mayor presencia de súplicas de condenas que trascienden la mera declaración y cese del ilícito y tienen por objeto evitar una sanción económica u obtener una compensación monetaria por los perjuicios causados (P.2.3.).

Límites jurídicos de la publicidad. En referencia a la determinación de los límites jurídicos de la publicidad (O.3), los principios básicos que podemos extraer de la legislación, a modo de conclusión tras el análisis normativo y jurisprudencial, son el principio de legalidad, el principio de veracidad y el principio de identificación publicitaria (P.3.1.).

En primer lugar, aunque pueda resultar obvio, el *principio de legalidad* se torna especialmente relevante en materia publicitaria. En tanto que la legislación publicitaria de carácter especial se encuentra dispersa en una gran variedad de normas conviene tener presente que, más allá de la regulación publicitaria general, la publicidad deberá adecuarse, adicionalmente, a los límites jurídicos derivados de la especificidad del producto o servicio anunciado, del medio a través del cual se difunda o del colectivo al que se dirija la publicidad, entre otros aspectos.

En segundo lugar, el *principio de veracidad* es esencial en materia de protección de los consumidores y usuarios y, además, se encuentra en la esencia del otro gran ilícito en materia publicidad: la publicidad desleal con los competidores, en tanto que el legislador excluye del supuesto de publicidad denigratoria aquellas manifestaciones “que sean exactas, verdaderas y pertinentes”. Así, el principio de veracidad responde, por una parte, al interés de los destinatarios de la publicidad a no ser conducidos a contratar mediante engaño y, a su vez, al interés de asegurar el buen funcionamiento del sistema de libre competencia en el mercado.

Por último, el tercer principio básico presente, de manera transversal, en la legislación es el *principio de identificación o autenticidad publicitaria*. Sobre la base de este principio, la propia LGP –y también la LGCA y la LSSI, entre otras– recoge, por una parte, la obligación del anunciante de revelar el carácter publicitario de sus mensajes y, por otra, la obligación de los medios de comunicación de diferenciar “perceptiblemente” las afirmaciones efectuadas en el marco de su función informativa de las que realicen como simples vehículos de publicidad. Mediante este principio, el legislador garantiza el derecho del destinatario a conocer la finalidad comercial de los mensajes a los que se expone.

En materia de contratación publicitaria, la LGP reconoce cuatro tipologías de contratos publicitarios: el contrato de publicidad, el contrato de creación publicitaria,

el contrato de difusión publicitaria y el contrato de patrocinio. El legislador define y, en el caso del contrato de publicidad y en el de difusión, regula de manera general estos contratos cuya regulación, en todo caso, debe complementarse con lo dispuesto en la legislación general en materia de contratación, como así se evidencia en el análisis de la jurisprudencia. Estos cuatro contratos definidos como estrictamente publicitarios regulan las relaciones entre anunciantes, agencias o profesionales de la publicidad y medios pero la práctica publicitaria requiere de otros contratos muy presentes en las entrevistas realizadas a directivos de agencias de publicidad que operan en España y, presentes también, aunque de manera más puntual, en el análisis de la jurisprudencia. Tal sería el caso del contrato de cesión de los derechos de imagen de terceras personas que aparecen en los anuncios o de los contratos de cesión de derechos de autor en el caso de que la agencia subcontrate a proveedores externos una parte de la campaña.

De este modo, podemos concluir que la contratación publicitaria, por las responsabilidades que de ella se derivan, es un ámbito de especial interés y relevancia práctica desde el punto de vista de las agencias de publicidad, como así se refleja, también, en los resultados del análisis jurisprudencial llevado a cabo (P.3.2.).

En referencia a los supuestos de publicidad ilícita contemplados en la legislación de carácter general, su definición y los criterios doctrinales y jurisprudenciales que complementan su regulación han sido abordados en el capítulo 6 de la presente tesis. A modo de conclusión, podemos afirmar que, por una parte, la ley define de manera clara el enunciado básico de cada supuesto, si bien el análisis de su aplicación al caso concreto requiere, en todo caso, una tarea interpretativa para la que resultan esenciales los criterios fruto del estudio doctrinal y de la escasa actividad jurisprudencial dictada por el TS en materia publicitaria (P.3.3).

Por su parte, la legislación en materia audiovisual y de servicios de la sociedad de la información recoge límites jurídicos adicionales para la publicidad que se difunde por medios audiovisuales e Internet, respectivamente. Así, la LGCA establece límites temporales a la emisión de publicidad en televisión, establece condiciones en materia de integridad de los programas y sobre la base, entre otros, del principio de identificación publicitaria regula modalidades concretas de publicidad audiovisual

como el patrocinio televisivo o el emplazamiento de producto. En cuanto al contenido del mensaje publicitario, la LGCA reitera algunas de las prohibiciones contempladas, con carácter general en la LGP y prohíbe, adicionalmente, que la publicidad que se difunda por televisión refleje conductas peligrosas para la seguridad o la salud de las personas, comportamientos nocivos para el medio ambiente y restringe a determinadas franjas horarias la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados, entre otras. La infracción de lo dispuesto en la LGCA es sancionable con multa económica que, en función de la gravedad de la infracción, puede llegar al millón de euros. La creación, en 2013, de la CNMC y, más concretamente, de su Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, ha incrementado la necesaria actividad supervisora del cumplimiento de la legislación audiovisual, también en materia de publicidad, a la vez que ha dotado de transparencia a su actividad mediante la publicación de los expedientes sancionadores y sus resoluciones recurribles –recordemos– judicialmente por la vía contencioso-administrativa.

La legislación en materia de servicios de la sociedad de la información regula, de manera escasa y, en algunos puntos, insuficiente, la publicidad difundida a través de Internet. De hecho, a lo dispuesto en la legislación publicitaria de carácter general, la LSSI tan sólo incorpora, por una parte, la prohibición de enviar comunicaciones electrónicas no solicitadas o autorizadas por los destinatarios y, por otra, reitera y concreta el alcance del principio de identificación e información extensible, este último, a la instalación de sistemas de almacenamiento y recuperación de datos, las denominadas *cookies*, en los terminales de los destinatarios. En caso de infracción, la LSSI prevé, por una parte, la acción de cesación de la conducta contraria a la ley ante la jurisdicción civil y, por otra, un régimen de sancionador con multas que, en materia de publicidad, pueden alcanzar la cuantía de 150.000 euros.

Finalmente, el análisis de la jurisprudencia en materia de publicidad constata una nula presencia de controversias en relación con la escasa regulación de la publicidad difundida a través de Internet y una escasa relevancia de sentencias del TS en materia de legislación audiovisual pero de cuyo contenido se infieren criterios de interpretación relevantes en materia de publicidad encubierta y cuantificación de los límites temporales de la publicidad en televisión (P.3.4).

Publicidad y Derecho. En relación con el compromiso de la industria publicitaria con la legislación, tras abordar en detalle el concepto de autorregulación, la actividad de Autocontrol –el sistema de autorregulación publicitaria español– y entrevistar a una muestra de directivos de las principales agencias de publicidad, podemos concluir que los profesionales de la publicidad muestran un alto compromiso ético y legal en el desempeño de su actividad (O.4.).

En primer lugar, mediante el sistema de autorregulación publicitaria, los agentes que participan en el mercado publicitario –anunciantes, agencias y medios– se comprometen, voluntariamente, a cumplir sus propios códigos de conducta en materia publicitaria. En tanto que el CCP de Autocontrol recoge el principio de legalidad y que, en algunos ámbitos, los códigos sectoriales de la asociación concretan e intensifican las propias limitaciones recogidas en la legislación de carácter especial, podemos concluir que la industria publicitaria, en general, y los profesionales de la publicidad, en particular, muestran un firme compromiso con la legislación publicitaria, como constata el análisis de las entrevistas realizadas a directivos de agencias de publicidad.

Además, el capítulo 9 recoge evidencias en relación al firme impulso y reconocimiento que el propio legislador –comunitario y estatal– manifiesta en relación con el valor de la autorregulación como complemento efectivo y eficaz de la regulación por parte de los poderes públicos. Así, la propia LDC reconoce la utilidad de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, especialmente, en materia publicitaria, dadas las particulares características de este ámbito de actividad. No obstante, la recopilación de estudios doctrinales en materia de autorregulación nos lleva a concluir que la doctrina apuesta, mayoritariamente, por los sistemas de corregulación como la vía más efectiva de control de la publicidad ilícita en tanto que estos sistemas híbridos aúnan, por un lado, las ventajas de un sistema de autorregulación –rapidez, flexibilidad y bajo coste– y, por otro, los tradicionales beneficios de los sistemas de regulación públicos –garantía de imposición y ejecución de las sanciones– (Patiño Alves, 2005). Finalmente, del análisis de los balances de actividad de Autocontrol podemos concluir que, en sus 20 años de actividad, esta asociación ha desempeñado una relevante labor de asesoramiento previo y control a posteriori de la publicidad que, en buena medida, podría justificar la escasa jurisprudencia del TS en materia de publicidad (P.4.1.).

Por último, en referencia a los resultados del análisis de las entrevistas realizadas a directivos de ocho de las veinte primeras agencias de publicidad por volumen de inversión que operan en España, podemos extraer las siguientes conclusiones vinculadas a las preguntas de investigación planteadas.

En primer lugar, los directivos de agencias valoran de manera positiva y consideran adecuada y razonable la legislación publicitaria de carácter general y, por contra, la práctica totalidad de la muestra considera excesiva y demasiado restrictiva la legislación especial a la que están sujetos algunos sectores –como el de las bebidas alcohólicas, por ejemplo– y algunos medios de difusión –como, por ejemplo, la televisión–. Además, una parte de la muestra cuestiona la estricta legislación a la que se somete el contenido publicitario en medios como la televisión en comparación con los límites, mucho menos restrictivos, impuestos para el resto de contenidos de similar alcance social. En cuanto a ámbitos de controversia, constatamos la especial relevancia que la legislación en materia de cesión de derechos de terceros y derechos de autor adquiere para los profesionales de la publicidad. En relación con los retos a plantear al legislador, la muestra coincide en señalar la escasa regulación del medio Internet pero, desde el punto de vista publicitario, este aspecto es percibido mayoritariamente como una oportunidad para innovar en nuevos formatos y, sobre la base de los límites generales, poder dar mayor margen creativo a la publicidad (P.4.2.).

Por lo que respecta a la gestión del condicionante legal por parte de las agencias de publicidad, el análisis de los resultados del trabajo de campo nos lleva a concluir que, conscientes del impacto social y las responsabilidades derivadas de su actividad, las agencias dotan de valor y relevancia al condicionante legal. Desde un punto de vista práctico, de gestión, los resultados de las entrevistas constatan que la mayor parte de la publicidad que se difunde en España se ha sometido previamente a una exhaustiva supervisión legal por una triple o cuádruple vía que –como se detalla en el capítulo 10– comprende, en la mayoría de casos, la consulta a despacho/s de abogado/s externo/s, la consulta o solicitud de CopyAdvice® a Autocontrol, la supervisión del departamento jurídico del anunciante y, en algunos casos, también la supervisión por parte del departamento interno de la agencia –departamento legal o financiero / administración, según el caso–. Los resultados del análisis constatan un déficit en materia de formación y, sobre todo, actualización de

los límites jurídicos de su actividad suplida, en gran medida, por el proceso de supervisión externo de la actividad.

En términos de responsabilidad, podemos concluir que los profesionales de la publicidad asumen, en gran medida la responsabilidad derivada de la infracción de la legislación, salvo en aquellos casos en los que la agencia advierte al anunciante de los riesgos legales del mensaje y éste asume, siempre contractualmente, las posibles consecuencias jurídicas de su difusión. Todas las agencias entrevistadas declararon contemplar cláusulas de responsabilidad en sus contratos sujetas, según el caso, a mayor o menor margen de negociación (P.4.3.).

En relación con la trascendencia práctica de Autocontrol desde el punto de vista del Derecho de la Publicidad, podemos concluir que el sistema de autorregulación publicitaria es uno de los elementos de referencia de las agencias para la supervisión legal de las campañas. No obstante, a pesar de contemplarse por parte de la totalidad de las agencias que conforman la muestra, esta vía se estima necesaria pero no suficiente en tanto que todas las agencias entrevistadas disponen de un despacho de abogados externo de referencia con el que, en ocasiones en paralelo a la solicitud de CopyAdvice®, consultan, con mayor o menor asiduidad, la adecuación legal de sus campañas de publicidad (P.4.4.).

Futuras líneas de investigación. Por último, el carácter transversal, exploratorio y descriptivo de esta tesis abre múltiples líneas de investigación futura derivadas, en buena medida, de las conclusiones apuntadas. En primer lugar, los resultados del análisis normativo, jurisprudencial y de campo constata la necesidad de profundizar en el estudio de la legislación especial en materia publicitaria: analizar, de una manera objetiva y crítica, los ámbitos objeto de mayor regulación, el alcance de sus límites jurídicos y, en la medida de lo posible –dado los problemas de acceso a muestras jurisprudenciales representativas– también de la jurisprudencia dictada por tribunales inferiores con el fin de evaluar de forma completa el estado de la cuestión en estos ámbitos, a priori, de excesiva regulación.

En segundo lugar, otra línea de investigación futura surge del resultado de cruzar las conclusiones derivadas de los capítulos 2 y 8 de la tesis. En tanto que el uso intensivo de las TIC ha comportado una (r)evolución, también, en el ámbito

publicitario, conviene profundizar en el estudio de la conveniencia de regular de manera clara y específica los nuevos formatos de publicidad surgidos del proceso de hibridación entre formatos preexistentes. ¿Cómo aplicar los principios generales de la legislación publicitaria a los nuevos formatos? ¿Requieren éstos una regulación legal o es la vía de la autorregulación o correulación la más efectiva para garantizar que la “nueva” publicidad respeta los derechos de terceros? Ante la inexistencia de jurisprudencia en la materia, ¿qué criterios se desprenden de las resoluciones de Autocontrol en materia de publicidad en Internet y cómo han resuelto en otros países controversias en este ámbito?

En tercer y último lugar, la relevancia adquirida por el sistema de autorregulación publicitaria y los estudios doctrinales que, desde diferentes perspectivas, han abordado su configuración, independencia y eficacia, abren nuevas vías de investigación tanto desde un punto de vista cualitativo como, también, cuantitativo. A diferencia de las dificultades constatadas para acceder a la jurisprudencia en materia de publicidad, Autocontrol –sobre la base del principio de transparencia de sus actuaciones– publica los balances de actividad y las resoluciones del Jurado de la Publicidad y, además, dispone de una completa base de datos que recoge material relevante en materia de regulación y autorregulación publicitaria accesible mediante suscripción. Sobre la base de estos elementos, otra línea de investigación especialmente relevante es la iniciada por Muela-Molina y Pérez-Oliver (2014) con el objetivo de comparar la configuración y actividad de Autocontrol con la de la ASA, el sistema de autorregulación británico considerado un referente en términos de eficacia y volumen de actividad.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ABERNETHY, A. M., & WICKS, J. L. (2001). Self-regulation and Television Advertising: A Replication and Extension. *Journal Of Advertising Research*, 41(3), 31-37.

ADELANTADO, E. y MARTÍ, J. (2013). Nuevos formatos publicitarios y telefonía móvil: los mobile advergames. *Zer-Revista de Estudios de Comunicación*, 17 (33), 31-45. [En línea]. Disponible en: <<http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Zer/article/view/10611>> [Consulta: 12 de junio de 2014].

AEA y AEAP. (2001). El anunciante y la agencia. Acuerdos de procedimiento. 2 Contrato tipo. Madrid. [En línea]. Disponible en: <<http://www.agenciasaeacp.es/wp-content/uploads/2014/09/CONTRATO-TIPO.pdf>> [Consulta: 15 de octubre de 2012].

AEACP y APCP. *Contrato de Producción Audiovisual Publicitaria*. [En línea]. Disponible en: <http://www.agenciasaeacp.es/wp-content/uploads/2014/08/contrato_produccion.pdf> [Consulta: 15 de octubre de 2012].

AERCE. (2015). *Guía técnica para la contratación de servicios de marketing y publicidad*. Madrid: AERCE. [En línea]. Disponible en: <<http://www.agenciasaeacp.es/wp-content/uploads/2015/04/Guia-tecnica-marketing-publicidad.pdf>> [Consulta: 15 de abril de 2015].

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), ADIGITAL, AUTOCONTROL y IAB SPAIN. (2013). *Guía sobre el uso de las cookies*. [En línea]. Madrid: AEPD. Disponible en: <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf> [Consulta: 12 de febrero de 2014].

AGUADO GUADALUPE, G. (2009). Estrategias interactivas en la publicidad de productos de especial regulación: entre la internacionalización y la corregulación. *Área Abierta*, (22), [En línea]. Disponible en: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ARAB/article/view/ARAB0909130001A/4120>> [Consulta: 10 de febrero de 2015].

ALBADALEJO, M. (1996). *Derecho Civil I Introducción y Parte General. Volumen primero: Introducción y Derecho de la Persona*. Barcelona: Bosch.

¿Alguien ha visto este anuncio antes? (12 al 18 de octubre 2009) *Anuncios*, 1299, 22-24.

ALTARRIBA, M. (2005). *Què dir, a qui i per què. Retòrica i redacció publicitària*. Barcelona: Trípodus.

AMA. (2015). *About AMA. Definition of marketing*. [En línea] < <https://www.ama.org/AboutAMA/Pages/Definition-of-Marketing.aspx> > [Consulta: 8 de septiembre de 2015].

AMAT LLARI, E. (1992). *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. Madrid: La Ley.

ARENS, W.F.; WEIGOLD, M.; ARENS, C. (2008). *Publicidad*. (11ª ed.). México, D.F.: McGraw-Hill.

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

ARMIJO CHÁVARRI, E. (Coord.). (2011) *Análisis de la reforma del régimen legal de la competencia desleal y la publicidad, llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre*. Madrid: La Ley.

ARROYO, E. (2009). Mayores garantías contra la competencia desleal y la publicidad engañosa. *Escritura pública*, (59), 32-34. [En línea]. Disponible en: <http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-8584.pdf> [Consulta: 22 de mayo de 2014].

AUTOCONTROL (2015). *Balance anual de actividad 2014*. [En línea]. Disponible en: <http://www.autocontrol.es/pdfs/Presentacion_RP_balance_2014.pdf> [Consulta: 15 de julio de 2015].

— (2015b). *Código ético de confianza online*. [En línea]. Disponible en: <http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_ConfianzaOnline.pdf> [Consulta: 20 de octubre de 2015].

- (2015c). *Autocontrol. Por una publicidad responsable*. [En línea]. Disponible en: <http://www.autocontrol.es/pdfs/folleto_espanol.pdf> [Consulta: 15 de noviembre de 2015].
- (2014). *Balance anual de actividad 2013*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.autocontrol.es/pdfs/balance%2013%20AUTOCONTROL.pdf>> [Consulta: 15 de julio de 2015].
- (2013). *Balance anual de actividad 2012*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.autocontrol.es/pdfs/balance%2012%20AUTOCONTROL.pdf>> [Consulta: 15 de julio de 2015].
- (2012a). *Balance anual de actividad 2011*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.autocontrol.es/pdfs/balance%2011%20AUTOCONTROL.pdf>> [Consulta: 15 de julio de 2015].
- (2012b). *Código de conducta publicitaria*. [En línea]. Disponible en: <http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdf> [Consulta: 15 de enero de 2015].
- (2011). *Balance de actividad 2010*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.autocontrol.es/pdfs/balance%2010%20AUTOCONTROL.pdf>> [Consulta: 15 de julio de 2015].
- (2007). *Memoria 2006*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.autocontrol.es/pdfs/memoria2006.pdf>> [Consulta: 15 de julio de 2015].
- (2006). *Memoria 2005*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.autocontrol.es/pdfs/memoria2005.pdf>> [Consulta: 15 de julio de 2015].

AZNAR, H. (1999). *Comunicación responsable: deontología y autorregulación de los medios*. Barcelona: Ariel.

- (1999). Publicidad y ética: la vía de la autorregulación. *Revista Latina de Comunicación Social*, 25. [En línea]. Disponible en: <<http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa2000yen/148hugoaznar.html>> [Consulta: 15 de enero de 2015].

- BALAGUER, M. L. (2003). La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento jurídico constitucional español. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (21), 133-165. [En línea]. Disponible en: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2003-21-B4609DAA&dsID=PDF>> [Consulta: 8 de octubre de 2013].
- (2008). Género y regulación de la publicidad en el ordenamiento jurídico. *Revista Latina de Comunicación Social*, 63, 382-391. [En línea]. doi: 10.4185/RLCS-63-2008-775-382-391.
- BANDO-CASADO, H. (1991). *La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios*. (3ª ed.). Madrid: Instituto Nacional del Consumo.
- BARÓ I BALLVÉ, M.J. (1993). *La publicitat il·lícita i la defensa dels consumidors: una visió jurídic-civil de la protecció dels consumidors i usuaris enfront de la publicitat il·lícita*. Barcelona: Centre d'Investigació de la Comunicació.
- BARONA VILAR, S. (1999). *Tutela civil y penal de la publicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BASSAT, L. (2006). *El libro rojo de la publicidad: ideas que mueven montañas*. (5ª ed.). Barcelona: Debolsillo.
- BEARDEN, WILLIAM O.; INGRAM, THOMAS N.; LAFORGE, RAYMOND W. (2004). *Marketing: principles & perspectives*. 4a ed. New York: McGraw-Hill/Irwin.
- BENAVIDES DELGADO, J. (2012). La investigación en comunicación y publicidad: nuevos temas y problemas. *Questiones publicitarias*, 1 (17), 71-93. [En línea]. Disponible en: <http://www.maecei.es/pdf/n17/articulos/A5_La_investigacion_en_comunicacion_y_publicidad-nuevos_temas_y_problemas.pdf> [Consulta: 15 de enero de 2015].
- BERCOVITZ, A. (2010). Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal. En: GÓMEZ SEGADÉ, J.A. y GARCÍA VIDAL, A. (Eds). (2010b). *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*. (pp. 271-280). Madrid: Marcial Pons.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.). (2011). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Pamplona: Aranzadi - Thompson Reuters.
- BERGANZA CONDE, M.R. y RUIZ SAN ROMÁN, J.A. (Coord.). (2005). *Investigar en Comunicación: Guía práctica de métodos y técnicas de investigación social en Comunicación*. Madrid: McGrawHill.
- BLAXTER, L., HUGHES, C. y TIGHT, M. (2004). *Cómo se hace una investigación*. México D.F.: Gedisa.
- BODDEWYN, J. J. (1983). Outside Participation in Advertising Self-Regulation: The Case of the Advertising Standards Authority (U.K.). *Journal of Consumer Policy*, 6, 77-93.
- (1989). Advertising Self-Regulation: True Purpose and Limits. *Journal of Advertising*, 18(2), 19-27.
- (1991). Controlling Sex and Decency in Advertising Around the World. *Journal of Advertising*, 20(4), 25-35.
- BOIX PALOP, A. y VIDAL BELTRÁN, J.M. (Coords.). (2014). *La nueva regulación del audiovisual: medios, derechos y libertades*. Cizur Menor: Aranzadi.
- CAMACHO PEREIRA, C. (2012). *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario: integración de la publicidad en el contrato*. Cizur Menor: Thompson Reuters Aranzadi.
- CARRASCO ANDRINO, M. del M. (2000). *La publicidad engañosa y el derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*. Valencia: Revista General de Derecho.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, F.J. (2010). Los actos de confusión e imitación en la nueva Ley de Competencia Desleal. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, (58), pp. 107-134.
- CASTAÑOS MARTÍNEZ, A. J. (2007). La publicidad disfrazada o el pseudoperiodismo. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 13, 337-351. [En línea] Disponible en: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ESMP/article/view/ESMP0707110337A/12134>> [Consulta: 12 septiembre de 2014].

- CASTELLBLANQUE, M. (2006). *Perfiles profesionales de publicidad y ámbitos afines*. Barcelona: UOC.
- CASTELLÓ, M. (Coord.). (2007). *Escribir y comunicarse en contextos científicos y académicos: conocimientos y estrategias*. Barcelona: Graó.
- CHINCHILLA, C. y AZPITARTE, M. (Coord.). (2011). *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*. Cizur Menor: Aranzadi.
- CARO, M. y ELOSUA, M. (Dirs.). (2004). *Diccionario LID Comunicación y Marketing: comunicación integral, marketing, publicidad, imagen corporativa, internet, marcas, investigación, medios, ventas, distribución*. Madrid: LID Editorial Empresarial.
- CARTAGENA PASTOR, F. (1998). Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa. *Estudios sobre Consumo*, 13 (45), 109-127.
- COMISIÓN EUROPEA (2013). *Libro Verde Prepararse para la convergencia plena del mundo audiovisual: crecimiento, creación y valores*. [En línea]. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0231:FIN:ES:PDF>> [Consulta: 23 de febrero de 2015].
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. (2015). *Contestación a la Consulta Pública de la Comisión Europea sobre la Directiva 2010/13/UE (Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual) "Un marco para los medios de comunicación del siglo XXI"*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.cnmc.es/es-es/TelecomunicacionesySAudiovisuales/ResolucionesTelecomunicacionesyAudiovisuales/detalle.aspx?idRow=48530>> [Consulta: 18 de noviembre de 2015].
- COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., MARTÍNEZ, MARTÍNEZ, R., MASSAGUER FUENTES, J., NAVARRO ALONSO, M.I., PANIZA FULLANA, A., ...VICIANO PASTOR, J. (2010). *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*. Cizur Menor: Aranzadi.
- DAYMON, C. y HOLLOWAY, I. (2011). *Qualitative research methods in public relations and marketing communications*. New York: Routledge.

- DE CARRERAS SERRA, L. (2008). *Las normas jurídicas de los periodistas: Derecho español de la información*. Barcelona: UOC.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M. (1974). *Régimen jurídico de la publicidad*. Madrid: Tecnos.
- (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona: EUNSA.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M. y DE LA OLIVA SANTOS, A. (1981). Tratamiento jurídico de la comunicación publicitaria ilícita. *Diario La Ley*, tomo 4, 893 y ss.
- DEL PINO, C. (2006). El 'brand placement' en series españolas. De *Farmacia de Guardia a Periodistas*: un estudio empírico. *Revista Latina de Comunicación Social*, 61. [En línea]. Disponible en: <<http://www.ull.es/publicaciones/latina/200617delPino.htm>> [Consulta: 12 septiembre 2012].
- DEL PINO, C. y REINARES LARA, R. (2013). Evaluación y eficacia del *branded content*: un estudio empírico. *Questiones publicitarias*, 1 (18), 160-177. [En línea]. Disponible en: <<http://www.maecei.es/pdf/n18/articulos/A10-Evaluacion-y-eficacia-del-branded-content.pdf>> [Consulta: 15 de abril de 2015].
- DEL RÍO, O. (2011). El proceso de investigación: etapas y planificación de la investigación. En: VILCHES. L. (Coord.). *La investigación en comunicación: métodos y técnicas en la era digital* (pp. 67-93). Barcelona: Gedisa.
- DEL RÍO, J. (2007). *Gestión creativa de la agencia de publicidad*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.
- DESANTES GUANTER, J.M. (1991). La Ley General de Publicidad y la legislación protectora de los consumidores. *Comunicación y Sociedad*, 1-2 (Enero-Diciembre), 62-82. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10171/7956>> [Consulta: 12 de enero de 2015].
- DESCALZO GONZALEZ, A. (2003). *Principio de veracidad y política pública en el mercado de la publicidad comercial*. Madrid: Dykinson.

- DG SANCO, European Commission. (2006). *Self-Regulation in the EU Advertising Sector: A report of some discussion among interested parties*. Brussels: European Commission. [En línea]. Disponible en: <<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/content/dg-sanco-self-regulation-eu-advertising-sector-report-some-discussion-among-interested-0>> [Consulta: 18 de mayo de 2015].
- DÍAZ-ARIAS, J.M. (2008). *Guía práctica sobre normativa de protección de datos y publicidad comercial*. Barcelona: Deusto.
- DÍAZ DE ESCAURIAZA, B. (2014). El emplazamiento de producto ("product placement") y su consolidación en nuestro derecho. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, 71, 97-110.
- DUNLEAVY, P. (2003). *Authoring a PhD: how to plan, draft, write, and finish a doctoral thesis or dissertation*. Houndmills [etc.]: Palgrave MacMillan.
- ECO, U. (1997). *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Barcelona: Gedisa.
- EGUIZÁBAL, R. (2010). *Teoría de la publicidad* (2ª ed.). Madrid: Cátedra.
- ELLIOTT, C., & LENTON, P. (2005). Advertising and product launch strategies in the light of tobacco advertising legislation. *International Journal of Advertising*, 24 (4), 527-537.
- ESPINOSA CALABUIG, R. (2001). *La publicidad transfronteriza*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- EUROPEAN ADVERTISING STANDARDS ALLIANCE. (2015). Digital Marketing Communications Best Practice Recommendation. Brussels: EASA. [En línea]. Disponible en: <<http://www.easa-alliance.org/Publications/Best-Practice-Guidance/page.aspx/356>> [Consulta: 15 de septiembre de 2015].
- (2014). *European Trends in Advertising Complaints, Copy Advice and Pre-clearance 2013*. Brussels: EASA. [En línea]. Disponible en: <http://www.easa-alliance.org/binarydata.aspx?type=doc&sessionId=o345j045cxgnoj553atgn455/2013_European_Trends_in_Advertising_Complaints_Copy_Advice_and_Pre-clearance.pdf> [Consulta: 15 de septiembre de 2015]

- (2003). *Advertising self-regulation: The Essentials - A layman's guide to self-regulation*. Brussels: EASA. [En línea]. Disponible en: <<http://www.easa-alliance.org/page.aspx/267>> [Consulta: 25 de octubre de 2014].
- FERRER LORENZO, I. y MEDINA AGUERREBERE, P. (2014). *Gestión empresarial de la agencia de publicidad*. Madrid: Díaz de Santos.
- FERNÁNDEZ, J.M. y REDONDO BORGE, C. (2010). La nueva cláusula general. La especial protección de los consumidores. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 58, pp. 15-44.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2007). "Product placement" o emplazamiento de productos (a propósito de la regulación contenida en la nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual). *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 28, 69-96.
- FERNÁNDEZ GÓMEZ, J.D. (2013). *Principios de estrategia publicitaria y gestión de marcas : nuevas tendencias de brand management*. Madrid: McGraw-Hill.
- (Coord.). (2005). *Aproximación a la estructura de la publicidad: desarrollo y funciones de la actividad publicitaria*. Sevilla: Comunicación Social.
- 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.
- (26 enero 2006). La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales. *Diario La Ley*, núm. 6408, pp. 1335-1340.
- FERNÁNDEZ, J.M. y REDONDO BORGE, C. (2010). La nueva cláusula general. La especial protección de los consumidores. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 58, 15-44.
- FERNANDO MAGARZO, M. del R. (2001). Concepto de publicidad y publicidad engañosa en Internet. *Revista de la contratación electrónica*, (21), 3-66.

- (2008a). La nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. En especial, la regulación de las comunicaciones comerciales audiovisuales. PARTE I. *Revista Autocontrol*, 126, 21-34.
 - (2008b). La nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. En especial, la regulación de las comunicaciones comerciales audiovisuales. PARTE II. *Revista Autocontrol*, 127, 21-30.
 - (2008c). La consolidación de la autorregulación en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial. *Revista Autocontrol*, 135, 18-30.
 - (2010). Aspectos fundamentales de la regulación de la publicidad en la Ley General de Comunicación Audiovisual”. *Revista Autocontrol*, 152, 9-14.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. (2007). *Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia*. Madrid: La Ley.
- (2010). Normas procesales relativas a las acciones de competencia desleal. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, (58), pp. 159-192.
- FERRER LORENZO, I. y MEDINA AGUERREBERE, P. (2014a). *De Director de Cuentas a Director de Agencia: 50 casos prácticos sobre Agencias de Publicidad*. Madrid: Dykinson.
- (2014b). *Gestión empresarial de la agencia de publicidad*. Madrid: Díaz de Santos.
- FONT BARROT, A. y PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (2009). *El Derecho para no juristas: una guía para entender el sistema jurídico*. Barcelona: Deusto.
- FUENTE COBO, C. (Dir.). (2011). *La protección del menor tras la Ley General de la Comunicación Audiovisual: perspectivas y retos*. Madrid: ICMedia. [En línea]. Disponible en: <<http://www.icmedianet.org/wp/wp-content/uploads/2012/05/ProteccionMenor.pdf>> [Consulta: 8 de enero de 2015].
- GALÁN CORONA, E. (2009a). Análisis de la jurisprudencia publicitaria (PARTE I). *Revista Autocontrol*, 145, 10-14.

- (2009b). Análisis de la jurisprudencia publicitaria (PARTE II). *Revista Autocontrol*, 146, 9-14.
- GARCÍA, N., PLANA, G. y FERRER, I. (2014). Géneros y formas de inserción publicitaria en la televisión española: regulación vs. práctica. *Cuadernos info*, 34, 61-80. doi: 10.7764/cdi.34.579
- GARCÍA CASTILLEJO, A. (2012). *Régimen jurídico y mercado de la televisión en abierto en España*. Barcelona: UOC.
- GARCÍA GUERRERO, J.L. (2014). *La publicidad: fundamentos y límites constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-UCEDA, M. (2011). *Las claves de la publicidad*. (7ª ed.). Madrid: ESIC.
- GARCÍA VARELA, R. (1999). La utilización no autorizada de un nombre artístico para la promoción de un producto. *Diario La Ley*, tomo 3, ref. D-142.
- GIL, V. y ROMERO, F. (2008). *Crossuser: claves para entender al consumidor español de nueva generación*. Barcelona: Gestión 2000.
- GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y PÉREZ BES, F. (2010). Prácticas engañosas y agresivas en la Ley de Competencia Desleal (Análisis de las novedades introducidas en el tipo general por la Ley 29/2009). *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 58, pp. 45-88.
- GÓMEZ CASTALLO, J.D. y FERNANDO MAGARZO, M.R. (2010). Códigos de conducta y sistemas de autorregulación: en especial, en el ámbito de las comunicaciones comerciales. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, (58), pp. 135-158.
- GÓMEZ SEGADE, J.A. (2010). La nueva cláusula general en la LCD.
- GÓMEZ SEGADE, J.A. y GARCÍA VIDAL, A. (Eds). (2010b). *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*. Madrid: Marcial Pons.

- GÓMEZ SEGADE, J. A. y LEMA DEVESA, C. (1981). La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español. *Actas de Derecho Industrial*, 7, 31-114.
- GONZÁLEZ LOBO, M^a A. y PRIETO DEL PINO, M^a D. (2009). *Manual de publicidad*. Madrid: Esic.
- GONZÁLEZ-TERUEL, A. (2015). Estrategias metodológicas para la investigación del usuario en los medios sociales: análisis de contenido, teoría fundamentada y análisis del discurso. *El Profesional de la Información*, 24(3), 321-328. doi:10.3145/epi.2015.mar.12
- GUICHOT, E. (Coord). (2015). *Derecho de la Comunicación*. (3^a ed.). Madrid: Iustel.
- GURREA, A. (2008). *¿Cómo se hace un spot publicitario?* Bilbao: Universidad del País Vasco.
- HACKLEY, C., & HACKLEY NÉE TIWSAKUL, R. A. (2012). Unpaid product placement: The elephant in the room in UK TV's new paid-for product placement market. *International Journal Of Advertising*, 31(4), 703-718. doi:10.2501/IJA-31-4-703-718
- HARKER, D. (1998). Achieving acceptable advertising: an analysis of advertising regulation in five countries. *International Marketing Review*, 15(2), 101-118. doi: 10.1108/02651339810212476
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C. y BAPTISTA LUCIO, M.P. (2010). *Metodología de la investigación*. (5^a ed.). México D.F.: McGraw-Hill.
- HERRERA, C. (2007-2008). Acciones colectivas en defensa de los consumidores y usuarios frente a la publicidad ilícita. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 28, 277-314.
- HERREROS ARCONADA, M. (1995). *La publicitat: fonaments de la comunicació publicitaria*. Barcelona: Pòstic, 1995.
- IAB SPAIN. (2014). *Infografía de Branded Content*. [En línea]. Madrid: IAB Spain. Disponible en: <<http://www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2014/04/infografia-branded-content-final.pdf>> [Consulta: 22 de enero de 2015].

— (2015). *Guía legal para branded content y figuras publicitarias afines*. [En línea]. Madrid: IAB Spain. Disponible en: <<http://www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2015/05/GUIA-BRANDED-CONTENT-IAB.pdf>> [Consulta: 18 de mayo de 2015].

IGARTUA, J.J. y HUMARES, M.L. (2004). El método científico aplicado a la investigación en comunicación. *Lección del Portal de la Comunicación InCOM-UAB* [En línea]. Disponible en: <http://portalcomunicacion.com/uploads/pdf/6_esp.pdf> [Consulta: 10 de octubre de 2012].

INFOADEX. (2015). *Resumen Estudio InfoAdex de la inversión publicitaria en España 2015*. Madrid: Infoadex.

— (2014a). *Inversión publicitaria gestionada en 2013 por agencias de publicidad* [En línea]. Disponible en: <http://www.infoadex.es/infoadex_octubre14.pdf> [Consulta: 22 de diciembre de 2014].

— (2014b). *Resumen Estudio InfoAdex de la inversión publicitaria en España 2014*. [En línea]. Disponible en: <http://www.infoadex.es/resumen_estudio_2014.pdf> [Consulta: 8 de junio de 2014]

— (2013). *Resumen Estudio InfoAdex de la inversión publicitaria en España 2013*. [En línea]. Disponible en: <http://www.infoadex.es/InfoAdex_Resumen_Est_Inv_2013.pdf> [Consulta: 5 de septiembre de 2013]

— (2012). *Resumen Estudio InfoAdex de la inversión publicitaria en España 2012*. [En línea]. Disponible en: <http://www.infoadex.es/Resumen_Estudio_Inversiones_InfoAdex_2012.pdf> [Consulta: 13 de septiembre de 2012]

— (1995). *Resumen Estudio InfoAdex de la inversión publicitaria en España 1995*. [En línea]. Disponible en: <<http://www.infoadex.es/RESUMEN%201995.pdf>> [Consulta: 27 de abril de 2015]

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (2011). *Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia de la ICC*. París: ICC. [En línea]. Disponible en: <[http://www.codescentre.com/media/1328/cdigo%20consolidado%20icc%20\(1\).pdf](http://www.codescentre.com/media/1328/cdigo%20consolidado%20icc%20(1).pdf)> [Consulta: 15 de octubre de 2015].

- JACOBS, J.B y LARRAURI, E. (2010) ¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España. *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. [En línea] Disponible en. <<http://www.indret.com/es/index.php>> [Consulta: 18 de julio de 2015].
- JAFFE, J. (2005). *Life After the 30-Second Spot: Energize Your Brand with a Bold Mix of Alternatives to Traditional Advertising*. New Jersey: Wiley.
- JONES, D.E. (2006). La publicidad en las revistas profesionales y académicas. *Revista Telos*, 67. [En línea]. Disponible en: <<http://telos.fundaciontelefonica.com/telos/revistagrabar.asp?idarticulo=1&rev=67.htm>> [Consulta: 29 de febrero de 2014].
- JUGENHEIMER, D.W. & KELLEY, L.D. (2009). *Advertising Management*. New York: M.E. Sharper.
- KOTLER, P. (2000). *Introducción al Marketing*. 2ª edición europea. Madrid: Prentice Hall.
- KOTLER, P. y ARMSTRONG, G. (2008). *Principios de marketing*. (12ª ed.). Madrid: Pearson Educación.
- LABIO, A. (2006). Publicidad encubierta: la información que vende. *Questiones publicitarias*, 1 (11), 51-65. [En línea]. Disponible en: <http://www.maecei.es/pdf/n11/articulos/publicidad_encubierta_la_informacion_quevende.pdf> [Consulta: 15 de enero de 2015].
- LARA GONZÁLEZ, R. (2007). *La denigración en el derecho de la competencia desleal*. Cizur Menor: Aranzadi.
- LARA GONZÁLEZ, R. (2011). El ilícito concurrencial por denigración tras la reforma del régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 1 (3), 47-80.
- LASSWELL, H.D. "Estructura y función de la comunicación en la sociedad". En: MORAGAS, M. DE. (ed.) *Sociología de la comunicación de masas: estructura, funciones y efectos*. 3ª ed. México: Gustavo Gili, 1993. Vol. 2.

- LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (Coord.). (2009) *Comentario a la Ley General de Publicidad*. Cizur Menor: Thompson Reuters.
- (Coord.). (2011). *Los contratos publicitarios*. Cizur Menor: Civitas.
- (Coord.). (2012). *Derecho de la Publicidad*. Cizur Menor: Civitas.
- (2015). Contratos publicitarios en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 1441-1466. [En línea]. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10016/21022>> [Consulta: 1 de septiembre de 2015].
- LAZKANO BROTONS, I. (2014). Los códigos de autorregulación de los contenidos audiovisuales y sus efectos jurídicos. *Revista Vasca de Administración pública*, 99-100, 1881-1903.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. y IRÁKULIS ARREGI, N. (2007). La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 12-200.
- LEÓN, J.L. (1988). *La investigación en publicidad: metodologías y crítica*. Bilbao: Universidad del País Vasco.
- LEMA DEVESA, C. (1980). *La publicidad de tono excluyente*. Madrid: Montecorvo, 1980.
- (1987-1988). La Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 12, 571-578.
- (1994-1995). La transposición al Derecho español de la Directiva de la CEE sobre actividades de radiodifusión televisiva. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 16, 871-878.
- (2007). *Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Madrid: Marcial Pons.

- (2010). La publicidad engañosa y la publicidad comparativa en la Ley de Competencia Desleal. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, (58), pp. 89-106.
- (2010b). Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal. En: *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*. (pp. 355-364). Madrid: Marcial Pons.
- (2014). La publicidad comparativa en la Unión Europea. *Derecom*, (16), 3. [En línea]. Disponible en: <<http://www.derecom.com/numeros/pdf/lemadevesa.pdf>> [Consulta: 8 de enero de 2015].

LEMA DEVESA, C. y GÓMEZ MONTERO, J. (2010) *Código de publicidad*. (5ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

LEMA DEVESA, C. (Dir.) y PATIÑO ALVES, B. (Coord.). (2012). *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*. Barcelona: Bosch.

LEÓN SAEZ DE YBARRA, J. (2010). Nuevos Soportes y mercados de la publicidad digital. Transiciones y experiencias. *Pensar La Publicidad. Revista Internacional De Investigaciones Publicitarias*, 3 (2), 17 - 30. [En línea]. Disponible en: <<http://revistas.ucm.es/index.php/PEPU/article/view/PEPU0909220017A/15211>> [Consulta: 12 de enero de 2015].

LINDE PANIAGUA, E., VIDAL BELTRÁN, J.M. y MEDINA GONZÁLEZ, S. (2013). *Derecho Audiovisual* (5ª ed.). Madrid: Colex.

LIPOVETSKY, G. (1994). *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Barcelona: Anagrama.

LÍRIA, E. (2000). *Las relaciones anunciante – agencia: el primer libro escrito por un anunciante explicando cómo sacarle más rendimiento a una agencia de publicidad*. (2ª ed.). Barcelona: Folio.

- LÓPEZ ESCARCENA, S. (2011). Para escribir una tesis jurídica: técnicas de investigación en derecho. *Ius et Praxis*, 17 (1), 231-246. [En línea] doi: 10.4067/S0718-00122011000100010. [Consulta: 5 de septiembre de 2013].
- LÓPEZ GUTIÉRREZ, J. (2011). Regulación actual del product placement. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 1 (6), 75-109.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2013). *La publicidad en Internet. Regulación y Autorregulación*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2014). Publicidad, prácticas comerciales agresivas, y ficheros de exclusión voluntaria o listas Robinson en el ámbito digital: una sugerente visión desde el derecho español. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 21(1), 61-109. [En línea]. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v21n1/art03.pdf>> [Consulta: 10 de febrero de 2015].
- MCCARTHY, E. J. & PERREAULT, W. D. (2002). *Basic marketing: a global-managerial approach*. 14th ed. Boston [etc.]: McGraw-Hill Irwin, cop.
- MARCO ARCALÁ, L.A. (2015) Las prácticas comerciales desleales con los consumidores en la propuesta del Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 1087-1109. [En línea]. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10016/21040>> [Consulta: 1 de septiembre de 2015].
- MARTÍ PARREÑO, J. (2011). Propuesta de una herramienta de análisis de contenido para el emplazamiento de producto en contenidos audiovisuales. *Pensar la publicidad*, 5 (2), 65-92. [En línea]. Disponible en: <<http://revistas.ucm.es/index.php/PEPU/article/view/37864/36632>> [Consulta: 12 de septiembre de 2012].
- MARTÍ PARREÑO, J.; ALDÁS MANZANO, J.; CURRÁS PÉREZ, R. Y SÁNCHEZ GARCÍA, I. (2010). El emplazamiento de producto: conceptualización, nuevos formatos y efectos sobre el consumidor. *Teoría y Praxis*, 8, 113-136. [En línea]. Disponible en: <<http://www.teoriaypraxis.uqroo.mx/doctos/Numero8/Martietal.pdf>> [Consulta: 12 de septiembre de 2012].
- MARTIN GARCÍA, M del L. (2002). *La publicidad: su incidencia en la contratación*. Madrid: Dykinson.

- MARTÍN LLAGUNO, M. y HERNÁNDEZ RUIZ, A.. (2009). El control de la comunicación comercial en un mundo globalizado: regulación, autorregulación e hiperregulación de la publicidad. *Lección del Portal de la Comunicación InCOM-UAB* [En línea]. Disponible en: <http://portalcomunicacion.com/uploads/pdf/50_esp.pdf> [Consulta: 13 de septiembre de 2013].
- MARTÍNEZ DE SOUSA, J. (2004). *Ortografía y ortotipografía del español actual*. Gijón: Trea.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.; HERRERO SUÁREZ, C.; MARTÍN GARCÍA, L. y HERNÁNDEZ-RICO, J.M. (2015). *Derecho de la publicidad*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ GUERRA, A. (2007). *Publicidad y derecho penal: estudio comparado del modelo americano y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (2009). *Marca y publicidad comercial: un enfoque interdisciplinar*. Madrid: La Ley.
- MARTÍNEZ OTERO, J.M. (2013). *La protección Jurídica de los Menores en el Entorno Audiovisual: Respuestas desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ PASTOR, E. (2005). *Régimen jurídico del modo publicitario en Internet*. Guapalupe (Murcia): Universidad Católica San Antonio.
- (2009). *Los mensajes publicitarios analizados desde la comunicación y el derecho*. Madrid: Universitas.
- MARTÍNEZ PASTOR, E y MUÑOZ SALDAÑA, M. (2013). En busca del equilibrio entre la regulación y la autorregulación de la publicidad comportamental en línea. *Estudios sobre el mensaje periodístico*, 19 (marzo), 289-297. doi: 10.5209/rev_ESMP.2013.v19.42036
- MARTÍNEZ PASTOR, E. y VIZCAÍNO-LAORGA y GAVILÁN, R. (2006). Tendencias de los formatos publicitarios en buscadores y webs de noticias en la red. *Análisis y propuestas en torno al periodismo digital: VII Congreso Nacional Periodismo Digital*. [En línea]. Disponible en: <http://fama2.us.es/fco/digicomu/37_5.pdf> [Consulta: 12 de junio de 2014].

MARTÍNEZ PÉREZ, C. (1989). La ley general de publicidad y el futuro delito publicitario. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 13, 81-94.

— (1991-1992). El delito de publicidad engañosa en el proyecto de Código Penal español de 1992. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 14, 81-94.

MARTÍNEZ PESTAÑA, M.J. (2004). La producción de tesis doctorales sobre temas publicitarios (1971-2001). *Documentación de las Ciencias de la Información*, 27, 237-267. [En línea] Disponible en: <<http://revistas.ucm.es/index.php/DCIN/article/view/DCIN0404110237A/19300>> [Consulta: 15 de octubre de 2012].

MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.). (2009) *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Tecnos.

MASSAGUER FUENTES, J. (2004-2005). La Publicidad comparativa. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 25, 187-266.

— (2006). *El nuevo derecho contra la competencia desleal: La Directiva 2005/29/ sobre las Prácticas Comerciales Desleales*. Cizur Menor (Navarra): Thompson Civitas.

— (2010). Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 27, 17-39. [En línea]. Disponible en: <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2755/documento/art01.pdf?id=2542>> [Consulta: 15 de mayo de 2013].

— (2011). Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-39. [En línea]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/823_es.pdf> [Consulta: 15 de mayo de 2013].

MATTELART, A. (1991). *La publicidad*. Barcelona: Paidós.

MAYRING, P. (2000). Qualitative Content Analysis. *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research*, 1(2). [En línea] Disponible en: <<http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/view/1089/2386>> [Consulta: 15 de enero de 2015].

- MEDINA, A. (2010). *Bye, bye, marketing. Del poder del mercado al poder del consumidor*. Madrid: Pirámide.
- MEDINA, M. y SOONTAE, A. (2012). Advertising self-regulation activity: A Comparison between Spain and US. *Zer-Revista de Estudios de Comunicación*, 17 (33), 13-29. [En línea]. Disponible en: <<http://www.ehu.es/zer/hemeroteca/pdfs/zer33-01-medina.pdf>> [Consulta: 10 de diciembre de 2014].
- MEDINA AGUERREBERE, P. y FERRER LORENZO, I. (2014). *Dirección empresarial para publicitarios*. Madrid: Dykinson.
- MEGÍAS QUIRÓS, J.J. (2014). El principio de autenticidad en la comunicación comercial. *Revista Comunicación*, 1 (12), 65-81. [En línea]. Disponible en: <http://www.revistacomunicacion.org/pdf/n12/Articulos/A5_Megias-Quiros_El-principio-de-autenticidad-en-la-comunicacion-comercial.pdf> [Consulta: 10 de febrero de 2015].
- MEGÍAS QUIRÓS, J.J. y CABRERA CARO, L. (2013). *Ética y Derecho en la publicidad*. Granada: Comares.
- MÉNDEZ TOMÁS, R. y SANTOS MARTÍNEZ, A. (2011). *Acciones frente a prácticas comerciales ilícitas y engañosas: acciones de la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad*. Barcelona, Bosch.
- MÉNDIZ NOGUERO, A. (2007). *Nuevas formas publicitarias: patrocinio, product placement, publicidad en Internet* (3ª ed.). Málaga: Universidad de Málaga.
- MÉNDIZ NOGUERO, A. y CRISTÓFOL RODRÍGUEZ, C. (Coords.). (2007). *Falsedad y comunicación: publicidad engañosa, información falsa, imagen manipulada*. Málaga: Universidad de Málaga.
- MITRA, A., RAYMOND, M. A., & HOPKINS, C. D. (2008). Can consumers recognize misleading advertising content in a media rich online environment? *Psychology & Marketing*, 25 (7), 655-674. doi:10.1002/mar.20230
- MOLINÉ, M. (1999) *La fuerza de la publicidad. Saber hacer buena publicidad. Saber administrar su fuerza*. (pp. 235-239). [S.I.]: Cinco Días, D.L.

- MORILLAS JARILLO, M.J.; PERALES VISCASILLAS, M.P. y PORFIRIO CARPIO, L. (Dirs.). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid. [En línea]. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10016/21043> > [Consulta: 1 de septiembre de 2015].
- MUELA-MOLINA, C. & PERELLÓ-OLIVER, S. (2014). Advertising self-regulation. A comparative analysis between the United Kingdom and Spain. *Communication & Society / Comunicación y Sociedad*, 27 (3), 1-18.
- MUÑOZ CUESTA, J. (2010). Publicidad engañosa: una figura delictiva de contornos poco definidos que dificultan su aplicación. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (9), 35-44.
- NAVARRO-BELTRÁ, M. y MARTÍN LLAGUNO, M. (2011). El sexismo publicitario: delimitación de conceptos e indicadores de género. Estudio empírico de la producción científica. *Pensar La Publicidad. Revista Internacional De Investigaciones Publicitarias*, 5(1), 51-73. doi:10.5209/rev_PEP.2011.v5.n1.36922
- (2012). La consideración de la publicidad sexista en función del contexto y de las características personales. Estudio empírico entre estudiantes de publicidad. *Pensar La Publicidad. Revista Internacional De Investigaciones Publicitarias*, 6(1), 207-230. doi:10.5209/rev_PEP.2012.v6.n1.38663
- NELSON, J.P. y YOUNG, D.J. (2001). Do advertising bans work? An international comparison. *International Journal of Advertising*, 20 (3), 273-296.
- OBERMILLER, C., SPANGENBERG, E., & MACLACHLAN, D. L. (2005). Ad Skepticism. The Consequences of Disbelief. *Journal of Advertising*, 34(3), 7-17.
- ORTIZ LÓPEZ, P. (2014). La nueva normativa de telecomunicaciones y servicios de la sociedad de la información en la actividad publicitaria. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 72, 105-116.
- ORTUÑO BAEZA. M.T. (2010). Las condiciones de licitud de la publicidad comparativa tras la Ley 29/2009: un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 31, 347-373.

- PACHECO RUEDA, M. (Coord.). (2008). *La publicidad en el contexto digital: viejos retos y nuevas oportunidades*. Sevilla: Comunicación Social.
- PÁEZ MAÑÁ, J. (1994). *Bases de datos jurídicos*. Madrid: CINDOC.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (22 Diciembre 2014). El difícil emplazamiento del derecho al emplazamiento de producto: panorama legal y jurisprudencial. *Diario La Ley*, núm. 8446, ref. D-428.
- PATIÑO ALVES, B. (2005). *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*. (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- (2007). *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*. Barcelona: Bosch.
- PEGUERA POCH, M. (2010). (Coord.). *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*. Cizur Menor: Aranzadi Thompson Reuters.
- PÉREZ BES, F. (2010). La publicidad en las redes sociales: nuevos retos legales. *Telos Cuadernos de Comunicación e Innovación*, 85, 1-12. [En línea]. Disponible en: <http://telos.fundaciontelefonica.com/seccion=1268&idioma=es_ES&id=2010110408540001&activo=6.do> [Consulta: 6 de abril de 2014].
- (2012). *La publicidad comportamental online*. Barcelona: UOC.
- PÉREZ MARÍN, I. (2011a). Estereotipos de género y derechos de las mujeres en publicidad. Regulación y autorregulación. En B. BELANDO GARÍN y G. MONTIEL ROIG (Coords.), *Contenidos y mercado en la regulación de la comunicación audiovisual: el nuevo marco de la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual* (pp. 113-137). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2011b). ¿Mujer, objeto publicitario? En C. AZCÁRRAGA MONZONÍS (Coord.), *Derecho y (des)igualdad por razón de género: una visión multidisciplinar*. (pp. 175-199). Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ SOLERO, R. (1999). Publicidad: aspectos legales y éticos. En: MOLINÉ, M. *La fuerza de la publicidad. Saber hacer buena publicidad. Saber administrar su fuerza*. (pp. 235-239). [S.l.]: Cinco Días, D.L.

— (2015). *Branded content: nueva forma de comunicación*. Informe especial. Madrid: Publicaciones profesionales.

PÉREZ-UGENA Y COROMINA, A.; MARTÍNEZ PASTOR, E. y PERALES ALBERT, A. (2011). La regulación voluntaria en materia de publicidad: análisis y propuestas a partir del caso PAOS. *Telos Cuadernos de Comunicación e Innovación*, 88, 130-141. [En línea]. Disponible en: <<https://telos.fundaciontelefonica.com/url-direct/pdf-generator?tipoContenido=articuloTelos&idContenido=2011072809310001&idioma=es>> [Consulta: 6 de abril de 2014].

PETTY, R. D., LEONG, S. H., y LWIN, M. O. (2010). Slogans: US and EU legal protection for slogans that identify and promote the brand. *International Journal of Advertising*, 29 (3), 473-500. doi:10.2501 /S0265048710201270

PHILLIPS, E. M. y PUGH, D.S. (2001). *Cómo obtener un doctorado: manual para estudiantes y tutores*. Barcelona: Gedisa.

PINO ABAD, M. (1991). El proceso publicitario en la Ley General de Publicidad de 1988. *Diario La Ley*, tomo 3, 939 y ss.

PINTADO BLANCO, T. y SÁNCHEZ HERRERA, J. (2013). Las técnicas emergentes en comunicación comercial y sus efectos percibidos. Un análisis descriptivo. *Pensar La Publicidad. Revista Internacional De Investigaciones Publicitarias*, 7(1), 153-174. doi:10.5209/rev_PEP.2013.v7.n1.42441

PIÑUEL-RAIGADA, J.L. (2002). Epistemología, metodología y técnicas del análisis de contenido. *Estudios de sociolingüística*, 30(1), 1-42. [En línea]. Disponible en: <<https://goo.gl/q0HqTU>> [Consulta: 15 de enero de 2015].

RAMOS, M. (2006). Cuando la marca ofrece entretenimiento: aproximación al concepto de advertainment. *Questiones publicitarias*, 1 (11), 33-49. [En línea]. Disponible en: <http://www.maecei.es/pdf/n11/articulos/cuando_la_marca_ofrece_entretenimiento_aproximacion_al_concepto_de_advertainment.pdf> [Consulta: 15 de abril de 2015].

RAMOS, F. (2001). Autorregulación, mediación y consulta previa, la nueva frontera de la ética publicitaria. *Zer: Revista de estudios de comunicación*, 6 (11), 205-226. [En línea]. Disponible en: <<http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Zer/article/view/6080>> [Consulta: 15 de octubre de 2013].

- (2003). *La publicidad contaminada: los consumidores ante la autorregulación publicitaria*. Madrid:Universitas.
- RAMOS FERNÁNDEZ, F.; PIÑEIRO OTERO, T. y CALDEVILLA DOMÍNGUEZ, D. (2012). La publicidad en España como elemento de marketing: límites. *Estudio sobre el mensaje periodístico*, 18, 741-751. doi:10.5209/rev_ESMP.2012.v18.40953
- REINARES LARA, E.M. y REINARES LARA, P. J. (2003). *Fundamentos básicos de la gestión publicitaria en televisión*. Madrid: ESIC.
- RIVAS, J. (16 de Diciembre 2009). La neutralidad de los servicios de publicidad en buscadores de Internet. *Diario La Ley*, núm. 7304, ref. D-386.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. (2014). Reformas pendientes y andantes en publicidad ilícita discriminatoria. A propósito de la sentencia Ryanair. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 14, 195-224.
- ROM, J. y SABATÉ, J. (2007). *Llenguatge publicitari: estratègia i creativitat publicitàries*. Barcelona: UOC.
- RON, R.; ÁLVAREZ, A; NÚÑEZ, P. (Coord.). (2014). *Bajo la influencia del branded content: efectos de los contenidos de marca en niños y jóvenes*. Madrid: ESIC.
- ROTFELD, H.J. & TAYLOR, C.R. (2009) The advertising regulation and self-regulation issues: ripped from the headlines with (sometimes missed) opportunities for disciplined multidisciplinary research. *Journal of Advertising*, 38 (4), 5–14.
- 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.
- RUBÍ NAVARRETE, J. (2012). Publicidad comportamental en Internet. *Comunicaciones en propiedad intelectual y derecho de la competencia*, 65, 159-174.

— (2013). Nueva regulación de *cookies*: enfoque de la AEPD. *Comunicaciones en propiedad intelectual y derecho de la competencia*, 69, 85-98.

RUIZ GONZÁLEZ, J.G. (2010). *Las asociaciones de consumidores*. Valencia: Tirant lo Blanch.

RUIZ MORENO, J.M. (2014). *La protección jurisdiccional civil frente a la publicidad ilícita*. Valencia: Tirant lo Blanch.

RUIZ PERIS, J.I. (Dir.). (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre)*.

SÁIZ GARCÍA, C. (1998). Las obras audiovisuales de carácter publicitario y derecho de autor. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 19, 245-272.

SALAS CARCELLER, A. (2010a). Acciones por publicidad ilícita y competencia desleal (Parte I). *Revista Autocontrol*, 156, 11-14.

— (2010b). Acciones por publicidad ilícita y competencia desleal (Parte II). *Revista Autocontrol*, 157, 10-14.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V. (2007). *La publicidad en Internet: régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Madrid: La Ley

SÁNCHEZ GUZMÁN, J.R. (1993). *Teoría de la Publicidad*. (2ª ed.). Madrid: Tecnos.

SIERRA BRAVO, R. (1992). *Técnicas de investigación social. Teoría y ejercicios*. Madrid: Paraninfo.

— (1999). *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica: metodología general de su elaboración y documentación*. Madrid: Paraninfo.

— (2003). *Técnicas de investigación social: teoría y ejercicios*. (14ª ed.). Madrid: Paraninfo.

SIERRA LÓPEZ, M. del V. (2003). *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SANTAELLA LÓPEZ, M. (2003). *Derecho de la Publicidad*. Madrid: Civitas.

- SIVERA, S. (2008). *Marketing viral*. Barcelona: UOC.
- (2014). *Marketing viral: claves creativas de la viralidad publicitaria*. (Tesis doctoral). Universitat Ramon Llull, Barcelona. doi: <http://hdl.handle.net/10803/247406>
- (2015). *Publicidad contagiosa: claves creativas del marketing viral*. Barcelona: UOC.
- SMIT, E., VAN REIJMERSDAL, E., & NEIJENS, P. (2009). Today's practice of brand placement and the industry behind it. *International Journal of Advertising*, 28(5), 761-78.
- SOLANA, D. (2010). *Postpublicidad: reflexiones sobre una nueva cultura publicitaria*. Barcelona: DoubleYou.
- SOLANAS GARCÍA, y SABATÉ LÓPEZ, J. (2008). *Dirección de cuentas: gestión y planificación de cuentas en publicidad*. Barcelona: UOC.
- SOLER, P. (2011). La investigación cualitativa. un enfoque integrador. En: VILCHES. L. (Coord.). *La investigación en comunicación: métodos y técnicas en la era digital* (pp.189-235). Barcelona: Gedisa.
- SOLER MASOTA, P. (1999). Panorama del Derecho de la publicidad en la Unión Europea. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 20, 359-398.
- TAPIA FRADE, A., LÓPEZ IGLESIAS, M., y GONZÁLEZ POSADA VATICÓN, P. (2010). Publicidad in-Game. Los videojuegos como soporte publicitario. *Pensar La Publicidad. Revista Internacional De Investigaciones Publicitarias*, 3(2), 73 - 88. [En línea]. Disponible en: <<http://revistas.ucm.es/index.php/PEPU/article/view/PEPU0909220073A/15233>> [Consulta: 12 de enero de 2015].
- TATO PLAZA, A. (1994). Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa. *Diario La Ley*, tomo 3, 988-993.
- (1994-1995) Marca ajena y publicidad adhesiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1993). *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 16, 319-330.

- (1996a). *La publicidad comparativa*. Madrid: Marcial Pons.
- (1996b). Constitucionalidad de la Ley general de publicidad (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre 1996). *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 17, 275-294.
- (1996c). Nuevos desarrollos en el Derecho europeo de la publicidad. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 17, 1061-1070.
- (1997a). El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 18, 161-186.
- (1997b). Líneas básicas de la Directiva comunitaria sobre publicidad comparativa. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 18, 987-998.
- (1999). La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad. *Autocontrol de la Publicidad*, 27, 16-33.
- (2001). La protección de las creaciones publicitarias: análisis de la jurisprudencia y de la doctrina del jurado de autocontrol de la publicidad. *Revista Autocontrol*, 59, 1-11.
- (2001). Nuevo proyecto de Ley para la modificación de la Ley General de Publicidad. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 22 1537-1544.
- (2002). Reforma de la Ley General de Publicidad. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 23, 1245-1252.
- (2003). En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria. *Revista Autocontrol*, 71, pp. 41-59.
- (2004). El Derecho de la Publicidad: evolución y estado actual. *Revista Autocontrol*, 89, pp. 1-13.
- (2009-2010). La reforma del Derecho español contra la competencia desleal. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 30, 455-471.
- (2010a). Líneas generales de la reforma del derecho español contra la competencia desleal (Parte I)". *Revista Autocontrol*, 149, 7-14.

- (2010b). Líneas generales de la reforma del derecho español contra la competencia desleal (Parte II). *Revista Autocontrol*, 150, 9-14.
- (2010c). Protección de menores y competencia desleal. En: *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*. (pp. 401-410). Madrid: Marcial Pons.
- (2015). El Derecho español contra la competencia desleal ante la codificación mercantil: estado actual y perspectivas de futuro. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 1127-1139. [En línea]. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10016/21043> > [Consulta: 1 de septiembre de 2015].

TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2009). Derecho de marca y autodisciplina publicitaria. En: MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (Dir.). *Marca y publicidad comercial: un enfoque interdisciplinar* (pp. 987-1034). Madrid: La Ley.

TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: La Ley.

TAYLOR, R. E. (2002). Inside the asociación de autocontrol de la publicidad: a qualitative study of advertising self-regulation in Spain. *Journal of Intercultural Communication Research*, 31(3), 181-190.

TAYLOR, C.R. (2012). Back to the future: some topics we should not forget about in advertising research. *International Journal of Advertising*. 31 (4), 699-702. doi: 10.2501/IJA-31-4-699-702

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

TROUT, J. (2001). Prólogo. En: ESIC; ACNIELSEN; SAP. *Factbook Marketing y Comercial* (pp. 49-52). Elcano (Navarra): Aranzadi.

VÁZQUEZ CUETO, J.C. (1992). La publicidad correctora: un modelo americano adoptado por la Ley General de Publicidad. *Diario La Ley*, tomo 2, 923 y ss.

- VÁZQUEZ PENA, M. J. (2005-2006). La ley estatal de publicidad y comunicación institucional. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 26, 585-600.
- (2007-2008). La nueva regulación de la publicidad en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 28, 639-654.
- VÁZQUEZ RUANO, T. (2008). *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*. Madrid: Marcial Pons.
- (2015). La autorregulación en la propuesta del Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 327-346. [En línea]. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10016/21003>> [Consulta: 1 de septiembre de 2015].
- VELEIRO, B. (2008). Protección de datos de carácter personal y sociedad de la información. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- VELENTZAS, J., BRONI, G., & PITOSKA, E. (2012). Unfair commercial practices on marketing - advertising and consumer protection in eu member states. *Procedia Economics and Finance*, 1, 411-420. doi:10.1016/S2212-5671(12)00047-0
- VIDAL PORTABALES, J. I. (1998). *El contrato de patrocinio publicitario en el derecho español*. Madrid: Marcial Pons.
- VILAJOANA, S. (2009). *El dret de la publicitat*. Barcelona: UOC.
- VILAJOANA ALEJANDRE, S. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Barcelona: UOC.
- (2013). Verdades, mentiras y *product placement*. *COMeIN, Revista de los Estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación*, 27. [En línea]. <<http://comein.uoc.edu/divulgacio/comein/es/numero27/articles/Article-Sandra-Vilajoana.html>> [Consulta: 15 de julio de 2015].
- (2014). El derecho a emitir publicidad: límites de la publicidad emitida por prestadores de servicios de comunicación audiovisual. En: A. Boix Palop y J.M. Vidal Beltrán. *La nueva regulación del audiovisual: medios, derechos y libertades*. (233-252). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

— (2014). Lo que se avecina: ¡el *advergame experience!* *COMeIN, Revista de los Estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación*, 30. [En línea]. <<http://comein.uoc.edu/divulgacio/comein/es/numero30/articles/Article-Sandra-Vilajoana.html>> [Consulta: 15 de julio de 2015].

— (2014). (Coord.). *¿Cómo diseñar una campaña de publicidad?* Barcelona: UOC.

VILCHES. L. (Coord.). (2011). *La investigación en comunicación: métodos y técnicas en la era digital*. Barcelona: Gedisa.

VILLASEÑOR RODRÍGUEZ, I. y GÓMEZ GARCÍA, J.A. (2013). *Investigación y documentación jurídicas* (2ª ed.). Madrid: Dykinson, 2013.

WILLIAMS, E. (2010). *La nueva publicidad: las mejores campañas*. Barcelona: Gustavo Gili.

ANEXOS



Facultat de Comunicació
i Relacions Internacionals Blanquerna
Universitat Ramon Llull

Doctorat en Comunicació i Humanitats