

TEMA 1

LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA Y EL DERECHO DE LA PUBLICIDAD

- EL CONCEPTO DE PUBLICIDAD Y SU DELIMITACIÓN FRENTE A FIGURAS AFINES:
- Concepto de publicidad.
- Publicidad, propaganda y publicidad institucional.
- ELABORACIONES DOCTRINALES SOBRE EL CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE LA PUBLICIDAD.

1.1. EL CONCEPTO DE PUBLICIDAD Y SU DELIMITACIÓN FRENTE A FIGURAS AFINES

1.1 CONCEPTO DE LA PUBLICIDAD

Esta definición tiene como base el entorno del derecho. Hablamos de leyes o normas jurídicas que definen publicidad. Las más importantes son dos normas:

- Una a nivel europeo, la Directiva del 10/9/84, sobre la publicidad engañosa.
- La Ley General de la Publicidad del 11/11/88, que es la que establece el régimen jurídico de la publicidad en España.

El Artículo 2 de la ley general de la publicidad (LGP) define la Publicidad como:

Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial o artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

- *Toda forma de comunicación*: no importa para entender la publicidad desde este punto de vista:

–el modo de manifestarse, ya que caben manifestaciones orales, textos escritos, imágenes, eslóganes incluso también sin manifestaciones orales y escritas, como por ejemplo un gráfico, una figura,... etc. porque se puede asociar un determinado producto, y habría publicidad de recuerdo.

–El medio o soporte: porque el medio sirve para matizar un anuncio pero es una actividad de comunicación con determinada finalidad y que se comunica a través de cualquier medio.

–El número de personas a las que se dirige el mensaje: el público al que se dirige es irrelevante, porque la amplitud de forma de comunicación no solo está la colectiva, sino la que se da a personas concretas e individuales, que incluiría toda la información que se da antes de la compra de un producto (Tª de C. Lema Devesa).

- *La realización de la publicidad por una persona física o jurídica, pública o privada*: Pública se refiere al Estado, a la Administración Pública, es decir, que el Estado puede hacer publicidad. Pero está aclarando *pública o privada*, no es el sujeto que haga el anuncio sino la finalidad que tiene la publicidad: si es económica, el Ministerio de Hacienda haría publicidad económica cuando anuncia por ejemplo Bienes del Tesoro y su contratación, pero tiene finalidad institucional cuando hace publicidad de concienciación, por tanto, lo importante es la finalidad.
- *Ejercicio de una actividad comercial... o profesional*: es importante porque excluye de la LGP a las personas físicas en el ejercicio de una actividad particular (eje. Anuncios por palabras, sin embargo, una agencia inmobiliaria si que sería publicidad ya que es un ejercicio de actividad comercial). En

actividad profesional se incluyen todas las actividades como médicos, abogados,... etc.

- *De forma directa o indirecta...* : Directa, cuando se hace alusión al producto y su contratación. Indirecta, según el profesor Morales Navarro es cuando se hace publicidad de un producto dentro de la información de una empresa. Por ejemplo, un folleto de Carrefour, es la publicidad de una gran superficie, una promoción directa, pero indirecta, la publicidad de los productos que aparecen dentro del catálogo. Otro ejemplo, patrocinio, un deportista que lleva una camiseta con una marca determinada, por tanto, indirectamente se promueve su contratación. Más ejemplos, la publicidad de productos que están prohibidos, como el tabaco o las bebidas alcohólicas de más de 20º, por ello, anuncian un producto que no tiene nada que ver con su producto, caso de Camel que anuncia botas, de esta forma se recuerda en producto en sí.
- *Bienes muebles o inmuebles... y obligaciones*: Los bienes muebles se pueden mover, los inmuebles no. Servicios, agencia de publicidad, metro, electrónicos... etc.

1.2. PUBLICIDAD, PROPAGANDA Y PUBLICIDAD INSTITUCIONAL

- Finalidad distinta, aunque a veces se solapan y no está clara. Pero desde el punto de vista jurídico hay que distinguir:
 - Propaganda: persigue obtener la adhesión a una ideología (política, religiosa). Hoy debe limitarse a la política y a un subgénero: propaganda electoral.
 - Publicidad o publicidad económica: persigue promover la contratación de bienes o servicios (finalidad lucrativa).
 - Publicidad institucional: pretende que el público tome conciencia o se sensibilice sobre problemas de un amplio alcance social (pero no debe fomentar la contratación de ningún producto o servicio).
- Notas comunes:
 - Poseen carácter informativo.
 - Tienen carácter sugestivo: se sugieren determinadas cosas.
 - Emplean los mismos medios de comunicación: pero no siempre es cierto. Por ejemplo: propaganda y publicidad electoral no está permitida en TV, la TV cede un espacio para la publicidad electoral.
 - Fuerzan la conciencia del destinatario: dan información sin que se haya pedido.
 - Régimen jurídico:

A la publicidad económica se aplica toda la LGP: del artículo 1 al 34.

A la propaganda y a la Publicidad institucional solo se aplica la LGP en materia de contratos (se recoge en el artículo 9).

La propaganda está prohibida en TV (artículo 9.1.C) ley de 1994.

2. ELABORACIONES DOCTRINALES SOBRE EL CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE LA PUBLICIDAD

CONCEPTO DE DERECHO DE LA PUBLICIDAD

Según el profesor Lema Devesa: conjunto de normas jurídicas de carácter predominantemente privado que tienen por objeto directo regular el acto publicitario.

– *Conjunto de normas jurídicas...*: se dictan por medios de los entes públicos para que sean cumplidos por todos (ley, real decreto, orden ministerial...) frente a estas normas están las éticas que las dictan organismos privados.

Esta expresión hay que contraponerla a la otra expresión utilizando ésta que está diciendo que el derecho de la publicidad no es autónoma del derecho.

- *Tiene carácter predominantemente privado...*: en derecho y hay derecho público y privado. En el derecho de la publicidad hay normas del derecho, pero se entiende que los más importantes son los que tienen carácter predominantemente privado enfocadas desde una perspectiva mercantil (derecho de la competencia, el más importante). Pero aún así hay normas de derecho publicitario que son muy importantes por el derecho de la publicidad.
- *Que tiene por objeto directo regular el acto publicitario*: Los datos que tienen referencia en el mercado y todo eso es objeto directo.
- *O regular el acto publicitario*: el derecho de la publicidad se aplica con independencia del tamaño de una campaña. Un acto de publicidad es el anuncio en una calle y a ese se le va a aplicar el derecho de la publicidad.

En el derecho de la publicidad hay muchísimas normas jurídicas.

Las hay públicas y privadas, pero dentro predominan las de carácter mercantil. En el derecho de la publicidad a pesar de ser un derecho de competencia, empresarial..., nunca hay que olvidarse del consumidor, y la protección de los consumidores es un concepto importantísimo. Se protege realmente el interés del consumidor, y este opta en tener una influencia veraz y completa. Si es así la información será legítima.

TEMA 2

RELACIÓN ENTRE DERECHO DE LA PUBLICIDAD Y DERECHO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO Y PENAL

1. DERECHO DE LA PUBLICIDAD Y DERECHO CONSTITUCIONAL

• PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE INCIDEN EN LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA

- Libertad de empresa (Art.36). Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía, de mercado: los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación.
- Libertad de expresión (Art. 20): se reconocen y protegen los derechos a:
 - A expresar y defender libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.
 - ... etc.
- Protección de los consumidores (Art.51)
 - Los poderes públicos garantizan la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo mediante procedimientos eficaces (ley que se dicta en 1984), la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos (recibir información que sea veraz de los productos que van a recibir).
 - Los poderes públicos promueven la información.
- Ley de consumidores y usuarios (Art.8).

La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre

publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el derecho o comprobante recibido.

En la protección del consumidor hay tres cuestiones a definir:

- Se establece un principio de veracidad: el anunciante debe ajustar su mensaje a la realidad, a las características del producto o servicio (los consumidores podrán exigir las garantías y condiciones propuestas, aunque no sean descritas expresamente en el contrato, o comprobante recibido).
- Si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecen sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad (hay promesas en la publicidad y también puede haberlas en el contrato).
- Las promociones más publicidad falsas o engañosas serán perseguidas como FRAUDES. Las asociaciones de consumidores están legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar.

(La promesa publicitaria hay que cumplirla, es como una especie de contrato. Si en el contrato no se especifican las cláusulas, prevalecen las de la publicidad).

- Art.38 PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA: principios constitucionales que inciden en la actividad publicitaria:
- Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía, el que quiera acceder al mercado, tiene derecho a hacerlo, cumpliendo unos determinados requisitos:

No hay monopolio, hay libre competencia, por tanto, libertad para hacer publicidad, acceso libre a un mercado. Un límite a la libertad para publicitarse puede considerarse un atentado contra la libre competencia.

PUBLICIDAD INDIRECTA O ASOCIADA: se publicita un producto diferente al que no se puede publicitar bajo una marca (de este último producto, por ejemplo, tabaco, Camel anunciando botas) En este caso existe un derecho constitucional más fuerte que es el derecho a la salud y a la vida. Por consiguiente, estos derechos constitucionales prevalecen sobre el derecho a la libertad de promoción o publicidad. Se establecen así unas normas para limitar la publicidad (de 1997). (Los abogados pueden hacer publicidad solo por escrito, boletines de prensa, no se pueden decir los honorarios).

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: se encarga de atentados contra la libertad de competencia (por ejemplo, antimonopolio)

- Art.20 LIBERTAD DE EXPRESIÓN: en relación con la publicidad:
- Se reconocen los derechos a difundir libremente las ideas, pensamientos y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- ... a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión.
- El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
- En Estados Unidos, el Tribunal Supremo también establece el Derecho de la Libertad de Expresión. Algunos ejemplos en los cuales estableció que la Publicidad está amparada por la Libertad de Expresión son:
- El caso Virginia Board of Pharmacy (24 de mayo de 1976).
- Caso Carey (9 de junio de 1977): El Tribunal Supremo declara anticonstitucional la ley de Nueva York que calificaba de ilegal la publicidad de anticonceptivos.
- Caso Bates (27 de junio de 1977): El T.S. declara contraria al principio de Libertad de expresión la

prohibición de efectuar publicidad recogida en las normas del Colegio de Abogados de Arizona.

- Caso Central Hudson (20 de junio de 1980): Este caso se situaría en la crisis del petróleo de principios de los 70'. Se declara anticonstitucional una norma del Ayuntamiento de Nueva York que prohibía los anuncios encaminados a fomentar el consumo de electricidad.

El Tribunal Supremo Norteamericano fijó unos requisitos o condiciones para restringir la publicidad tras el siguiente caso:

- La Universidad de Nueva York, en su reglamento prohibía la promoción comercial dentro del campus, sin embargo, la empresa Tape Ware, realizó reuniones en las residencias de estudiantes que se incluyen dentro del campus. Por consiguiente, se denunció a los realizadores de esta comercialización. El asunto llegó al Tribunal Supremo y este sentó sentencia el 29 de junio de 1989 fijando una serie de condiciones para que hubiera medidas restrictivas para juzgar a la publicidad:
- La publicidad si es lícita y no es engañosa queda amparada por la libertad de expresión.
- Su protección es menor que la existente para comentarios u opiniones sobre asuntos de interés público (es decir, que lo que escriba un periodista debe ser tratado con mayor protección).
- Requisitos para establecer medidas restrictivas:
- Debe existir un interés sustancial a proteger a través de la medida, por ejemplo el derecho a la vida y a la salud.
- La medida debe dirigirse directamente a la protección del interés alegado o consecución del objetivo perseguido.
- Debe existir una concordancia razonable entre la medida dictada y el interés a proteger.
- En Europa, también hay diversas sentencias pero el caso más importante que estableció jurisprudencia fue:
- Caso Coca del 24 de febrero de 1994, que llega hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Caso: el abogado Sr. Coca, para darse a conocer en un municipio de Barcelona, introduce en un boletín del pueblo un anuncio donde daba su nombre, dirección, teléfono... etc. En ese momento, 1982 estaba prohibido hacer cualquier tipo de publicidad por parte de los abogados. Por tanto, el Colegio de Abogados le pone una multa y van a los Tribunales. El abogado en cuestión alegaba que esa restricción iba en contra de su Libertad de Expresión, pero solo cuando recurre por último al Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se le reconoce.

En este Tribunal es donde se sienta el principio de la Libertad de Expresión en relación con la publicidad de abogados, aunque actualmente este principio ha cambiado, no se puede extrapolar a otros temas, es exclusivo de la publicidad de abogados:

- Las limitaciones a la publicidad pueden suponer una injerencia al derecho de comunicar y expresarse claramente.
- La prohibición a los abogados de hacer publicidad se puede justificar, en este caso, por:
- La prohibición no es absoluta, refiriéndose a España.
- Hay diferentes regulaciones en los distintos países de la Unión Europea.
- Cada país puede establecer normas especiales que pueden llevar a limitar la publicidad.
- **CONDICIONES NECESARIAS PARA HACER RESTRICCIONES LEGALES A LA PUBLICIDAD:**
- Deberá estar prevista por ley, norma jurídica concreta y señalar los requisitos exactos. Que es lo que ha hecho la LGP en su Art.8.

- Deberá estar encaminada a un objetivo legítimo, como por ejemplo proteger al consumidor, el derecho a la vida, a la salud... etc.
- Deberá ser una medida necesaria en una sociedad democrática (lo lógico es adaptar el objetivo, el medio y la solución que debe ser proporcional al objetivo).
- No deberá suponer una restricción a la libre competencia sin causa justificada.

1.2. REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

En la Constitución Española no se hace referencia a la Publicidad pero en los estatutos de autonomía sí, en cada uno, se establecen cuales son los límites de cada autonomía en lo referente a la publicidad.

Anteriormente no todas las comunidades tenían las mismas competencias. Se podían diferenciar seis grupos, sin embargo, hoy día se diferencia entre 2 y 3 grupos de comunidades autónomas en relación con su competencia sobre la legislación publicitaria:

- Todas las Comunidades autónomas excepto el País Vasco y Navarra tienen competencia exclusiva sobre publicidad sin perjuicio de las normas dictadas por el Estado para sectores y medios específicos.
- El País Vasco y Navarra tienen competencia exclusiva sobre publicidad en colaboración con el Estado.
- Ceuta y Melilla tienen competencia ejecutiva en materia de Publicidad.

Sin embargo, en la práctica se agrupan en dos:

- Todas las comunidades autónomas menos Ceuta y Melilla pueden legislar, hacer leyes y normas, sobre publicidad en cada comunidad.
- Ceuta y Melilla no pueden legislar, solo pueden ejecutar las normas dictadas por el Estado.

No obstante, se debe buscar un equilibrio entre la legislación autónoma y la Ley General del Estado con relación a la Publicidad.

Las comunidades autónomas impugnaron en su día la LGP declarando que era anticonstitucional, sin embargo, hubo una sentencia en 1996 don se revocó y se establecía que todas sus leyes eran constitucionales.

En España rige la ley:

LEY GENERAL DE LA PUBLICIDAD:

Es aplicable a todo el territorio español. El Estado se va a basar por dictar esta ley:

- Competencias del Estado (art.149.1 CE):

1º Regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad.

6º Legislación mercantil y procesal. Debe dictarlo el Estado como cualquier legislación mercantil y procesal.

8º Legislación civil. Aquí es lo mismo. Si el Estado tiene para establecer la legislación procesal en general, también la tiene para establecer la legislación procesal de la publicidad.

- Tribunal Constitucional (STC 19 Septiembre de 1996): sus artículos están plenamente vigentes, es plenamente constitucional.
 - Los Tribunales Ordinarios tienen competencia para conocer las controversias sobre publicidad ilícita.

Se atribuye a los Tribunales toda la competencia para enjuiciar temas sobre publicidad ilícita. Cualquier tema sobre publicidad desleal, engañosa... etc., se tienen que demandar ante un tribunal.

- Las Comunidades Autónomas no pueden crear órganos administrativos para juzgar.

Para juzgar temas de publicidad ilícita.

El Estado puede legislar el fenómeno Publicidad a nivel general. A continuación vemos esto y lo que puede hacer la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias.

–DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAS ENTRE ESTADO Y CC. AA.:

- El Estado tiene competencia exclusiva para legislar y enjuiciar los asuntos sobre la publicidad ilícita.
- Principio de Unidad de Mercado (art. 139.2 CE)
- Libre circulación de mercancías.

Validos para el territorio español.

- Igualdad evitando discriminaciones entre anunciantes y realización de campañas diferentes.
 - Art.8.
 - Ley 25/1994 de 12 de Julio(TU).
 - Real Decreto 1416/1994 de 28 de junio (productos farmacéuticos).
 - Decreto 917/1967 de 20 de abril (publicidad exterior).
 - Ley 25/1988 de 29 de julio (carreteras).
 - Art. 3 a. LGP.

DELITO PUBLICITARIO: art. 282 CP de 1995 sobre la publicidad engañosa.

Serán castigados:

- 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.

2. Las CC. AA. No pueden legislar ni enjuiciar asuntos sobre la publicidad ilícita.

- Competencia en protección de consumidores: salud, menores, carreteras,... etc.
- Se puede legislar en esa materia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:
- No contradiga la legislación del Estado.
- Se limite al ámbito territorial de cada comunidad.
- Competencia ejecutiva, no se legisla, ya que ya hay un Real Decreto, pero son necesarios unas autorizaciones de órganos administrativos de la CC. AA. A la que corresponda.
- **DERECHO DE PUBLICIDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO**
- Aspecto organizativo:

Forma de reprimir la publicidad ilícita: vía administrativa (E. Pub.): vía judicial (LGP), Art. 28: todas las controversias derivadas de la publicidad ilícita se resuelven por la vía judicial, los tribunales, los X para que las CC. AA. Establecieron órganos administrativos. El Estado va a optar claramente por el aspecto judicial.

- Aspecto funcional (el más importante):

Intervención estatal poniendo límites, restricciones o prohibiciones a la publicidad en relación con productos, con medios, con lugares o con destinatarios: la publicidad en determinados productos, y estos en determinados medios, en determinados lugares y dirigidos a determinados destinatarios. Cada vez es mayor la intervención del Estado, para aprobar o para prohibir.

- Los sujetos que comenten este delito de publicidad engañosa son X los demás no podrán ser condenados por el Código Penal, sino por la LGP. La agencia y el medio de publicidad pueden ser responsables del delito de publicidad engañosa es la LGP pero no es el Código Penal, aquí se les puede considerar como cómplice, pero no como responsable.

Para ser condenados, estos sujetos, tienen que ser conscientes, con una intencionalidad, esto se le exige en el CP y no es LGP.

Si el delito lo comete una empresa se castiga al representante de la empresa.

- Siempre que se haga publicidad o una oferta directa.
- La alegación ha de ser realmente falsa.

Según la LGP se engaña cuando se ocultan cosas o algunas cosas, publicidad engañosa por omisión. Según el CP no podemos encuadrar como engaño la publicidad que omite cosas esenciales.

- Esa alegación falsa tiene que causar un perjuicio grave a los consumidores, en la LGP dice que para ser engañosa tiene que causar perjuicio a los competidores y causar un conflicto al consumidor.
- Se puede condenar al anunciante a que se publique la sentencia (a su costa).
- Se puede condenar al anunciante al clausurar temporalmente su empresa, o si no es tan grave, se le prohíbe cualquier producto que tenga que ver con el que anuncio en esa publicidad engañosa.

TEMA 3

DERECHO EUROPEO DE LA PUBLICIDAD (1)

• LA NECESIDAD DE ARMONIZAR LA PUBLICIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Hay tres causas para sostener la necesidad de armonizar el Derecho comunitario de la publicidad de la U.E.:

- La incidencia que la publicidad tiene en el funcionamiento del Mercado Único o Común.

La publicidad va más allá de las fronteras de los países. Los modernos medios de comunicación posibilitan que una misma campaña de publicidad pueda ser emitida por los distintos países de la UE. Si las normas de los países de la UE son distintas se obstaculiza la realización de la publicidad. Más allá de las fronteras y por lo tanto se obstaculiza la libre circulación de mercancías y la prestación de servicios. Por tanto esta va a exigir que se armonicen las normas generales de la publicidad.

Requiere que se unifiquen las Leyes nacionales en la materia de publicidad para que no se obstaculice lo anteriormente dicho.

- La distensión en la competencia que puede originar la publicidad ilícita.

Esto es así cuando no sea idéntica la regulación de la publicidad, con lo que se produce una distensión en la competencia. Para evitar esto que rompe un principio universal (de mismas oportunidades) ya que en los

países de regulación distinta es más caro que en los países de idéntica regulación, el principio de las competencias basada en las propias prestaciones (que cada cual tiene que apoyarse en su propio esfuerzo). Para evitarlo por tanto se requiere que se armonice y unifique la legislación en los países miembros para que un anunciante no saque beneficio respecto a otro.

- La protección e interés en los consumidores.

La publicidad afecta a la situación de todos los consumidores hasta el punto de que la Constitución Española. En el Art.51 reconoce el derecho a la Protección y Defensa de los derechos del consumidor. En 1975 se establecieron en UE un programa de información y protección del consumidor, aquí se computaba la necesidad de adoptar medidas destinadas a proteger a los consumidores frente o contra de la publicidad engañosa y desleal. La independencia de que hay o no contrato, la publicidad engañosa se puede prohibir en el momento en que pueda producir engaño en el consumidor.

Todo esto ha llevado a que la legislación europea armonizase la legislación de la publicidad.

2. DIRECTIVA SOBRE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

El Orden Jurídico de la UE con respecto a la publicidad tiene 3 directivas:

- 10 de septiembre de 1984, Directiva sobre la Publicidad engañosa:

Relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la publicidad engañosa. Esta ha sido modificada el 6 de octubre de 1997, incluyendo la regulación de la publicidad comparativa.

2) 3 de octubre de 1989. Armoniza la regulación de la publicidad en televisión, conocida como Televisión sin fronteras, también reformado el 30 de junio de 1997.

3) 31 de Marzo de 1992. Relativo a la publicidad de medicamentos de uso humano.

- Otra directiva es la que versa sobre la regulación de tabaco de 1998 pero que recientemente ha sido anulada.

DIRECTIVA SOBRE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA, 10/9/84

Los primeros trabajos en UE en esta materia son de los 60'. En esta declaración la comisión de UE encarga al Instituto de Universidad de Munich (de Max Plamaek) la elaboración de una directiva sobre el derecho de la competencia desleal. Sobre la base de este derecho se elaboran otros 3 anteproyectos, hasta que se culmina en la Directiva del 10 de septiembre de 1984 que trata de analizar la regulación de la publicidad engañosa en los países de la UE. En esta directiva (que fue modificada en el 97 para introducir regulación de publicidad comparativa). Es una de las directivas más importantes porque afecta a la deformación publicitaria más frecuente (la publicidad engañosa).

CONSIDERACIONES PREVIAS DE ESTA DIRECTIVA:

- Intereses que se protegen en esta directiva:
- Art.1: se pone de relieve cuales son los grupos de intereses que se protegen, hay 3:
- Intereses de los consumidores.
- Se protegen los intereses de los competidores.
- Intereses generales del público. No hay que identificarlos con el interés de los consumidores. Son distintos.

El del consumidor es tratar de conseguir la mayor información posible para conocer mejor el mercado. El otro, el público en general, persigue que haya una competencia que se base en las propias prestaciones y que no se falsee.

- Art.7: El contenido que fija la directiva es mínima, tal como fija este artículo. Se afirma que esta directiva no impide ir más allá, ir más arriba a la hora de prohibir, como es el caso de prohibición por omisión, ya que esta norma no lo impide, pero en España si está prohibida. Lo que esta norma no prohíbe es ir más allá de esta prohibición.
- Art.2 Apto.2º de la Directiva del 10/9/84. Examen del concepto de publicidad engañosa:

Toda publicidad que de una manera cualquiera incluída su presentación, induce o puede inducir a error a las personas a las que se dirige y que debido a su carácter engañoso y que por estas razones perjudica a un competidor.

Es un concepto amplio sobre publicidad engañosa, ya que dice que es *toda de una manera cualquiera y que induce o puede inducir a error*. En este párrafo es *engañosa de una manera cualquiera*, cabría incluir el silencio de datos relevantes por parte del anunciante que es susceptible a inducir a error a los destinatarios. También recoge la publicidad engañosa por omisión, en contraste con el Art.4 de LGP.

En *incluída su presentación* se recoge otra modalidad de publicidad engañosa que es la publicidad encubierta, que tiene lugar cuando el empresario enmascara su publicidad bajo la apariencia de una noticia, un periódico, una entrevista en radio, un concurso de TV, y al producirse esta publicidad encubierta hay un engaño al consumidor que versa sobre la forma de presentarle la publicidad que se hace bajo un reportaje.

Esta directiva no exige un error efectivo, sino que basta que *se induzca a error o se pueda inducir a error para que haya publicidad engañosa*. Se pone de relieve que la posibilidad de inducir a error es suficiente para que exista publicidad engañosa, y no es necesario que el consumidor compre ese producto para que exista. Tampoco se requiere que exista intencionalidad (dolo) para que se engañe al consumidor.

Por lo demás, la directiva dice que puede inducir a error a las personas a las que se dirige (que pueden ser distintas a las que afecta) o afecta.

Además hay que indicar que también puede existir esta publicidad, según la directiva, cuando esta acción pueda afectar al comportamiento económico del consumidor o destinatario. La incidencia sobre el destinatario son los efectos que provoca sobre ellos.

En todo caso, este requisito permite sostener que si un anuncio pese a su carácter engañoso aparentemente, no afecta al comportamiento de los consumidores no estaríamos en presencia de publicidad engañosa sino de publicidad exagerada.

El concepto de publicidad engañosa concluye con que *la publicidad perjudica o es capaz de perjuicio a un competidor*, este requisito al juicio del Pfsor. Lema Devesa es innecesario, ya que puede existir publicidad engañosa sin perjuicio de algún competidor. Este concepto último debería eliminarse, pero lo que pasa es que con el sistema económico del mercado europeo, no hay monopolio, por tanto, habría perjuicio para el competidor siempre.

- **Art.2. Concepto de publicidad que suministra la Directiva:**

Es toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal y liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de un servicio, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones.

Es un concepto amplísimo de publicidad, una definición muy amplia.

Es así porque se califica como tal a *toda forma de comunicación*. Así se pone de relieve que no solo merece el calificativo de publicidad una cuña radiofónica, un anuncio televisivo, en periódico, sino también un sonido, una foto, un gesto,... etc. puede constituir una forma de comunicación. Incluso, el diálogo previo que mantiene el comerciante con el cliente, también es publicidad.

En el marco de una actividad:

–*comercial*, son los empresarios:

–*industrial*, son los fabricantes de coches que hacen publicidad de la marca del coche y no de la empresa.

–*artesanal*, son los artesanos que serán anunciantes aunque no constituye un auténtico empresario, ya que para que exista una empresa se requiere, capital y trabajo, trabajadores que presten sus servicios.

La publicidad en el marco de una actividad liberal, que es el marco de la actividad profesional liberal.

El profesional liberal es distinto del empresario pero estos quedan sujetos a la directiva de Publicidad engañosa.

Sin embargo, no incluye a los particulares como anunciantes, y que en la práctica existen. Por lo tanto, a un anuncio de un particular no podría aplicársele la directiva del 10/9/84.

Esa comunicación promueve el *suministro de bienes o prestaciones de servicios*, esta es la nota característica de la publicidad.

Pero el término suministro es incorrecto, porque se alude a un contrato determinado, pero la publicidad no solo es un contrato de suministro, sino cualquier tipo de contrato.

La LGP española es más precisa que la directiva porque habla de promover la contratación, en su Art.2.

El Pfsor. Cuesta Rute hace un inciso a que no hay referencia a que la comunicación sea destinada al público. Para él, la comunicación publicitaria posee naturaleza colectiva, es decir, destinada a un colectivo, y por ello tiene un régimen jurídico, una regulación. Frente a esta opinión, la publicidad también surge cuando hay comunicación directa frente a otras personas, Pfsor Lema Devesa.

- El Art.3 de la directiva sobre extremos de la Publicidad engañosa complementa el Art.2. donde se habla de:
 - Características de los productos y servicios.
 - Precios y condiciones de suministro.
 - Datos de identificación del anunciante.
- Art.4: vías de represión de la publicidad engañosa:

Hay dos vías de reprimir la publicidad engañosa, incluso la represión puede ser por ambas vías.

En España se ha optado por la vía judicial para reprimir la publicidad engañosa desechando la vía administrativa. Los tribunales de justicia serán los encargados de enjuiciar los supuestos de publicidad engañosa o falaz.

La vía judicial: la directiva no fija claramente cual es la jurisdicción encargada de esta publicidad de modo que los Estados miembros podrán decidir si son los tribunales penales o civiles los que enjuicien esta materia.

- Art.4–Art.6: permiten sostener que la jurisdicción penal podrá ser la que enjuicie los casos de publicidad engañosa.

En España, el Código Penal de 1995, en su Art.282, consagra el denominado Delito Publicitario: refiriéndose a la publicidad engañosa (sin embargo, hasta la actualidad, todos los casos de publicidad engañosa han sido enjuiciados por tribunales civiles y nunca penales).

Pero también se contempla en ella que los Estados miembros opten por la vía administrativa, de forma que se admite que los órganos administrativos conozcan los litigios o problemas sobre publicidad engañosa.

–Art.4.Apto 1: Otorga a los órganos administrativos facultades para pronunciarse, es decir, que responda él, o emprenda una acción judicial, es decir, o lo mande a otro órgano.

–Art.4.Apto3: Las características de la vía administrativa señalan que el órgano tiene que presentar:

*integrado por personas independientes, no queda duda de su imparcialidad. Esto se traduce en la práctica en que no puede tener relación laboral ni con agencias de publicidad, ni empresas anunciantes ni medios de publicidad.

*las resoluciones, en principio, tienen que ser motivadas, es decir, basadas en normas jurídicas.

Ese órgano goza de facultades para hacer cumplir la resolución que él mismo dicte.

Para evitar abusos en los que pueda incurrir el órgano administrativo la Directiva establece que las resoluciones podrán recurrirse ante el tribunal de justicia para corregir el ejercicio injustificado de sus potestades o bien para corregir el incumplimiento en el ejercicio de esas potestades. Por lo tanto, hay una labor revisora de la vía judicial (tribunales de justicia) sobre este órgano de administración.

- QUIEN GOZA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA REALIZAR UNA DEMANDA POR PUBLICIDAD ENGAÑOSA:

En el Art.4:

Las personas u organizaciones de acuerdo con la legislación nacional que tengan un interés legítimo en la prohibición engañosa y podrán acudir ante los tribunales o los órganos administrativos correspondientes para realizar su reclamación.

Permite dotar de legitimación activa a los consumidores afectados, los competidores afectados, las asociaciones de consumidores que velan y protegen los derechos de sus asociados, las asociaciones u organizaciones empresariales afectadas por la publicidad engañosa.

- PROCEDIMIENTO PARA PROHIBIR LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA:

En el Art.4. Apto.4.2.:

Señala que los Estados miembros tendrán que prever medidas tendentes a prohibir la publicidad engañosa y adoptadas en el marco de un procedimiento acelerado.

Debe ser un procedimiento rápido porque las campañas de publicidad tienen una duración efímera.

Podrá ser necesario presentar un recurso previo con el fin de solucionar el problema antes de realizar la demanda. Si con esto no se soluciona, habría que ir al tribunal.

En estas vías de recurso previo, se encuentran los sistemas de autodisciplina o autorregulación publicitaria y sistemas administrativos que actuarían con una finalidad de conciliación. En este sentido, el Art.5 donde se reconocen los sistemas de autodisciplina o que hay una resolución previa a los tribunales de justicia.

En el Art.6 de la directiva comunitaria que establece un sistema sobre la carga de la prueba porque en cualquier procedimiento judicial cuando alguien demanda debe probar la demanda porque sino no estaría en vía la demanda. Pero en la práctica, el consumidor individual suele tener problemas para justificar una publicidad engañosa.

La Directiva en el Art.6 aunque no establece la verdadera inversión de la carga de la prueba, faculta a los tribunales o a las organizaciones administrativas competentes para que exija al anunciante las pruebas acerca de la exactitud de los datos consignados en su publicidad. Es decir, el demandante no prueba la verdad de la prueba, por tanto, será el demandado el que debe probar la veracidad de lo que dice, debe probar que la publicidad es lícita. La Directiva establece esto en determinados casos, pero no siempre porque los tribunales podrán exigirlo al anunciante atendiendo a los intereses del anunciante o de la otra parte, ya que esa información podría ser utilizada por los competidores (como pueden ser secretos empresariales).

Según esto, hay suspensión de la carga de la prueba sobre el demandante por parte del tribunal, y recargaría sobre el demandado para que este pruebe la licitud de su publicidad.

En el Apto.B del Art.6, si el tribunal requiere al anunciante datos para que pruebe la veracidad de su anuncio, si no lo hace o la aportación de pruebas es insuficiente podrá ser considerada publicidad engañosa.

–Art.4. Apto.2: prevé que los órganos administrativos puedan ordenar el cese de una campaña de publicidad engañosa.

Se recoge en la directiva la acción cesatoria contra la publicidad engañosa. Así desde la potestad activa de los órganos competentes recogen el poder de la acción cesatoria.

***ACCIÓN CESATORIA:**

Es importante por dos motivos en el ámbito publicitario:

- Porque la publicidad es una actividad continuada y por ello, esa actividad se puede reiterar en el futuro.

El único medio eficaz para evitar esa reiteración de la publicidad engañosa es la acción de cesación, cuya finalidad es lograr que el anunciante paralice el anuncio o campaña de publicidad engañosa.

- Porque esta acción debe prosperar con independencia de que el anunciante haya obrado o no dolosamente (con intención). Es decir, que la intención del anunciante no sea la publicidad engañosa puede prosperar la acción de cesación.

***ACCIÓN DE PROHIBICIÓN DE LA PUBLICIDAD:**

Se entablará para evitar que llegue al público una publicidad que todavía no se dio a conocer pero cuya difusión o publicación es inminente.

Esta hipótesis será un supuesto poco frecuente porque es difícil prohibir una campaña de publicidad que todavía no ha llegado a difundirse.

Eje: una campaña que se ha producido en Alemania y que llegará a difundirse en España.

Estas medidas de cesación o prohibición, pueden tener efecto provisional o definitivo.

Cuando el carácter es provisional estaremos en presencia de una MEDIDA CAUTELAR, es decir, el juez paraliza de forma provisional la difusión de la misma. En estos casos, si se lanza esta medida, el juez pide una fianza al denunciante para los posibles daños y perjuicios que puede ocasionar al anunciante por no poder exponer su campaña. Y si tiene razón, se le devolverá la fianza.

Además de estas dos acciones, la directiva contempla determinadas sanciones para castigar al anunciante que practica la publicidad engañosa.

En el caso de sentencia condenatoria se pueden imponer al anunciante:

- **SANCIÓN: PUBLICACIÓN, TOTAL O PARCIAL, DE LA SENTENCIA O DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA.** La directiva deja que los tribunales decidan la parcialidad o totalidad de la publicación de la sentencia.

En España suelen publicar las sentencias parcialmente: encabezamiento y fallo.

Esta sanción se aplicaba con antelación a LGP o a La Directiva de 1984, en el Tribunal de Libre Competencia.

La Directiva habla indebidamente de hacer publicidad, total o parcial..., porque debería hablarse de publicación o resolución.

- **SANCIÓN: COMUNICADO RECTIFICATIVO.** Se habla, en la doctrina española de PUBLICIDAD CORRECTORA. Su fin es disipar los efectos de un anuncio engañoso, obligando al anunciante a que difunda una publicidad que ponga de relieve que su anterior publicidad era engañosa.

Es una sanción muy gravosa para el anunciante. El hecho de que la directiva hable de que se pueda exigir el comunicado no quiere decir que solo se pueda exigir un solo anuncio corrector.

Esta publicidad correctora puede implicar una variedad de anuncios proporcionales a los anteriores anuncios engañosos.

Esta sanción fue inventada por una asociación de estudiantes norteamericanos. Pero en España ha sido dada solo en 3 ocasiones porque además de la gravedad económica también supone desprestigio para el anunciante: dada por la Audiencia provincial de Sevilla, y dada por la Audiencia provincial de Oviedo.

TEMA 4

DERECHO EUROPEO DE LA PUBLICIDAD (2)

1. LA REFORMA DE LA DIRECTIVA SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA: INCLUSIÓN DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

El 6/10/97 se aprobó una Directiva: la Directiva por la que se modifica la anterior Directiva sobre la Publicidad engañosa, con el fin de incluir en la misma, la publicidad comparativa.

Con ésta se puso fin a un proyecto inicial de 1991. La Comisión de la UE había propuesto la primera Directiva sobre la publicidad comparativa en esa fecha, pero hasta 1997 se propusieron muchas.

La nueva directiva no varía la anterior, sino que incluye en la directiva del 84 la directiva de la Publicidad comparativa.

Se pone de manifiesto necesario armonizar la publicidad comparativa porque las legislaciones de los Estados miembros presentaban diferencias: en unos se admitía la publicidad comparativa, en otros se prohibía... etc. Lo que es cierto es que la publicidad comparativa se difunde más allá del país de origen.

El que se regule de manera distinta constituye un obstáculo a la Libre Circulación de Mercancías y de servicios y originan distorsiones competitivas.

También se pone de relieve, que debe garantizarse en el ámbito de la Comunidad Europea la Libertad a prestar servicios en materia de Publicidad y por lo tanto, debe admitir la publicidad comparativa.

Además, se tiene en cuenta el interés de los consumidores. Se dice en esta directiva que la comparación de verse sobre aspectos esenciales, aspectos verificables y aspectos representativos del producto o servicio es una manera de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener.

Y de acuerdo con esto, la Directiva del 97 define la publicidad comparativa, de forma que suministra en el Art. 3 BIS los 8 requisitos que debe reunir un anuncio comparativo para que éste pueda ser lícito.

2. CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMPARATIVA

ART. 2. BIS.

De manera acertada opta por centrar la publicidad comparativa en el hecho de que hay que referirse a un competidor o bienes o servicios de un competidor. Esto permitiría delimitar esta figura frente a otras formas publicitarias y no hay identificación de un competidor.

Sin embargo, hace referencia a un competidor. Esta referencia olvida que esta característica no es exclusiva de la publicidad comparativa, porque la publicidad comparativa también se caracteriza porque al comparar los productos o servicios propios con los ajenos se resalta la superioridad de los primeros frente a los segundos. De tal manera nos encontramos, con que este concepto de la Directiva es un concepto demasiado amplio porque, en realidad, también se alude a bienes y servicios, en la Publicidad adhesiva, también hay referencia a productos o servicios de un competidor y no puede confundirse al figura del competidor. E esta, actúa como un parásito para beneficiarse de los productos o servicios de un competidor.

Por lo tanto, se señala que del concepto que se recoge no solo abarca la figura de la publicidad comparativa sino también la figura de la publicidad adhesiva.

Incluso, con esa definición también se recoge la Publicidad de tono personal, que son los anuncios en los que el empresario hace referencia bien a la persona o los productos y servicios de los competidores.

En realidad, la Directiva está definiendo la publicidad alusiva porque en este concepto tan amplio se incluye: publicidad comparativa, publicidad adhesiva o parasitaria, y publicidad de tono personal.

Sin embargo, al afirmar que la publicidad comparativa es toda publicidad en la que se alude implícita o explícitamente a un competidor, la Directiva no ofrece un concepto válido para publicidad comparativa, está definiendo la publicidad alusiva.

Es un error porque cada tipo de publicidad se rigen por principios distintos y en este sentido hay que indicar que en el caso de publicidad adhesiva se está produciendo una explotación de la reputación ajena.

En la Publicidad de Tono personal hay alusión personal a algún aspecto negativo que rodee al competidor.

Y estas 2 no pueden beneficiarse del principio general según el cual la publicidad comparativa es lícita. Pero estas 2 no.

La Directiva debía aplicarse solo a la publicidad comparativa entendida como aquella publicidad en la que se alude a los productos o servicios de 1 ó varios competidores para resaltar las ventajas o superioridad de la oferta del anunciante.

En todo caso, centrándose a la definición de la Directiva sobre la publicidad comparativa está admitiendo 2 posibilidades: para que se de la publicidad comparativa:

- Alusión explícita: cuando se cita al competidor:
 - Nombre de la empresa.
 - Marca.
- Alusión implícita: es más difícil de definir el problema:

Puede ser cuando la referencia a los mismos productos o servicios de competidor sea inequívoca. Esto sería cuando los mismos aunque no se cite explícitamente en la publicidad resultan identificables para el público de los consumidores. Por ejemplo: en sectores con pocos empresarios oferente, por el ejemplo el caso de la telefonía móvil porque solo hay 3 empresas.

3. REQUISITOS DE LICITUD DE LA PUBLICIDAD COMARATIVA

ART. 3. BIS.

Gran trascendencia porque establece en carácter general la licitud, admisión de la publicidad comparativa porque se parte de la base de que facilita información al consumidor. Pero se matiza porque especifica que debe guardar, cumplir 8 requisitos que a continuación se enumeran. Se pueden agrupar en 3 grupos:

- Requisitos relativos a los objetivos de la comparación.
- Requisitos relativos a los parámetros de la comparación.
- Requisitos relativos a los contenidos de la comparación.
- REQUISITOS RELATIVOS A LOS OBJETOS DE LA COMPARACIÓN:

Se parte de la base de que en la publicidad comparativa no se puede exigir al anunciante que actúe como un notario reflejando en esa comparación todas las ventajas de su producto frente al producto rival y todas las desventajas.

La Directiva no exige una selección representativa de los objetos de comparación sino que esta selección queda en manos del anunciante de manera que la Directiva admite que el objeto de comparación sea seleccionado a través del cual se da la publicidad comparativa en manos del anunciante. Pero no hay total libertad, según el Art. 3. Bis, porque requiere que se comparen bienes y servicios que satisfagan la misma necesidad o que tengan la misma finalidad, es decir, que pertenezcan al mismo género. Pero la directiva también permite comparar productos de géneros distintos pero que tengan que satisfacer la misma finalidad, sin embargo, en la práctica lo más usual es encontrarse con comparaciones publicitarias a productos del mismo género.

- REQUISITOS RELATIVOS A LOS PARÁMETROS DE LA COMPARACIÓN.

Existían dos tesis contrapuestas (sobre si en la comparación hay que tener un carácter exhaustivo).

- Un sector hablaba de comparación completa porque solo así se facilitaría información a los consumidores.
- Otro sector mayoritario lo negaba, no era preciso porque creen que una comparación incompleta también satisface información.

La Directiva se decanta por la segunda opción (Art. 3. Bis. Comparar de modo objetivo 1 ó más características), pero el anunciante debe tener 2 límites si elige 1 ó más características a comparar:

- Procurar que la selección de esos parámetros no haga que la comparación sea engañosa.
- Tiene que llevar a cabo la selección de un modo objetivo y sobre características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de esos productos.

- **RELATIVOS AL CONTENIDO DE LA COMPARACIÓN:**

Art. 3. Bis. Requisitos. (apartados donde aparecen):

a) La comparación no puede ser engañosa.

c) No se puede desacreditar o denigrar los productos de los competidores.

d) La comparación no origina confusión en el mercado entre las marcas comparadas.

g) El anunciante no debe aprovecharse indebidamente de la reputación de una marca de productos ajenos.

- Las denominaciones de origen de los competidores.

h) En la comparación no deben presentarse productos como imitación o réplica de otros productos que están amparados por una marca.

- Algún requisito ha provocado consecuencias negativas. Por ejemplo el requisito de no beneficio de la reputación de una marca ajena, puede resultar un freno para la comparación publicitaria. Por lo tanto resulta un freno para la introducción de nuevos productos en el mercado que empiezan con publicidad comparativa.

- **ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE CONTENIDO:**

- El primero ahorra toda comparación.
- Matiz en el segundo. En toda comparación, hay un cierto descrédito que es inherente a la comparación, para que si manifiesto la superioridad de mi producto, al mismo tiempo pongo de relieve la inferioridad del otro producto.
- Sobre el último requisito hay que decir que con él se quiere frenar lo que ocurre en sectores como la perfumería, donde se destacan el menor precio de su producto y que es una réplica del producto de prestigio.

- **OTROS REQUISITOS DEL ART. 3. BIS DE LA DIRECTIVA:**

2 supuestos:

- Publicidad comparativa realizada sobre un producto amparado en una denominación de origen de otro producto.

- El apartado f, dice que la comparación ha de entablarse entre productos que se beneficien de la misma denominación de origen. Por ejemplo: un Rioja con otro Rioja.
 - Publicidad comparativa de productos que se benefician de una oferta especial.
- El párrafo 2 señala que hay que manifestar de forma clara la fecha en que termina la oferta o el hecho de que la oferta está supeditada a la disponibilidad de los bienes o servicios que se trate. Si no ha comenzado la oferta, hay que indicar la fecha de inicio de la oferta.

TEMA 5

DERECHO EUROPEO DE LA PUBLICIDAD (3)

1. LA DIRECTIVA SOBRE LA PUBLICIDAD TELEVISIVA

• GENERALIDADES:

- 3/10/89: Denominada Televisión sin fronteras. Intenta armonizar las legislaciones nacionales que puedan afectar al ejercicio de radiodifusión televisiva. Regular las materias que puedan suponer un obstáculo a la emisión libre televisiva en la Unión Europea. Pretende instaurar la libre emisión de programas en la UE y crear un mercado único de la Televisión.
- Las materias que contempla son:
 - Producción y distribución de materias.
 - Publicidad y patrocinio.
 - Protección de infancia y juventud.
 - Derecho de réplica.

Se aplica a todas las televisiones nacionales de los países miembros y a las emisiones precedentes de la UE y destinadas a ser difundidas en la misma. No se aplicará a los programas captados en países fuera de la UE.

Hay aspectos que inciden en la publicidad, pero esta Directiva es de mínimos: contenido mínimo por lo que los Estados miembros pueden prever normas más estrictas para las otras materias que se contemplan en esta Directiva (Art. 3, párrafo primero de la misma, pag. 48).

–NORMAS SOBRE PUBLICIDAD Y PATROCINIO. Art. 10–21.

- Tiempo de publicidad permitido: art. 18:

El tiempo de cualquier tipo de publicidad no puede superar el 20% de toda la transmisión. La publicidad sólo de anuncios no superará en un 15%. Dentro de cada hora el tiempo de anuncios no podrá rebasar el 20%, es decir, 12 minutos.

Como tercera norma sobre tiempo, no se incluyen los anuncios de promoción de la propia emisora ni los anuncios de servicio público y carácter benéfico.

- Art. 1. Apto. C. Definición de publicidad televisada:

Contiene 2 diferencias con el concepto de publicidad a secas de la Directiva del 84:

- La televisiva incluye la referencia a un pago similar o remuneración.

- Se incluye a la autopromoción como una forma de publicidad.

1.2. REGULACIÓN DE PUBLICIDAD ILÍCITA

3 grupos:

- Publicidad contraria al principio de autenticidad publicitaria.
 - Publicidad contraria al principio de corrección publicitaria.
 - Publicidad especial por razón de los productos (tabaco, alcohol) o por las personas a las que se dirige (publicidad infantil).
- PUBLICIDAD CONTRARIA A LA AUTENTICIDAD:

Art. 10. Párrafo 1: tiene el principio de autenticidad al disponer que la publicidad televisada y televenta, tiene que distinguirse claramente del resto de la emisión. Se hará con medios ópticos o acústicos. La finalidad es evitar que la publicidad pueda intervenir en el normal desarrollo de los programas de tal manera que no resulte molesta para el público y persigue que el público no pueda ser inducido a error en punto al origen de esas manifestaciones publicitarias.

La Directiva establece los medios técnicos que debe utilizar las emisoras: ópticos y acústicos (para diferenciarlo de la publicidad).

Art. 10. En el apartado 3 también prohíbe la publicidad subliminal.

En el Art. 11 pide otra ulterior exigencia al requerir que la publicidad y televenta se inserten entre los programas. Pero se neutraliza porque luego señala que siempre que se cumplan las condiciones de los apartados 2-5 la publicidad también podrá insertarse en los programas siempre que:

- No perjudique la integridad ni el valor de los programas.
- No perjudique los derechos de los titulares correspondientes.
- Que se tengan en cuenta las interrupciones naturales del programa.

*Estos se desarrollan en el Art. 11, los programas compuestos de partes autónomas o deportivos que tengan intervalos, la publicidad se debe insertar entre los intervalos o entre esas partes autónomas.

*En largometrajes de duración superior a 45', se podrá interrumpir cada 45 min. (1 vez cada 45 min.). Se autoriza otra interrupción más si la película supera en 20 min. A 2 o más periodos de 45 min. Ej. , 120 min. , ya se podría interrumpir más de una vez.

*El art. 11 concluye con una serie de prohibiciones relativas a la inserción de la publicidad:

- Se prohíbe insertar publicidad en servicios religiosos (la misa).
- Se prohíbe insertar publicidad en los telediarios, en los documentales, en los programas infantiles, ni informativos de actualidad cuya duración programada sea inferior a 30 min.

- PUBLICIDAD CONTRARIA AL PRINCIPIO DE CORRECCIÓN PUBLICITARIA:

Art. 12. Serían los principios:

- La publicidad televisada no debe atentar contra la dignidad humana.
- También prohíbe la publicidad discriminatoria (a motivos de raza, sexo o nacionalidad).
- No puede atentar contra las convicciones religiosas o políticas.

- La publicidad, que fomenta comportamientos perjudiciales para la salud o para la seguridad de los consumidores, con esto se pretende evitar comportamientos que supongan un descuido con respecto a las reglas de prudencia y responsabilidad.
- Prohíbe la publicidad que promueva comportamientos perjudiciales para la protección del medioambiente.

• **LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE LA PUBLICIDAD: POR RAZÓN DE PRODUCTOS**

• ALCOHOL Y TABACO.

Si se sigue con la Directiva 89, los art. 13–16 establecen normas especiales en relación con productos cuyo consumo indiscriminado puede afectar a la salud de los consumidores.

Las autoridades sanitarias han puesto fuertes restricciones a esta publicidad. Ej., tabaco, medicamentos... etc. Pero en otros casos son simples limitaciones. Ej., bebidas alcohólicas de menos de 20°.

El art. 13 de la Directiva prohíbe de manera tajante cualquier forma de publicidad televisada y televenta de cigarrillos y demás productos de tabaco.

De manera similar el art. 14 de la Directiva prohíbe la publicidad de medicamentos y de tratamientos médicos que únicamente pueden obtenerse por restricción facultativa en el correspondiente Estado-miembro (la Directiva prohíbe la publicidad televisada de medicamentos que requieran receta médica por que puede ser extendidos en la farmacia).

Dejando a un lado esto, y en materia de bebidas alcohólicas la Directiva no prohíbe la publicidad de la misma, sino que establece una serie de limitaciones a esta publicidad. Como la Directiva es de mínimos, cualquier Estado miembro de la UE podría prohibir totalmente (si lo estima oportuno) la publicidad de alcohol en la TV.

Está resumida en 6 limitaciones:

- No podrá estar dirigido a menores, ni aparecer menores de protagonistas en ese anuncio.
- No se podrá asociar el consumo de este a la mejora de la salud ni tampoco asociarlo a la conducción.
- Esta publicidad no debe dar la impresión de que su consumo contribuye al éxito social o al éxito sexual.
- Esta publicidad no debe sugerir que la misma tiene propiedades terapéuticas o tienen un efecto sedante.
- La publicidad de este producto no debe estimular el consumo inmoderado del alcohol.
- Esta publicidad no debe destacar como cualidad positiva de la bebida su alto contenido alcohólico.

Hay que saber que en España está prohibida toda publicidad sobre bebidas alcohólicas de 20 o más grados.

• PUBLICO INFANTIL:

Otro grupo de interés que se protege en la Directiva es el público infantil.

En este sentido se parte de una base cierta: la TV es el medio que más fuerza o presión ejerce sobre el público infantil. Estos consumidores no tienen ni la formación ni la madurez necesaria para * y valorar la publicidad sobre el mismo. La Directiva ha elaborado unas normas para proteger de manera eficaz a este público infantil.

De esta manera en el art.16 hay una serie de limitaciones (en art.16 hay una obligación para anunciantes, agencias y medios) en el que la publicidad televisada no deberá causar perjuicios psíquicos (o morales), ni físicos al público infantil.

- Las 4 limitaciones más importantes a la publicidad destinada a niños:

- No debe incitar directamente a los menores a la compra de un producto o servicio explotando su inexperiencia y su incredulidad.
- No debe incitarlos a persuadir a sus padres o terceros a que les compren los correspondientes productos o servicios.
- No deberá explotar la especial confianza de los menores sobre sus padres, profesores u otras personas.
- Se prohíbe la publicidad que sin ningún motivo presenta a los niños en situaciones peligrosas (porque hay una tendencia a educar).

• **PATROCINIO PUBLICITARIO**

La Directiva considera al patrocinio como una nueva fórmula publicitaria de gran importancia en los medios de televisión. Obviamente de esta importancia, la Directiva en su art. 1 consagra una definición del patrocinio (8pag. 25): cualquier contribución que realiza una empresa que no puede estar vinculada a una TV y que se define a la * o bien a la financiación de programas con la finalidad de promover el nombre, marca, imagen o la actividad y realizaciones de esas empresas patrocinadoras (la LGP española del 88 no contempla el patrocinio de TV y contempla otro tipo de patrocinio de personas físicas).

Régimen jurídico:

El art. 17 lo consagra jurídicamente y estableciendo los requisitos que ha de cumplir:

- La empresa patrocinadora no puede influir sobre el programa del mundo televisivo (al nombre que el patrocinador influye, se está reconociendo el principio de independencia del medio con respecto al anunciante).
- Los programas patrocinados deben identificarse claramente al principio o al final de ese programa con el nombre o con la marca del patrocinador.
- Dentro del espacio que se a patrocinado no deben incitar a la compra o a la contratación de los productos o servicios del patrocinador.

El régimen jurídico contempla prohibiciones con la empresa que puede patrocinar un programa. El párrafo 2º del art. 17 prohíbe que las empresas tabaqueras puedan patrocinar un programa.

Dentro de este art. 17, se señala también que los programas patrocinados por empresas que venden medicamentos se podrán realizar, pero la promoción se tendrá que hacer con el nombre o imagen de la empresa, nunca con la marca del medicamento que requiere receta médica.

2. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE LA PUBLICIDAD TELEVISIVA EN ESPAÑA

A través de la Ley del 12 de julio de 1994 se incorpora la Directiva comunitaria al derecho español.

La ley española, no es muy extensa, consta de exposición de motivos, se justifica el texto normativo, y se divide en 5 capítulos con 19 artículos.

En líneas generales esta ley sigue al pie de la letra la Directiva del año 1989 (al mismo que otras normativas como la Directiva de publicidad engañosa).

- En el capítulo 1º, consagrado a las disposiciones generales, tiene por objeto establecer la finalidad de ley, es decir, cual es el fin de esta ley. Se dice que el fin de esta ley es establecer un régimen jurídico que generalice la libre disposición y también la recepción de la TV y sus programas. A este objetivo se añade el desarrollo de las producciones europeas, por contrastar la TV USA y Japón, también se contempla la protección frente a determinada forma publicitaria, y también se regula la protección de

normas frente a programas televisivos.

- En el capítulo 2º tiene por fin fomentar la producción de programas de televisión europeos y aunque la Directiva no lo diga, el objeto de programas es frenar la dura competencia de programas americanos y japoneses que estaban invadiendo Europa.
- En el capítulo 3º, es el que nos interesa. Aquí por primera vez se regula el tiempo que las emisoras de TV pueden destinar a la publicidad. En este sentido se establecen 3 principios o normas básicas:
 - El tiempo máximo total no puede superar el 15% de la emisión televisiva, pero ese tiempo se puede aumentar un 5% para la televenta (con lo que suma un 20%).
 - El tiempo de transmisión publicitaria por cada hora natural no puede exceder de 12 min. (48 min. Para la programación normal).
 - Las denominadas televentas (compra, venta, alquiler,... etc.) no puede superar una hora diaria.
- En el art. 10, prohibición de la publicidad directa e indirecta del tabaco. Por primera vez se prohíbe la publicidad indirecta del tabaco (esta es aquella publicidad que sin mencionar directamente los productos utilice las marcas, símbolos, u otros rasgos distintivos de tales productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluya su producción o comercialización).
- También hay otra prohibición y es la relativa a los medicamentos que requieran de receta médica (que sea dispensados por un farmacéutico).

Centrándonos en la Publicidad Ilícita, en este capítulo 3º, existen dos grupos de normas:

- Relativos a los artículos que proclaman el principio de autenticidad o identificación publicitario, se exige que la publicidad se difunda en bloques, y tan solo excepcionalmente de manera aislada en algunos casos (no se diferencia con el Derecho comunitario).
- De las normas que afectan al principio de corrección publicitario y en el art. 9 de la ley del año 1994 que se prohíbe:

1º. La publicidad que atenta contra la dignidad de las personas.

2º. La publicidad que fomenta los comportamientos perjudiciales de la salud.

3º. La publicidad discriminatoria.

4º. La publicidad que incita a la violencia o acciones antisociales.

5º. La publicidad que explota determinados sentimientos, publicidad irracional, como el miedo o la superstición.

6º. Se prohíbe la publicidad subliminal, también prohibido, no solo en TV, en LGP.

El art. 15 se destina al patrocinio publicitario que es definido en términos idénticos a la definición de la Directiva, y es un concepto que difiere del concepto del art. 24 de la LGP, porque la ley del 94 nos habla de patrocinio televisivo, y la LGP nos habla del patrocinio de personas físicas o jurídicas, pero por lo demás es idéntica. La única novedad es que no se puede patrocinar no telediarios no programas de actualidad política, distinto de la Directiva.

- El capítulo 4º se destina a la protección de los menores.
- El capítulo 5º, el último, se destina al régimen de sanciones que puede establecer la * española cuando no se cumple esta ley.

Pero esta ley no se cumple, sobre todo, en el tiempo de emisión de publicidad. Tal vez, si el Ministerio ***

impone sanciones fuertes evite este * publicitario que existe hoy en día.

TEMA 7

DERECHO ESPAÑOL DE PUBLICIDAD

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: EL ESTATUTO DE LA PUBLICIDAD DE 11 DE JUNIO DE 1964

Estatuto de la Publicidad, 11 de junio de 1964, hasta que sale la Ley General de la Publicidad en 1988.

- Principios de la actividad publicitaria (título II):

Sobre la legalidad en el art. 7.

Sobre veracidad en el art. 8.

Sobre autenticidad en el art. 9, reconocible por consumidores como tal publicidad, no como publicidad encubierta, disfrazada.

Sobre libre competencia en el art. 10. Tiene que ser una publicidad legal, sin descrédito al competidor, sin generar confusión.

- Represión de la publicidad ilícita (título VI):

Vía judicial: tribunales civiles y penales.

Vía administrativa: Juntas y jurado central de la publicidad.

- Contratación publicitaria (título V):

Contrato de publicidad en el art. 51.

Contrato de creación en el art. 40.

Contrato de difusión en el art. 43.

Contrato de mediación en el art. 54.

- Creaciones publicitarias (título VII):

Requisitos por su protección.

Novedad y originalidad en el art. 70.

2. CAUSAS QUE MOTIVARON LA REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL DE LA PUBLICIDAD

Años antes de 1988 se llega a la conclusión de que hay que hacer una reforma al estatuto. Esta reforma es necesaria por estas razones:

- Hay una nueva constitución, con principios muy contrarios al régimen anterior. El derecho de la Publicidad ha de ajustarse a un nuevo régimen.

- Esa vía administrativa para combatir la publicidad ilícita no se utilizaba para solucionar problemas de publicidad ilícita, porque esos organismos habían desaparecido ya que había habido una remodelación ministerial y desaparece la Junta Central de Publicidad con lo que los asuntos no llegaban al jurado. Entre 1978 y 1988 los asuntos que llegaron a los tribunales para solucionar temas de publicidad ilícita no llegaron a 5.
- Porque España era miembro de pleno derecho de la U.E. (1986). El 10 de septiembre del 84 se promulga la Directiva de Publicidad engañosa, y por tanto, España ha de acoplarse a los principios rectores que establecía la Directiva sobre publicidad engañosa de 1984.

Esto aparece recogido en la Exposición de motivos de la LGP.

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA LEY GENERAL DE PUBLICIDAD DE 11 NOVIEMBRE DE 1988

Por tanto, con todo esto se elabora una reforma y se crea la LGP de 1988.

- Disposiciones generales.
- Publicidad ilícita.
- Contratación publicitaria:
 - Contrato de publicidad.
 - Contrato de fusión publicitaria.
 - Contrato de creación publicitaria.
 - Contrato de patrocinio.

- Normas procesales.
- Disposiciones generales: Art. 2.

Además de la LGP hay otras normas que contemplan aspectos de publicidad de productos y servicios, por lo que también hay que tenerlas en cuenta, por ejemplo los productos farmacéuticos.

- Publicidad ilícita: del Art. 3 al Art. 8.

Habla de publicidad ilícita, que no se puede hacer esa publicidad.

- Contratación publicitaria: del Art. 9 al Art. 24.

Regula la contratación publicitaria. Primero hay unas disposiciones generales (del art.9 al 14) y después se regulan los contratos específicos (especificados arriba) que hay en la Ley General de la Publicidad (del art. 15 al 24).

- Normas Procesales.

Habla de normas procesales. Que normas procesales va a haber para procesar la publicidad ilícita.

- MODALIDADES DE PUBLICIDAD ILÍCITA: Art. 3.
- La que atenta contra los valores y derechos (derechos de propiedad intelectual, derecho al nombre, a la imagen...) constitucionales. Art. 3 a.
- La publicidad engañosa. Art. 4.
 - publicidad engañosa en sentido propio.
 - Publicidad encubierta (engañosa por la forma de presentarse).

- Publicidad engañosa por omisión.
- La publicidad desleal.
 - publicidad denigratoria (art.6 a.)
 - publicidad enfusionista (art.6 b.)
 - publicidad parasitaria o adhesiva (art.6 b)
 - cláusula general contra la publicidad desleal (art.6 b.)
 - publicidad comparativa desleal (art.6 c.)
- La publicidad subliminal. Art. 7.
- La publicidad infractora de productos con régimen especial. Art. 8.

LAS NORMAS PROCESALES: para * la publicidad ilícita.

- Jurisdicción. Art. 25.
- Legislación. Art. 25.
- Acciones judiciales:
- Cesación. Art. 26.
- Rectificación. Art. 27.
- Requerimiento previo. Art. 25.2.
- Medidas y sanciones. Art. 31.
- Supresión elementos ilícitos de la publicidad.
- Cesación o prohibición definitiva.
 - Es lo normal que vengan acompañados de a) o b).
- Publicación total o parcial de la sentencia.
- Publicidad correctora.
 - Cosas accesorias.

TEMA 8

PUBLICIDAD ILÍCITA

Lo que entiende la LGP por publicidad ilícita, art. 3 (también en el art. 4 engañosa, el 5 desleal, el 6 subliminal...), nos definen que es cada cosa. Lo normal es escoger el art. Concreto dependiendo del caso. Vamos a ver criterios generales analizados en función del caso concreto.

2. LIMITES A LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA

2.1. La publicidad contraria a la dignidad humana

Aquella que atenta a la dignidad de la persona... Esta normas, es como superflua, ya que dice que debe respetar la constitución española. Si hubiera puesto no pasaría nada ya que de por sí se ha de respetar la constitución.

1er límite: que sea respetuosa con la dignidad de la persona (un anuncio de zapatos, una niña con * en la expresión no podemos hacer nada por su cara, hagámoslo con sus pies// otro anuncio más reciente, el de Benetton y la foto del enfermo terminal de SIDA con sus parientes alrededor, para los Tribunales alemanes atentaba contra la dignidad de la persona).

Contrario a la dignidad de la mujer (especificando más): campaña para donar sangre, donde aparece el cuerpo de una mujer con la indicación que podía ser un buen surtidor (de sangre). // El año pasado el anuncio de BMW, te gusta conducir, donde se exponía: no es lo mismo... fue entendido por una persona como contrario a su dignidad (sin embargo, en publicidad el su personal no interesa, tiene que no interesar a toda la sociedad), decía que le molestó la frase no es lo mismo beber, del biberón, que beber del pecho.

La * a la publicidad de la mujer un ejemplo: campaña de zapatos en la que la figura de una modelo representada la parte de las nalgas con un grabado como una vaca la fuerza de lo auténtico. Ejemplos que presenta a la mujer como objeto sexual.

–Se publicó en vallas, era de baterías para coches, aparecía una mujer encima del capó muy provocativa, semidesnuda, el eslogan, móntatela (del año 90), en aquel momento se consideró que era contraria a la dignidad de la persona y más concretamente de la mujer en cuanto que la usa como un mero objeto sexual.

–Otra campaña: de Apiserum, donde hacen el sorteo de una moto. Aparece con la moto una chica muy exuberante y dicen ¿te atreves a montarla? Me atrevo con todo.

–Una agencia de publicidad lanzó un anuncio en el que se veían los pechos de una mujer, muy marcados, superpuestos los aros de los Juegos Olímpicos, y justo debajo ponía centrados y en su sitio.

–Anuncio de Ron negrita: una joven con un vaso de ron tapándolo con el pecho, el eslogan Ron negrita caprichos caribeños.

–Ron Barceló: un paisaje de una playa caribeña con una joven semidesnuda, Este oscuro objeto de deseo. Auténtico sabor dominicano.

–Ron Bacardí: señora en la bañera consumido con pasión desde 1862.

–Ballantines: mujer desnuda de arriba, vaqueros semiabiertos y un hoyo de golf cerca del ombligo y dice momentos de inspiración.

–Anuncio de Busco a Jacks: resuelto el 3 de febrero de 1999 en una resolución del jurado: parte de que es un modelo de sociedad el desnudo o semidesnudo no puede ser altercado a la dignidad de la persona.

2ºlímite: sobre los valores constitucionales. El art. 1 de la Constitución dice que los valores que se tienen que respetan a la igualdad, la justicia, libertad y pluralismo político. Pero también es importante, las instituciones del Estado a * estos valores. Por esto la publicidad no puede ofender a la corona, al gobierno, a las fuerzas armadas, cortes generales, la familia, la iglesia (institución que dependen estos valores) y también la propia creencia política o religiosa de las personas. Esto nos lleva a analizar un tipo de publicidad en que se trata a la iglesia. Por ejemplo: la campaña de Benetton donde se besan un cura y una monja. // La campaña de Peugeot, de un joven que va a comulgar u tiene un piercing en la lengua.

2.2. Valores y derechos constitucionales: especial referencia a la publicidad discriminatoria

- **Art. 14 de la Constitución recoge el Ppio de igualdad.**

La publicidad discriminatoria atenta contra este principio. Por ejemplo, la mujer en un papel de sumisión con respecto al hombre, esto sería publicidad discriminatoria con respecto al sexo.

Este art. 14 de la Constitución dice que no se puede discriminar por motivo de lugar de nacimiento, raza, sexo, opinión... etc.

Publicidad de tono estrictamente personal: donde se hace alusión a una circunstancia personalísima de los empresarios y está rigurosamente prohibida porque no se puede hacer alusión a una circunstancia personal de un competidor como tipo de raza o de religión. ; son circunstancias que aunque sean verdad no se pueden decir. Está rigurosamente prohibida porque es discriminatoria e iría contra el principio de la Constitución recogido en el art. 14 y es una forma de denigración.

Podría ser también prohibida aquella publicidad que atente contra algún principio constitucional o que apele a un comportamiento antisocial. Serían casos de publicidad ilícita.

Art. 3 (apartado a) de la LGP: dice que es ilícita aquella publicidad que atente contra la dignidad de la persona y que vaya en contra de los derechos constitucionales, tiene que respetar cualquier derecho que se recoja en la Constitución.

- **Art. 18 de la Constitución:** Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen:
- **Derecho a la intimidad:**

Hay que ser respetuosos con los derechos de las personas que quieren preservar su intimidad y no recibir publicidad (B/ datos protegidos, etc.). Los Tribunales Españoles ya han señalado que la venta de B/ datos a agencias de publicidad... es una acción ilícita y como tal puede ser multada.

Ejemplo: sentencia del 14 de abril del 2000: multa de 50 mill. Ptas. Por la venta de datos extraídos del cese electoral (práctica totalmente ilícita).

Publicidad molesta: la que recibimos vía teléfono, fax, correo electrónico... que atentan contra nuestra intimidad. Esta modalidad publicitaria puede atentar contra el derecho a la intimidad del art. 18 de la constitución.

2.3. Derecho a la propia imagen

Hay una ley orgánica que ha desarrollado este derecho.

Este principio tiene el siguiente régimen jurídico:

- **art. 18 de la Constitución.**
- **Ley Orgánica 1/1982, 5 de mayo de 1982.**

Si alguien quiere utilizar la imagen de una persona en publicidad (sea o no famosa) necesitamos su autorización, es decir, un previo consentimiento.

NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN:

En los artículos 7.6 y 2.2.

- **Se considera intromisión ilegítima la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales (marcas) o de naturaleza análoga (publicidad electoral, propaganda) si el titular del derecho no hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso.**
- **No operan los límites del art. 8 de la ley 1/1982 en materia de publicidad (art. 8, cuando las personas son públicas y la imagen se capta en un sitio público si tiene derecho a difundir esa imagen, no puede negarse la persona en cuestión a que salga su imagen en TV, etc.), pero en**

publicidad no se pueden utilizar estas imágenes, son en prensa, Tv con fines informativos.

- Un fallecido, ¿tiene derechos de imagen? ¿Los heredan sus descendientes?. Ej. : la imagen de Elvis Preystley o Marilyn Monroe aparecen mucho aún después de muertos.

IMAGEN DE LA PERSONA FALLECIDA:

En los artículos del 4 al 6.

- Persona física o jurídica designada en el testamento (ej. : Paloma Picasso fue designada por su padre Pablo Picasso).
- Si no hay testamento, cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos que vivan al momento del fallecimiento.
- Si no hay testamento ni personas sobrevivientes, el fiscal.
- Máximo: mientras vivan los familiares a 80 años (fiscal o persona jurídica). A partir de entonces, los derechos de imagen se liberan y los pueden usar todo el mundo.

DERECHOS DE IMAGEN INTELECTUAL:

El art. 20 (1b) de la Constitución dice que se protegen y reconocen los derechos de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, estos son los derechos de autor.

Existe la ley de 1987, ley vigente actualmente de propiedad intelectual. Cualquier uso de creación artística (música, foto, escultura), literaria (un verso), científica... etc. Tiene unos derechos de autor, creador de esa obra. Si queremos usar parte de su creación hay que pedir el consentimiento a su autor (ej. : música en publicidad). Siempre la autorización de quien posee esos derechos de autor. Estos derechos duran toda la vida del autor y hasta 70 años después de su muerte (se pedirá la autorización a la propia persona, mientras viva, o a sus descendientes que hayan heredado dicha propiedad intelectual).

- Existen otros derechos de carácter no fundamental: citamos 2 como los más importantes:
- Derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y además un deber de conservar el medio ambiente por parte de todos. Art. 45.
- Derecho o principio de los consumidores a obtener información veraz. Se recoge en la ley de 1984.

Un ejemplo sobre el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: una modalidad publicitaria que deteriore el paisaje: roturar montañas... etc. Va en contra de este derecho. La publicidad molesta o estridente: la que hacen los domingos a las 10h de la mañana los mercadillos ambulantes.

Puede existir publicidad que hace alusión a los ruidos de la vida cotidiana, eso no iría en contra del derecho, sólo sería contraria si se incita a ello, un ejemplo: el anuncio de Pepsi, donde un grupo musical ensaya en su casa y molesta a una vecina, fue acusado de incitar al ruido, pero fue absuelto y consideraron, en el tribunal de autocontrol de la publicidad no incitaba al ruido.

3. REGIMENES ESPECIALES DE PUBLICIDAD PREVISTOS EN LA LEY GENERAL DE LA PUBLICIDAD

Análisis del art. 8 de la LGP:

Normalmente a la publicidad de productos o servicios se le aplica la LGP, pero hay unos productos a

los que se les aplica un régimen especial. Estas normas especiales vienen establecidas en el art. 8.

Estos productos van a ser regulados de forma especial.

- Regímenes especiales de publicidad (art. 8 de LGP):
- Formas de intervención (del Estado o CC. AA.):
 - Sometimiento a una normativa específica.
 - Autorización administrativa previa, es decir, que por varias razones, el Estado entiende que esa publicidad sea revisada antes de su emisión por una entidad administrativa.

Pueden, dependiendo del producto o servicio someterse a las dos formas, como es el caso de los medicamentos, que siempre se revisa, antes de su emisión, por el Ministerio de Sanidad.

- Productos afectados (art. 8. 1)
 - Materiales o productos sanitarios.
 - Materiales o productos sometidos a reglamentos técnico-sanitarias.
 - Productos o servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio.

Estos dos siguientes, tienen que tener unas normas especiales de publicidad:

- Publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar.
- Especial consideración de los estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos (art. 8. 4).

En los apartados 2 y 3 del art. 8:

–2: que requisitos de la normativa específica.

–3: que requisitos debe tener la autorización administrativa previa.

En el art. 8 se dice:

- Cuales son los productos.
- Forma y condiciones para definir la publicidad.
- Si se somete o no a la autorización administrativa propia.

Toda norma que someta a la publicidad a la autorización administrativa propia, tiene que tener un plazo a la petición que se hace a la administración para ver si se da esa autorización o no, si no se contesta, el silencio se supone por aceptada, si no dicen que no tiene que justificar el por qué y si nos lo dan no tienen porque justificarlo.

ASPECTOS CONCRETOS DE LA REGULACIÓN:

- Características de las normas publicitarias (art. 8. 2).
- Régimen de la autorización administrativa (art. 8. 3).

PUBLICIDAD DE TABACO Y BEBIDAS ALCOHOLICAS:

- Prohibición en televisión de tabaco y bebida con más de 20° (tampoco se puede hacer publicidad

indirecta). Art. 9 y 10. Está prohibida cualquier tipo de publicidad, directa o indirecta.

- Prohibición de publicidad de tabaco y bebidas alcohólicas en lugares donde esté prohibida su venta o consumo. Art. 8. En un hospital no se puede fumar y tampoco se puede hacer publicidad. En el fútbol está prohibido beber y tampoco se puede anunciar, hace poco se anunció cerveza y se declaró como publicidad ilícita, sin embargo, si que se puede fumar y por tanto, se puede anunciar tabaco.
- Limite en otros medios.
- Los anuncios de alcohol inferior a 20° que son permitidos tienen límites:
 - No pueden ser dirigidos a menores de edad.
 - Ni presentar a menores consumiendo esa bebida.
 - No se puede asociar el consumo a mejoras físicas: sexuales, intelectuales, de éxito... etc.
 - No debe estimular el consumo inmoderado, ni tampoco dejar mal la abstinencia.

En algunas CC. AA. Se prohíbe la publicidad externa de bebidas alcohólicas, como es el caso de Cataluña.

• LA PUBLICIDAD INDIRECTA

Existen productos cuya publicidad está prohibida en ciertos medios. Por ello, el empresario hace publicidad indirecta, pretende que el anuncio no cite expresamente el producto prohibido pero sugiere ese producto o hace que el consumidor lo asocie.

• Técnicas para realizar este tipo de publicidad, publicidad indirecta: hay 2 formas:

- Publicidad de una marca famosa pero donde no se cita ningún producto, conocida como publicidad corporativa.

Ej.: Bacardi; Cuatro (una fundación); Osborne campaña de así somos; Larios.

- Crear una nueva línea de productos y anunciarlos con la marca de los productos prohibidos. Normalmente este producto o no existe o es difícil de encontrar, o no compensa a escala económica realizar una campaña. Este producto se llama producto pretexto o producto máscara.

Ej.: Larios pick; Bacardi Cubalibre de 5°; Ducados Duca-2 (creado por Tabacalera). Suele enmascararse el producto, pero solo lo suficiente para ser publicidad indirecta y que el consumidor sepa a que producto prohibido se está refiriendo. For Sun gafas de sol (por Fortuna). Sin embargo, la publicidad de Camel, de relojes o botas es anterior a la norma por tanto tiene ciertos derechos adquiridos y es difícil prohibirlo.

- Delimitación frente a figuras afines

Hay que distinguir la publicidad indirecta de la publicidad encubierta o publicidad subliminal.

Se entiende por publicidad encubierta la publicidad que se encubre y se da forma de noticias a un determinado producto o servicio, para que el consumidor lo perciba como una noticia, y no como publicidad. En la publicidad indirecta se anuncia un producto prohibido a través de asociar un producto nuevo, que a veces ni existe, con el prohibido.

En la publicidad subliminal el receptor no se da cuenta de recibir el mensaje, en la indirecta si que es consciente.

En ocasiones, se pueden mezclar las técnicas, por ejemplo la publicidad indirecta y la encubierta, es decir, la publicidad indirecta a través de la publicidad encubierta, el ejemplo más claro es el product placement, emplazamiento del producto en una serie de televisión.

Pero la publicidad indirecta está prohibida tanto en la LGP como en la Directiva sobre TV de 1999.

En la Directiva de 1999 sobre TV se define la publicidad indirecta como: 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 incluyen su producción o comercialización (Es decir, que a veces no se utiliza el nombre de la marca pero el nombre de la empresa es muy conocido y se asocia al producto prohibido).

– Ejemplos de casos resueltos en Tribunales Españoles:

- Sentencia del Tribunal Supremo (es decir, inapelable) de 26/7/1997: se considera publicidad ilícita realizada por la empresa La Navarra en su anuncio de pacharán: en el descanso de una retransmisión de fútbol decía el anuncio La Navarra les ofrece la repetición de las mejores jugadas y después La Navarra les ha ofrecido la repetición de las mejores jugadas.
- Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid de 29/9/2000: declara publicidad ilícita la hecha para unas gafas de sol con la marca Forsun, por una empresa, y que una vez realizado el estudio para descubrir si se asociaba los logotipos de publicidad en vallas se aprecia que si que se asocian a la marca Fortuna.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Majadahonda el 12/5/1999: se declara publicidad ilícita la realizada por Ducados por anunciar un CD de música llamado Duca-2, Carácter latino, que se asociaba con una publicidad en vallas de la empresa Ducados con el mismo eslogan, carácter latino.
- Sentencia de 9/12/1999 que declara publicidad ilícita la realizada por Bacardi y su cubalibre de 5°, declarando que no se ve claramente el producto, no se anuncia directamente, y se centra en la imagen corporativa de la empresa. Actualmente, en la nueva campaña, el producto se ve claramente.

• Normas aplicables a la publicidad indirecta

Nos ceñimos a la normativa estatal puesto que hay muchas normas autonómicas al respecto.

Normas Estatales:

- Art. 8, número 5 de la LGP: se prohíbe en TV la publicidad de tabaco y bebidas alcohólicas. En este artículo no se prohíbe claramente la publicidad indirecta, sin embargo, ateniéndose al art. 2 de LGP donde se define lo que se entiende por publicidad, se alude a la publicidad directa e indirecta, por tanto está prohibida toda clase o tipo de publicidad.
- Art. 9 de la ley de TV de 1994: publicidad y televenta prohibidas:
 - cualquier forma directa o indirecta, de publicidad de cigarrillos y demás productos de tabaco.
 - La televenta de medicamentos, tratamientos médicos y productos sanitarios.
- Art. 10 de la ley de TV de 1999: se señala que queda prohibida toda forma directa o indirecta de bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales, antes de esta reforma, en la ley de 1994, la publicidad indirecta de bebidas alcohólicas no estaba prohibido.

Y aunque estas normas estatales no existieran, hay normas más genéricas por las que se podría prohibir la publicidad indirecta:

- **Cláusula general prohibitiva de la Ley de Competencia desleal:** se prohíbe toda publicidad contraria a las normas de corrección o buenos usos mercantiles, si la publicidad es contraria se le declara publicidad ilícita.
- **Art. 5 de la LCD: Cláusula General,** será desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.
- **Art. 15 de la LCD: Violación de normas,** se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. Al infringir una norma será publicidad desleal.

En general, cuando alguien entra en el mercado hay unas normas (que se cumplen o no) y quien no las cumple tiene ventajas. En la publicidad indirecta, si permitimos su realización, estos que la realicen estarán en ventaja. Por ello hay que reaccionar contra este hecho. Sin embargo, existe el caso de que en unas cadenas de TV si lo admiten y en otras no, por ello todos los anunciantes se irían a la que lo permitiese.

Por otro lado, nos encontramos también con normas en el Código Civil: hay dos normas que establecen 2 principios:

- **Art. 7: principio de buena fe.**
- **Art. 6, punto 4: prohíbe el fraude de ley:** es decir, cuando se invoca una norma para realizar algo, pero que se infringe otra norma.

TEMA 9

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

1. INTRODUCCIÓN. LEYES APLICABLES

Dentro de las modalidades de publicidad ilícita ocupa un lugar destacable la publicidad engañosa que es la moda. Más frecuente en la práctica, según pone de relieve el número de sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia, así como el número de resoluciones que sobre ésta ha dictado el jurado de la Asociación Autocontrol de la Publicidad al aplicar las correspondientes normas éticas, concretamente, los códigos de conducta que viene aplicando el citado jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad.

Por ser la figura publicitaria más frecuente en la práctica, a la hora de regular puede que se contemple la misma en varias leyes españolas:

- **Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, 19 de julio de 1984:** contempla en el art. 8 la figura de la publicidad engañosa. Pero la contemplación de esta figura va precedida de una declaración fundamental respecto a la consideración de la publicidad. En este sentido el párrafo primero de este art. 8 viene a calificar a la publicidad como una oferta de contrato (el consumidor puede exigir al anunciante tanto las prestaciones que ofrece y su contenido y las garantías de la misma). El anunciante queda vinculado frente al consumidor por las alegaciones publicitarias que vierten en su publicidad.

Además de considerar a la publicidad como una oferta de contrato, en el párrafo tercero del art. 8, califica la publicidad engañosa como fraude (prevé que la publicidad engañosa desde el punto de vista administrativo puede ser considerado como fraude y ser sancionado). Cualquiera que haya sido víctima puede denunciar a la dirección de consumidor de la comunidad autónoma correspondiente y hacer un expediente administrativo (que solo será una multa), pero el consumidor no podrá recuperar el dinero ya que no se encuentra facultado para hacerlo).

- **La Ley General de la Publicidad del 11 de noviembre de 1988 (LGP):** prohíbe en el art. 3 la publicidad

engañoso (en el apartado B: dice que es ilícita la publicidad engañosa). El concepto de publicidad engañosa viene recogido en el art. 4 (aquella que induce a error a los consumidores o destinatarios).

- La Ley del 10 de enero de 1991 que regula la competencia desleal: vuelve a contemplar la figura de publicidad engañosa. En el art. 7 consagra a los denominados Actos de engaño.

Hay 3 importantes leyes en España que contemplan la publicidad engañosa. Pero este panorama de la publicidad engañosa se vio alterado en 1995 con el Código Penal, ya que hasta el 1995 la publicidad engañosa constituía un ilícito civil (si no había una demanda de un afectado, los Tribunales no podían intervenir/perseguir de oficio una campaña de publicidad engañosa). Esto se trastoca en 1995 al promulgarse el Código Penal, ya que el art. 282 del vigente CP contempla el denominado delito publicitario y si concurre, los requisitos del art. 282, los elementos la publicidad engañosa podría constituir un delito penal y no tan solo un ilícito civil.

2. INTERESES PROTEGIDOS EN LA PROHIBICIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

A regular la publicidad engañosa, tanto la Directiva Comunitaria de 1984 y la LGP de 1988, vienen a proteger diversos grupos o constelaciones de intereses en el momento de reprimir la publicidad engañosa. Estos grupos son fundamentalmente los siguientes:

- El de los consumidores.
- El de los competidores.
- El interés general.
- Interés de los consumidores:

El mercado de competencia o el sistema de economía de mercado se caracteriza porque no es transparente (los consumidores no disponemos de una información adecuada a la hora de adquirir un producto o a la hora de contratar un servicio) dado que hay un gran número de productos para satisfacer una misma necesidad, es imposible conocer los datos, los precios, las características, las ventajas o desventajas de ese producto.

Dado esto se comprende que el interés que tiene el consumidor es que se le suministre, que se le facilite la información necesaria para poder adoptar una decisión racional a la hora de compra o contratar el producto o servicios, de tal manera que si las empresas anunciantes facilitan esta información veraz y completa, se está contribuyendo a que el mercado sea transparente.

Por lo tanto desde el punto de vista del interés de cualquier consumidor no puede admitirse la publicidad engañosa, ya que enturbia el mercado en lugar de hacerlo transparente.

- Interés de los competidores:

Este interés también requiere que se prohíba la publicidad falaz o engañosa, porque si un empresario practica esta modalidad publicitaria y el consumidor adquiere el producto anunciado en lugar del producto del competidor, se lo está produciendo un perjuicio a ese competidor porque a través de la publicidad engañosa ese anunciante/empresario está retrayendo de manera ilícita a los consumidores.

El interés de los empresarios competidores de ese comerciante de publicidad engañosa requiere que se sancione esa publicidad engañosa.

- Interés general:

El interés general no debe confundirse con el interés de los consumidores (en la ley de Competencia Desleal de 1991, se habla en tercer lugar del interés público del Estado, que es el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado) que es el interés general, y dice que la competencia sea sana y no

corrompida y en nuestro caso que la publicidad sea sana y que no esté corrompida. Una publicidad no es sana si induce a engaño o a error a los consumidores (se produce un desequilibrio en esa sana competencia que en general debe mantenerse en cualquier mercado).

El párrafo primero del art. 4 que suministra un concepto muy amplio de publicidad engañosa porque se considera como tal la publicidad que induce o puede inducir a error. Esta definición permite señalar que existirá publicidad engañosa cuando el anunciante conscientemente altere los hechos y en segundo término cuando, sin deformar los hechos, se induzca a error, es más, no se requiere una inducción efectiva a error sino que basta la potencialidad a inducir a error para que exista esta modalidad publicitaria. Así cabría calificar como publicidad engañosa un anuncio que en un plano abstracto sea veraz pero que se pueda interpretar erróneamente. En la práctica ya se han dado casos:

- 12 de mayo de 1992 (avd. Provincia de Sevilla) que prohibía anuncios de este tipo, este era una publicidad efectuada por la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla, que publica en el ABC, Empresas legalmente constituidas e inscritas en esta asociación... , se consideró publicidad engañosa, pero también se dijo que no faltaba a la verdad.

Si el texto de un anuncio es parcialmente engañoso y parcialmente veraz, se puede considerar engañoso en su totalidad si induce a error a los destinatarios (esto se averigua mediante los sondeos de opinión).

En España, las sentencias se vienen basando en la propia convicción de los jueces, y son pocas las veces en que los jueces se basan en encuestas de opinión, salvo en raras excepciones. El que presente una demanda tendrá que probar que ese anuncio induce a error ya que de lo contrario podría admitirse como lícito. La sentencia del 3 de febrero de 1989 declara que no era publicidad, el anuncio de Citroën donde se decía ni un duro hasta abril del 90, sin embargo, un asterisco *, señalaba en letra pequeña, excepto entrada inicial, y donde los demandantes no provocan que un solo consumidor fuera engañado, y no se califica como publicidad engañosa.

Si se interpreta en sentido contrario, lo de que la publicidad puede afectar al comportamiento económico, un anuncio que no se lo cree el consumidor, el consumidor no otorga crédito a esa manifestación publicitaria, por tanto, no estaríamos ante una publicidad engañosa sino ante la exageración publicitaria.

Por último en este art. 4, se habla de que la publicidad engañosa perjudique o pueda perjudicar a un competidor. Esta eventual exigencia es criticable porque la publicidad engañosa existe con independencia de que se cause cualquier perjuicio al competidor, incluso puede existir publicidad engañosa sin que exista ningún perjuicio para el competidor (cuando el anunciante se encuentre en situación de monopolio). También el eventual perjuicio que puede tener un competidor es un reflejo de la publicidad engañosa.

3. ANALISIS DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY GENERAL DE LA PUBLICIDAD

Dentro de este concepto de la publicidad engañosa del art. 4 de la LGP podemos distinguir dos figuras específicas (2 modalidades):

- La publicidad encubierta.
- La publicidad engañosa por omisión o silencio del anunciante.
- Publicidad encubierta (tema 13):

Párrafo primero del art. 4. Por su presentación induce o es susceptible a inducir a error. Esta figura surge cuando el público no es consciente de que una determinada manifestación constituye una actividad publicitaria, de tal forma que puede adoptar la apariencia de un concurso, entrevista radiofónica, de una noticia de información general en un periódico... etc., produciendo la sensación de que estamos ante hechos ajenos al anunciante. Todo eso produce la sensación que el anunciante es ajeno, cuando es él quien lo paga.

Así se produce un engaño en los consumidores, pero no versa en el contenido de la publicidad sino en la forma de presentación de la publicidad. La publicidad encubierta induce a error sobre la clase, el público no identifica la naturaleza de la publicidad, no lo reconoce como actividad publicitaria, el origen, el público desconoce porque no piensa que procede del anunciante y sobre el valor de las alegaciones publicitarias, el público otorga credibilidad a ese concurso, entrevista o lo que sea. La figura del emplazamiento del producto (para evitar el zapping), dentro de una película, serie o cualquier otra manifestación, se introduce una marca de un producto. Esto no cumple con la norma porque en el art. 11 de la LGP exige a los medios que identifique claramente las afirmaciones que efectúen dentro de la difusión publicitaria, y no solo se le imputa a ellos sino también a los anunciantes (tienen que desvelar el carácter publicitario de su anuncio).

Una norma: la ley del 12 de julio de 1994 de la Directiva sobre la publicidad sin fronteras, art. 12, la publicidad tiene que identificarse fácilmente y tiene que diferenciarse de los programas de TV, bien a través de medios ópticos o bien, medios acústicos.

Estaría prohibido el emplazamiento del producto por el Derecho español, además de por lo dicho en la LGP, y la Directiva del 12 de julio de 1994, porque se engaña al público, ya que el consumidor que contempla esa película o serie, piensa que ese producto aparece en escena porque es adecuado para caracterizar al personaje.

- Publicidad engañosa por omisión o silencio del anunciante: (4. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA POR SILENCIO DEL ANUNCIANTE):

Esta publicidad ha ocasionado muchas discusiones:

Por un lado, la opinión de asociaciones que defienden a los consumidores, opinan que es publicidad engañosa si se omiten circunstancias necesarias para el conocimiento previo del producto.

Por otro lado, los profesionales de la materia como son agencias o anunciantes opinan que obligar al anunciante a desvelar todos los datos es desorbitado y no debería darse, además por el carácter económico, sobre todo por el espacio limitado, los anuncios serían muy largos y muy amplios en el espacio.

Este tema se ha debatido tanto en Europa, por la Comunidad Económica Europea como en EE.UU. Y es en este último país donde se introduce en 1938 el caso.

Lo fundamental era y es determinar que datos no deben omitirse en publicidad. Nos encontramos con varias tesis:

- La más radical opina: que cualquier publicidad que no exponga todos los datos, entonces, sería una verdad a medias, por tanto, habría algo de mentira, y por consiguiente sería publicidad engañosa.
- La vertiente moderada: solo habría publicidad engañosa cuando el dato omitido sea esencial, y la omisión tuviera como consecuencia directa el engaño, por tanto, no sería publicidad engañosa cualquier silencio.

En Europa, en los proyectos previos a la Directiva de 1984 de publicidad engañosa si que recogen el caso de publicidad por omisión, pero en el texto de la Directiva, en el art. 2, no se recoge expresamente, aunque si que se puede deducir en la definición de publicidad que se hace en la Directiva por que dice: toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación...

Sin embargo, en la LGP, si que se recoge expresamente, en el art. 4, después de la definición de publicidad engañosa, se dice que se entiende por publicidad engañosa por omisión, párrafo 2: es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.

En España se recoge la tesis moderada de la doctrina norteamericana.

Según el profesor Gómez Montero, es necesario que esté tipificado es supuesto, para saber los límites y requisitos y como interpretar los anuncios por parte de la legislación.

La LGP es clara cuando establece los 2 requisitos para que exista publicidad engañosa:

- Tiene que ser un dato fundamental.
- Que induzca a error.

Por tanto, si se convence a alguien que un dato no es esencial, no habría publicidad engañosa.

Y si hay datos fundamentales que no induzcan a error, no sería publicidad engañosa.

- Recordar que en caso de publicidad engañosa, siempre hay que analizar en concreto el anuncio que se esté juzgando.

La doctrina distingue entre:

- Alegaciones publicitarias incompletas: cuando un anuncio hace referencia a una cuestión de su producto pero no se hablan de las circunstancias concretas que atañen a la cuestión. Si esas circunstancias se revelan, entonces generan otras expectativas en el destinatario, por tanto, sería publicidad engañosa.
- Simples omisiones publicitarias: en un anuncio no se hace referencia ni de manera incidental a un tema o característica del producto que puede ser importante, si no habla de ese tema en concreto, que omita una característica de ese tema, no tiene porque decirlo, no crea falsas expectativas.

Por regla general, las alegaciones publicitarias incompletas deben considerarse publicidad engañosa, porque crea falsas expectativas, sin embargo, la simple omisión publicitaria, en principio no es engañosa, siempre que no cree falsas expectativas.

Ejemplos:

- Caso, 10/2/77, Munich, alegación publicitaria incompleta, un anuncio de esquís, se omite que eran modelos anticuados los que estaban a bajo precio.
- En España, un banco anunciaba intereses determinados para un depósito, pero se omitía que el interés era a partir de 1millon de pesetas, no desde la primera peseta, por tanto, alegación publicitaria incompleta. Este caso fue resuelto por el juzgado de primera instancia de Madrid, y le aplicó el art.4 apartado segundo de la LGP.
- Una empresa que vendía coches de Alfa Romeo, omitía que no era de la Red Oficial de Alfa Romeo, por tanto, no tenía garantía oficial, por tanto, creaba falsas expectativas, y se considera por tanto, publicidad engañosa.
- La publicidad engañosa pro omisión se produce cuando: se omite un dato, que si fuera conocido por el consumidor le haría cambiar su decisión de compra del producto.

• ACTO DE ENGAÑO EN LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

El art. 7 de la LCD: se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas.

- Indicaciones incorrectas o falsa, se refiere con incorrectas cuando el anunciante lo hace sin intencionalidad, sin dolo, y serían falsas cuando lo hace con dolo. En esta ley no importa la intención del anunciante, si el público lo ve, es publicidad engañosa.
- La omisión de las verdaderas por ello se relaciona con la publicidad engañosa por omisión o silencio del anunciante.
- Sea susceptible de inducir a error: se diferencia de la LGP porque aquí se dice que sea susceptible de inducir, en la LGP basta con que induzca a error. Y se diferencia también porque aquí los datos no deben ser fundamentales, basta la omisión de indicaciones verdaderas.
- Sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo... etc. Nos recoge las características sobre las que puede versar el engaño, al igual que lo hace el art. 5 de LGP de forma similar.
- Gómez Montero dice que en la publicidad, la LGP prima sobre la LCD, esta última sería complementaria.

TEMA 10

La Publicidad de Tono Excluyente (I)

1. EL CONCEPTO DE PUBLICIDAD DE TONO EXCLUYENTE Y SU DELIMITACIÓN FRENTE A LAS FIGURAS PUBLICITARIAS AFINES

Dos son las razones para delimitar la publicidad de tono excluyente de estas figuras parecidas:

- Pueden configurarse en su aspecto externo como la publicidad de tono excluyente, por ejemplo, muchas de ellas utilizan los mismos recursos gramaticales.
- Las modalidades afines a la publicidad de tono excluyente no quedan sometidas al mismo régimen jurídico.

A. EL JUICIO ESTIMATIVO PUBLICITARIO

Son todas aquellas expresiones que se imitan a manifestar una opinión del anunciante la cual no es susceptible de ser objetivamente comprobada porque no menciona ningún hecho. Es preciso señalar que:

- No debe confundirse con el matiz subjetivo propio e inherente a toda manifestación publicitaria Toda acción publicitaria por el hecho de ser publicidad es subjetiva y responde a los intereses del anunciante.
- Versa sobre puntos opinables con respecto a los cuales no existen pautas objetivas para determinar su exactitud o inexactitud. Se refiere a extremos que son apreciados de modo diferente por cada consumidor.
- La comparabilidad es lo que les diferencia de la publicidad de tono excluyente, los juicios estimativos no son comparables.
- No puede quedar sometido al principio de veracidad publicitaria.

Fernández Novoa distingue dos grupos de expresiones:

- Juicios estéticos, el coche más feo del mundo.
- Apreciaciones concernientes a materia de gusto personal, Dunhill, el cigarrillo más distinguido del mundo.

Para determinar si una manifestación publicitaria es un juicio estimativo publicitario se han de seguir

las siguientes pautas:

- Será publicidad de tono excluyente simplemente con que una parte o núcleo de la manifestación publicitaria sea comprobable. Este hecho obliga a diferenciar:
- Juicio estimativo strictu sensu.
- Juicios estimativos aparentes o seudojuicios, expresiones publicitarias que aparentemente exteriorizan una simple opinión del anunciante pero que, en realidad, albergan una alegación cuya exactitud o inexactitud puede comprobar pero sólo si existen pautas sociológicas que permitan comprobar la exactitud de una expresión publicitaria.
- Un juicio estimativo puede convertirse en publicidad de tono excluyente cuando al mismo se añaden alegaciones comprobables para fundamentarlo.
- No existe juicio estimativo cuando el anuncio se refiere a la calidad o al precio del producto o servicio (el turrón más caro del mundo, si alguna marca sacara un turrón más caro se consideraría publicidad ilícita).
- Sólo se entenderá publicidad de tono excluyente cuando puede comprobarse objetivamente si es comprobable y no si el público lo considera comprobable.
- Los juicios estimativos publicitarios son lícitos pero en el momento que haya la menor duda sobre su comprobabilidad se considerará publicidad de tono excluyente. Prevalece el interés general del público de los consumidores sobre el interés del empresario.

En la jurisprudencia española se han dado varias resoluciones relacionadas con los juicios estimativos publicitarios:

- En 1966 El único café instantáneo que sigue sabiendo a café, café, se consideró publicidad comparativa ilícita.
- El Jurado central de publicidad reconoce implícitamente esta figura en una sentencia de 1975 en la que se considera ilícita una campaña de Puleva mama, ¿por qué leche Puleva sale mejor? .

B. LA INCITACIÓN PUBLICITARIA A CONTRATAR

La doctrina alemana define esta modalidad publicitaria como imperativo publicitario aunque algunos autores no la consideran correcta pues:

- Aunque el imperativo verbal es el tipo verbal más frecuente no es el único recurso gramatical de la incitación publicitaria.
- Una manifestación publicitaria con imperativo verbal no implica necesariamente incitación.

Esser la define como aquella expresión concisa, de carácter genérico y carente de contenido informativo que tiene por finalidad incitar o exhortar a los consumidores a que compren el producto o contraten el servicio anunciado.

- Son alabanzas genéricas que el público reconoce como simples incitaciones a contratar.
- Se encuadren dentro de las expresiones publicitarias triviales.

CARACTERÍSTICAS:

- Expresiones concisas y de carácter genérico, en el momento en que se añadan manifestaciones o comentarios dejará de considerarse incitación publicitaria.
- Carecen de contenido informativo, prevalece el aspecto persuasivo, esta característica permite diferenciarlo de:
- Publicidad de tono excluyente, la incitación publicitaria a contratar no puede inducir a error al carecer de contenido informativo. La incitación es pues una figura lícita.

- Juicio estimativo publicitario, el juicio posee contenido informativo aunque no pueda comprobarse.

RECURSOS LINGÜÍSTICOS UTILIZADOS EN LA INCITACIÓN

- verbo en forma imperativa,
- adjetivo en grado superlativo,
- adverbio sólo o el verso.

Como muestra el análisis de la jurisprudencia no siempre se ha reconocido esta modalidad publicitaria:

- Varios casos no fueron considerados como tal: *Después de las comidas, dos minutos Profiden* (1967)
- Se reconoce en 1975 en una sentencia que consideró lícita la publicidad de Schweppes: *Schweppes es la tónica*.

C. LA EXAGERACIÓN PUBLICITARIA

Esta figura es difícil de distinguir de charlatanería publicitaria. Ambas figuras poseen las mismas características y están sometidas al mismo régimen jurídico sólo se diferencian en la intensidad de la exageración.

CARACTERÍSTICAS que permiten diferenciarla de la publicidad de tono excluyente:

- Encierra una alegación concreta y comprobable.
- En toda exageración hay un mínimo de verdad.
- No es tomada en serio por los consumidores y, por tanto, no induce a error por lo que su régimen jurídico no se somete al principio de veracidad(art. 4 LGP)

En cuanto a la LICITUD O ILICITUD de la exageración publicitaria en la doctrina española se mantienen dos posturas:

- Es ilícita, un sector minoritario mantiene esta postura.
- Es lícita, no ha de someterse al principio de veracidad ya que no es idónea para engañar al público(Lema Devesa). Estos autores defienden que el consumidor medio español adopta una actitud crítica y escéptica ante la publicidad.

Por tanto, debe admitirse las exageraciones publicitarias siempre y cuando se excluya toda posibilidad de inducir a error a los consumidores. Si el público no reconoce un determinado anuncio como exageración entonces se someterá al principio de veracidad.

Quienes determinan si un anuncio es exageración publicitaria o no son los consumidores.

EQUIPARACIÓN PUBLICITARIA

Alegación concreta y comprobable a través de la cual se afirma que una empresa, producto o servicio pertenecen a un grupo preeminente pero no se excluye la existencia de empresas similares o productos o servicios equivalentes. No afirma aventajar a sus competidores sino que tan solo afirma pertenecer al grupo puntero o superior.

CARACTERÍSTICAS:

- Son alegaciones concretas y comprobables frente a la incitación publicitaria y frente al juicio estimativo. Se distingue de la exageración publicitaria en que si es susceptible de engañar al consumidor.

- El anunciante únicamente dice encuadrarse en el grupo preeminente de su respectivo ramo económico. Se podría alegar que implícitamente se refiere a los competidores aunque no lo haga directamente.
- No se ha de confundir con la figura de la publicidad adhesiva, en ésta el anunciante equipara la mercancía o servicios propios con los de los competidores para aprovecharse de la buena fama ajena. En la equiparación sólo se refieren a su propia empresa, producto o servicio.

RECURSOS GRAMATICALES:

- El artículo indeterminado, se puede utilizar y no ser equiparación publicitaria.
- La jurisprudencia alemana considera equiparación el comparativo negativo: *Finos la Ina, imposible beber algo más fino.*
- Adjetivo en grado superlativo.

Lo más importante es que habrá que demostrar que pertenece al grupo preeminente y, por tanto estaría sujeta al principio de veracidad.

A. AUTOCOMPARACIÓN PUBLICITARIA

Aquella expresión que pone de relieve la superioridad de un producto o servicio que, con anterioridad, fabricaba y distribuía la misma empresa anunciante y que distinguía con la misma marca; o bien la locución por medio de la cual el anunciante califica su prestación como prestación cumbre con respecto a sus restantes prestaciones que son de un nivel medio (Lema Devesa y Spengler). Se distingue de la publicidad de tono excluyente en que no hace referencia a la superioridad de la empresa o marca en el sector, sino a la superioridad sobre otros productos o marcas de la misma empresa.

B. RECURSOS GRAMATICALES

Adjetivo en grado superlativo y en grado comparativo.

Para considerarse LÍCITA ha de ser veraz y, por tanto, queda sometida al principio de veracidad.

2. CONCEPTO DE PUBLICIDAD DE TONO EXCLUYENTE

De la Cuesta Rute

La publicidad superlativa se manifiesta en los mensajes que argumentan sobre la excelencia superior de las propias prestaciones que se sitúan de este modo por encima de las de los demás competidores.

- **Recoge la finalidad perseguida por la publicidad de tono excluyente al afirmar que se sitúan las propias prestaciones por encima de las de los restantes competidores.**
- **No es necesario el uso del superlativo gramatical para cualificar a este anuncio como publicidad de tono excluyente.**
- **La publicidad de tono excluyente surge cuando el anunciante afirma que supera a los demás competidores.**
- **En cuanto a las definiciones jurisprudenciales hasta los 80 no se había formulado una verdadera definición de publicidad de tono excluyente aunque en algunas sentencias de la época se observan características que se acercan a esta modalidad:**
 - **Resolución de noviembre de 1969: se habla de publicidad con sentido comparativo y excluyente.**
 - **Resolución de 1974, se habla de que la publicidad juzgada poseía significado excluyente: se coloca al producto alabado en una posición no compartida por competidores porque se les**

excluye de la posición preeminente.

Lema Devesa

Es 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 no alcanzada por ningún competidor o, en su caso, por un círculo limitado de competidores

Esta definición delimita esta modalidad frente a figuras afines:

- **Alegación de contenido informativo, frente a la incitación que se refiere a expresiones genéricas carentes de contenido informativo.**
- **Comprobable, frente al juicio estimativo que no es objetivamente comprobable.**
- **Ocupa una posición preeminente que no alcanzan los demás competidores, frente a la equiparación en la que si existe posición preeminente pero se admite que otros la comparten y frente a la autocomparación que no afirma superar o aventajar a competidores sino que sólo es superior con respecto a sus propios productos.**
- **Se refiere tanto a todos los competidores como a un número reducido.**

3. RÉGIMEN JURÍDICO REQUISITOS ESPECIALES PARA LA LICITUD DE LA PUBLICIDAD DE TONO EXCLUYENTE

Publicidad de tono excluyente es aquella que realiza un anunciante cuando mediante un anuncio manifiesta que ocupa una posición preeminente en el mercado frente a sus competidores. Requisitos para su licitud:

- El artículo 8 del Estatuto de la Publicidad habla del principio de veracidad, si no es veraz es publicidad engañosa y, por tanto, ilícita.

Lema Devesa dice que con este requisito no basta, hay que cumplir otros complementarios para evitar que el consumidor sea inducido a error. Para concretar estos requisitos secundarios se refiere a la doctrina y jurisprudencia alemanas.

- El Derecho alemán considera que para hacer publicidad de tono excluyente tiene que existir una ventaja frente a los competidores y una ventaja considerable y duradera.

Lema Devesa opina que sí ha de tener la primera característica no así la segunda y lo justifica con tres argumentos:

- Es difícil saber si la ventaja de un anunciante se mantendrá en el futuro.
- Si se admitiese que fuese verdadera habría que determinar el plazo de mantenimiento de la ventaja lo cual no puede hacerse de forma general sino que habría que examinar cada caso concreto.
- Es una exigencia excesiva porque implicaría que no se podría hacer este tipo de publicidad de forma inmediata sino cuando el anunciante lleve tiempo en la posición aventajada puesto que únicamente tendría así cierta seguridad de que la venta, más o menos consolidada, se podría mantener en el futuro

Lema Devesa considera que si un anunciante alcanza el primer puesto o tiene una ventaja considerable frente a la competencia puede inmediatamente resaltar esa circunstancia en su publicidad.

- Magnitud de la ventaja: el Derecho alemán habla de ventaja considerable con carácter general, por ello hay que considerar las circunstancias de cada caso concreto. A veces no es algo tan claro como una comparación de datos cuantitativos, la cosa se complica cuando quiere emplear frases como la principal

empresa o el producto más completo. En estas situaciones es necesario aplicar criterios cualitativos para apreciar si es una ventaja suficientemente considerable.

- La publicidad de tono excluyente no debe resaltar circunstancias intrascendentes o accesorias de la empresa, producto o servicio alabado. Sin embargo, en la realidad publicitaria española ocurre muchas veces lo cual no nos sorprende atendiendo a la cantidad de productos que hay en el mercado sustancialmente no diferenciados que satisfacen la misma necesidad. Si lo único que diferencia mi producto de los demás es una característica banal no dudo en explotarlo pero, aunque esto no contradice el principio de veracidad, no es lícito. Si un anunciante manifiesta que aventaja a sus competidores por una cualidad intrascendente puede inducir a error al consumidor.

No debe realzar características comunes.

No se deben destacar propiedades como base de la publicidad de tono excluyente si son características de todos los productos, mercancías o servicios de ese género.

Estos casos surgen cuando un producto ha de cumplir determinados requisitos legales de forma obligatoria por lo que no es una cualidad diferenciadora puesto que todos los productos si están en el mercado es porque cumplen esos requisitos. Pueden inducir a error a los consumidores dándoles a entender que las demás marcas si poseen esos defectos.

No debe realzar ventajas neutralizadas por desventajas.

Si se dice las ventajas, ¿hay que hacer también mención de los inconvenientes o esto es excesivo?. No se puede obligar al anunciante a airear sus defectos pero a la vez éste no puede silenciar datos que puedan influir básicamente en la decisión de los consumidores. Ahora bien, ¿debe existir correlación entre la ventaja y la desventaja para que esta neutralice a la primera?.

Algunos autores dicen que no pero según el profesor Lema Devesa esta correlación ha de existir para referirnos a publicidad de tono excluyente ilícita, si no estaríamos hablando de publicidad engañosa por silenciar datos importantes al consumidor.

Necesidad de que exista un punto de referencia para determinar la posición prominente.

Cuando el anunciante basa su argumento en que su producto es el único o sólo el que... resalta una característica única de su producto por lo que no hay empresas en el sector o área geográfica que sirvan como punto de referencia. Es, sin embargo, ilícito utilizar frases como la empresa de mayor venta o el más barato si no existen en el mercado competidores que marquen ese punto de referencia. Pueden inducir a error a los consumidores haciéndoles pensar que realmente es mejor con respecto a otros cuando realmente no es mejor que nada, es lo que es.

¿Es ilícito el tono excluyente cuando la empresa que sirve como punto de referencia es del mismo anunciante?. A juicio de Lema Devesa no lo es, sería igual al caso anterior puesto que aunque en teoría es un competidor en realidad no lo es.

La posición preeminente resaltada en la publicidad de tono excluyente ha de alcanzarse de manera lícita.

Aunque algunos como Esser en la doctrina alemana admiten la publicidad de tono excluyente siempre que ésta sea correcta sin importarle si dicha posición preeminente fue alcanzada de forma lícita o no, el profesor Lema Devesa considera ilícita la publicidad de tono excluyente en estos casos puesto que, según el, la ilicitud de la actividad para conseguir esa posición aventajada se extiende a la publicidad que realice jactándose encima de ello.

Es ilícita también porque engaña al consumidor que presupone honradez en la ventaja señalada omitiendo datos de cómo se consiguió dicha ventaja, datos que si el consumidor conociera a lo mejor afectaban a su decisión de compra.

Considerar ilícita esta publicidad va en beneficio del interés general y en defensa de la libre competencia puesto que perjudicaría a aquellas empresas que trataran de alcanzar una posición preeminente de forma lícita.

• MODALIDADES DE PUBLICIDAD DE TONO EXCLUYENTE

Fueron pocas las resoluciones que en España se dictaron sobre esta modalidad publicitaria, la mayoría de las sentencias tenían como fallo el que se aplicaba el artículo 10 sobre publicidad denigratoria en lugar del art.8 sobre publicidad excluyente.

• El adjetivo en grado superlativo.

Es la expresión más usada porque provoca un gran impacto en el público de los consumidores ya que, de forma clara y concisa, se nos muestra la calidad de un producto frente a los demás(*La mejor hoja de afeitar del mundo*).

El hecho de aplicar el/la mejor constituye un juicio estimativo publicitario solamente cuando alude a un extremo estético o a un punto de gusto personal. En los restantes supuestos la misma deberá considerarse como alegación objetivamente comprobable y , como tal, publicidad de tono excluyente. La alegación de mejor mercancía será veraz si la mercancía ensalzada ofrece una calidad superior a la de los restantes productos de la competencia.

• El superlativo el mayor o la mayor.

Se suele emplear junto al nombre comercial de una empresa o bien junto a la denominación del objeto social.

- La mayor empresa, se refiere a la dimensión o magnitud de la empresa, por este motivo es susceptible de ser comprobado por lo que no puede considerarse juicio estimativo publicitario. Los criterios para fijar las dimensiones de una empresa son su volumen o cifra de ventas demostrable pero con una ventaja considerable respecto a la competencia: oferta de mercancías y variedad.

En Alemania no se consideró un criterio justificable el hecho de vender a precios más baratos o mejores mercancías pero, para Lema Devesa si lo es lo segundo mientras que lo primero es cuestionable ya que los consumidores creen normalmente que las empresas más grandes venden más barato. Tampoco es un criterio el aspecto externo de los locales.

- La mayor fábrica, depende del número de unidades producidas que se relaciona directamente con el número de ventas.
- La mayor revista o periódico: número de secciones informativas y tamaño, número de ejemplares vendidos, no editados o mayor difusión en área geográfica.
- El que más limpia, no se considera exageración cuando el mercado de la publicidad de detergentes está lleno de exageraciones.
- El más viejo: *el más caro porque es el más viejo* se demostró que era el más caro pero no el más viejo por lo que se consideró exageración. Se dictaminó como un eslogan parcialmente inexacto porque el viejo era el brandy, no la empresa.
- La empresa más antigua, las pautas a aplicar en este caso son la experiencia y solidez en el sector, no se fija un número de años sino que depende de la actividad empresarial y el momento en el que surgió el competidor.
- La más moderna, las pautas para argumentarlo son las instalaciones modernas, edificios nuevos,

maquinaria reciente, tecnología avanzada. Aquí si se tiene en cuenta el aspecto externo de los locales, también si fue fundada recientemente y si es la última.

- **Artículo determinado.**

Sirve para resaltar la posición preeminente en el mercado por parte de los empresarios, por ejemplo, *El Bitter*, constituye un caso de competencia desleal y de tono excluyente desde el punto de vista gramatical, no es lo mismo *el Bitter* que *un Bitter*.

Las pautas que determinan cuándo el artículo determinado constituye una modalidad de publicidad de tono excluyente son destacarlo gráficamente o poner énfasis en el mismo o colocarlo de manera estratégica o especial, expresiones como el auténtico, el verdadero... hace que se individualice la prestación la presentación alabada, cuando aparece un nombre geográfico en genitivo junto a dicho artículo que suscita al público la idea de que esa empresa o producto es el único de ese lugar o el más importante.

La aparición del artículo determinado no obliga a que exista publicidad de tono excluyente, es más, a veces es conveniente utilizarlo porque si no la frase no sonaría bien.

- **El adjetivo de grado comparativo.**

Por lo general la publicidad de tono excluyente no es sólo superlativa sino también comparativa pero la publicidad de tono excluyente comparativa es una modalidad que se juzga no por la ley de publicidad comparativa sino por la de tono excluyente: *Coverpal mucho más decorativo, más variado, más resistente*.

El comparativo de superioridad se usa más que el de inferioridad. Esta modalidad se enjuicia como publicidad de tono excluyente.

- **Ulteriores frases o expresiones.**

- El adjetivo único.

Se hace de manera desleal cuando se aprovecha la buena fama ajena, también se utiliza para poner de manifiesto la posición excluyente del anunciante. Resoluciones al respecto:

- 5 de septiembre de 1966 : *El único café soluble instantáneo que sigue sabiendo a café, café*. Nescafé le demanda porque consideraba el anuncio como publicidad comparativa, la resolución fue que desacreditaba a los productos de la competencia e infringía la norma prohibitiva de la denigración (art. 10 del Estatuto de la publicidad).

Pero el Tribunal se equivocó, único es normal en publicidad de tono excluyente y cuando se usa para referirse a un extremo que no se puede comprobar objetivamente se convierte en un juicio estimativo publicitario.

- 5 de septiembre de 1966: *Colón, el único utilizable en lavadoras automáticas*. Skip tenía propiedades similares por lo que se le acusa de publicidad falaz pero Colón se defiende diciendo que cuando apareció Skip retiró los anuncios. La resolución fue que aunque Skip tenía propiedades similares como retiró los anuncios no debía ser sancionado.

Críticas a la resolución:

- El jurado no califica el eslogan como publicidad de tono excluyente.
- El Jurado dijo que existía una comparación con los productos de los competidores. El error es que no se trató de publicidad comparativa ni denigrativa porque no aludía despectivamente a los productos de la competencia.

- El adjetivo sólo.

Cuando el empresario destaca en su publicidad que no existen otras empresas, productos o servicios a excepción del suyo. Resoluciones:

3 de febrero de 1967: *Sólo Nescafé tiene un delicioso aroma de recién tostado*. El jurado dijo que el anuncio era comparativo y excluyente de productos similares y puede producir su descrédito.

- La expresión por fin.

20 de julio de 1973: *Por fin una lejía que no quema la ropa*. Desprestigia y atribuye defectos a Camp.

Tema 11

la exageración publicitaria

1. CONCEPTO DE EXAGERACIÓN PUBLICITARIA

En primer lugar hay que tener en cuenta la equivalencia de significados entre charlatanería publicitaria y exageración publicitaria sólo distinguibles por la intensidad de la exageración. Así ha sido la segunda expresión la que finalmente se ha impuesto en la jurisprudencia española y el que utilizaremos de aquí en adelante.

La exageración publicitaria está escasamente definida en nuestro ordenamiento hasta el punto de que no hay una definición jurisprudencial de la misma. No ocurre lo mismo con el Derecho alemán donde se puede hablar de exageración publicitaria cuando el público considera un anuncio como un elogio altisonante y carente de fundamento objetivo: cuando el anuncio no es tomado en serio ni al pie de la letra por parte del público.

El profesor Lema Devesa considera que debería reprimirse la referencia a que carece de fundamento objetivo ya que la exageración se apoya en aspectos comprobables y no reproduce simplemente opiniones o juicios subjetivos. De esta forma la exageración publicitaria pasa a ser aquella alabanza de tono altisonante, concreta y comprobable, que posee un núcleo verdadero y que no es tomada en serio por el público.

- Tiene un núcleo verdadero, en el fondo de la exageración debe haber un mínimo de verdad lo que la diferencia de la publicidad engañosa.
- Es una alegación concreta y comprobable, las frases que integran la exageración tienen un contenido informativo preciso y determinado cuya veracidad o falsedad puede fijarse según unas pautas generales. Con ello se permite la separación entre la exageración y : el juicio estimativo publicitario que no es susceptible de ser comprobado objetivamente; la incitación publicitaria a contratar que carece de del contenido informativo concreto que la exageración si posee. Sin embargo, la característica de poseer un contenido concreto y comprobable no sirve para diferenciar la exageración de la publicidad de tono excluyente para eso se necesita aclarar la tercera parte del concepto.
- El público no la toma en serio, la exageración no es tomada en serio por el consumidor como si ocurre con la publicidad de tono excluyente, al no tomarse en serio lo dicho exageración no cabe que sean inducidos a error, al no ser engañosa la exageración no se sometería al principio de veracidad.

2. EL PROBLEMA DE LA LICITUD O ILICITUD DE LA EXAGERACIÓN PUBLICITARIA

Existen dos posturas en la doctrina española con respecto a la licitud o ilicitud de la exageración publicitaria:

Una minoría considera que es ilícita:

- Lorenzo Gelices se basa en una interpretación literal del art.8 del estatuto de la publicidad. Además considera que la exageración también infringe la norma 12 de admisión en publicidad de tv.
- Broseta dice que la exageración publicitaria es un supuesto de competencia desleal.

La mayoría considera que es lícita, no se somete al art.8 del Estatuto de la Publicidad(Fernández Novoa, Garrigues, Ruiz Vadillo).

Dicho artículo no debe aplicarse indiscriminadamente a toda expresión publicitaria ya que la exageración no es un medio idóneo para engañar al público, esto implica que el ordenamiento jurídico español permite la exageración ya que el artículo 8 deja cierto margen.

Por otro lado existe un hecho sociológico que reafirma lo que acabamos de exponer. Se trata de la actitud que el consumidor español adopta frente a la publicidad caracterizada por ser escéptica y crítica, el consumidor es capaz de diferenciar entre la exageración y la verdad en si misma. De cualquier manera tampoco es recomendable ser tolerante en exceso y considerar que las exageraciones son anuncios de tono excluyente.

Por otro lado deben admitirse las exageraciones publicitarias cuando se excluya toda posibilidad de inducir a error a los consumidores. Pero si el público no reconoce un determinado anuncio como exageración o no recorta el significado de la misma habrá de ser sometido al artículo 8 del Estatuto de la Publicidad.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL JURADO CENTRAL DE PUBLICIDAD RELATIVA A LA EXAGERACIÓN PUBLICITARIA

El Jurado central de la publicidad ha dictado escasas resoluciones con respecto a la exageración publicitaria.

- 3 de febrero de 1967. El jurado consideró implícitamente como exageración el eslogan de la empresa comercial Nestlé SA: *Unico en aroma, delicioso en sabor*. Una empresa de la competencia denunció a Nestlé al considerar que se infringían los principios generales del estatuto de la Publicidad. Nestlé argumentó que el calificativo único tenía carácter superlativo y no comparativo o diferenciador. El jurado declaró que el eslogan era lícito por tener sentido superlativo y no infringir el art. 10 del Estatuto de la Publicidad.

Esta resolución puede ser criticada por dos motivos:

- El jurado no debería haber hablado de sentido superlativo sino de exageración publicitaria.
- De la Cuesta Rute considera que el anuncio debatido es un juicio estimativo.
- 2 de julio de 1974. El jurado emplea correctamente el término exageración. Era el caso de un champú anticaspa.

Es complicado distinguir entre exageración y anuncio de tono excluyente. Para poder realizar esta importante labor el juez ha de contar con una serie de pautas. En este sentido es interesante analizar las que se utilizan en la jurisprudencia alemana y decidir si se aplican a la nuestra.

Norma 12 de admisión de publicidad.

En los anuncios se evita la deformación de los hechos, la exageración que puede inducir a error y las expresiones verbales o visuales que por su carácter ambiguo puedan producir confusión en el público.

Fernández Novoa: el principio de veracidad deja de aplicarse a una alegación concreta y comprobable, cuando para el público de los consumidores la alegación concreta y comprobable representa simplemente una

exageración publicitaria.

Garrigues: es lícita y natural una alabanza discreta del producto, incluso si se incluye alguna exageración.

Ruiz Vadillo: la exageración en la alabanza, el relieve excesivo de las cualidades de un producto... es lícito si con ello no se falta sustancial y objetivamente a la verdad.

• PAUTAS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LA EXAGERACIÓN PUBLICITARIA

Nuestro Derecho no determina si existe una exageración publicitaria a priori sino que se califica como tal después de la emisión del anuncio. Hay una exageración cuando los consumidores no toman en serio aquello que se les dice, es decir, para establecer que existe una exageración publicitaria es necesario que el público la reconozca como tal a primera vista y no le lleve a engaño.

- La composición del anuncio: es distinto una publicidad en imágenes que a través de textos hablados o escritos ya que a las composiciones gráficas se les presupone cierto aire de exageración, por eso, este tipo de anuncios hay que enjuiciarlos con menor rigor.
- La frase publicitaria adopta forma de verso, los versos publicitarios y los eslóganes pareados son un indicio de que dicha publicidad o eslogan constituye una exageración y el público no se la tomará en serio. Es por esto por lo que hay que ser más indulgentes con los anuncios redactados en verso aunque debemos decir que este tipo de publicidad tiene un fuerte carácter sugestivo. Si la exageración es una alegación inexacta afectará en el comportamiento en perjuicio de los competidores.
- Frases publicitarias humorísticas, irónicas, satíricas... son siempre reconocidas como exageraciones por los consumidores (Redbull te da alas) así se deja un margen de libertad al anunciante. El carácter humorístico debe estar claro ya que si existiese alguna duda entre la seriedad o el humor del anuncio siempre nos tendríamos que inclinar por la seriedad y considerarlo un anuncio de tono excluyente. El humor debe admitirse en publicidad: resolución del 20 de junio de 1975, Jurado central de Publicidad.
- Frases publicitarias muy utilizadas en el sector o en el medio, los consumidores no prestarán atención a frases que se repiten constantemente por los anunciantes. Esta pauta podría dar lugar a que se permitieran anuncios engañosos de tono excluyente sólo por el hecho de que esas frases se repiten mucho y por lo tanto no afectarán. Así, el Derecho español desecha este criterio por una resolución de 14 de diciembre de 1972 del Jurado central de Publicidad.
- Acumulación de adjetivos, superlativos o expresiones de tono excluyente es señal de que hay una exageración publicitaria.
- El sector económico al que pertenece el anunciante y la naturaleza del producto o servicio ensalzado: existen sectores en que la exageración es muy común y por tanto el público está acostumbrada a ella y otros en los que no puede permitirse la exageración: cigarrillos, productos farmacéuticos y medicinales, productos que afectan a la salud, anuncios que afecten al ahorro y al crédito, artículos técnicos y de precisión, ofertas de empleo y cursos de formación profesional, anuncios sobre operaciones inmobiliarias y publicidad dirigida a niños.
- Características de la empresa anunciante, los anuncios de tono excluyente de las grandes empresas deberán ser juzgados con una mayor severidad que los de las pequeñas organizaciones. Hay una excepción: cuando una empresa opera en un sector en el que es habitual la exageración publicitaria, el público no tomará en serio la publicidad de detergentes porque sea una multinacional la que lo haga.
- Medio a través del cual se difunde una expresión: el público suele tomar en serio aquella publicidad que aparezca en los grandes medios de comunicación social, cuando el anuncio se inserta en estos medios hay que descartar que exista una denigración y dentro de estos tres medios debe juzgarse con mayor rigor aquella publicidad que aparezca en la televisión por dos razones: porque los efectos de la misma pueden afectar a millones de personas y porque es el medio que mayor influencia ejerce hoy en día.

Debemos tener en cuenta la línea de actuación del medio de difusión publicitaria: los anuncios que se inserten dentro de una revista sensacionalista pueden encerrar una exageración publicitaria, sin embargo, la publicidad

que aparece en una revista técnica o especializada suele ser tomada en serio por sus lectores. En los catálogos publicitarios al presentarse con carácter informativo las frases que aparezcan se tomarán en serio.

TEMA 12

LA PUBLICIDAD TESTIMONIAL

• EL CONCEPTO DE PUBLICIDAD TESTIMONIAL Y SU DELIMITACIÓN FRENTE A LAS FIGURAS CONEXAS

CONCEPTO

Es aquella actividad en la que intervienen personajes famosos, expertos, consumidores u organizaciones (que son ajenos al anunciante y que no actúan como portavoces de éste) donde expresan su opinión, creencia o experiencia en punto al producto o servicio anunciado o sobre algunas de sus características.

NOTAS CARACTERÍSTICAS

- Interviene una persona distinta del anunciante
- No actúa como portavoz del anunciante
- Se da la opinión del testimoniante sobre el producto o servicio
- Los testimonios pueden ser famosos, expertos (que también pueden ser famosos, etc., los cuales dan una mayor credibilidad ya que el público confía más en un experto en el tema), consumidores u organizaciones. No son excluyentes entre sí y se pueden dar muchas clases de testimonios.
- Siempre son ajenos al anunciante y no actúan como portavoz de éste y expresa su propia opinión (no la del anunciante). Existen problemas en cuanto a la responsabilidad en el caso de que se de una publicidad ilícita ya que en este caso ¿quién sería el responsable?. Siempre sería el anunciante el responsable. Aquí es España nunca se han dado casos de esta índole, pero sí en EEUU donde ya se han dictado sentencias para los anunciantes e incluso para el testimoniante de esa publicidad ilícita.

FIGURAS AFINES CON LA PUBLICIDAD TESTIMONIAL

Existen varias figuras afines con la publicidad testimonial pero que no deben confundirse con ella:

- Patrocinio publicitario (art.24 de la LGP): en el patrocinio publicitario el patrocinado a cambio de una ayuda económica para su actividad.... no debe confundirse con publicidad testimonial.
- Anuncios que simulan una actividad cotidiana de la vida real (ej.típico anuncio de detergentes). Aquí las personas son actores interpretando una escena, pero no dan su opinión sobre el producto, por lo que no se trata de publicidad testimonial. Ej. Calgonit (producto para eliminar la cal de las lavadoras...). en este caso se trata de un anuncio que interpreta una actividad cotidiana de la vida real y ¡también aparece el testimonio del hombre experto en lavadoras!, por tanto también aparece publicidad testimonial.
- Anuncios donde intervienen terceros sin verter opiniones o juicios basados en experiencias personales. Al no emitirse ninguna opinión no se trata de publicidad testimonial. Ej.reloj Viceroy de Julio Iglesias en el concurso de imitadores del propio Julio Iglesias.
- **NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA PUBLICIDAD TESTIMONIAL**
- Intervención de una persona distinta del anunciante. Vemos tres tipos según se trate de:
- Persona famosa: aquella que es fácilmente identificable por el público.
- Persona experta: se trata de una persona física, grupo o institución que como resultado de la experiencia, estudio o adiestramiento posee conocimientos acerca del producto o servicio anunciado superiores a los generalmente adquiridos por personas comunes. Se trata de personas que provocan una alta credibilidad para el público. Hay algunos anunciantes que crean incluso empresas para que sirvan de testimonial de sus

productos. En este caso se trata de una publicidad testimonial engañosa porque dicha asociación o institución empresarial depende/está relacionada con el anunciante.

- Consumidores: es una persona que adquiere productos o contrata servicios en el mercado para satisfacer sus necesidades privadas. Los consumidores no son conocidos por el público y no poseen conocimientos especiales sobre el producto o servicio anunciado, únicamente da su opinión sobre la base de su propia experiencia personal.
- Manifiesta su opinión sobre el producto o servicio anunciado. Tenemos tres categorías:
- Opinión propia del testificante que no actúa como portavoz del anunciante.
- Manifestación expresa o tácita del juicio que le merece el producto o servicio anunciado.
- Opinión autorizada y basada en los conocimientos (expertos) o refrendada por la práctica (consumidor).
- **RÉGIMEN JURÍDICO Y REQUISITOS DE LICITUD DE LA PUBLICIDAD TESTIMONIAL**

Tanto en la LGP como en la Ley de Competencia Desleal (entre otras) se nos dan los requisitos de licitud de la publicidad testimonial.

En un anteproyecto de Ley de Publicidad sí se establecieron una serie de requisitos. Estos principios no están recogidos actualmente en ninguna ley vigente pero es un estupendo punto de partida para analizar la licitud de esta figura.

Principio General: los testimonios deben ser veraces (veracidad), actuales (actualidad), comprobables (comprobabilidad) y basados en la experiencia o conocimiento del que presta el testimonio (testificante).

Si no se cumple alguno de estos requisitos se trataría de una publicidad ilícita.

- la veracidad gira en torno a la figura del testificante y el contenido del testimonio. Existirían dos modalidades de publicidad engañosa. Primero; si se el testificante es un actor y se hiciera pasar por experto (ya que se trataría de un farsante ¡engaño!). segundo; si el contenido del testimonio es falso ¡también es un engaño!
- La actualidad del testimonio implica que la publicidad sólo podrá utilizarse en tanto se mantengan vigentes las condiciones manifiestas. Como toda publicidad tiene que ser actual la publicidad desactualizada sería ilícita. Tiene que haber actualidad en el testimonio.
- El testimonio tiene que ser comprobable en el sentido de que el anunciante deberá estar de disposición de probar que el testimonio es real y que se ha prestado a ello.
- El testimonio tiene su fundamento en la propia experiencia o conocimiento del testificante pues sino se engañaría al público (se trataría de una nueva modalidad de publicidad testimonial engañosa).

¿Qué normas jurídicas podemos aplicar para analizar la veracidad la publicidad testimonial?

NORMAS APLICABLES

Normas generales:

- Ley Orgánica 1/1982 de 5 de Mayo sobre protección civil del derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen. Se necesita el consentimiento expreso de la persona para utilizar su voz, su imagen,...
- Normas sobre publicidad engañosa y desleal contenidas en la LGP (art.4 y 6) y la Ley de Competencia Desleal (art.7 y 5). – art. 4 LGP: es publicidad engañosa cuando el contenido mismo es engañoso y también si aparece un falso testificante. – art. 6 LGP: cláusula general prohibitiva de la publicidad ilícita sobre todo lo que sea contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. – art. 5 art, 5 Ley de Competencia Desleal: deslealtad de los actos que engañan a los destinatarios. Se aplican a toda la publicidad.

Normas especiales:

La especialidad puede venir por razón del medio y del producto.

- Norma nº 15 de las Normas reguladoras de la publicidad de TVE de 22 de enero de 2001. Establece las características que deben reunir los testimonios: – deben ser genuinos y tienen que reflejar experiencias personales del testificante – no deben contener afirmaciones que no puedan ser probadas – habrá de acreditarse la fecha y lugar en que se realizan las afirmaciones y la autorización del testificante
- Artículo 5.1 f) de la Directiva del 31 de marzo de 1992 relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano. Prohíbe la aparición de testimonios para anunciar medicamentos.
- Artículo 6.1 f) del Real Decreto español 1416/1994 de 25 de junio por el cual se regula la publicidad de medicamento de uso humano. Aquí se establece la misma prohibición que la Directiva. Se trata de una publicidad donde está en juego la salud y los testimonios de curación son fácilmente creíbles. Están pues prohibidos los testimonios para anunciar medicamentos. En este artículo se establece que la publicidad de medicamentos no puede incluir testimonios de científicos, ni de profesionales de la salud, ni de personajes famosos.

Normas de autodisciplina:

Norma nº 19 del Código de Conducta Publicitaria de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad. Cuando la publicidad incluya un testimonio (persona ajena al anunciante que no actúa como portavoz de este último) no importa que sea retribuido. Debe responder a la verdad tanto en cuanto a la persona del testificante como acerca del contenido del testimonio.

El anunciante debe contar con la autorización por escrito del testificante. Al anunciante le incumbe aprobar la verdad del anuncio.

Se admitirá la publicidad testimonial siempre que y cuando sigan vigentes las condiciones anteriores, haya veracidad, etc.

TEMA 13

LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA

• INTRODUCCIÓN: FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA

La publicidad encubierta se da cuando el anunciante pretende disfrazar la publicidad con el objetivo de que el público no se da cuenta de que aquello que está percibiendo es publicidad.

Se intenta dar a un mensaje una determinada apariencia de tal manera que no parezca un mensaje publicitario (por ejemplo como si fuera una información. Lo disfraza de noticia para que el público crea que se trata de algo objetivo y así lo asume como una información verdadera y objetiva sin saber que detrás se encuentra el interés del anunciante). También para evitar el zapping se coloca el producto en un programa de TV como si fuera necesario en dicho programa.

El anunciante de esta manera intenta vencer la reticencia que tiene el público hacia el mensaje publicitario. El público recibe un mensaje, pero no se da cuenta de que éste tiene carácter publicitario (public. Encubierta).

Se diferencia de la *publicidad subliminal* porque en ésta el público ni siquiera es consciente de que está recibiendo un mensaje (información).

También es diferente de la *publicidad indirecta* porque en ésta el público sabe que hay un mensaje publicitario (se pretende sustituir el producto prohibido en la publicidad), sin embargo en la publicidad encubierta no.

La publicidad encubierta y el *publireportaje*: el publireportaje es apreciado por el destinatario, se da información sobre un producto pero como aparece la palabra publireportaje no existe engaño en el público porque no se encubre el mensaje (siempre que cumpla las normas).

También es diferente del *patrocinio publicitario* televisivo ya que éste es legal siempre que cumpla las normas.

El *emplazamiento del producto* tiene un tope, no sólo porque engaña, sino porque supera los topes de emisión publicitaria.

Ej. Art.8 (no se puede publicitar productos que estén prohibidos en el lugar donde sean emitidos): Mahou, cerveza, en un campo de fútbol ya que no se puede beber alcohol en dicho recinto.

- FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA

- La publicidad encubierta tiene una forma común de manifestarse en diversos medios: – Una forma de manifestarse es adaptando la forma de noticia de carácter informativo (se le da la apariencia, un ropaje informativo). Se intenta dar así una información objetiva de un producto publicitario.
- División en diferentes medios de esta figura:
 - Medio prensa. en este medio ¿qué forma adopta la publicidad encubierta? – artículos redacionales: reportaje de información general. Es una de las formas más tradicionales de manifestarse la publicidad encubierta en el medio prensa. a través de artículos que parecen periodísticos porque aparece un título, subtítulo, localización geográfica, firma... Se utiliza para publicitar un producto y es una forma de camuflaje de la publicidad. –entrevista: consiste en una típica entrevista con preguntas y respuestas sobre algo (ej.cosmética) y no se sabe exactamente si se trata de información o publicidad. Es muy típico de la radio.
 - Medio televisión. ¿Cómo se manifiesta la publicidad encubierta en este medio?. Pueden ocurrir los siguientes casos dentro de un programa televisivo: – colaboración periodística. También se hace para camuflar la publicidad. Esto se hacía en sectores o profesiones donde la publicidad estaba prohibida (ej.abogacía. un abogado tiene una columna diaria en una revista para dar su opinión sobre problemas del público que escribe a dicha revista para presentar su caso y pedir consejo al abogado sobre temas jurídicos. El abogado pues aconseja sobre los problemas legales del público que escribe, lo que puede convertirse en ocasiones en publicidad encubierta. Sentencia 10-nov-1987 del Tribunal Supremo: dicta una sentencia sobre esta colaboración periodística e una abogado con una sección fija en un medio impreso. Se le acusa de realizar publicidad encubierta, en el sentido de que el abogado apuntaba que para que el público recibiera mayor información se dirigiesen a su dirección del despacho).
- Medios audiovisuales:

El medio televisión es bastante apto para disfrazar la publicidad porque además de información, hay programas, películas, series, concursos... y por eso es más fácil encubrir la publicidad. Encontramos diversas técnicas en este medio:

- Pseudo-mención informativa (donde se menciona un producto en medio de una información). A veces hay que permitir ciertos casos como puede ser por ejemplo la presentación de un libro.
- Emplazamiento del producto o marca. Esta es la técnica más actual. Se da cuando se coloca el producto o la marca (o los signos distintivos de la misma como pueden ser los colores, formas...) como algo que es consustancial a la programación (¡aunque la finalidad tiene un claro propósito publicitario).
- Publicidad estática (art.3 del último párrafo de la LTV). Ej.en estadios de fútbol, camisetas de deportistas (ciclistas...) que es perfectamente legítimo y legal, pero que tal vez no es tan legítimo cuando se presentan primeros planos de esas vallas publicitarias, las marcas... A veces es difícil discernir entre lo que es

legítimo o no (dependerá del tiempo que enfoca una valla...). la ley nos da una especie de criterios a utilizar: – normas de TVE: sólo se debe captar la publicidad de forma adicional, indirecta y esporádica. Estas normas dicen que lo principal es la transmisión y lo secundario la publicidad, y no al revés. –ley de Televisión (art.3 apart.d): no se entiende por publicidad encubierta cuando se da la captación de vallas con marcas en la transmisión del evento...siempre y cuando no se produzca una desviación intencionada para resaltar el carácter publicitario de dichas vallas.

- **Pseudo patrocinio publicitario/regalo:** A veces se habla más del patrocinador que del programa patrocinado, caso que consistiría en un claro ejemplo de publicidad encubierta. El patrocinador debe aparecer al comienzo y al final del programa patrocinado ;pero no debe salir en otro momento porque entonces sería ilícito ya que se encubre la publicidad detrás del patrocinio! Además la publicidad se debe insertar entre programas o intervalos perfectamente definidos, pero no durante un programa. Se deben pues respetar los cortes publicitarios, de no cumplirse este requisito se trataría de una publicidad ilícita.
- Otros medios.
 - Ventas a domicilio (encuestas): este hecho ha sido resuelto en EEUU por los tribunales, mientras que aquí en España no. En EEUU los agentes de ventas de una enciclopedia se presentaban en casa identificándose como encuestadores (les hacían encuestas) ;cuando en realidad eran vendedores!. Después de realizar las encuestas ofrecían a los entrevistados la enciclopedia. Este caso fue resuelto alegando que era engañoso para el público y condenó a la empresa a que sus agentes desvelasen de forma inequívoca la finalidad de su visita (vender) y tenían la obligación de identificarse como vendedores, ya que de hecho contrario se lleva a engaño al público y sería ilícito.

• LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA Y LA MENCIÓN INFORMATIVA

- Mención informativa (definición): cuando el medio por propia iniciativa y por considerarlo de interés general (para el público), da noticia sobre una empresa, producto o servicio. La mención informativa pues no siempre es publicidad.
- Se diferencia de la publicidad por el origen y la finalidad de tales manifestaciones.

Cuando hablamos de publicidad encubierta el origen está en el anunciante, no es el medio el que por propia iniciativa difunde la información.

Respecto a la finalidad, mientras que la finalidad de la mención informativa es precisamente la de informar sobre algo, la publicidad encubierta destaca el carácter persuasivo sobre el informativo puesto que lo que pretende es vender.

TEMA 14

LA PUBLICIDAD DESLEAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA COMPETENCIA

Para comprender el concepto de publicidad desleal hay que abordar el examen de la competencia desleal.

Tenemos que desentrañar el concepto de competencia. La competencia supone una situación de lucha, de tensión o rivalidad entre dos o más personas por alcanzar una misma mete (una meta común).

La competencia surge en todos los ámbitos de la vida (arte, trabajo,...) como la competencia económica (entre empresarios) que es lo que nos interesa.

Desde una perspectiva empresarial la competencia tiene lugar cuando varios empresarios luchan entre sí por conquistar el mayor número de consumidores para sus bienes o servicios.

El empresario no sólo aspira a mantener la clientela fiel a sus productos o servicios, sino que además trata el ampliar el número de clientes a costa de los clientes de otros empresarios. Tiene que tomar una actitud agresiva para conseguir estos objetivos (quitar clientes a otros competidores).

Esta situación de lucha tiene que librarla diariamente el empresario porque sino dejará de vender sus productos o servicios y, obviamente, dejará de tener beneficios y la empresa corre el riesgo de desaparecer (quiebra) del mercado.

Para sobrevivir en el mercado tiene que luchar el empresario diariamente para vender el mayor número de productos posible.

El *consumidor* además de ser la meta de todo adversario, es también el árbitro en esa competición porque va a establecer cuál es el mejor adversario (el que le ofrece una mejor oferta: el producto más barato y con más calidad). El consumidor se inclina así por la oferta que le resulte más ventajosa y premia con su compra el mejor empresario/competidor.

La competencia presenta dos caras:

Por un lado encierra en sí el germen de la autodestrucción (porque la competencia tiende a eliminarse; los empresarios buscan eliminar la competencia entre ellos a través de los conciertos, acuerdos,... que los empresarios pueden pactar entre sí). Convenios o cárteles: acuerdos entre empresas por ejemplo regulando el precio de los productos en el mercado, o bien, repartiéndose el mercado (tú la zona norte y yo la zona sur), es decir se trataría de un cártel de distribución (para evitar también la competencia). Estos cárteles están prohibidos por la ley pero existen en la realidad empresarial.

Por otro lado hay supuestos en los que la competencia realmente existe (no se elimina), pero los empresarios no respetan unas normas de juego limpio. Hay una situación de competencia pero a la hora del juego de competencia no se respetan las normas (competencia desleal). Son situaciones de competencia desleal.

En el derecho de la competencia se dice que la competencia tiene que basarse en las propias prestaciones (cuando el adversario compite según su propio esfuerzo y no en el ajeno, en el de otros competidores). No se puede permitir la competencia desleal porque entonces no triunfaría el mejor adversario competidor, sino aquel que es menos honrado y que se basa en criterios contrarios a la ética empresarial.

Nuestro ordenamiento jurídico ha dictado leyes para que la competencia exista:

- **Ley de Defensa de la competencia de 1989:** tiene por objeto defender que exista la competencia. Prohíbe los convenios o cárteles y el abuso de las empresas en cuanto a su situación en el mercado.
- **Ley de la Competencia desleal de 1991:** trata de evitar que los empresarios practiquen juego sucio, y que la competencia sea limpia, es decir, basada en las propias prestaciones.

2. DIVERSAS MODALIDADES DE COMPETENCIA Y PUBLICIDAD DESLEAL

Las dos leyes anteriormente mencionadas aspiran a que los empresarios hagan una competencia efectiva que va a redundar no sólo en el interés del resto de los competidores, sino también en el interés de los consumidores y del Estado (interés general para que el mercado funcione bien con una competencia limpia).

2.1. ACTOS DE CONFUSIÓN

Se regulan mediante dos leyes:

- Art. 6 de la ley de competencia desleal (1991): Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno... El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de la práctica.

Este artículo no concierne de una manera específica a la modalidad publicitaria, sino que habla en general de los actos de confusión.

- Art. 6 (apartado b) de la ley general de la publicidad: también regula y prohíbe la publicidad confusionista. Califica como publicidad desleal la que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores. Esta LGP contempla los actos de engaño de una manera particular en cuanto a la actividad publicitaria prohibiendo la publicidad confusionista.

Publicidad confusionista. Normalmente los actos de confusión se producen en materia de signos distintivos. Es muy abundante y rica la jurisprudencia del Tribunal Supremo que prohíbe la confusión entre marcas, nombres comerciales o rótulos de establecimiento.

La Ley de competencia desleal va más allá y prevé la calificación de desleal el acto que pueda generar confusión entre los productos en sí mismos considerados con respecto a los productos de un competidor.

Es decir, puede existir un acto de confusión si se imitan los envases, embalajes, formas de presentación de un producto de un competidor).

La Ley de competencia desleal introduce la figura del riesgo de asociación tomada de la ley de las marcas, para señalar que la existencia de este riesgo de asociación sobre la procedencia de los productos es suficiente para calificar como desleal cualquier acto.

- Sentencia 1993 de la Audiencia Provincial de Vitoria: resolvió el problema de la publicidad confusionista con la LGP. La empresa Frigo demandó a la empresa Conelsa señalando que una tarta helada (Princesa) que presentaba esta última empresa tenía la misma forma de presentarse, envase,... que la tarta helada Contesa. Frigo alegaba que había publicidad confusionista, pero la Audiencia no lo creía así porque las tartas con ese envase eran muy usuales en esos productos. También dijeron que el hecho de presentar en el envase la foto de la tarta helada no podía hacerlo exclusivamente Frigo porque multitud de envases contienen fotos de los productos contenidos en el interior (ambos reproducían tartas heladas similares). No existía pues publicidad confusionista.

Existen algunas resoluciones interesantes del Jurado de Autocontrol de la Publicidad que se han manifestado sobre la publicidad confusionista (ej. Publ.confusionista en productos de varitas de merluza ante el capitán de Pescanova y otra de otra marca. Resolución de 1996 que sí se consideró publicidad confusionista. Se prohibió a Pescanova usar el spot del capitán).

2.2. ACTOS DE DENIGRACIÓN. REQUISITOS Y CLASES

La denigración se contempla tanto en la LGP como en la Ley de Competencia Desleal.

- **Ley de competencia desleal (art. 9)**: considera como un acto desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, prestaciones, establecimientos o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menospreciar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.
- **Ley general de la publicidad (art. Apart. A)**: califica como publicidad desleal la publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio

directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.

Si contraponemos estas dos normas se observa una importante diferencia a la hora de regular esta figura de los actos de denigración.

La Ley de Comp. Desleal exige para que exista denigración que las alegaciones sean falsas, inexactas,... porque si fueran verdaderas en principio se podrían dar. Contempla pues la figura de la excepción de la verdad (exceptio veritatis).

Según la LGP en cambio sería irrelevante que el anunciante probase que las alegaciones publicitarias denigratorias fueran verdaderas porque se prohíbe cualquier acción que tenga como objetivo desacreditar,... (aunque las alegaciones fueran verdaderas).

Otra ulterior diferencia entre ambas leyes:

La LGP exige para que exista denigración que realmente se desacredite al producto o empresa competidora, mientras que la Ley de competencia desleal tan sólo requiere la posibilidad o la susceptibilidad de menoscabar el crédito de una empresa, sus productos o servicios.

Ambas leyes utilizan términos distintos para mencionar los objetos sobre los que puede versar la denigración (algo que sorprende). La LGP habla de la persona, empresa, productos o actividades. La Ley de Comp. desleal habla de la actividad, prestaciones (sinónimo de productos o servicios), establecimientos (sede física pero no la empresa) y de relaciones mercantiles.

Estas diferencias terminológicas contribuyen a crear dificultades a la hora de interpretar ambos preceptos por parte de los Tribunales de Justicia porque nos encontramos con una misma figura regulada en dos leyes diversas y de forma diferente.

Hay diversas modalidades dentro de la denigración publicitaria:

- **en sentido estricto: descrédito de los productos ajenos**
- **a veces se desacredita al empresario competidor. Encontramos aquí dos tipos:**
- **publicidad personal: surge cuando se alude a circunstancias ajenas de un competidor que guardan relación con su actividad personal.**
- **Publicidad de tono estrictamente personal: cuando se alude a circunstancias que pertenecen a la esfera privada de un competidor. Se considera siempre ilícita. No son muy frecuentes (se dan más a menudo en épocas de guerra y postguerra para explotar los prejuicios).**

2.3. ACTOS DE APROVECHAMIENTO DE LA FAMA AJENA: LA PUBLICIDAD ADHESIVA

Es un acto de competencia desleal al aprovecharse de la fama o buena reputación de un producto ajeno. No se pretende engañar al consumidor sobre el origen de una mercancía, sino de apropiarse de la fama y buen crédito que ese producto tiene para el público. Existe un acto de competencia desleal de este tipo aún cuando no sean engañados los consumidores (aún cuando se diga la verdad). Este acto se puede prohibir a través de diversas normas que versan sobre la competencia:

- **Art. 12 de la Ley de Comp. desleal: Califica como 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. Añade que el empleo de signos no distintivos ajenos acompañados de expresiones sobre la verdadera naturaleza del producto tales como sistema, tipo, clase o similares son también considerados como publicidad desleal.**
- **Art. 6 (apart.b) de la LGP: Declara que es publicidad desleal la que haga uso injustificado de la**

denominación, signos, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones.

Ejemplos típicos de publicidad desleal por aprovechamiento ajeno: aquella que alude a relaciones comerciales antiguas (que actualmente no existen pero de las cuales se aprovechan), la utilización de nombres de marcas famosas para productos diferentes, cuando se utilizan denominaciones de origen para otros productos.

La publicidad adhesiva: es una forma de aprovecharse de la fama o reputación ajena.

La **publicidad adhesiva** es aquella modalidad publicitaria en la que el anunciante equipara los productos o servicios propios con los productos o servicios de un competidor con la finalidad de aprovecharse del crédito, del prestigio de la mercancía del competidor. El anunciante destaca las características comunes de su mercancía con las del rival.

La publicidad adhesiva se encuadra dentro de la competencia parasitaria porque en estos supuestos el anunciante actúa realmente como un parásito (porque a través de la publicidad adhesiva el anunciante se apropia en su beneficio de la fama y reputación ajenas). El anunciante trata de atribuir a sus productos el prestigio o buen nombre de un tercero identificados a través de una marca notoria o renombrada.

Para analizar la publicidad adhesiva hay que partir de un principio: cuando se utilizan marcas o signos que pertenecen a otros empresarios deberá obtenerse la autorización del titular de esas marcas. No obstante tenemos que destacar que a veces el uso de un signo distintivo ajeno o marca ajena está justificado y por lo tanto no sería preciso pedir autorización al titular de la marca ajena para usarla en publicidad.

¿Cuáles son esos casos?. Encontramos *diversos supuestos*:

- Se puede citar la marca ajena en la publicidad comparativa. Está permitido cuando no se utilice para aprovecharse de esa marca ajena (de su prestigio). Así lo admite la Directiva Comunitaria sobre publicidad comparativa porque dice que el uso de la marca ajena en la publicidad comparativa no atenta contra el derecho exclusivo del titular de esa marca porque en la publicidad comparativa se utiliza la marca ajena, no para acaparar su prestigio, sino para distanciarse de ella, y por tanto para resaltar las diferencias entre los productos de marca amparados.
- El uso de las marcas ajenas en la publicidad de recambios, accesorios o piezas sueltas (ej.automoviles o electrodomésticos). Esta publicidad de accesorios, recambios,...en los que se cita la marca ajena se considera lícita partiendo de la consideración de que el consumidor tiene derecho a recibir información (y esta información se le suministra a través de esas menciones que figuran en la publicidad). Pero, para decretar la licitud de esta publicidad, tiene que cumplirse una serie de requisitos para que las informaciones suministradas sean veraces. Estos requisitos son los siguientes:
 - La publicidad no debe indicar que esas piezas o recambios sustituyen totalmente a otro producto que tiene el mismo destino que el producto anunciado.
 - Deberá desvelar de forma inequívoca que los accesorios no han sido elaborados por el fabricante del producto principal (xj.por el fabricante del automóvil).
 - También se debe hacer constar en la publicidad que la empresa fabricante de esos recambios no tiene ninguna vinculación con la empresa fabricante del producto principal.

Por tanto, en relación con la publicidad de recambios o accesorios, en principio la misma está permitida aún citando la marca ajena, de tal manera que en este caso podría aplicarse el **art.33 (párrafo 2) de la Ley de marcas de 1988**, que dispone que el titular de una marca no puede prohibir que los terceros utilicen la marca cuando sea necesario para indicar el destino de un producto o servicio en particular en el caso de accesorios o piezas sueltas siempre que ese uso se realice conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial.

2.4. LA CLAÚSULA GENERAL PROHIBITIVA DE LA COMPETENCIA Y LA PUBLICIDAD DESLEAL

Tenemos que destacar que en nuestro ordenamiento jurídico se recogen dos cláusulas generales que aunque responden a la misma finalidad, una es más amplia y otra más restringida. Existe en el Derecho español una cláusula general prohibitiva de la competencia desleal y otra cláusula general prohibitiva de la publicidad desleal.

La cláusula general prohibitiva de la Competencia Desleal es la más amplia y se recoge en el art.5 de la Ley de Competencia Desleal que considera desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Obviamente esta cláusula está llamada a cumplir un importante papel porque la misma se va aplicar a los actos de competencia desleal que no están tipificados de manera expresa en la ley.

Cabe la posibilidad de que una vez promulgada la ley aparezcan nuevas figuras que no se recogen expresamente en la misma (ej.publicidad en Internet) y se aplica entonces la cláusula general prohibitiva.

Cuando se aplica esta cláusula hay que considerar los intereses en juego. Existen cuatro grupos de intereses: los de anunciante, los de los competidores, los de los consumidores y el interés general. Estos cuatro grupos hay que valorarlos y hay que otorgar primacía siempre al interés general sobre el resto de los intereses.

Se usa como criterio en la cláusula general *la buena fe* , entendida con sentido objetivo (no subjetivo). Al utilizar este criterio se ha apreciado que es muy amplio y por tanto se han rechazado otros criterios tradicionales que tienen un marcado carácter corporativo (ej.usos mercantiles,...), porque estas otras fórmulas parece que sólo tendrían en cuenta el interés de los empresarios y no el interés general ni el de los consumidores.

En todo caso hoy en día la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal es necesaria porque sino establece la ley, esa ley estaría condenada al fracaso. Esta cláusula se va a aplicar a todos los actos de competencia.

En nuestro ordenamiento jurídico vemos que hay otra cláusula con un ámbito de aplicación más restringido: **la cláusula general prohibitiva de la Ley General de la Publicidad (LGP)**. La misma se recoge en el último inciso del apartado b del art.6 de la LGP, que califica como desleal la publicidad que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

Esta fórmula está tomada del **art.10 del derogado Estatuto de la Publicidad**. La expresión normas de corrección no es muy afortunada porque constituye una expresión que no tiene arraigo jurídico en nuestro Derecho español. Además, la locución buenos usos mercantiles únicamente permite invocar las normas éticas que surjan en el sector de las relaciones entre empresas, de tal manera que en estas normas se irán decantando sólo los intereses de los empresarios, pero no el de los competidores.

A pesar de la crítica, hay que alabar el hecho de que la LGP haya incluido una cláusula general prohibitiva de la publicidad desleal. La implantación de esta cláusula en la LGP es inexcusable porque la aparición de nuevos métodos publicitarios o el surgimiento de nuevas figuras publicitarias condenaría al fracaso cualquier tentativa de regular de una manera casuística. Esta importante circunstancia pues debe alabarse.

TEMA 15

LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

• DELIMITACIÓN DE LA FIGURA DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

En los anuncios las empresas pueden aludir a sus propios productos, a los de un competidor (sin nombrar los productos propios) o también los de ambos. Encontramos pues 3 situaciones:

- se nombran sólo los productos propios
- se nombran sólo los productos ajenos
- se mencionan conjuntamente los productos propios con los ajenos. En este caso nos podemos encontrar ante 2 figuras distintas: la publicidad adhesiva y la publicidad comparativa.

En la **publicidad comparativa** el anunciante contrapone los propios productos con los productos de un competidor para resaltar la superioridad del producto anunciado frente a la inferioridad del producto ajeno. En este caso el anunciante se esfuerza por mostrar las diferencias entre sus propios productos y los del competidor. Obviamente al destacar la superioridad de sus productos pone de manifiesto que los del competidor son inferiores.

Tanto en la publicidad adhesiva como en la comparativa se produce un parangón entre la oferta propia y la ajena, sin embargo, en la publicidad comparativa, el anunciante trata de poner de relieve las características que diferencian ambas ofertas. En el caso de la publicidad adhesiva, por el contrario, niega que exista esas diferencias.

Tenemos además que distinguir la publicidad comparativa de otras figuras, en concreto de la *comparación publicitaria de sistemas económicos*, la cual se caracteriza por una nota positiva y otra negativa.

La nota positiva es que la comparación de sistemas contrapone mediante formulaciones generales diversas posibilidades o sistemas abstractos de índole comercial, o de índole técnica mostrando las ventajas y los inconvenientes de los mismos.

Ej. comparación publicitaria de sistemas: comparación entre una venta a plazos y una venta al contado, sistema de venta con regalo y sistema de venta sin regalo, sistema de venta con personal y sistema de venta tipo autoservicio.

La comparación de sistemas se caracteriza también por una nota negativa. Ésta consiste en que la misma no hace alusión ni al competidor ni a sus productos o servicios. Esta nota negativa es la que va a permitir diferenciar la misma de la publicidad comparativa porque en la comparación publicitaria de sistemas se produce una comparación impersonal y general, sin embargo, en la publicidad comparativa se alude de manera expresa o implícita a los productos de un competidor.

En la hipótesis de la publicidad comparativa el anunciante puede mencionar de forma expresa los productos o servicios de un competidor, o bien puede omitir la marca del competidor, pero de manera implícita alude al mismo, de tal manera que los consumidores deducen cuál es el producto objeto de la comparación.

- **LA PUBLICIDAD COMPARATIVA DURANTE EL ESTATUTO DE LA PUBLICIDAD DE 1964**
- **LA TESIS DEL JURADO CENTRAL DE LA PUBLICIDAD**

Tenemos que pasar revista a la tesis que sostenía el Jurado Central de Publicidad que aplicó el derogado Estatuto de la Publicidad de 1964 y que constituyó el precedente de la LGP.

En el Estatuto de la Publicidad de 1964 no existía ningún precepto que contemplase de forma específica la publicidad comparativa. En 1967 el Jurado Central de Publicidad emitió dos resoluciones en las que declaraba ilícita la publicidad comparativa:

- Resolución 3 de febrero de 1967: el Jurado sostuvo que los anuncios examinados tenían un sentido comparativo que tenía que ser relacionado con la publicidad de un competidor (que en el momento de

publicarse ese anuncio, ese competidor también efectuara una campaña de publicidad similar). Afirma que a través de la campaña de publicidad enjuiciada se infringía el art.10 del Estatuto y que decía que la publicidad desleal era la dirigida a provocar la confusión y el descrédito de los competidores. Venía a ser una modalidad de denigración porque provocaba el descrédito de los competidores, y esa fue la causa de que se prohibiera esa publicidad comparativa.

- Resolución 16 de junio de 1967: el Jurado en este caso sostuvo que la publicidad enjuiciada constituía una competencia desleal porque establecer comparaciones y alusiones directas con otros productos era contrario a los buenos usos mercantiles (según el Jurado) y por lo tanto atentaba contra la cláusula general prohibitiva de la publicidad desleal.
- Otras resoluciones de 1968, 1972, 1974 sostuvieron que la publicidad comparativa era ilícita porque constituía una denigración.

Sin embargo estas tesis que sostuvo el Jurado en los años 60 y durante los primeros años de la década de los 70 se rompe en el año 1976 al dictarse la importante resolución de 4 de noviembre de 1976. En esta resolución el jurado abandona la tesis anterior (es decir, entender la publicidad comparativa como una forma de denigración) y mantiene por primera vez en España que la publicidad comparativa es lícita. Para sostener esta tesis el Jurado se apoya en **4 importantes argumentos**:

- La publicidad comparativa en sí misma no estaba prohibida en el Derecho español por sí misma.
- La declaración de ilicitud de la publicidad comparativa atentaría contra los derechos de los consumidores.
- La prohibición de la publicidad comparativa, en muchos casos, iría en contra de la verdad (podría ser contraria a la verdad).
- La prohibición de la publicidad comparativa coartaría la libertad de creación, y en definitiva, en contra de la libertad de expresión.

El Jurado mantuvo que la publicidad comparativa no vulneraba el art.10 del Estatuto de la Publicidad.

• FUNDAMENTO DE LA LICITUD DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Al plantearse el problema de la licitud o ilicitud de la publicidad comparativa, el profesor Fernández Nova sostiene la tesis según la cual la aplicación de la cláusula general prohibitiva de la publicidad desleal permitía mantener la licitud de la publicidad comparativa. A este respecto, el mencionado autor analizaba los **grupos de intereses** que se inter cruzan en el seno de la publicidad comparativa:

El interés del empresario anunciante: para el anunciante la publicidad comparativa es un instrumento idóneo para poner de relieve la superioridad de sus productos o servicios sobre los productos o servicios de un competidor, de tal manera que la publicidad comparativa es un arma eficaz para abrir nuevos mercados y conquistar clientes (de ahí que su interés hable a favor de la licitud de la publicidad comparativa porque para él es beneficioso).

El interés del empresario/s competidores cuyos productos aparecen mencionados en la publicidad comparativa: en la publicidad comparativa se destaca la inferioridad de los productos de los competidores. Es innegable que esta figura atentaría contra el interés de ese empresario aludido, por lo tanto según ellos debería de ser ilícita (no se debería permitir desde su punto de vista).

El interés de los consumidores: el interés de este público se orienta hacia el conocimiento más completo de las diferentes ofertas que se le brindan en el mercado. En principio las comparaciones publicitarias constituyen un mecanismo apto para que el consumidor conozca mejor y perciba con mayor nitidez las diversas ofertas que se le brindan. La publicidad comparativa resulta beneficiosa para los consumidores, por lo tanto desde su punto de vista debe considerarse esta modalidad publicitaria.

Vemos que existe un conflicto entre estos grupos de intereses. Mientras que el interés del anunciante y el de los consumidores hablan a favor de la licitud de la publicidad comparativa, por el contrario, el interés de los empresarios aludidos habla en contra de la licitud de esta figura publicitaria.

Para resolver este conflicto entre intereses se utiliza el criterio de que el interés de los consumidores debe prevalecer sobre el de los competidores. Por lo tanto, este conflicto se resuelve otorgando primacía al interés de los consumidores en obtener una información adecuada, objetiva mediante la publicidad comparativa.

Conclusión: la publicidad comparativa es lícita desde ese prisma de las normas de corrección y buenos usos mercantiles que constituían la expresión de la cláusula general prohibitiva de la publicidad desleal que se plasmaba en el art.10 del Estatuto de la Publicidad.

3. LA REGULACION DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL VIGENTE DERECHO ESPAÑOL

3.1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 6 DE LA LEY GENERAL DE LA PUBLICIDAD

El art.6 apartado c de la LGP declara que es desleal la publicidad comparativa cuando no se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de sus productos o servicios o cuando se contraponen unos diferentes o desconocidos o de limitada participación en el mercado.

Si se interpreta el apart.c del artículo en sentido contrario la publicidad comparativa sería lícita si reuniera los requisitos contenidos en dicho artículo.

Hay que tener en cuenta que el texto del artículo parece limitar la comparación a sólo productos o servicios, y lo cierto es que también puede hacerse publicidad comparativa de la empresa anunciante frente a otra empresa competidora. Por tanto no debe hacerse una interpretación literal de este artículo.

Según el art.6 de la LGP se establecen varios requisitos:

–1er requisito para que la publicidad comparativa sea lícita:

la comparación publicitaria debe versar sobre características esenciales, afines y objetivamente demostrables, por lo tanto, se prohíbe la publicidad comparativa cuando la comparación verse sobre características accidentales o que no tengan trascendencia. Además esas características tienen que ser afines, y por último esas características tienen que ser objetivamente demostrables, porque es la única forma de medir la comparación publicitaria. No se admitiría pues la comparación publicitaria que verse sobre meros juicios estimativos.

–2º requisito que exige la LGP:

los bienes o servicios comparados tienen que ser conocidos o similares, de tal manera que no cabría considerar lícita una publicidad comparativa entre por ejemplo bombones y flores como objeto de regalo porque no son productos afines. No sólo se requiere que los productos comparados sean afines, sino que además deben ser productos conocidos (ej.sería ilícita la comparación entre una marca de coches española con una marca desconocida aquí, a pesar de que esa comparación sea veraz, aún siendo los requisitos demostrables, productos afines...)

–3er requisito:

la LGP exige a la publicidad comparativa que esos productos objetos de la comparación tengan una cuota de mercado importante puesto que el párrafo final de esta norma declara que no se puede comparar con un

producto que tenga una limitada cuota de participación en el mercado. Según el profesor este hecho es criticable porque siguiendo este texto sería ilícito por ejemplo la comparación de un producto que está implantado en el ámbito de la península ibérica con otro que sólo estuviera implantado en las canarias.

Nada impide por lo contrario que uno pequeño (un producto con limitada participación en el mercado) se compare con uno grande, pero no admite la situación inversa.

Además hay que destacar que es una locución ambigua limitada cuota de mercado porque no especifica si se refiere al ámbito geográfico, etc. Cabrían pues varias interpretaciones, por lo que es ambiguo y confuso.

Nuestro Tribunal Supremo enjuició en 1997 un caso y sentenció sobre la publicidad comparativa. Sorprendentemente dijo que no existía publicidad comparativa porque no se citaba expresamente la marca objeto de la comparación (caso marca Pepsi donde un cantante en el escenario cambiaba de marca de refresco y cambiaba de música. Coca-cola lo denunció, pero la sentencia absolvió a Pepsi por no explicitarse en el spot ninguna marca competidora). El Tribunal dijo que existía exageración publicitaria porque no llevaba al público a engaño.

Existe un importante contraste entre el art.6 de la LGP y la Directiva Comunitaria de 1984 (posteriormente transformada en 1997), ya que esta última (sobre publicidad comparativa) establecía multitud de requisitos para admitir como lícita la publicidad comparativa. Para admitir la licitud de esta figura la Directiva recoge 8 requisitos que debe cumplir:

- No debe ser engañosa.
- Se deben comparar productos/bienes que satisfagan la misma necesidad (que tengan por tanto la misma finalidad).
- La comparación debe versar sobre características esenciales, pertinentes y verificables.
- No debe provocar confusión entre las marcas comparadas o sus respectivos signos distintivos.
- No puede denigrar los signos distintivos del competidor.
- En el supuesto de que la comparación esté relacionada con la denominación de origen, ésta tiene que ser la misma en los productos o servicios comparados.
- La comparación no puede obtenerse una ventaja indebida de la marca ajena comparada (no puede ser adhesiva o parasitaria).
- No se permite que se haga comparación entre un producto que goce de una marca con otro que sea imitación de aquel (porque también es parasitaria).

El artículo 6 de la LGP tendrá en un futuro que reformarse para transponer al ordenamiento jurídico español el art.3 bis de la Directiva comunitaria de 1984 y reformada posteriormente en 1997.

3.2. LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

La figura de la publicidad comparativa también se contempla en la Ley de Competencia Desleal. El artículo 10 de dicha ley y que tiene por título comparación se destina a regular actos de comparación entre los que puede medirse casos de comparación publicitaria. Califica como desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero, cuando aquella se refuerza a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.

Si comparamos el art.6 de la LGP con este art.10 de la Ley de Competencia Desleal, encontramos algunas diferencias:

- Diferencia que versa sobre los objetos de la comparación: mientras que la LGP alude a productos o servicios, la Ley de Comp.desleal admite la comparación de la actividad, las prestaciones y el establecimiento, por lo que es más amplio.

- En contraste con la LGP, la Ley de Comp.desleal admite que se pueden comparar productos o servicios de un tercero, pero no con los propios.
- Existen también ulteriores diferencias terminológicas entre ambas leyes, lo que provoca al menos una cierta sorpresa para el intérprete porque no son diferencias tan solo gramaticales. La Ley de Comp.desleal habla de que para que sea leal, la comparación debe versar sobre características análogas, relevantes y comparables. Esto es criticable porque habla de comparación pública, no de publicidad comparativa. Si se interpretase literalmente habría que prohibir los tests de mercaderías (realizados por organismos ajenos al mundo de los anunciantes como pueden ser por ejemplo las asociaciones de consumidores), y no serían casos de publicidad comparativa aunque sean comparaciones públicas. Tendrían pues que quedar sometidos a ese precepto o prohibición.
- El art.10 (2º párrafo) de la Ley de Comp.desleal dice que es desleal la comparación que contravenga lo establecido en los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y que provocan la denigración del competidor. Ente 2º párrafo del art.10 es superfluo porque si la publicidad comparativa fuera engañosa ya se prohibiría por el hecho de ser engañosa y si fuera denigratoria en sí misma también. Esto se debe a que se trata de reforzar el carácter objetivo que debe tener la comparación.

TEMA 16

DOCTRINA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PUBLICITARIA

• LOS SUJETOS DE LA PUBLICIDAD

Los agentes y estudios de publicidad se mencionaban en el derogado Estatuto de Publicidad, pero no en la nueva ley de publicidad. Aunque los **agentes** intervienen en el contrato de mediación y los **estudios** en el contrato de creación,; ambos se incluyen dentro de la agencia de publicidad.

En la LGP, tampoco aparecen las **centrales de compra** que negocian los espacios publicitarios en los medios. Como los destinatarios no forman parte de la contratación publicitaria, no se les califica como sujetos publicitarios...

• EL ANUNCIANTE

La LGP en el artículo 10 lo define como persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad. Su regulación se justifica por dos razones:

- el anunciante es el generador de la actividad publicitaria. Es el sujeto responsable de la misma, a pesar de que no elabore el anuncio.
- el interés del anunciante debe ser debidamente valorado en el momento de enjuiciar la actividad publicitaria.

Se califica como anunciante tanto a las personas físicas como jurídicas, aunque en la mayoría de los supuestos son jurídicas (empresas, también empresas individuales), además, los profesionales liberales, personas físicas... pueden ser y son anunciantes según veremos en la regulación publicitaria.

El artículo 2 define la publicidad como actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, y esto se relaciona con el anunciante porque en el ejercicio de esas actividades es dónde encuentra sentido y valor la publicidad.

• LA AGENCIA DE PUBLICIDAD

En el artículo 10 de la LGP también se recoge este concepto, mejorando el concepto del Estatuto de Publicidad de 1964. Se define la agencia de publicidad como personas naturales o jurídicas que se

dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante.

Las agencias son auténticas empresas y si la LGP utiliza ese término es para reconocer una terminología que describa a ese operador publicitario.

Al permitir que personas físicas sean agencias se recoge una regla innegable: antes de recogerse el concepto en la LGP, mas de la mitad de las agencias eran personas físicas siempre que tuvieran los medios materiales y económicos para ser considerados como tales (agencias).

Este concepto presenta como nota característica la dedicación profesional: se excluyen como agencias las personas que esporádicamente actúan en el ámbito publicitario (por ej.un artista). Con esta norma se evita el intrusismo. Deberá pues dedicarse a la actividad publicitaria de manera organizada (la regla general es que la agencia desarrolle todas las actividades pero en determinados casos puede asumir el desarrollo de alguna de ellas).

Concluye con la afirmación de que realiza su actividad por cuenta de un anunciante. La LGP se aleja del anteproyecto de ley que aseguraba que la agencia actúa en interés del anunciante. La expresión (por cuenta de un anunciante) es criticable ya que puede dar lugar a equivocaciones: podría pensarse que la agencia representa al anunciante y esto no siempre es cierto.

Por último, la LGP no exige a las agencias ningún requisito especial para su constitución y funcionamiento (por ej.a una persona física no se le exige un título) a diferencia de los requisitos que se plasmaban en el viejo Estatuto. Tampoco hace falta que se inscriban en ningún registro, sólo en el mercantil si son sociedades mercantiles (a excepción de Andalucía, donde sí se requiere la inscripción en un registro especial si se quiere ejercer en la zona).

• EL MEDIO DE PUBLICIDAD

No es fácil definirlo puesto que el término tiene varias acepciones:

- En 1er lugar; el término medio designa los llamados medios de comunicación, designa a los sujetos que realicen dos actividades que según el art.11 de la LGP deben separarse claramente. Estas dos actividades son la información y la publicidad (y ambas deben separarse). Dentro de este concepto incluiríamos como medios la prensa, la radio, la TV... si bien es cierto que estos medios de comunicación son medios de publicidad también, es verdad que no son los únicos vehículos de difusión de la actividad publicitaria. Así pues, este significado no es satisfactorio para recoger en él mismos los denominados medios de publicidad.
- En 2º lugar; con el término medio se califica lo que en técnico se denomina soporte publicitario, y entonces, la acepción medio sería sinónimo de objeto o de medio donde se inserta la publicidad (ej.página de un periódico, valla exterior,...). es obvio que tampoco este significado conviene al medio de la publicidad como sujeto que interviene en la difusión de anuncios, por eso y para evitar equívocos en estos supuestos, debería hablarse de soportes publicitarios, y no de medios de publicidad.
- 3ª acepción; es la más propia ya que define el medio como sujeto o medio de publicidad según el art.10 de la LGP. En este artículo dicen que tendrá la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, publicas 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 ostente. Por lo tanto, este art.10 de la LGP considera como medios a empresarios individuales o sociales,... Así la calificación de medio publicitario se reserva a los titulares de soportes que lo exploten de manera racionalizada y permanente (por lo tanto no son medios de publicidad las personas titulares de objetos susceptibles de comunicar mensajes publicitarios pero que no los

exploten de manera racionalizada, ej. imprenta).

El artículo 10 de la LGP establece claramente que estos medios difunden la publicidad a través de los soportes, pero se añade que el medio ostenta la titularidad de dichos soportes, de tal manera que se engloba dentro de este concepto a los denominados medios de comunicación social, y por otra parte las empresas que tienen por objeto social (finalidad) tan sólo la explotación de soportes para difundir la publicidad (ej. empresas de publicidad exterior que también son medios de publicidad).

- **LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS**

- **CONTRATOS PUBLICITARIOS REGULADOS EN LA LEY GENERAL DE LA PUBLICIDAD**

Conviene advertir que no todos los negocios que se efectúan con motivo del tráfico publicitario quedan regulados en la LGP. Por el contrario, la ley solo regula los contratos entre anunciantes, agencias y medios para la creación y difusión de las campañas de publicidad o de alguno de sus elementos. Por eso, y siguiendo al profesor Cuesta Rute, podemos distinguir entre la contratación publicitaria y la contratación en materia de publicidad. Obviamente, el primer de los términos tiene un ámbito más restringido que el segundo.

Los sujetos que intervienen en la contratación publicitaria son los anunciantes, agencias y medios, y esta intervención la realiza desde la posición que ocupan respectivamente con respecto a la publicidad.

El *anunciante* es el sujeto emisor de la comunicación publicitaria, la *agencia* interviene como especialista para instrumentar técnicamente esa comunicación, y el *medio* sería el vehículo indispensable para que la comunicación masiva pueda producirse.

Pero estos sujetos intervienen en muchos contratos que aunque se celebren con motivo de la actividad publicitaria, sin embargo, no merecen el calificativo de contratos publicitarios.

La LGP establece 4 tipos de contratos de esta naturaleza (contratos publicitarios):

- Contrato de creación publicitaria. Tiende a la instrumentación de algún elemento de la publicidad. Se regula en el artículo 22 de la LGP.
- Contrato de difusión publicitaria. Supone la comunicación del mensaje a través de su inserción en los medios. Se regula en el artículo 19 de la LGP.
- Contrato de publicidad. Instrumenta el acto mismo de publicidad. Se regula en el artículo 15 de la LGP.
- Contrato de patrocinio publicitario. Se regula en el artículo 24 de la LGP.

La expresión contratación publicitaria debe aplicarse a sólo estos cuatro tipos de contratos, aunque otros contratos que se realizan con motivo de la actividad publicitaria no se encuentren tipificados en la LGP. Estos contratos serían los siguientes:

- *El que realiza el anunciante/agencia con una persona física para utilizar su imagen.* No está tipificado como un contrato publicitario, y por tanto no está regulado por la LGP.
- *El contrato de distribución publicitaria* tampoco está regulado. Es aquel por el que una parte (la agencia o distribución a medios) se obliga en favor de otra (agencia de publicidad general) a distribuir una campaña a cambio de una remuneración.
- También queda excluido de este concepto legal el *contrato en virtud del cual la agencia asume tan sólo la obligación de difundir un mensaje en cuya elaboración no ha intervenido.* ¿Por qué se excluye en este caso? Porque las relaciones entre agencia y anunciante sólo son publicitarias cuanto tienen como finalidad la instrumentación del acto publicitario o de alguno de sus elementos (según lo legal).
- Tampoco se recoge *aquel contrato en el que interviene el titular de un medio y que tiene por objeto la explotación de sus espacios en lugar de la utilización.* Esta relación que tiene lugar entre un medio y una

Central de Compras, no encaja dentro de los tipos consagrados dentro de la LGP, y por eso este contrato se debe calificar según la naturaleza que se deduzca del mismo.

De acuerdo con la tipología establecida por la LGP tampoco estaría dentro *el antiguo contrato de mediación o comisión publicitaria* que se definía en el derogado Estatuto de Publicidad (estaría excluido pues de la LGP en materia de contratación publicitaria).

• CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS

Definición contrato del Código civil (art.1258): contrato como acuerdo de voluntades. El acuerdo de voluntades o el asentimiento mutuo es el elemento mutuo de un contrato.

En el Derecho de la publicidad diversos autores han definido con carácter general el contrato publicitario (definición del profesor Roseta) negocios ... por medio de los cuales se hace posible la actividad publicitaria y se establece el debido nexo de unión que ésta exige entre anunciante y consumidor, aunque el consumidor en ningún caso es parte de estos contratos publicitarios, sino el mero destinatario).

(Definición profesor Uría: los contratos publicitarios son aquellos mediante los cuales empresas especializadas en la actividad publicitaria cooperan al mejor desarrollo de otras empresas mercantiles).

NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS

- **Son contratos consensuales.** Este contrato queda concluido en el momento en que las partes intervinientes manifiestan recíprocamente sus respectivos consentimientos. No se exige forma escrita para la existencia de un contrato publicitario, de modo que como sucede para todos los contratos mercantiles, rige el principio de libertad de forma (que establece el art.51 del Código de Comercio y el art.1278 del Código Civil).
- **Son contratos mercantiles.** La doctrina mercantilista se ocupa del excluyo de los contratos publicitarios. Podemos establecer que la mercantilidad de los contratos publicitarios derivan de dos causas:

-1ª causa: por la realización en masa de la actividad publicitaria (contratación también en masa)

- 2ª causa: la ejecución de la actividad publicitaria se efectúa por y para las empresas mercantiles.

- **Son contratos bilaterales.** Esta nota no significa que tengan que intervenir dos partes (requisito obvio), sino que la bilateralidad significa que el contrato publicitario crea obligaciones recíprocas para ambas partes.
- **Son contratos onerosos.** Cada una de las partes intervinientes pretende un resultado mediante la contraprestación que ha pactado. El contrato publicitario no es gratuito (oneroso: no es gratuito, nos tienen que dar algo a cambio).
- **Son contratos principales.** Estos contratos cumplen por sí mismo el fin propio de ese contrato sin relación necesaria con ningún otro contrato. No son contratos accesorios, no dependen de otro, porque son principales.

TEMA 17

NORMAS GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS

- **APLICACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS CONTRACTUALES A FIGURAS DISTINTAS DE LA PUBLICIDAD**

El artículo 9 de la LGP establece cuales son las normas aplicables a los contratos publicitarios y consagra dos declaraciones generales de suma importancia.

En 1er lugar, pone de relieve que los contratos publicitarios se regirán por las normas contenidas en la LGP, y en su defecto, por las normas contenidas en el Derecho común.

En 2º lugar, el art.9 señala que lo dispuesto en este artículo será de aplicación a todos los contratos publicitarios aún cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el art.2 (el art.2 de la LGP define la publicidad como toda comunicación tendente a promover la contratación).

La LGP en materia de contratos se aplicará también a la propaganda política, religiosa o institucional, pero las normas de los artículos del 3 al 8 en cambio no se aplican a estas modalidades, sino sólo a la publicidad económica (¡situación paradójica!).

El hecho de que el artículo 9 en su primera declaración haga una remisión a la norma de la LGP y del Derecho común, no puede suponer el desconocimiento en esta materia del libre juego de la autonomía de la voluntad. Los contratos publicitarios son privados y se rigen pues en primer lugar por los pactos que establecen las partes (rige la autonomía de la voluntad).

Solamente si no hay esos pactos entre las partes, o si es contraria a la LP, sería de aplicación ésta última: la LGP.

Puede suceder que un problema que surge de un contrato no se pueda solucionar por la voluntad de las partes, ni por la LGP, en este caso habría que acudir al Derecho común y dentro de éste tendríamos las disposiciones sobre contratos que se establecen en el Código del Comercio y en el Código Civil.

• CAPACIDAD PARA CONTRATAR; FORMA Y PRUEBA DE LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS

En la LGP no existe ningún precepto que regule esta cuestión, y por lo tanto tendremos que ir al Derecho común para ver cómo se regula la capacidad para contratar.

- En el caso de que los sujetos publicitarios sean empresas mercantiles, los contratos se concluirán válidamente por la persona que ostente la administración y la representación de esas empresas.
- Si el sujeto es público (organismo de la administración pública), el contrato debe ser concluido por la persona que este facultada para obligarse (para contraer obligaciones) de acuerdo con las normas para contratarse del Estado.
- Cuando los sujetos son personas físicas (sujetos individuales), obviamente podrá llevarlos a cabo la persona que sea mayor de edad (mayor de 18 años), la cual podrá entonces contratar, o bien si es menor de edad el tutor que le representará. Ese menor de edad será también sujeto de obligaciones, aunque tenga tutor legal.

LA FORMA DE LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS

En este caso tenemos que echar mano también del Derecho común. La LGP a este respecto tampoco dedica ningún precepto a la forma de los contratos publicitarios, y por lo tanto, rige aquí el principio de libertad de forma consagrado por el artículo 51 del Código de Comercio.

Este principio significa que los contratos tienen la libertad para elegir la forma que deseen en su contrato (pueden convenir que sea la forma escrita, público o privado,... o puede ir más allá ya que puede ser verbal, un pacto de palabra).

Este principio de libertad de forma *estaba recogido en el artículo 23 del derogado Estatuto de Publicidad, y fue recogido en una Sentencia de 24 de Mayo de 1980 por el Tribunal Supremo.*

Esta sentencia establece que los contratos publicitarios como son consensuales se perfeccionan por el mero acuerdo de los contratantes porque no hay norma que imponga la forma escrita, sino que rige es principio de libertad de forma.

PRUEBA DE LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS

La prueba de los contratos publicitarios no debe confundirse con la forma porque son cosas esencialmente distintas.

La forma se refiere al requisito insustituible para que el contrato exista, y la prueba se refiere al medio que es sustituible de demostrar en juicio que ese contrato tiene existencia. Ambas cosas están ligadas por una estrecha relación, y además hay que tener en cuenta que si se exige una forma determinada para la existencia del contrato, éste no podrá ser probado por otros medios distintos de los que se exige.

Las normas habituales sobre la prueba implican una coacción hacia la forma, porque si dos partes por ejemplo reconocen un contrato de venta hecho verbalmente por importe de 50.000 ptas. , ninguno de ellos puede negarse a cumplir el contrato alegando que no está escrito. En cambio, si una de ellas niega la propia existencia del contrato (no el pago), la otra parte no puede valerse de testigos, puesto que el Código de Comercio obliga a un contrato escrito para cantidades iguales o superiores a las 50.000 pesetas.

• CLAUSULAS MODIFICATIVAS DE RESPONSABILIDAD

Encontramos dos supuestos:

• Responsabilidad extraconceptual.

Concierne a las partes contractuales frente a los terceros.

Aparece recogida el artículo 13 de la LGP (dispone que en los contratos publicitarios no podrán recogerse casos de... *completar el art.13 de la LGP*).

Explicación del art. 13: en el mundo publicitario establecían en los contratos cláusulas según las cuales el anunciante asumía toda la responsabilidad por la publicidad, y en consecuencia la agencia y el medio no tenían responsabilidades. Esta posibilidad aparece cercenada por el art.13 de la LGP que prohíbe que se inserten cláusulas de exoneración de responsabilidades.

La interpretación de este artículo no plantea problemas porque establece que la simple voluntad de los contratantes no puede alterar la responsabilidad que le corresponda con arreglo a las normas del Derecho que prevén la responsabilidad de los mismos.

Las posibilidades de alteración de la responsabilidad son 3, las que se recogen en dicho art.13 de la LGP, y que no se admiten:

- Cláusula de Exoneración: se libera de responsabilidades al sujeto que fuese responsable.
- Cláusula de imputación de responsabilidad: cuando se atribuye la responsabilidad a una persona distinta del legalmente imputado.
- Cláusula de limitación de responsabilidad: puede tratarse de una limitación cuantitativa (por ejemplo fijando en el contrato una cuantía máxima de indemnización) o cualitativa (cuando se discrimina la imputación de la responsabilidad según el tipo de daños o causas que la produzcan. Por ejemplo cuando la agencia no responde en los casos de publicidad denigratoria, pero sí engañosa).
- **Responsabilidad contractual:**

Es la que tienen las partes contractuales entre sí. Es la derivada del contrato entre las partes contractuales y se recoge en las normas generales, tanto del Derecho Mercantil, como en las del Derecho Civil.

En principio, en cualquier contrato publicitario las partes se obligan a cumplir lo comprometido en ese contrato (agencia y anunciante,...). para poder apreciar en su justa medida lo acordado entre las partes debemos distinguir la finalidad de estos contratos (que son meros instrumentos jurídicos para hacer llegar la publicidad al público) de los objetivos (comercial o económico; incrementar las ventas del anunciante).

No podemos confundir estos planos, por eso no puede existir ninguna responsabilidad o garantía por los resultados de una campaña.

• CLÁUSULAS SOBRE LOS RESULTADOS PUBLICITARIOS

En principio, son nulas de pleno derecho y se tiene por no escritas en los contratos. Así lo establece el artículo 14 de la LGP que dispone que 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.

Con anterioridad a la LGP el Estatuto de Publicidad en sus artículos 37 y 53 se recogía esta idea en relación con el contrato de publicidad, y en relación con el contrato de difusión publicitaria. Es decir, el Estatuto sólo preveía estas cláusulas de garantía para estos dos contratos, de ahí la importante diferencia entre el antiguo Estatuto y la actual LGP, porque ésta última plasma el artículo 14 para todos los contratos publicitarios y no sólo para esas dos.

No existirá responsabilidad de la agencia ni del medio de publicidad si no se produce por ejemplo el esperado incremento de ventas tras la campaña de publicidad, o incluso si se produjese un descenso de las ventas de dicho producto. Esto es así porque lo dice la ley y también porque en los contratos que tienen por objeto una prestación intelectual (como lo es una campaña publicitaria) nunca se puede garantizar un resultado concreto, sino que únicamente se puede garantizar unos actos necesarios para intentar alcanzar esos resultados.

También se tendría por nula la cláusula por la que se pueda exigir responsabilidad a la agencia si no se alcanzan esos resultados previstos.

En este art.14 de la LGP se recogen pues las cláusulas nulas: rendimiento económico, sobre los resultados,... todas ellas cláusulas contractuales porque se establecen por los sujetos contractuales (agencias, anunciantes,...).

• EL DERECHO DEL ANUNCIANTE A CONTROLAR LA EJECUCIÓN DE LA CAMPAÑA

Este derecho aparece recogido en el **art.12 de la LGP** que dice que el anunciante tiene derecho a controlar la campaña de publicidad. Para garantizar este derecho las organizaciones sin fines lucrativos, constituidos legalmente por agencias, medios y anunciante –de forma tripartita– podrán comprobar la difusión de los medios publicitarios,....

Cuando en este artículo 12 se habla de control, se entiende que es un control sobre la difusión de esa campaña a través de los medios correspondientes y en relación con una audiencia determinada. Por este motivo, aunque el artículo 12 se encuentra ubicado dentro de las disposiciones generales de los contratos publicitarios, sólo se va a aplicar al control de la difusión, y en su caso, al contrato de patrocinio sin que su propia naturaleza pueda aplicarse al contrato de creación publicitaria.

Este precepto (que recoge el art.18 del derogado Estatuto de Publicidad) no es novedoso pues. Esas

organizaciones que controlan la difusión y la audiencia del medio deben reunir dos requisitos mínimos:

- Tienen que estar constituidas legalmente por anunciantes, agencias y medios, porque de esta forma están representados en tales organismos los diversos sujetos publicitarios (no se especifica si esa participación tiene que ser o no equitativa).
- No pueden crearse con ánimo de lucro (no deben tener una finalidad lucrativa). Actualmente en España existe la OJD.

A través de este mecanismo se considerará un dato esencial para las agencias y anunciantes: la potencial difusión del mensaje publicitario. Además en los medios publicitarios las tarifas se calculan en función de unos parámetros que parten de cifras determinadas de la audiencia real de cada medio.

Sin embargo, a pesar de la importancia de esta posibilidad de controlar la campaña de publicidad, ésta no es obligatoria para los medios (los medios no tienen obligación de someterse a ese control, sino que lo hacen si quieren. Existe pues voluntariedad, no obligatoriedad expresa ya que la ley no les obliga a ello).

TEMA 18

LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS

• EL CONTRATO DE PUBLICIDAD

Según la LGP (art.15) el contrato de publicidad es aquel por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma. [...] Cuando la agencia realice creaciones publicitarias, se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria.

Además, la LGP dice que en los contratos publicitarios no podrán incluirse cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad (art.13).

Asimismo, el art. 14 expresa que 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.

OBLIGACIONES DE LA AGENCIA

I. OBLIGACIÓN DE INSTRUMENTALIZAR EL PROYECTO

- Características del proyecto
- Quien debe realizar el proyecto
- Aprobación del proyecto por el anunciante

II. OBLIGACIÓN DE EJECUTAR LA PUBLICIDAD

- Incumplimiento total: Si la agencia injustificadamente no realiza la prestación comprometida, o lo hace fuera del término establecido, el anunciante podrá resolver el contrato, y exigir la devolución de lo pagado, así como la indemnización por daños y perjuicios (art.18 de la LGP).

La extinción del contrato no afectará a los derechos de la agencia por la publicidad realizada antes del incumplimiento (art.18 de la LGP).

- **Cumplimiento defectuoso:** Si la publicidad no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, éste podrá exigir una rebaja de la contraprestación o la repetición total o parcial de la publicidad en los términos pactados, y la indemnización, en uno u otro caso, de los perjuicios que se le hubieran irrogado (art.17 LGP).

III. OBLIGACIÓN DE FIDELIDAD Y SECRETO

- No dirigir campañas en competencia
- No revelar secretos e información (art.16 de la LGP: el anunciante deberá abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia. La misma obligación tendrá la agencia respecto de la información o material publicitario que el anunciante le haya facilitado a efectos de contrato).

Se trata de no dar la información recibida por el anunciante para el desempeño de una campaña, dicha información no podrá ser revelada a un tercero. Esta obligación de secreto es recíproca porque también el anunciante tiene que guardar secreto de las informaciones que le dé la agencia.

OBLIGACIONES DEL ANUNCIANTE

La obligación principal es la de pagar el precio convenido que se plasma en el contrato. Ese precio no es sólo en dinero (aunque suele serlo). El artículo 15 de la LGP no exige que la contraprestación sea en dinero, sino que puede consistir en algún tipo de trueque, etc. El modo en que se fija la contraprestación también es libre (en función del tanto por ciento del valor de la campaña suele ser un modo habitual).

La obligación de pagar a la agencia está clara en el contrato entre ambos, pero ¿cuándo debe hacerse efectiva?. Este punto también aparece en el contrato (xj.un % antes y luego después otro % tras la campaña).

La obligación principal de pagar sólo nace jurídicamente cuando la agencia ha hecho su trabajo (es decir, cuando la publicidad ha sido difundida). Si la campaña es continuada la obligación de pagar nacerá cada vez que se difunde un anuncio.

A veces se hacen cálculos por parte de la agencia; se hace un presupuesto (que después la mayoría de las veces se queda corto) que se ve aumentado por diversas causas. ¿Qué pasa entonces? La agencia en teoría tiene derecho a que el anunciante pague esos gastos extras porque se busca que la agencia no quede perjudicada por hacer frente a dichos costes extras (se busca que la agencia quede indemne).

Por tanto en teoría el anunciante es el que debe asumir esos costes extras, pero luego en la práctica surgen problemas al respecto entre ambas partes al plantearse si dichos extras eran realmente necesarios...

Otra obligación del anunciante ante la agencia: le tiene que dar toda la información necesaria para que la agencia cumpla su trabajo (de no ser así constituiría una causa justificada para que la agencia no hiciera la publicidad). Es decir, la falta de cumplimiento de esa obligación del anunciante de darle toda la información necesaria a la agencia para la realización de la publicidad da derecho a dicha agencia a no hacer la campaña.

Otra obligación: el anunciante no puede utilizar las ideas, información,o material publicitarios para fines distintos de los pactados. Se trata de que ese material se utilice en la publicidad pactada, que se recoge en el contrato, no para otros fines. (EJ.concurso de campañas donde intervienen varias agencias y el anunciante se apropia de las ideas que surgen para contratar otra agencia posteriormente, etc. Esto no se puede hacer, ni ética ni jurídicamente).

2. EL CONTRATO DE DIFUSIÓN PUBLICITARIA

2.1. EL CONCEPTO DEL CONTRATO DE DIFUSIÓN

- **Definición:** A través del contrato de difusión se pretende que una publicidad que ya está creada, un anunciante o una agencia la lleve a otro medio para que la difundan (donde pueda llegar a difundirse). No hay ninguna tarea creativa.
- **Definición legal:** (art. 19 de la LGP):

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

- Se habla primero de que es aquel que por una contraprestación fijada por una serie de tarifas establecidas. Hace mención a un medio organizado, de ahí que sus tarifas y precios estén establecidos (aunque no necesariamente en términos monetarios).
- Los objetos que intervienen en el contrato: el medio de publicidad por una parte, y por otra, un anunciante o una agencia. Es perfectamente posible que el anunciante contrate con el medio la difusión de su publicidad sin pasar por la agencia, o bien pide el anuncio a la agencia y luego va el sólo a contratar la difusión con el medio sin la intervención de la agencia.
- La finalidad del contrato: que se difunda la publicidad. En la LGP se diferencia este contrato del contrato de concesión de explotación de espacios. El medio puede vender sus espacios uno a uno a cada anunciante, pero también puede ocurrir que acuda a una Central de Medios y que le conceda la explotación de todos sus espacios publicitarios. Cuando se alude al contrato de difusión se alude a cuando el medio vende sus espacios por parcelas a los anunciantes o agencias ;pero no a una Central de Compras de Medios!
- El medio además se compromete a desarrollar la actividad técnica necesaria para que la publicidad llegue al público. El medio tiene que desarrollar su actividad normal para que la publicidad llegue al público habitual/normal de ese medio. El medio de comunicación tiene que hacer su labor de información y de difusión de publicidad como lo realiza normalmente, tiene pues que hacer la actividad técnica propia del medio.

2.2. NORMAS REGULADORAS DE LA DIFUSIÓN DEL MENSAJE

Nosotros estudiaremos los artículos 20 y 21 del Contrato de difusión publicitaria.

La obligación principal del medio en el contrato de difusión es precisamente difundir la publicidad entre la audiencia en el tiempo y la forma pactadas. Esta obligación principal se complementa con *cuatro fases*:

- **Fase de reproducción del anuncio:** el anunciante lleva al medio una cinta, o cualquier otro soporte para que el medio reproduzca la publicidad. El medio si quiere, si lo justifica, puede rechazar la difusión del anuncio ;pero no puede cambiarlo de ningún modo o transformarlo!. El medio pues es libre de rechazar la difusión, negarse a esa difusión de determinada publicidad, pero no puede alterar ni manipular el anuncio en ningún caso.
- **Fase de emplazamiento del anuncio:** se trata de la colocación del mensaje en un lugar determinado. Normalmente se fija en el contrato el lugar del emplazamiento del anuncio y el medio debe respetarlo porque de lo contrario caería en el cumplimiento indebido del contrato.
- **Fase de tiempo de la publicación:** es también muy importante, e incluso a veces esencial porque en ocasiones puede llevar al traste la publicidad (fechas claves para determinados productos).
- **Fase de difusión del mensaje:** se trata de la fase de difusión propiamente dicha del mensaje. Se produce cuando el mensaje se divulga, cuando el medio pone todo su empeño en que esa publicidad llegue al conocimiento del público. Cuando finalmente se consume la difusión de ese anuncio. Lo que el medio no

puede garantizar es que el anuncio se vea, el diario donde va insertado se compre, etc. Sino que cuando se ha hecho todo lo posible para que el anuncio llegue al conocimiento de la audiencia.

¿Qué ocurre cuando el medio incumbe totalmente o de manera defectuosa en la difusión del anuncio?

Existen dos supuestos:

- **Incumplimiento total** (art.21 de la LGP): el artículo señala en el primer párrafo que salvo casos de fuerza mayor o causa justificada, cuando el medio no difunda la publicidad, el anunciante o agencia podrá exigir una difusión posterior en las mismas condiciones pactadas, o bien resolver el contrato exigiendo la devolución del precio de la publicidad contratada no difundida además de pedir indemnización por daños y perjuicios. La primera parte del art.21 dice salvo casos de fuerza mayor o causa justificada. Un ejemplo de esto sería por ejemplo cuando un medio como la televisión o la radio, donde existe una programación ya con su publicidad, sucediera un acontecimiento imprevisto de interés general que obligara a la cadena a romper con lo programado (incluso la publicidad) para difundir dicho suceso o acontecimiento (ej. una guerra). Este caso sería una causa justificada para no difundir la publicidad.

De no ser así existen dos alternativas: 1. Exigir que el anuncio se difunda posteriormente 2. Denunciar el contrato y, si se ha pagado la inserción de la publicidad finalmente no emitida, pedir la devolución. En cualquier de los dos casos se puede exigir indemnización por daños y perjuicios.

A veces la culpa de la no-difusión de la publicidad no la tiene el medio, sino el anunciante o la agencia. Si, por ejemplo, el anunciante no da el material necesario al medio que se necesita. Al respecto el art.21 (párrafo 2) dice: si la falta de difusión fuera imputable al anunciante o a la agencia, el responsable vendrá obligado a indemnizar al medio y a satisfacerle íntegramente el precio, salvo que el medio haya ocupado total o parcialmente con otra publicidad las unidades de tiempo o espacio contratados, es decir se ha insertado otra publicidad y por tanto no ha tenido pérdidas. Pero en caso de que ese espacio haya quedado vacío y el medio no haya podido sustituirlo por otro, entonces sí que tiene derecho a ser indemnizado.

Normalmente estos aspectos suelen recogerse previamente en los contratos.

- **Cumplimiento defectuoso** (art. 20 de la LGP):

si el medio, por causas imputables al mismo, cumpliera una orden con alteración, defecto o menoscabo de algunos de sus elementos esenciales, vendrá obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en los términos pactados. Si la repetición no fuere posible, el anunciante o la agencia podrán exigir la reducción del precio y la indemnización de los perjuicios causados

Cuando existe un cumplimiento parcial o defectuoso. Hace relación a elementos esenciales. Si hay una alteración así se obliga al medio a ejecutar de nuevo/repetir la publicidad en los términos pactados. Si no es posible repetir la publicidad, entonces se puede exigir una parte de lo pagado (no todo porque al fin y al cabo se ha difundido, aunque sea mal). Además se puede solicitar indemnización por daños y perjuicios (siempre que se demuestre que realmente se han producido).

3. EL CONTRATO DE CREACIÓN PUBLICITARIA

3.1. EL CONCEPTO DEL CONTRATO DE CREACIÓN PUBLICITARIA

Cuando se habla de creaciones publicitarias, dentro de ellas caben campañas de publicidad, pero también elementos aislados como por ejemplo un slogan, una marca, una música, etc. Además puede versar sobre obras ya existentes u otras creadas específicamente para esa publicidad (ej. músicas adaptadas).

Podemos entonces distinguir entre creaciones ya existentes y creaciones no existentes (inexistentes). El contrato hace referencia a las creaciones inexistentes.

Dentro de las creaciones ya existentes encontramos tres grupos de problemas:

Alguien adquiere una obra ya existente y ese no sabe que será utilizado en publicidad. El creativo puede entonces sentirse algo engañado. Muchos artistas han prestado sus obras para la publicidad voluntariamente (ej. Picasso) porque no va en contra del prestigio del autor. Si éste no quiere que se use su obra en publicidad debe especificarlo claramente (se puede entonces ceder totalmente para uso general o no, siempre que se especifique en el contrato).

Cuando se adquieren los derechos de una obra entonces éstos se pueden usar para lo que se quiera, sin límites prácticamente. Si se ceden los derechos y se establecen condiciones entonces hay que especificarlo claramente en el contrato de compra, ya que de no ser así quién adquiera esa obra la podrá utilizar para cualquier campaña publicitaria, etc. puesto que en principio no existen límites al respecto.

El tercer caso es cuando se cede la obra para una publicidad en concreto, es decir se ponen límites a la utilización de dicha obra. En este caso siempre debe especificarse en el contrato esta circunstancia.

Dentro de las creaciones publicitarias encontramos unas que están pensadas para ser utilizadas específicamente en publicidad (la obra se crea por encargo de un anunciante o agencia para ese fin concreto) y otras que no.

La definición que se recoge en el art. 22 de la LGP hace mención a una obra no creada aún y específicamente concebida para la publicidad.

Art. 22: el contrato de creación publicitaria es aquel por el que a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga a 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.

- aquel por el que a cambio de una contraprestación: no se especifica el *tipo de esa contraprestación*; si es económica, dineraria, cambio en especie, intercambio de bienes y servicios...
- *los sujetos que intervienen en el contrato*: por una parte una persona física o jurídica, y por otra un anunciante o agencia. No se especifica que se trate de un creativo porque puede ser un cantante, compositor (música para la publicidad), etc. no hace falta pues ser un especialista en publicidad, sino que cualquier profesional puede constituirse como sujeto del contrato de creación.
- *El anunciante puede conectar directamente* con ese creativo o a través de una agencia (que es la que contrata a un creativo, Freelance, etc.). Esta segunda opción es la más utilizada.
- *El objeto del contrato* (es lo realmente importante): se trata de obras que se tienen que crear, idear o elaborar (una campaña de publicidad o parte de la misma). Lo importante es que hay un proceso de ideación, elaboración de un mensaje (trabajo creativo siempre). El creativo es siempre el que idea el mensaje, elabora el guión, etc. pero no el que finalmente lo ejecuta o el que materializa esa idea (xj. una imprenta).
- *La ley no regula solamente las grandes creaciones publicitarias*. El art. 22 hace mención a un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario, es decir, que también se regulan las diferentes partes de la campaña publicitaria (spot, música, slogan...), incluso la planificación de medios también estaría sujeta a un contrato de creación publicitaria porque existe ideación.

3.2. TITULARIDAD DE LAS CREACIONES PUBLICITARIAS

La titularidad de las creaciones publicitarias es un aspecto muy importante porque acarrea

consecuencias económicas inauditas puesto que actualmente lo que más vale son las ideas y creaciones, y por tanto quién ostenta la titularidad de las mismas (ej. Presidente de Coca-Cola prefiero perderlo todo- empresas, fábricas...-antes que la marca).

Hay que diferenciar en primer lugar lo que son los derechos morales (derechos de los autores/creativos a ser reconocidos como tales). En principio no acarrear consecuencias directas económicas, pero sí reputación, fama, etc. son pues derechos intransferibles que no se pueden negociar.

En segundo lugar estarían los derechos económicos de explotación de la obra, derechos patrimoniales que si se pueden negociar. A la hora de negociar lo que vale es siempre lo que dice el contrato (especie de ley entre las partes) puesto que se debe cumplir las condiciones expuestas en el mismo.

El art. 23 de la LGP hace referencia a este aspecto de la titularidad de las creaciones: las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes.

Es decir, muchas creaciones publicitarias pueden ser objeto de derechos de autor o propiedad intelectual (el propio spot, slogan, etc., puede estar protegido por los derechos de autor...). A su vez, también puede haber derechos de propiedad industrial para elementos como displays (invención que genera esos derechos de propiedad industrial, incluso objeto de una patente).

Respecto pues a las creaciones para publicidad ya específicamente ¿a quién pertenecen? ¿Cuándo se pueden usar? ¿Hasta cuando?.

El art. 23 (apart. 2) dice al respecto: los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo.

Es decir, que la agencia cede sus ideas a un anunciante ¡en exclusiva! Únicamente a él, y la agencia no puede dar parte de esa creación a otro anunciante, salvo que el contrato especifique lo contrario.

Además el anunciante que adquiere en exclusiva los derechos de explotación de ese anuncio lo debe hacer para los fines previstos en el contrato, y durante el periodo de tiempo también acordado en el contrato. Si el anunciante quisiera usar esa campaña fuera del tiempo establecido para los fines anteriormente convenidos, tendría que pedir permiso a la agencia.

La titularidad hace mención a los derechos económicos de explotación de la creación, no al derecho moral ¡qué siempre tienen el autor de la obra aunque ya no tenga los derechos de explotación de la misma!.

4. EL CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO

El contrato de patrocinio publicitario cuenta solo con un artículo en la LGP, pero es de gran importancia.

En principio para definir el contrato de patrocinio según la LGP se aplica, en teoría, el artículo 24, pero también los artículos 9 y 14 (disposiciones generales) se aplican a esta modalidad.

Calificamos con la denominación patrocinio publicitario algunas actividades de patrocinio como actividades de publicidad. Alguien planteará la duda de si por ejemplo el patrocinio de actividades deportivas de bebidas alcohólicas o tabaco con presencia en televisión es lícito. Pues bien, no lo es, estaría prohibido al igual que lo está la publicidad de estos productos en televisión.

4.1. EL CONCEPTO DE PATROCINIO PUBLICITARIO

Según el art. 24 de la LGP: el contrato de patrocinio publicitario es aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador. El contrato de patrocinio publicitario se registrará por las normas del contrato de difusión publicitario en cuanto le sean aplicables.

En algunas legislaciones se distingue entre patrocinio (entendido como el apoyo a actividades deportivas) y mecenazgo (apoyo a otras actividades como las culturales o científicas). Aquí para el legislador es igual.

El mecenazgo se contempla desde un punto de vista fiscal, pero en la LGP equivale al patrocinio.

Dentro del contrato publicitario intervienen dos partes; una parte que es el patrocinado (que depende de la actividad que desarrolle, ej. futbolista, institución) y otra que es el patrocinador (empresa o anunciante).

En cuanto al objeto del contrato de patrocinio: el patrocinador tiene que colaborar en la actividad, publicidad,... que desarrolla el patrocinado. La colaboración puede ser pasiva (ej. llevar la marca en la camiseta, como mero soporte publicitario) o activa (declaraciones a favor de la marca del patrocinador, asistencias a congresos / ferias...).

La actividad que realiza el patrocinado consiste en una ayuda económica, puede no ser dineraria ya que también puede ser por ejemplo en material deportivo, etc.

El párrafo segundo del art. 24 remite también a las normas del contrato de difusión para el patrocinio.

4.2. MODALIDADES DE PATROCINIO

Existen muchas modalidades de patrocinio como el patrocinio en el mundo deportivo (patrocinio de club, deportista, acontecimientos deportivos–liga–,etc.), en subastas y sorteos, patrocinio cultural (conciertos, museos, exposiciones...), científico, patrocinio televisivo, etc.

- Patrocinio de personas físicas: es sumamente importante que exista siempre una cláusula de exclusividad que haga referencia al ámbito territorial del contrato, aspecto que se debe delimitar junto con otros muchos.

Ejemplo: un futbolista / deportista que lleva una marca determinada de ropa del patrocinador. Se debe delimitar en que países o competiciones usará esa ropa (lo normal es que sea a escala mundial) porque puede tener un patrocinador a escala nacional y otro a nivel mundial. Hay que delimitar también claramente hasta donde alcanza ese contrato (sí ese deportista usará la ropa de su marca solamente en las competiciones o sí también lo hará en sus apariciones televisivas, como ruedas de prensa, etc.). Como patrocinadores deberíamos exigir (por supuesto también en el contrato) que en esos actos públicos también nuestro patrocinador llevara nuestra marca, pero luego en su vida privada ya puede usar lo que quiera.

Otro aspecto a tener en cuenta en el patrocinio de personas es si esa colaboración va a ser activa o pasiva. En los contratos habrá que incluir también una cláusula a este respecto (sí se cederán los derechos de imagen o no, etc.).

La imagen del patrocinador y la de la marca se influyen mutuamente. La conducta que siga el patrocinado (incluso en su vida privada) puede repercutir en la imagen de la marca (ej. caso de doping del deportista que influiría negativamente en la marca del patrocinador. Es un caso en el que podría romperse el contrato, cuando existiera una cláusula al respecto en el mismo, incluso si dicha cláusula no existiera).

El patrocinador no sólo proporciona la ropa de marca al deportista patrocinado, sino que también le paga dinero (normalmente en función de los logros que consiga el deportista. Cuanto más alto llegue en sus competiciones, más dinero cobrará, es decir, son como las primas que los equipos dan a sus jugadores en función de sus logros).

- Contrato de patrocinio de entidades (clubs de fútbol): es muy importante delimitar el ámbito territorial de exclusividad, también el del patrocinador con respecto a la entidad (ej. la marca adidas patrocina al club de fútbol del Real Madrid, el cual no podrá usar ropa de otra marca).

Podemos encontrar varios problemas:

- por ejemplo que un equipo de fútbol tenga un patrocinador y luego que cada jugador de ese equipo tenga sus propios patrocinadores (los cuales pueden no coincidir). En principio ese club se compromete a usar la marca del patrocinador del club en la medida en que sus jugadores aparezcan como equipo (en un partido de fútbol), pero no cuando los deportistas se presenten como personas individuales. En cualquier caso todos estos aspectos hay que dejarlos bien claros en los contratos porque puede dar lugar a conflictos (ej. Caso Beбето, jugador del Deportivo de la Coruña que tenía como patrocinador una marca de leche, cuando al mismo tiempo su club tenía como patrocinador otra marca de leche ;competidora de la primera!).
- también pueden darse conflictos cuando una firma patrocina a un determinado club porque tiene un determinado jugador (y en el contrato no se incluye esta circunstancia) y ese jugador se va a otro equipo. ¿se podría romper el contrato? No, a no ser que el contrato exprese esa circunstancia expresamente.
- Patrocinio de acontecimientos (deportivos, musicales, culturales...):
 - ej. Anuncio en TV de concierto de Estopa donde aparece la marca Ducados dos o tres veces. Se puede hacer un spot anunciando ese acontecimiento musical, pero se está haciendo publicidad de tabaco por lo que es ilegal. El hecho del patrocinio en sí no es ilegal, pero si lo es el hecho de que se difunda por televisión (tb. sería ilegal Fortuna en los rallies televisados por la misma causa). El patrocinio pues se rige también por las reglas generales de la LGP:
 - se puede patrocinar cualquier tipo de acontecimiento. También se debe dejar claro en el contrato el tema de la exclusividad (por ejemplo sí habrá un único patrocinador, exclusiva reforzada, o no. Suele haber una exclusiva simple o compartida, es decir cuando aparecen varias marcas patrocinando ese acontecimiento).
 - También hay que dejar claro en el contrato que no participen en el patrocinio marcas competidoras a la nuestra, si se pretende así (ej. Exclusividad en el sector de cervezas: San Miguel como única marca de cerveza patrocinadora de las olimpiadas).

TEMA 19

LA REPRESIÓN DE LA PUBLICIDAD ILÍCITA

• GENERALIDADES

Hay que indicar que el título cuatro de la LGP se destina a regular las acciones de cesación y rectificación, así como el correspondiente procedimiento.

Al regular las acciones de cesación y rectificación, la LGP se ha inclinado por establecer la vía judicial, y no por la administrativa, para reprimir la publicidad ilícita. Las razones que han llevado a establecer la vía judicial se encuentran en la exposición de motivos de la LGP, donde se destaca en primer lugar el art. 24.2 de la Constitución que fija el derecho al juez ordinario como uno de los motivos para optar por la vía judicial y

no la administrativa.

El enjuiciamiento de la publicidad ilícita por un órgano administrativo, tal como aparecía en el derogado Estatuto, no respetaba este principio constitucional del art. 24.2 de la Constitución.

El artículo 28 de la LGP es tajante en este sentido (art. 28: las controversias derivadas de la publicidad ilícita en los términos de los artículos 3 a 8 serán dirimidas por los órganos de la jurisdicción ordinaria). Se señala que los jueces y tribunales ordinarios deben enjuiciar los litigios que surjan con motivo de la publicidad ilícita.

- **ACCIONES EN LA LEY GENERAL DE PUBLICIDAD**
- **LA ACCIÓN DE CESACIÓN**

A la hora de estudiar los remedios que permiten poner fin a una publicidad ilícita, cabe mencionar las acciones que establece la LGP, acciones que se contemplan en el artículo 25 del texto legal de la LGP (acción cesatoria y acción de rectificación).

Vemos en primer lugar que en dicho artículo 25 se señala la acción de cesación, que podrá ser solicitada desde el comienzo hasta el fin de la actividad publicitaria:

La acción de cesación puede ir precedida de las medidas cautelares que tendrían por finalidad justamente evitar con un carácter ya provisional la reiteración o repetición de ese anuncio ilícito.

La acción de cesación ocupa un lugar destacado en el marco de la represión de la publicidad ilícita por dos motivos:

- Porque es la única medida eficaz para evitar que una campaña de publicidad continúe difundiéndose.
- Porque la acción de cesación puede y debe prosperar con independencia de que el anunciante haya actuado con dolo (intencionadamente) o bien con negligencia. Incluso se puede obligar a la cesación aunque no exista un perjuicio real para los consumidores, ya que el simple riesgo de que esa publicidad ilícita pueda causar perjuicio ya permite la cesación de difusión de la campaña. Se puede obligar pues al anunciante a la cesación de su publicidad en estos casos.

Esta acción de cesación no se entabla de manera directa ante los Tribunales, sino que existe una fase previa donde se pide la cesación de la publicidad ilícita. El art.26 de la LGP, en este sentido, establece una fase previa donde la persona interesada (consumidor afectado, competidor...) solicita al anunciante el cese de la difusión de su publicidad ilícita mediante una carta notificada ante notario (ej.via fax) para tener constancia de que este paso se ha llevado a cabo.

El anunciante recibe ese requerimiento y tiene un plazo de 3 días para contestar a dicho requerimiento. Si el anunciante acepta y cesa la publicidad se resolvería al problema, de no ser así... si el anunciante no contesta en ese plazo de 3 días, la persona ya puede ejercitar las acciones que contempla la LGP.

El requeriente ya podría cursar la correspondiente demanda.

Esta fase previa es una peculiaridad de la LGP.

2.2. ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN

Tiene por finalidad conseguir que un engaño que se ha producido en los consumidores pueda ser corregido / rectificado para volver a la situación anterior a la de difusión de esa publicidad ilícita. Se trata de eliminar, o al menos disipar los efectos que ha producido esa publicidad engañosa mediante esta acción de rectificación.

Esta acción de rectificación también tiene un régimen peculiar recogido en el art. 27 de la LGP, y se puede solicitar desde el inicio de la actividad publicitaria hasta siete días después de finalizar la misma.

También se regula una fase previa para el ejercicio de esta acción de rectificación muy similar a la de la acción de cesación, pero existe una diferencia con respecto a ésta última: la rectificación se puede pedir hasta 7 días después de concluir la campaña y también antes, mientras que la cesación sólo se puede solicitar cuando se está difundiendo.

Con respecto al anunciante; cuando éste ha sido requerido dispone también de 3 días para notificar al que requiere la rectificación si lo hará o no. Si acepta la rectificación, la ley le da un plazo de 7 días (desde que acepta) para llevarla a cabo. De ser así ya no existiría pleito puesto que el anunciante ha aceptado y corregido su publicidad ilícita.

En el caso de que no acepte (se niega a rectificar o simplemente no contesta) entonces se podría ya demandar ante los Tribunales a dicho anunciante (demanda con el acta notarial demostrando el requerimiento previo).

En el caso de que el anunciante aceptara la rectificación pero que no la llevara a cabo en esos 7 días de plazo o no se hace en los términos pactados, también quedaría abierta la vía judicial.

No suele ser acogida la rectificación por los Tribunales porque si acogen esta acción de rectificación condenarían al anunciante a una gravísima acción: la publicidad correctora, sanción que se contempla en el art. 31 de la LGP y que se reserva tan sólo para casos de extrema gravedad.

De hecho, desde que entró en vigor la LGP sólo en 4 o 5 sentencias (desde 1988) se ha impuesto esta sanción en España (escasas pues las sentencias que han condenado al anunciante a realizar la publicidad correctora).

• ACCIONES EN LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

El art. 18 de la Ley de Competencia Desleal establece un cuadro de acciones (concretamente 6). De acuerdo con este artículo 18 contra un acto de competencia desleal pueden establecerse 6 acciones (de menor a mayor gravedad):

- Acción que declare que ese acto publicitario es desleal, y por tanto que es ilícito. Esta acción vale de poco y por eso la ley prevé otras acciones. Se trata de una acción básica.
- Acción de cesación del acto o prohibición del mismo, si aún no se ha puesto en práctica. Se intenta evitar que el acto de competencia desleal se pueda seguir produciendo en el futuro (cesación) o que no llegue a difundirse (prohibición).
- Acción de remoción. Tiene por finalidad que el juez ordene medidas necesarias para que una vez producido un acto de competencia desleal, se dirimen los efectos que ha producido para volver a la situación anterior a la de producción de ese acto de competencia desleal.
- Acción de rectificación de las partes engañosas. Sería una hipótesis de la acción de remoción. Se va a aplicar a los casos de publicidad ilícita y engañosa, no para otras figuras de competencia desleal que no sean las que se manifiesten a través de publicidad o actos de comunicación de empresario.
- Acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Tiene una gran importancia desde el punto de vista económico porque a través de la misma se intenta que la persona que ha sufrido ese acto de competencia desleal pueda recuperar el menoscabo profesional que ha sufrido. La ley requiere que haya habido dolo o culpa del empresario que ha hecho ese acto de competencia desleal
- Acción de enriquecimiento injusto. Sólo se entablará contra la persona que ha lesionado una posición jurídica con derecho de exclusiva. En materia de publicidad será muy infrecuente.

-