

TEMA1

1. PRINCIPIOS BÁSICOS (por los que se rige la actividad publicitaria)

Existe una serie de principios básicos que sirven para dar coherencia al conjunto:

Legalidad: No es original de la publicidad pero tiene especial aplicación.

Es el principio de respeto de la Ley: la Ley es un principio fundamental a tener en cuenta en la regulación publicitaria.

En ciertos casos la publicidad está sometida a restricciones ya que no es entera, libre tiene unos límites. Porque la actividad comunicativa puede ocasionar problemas a otras personas (salud, integridad física o moral, etc.):

La necesidad de proteger estos otros derechos básicos o leyes (que en un momento dado pueden chocar con el derecho a la comunicación) **justifica que se establezcan límites legales a la actividad publicitaria.** Un ejemplo son las restricciones televisivas en materia de publicidad del tabaco; o las leyes de sanidad en materia de publicidad de medicamentos (las recomendaciones al final descubren muchas exigencias legales).

Veracidad: (Contraria a la publicidad engañosa)

Este principio trata de exigir que los mensajes se ajusten en la medida de lo posible a la verdad.

Lo deseable sería que todo mensaje publicitario fuese cierto o que se ajustara plenamente a la verdad sin engaños. No obstante, no siempre es posible (ej: los juicios de valor falsos: este alimento tiene muchas vitaminas cuando no lo es).

Esto implica que hay una distinción de mensajes objetivos y subjetivos.

Cuando se incumple este principio se produce engaño por lo que para evitar éste hecho se sanciona la publicidad engañosa. **La publicidad engañosa** es aquella que es susceptible de engañar al público destinatario por razón de su contenido (también se puede mentir por omisión de algo que el público debería conocer).

Está recogido en la ley de Publicidad engañosa.

Autenticidad: (Contraria a la publicidad encubierta)

Es el que exige que el anuncio sea identificado como anuncio publicitario por el destinatario

Este principio trata de evitar mensajes o anuncios del estilo publi-reportaje. El product placement es teóricamente ilegal, pero no se respeta la Ley como norma general.

Cuando el engaño es por **el continente** (apariencia exterior, por el exterior) estamos ante el **principio de autenticidad.**

Cuando se incumple se trata de **publicidad encubierta.**

Libre competencia:

Este principio se produce porque existe una economía de mercado y por lo tanto la libertad de empresa. Esto supone el ejercicio de la competencia legal y por lo tanto unos beneficiarios y unos perdedores como consecuencia (cambio de posición).

Va en contra de los oligopolios y monopolios. Para que mejore la eficiencia es necesario que exista concurrencia, oferta de bienes; que puedan participar todos aquellos que quieran ofrecer.

El mensaje comercial deber ser respetuoso con la competencia (y ser limpio, sin técnicas malas) y basarse en aspectos transparentes (calidad del producto, etc.) por lo que este principio trataría de garantizar campañas publicitarias legales y limpias.

Se sanciona a las actividades que van en contra del principio de libre competencia

Otros principios:

Pro communicatione (a favor de la comunicación): habrá varias opciones de entender el significado en caso de duda, habrá que inclinarse a la opción que beneficie al proceso comunicativo.

A favor del consumidor: si en un momento hay que poner una norma o un contrato, habrán varias interpretaciones y por tanto, habrá que dar prioridad a la que sea más favorable para el consumidor. Hay que tener en cuenta que el Derecho siempre trata de proteger al más débil en un conflicto + las RRPP no tienen normativa propia.

A favor del adherente, etc.: hay un oferente y un demandante, si no te adhieres al oferente no te dan ni luz ni nada en caso de duda.

2. EL MENSAJE PUBLICITARIO DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA:

LGP: Norma de referencia en el derecho de la publicidad. En ella se define lo que es publicidad y un mensaje publicitario.

Desde el punto de vista del artículo 2 del derecho la publicidad el mensaje publicitario es (Pág. 147):

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

La publicidad se define como una forma de comunicación social, la publicidad no es una comunicación individual entre personas. La actividad publicitaria requiere medios de masas. No tratas mensajes individuales sino que conciben a un público segmentado indiscriminado. La publicidad puede afectar a los derechos de las personas. Se aprueban unas leyes para minimizar las posibles discriminaciones y para proteger los derechos legítimos de las personas. Se protege a todas las personas.

¿Quién es el responsable del mensaje?:

Persona física: cualquier persona capacitada y con actitudes para realizar actos jurídicos (en caso de minusvalía psicológica o de locura el juez incapacitaría a la persona en cuestión de realizar cualquier acto jurídico). (Los anunciantes).

Persona jurídica: organización a la que el derecho le concede la capacidad para realizar (y hacerse responsable) actos jurídicos legales (SA, SL, comunidad de bienes, fundación, cooperativas, etc.). En este caso se dice que la organización tiene personalidad jurídica. (Los anunciantes).

Pública: las que pertenecen al Estado y a cualquiera de sus instituciones y administraciones públicas y locales. Algunas de las instituciones del Estado tienen personalidad jurídica y otras no, pero también hay ciertos organismos autónomos que también la tienen (RENFE, Tve1).

¿A qué se puede dedicar la actividad publicitaria?:

Actividad comercial (publicidad de agentes comerciales), **industrial** (quien lo hace), **artesanal** (pequeño artesano) **o profesional** (bufets de abogados, anuncios de negocios); faltan otros tipos de usos como el social (Greenpeace, etc.), la preventiva (DGT, etc.) etc.

Nota promocional:

- ◆ **Directa:** compra esto
- ◆ **Indirecta:** El que nos promueve la idea de comprar algo. EJ: BMW: te gusta conducir?

¿ Qué puede ser objeto de promoción?

- ◆ **Bienes muebles:** se pueden mover. (transportar)
- ◆ **Bienes inmuebles:** anclados al suelo. (casa)

Quedan excluidos los mensajes institucionales, ideológicos (otro mundo es posible), sin ánimo de lucro, electorales, redaccionales y de relaciones públicas.

- ◆ En **el artículo 9 LGP**, los mensajes anteriores quedan incluidos a efectos de contratación (la publicidad no comercial se rige por el artículo 3 a nivel de la contratación).
- ◆ En **el artículo 3 Ley de Televisión sin fronteras:** también son publicidad los mensajes emitidos para promover determinadas actitudes o comportamientos.

CONCLUSIÓN:

La laguna legal para los mensajes no comerciales queda cubierta por el artículo 3 LGP y el 20 de la Constitución (libertad de expresión y límites). (esa laguna se resuelva cundo el mensaje NO comercial actúa como tal).

– Todo tipo de contrato se rige por la Ley General de Publicidad pero luego cada una tienes su propia Ley.

Tipología de mensajes:

Objetivos: mensajes que reflejan la realidad. Expresan algo que se puede verificar/contrastar en la realidad. No se suelen dar en publicidad debido al carácter persuasivo de ésta última. Está más unida al principio de veracidad. Se dedica exclusivamente a trasladar al destinatario hechos y datos reales. EJ: Trasmediterránea. Los mensajes objetivos se valoran en términos de veracidad (¿publicidad engañosa?).

Subjetivos: mensajes que no reflejan objetividad. No dan ninguna información. Se suelen basar en juicios de valor. EJ: Jb Pura visión.

Mixtos: cuando se dan elementos de los 2 casos anteriores. Es difícil de diferenciar. EJ: Movistar La vida es un poco más fácil....

1.La (doctrina) jurisprudencia: habrá que tener en cuenta el tono preferente del anuncio, habrá que valorarlo como un todo, pero cuando el elemento que crea conflicto y es diferenciado se debe valorar en su propia naturaleza.

2. Cuando un anuncio tengo un elemento que provoca un problema y se pueda identificar se puede ir contra ese elemento; solo cuando se pueda separar habrá que valorar el anuncio como un todo.

3. REQUISITOS Y ELEMENTOS DEL MENSAJE PUBLICITARIO:

Requisitos desde el punto de vista jurídico según Santaella:

- ♦ **Naturaleza comunicativa.** Esto conlleva 2 ingredientes: en el sentido de comunicación pública es decir en cuanto que va dirigido a un público o un sector de la población (no es una cuestión cuantitativa) + si se habla de comunicación entonces se trata de la transmisión de ideas elaboradas por la mente humana.
- ♦ **Carácter persuasivo.** Trata de obtener la aceptación (accesencia) del destinatario. No es como el mensaje informativo. Se busca persuadir por lo que desde el punto de vista etimológico se trataría de un mensaje promocional.
- ♦ **Con arreglo a una técnica propia.** El mensaje responde a técnicas comunicativas propias y específicas. Cuando no podemos distinguir un mensaje publicitario de uno informativo es porque el emisor no ha respetado el principio de autenticidad. (a veces se juega a la confusión para evitar los mecanismos de defensa del destinatario).
- ♦ **Difundido a través de medios publicitarios mediante contraprestación.** Se trata de medios publicitarios en tanto que sirven de soporte a la publicidad (pero no siempre). La contraprestación económica: la inserción de mensajes publicitarios no es gratuita y se rige por diferentes tarifas.

Por lo tanto: en un mensaje diferenciado de otros tipos de mensajes.

Requisitos según Baró:

- ♦ **Interesado.** Se busca un objetivo y se manifiesta un interés. Es un requisito previo al siguiente (incitador). Hay un interés en lanzar el mensaje tanto en el ámbito económico (vender algo) como social (promover una determinada actitud vis-a-vis de una idea o un valor. Por ej: evitar incendios).
- ♦ **Incitador.** Es persuasivo e intenta convencer al destinatario.
- ♦ **Público.** El mensaje es una forma de comunicación pública. La comunicación privada es diferente de la comunicación pública (+ hoy en día se han incrementado las formas de comunicación). Es público en tanto que está configurado para ser lanzado masivamente a un público aunque se comunique de forma privada o directa. La prescripción, jurídicamente, no es comunicación publicitaria.

Elementos básicos según Carrasco:

- ♦ **Proceso comunicativo.**
- ♦ **Carácter suasorio (= persuasorio).** Trata de obtener la aceptación (accesencia) del destinatario. No es como el mensaje informativo. Se busca persuadir por lo que desde el punto de vista etimológico se trataría de un mensaje promocional.
- ♦ **Destinatario colectivo e indeterminado (= Baró).**

Conclusión: elementos esenciales del mensaje publicitario (síntesis):

- ♦ **Naturaleza comunicativa pública:** tiene siempre una idea y además se utilizan medios de comunicación de masas.
- ♦ **Carácter incitador o suasorio / persuasorio,** es decir, trata de movilizar al destinatario para

que adopte una conducta acorde con lo que se propone.

- ♦ **Universalidad potencial del emisor o anunciante.** Puede ser emisor o anunciante cualquier persona (física- responsabilidad penal, o jurídica- responsabilidad civil) o particular, por lo tanto no se restringe al ámbito de la empresa, en cuanto tenga el límite de persona derecho.
- ♦ **Su objeto puede ser tanto la contratación de bienes y servicios, como la promoción de ideas.** Hay publicidad comercial y no comercial. El mensaje requiere unas técnicas específicas que lo distinguen de los demás tipos de mensajes.
- ♦ **Realizado con arreglo a unas técnicas o medios específicos.**

4. LAS FUENTES DEL DERECHO DE LA PUBLICIDAD:

TIPOS DE FUENTES:

Existen 2 tipos de fuentes aplicables a todos los asuntos:

- **DIRECTAS (vinculantes, de obligatorio cumplimiento):**

- ♦ **La Ley:** toda norma de carácter general y vinculante. Es de carácter público y se publican de forma pública en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Es la **hegemónica** (una de las razones es por la facilidad de comparación con otros países).
- ♦ **Costumbre:** los hábitos socialmente arraigados a lo largo del tiempo, que son aceptados por la mayoría de la sociedad. Son productos de sociedades rurales, propio de otros tiempos pero aún vigentes. No están escritos pero están en las mentes de las personas. Tiene una especial aplicación (EJ: el Tribunal de las Aguas). La costumbre se aplicará cuando no hay una ley que se aplique al asunto o caso en cuestión, por lo tanto se dice que es **supletoria de una ley**.
- ♦ **Principios Generales del Derecho:** son grandes ideas y criterios que sirven para orientar a los que tienen que resolver un determinado problema jurídico. Están fundamentalmente dirigidos a los jueces (EJ: dubio pro reo: en caso de duda a favor del preso). Tienen una doble condición:
- ♦ Son **supletorios de segundo grado de ley y costumbre** (lo que sirve para cubrir posibles lagunas).
- ♦ Están en determinadas **ocasiones por delante** de la Ley y a veces sirven para interpretar una ley específica (¿cual es lo más justo?). Hoy en día se está convirtiendo en una primera fuente.
- ♦ **INDIRECTAS (no son vinculantes, no obligatorio cumplimiento):**

- **Jurisprudencia:** son los criterios que proceden de las sentencias jurídicas dictadas con anterioridad sobre un asunto (criterios establecidos anteriormente). Se aplica fundamentalmente a la doctrina que proviene de los juzgados superiores, que son:

- 1) **Tribunal Supremo:** termina la pirámide judicial española.

- 2) **Tribunal Constitucional:** se ocupa de la aplicación de la Constitución a casos concretos (asuntos de libertades, etc.).

Si no se está de acuerdo con la sentencia de uno de estos 2 tribunales se puede acudir a otros como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pertenece al Consejo de Europa.

- **Doctrina de los autores:** se desprende de las obras científicas o teóricas que analizan las cuestiones jurídicas (por ej. Baró, Carrasco, etc.). Se utilizan en los procesos judiciales como apoyo en los argumentos de cada una de las

partes.

LA LEY

· Constitución (Pág.5)

Ley de leyes, carta magna. Es el texto legal en el que se establecen las normas básicas de convivencia de un país. Se definen las instituciones más importantes del Estado (por ej. se define si un país es una monarquía o una república), las competencias del Gobierno, la repartición del poder (centralizado o descentralizado) y los derechos de las personas.

El resto de las leyes deben ser coherentes con la Constitución si no serían inconstitucionales y no válidas por defecto.

· Tratados Internacionales bilaterales y multilaterales

Normas de carácter internacional.

Afectan a más de un país o estado. Pueden ser **bilaterales** (entre 2 estados) o **multilaterales** (entre diferentes estados).

Son de **ámbito mundial** (suelen proceder de Naciones Unidas y de sus organizaciones) y los patrocinan organizaciones también de ámbito mundial (ONU, etc.) especializadas pero que dependen de Naciones Unidas (OMS: Organización Mundial de la Salud; OIT: Organización Internacional del Trabajo; OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

Un país puede seguir las recomendaciones de los organismos o no, pero en el caso de que **sí** que lo haga entonces los tratados pasan a formar parte de la **jurisprudencia** de dicho país.

Dentro de la UE hay **2** instituciones públicas:

1.La UE en sí

Organización de estados europeos (de 15 se pasarán a 25).

Tiene una vocación de ser un super-estado o federación de estados, y su ámbito de competencias es amplísimo: es una federación generalista. No está especializada en una materia específica sino que recoge todo aquello que interesa a los ciudadanos europeos.

- **Tratados fundacionales:** hasta que se apruebe la constitución europea, la UE está conformada por los tratados fundacionales (1957: Tratado de Roma que posteriormente se reformaría con otros tratados como el de Ámsterdam, Maastricht o Niza).
- **Reglamentos y directivas (derecho privado):** la legislación ordinaria de Bruselas son reglamentos o directivas. Los **reglamentos** son similares a las leyes de un país (obligatorios, vinculantes) y las **directivas** son leyes marco que establecen los mínimos básicos que deben cumplir todos los países de la Unión (ej.: en materia de tv y publicidad: TV sin fronteras: el máximo de emisión de publicidad no puede superar el 15% del total de emisión). Cada vez que sale una directiva, los países tienen que sacar una ley que ponga en práctica lo aprobado en la directiva. No se debe sobrepasar el límite establecido pero se puede no llegar (ej: 7% de publicidad).

2. El Consejo de Europa

Organismo **interestatal** (lo conforman diferentes estados) especializado (a diferencia de la UE) en **garantizar los derechos fundamentales de las personas en todo el continente europeo** (y por extensión en garantizar el sistema democrático). Tiene pues una finalidad política.

Hay aproximadamente 40 estados incorporados. Dentro de su política, ha aprobado diferentes convenios sobre los medios de comunicación (ej.: Convenio de televisión transfronteriza, similar a la directiva TV sin fronteras, que permite que los mensajes pasen de un país a otro).

Dentro del CE está el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (conocer las reclamaciones de los ciudadanos o empresas europeas). Cuando se agotan las vías nacionales, se puede acudir a este tribunal.

- **Leyes orgánicas** (Ley española, que se aprueba en España).
- Se ocupan de las **cuestiones más importantes**, como por ejemplo los derechos fundamentales (libertad de expresión, etc.) y por lo tanto para reglamentarlos hacen falta aprobar leyes orgánicas.
- Proceden del **poder legislativo**, compuesto por el Parlamento Español o Cortes Generales (cámara alta = Senado + cámara baja = Congreso de los diputados). En España además tenemos 17 comunidades autónomas donde cada una posee su propio parlamento (que puede hacer leyes que sean de su competencia).
- **Leyes ordinarias (Estado y CCAA)** (Ley española, que se aprueba en España).
- Se ocupan de las **cuestiones menos importantes** y proceden del **poder legislativo**.

Excepcionalmente existen 2 casos en los que el Gobierno (y no el Parlamento) puede aprobar una ley ordinaria:

1.El decreto ley: cuando un asunto requiere una solución urgente. La aprueba el gobierno por su urgencia. Está rodeado de límites para que el gobierno no se sobrepase. El límite es un decreto ley– tiene la duración de un mes– sino se envía en 30 días el parlamento termina su vigencia, y si se quiere más tiempo se le pide al parlamento. (EJ.: guerra de Irak). (decreto = algo hecho por el Gobierno).

2.El decreto legislativo, que se da en dos casos:

Texto articulado: cuando el Parlamento no tiene los medios (humanos o no) para regular una materia compleja autoriza entonces al Gobierno para que saque un texto articulado que regule la materia en cuestión. Esta autorización contiene las bases en forma de ley marco que debe seguir el Gobierno. Éste último pues, se ocupa de los aspectos técnicos.

Texto refundido: supone la refundición de varias leyes sobre una misma materia en una sola (EJ. en materia de propiedad intelectual). El Parlamento autoriza al Gobierno para que lleve esto a cabo.

· **Reglamentos**

–Las leyes no pueden llegar al último detalle de la materia + establecen las bases de dicha materia (parte central). Por lo tanto debe de existir algo que se ocupe de todo lo demás.

–De este hecho nacieron los reglamentos como **normas de carácter administrativo**

(elaborados por la administración pública) que tienen un **rango inferior a la Ley** (por lo que no pueden ir en contra de ésta).

- Se publican en un boletín oficial para generar conocimiento.
- El valor del reglamento responde a la importancia que tiene la autoridad jerárquica que los redacta.
- En el ordenamiento jurídico encontramos una gama amplia y diversa de reglamentos. Por orden de importancia:

1. Rdecreto (Ad central) y Decreto (CCAA): el Gobierno Central es la cabeza de la pirámide organizativa por lo que sus reglamentos, llamados decretos, son los más importantes. Llevan la palabra real delante para diferenciarse de los decretos de los gobiernos autonómicos. Son el máximo nivel de reglamento.

2. Orden Ministerial y Orden Consellería (CCAA):

Orden ministerial: reglamentos de cada ministerio que forman el Gobierno.

Orden consellería: reglamentos de cada consellería que forman las CCAA.

Cada ministro o consejero es la cabeza visible de cualquier departamento de la administración (Hacienda, Asuntos Exteriores, consellería de agricultura, de medio ambiente, etc.).

Es el 2º nivel de importancia de reglamento + los reglamentos que elaboran los ministerios o consellerías = órdenes. No pueden ir en contra de la Ley (y deben ser coherentes con ésta).

3. Resoluciones, circulares, etc...: las autoridades políticas de un ministerio o de una consellería pueden sacar reglamentos inferiores (normalmente suelen ser los cargos directivos). Deben ser coherentes con las normas de los ministerios o consellerías y por lo tanto con la Ley (ej: Resolución de la DGT, circular de la Agencia Tributaria, etc.).

- **Ordenanzas de las Administraciones Locales**
- Los **ayuntamientos** son entidades administrativas que **no tienen poder legislativo** (no pueden hacer leyes) pero sí que pueden hacer reglamentos en forma de disposiciones administrativas. Las normas que aprueban los ayuntamientos se llaman **ordenanzas municipales** (sobre basuras, establecimientos públicos, etc.).

CRITERIOS DE APLICACIÓN

- **Temporal:** la ley posterior prevalece sobre la anterior.
- **Jerárquico:** la norma superior prevalece sobre la inferior (ej: ley > decreto). Pero nunca una ley o decreto central puede ser superior o inferior a una ley o decreto autonómico por el mero hecho de que pertenecen a diferentes competencias.
- **De especialidad:** la ley especial prevalece sobre la general ya que se ajusta más adecuadamente (Ej: Ley general de publicidad y Ley de publicidad de medicinas---¿cuál se aplica? La segunda).

5. RESPONSABILIDAD COMUNICATIVA: LAS ACCIONES DE CESACIÓN Y RECTIFICACIÓN PUBLICITARIAS.

TEMA 2

1.LOS DERECHOS DE LA COMUNICACIÓN SOCIAL

1.1 Derechos recogidos en el Art. 20 (Pág.7) CE (básicos)

A. Derecho a la libertad de expresión. No como derecho único y global sino que recoge una serie de derechos. De ideas subjetivas a las ideas personales, de opiniones.

B. Derecho a la creación y producción literaria, artística, científica y técnica. De ideas sean cuales sean los medios de reproducción.

C. Derecho a la libertad de cátedra (docente). En el ámbito educativo.

D. Derecho a la información (como mensaje). Libertad de información.

- ◆ Otros derechos de la comunicación (instrumentales porque su finalidad es servir algunos de los derecho nucleares)

1. A la cláusula de conciencia.

2. Al secreto profesional. Finalidad: servir al derecho de la información.

3. De acceso a los medios de titularidad pública (medios populares). (Párrafo 3.)

4. De creación de empresas informativas. No está expreso pero se deduce del 20,1.a y 20,1.d. Hay que dar la máxima libertad a la hora de crear una empresa editora (de discos, libros, etc.), una agencia de publicidad o una TV, radio o periódico; ya que van a hacer posible las otras libertades. Existen también una serie de **límites mínimos indispensables y justificados**: los únicos sectores que **conlleven restricciones son la radio y la TV, ya que utilizan un recurso natural limitado (el espectro radio-electrónico) con el peligro de saturarlo** (esto justificaría la intervención estatal).

5. De acceso a los archivos oficiales de las administraciones públicas (art.105,b), etc. Está pensado fundamentalmente para los informadores por el carácter de su trabajo.

Este derecho establece también una serie de **restricciones de acceso**:

* Por razones de interés general (secretos oficiales).

* Por interés de la justicia (secreto de sumario, etc.) hasta que se resuelva el caso en cuestión, etc.

* Cuando los archivos posean datos privados y personales de las personas (protegidos por el derecho a la intimidad).

6. De rectificación (de una información que aparezca en un medio y que afecte a una persona que considere que es inexacta, perjudicial, etc.). (Pág. 14)

- ◆ Otros aspectos colaterales del art. 20 CE

1. Prohibición de la censura previa de los mensajes. Es la censura del gobierno (no la de

los jueces).

2. Medios de titularidad pública (no privados + trato diferencial público/privado):

2.1 Organización legal de los media. Recogida por la Ley (ej: estatuto de la radio y TV).

2.2 Control parlamentario. Mediante una comisión especial.

2.3 Exigencia de pluralismo. Acceso de los grupos políticos y sociales significativos (tienen que tener acogida en antena).

3. Referencia a los límites de estos derechos. Honor, intimidad, infancia y juventud, propia imagen, etc.

4. Secuestro judicial (prohibición del gubernativo). Conllevaría una paralización del medio, la no publicación de un mensaje, etc.

2.EL DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN DE LOS PENSAMIENTOS IDEAS Y OPINIONES:

La Constitución española (CE) recoge aquí el derecho a la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones de carácter **SUBJETIVO**.

Diferentes denominaciones: libertad de palabra, de prensa, de imprenta, de expresión y opinión. La instauración de los derechos básicos de las personas respondería a la idea de **dignidad de la persona** (independientemente de los precedentes históricos aislados). A partir del s.XVII y con la Ilustración y ciertos filósofos, esas primeras ideas acabarían siendo recogidas en documentos jurídicos. Los más importantes son, por un lado, **La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano** (1789 Revolución Francesa) y **La declaración de derechos del buen pueblo de Virginia** (1776, primer estado en reconocer estos derechos). En sus primeros tiempos, se plantea como libertad de palabra en el ámbito político pero más adelante, en aplicación de estas declaraciones, se aprobaron leyes en diferentes países que reconocían la libertad de expresión (la regulan) pero con el nombre, en muchos casos, de los medios en la que se aprueba (leyes de prensa, de imprenta, etc.). Más adelante, en el s. XX, se utilizará más comúnmente el concepto de libertad de expresión en los textos legales. **En la declaración de derechos humanos de 1948 ya se habla de libertad de expresión y de opinión: se quiere diferenciar los juicios subjetivos de los mensajes de carácter objetivo (informativo).** En la CE esto no queda muy claro (pensamientos, ideas y opiniones) ya que entra todo tipo de mensaje, incluso los comerciales.

Por lo tanto: sentido amplio y estricto: comunicación subjetiva.

La libertad ideológica (art. 16 CE) y la de expresión ideológica. Sin más limitación que el orden público. El OP está delimitado por los valores que rigen en una sociedad. Por lo tanto, **primero debe existir una libertad ideológica para que posteriormente existe una libertad de expresión para manifestar dicha ideología públicamente.**

Su carácter institucional como garantía de otros derechos y libertades (Tribunal Constitucional >TC). Este carácter consiste en que son la garantía del funcionamiento y de la efectividad de otros derechos y libertades. Este carácter es la pieza clave de un sistema democrático y pluralista (libertad ideológica) y es la forma de saber que se cumplen otros derechos como el derecho a la reunión, de prensa o de culto. A la hora de resolver conflictos

judiciales, es clave ya que además de la dimensión individual tiene una dimensión colectiva (opinión pública libre).

Art. 20, 1 a) CE: derecho:

a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción

Comunicación directa y mediática. Está protegido institucionalmente tanto la comunicación privada como la pública .

Derecho de comunicación (emisor) y recepción (receptor).

Límite (en el ámbito público): los derechos de las personas. El TC dice que el límite en general es de carácter lesivo (injurioso) para las personas (no se puede insultar públicamente). A nivel privado no se puede enjuiciar.

3.EL DERECHO DE LA LIBRE INFORMACIÓN:

La Constitución española (CE) recoge aquí el derecho a la libre información de carácter **OBJETIVO**. (es la diferencia con el anterior).

Art. 20, 1 d) CE:

Derecho a comunicar (1ºderecho) o recibir libremente información veraz (2ºderecho) por cualquier medio de difusión.

Requisitos de la información para que sea protegible por el artículo

20, 1 d) según el TC:

1. Que sea de carácter objetivo. Que consista en hechos, datos, etc. de la realidad que se puedan contrastar y comprobar. Se cuenta lo que ha pasado.

2. Veracidad. Que se pueda contrastar. Término intermedio, menos restrictivo, ya que es muy difícil tener la absoluta certeza de que un hecho es cierto. No obstante, **impide la mentira y la manipulación. Una noticia es veraz si los responsables de la misma han realizado los esfuerzos necesarios y razonables para contrastarla y comprobarla**, por lo que deja al margen de la protección aquellas informaciones que no se han intentado comprobar y que han sido publicadas como ciertas.

3. Que tenga interés público. De alguna manera que contribuya a formar la opinión pública, los asuntos que interesan a la ciudadanía.

Ejemplo: caso Barthold. Hamburgo, Alemania. Apareció en un periódico un reportaje basado en una entrevista con un veterinario de la ciudad. Éste veterinario se refería a la falta de servicios nocturnos de urgencias y ponía como ejemplo sus llamadas nocturnas recibidas. A petición de una serie de colegas veterinarios y de la asociación de comerciantes contra la competencia desleal (pro honore) se inició una demanda judicial con Barthold por una supuesta concurrencia desleal ya que se sentía criticados. El primer tribunal alemán al que acudieron prohibió a Barthold hacer declaraciones a la prensa sobre este asunto y el último tribunal lo confirmó. El doctor Barthold la impugnó ante el Tribunal Europeo. Éste último

esclareció que se trataba realmente de una denuncia de una deficiencia y que lo de la competencia desleal era secundario. Prevaleció la libertad de expresión.

4.EL DERECHO A LA CREACIÓN ARTÍSTICA Y CIENTÍFICA:

Es el tercero de los derechos mencionados en el art. 20, 1 a).

Art. 20, 1 b) CE: derecho

a la creación y producción literaria, artística, científica y técnica

Los respectivos campos mencionados son **creativos**, por lo tanto también entran en el art. 20, 1 a) (libertad de expresión). No obstante, también pueden pertenecer al 20, 1 d) en el caso, por ejemplo, de un trabajo científico con datos contrastables y basados en la realidad.

Este derecho recalca la importancia del hecho creativo.

Se protege como derecho creativo solamente el acto de la creación y, por lo tanto, la difusión pública es lo que aquí no se encuentra incluido (se incluye en otro derecho que no es fundamental sino ordinario). La difusión al público no se considera como derecho fundamental.

Este derecho posee una peculiaridad: genera ciertos derechos a los autores que le asigna la Ley de propiedad intelectual (derechos de autor). Hay que recordar que la creación es particular o individual mientras que la producción es el producto de un equipo de personas.

Tradicionalmente, los derechos de la comunicación básicamente han sido los del art. 20, 1 a) y del art. 20, 1 d). El derecho a la creación artística y científica es un derecho más reciente y moderno. En la actualidad, en muchos países, este derecho no está recogido como fundamental. No obstante, habría que considerarlo igual de fundamental que los otros 2.

Este derecho posee una ventaja frente a los derechos del 20,

1 a) y d): la CE, en ciertos casos excepcionales (casos de excepción), permite al gobierno respectivo suspender la vigencia de ciertos derechos fundamentales como los de libertad de expresión, asociación o reunión. **No obstante, el 20, 1 b) no puede ver suspendido su ejercicio.**

5.DERECHO A LA INFORMACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS:

Art. 51.2 CE:

Los poderes públicos promoverán la información y educación de los consumidores y usuarios

>> este artículo establecería supuestamente el derecho a estar bien informado de todos los productos o servicios ofertados en el mercado (funcionamiento, componentes, etc.). **No obstante, esto no está recogido expresamente por la CE. La única referencia en relación con este tema está en este artículos.**

Este es un **derecho subjetivo al que corresponde una obligación de otras personas, en este caso los poderes públicos** (los derechos objetivos son aquellos regulados por la Ley o

por normas legales).

El tiempo futuro indica obligación (promoverán), por lo que este derecho establece una obligación de los poderes públicos. **Tácitamente, se reconoce pues el derecho de los usuarios a esa información y a esa educación.**

Consecuencias de este régimen jurídico: este artículo no está en el apartado de los derechos fundamentales por lo que no existe ninguna ley (hasta 1984) que lo recoja expresamente y, **por lo tanto, no es alegable ante un tribunal (no hay ley que reconozca este derecho).** Pero a partir de 1984 ya es alegable gracias a la Ley ordinaria de Consumidores y Usuarios (art. 21 d)) que garantiza la información correcta y la educación de los usuarios en el uso, consumo y disfrute de cualquier producto o servicio.

No obstante, **¿este derecho debería considerarse como fundamental y no como ordinario?** Existen muchos tribunales muy reticentes aun a considerarlo fundamental. Existen 2 razones para considerarlo fundamental:

- ♦ **El art. 20 no concreta a qué tipo de información se refiere** (política, informativa, etc.). Sólo habla de veracidad y no hace calificativos en lo que se refiere a la información. Por lo tanto se incluirían todo tipo de información, incluso la de los productos y servicios. Hay que recordar que Donde la Ley no distingue no debemos distinguir.
- ♦ **La libre y correcta información de los consumidores y usuarios es necesaria para el desarrollo personal y el respeto a la dignidad de las personas** (mi integridad física puede correr riesgo).

TEMA 3

1.DERECHOS DE LA PERSONA FRENTE A LA LIBRE COMUNICACIÓN:

Los derechos de la persona son: honor, intimidad y propia imagen. Son fundamentales (CE).

Los derechos de la comunicación son básicamente, libre expresión y libre información (CE).

1 Bases de la resolución de los conflictos entre derechos del mismo nivel:

Preeminencia inicial de los derechos de comunicación por su carácter institucional.

Los derechos de comunicación tienen un **carácter preeminente o preferente de entrada** (de entrada se les da una mayor importancia que a los otros), ya que tienen un carácter institucional que les viene dado **por constituir un requisito necesario para la opinión pública libre** (que a su vez es un requisito imprescindible en un estado de derecho).

Por lo tanto, además de ser derechos individuales de cada persona, los derechos de comunicación tienen una **dimensión colectiva** (en el sentido de que constituye una pieza básica en el sistema de libertades).

Esto permitiría que los medios de comunicación abusaran de este derecho pudiendo decir lo que consideren porque se les va a proteger a ellos.

Necesidad de ponderar los derechos en conflicto.

Esto (1) no significa que el problema ya esté resuelto, ya que es necesario analizar en cada

caso **las circunstancias que rodean a cada uno de los derechos en conflicto** y, por lo tanto, los derechos de comunicación como los de la persona no son monolíticos sino flexibles y de más o menos dimensión según las circunstancias de cada caso.

Puede que en ocasiones la sociedad se quede sin información importante para proteger a una persona.

Factores de ponderación:

El interés general del mensaje. Es decir, no tiene el mismo nivel de protección una información irrelevante que una información que enriquezca la opinión pública o que ésta última tenga derecho a conocer.

El carácter público o privado de los protagonistas. No es igual la protección de una persona pública que la de un ciudadano corriente (a un famoso, por ej, le puedes hacer una foto en un lugar público pero a un ciudadano corriente no puedes sin su consentimiento).

La veracidad, si se trata de información. En el caso de los mensajes informativos.

Los derechos de la personalidad: protección civil y penal

Los derechos de la personalidad tienen **una doble vía de protección**

1. CIVIL

- Viene por la jurisdicción (en relación con la organización de la justicia).
- Se basa en la **Ley de Protección Civil** (L.O. 1/1982, 5 de mayo).
- Pretende **reparar o indemnizar por el daño o perjuicio causado** (a veces también publicando un mensaje corrector del anterior, se trataría entonces de una reparación moral).
- Aplicable a los tres derechos.

2. PENAL

- Se basa en el Código Penal.
- La jurisdicción busca **castigar al responsable del daño o perjuicio causado**.
- Protección Civil: L.O. 1/1982, 5 de mayo:**
 - Protección frente a las **intromisiones ilegítimas**. No obstante, si la intromisión es delito, entonces se entraría en la vía de lo penal.
 - Se pueden utilizar **o la vía civil o la vía penal, o las dos al mismo tiempo (+ publicación)**.
- > Es difícil aplicar los criterios morales de la personalidad por lo que la Ley establece unos **criterios de delimitación (art.21):**

A.Las leyes. Con arreglo a lo que digan las leyes (pero a veces son muy vagas o generales).

B.Los usos sociales. Hay que tener en cuenta los usos sociales, que son el significado que tienen estos conceptos en la sociedad en la que viven los protagonistas. Hay que tener también en cuenta el entorno social.

C.Los propios actos. Los propios actos de los protagonistas. El comportamiento previo influye en la decisión de los jueces.

#OBJETIVO: sancionar las intromisiones ilegítimas en estos derechos. Pero existen **excepciones:**

***Autorización legal.** Cuando la intromisión queda recogida por la Ley.

***Consentimiento.** La persona acepta por escrito (o no) la intromisión. (EJ. Si son menores deben estar autorizados por la autoridad judicial más sus padres)

***Interés histórico, científico o cultural relevante.** Por ejemplo una persona sometida a una operación quirúrgica revolucionaria es interés científico.

***Personajes públicos en lugares públicos.** Doble condición.

***Caricaturas.** Están autorizadas. Son reproducciones esquemáticas de una persona acentuando sus rasgos más característicos. Hoy en día hay caricaturas audiovisuales (guiñoles, etc.).

***Interés informativo.** (En el primer caso la persona no es conocida, pero como se encuentra en un acontecimiento que es noticia, podrá salir sin que pase nada)

PLAZO PARA RECLAMAR: durante la vida del perjudicado o **80 años** tras la muerte del perjudicado (los herederos pueden reclamar) dentro de los **4 años** desde que se conoció el agravio.

2.EL DERECHO AL HONOR:

El derecho al honor es la **más directa manifestación de la dignidad**, que debe presidir la actuación de los poderes públicos.

El concepto de honor tiene **un componente moral y otro social**, y está sometido a variaciones de tiempo y lugar (no es lo mismo el concepto de honor ahora que hace 100 años o de un país a otro). Por lo tanto es concepto de difícil concreción. No obstante, el derecho, desde hace muchos siglos, ya protege el derecho al honor (ver derecho romano).

La **conclusión de los juristas** sobre el concepto de honor es la siguiente: el derecho al honor admite **2 significados:**

1.Subjetivo: el honor responde al código moral personal (componente individual).

2.Objetivo: hace referencia a la valoración que la sociedad (en su conjunto o en mayoría) hace de los hechos y de los actos. Opinión que los demás tienen de una persona o de un acto.

Ambos significados no son sólo una mera distinción teórica sino que **tienen consecuencias en la práctica:**

(A) Tiene aplicación cuando se trata de iniciar un proceso judicial (penal) por delito contra el honor. **No se inicia el proceso penal si el afectado no lo requiere y denuncia. Por lo tanto, depende de la valoración subjetiva (sentido objetivo) de la víctima de la lesión el que se persiga o no el delito (el perdón del ofendido extingue la actuación de la justicia, sólo en caso de delito contra el honor).** Si decide actuar, entonces el juez actúa según 2).

(B) **En el momento de la decisión judicial, es donde interviene la valoración mayoritaria de la sociedad (el sentido objetivo).** Esto supone una dificultad para los jueces (tienen que abstraerse del sentido 1)).

El daño que se produce es fundamentalmente moral (descalificación moral), por lo que es muy **difícil encontrar una reparación adecuada** al caso en cuestión. A veces, los daños comportan daños económicos (ej: una injuria puede hacerle perder el contrato de trabajo a una persona).

Vías de reparación:

Daño económico, reparación económica: se valora el daño en una cantidad económica y se intenta **reparar el daño causado con una indemnización de daños y perjuicios.**

Daño moral, reparación moral: se publica un mensaje corrector del que produjo el conflicto (en caso de que sea oral, tiene que haber pruebas o testigos) por lo que se ordena la **publicación de sentencia en el medio que lanzó el mensaje.**

*** Protección civil ***

Prohíbe toda actuación que suponga algún perjuicio al honor de una persona. En principio se consideraría como **intromisión ilícita:**

La divulgación de expresiones o hechos que afecten a la reputación de una persona, la difamen o le hagan desmerecer en la consideración ajena (art. 7, Prof. 3º y 7º LO 1/1982).

Por lo tanto, no protege la **divulgación privada.**

Pero, ¿cuánto cuesta una intromisión ilícita? **Factores de medición de la indemnización:**

- ♦ **Entidad del agravio (grave o menos grave).**
- ♦ **Difusión del mismo** (medio de comunicación con mucha audiencia o medio de comunicación con escasa audiencia).
- ♦ **Ganancias obtenidas** (el beneficio obtenido por el descalificador /atacante sobretodo en caso de sensacionalismo).
- ♦ **Circunstancias del caso, Art. 9, 3º LO 1 /1982** (cualquier otro factor que tenga que ser tenido en cuenta).

La presunción de inocencia (Art. 24, 2 CE): **Toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario.**

(Se suele olvidar en los medios de comunicación, lo que va en contra de 2 derechos de la Constitución)

¿Una empresa tiene honor? La tradición de los tribunales dice que no, pero el criterio está cambiando. **La Ley de Publicidad establece un tipo de publicidad, llamada denigrante,**

que se basa en desprestigiar al competidor (de E a E). Por lo tanto, poco a poco se empieza a perseguir ya que puede ocasionar daños económicos. Ej: caso Lopesán–Ediciones Zeta.

*** Protección penal ***

1. Delito de calumnia (art. 205 CP)

La imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad

> Notas características:

- **El objeto de la imputación ha de ser delito** (tiene que estar recogido por el código penal).
- **Exceptio veritatis** (art. 207): **Si acusamos a alguien de algo que es verdad y que podemos demostrar entonces ya no es calumnia sino delito.**
- **Conciencia de la falsedad.** Que se acuse a alguien sabiendo que es falsa la acusación o con temerario desprecio a la verdad.

> Sanción:

- **Si se realiza mediante publicidad a través de algún medio de comunicación:** prisión (de 6 meses a 2 años) o multa (de 6 a 24 meses, en función del poder adquisitivo demostrable de la persona).
- **Si se realiza sin publicidad:** multa (de 4 a 10 meses) + no hay prisión.

2. Delito de injurias (art. 208 CP)

Acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

> Notas características:

- **El objeto de la imputación es cualquier agravio no constitutivo de delito** (que no esté en el CP, a diferencia de la calumnia).
- **Sólo existe exceptio veritatis si se dirige contra funcionarios públicos con ocasión del ejercicio de sus funciones o se refieran a faltas penales o infracciones administrativas (art. 210).** Menos si es delito, ya que sería entonces calumnia. Si es una crítica veraz estamos a salvo de delito.
- **Sólo son delito las injurias graves** (cuando una injuria no es grave se queda en falta).

> Sanción

- **Con publicidad:** multa de 6 a 14 meses (no hay prisión).
- **Sin publicidad:** multa de 3 a 7 meses (no hay prisión).

Notas comunes a ambos delitos

- **Perseguibles** a instancias de la persona ofendida.
- **Cese por perdón del ofendido** (en este caso, se aplica la sanción siguiente al acusado).
- **La retractación** hace descender la pena un grado.

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD:

El concepto de privacidad se refiere más al ámbito personal que el concepto de intimidad.

Origen anglosajón (tradición de respeto a la vida privada):

> Juez Cooley: the right to be let alone (1873)

> Warren y Brandeis: right to the privacy (1890). Fue el primer trabajo teórico.

3.1 La intimidad en los textos internacionales:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (art.12).
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 8).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.17).

3.2 La intimidad en la CE (art. 18):

Es fundamental a partir del año 78 (antes no era derecho fundamental).

3.3 Los 3 círculos concéntricos (3 áreas diferentes de intimidad):

- **La intimidad personal:** libertad de conciencia/ideológica (art. 16 CE). Área más reducida.
- **La intimidad familiar:** inviolabilidad del domicilio (art. 18, 2º CE). Área de mediano tamaño y que afecta a las relaciones de la persona con su entorno familiar o privado. No se puede entrar ni mantenerse en un domicilio sin consentimiento, sin mandamiento judicial y si no existe flagrante delito (delito evidente).
- **La intimidad de las comunicaciones con terceros** (área más grande):
- Secreto de las comunicaciones privadas (art. 18, 3º CE) por cualquier medio.
- Bancos de datos personales (art. 18, 4º CE). La utilización de estos datos sin consentimiento es delito.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL:

> El artículo 7 LO 1/1982 establece la definición de las intromisiones ilícitas civiles:

- ♦ **El emplazamiento de dispositivos:** formas de captación tecnológica (cámaras, micros, etc.) o no (abrir cartas, etc.) que sirvan para captar aspectos de la vida privada de las personas. **La mera colocación** de estos dispositivos ya genera una **responsabilidad civil**.
- ♦ **La utilización de los mismos:** el realizar la grabación, filmación, etc. + el abrir cartas, etc.
- ♦ **La divulgación de los datos obtenidos.** En ocasiones la pueden realizar varias personas (en vez de una sola), por lo que existe una participación de todas éstas en la intromisión y, por lo tanto, todas son culpables.
- ♦ **La revelación de los datos obtenidos por la profesión ejercida.** Las intromisiones por parte de aquellos profesionales cuyas profesiones tienen un **especial deber de secreto profesional** (médicos, abogados, etc.) **son**

consideradas por la Ley como más graves que aquellas realizadas por personas cuyas profesiones no tienen este especial deber. No obstante, existen personas que no tienen este especial deber de secreto profesional (porteros de hoteles, etc.) pero que por su profesión realizan revelación de datos.

5. RESPONSABILIDAD PENAL

> El Código Penal castiga:

1. El descubrimiento y revelación de secretos sin consentimiento (art. 197 CP). Sólo los casos más graves son delito.

2. Apoderarse de objetos personales (correspondencia, etc.).

Utilizar mecanismo de interceptación (en relación con la protección de los datos personales).

3. Apoderarse, acceder o utilizar datos de archivos electrónicos o telemáticos.

La pena de estos delitos se verá agravada por una serie de **circunstancias agravantes**:

- **Si lo hacen los responsables de los archivos.** Él que no es responsable no tiene CA,
- **Si recae sobre los datos más personales.** Ideas, vivencias personales, etc.
- **Si la víctima es un menor o incapaz.** Se trata de proteger al más débil. Un incapaz es aquella persona que no tiene todas sus capacidades psíquicas en pleno funcionamiento. Los jueces son los que pueden declarar incapaz a una persona (pero también por patologías como la ludopatía, etc.).
- **Si hay ánimo de lucro (esto es clave para cualquier derecho fundamental).** Sobre todo dentro del sensacionalismo.

Circunstancia especialmente grave: la revelación de secretos profesionales (art. 199). Por parte de aquellas personas sometidas por su profesión al deber y obligación del secreto profesional.

El Código Penal extiende, en el art. 200, la protección a las personas jurídicas (empresas, instituciones, etc.), por lo que reconoce que tienen intimidad (aunque de naturaleza diferente a la humana) en forma de datos, componente, etc.

OTRAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD:

Castigo del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público (arts 202–204). Se protege indirectamente el derecho a la intimidad mediante la protección del domicilio (está prohibido entrar y mantenerse sin consentimiento, orden judicial o flagrante delito + es necesario ser respetuoso si los habitantes decidiesen echarnos). Se equipara la persona física a la jurídica (es delito tanto entrar y mantenerse en un domicilio privado como en una empresa o local privado o

en un establecimiento o local público en horario de cierre).

6.LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES:

Nuestra sociedad se caracteriza por la importancia que ha adquirido la información como fuente de actividad de personas, empresas, instituciones, etc. Hoy en día, la información constituye un elemento muy importante (sociedad de la información) y clave gracias en gran medida a las aplicaciones de la tecnología y telecomunicaciones.

Toda persona tiene a su disposición un volumen de información muy superior al que podría tener la persona más erudita de hace un siglo. Esto supone que sea posible para cualquiera el procesar unas cantidades enormes de datos en poco tiempo, y cruzarlos para obtener informaciones adicionales.

◇ **Para evitar el tráfico de datos ilícitos se ha establecido un régimen jurídico especial, a partir de una directiva de la UE** para proteger los datos personales tanto de los poderes públicos como de instituciones o personas privadas. En aplicación de dicha directiva, se aprobó la **LO 15/1999 del 13 de diciembre**.

Principios rectores en UE para toda empresa o institución:

Veracidad. Los datos deben ser lo más ajustado posible a la realidad/verdad. Se establece la posibilidad de que los interesados modifiquen o actualicen sus datos personales.

Pertinencia. Las empresas o instituciones que tienen bancos de datos deben **reclamar sólo aquellos que sean pertinentes, es decir, que tengan relación directa con las actividades o campo de dichas empresas o instituciones** (ej: un no se nos puede pedir la última declaración de hacienda pero sí los datos bancarios). Los datos no necesarios deben de ser borrados automáticamente.

Temporalidad. Los datos deben estar en poder de las empresas o instituciones el **tiempo imprescindible para que cumplan su función**.

Consentimiento. Justifica la utilización de datos.

Derechos de las personas dentro de los bancos de datos de empresas o instituciones:

- ◆ **De información sobre los aspectos básicos del fichero.** Derecho a conocer el nombre del responsable del archivo o fichero, a saber cuáles son los datos recogidos y para qué se van a utilizar, etc.
- ◆ **De acceso y consulta.** Cada persona cuyos datos consten en un archivo tiene derecho al acceso y a la consulta de los mismos.
- ◆ **De rectificación y cancelación.** La rectificación es la modificación de los datos que se consideran inexactos; y la

cancelación consiste en borrar dichos datos. **Cada institución pública tiene derecho a conocer todos los datos de las personas que afecten a su competencia.**

El trasvase y comercialización de datos privados:

- ♦ **Previo consentimiento de las personas afectadas.** De lo contrario, la Agencia de Protección de datos puede intervenir.
- ♦ **Sin consentimiento.** Solamente en el caso de datos públicos o de datos que partan de datos públicos.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

El que tiene cada persona a administrar el uso público de su imagen física y sonora y de su nombre en cualquier medio de comunicación o en el ámbito público (**art. 8**).

- ◇ **En pocos países se reconoce este derecho como fundamental, lo que demuestra la modernidad de la CE.** Tradicionalmente, el derecho a la propia imagen y a decidir sobre su uso constituye una cuestión privada, más propia del derecho privado, y que no requiere del tratamiento constitucional (es decir, como derecho fundamental) sino una resolución por el derecho privado ordinario. No se piensa en su faceta de libertad individual en esta tradición, que es lo que justificaría que fuese DF.
- ◇ Pero, ¿cualquier uso de otra imagen en medios públicos es lícito? No, **hay casos en los que las personas pueden elegir que se use su imagen y en otros en los que no pueden elegir (interés informativo, cultural, científico, histórico, etc.).**

Requisitos para vulnerar el derecho a la propia imagen:

– **Utilización no consentida:**

- ♦ **Que sea identificable la persona.** Que se reconozca a la persona. No es necesario que aparezca su rostro, sino algún grafismo que la identifique. La caricatura sí que está permitida (por lo tanto los imitadores no tendrían problemas).
- ♦ **No justificada legalmente (interés informativo, histórico, cultural, etc.).**
- ♦ **El uso comercial de la imagen nunca está justificado sin consentimiento.**

> ¿Sólo imagen? **La Ley extiende también la protección a otros ámbitos que no son los físicos (cualquier formato audiovisual): sonoro** (la voz, ya que muchas veces es el único medio de vida de muchas personas como los locutores, actores de doblaje, etc.) y **el nombre de la persona** (ya que es parte de su personalidad).

> **Aspectos del derecho:**

- ♦ **Positivo: poder exclusivo.** Otorga al titular de la imagen una situación de poder exclusivo de decidir y administrar el uso que se vaya a hacer de su imagen.
- ♦ **Negativo: deber general de exclusión.** Los demás (que pretendan usar los derechos de imagen de una persona) tienen la obligación de respetar el derecho a la propia imagen de las personas (el poder exclusivo).

TEMA 4

1.LA PUBLICIDAD CONTRARIA A LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

Ley General de Publicidad (34/1988, 11 nov):

– La publicidad se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias.

– A efectos de esta Ley, se entenderá por **publicidad toda forma de comunicación** realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. **Quedan pues excluidos** los mensajes institucionales, ideológicos, sin ánimo de lucro, electorales y de relaciones públicas.

Destinatario: las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.

PUBLICIDAD ILÍCITA: La publicidad que atente contra la dignidad de las personas o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

Juventud: ya que existe una menor autodefensa respecto a los mensajes que le llegan (tiene los mismos derechos pero reforzados).

Mujer: carácter estrictamente publicitario. Se debe a una idea: el utilizar el papel de la mujer con un significado desfavorable para ésta: o gancho erótico (atractivo) o reflejar inferior capacidad de juicio (sobre todo anuncios detergentes). Estos 2 roles están en la causa de la especificación sobre la mujer en este planteamiento.

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA: es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo publicidad engañosa aquella que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.

· **La publicidad desleal:**

· La 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.

- **La que induce a confusión** con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.
- **La publicidad comparativa** cuando no se apoye en características objetivas (esenciales), afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando contrapongan bienes y servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado.
- **La publicidad subliminal:** la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.
- La publicidad que infrinja lo dispuesto en la **normativa** que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Art. 3, a) LGP:

Es ilícito todo anuncio que atente contra la **dignidad** de la persona y vulnere los **valores básicos y derechos** reconocidos en la Constitución:

Referencias Constitución: **suponen un límite para la publicidad (límite que debe respetar)**

· **Valores constitucionales básicos principales:**

Libertad, justicia, igualdad y pluralismo (art. 1, 1º CE). Son valores genéricos, por lo que es muy difícil en muchos casos encajarlos en un mensaje concreto. **Son grandes referentes.**

No se puede fomentar anuncios que atenten contra estos valores.

· **Valores constitucionales básicos secundarios:**

La dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás (art. 10, 1º CE).

Son valores pautas que deben ser tenidos en cuenta.

· **Derechos constitucionales fundamentales**

A la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica, a la participación en la vida pública (ej: tiempo aparición grupos políticos), etc.

La publicidad no puede ir en contra de estos derechos.

· **Derechos constitucionales no fundamentales**

Al medio ambiente (atentar), a la salud pública, a la información de consumo (derecho a estar bien informado).

> Art. 8 Ley 25/94 Ampliación del ilícito publicitario en TV:

Ley Televisión sin fronteras (ámbito europeo + televenta): es ilícita la publicidad:

- Contraria a la salud o la seguridad de las personas.
 - Contraria al medio ambiente.
 - Que incite a la violencia o comportamiento antisociales.
 - Que atente contra la dignidad de las personas o sus convicciones religiosas y políticas.
 - Que discrimine por razones personales o sociales.
 - Que apele al miedo o a la superstición.
 - Que fomente abusos, imprudencias o negligencias.
 - Que incite a la crueldad o maltrato a personas o animales.
 - Que incite a la destrucción de bienes culturales o naturales.
- > En el fondo, casi todo lo que dice está ya implícitamente recogido en la CE.
- > Ej: resolución Autocontrol: anuncios en el Semanal (Heraldo de Aragón) del reloj IWC (www.aap.es).

2.LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN LA PUBLICIDAD

- ♦ Esta Ley hace una primera referencia al art. 3, a) LGP y constituye una especialización de dicho artículo. Se toma como base para configurar esta Ley sobre los menores en la publicidad.

Art. 16 Ley 25/94 Televisión sin fronteras: protección de los menores frente a la publicidad y la televenta (el Art. 17 trata de la protección de los menores frente a la programación que no es publicidad):

> 1) La publicidad por televisión no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores. A este hecho, deberá respetar los **siguientes principios**:

- No debe incitar a los menores a la **compra** de un producto o servicio a costa de su inexperiencia o credulidad.
- No debe incitar a los menores a **persuadir** a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate.
- No debe explotar la **especial confianza** de los niños en sus padres, en profesores o en otras personas, tales como profesionales de programas infantiles o de ficción muy conocidos (solamente los personajes de ficción creados por las empresas u organizaciones). Ej: Espinete no podría realizar anuncios de productos o servicios para menores (pero sí anuncios de coches) mientras que Kuiki sí que podría.
- No debe presentar a niños en **situaciones peligrosas** sin un motivo justificado.
- En el caso de la publicidad o televenta de **juguetes**, éstas no deberán inducir a **error** sobre las **características** de los mismos, ni sobre su **seguridad** (o de terceros), ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para usarlos. Sobre esto hay una normativa bastante abundante. Las empresas jugueteras han creado su propio código deontológico y normas concretas para evitar engaños en

anuncios de juguetes.

- En anuncios de bebidas alcohólicas (cualquier graduación) no aparecerán menores ni irán destinados a ellos (art. 10, 2º).

> **2) La televenta deberá respetar los requisitos que se prevén el apartado 1 y, además, no incitará a los menores a adquirir o arrendar directamente productos y bienes o a contratar la prestación de servicios.**

- ♦ Antes de que apareciese la Ley de Televisión sin fronteras y después de la aparición de una normativa de Bruselas de Tv sin fronteras, se crearon una serie de **normas de admisión de publicidad de las cadenas públicas (se actualizan periódicamente y están en las webs respectivas)**. Se toma como modelo las de RTVE (apareció un año antes de las normas de las autonómicas), que establecen unas condiciones que deben cumplir los anuncios para aparecer en RTVE:
 - Repite los criterios de la **Directiva de Bruselas TV sin fronteras**. Pero se completa con:
 - Los niños **no pueden ser protagonistas** de anuncios de productos o servicios que no vayan dirigidos a ellos.
 - Los niños hablarán y actuarán con **naturalidad** (nada de juicios o valoraciones no propias de su edad).
 - Especialidades de la publicidad de juguetes:
- ♦ No se emitirán anuncios de **juguetes bélicos** que exalten la violencia (ej: actionman) o que sean peligrosos para el menor (ej: quiminova).
- ♦ No se exagerarán las facilidades de su **ejecución**.
- ♦ Se aclarará si se **accionan** manual o mecánicamente.
- ♦ No se generará **confusión** sobre lo que comprende el juguete.
- ♦ Cuando estén destinados a **edades específicas**, se indicará claramente (ej: juegos de mesa).
- ♦ No se puede dar **sensación errónea** de su tamaño.
- ♦ Los anunciantes acreditarán ante el medio el cumplimiento de las **normas sobre inocuidad** (acreditar que no contienen ningún elemento peligroso para los niños).

3.LA PUBLICIDAD PROHIBIDA O RESTRINGIDA

> **Es publicidad prohibida aquellas que infringe lo dispuesto en las normas especiales que regulan la publicidad de ciertos productos o servicios.** Por lo tanto esta Ley tiene un **carácter específico** (no general como podría ser por ejemplo la Ley de publicidad engañosa). En aquellos casos en los la Ley establece restricciones a la libertad de expresión publicitaria, dichas **restricciones no son prohibiciones generales sino sectoriales (concretas)**.

> Además de las formas de publicidad indicadas en el art.3 LGP, también son ilícitas las del art. 8 Ley Televisión sin Fronteras.

> **Razones justificativas:**

- Por las características especiales del producto o servicio.
- Por el público destinatario (ej: anuncio dirigido al público infantil).

Diferentes modalidades de prohibición o restricción:

- **Absoluta:** se da cuando no cabe ninguna posibilidad de hacer promociones de un producto o servicio (ej: publicidad de productos o servicios prohibidos por la Ley).
- **Relativa:**
- **Por razón del destinatario** (ej: publicidad de alcohol o tabaco en colegios).
- **Por razón del medio en el que se pretende difundir** (la televisión es el medio en el que hay más posibilidades).

No obstante, la lógica de las restricciones es **parcial** (a veces encontramos restricciones que no afectan a todos los medios por igual).

TÉCNICAS DE PROHIBICIÓN O RESTRICCIÓN PUBLICITARIAS:

Autorización administrativa previa: someter a los anuncios a la autorización previa (art. 8 apart 3). Se exige que la denegación sea motivada (justificada).

- ♦ **Silencio administrativo positivo:** una vez vencido el plazo de contestación establecido por parte de la administración, si no se recibe respuesta es que la autorización ha sido concedida.
- ♦ **Silencio administrativo negativo:** una vez vencido el plazo de contestación establecido por parte de la administración, si no se recibe respuesta es que la autorización ha sido rechazada.

Contenidos obligatorios o prohibidos: elaboración de reglamentos administrativos que regulan específicamente las condiciones concretas que deben reunir la publicidad de este tipo de productos. Pueden ir en 2 sentidos:

- **Estableciendo un contenido obligatorio (el cómo).**
- **Estableciendo lo que tiene que decir el anuncio (el qué).** Ej: la leyenda azul de fondo azul en los anuncios de medicamentos.

Condiciones en que se puede hacer publicidad prohibida: en campaña electoral (pero hay restricciones de tiempo, etc.).

> Televisión: **Art. 9 Ley 25/94 TV sin fronteras:** Publicidad y televentas prohibidas:

- Lo que resulta dispuesto en el **art. 8 LGP.**
- Cualquier forma, directa o indirecta, de publicidad de **tabaco** y extensión de marca (productos derivados).
- Cualquier forma, directa o indirecta, de publicidad de **medicamentos y tratamientos médicos** que sólo puedan obtenerse por prescripción facultativa en el territorio nacional.
- La publicidad de contenido **político** excepto en caso de campaña electoral.

- La **televenta** de medicamentos, tratamientos médicos y productos sanitarios.
 - La publicidad y televenta **encubiertas**.
- > **Art. 10 Ley 25/94 TV sin fronteras** Publicidad y televenta de bebidas alcohólicas:

- Queda prohibida cualquier forma, directa o indirecta, de **bebidas alcohólicas con graduación centesimal superior a 20 grados**.
- > **Art. 8 LGP:**

Prohíbe la publicidad de **materiales o productos sanitarios** y de aquellos **sometidos a reglamentaciones técnico sanitarias**, así como los productos, **bienes o actividades** susceptibles de generar **riesgos** para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trata de publicidad sobre **juegos de azar o suertes** que deberá ser regulada por el régimen de **autorización administrativa previa**.

4.LA PUBLICIDAD DEL TABACO

- > **Art. 8, 5 LGP:** prohibición solamente en TV:

Se **prohíbe** la publicidad de tabacos en TV.

Queda también prohibida la publicidad de tabaco en aquellos **lugares** donde esté prohibida su venta o consumo.

La forma, contenido y condiciones de la publicidad del tabaco serán **limitadas reglamentariamente** teniendo en cuenta los **sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado**.

Atención a los ámbitos **educativos, sanitarios y deportivos**.

- > **Art. 8, 6 LGP:** remisión a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Ley General de Sanidad a efectos sancionadores:

El incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores, tendrá consideración de infracción a los efectos previstos por la LGDCU y en la LGS.

- + Vía administrativa (cese o rectificación), penal (si la falta es muy grave) o civil (LGDCU).
- > **Ley 25/94 de TV sin fronteras:** **añade a la anterior:** Queda prohibida cualquier forma, **directa o indirecta**, de publicidad de cigarrillos y demás productos del tabaco (extensión de marca).

- > **Directiva 98/43:** **prohibición total en el 2006 de la publicidad del tabaco**. Esta directiva, además de tener numerosos defectos legales, suscitó numerosas quejas. Por lo tanto, el Tribunal Supremo de Justicia anula dicha directiva.

Posteriormente nació otra directiva sustituyendo a la anterior con una serie nueva de restricciones: El tabaco puede matar, etc.

> **Directiva 2003/33/CE** (máxima aplicación 31 julio 2005): **se prohíbe la publicidad de tabaco en prensa, radio, Internet y en patrocinio y distribución gratuita.**

- **Prensa:** sólo se admitirá publicidad de tabaco en revistas o publicaciones destinadas a los profesionales del tabaco. También se admiten las publicaciones editadas en otros países ajenos en la UE y que no tengan como público natural el de la UE.
- **Radio:** toda forma de publicidad + prohibición de programas patrocinados por marcas de tabaco.
- **Patrocinio:** en acontecimiento que afecten a más de un país europeo (no en acontecimientos nacionales).

>>> El cine es el único medio que se escapa a la prohibición.

5.LA PUBLICIDAD DE BEBIDAS ALCOHOLICAS

Tiene un régimen general similar al del tabaco y en lo que se refiere a publicidad en TV.

> **Art. 8, 5 LGP:** Bebidas de **más de 20°**(=frontera régimen jurídico): prohibición total en TV.

- Prohibición en televisión.
- Prohibición en **lugares** donde esté prohibida la venta o consumo.
- **Restricciones** en los contenidos y formas de los mensajes teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la **no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado.**
- Atención a los ámbitos **educativos, deportivos y sanitarios.**

> **Art. 8, 6 LGP:** remisión a la **Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** y **Ley General de Sanidad a efectos sancionadores:**El incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores, tendrá consideración de infracción a los efectos previstos por la LGDCU y en la LGS.

> **Art. 10 Ley 25/94** TV sin fronteras:

- **Bebidas alcohólicas de graduación superior a 20°:** prohibición de **publicidad directa o indirecta** (=aportación) y de televenta.
- La publicidad y televenta no pueden estar **específicamente dirigidas** a menores de edad.
- No pueden figurar **menores consumiendo** dichas bebidas.
- **No asociar el consumo** dichas bebidas a una mejora del rendimiento físico o de la conducción de vehículos, al éxito social o sexual, a efectos terapéuticos, estimulantes o sedantes, y a un medio para resolver conflictos.
- No estimular el **consumo inmoderado**, no criticar la **abstinencia** y no subrayar como **cualidad positiva** de las bebidas su contenido alcohólico.

6.LA PUBLICIDAD DE MEDICAMENTOS Y SERVICIOS MÉDICOS

> **Art. 8, 4 LGP:** los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos destinados al consumo de personas y animales, **solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen (remisión a las normas especiales).**

> **Ley 14/86, General de Sanidad:**

- Exigencia de veracidad.
- Sometimiento al control previo y a la inspección administrativa.

Ley 92/28 y RD 1416/94: abarca la **publicidad general** (en mdc generales con público indiscriminado) y **profesional** (en soportes o medios dirigidos a los diferentes sectores profesionales), **patrocinio** (de actividades científicas) y **visitas** (que realizan agentes de laboratorios a los profesionales de sanidad):

En caso **publicidad general o al público:**

- Sólo de productos autorizados que **no requieran de receta médica.**
- Debe **figurar en el mensaje:**
 - ♦ La invitación a leer las **instrucciones de uso.**
 - ♦ La frase **en caso de duda consulte a su farmacéutico.**
 - ♦ La **Denominación Oficial Española o Internacional** (ej: aspirina = ácido acetyl salicílico).
 - ♦ Las indicaciones para su **uso racional** (pautas de consumo).
 - ♦ Se prohíbe (para defender principio veracidad):
 - ◇ La comparación.
 - ◇ Los testimonios (a modo de prescriptor)
 - ◇ Expresar que tiene efectos asegurados.
 - ◇ Expresar que la consulta médica o quirúrgica es **superflua.**
 - ◇ La mención de ciertas enfermedades (Sida, etc.).
 - ◇ Expresar que pueda inducir a su falso autodiagnóstico.

> **Ley 25/94 TV sin fronteras:** se pueden patrocinar programas si no se hace publicidad de productos o servicios.

TEMA 6

1.Introducción al concepto de publicidad engañosa

- ♦ Dado que el anunciante intenta captar la atención del destinatario y persuadirlo, **el mensaje publicitario tiende a ser interesado y suasorio, y a utilizar todo tipo de argumentos, sean correctos o incorrectos.** Esto justificaría la regulación de los mensajes publicitarios mediante **normas legales**, con el fin de ser coherentes con el **principio constitucional básico de veracidad: Los mensajes publicitarios deben ajustarse en la medida de lo posible a la verdad/realidad.** El matiz en la medida de lo posible puede constituir un riesgo a favor del engaño pero cabe (y se

justificaría) por la aceptación del **subjektivismo** ya que de lo contrario se restringiría el campo de maniobra creativa publicitaria.

- ♦ **El engaño es antes ético que jurídico**, así lo demuestra el hecho de que la regulación del engaño publicitario (desde hace un siglo) es anterior a la regulación de la publicidad en sí misma (desde 1988 + primera ley de estatutos publicitarios en 1964).

El engaño en los mensajes publicitarios se puede dar de 2 formas:

1)

Por acción: cuando se exponen **datos que son falsos en sí mismos y que inciten al engaño o que no son pertinentes**. Un engaño no es equivalente a falsedad ya que se puede engañar con datos que son verdaderos (se trataría pues de una verdad a medias).

Por omisión: de **datos esenciales o relevantes para la decisión/elección de compra** del público destinatario, o que dicho público destinatario **debería conocer**.

2)

Por el continente (apariencia externa): cuando el engaño es por el continente estamos ante una **publicidad encubierta** y, por lo tanto, entraría en juego el principio de autenticidad.

Por el contenido: la publicidad engañosa es aquella que es susceptible de engañar al público destinatario por razón de su **contenido**.

- ♦ **¿Cabe el engaño en los mensajes subjetivos?** Si los mensajes generan expectación no sería razonable admitir el engaño como válido. Entrarían pues en juego toda una serie de criterios y factores circunstanciales. No es tanto una cuestión objetiva, sino más bien subjetiva (ej: leche con vitaminas). Por lo tanto, no sí ni no.

El mensaje publicitario no tiene porqué ser objetivo (puede ser totalmente subjetivo o mixto también). El legislador concede un margen de libertad al anunciante **admitiendo la exageración publicitaria**. Ésta puede ser definida de diferentes modos y por distintos autores, como por ejemplo: Lema Devesa, el cual pone una serie de requisitos:

Lema Devesa: requisitos:

Alegación concreta y comprobable. Que se pueda concretar.

Núcleo verdadero. La exageración nace de un núcleo verdadero, nace de algo de la realidad, por lo que tiene alguna conexión con ésta (si no no sería exageración).

No se toma en serio, o publicidad de tono excluyente. Cuando alguien **se toma en serio una exageración** entonces deja de ser exageración para ser publicidad de tono excluyente (excluye a los otros productos o servicios y los

sitúa en una posición inferior).

Criterios de evaluación para saber si hay o no exageración:

1. Sector al que afecta y al que pertenece el producto. Ej: en medicamentos no cabe ninguna exageración pero en cosmética sí (hay más permisividad).

2. Sentido jocoso (la haría más admisible). En la medida que se detecte el tono de broma para suscitar que no es creíble.

3. Acumulación de argumentos que hagan menos creíble el mensaje.

- ◆ Ejemplo: caso MC Hammer(cantante de rap) y Pepsi. Coca Cola presentó una reclamación judicial por comparación denigrante (pese a que no aparecía su marca). El Tribunal, en primera instancia, le dio la razón al considerar el anuncio de Pepsi como publicidad de tono excluyente. No obstante, un segundo Tribunal demostró luego que el anuncio de Pepsi era una exageración por lo que se disculpó a Pepsi.

2.Regulación de la publicidad engañosa en los ordenamientos europeos español

Antecedentes

- ◇ La **Ley española de propiedad industrial de 1902** (lo que hoy conoceríamos por ley de marcas y patentes) ya se refería a la publicidad falaz para tratar de reglamentar la política de signos distintivos, en cuanto a protección, de las empresas industriales y para tratar que las políticas de éstas estuviesen exentas de argumentos desleales o engañosos.
- ◇ El **Estatuto de la publicidad de 1964** se preocupa ya de la publicidad engañosa, pero de forma insuficiente, ya que **no incluye el engaño por omisión, y tampoco permite que los colectivos (ej. Asociación de consumidores) reclamen:**
- ◇ La primera vez que se aborda el engaño o publicidad engañosa con una actitud moderna es en **1972 gracias a una Resolución del Consejo de Europa.** Se intentaba instaurar unos criterios uniformes de admisión de la publicidad. **Se partió de la idea de prohibir el engaño en publicidad.** Este resolución se convirtió posteriormente en la Directiva 84/450/CEE de Bruselas.

◆ **Directiva 84/450/CEE:**

- ◇ Artículo 2, 2º:

· Se entenderá por publicidad engañosa **toda publicidad que, de cualquier manera, incluida su presentación (publicidad encubierta), induce a error**

o puede inducir a error a las personas a las que se dirige. Por lo tanto:

◊ **Incluye la publicidad encubierta.**

◊ **Basta la mera posibilidad de inducir a error.**

2) **La que afecta** y que, debido a su carácter engañoso, **puede producir perjuicios en el comportamiento económico** o que, por estas razones, **perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor o a toda persona física o jurídica.** Por lo tanto:

◊ **Ha de producir perjuicios económicos. No se contemplan por lo tanto otros daños, lo que es un defecto de esta directiva.**

◊ **El perjuicio a los competidores como resultado final.**

- **Ampliación de la legitimación para reclamar** en 1997 (En España entró en vigor a partir de 1999) a **Autoridades judiciales y Asociaciones de Consumidores y Usuarios europeas** (no previstas hasta el momento).
- **No menciona el engaño por omisión**, aunque se supondría que queda recogido.

◊ Artículo 3:

> **Para determinar si una publicidad es engañosa**, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

- **Las características de los bienes o servicios:** disponibilidad, naturaleza, ejecución, composición, procedimiento y fecha de fabricación o de prestación, carácter apropiado, utilizaciones, cantidad, especificaciones, origen geográfico o comercial o resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes y servicios.
- **Las condiciones económicas de la contratación (precio, suministro, etc.)**
- **La identidad del anunciante (naturaleza, características y derechos):** identidad y patrimonio, sus cualificaciones, derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios que haya recibido o sus distinciones.

LEY GENERAL DE PUBLICIDAD

◊ Artículo 4: publicidad engañosa en acción y presentación (publicidad encubierta)

Sigue el criterio de la directiva anterior (ya que es una directiva europea), pero con **pequeñas variaciones: la que únicamente vaya dirigida a sus destinatario (a diferencia directiva UE, que incluye a cualquier persona afectada) + regula el engaño por omisión (a diferencia directiva UE).**

Cuando España se incorpora a la UE en 1988, aprovecha para actualizar la legislación española en materia de regulación publicitaria. La ley española que incorpora la publicidad engañosa es la Ley General de Publicidad.

Incluye **la publicidad omisiva** (art. 4, 2º LGP) con los siguientes requisitos:

- **Debe afectar a datos esenciales del producto** (caso cloro en producto de limpieza de piscinas, cuando no se dice que lleva cloro).
- **Debe inducir efectivamente a error.** Caso Citröen: anuncia un nuevo modelo en otoño sin pagar ni una peseta hasta abril, excepto la preamortización pero esto último en miniletra por lo que se denunció y hubo

2 fallos: a favor del consumidor y otro a favor de Citróen ya que se consideraba que estaba hecha la advertencia aunque en letra pequeña. Caso Depósito de interés creciente en Barclays (1996) donde el cliente tenía que invertir un millón para que se diese ese interés creciente + no había ninguna advertencia, por lo que se le juzgó por publicidad engañosa.

Artículo 5: listado de características para determinar si una publicidad es engañosa (se amplían)

1.Características de los bienes, actividades o servicios: origen y procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destinatario, finalidad, idoneidad, disponibilidad, novedad, calidad, cantidad, categoría, especificaciones, denominación, modo y fecha de fabricación, suministro y prestación, resultados que pueden esperarse de su utilización, resultados y características esenciales de los ensayos y controles de los bienes y servicios, nocividad y peligrosidad.

2.Las condiciones económicas de la contratación (precio, suministro, etc.).

3.Motivos de la oferta.

4.La identidad del anunciante (naturaleza, características y derechos): identidad y patrimonio, sus cualificaciones, derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios que haya recibido o sus distinciones.

♦ Art. 7 Ley 3/1991 de competencia desleal

♦ **Se estableció en 1991 para regular los procesos de competencia en el mercado.** Por lo tanto, su ámbito no es estrictamente publicitario, sino el de regular el conjunto de casos en la competencia mercantil de las empresas en el mercado. No obstante, buena parte de los casos se realizan a través de la publicidad (utilizándola como instrumento), aunque también hay otros instrumentos (Opas, etc.). Por consiguiente, el ámbito de la competencia desleal (inspirado de la LGP) es más grande que el ámbito de la publicidad, aunque **se producen ciertos paralelismos en cuanto a actos de competencia que puedan generar engaño** (todos los supuestos de publicidad ilícita tienen su versión correspondiente en la Ley de competencia desleal).

♦ **Actos de engaño:**

- Utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas.
- La omisión de las indicaciones verdaderas.
- Cualquier otro tipo de práctica que sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza.

CONCLUSIONES:

Es la que produce o puede producir engaño o error (incluye la encubierta y debe probarse la posibilidad de producir el engaño, mediante sondeos por ejemplo). Se incluye tanto al destinatario como a

cualquier persona a la que le afecte la publicidad (no es imprescindible ser el destinatario del anuncio).

Afecta al comportamiento económico del destinatario + otros daños (morales, salud, etc.) **regulados por la LGDCU y otras leyes especiales** (como la de sanidad).

Puede perjudicar a un competidor (conexión con la desleal).

PROBLEMA: 2 leyes ordinarias sobre el mismo ámbito, ¿cuál elegimos?

La mayoría de los autores se inclinan por seguir un criterio ecléctico (de síntesis) de ambas leyes, intentando aplicar preferentemente la ley que se adapte más exactamente al caso (criterio de especificidad).

3.Publicidad testimonial

- ◆ En sí misma no es ilícita, es decir, cuando se utiliza como instrumento publicitario **lo que está prohibido es el testimonio que no cumpla con los principios de veracidad.**
- ◆ **Es publicidad testimonial aquella que utiliza el testimonio de una persona como elemento de refuerzo del mensaje publicitario.** Se trataría de un testimonio de **aval, de aceptación del producto o servicio por parte del que hace el testimonio.**
- ◆ La ley no da un concepto de publicidad testimonial, pero donde sí que se recoge un concepto es el Código de Conducta Publicitaria (CCP):

> Art. 9 CCP:

Cuando la publicidad incluya recomendaciones y/o testimonios, estos es, aseveraciones de **personas ajenas al anunciante y que no actúan como portavoces de éste**, sean o no retribuidos, **deberá responder a la verdad, tanto en cuanto a la persona del recomendante y/o testimoniante, cuanto acerca del contenido de la recomendación y/o testimonio.** El anunciante deberá contar con **autorización por escrito del testimoniante y a aquél que le incumbe probar la verdad del anuncio.** Esta publicidad sólo podrá utilizarse en tanto se mantengan vigentes las condiciones anteriores.

- ◇ **El testimoniante debe de ser una persona ajena al anunciante y no debe de ser su portavoz.** Se trataría de aprovechar aquí el crédito del testimoniante para que se produzca una identificación con el producto o servicio.
- ◇ **Verdad del testimoniante y del testimonio.** Esto debe ser cumplido tajantemente, no se puede exponer algo que no sea verdad (aunque es muy difícil demostrar lo contrario). Por lo tanto no debe haber ningún elemento de engaño ni en el contenido del mensaje del testimoniante (la afirmación de la persona) ni en el propio testimoniante (ej: un famoso que afirme que utiliza siempre una pasta de dientes

específica cuando es mentira en la realidad).

◇ **Autorización por escrito.**

◇ **Inversión de la carga de prueba: el anunciante es quien debe probar la verdad del anuncio**, cuando normalmente, en derecho, el acusador es el que tiene que probar la culpabilidad y no el acusado quien tiene que probar su inocencia. Es una excepción a la regla general.

◆ Encontramos referencias a la publicidad testimonial en las **normas de TV de admisión de publicidad**. Ejemplo de RTVE (las autonómicas poseen normas similares):

> **Art. 12 RTVE:**

◇ **Testimonios genuinos.** Tienen que reflejar experiencias personales y deben responder a la verdad.

◇ **No caben afirmaciones que no puedan ser probadas.** Es una norma más exigente que la del Art. 19 CCP ya que la publicidad testimonial no puede contener ninguna afirmación susceptible de comprobación.

◇ **Se acreditarán la fecha, el lugar y la autorización del testificante.** Este es un requisito mucho más detallado que el del art.19 CCP. **Existen 2 tipos de testimonio:**

Persona famosa.

Persona desconocida pero que es un profesional o experto con representatividad en el ámbito del producto o servicio.

4.Publicidad subliminal

◆ ¿Por qué no se permite la publicidad subliminal? Porque **se busca la aceptación del potencial cliente sin que éste se dé cuenta conscientemente.**

> **Art. 7 LGP: notas**

Será publicidad subliminal la que mediante **técnicas** de producción de estímulos de intensidades **fronterizas** con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario **sin ser conscientemente percibida.**

◇ **Estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos.**

◇ **No percibidos conscientemente.**

◇ **Basta con la potencialidad del daño para que se pueda denunciar un anuncio por subliminal.**

> **Modalidades:**

- **Manipulación técnica de las imágenes visuales.**
- **Manipulación creativa de las imágenes y sonidos.**

5.Publicidad encubierta. Emplazamiento de producto

- ◆ Es aquella que **infringe el principio de veracidad o identificación** y que responde a la **apariencia externa** del anuncio.

> Art. 11 LGP: el principio de autenticidad o identificación, obligación para los medios y los anunciantes

Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo **desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios**.

> Art. 3, d Ley 25/94 TV sin fronteras (se aplica a falta de una ley expresa):

Publicidad encubierta es aquella forma de publicidad que suponga la **presentación verbal, visual o sonora**, dentro de los programas, de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que **pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza**. En particular, la presentación de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, las actividades o los elementos comerciales **propios de un tercero** se considerará intencionada y, por consiguiente, tendrá el carácter de publicidad encubierta, si se hiciese a cambio de **una remuneración**, cualquiera que sea la naturaleza de ésta. No tendrá esta consideración, la presentación que se haga en **acontecimientos abiertos al público organizados por terceras personas y cuyos derechos de emisión televisiva se haya cedido a un operador de tv**, cuando la participación de este último se limite a la mera retransmisión del evento y sin que se produzca una desviación intencionada para realzar el carácter publicitario

- ◇ **Presentación verbal, visual o sonora.**
- ◇ **No esporádica u ocasional** (ejemplo de las películas).
- ◇ **De bienes, signos distintivos o actividades que nos permitan identificar una marca.**
- ◇ **Intención publicitaria** (se presume si hay remuneración).
- ◇ **Que pueda suscitar error en el público sobre la naturaleza de la presentación.**
- ◇ **Se excluyen las transmisiones de acontecimientos organizados por terceros, pasando la responsabilidad al que decide la transmisión** (ej: partido de fútbol en Manchester transmitido por TVE).
- ◆ **Cuando la publicidad encubierta es perceptible, entonces no es ilícita** (ej: Lo más plus; programas culturales; La noche de Fuentes, etc.).
- ◆ **Emplazamiento del producto** (una de las modalidades en la que podría presentar la publi. encub.):
 - ◇ **Intento de regulación en la Ley 22/99**, por lo tanto,

en estos momentos, no hay una limitación expresa (lo que se traduce por un PP masivo que sufrimos en la actualidad).

◊ **Requisitos** para hablar de Product Placement:

- ◆ **Presentación del producto/servicio de forma consciente y voluntaria** (aparece perfecta y explícitamente).
- ◆ **Ánimo publicitario/lucrativo.**
- ◆ **Remuneración** (el PP es un recurso de financiación para las productoras). Los directores de cine no están de acuerdo con el PP ya que cuarta su libertad creativa. Son ellos los que, en primera instancia, pueden protestar o denunciar.
- ◆ **Eufemismo: los agradecimientos** (sobretudo los créditos al final de las películas, etc.).
 - ◊ **Solución mínima** hasta el momento: **indicación expresa de publicidad.** Es muy difícil denunciar por PP.
- ◆ **Medidas para diferenciar espacios publicitarios de espacios informativos:**

· **Medios escritos (RD 2198/1976, de 23 de julio)**

- ◆ **Necesidad de actualización urgente** debido a la evolución de la comunicación en medios escritos.
- ◆ **Actualmente, estas medidas ni se adoptan, ni se cumplen** por parte de los medios escritos (en anuncios de RR.PP sí que se cumplen alguna vez).
- ◆ **Medidas:**
 - ◊ **Cuando anuncio = Página entera:**
 - ◆ Debe aparecer la palabra **publicidad** en la **cabecera** cuyo tamaño **no debe de ser inferior al tamaño mínimo** del anuncio.
 - ◆ El anuncio debe de ir **recuadrado.**
 - ◊ **Cuando anuncio = parcial de página:**
 - ◆ Debe de aparecer una **R** (viene de remitido) al final y **no debe de ser inferior a 5 mm.**
 - ◆ **Separadores gráficos** (barras).
 - ◊ **Mensajes de relaciones públicas:**

– **R.P.** al final y **no debe de ser inferior a 5 mm.** Este es el supuesto más conflictivo por la naturaleza del mensaje de RR.PP (parecido al de reportaje, por lo que puede inducir a error al destinatario).

◊ **Están exceptuados los anuncios por palabras.**

2) Medios audiovisuales (arts. 11–14 Ley 25/94 TV sin fronteras)

- ◆ **Medidas:**
 - ◊ **Separadores ópticos o acústicos.**
 - ◊ Los **espacios publicitarios** deben de ir **agrupados**, salvo excepciones, para evitar la confusión en el espectador.
 - ◊ La inserción de los bloques publicitarios **debe de hacerse entre programas**, aunque debido a la presión de los anunciantes y cadenas de TV, **cabe interrupciones siempre que:**

- ♦ **No perjudiquen la unidad del programa.**
- ♦ **No desmerezcan su valor o calidad** (a veces no respetan la obra, sin tener en cuenta la acción, la escena, el hilo narrativo, etc.).
- ♦ **Se aprovechen las pausas naturales del programa.**
- ♦ **No se perjudiquen los derechos de sus titulares** (propiedad intelectual).
 - ◊ En publireportajes, telepromociones y otras formas de publicidad, **debe superponerse permanentemente la indicación de publicidad.**
 - ◊ **Prohibido variar las condiciones técnicas de las emisiones.**
 - ◊ Deber quedar **identificado sólo el patrocinio y el patrocinador** (Art. 15).
 - ◊ En programas deportivos, pueden insertarse **transparencias** si:
- ♦ **El desarrollo del juego está detenido.**
- ♦ **No perturban la visión del acontecimiento.**
- ♦ **No exceden de la sexta parte de la pantalla.**
- ♦ **Contienen sólo textos escritos o imágenes estáticas de la marca** (no se cumple nunca).

+ Cabe insertar publicidad en las **pausas naturales** y **si no las hubiere**, cabe **un corte cada 20´** si no es en momentos de máximo interés.

- ◊ En otro tipo de programas, se puede hacer **una pausa publicitaria cada 20´, salvo al principio y final del programa en que puede ser inferior a 20´.** Para acomodarse a las pausas naturales, **una vez puede ser a los 15´.**
- ◊ En películas y largometrajes, **cabe hacer una pausa cada 45´ y, tras la segunda, otra más siempre que resten más de 20´.**
- ◊ En programas informativos, documentales, religiosos e infantiles, **sólo cabe insertar publicidad si duran más de 30´.**
- ◊ Topes:
 - ♦ **15%** del tiempo diario de emisión para anuncios.
 - ♦ **20%** del mismo para todo tipo de publicidad.
 - ♦ **12´** por hora natural.
 - ♦ **17´** por hora natural incluyendo la autopromoción.
 - ♦ **3 horas al día de televenta.** Los bloques deben ser al menos de 15´ (agrupados en bloques).
 - ♦ **8 bloques de televenta al día como máximo.**
 - ♦ **Se excluyen del cómputo los anuncios de servicio público** (administración del estado), **benéficos gratuitos o los realizados por el emisor en relación con sus propios programas** (¿= autopromoción? o ¿programas promocionales?).

6. Publicidad indirecta (es una sinergia)

- ♦ **Art. 3, e Ley 25/94 TV sin fronteras:**
- > **Utilización de signos que se asocien con un producto, sin mencionar**

dicho producto.

- ♦ **A diferencia de la publicidad encubierta, aquí hay un mensaje publicitario explícito** (se promociona algo diferente que a lo que primera vista parece anunciar o comunicar el anuncio).
- ♦ **La Ley prohíbe la de tabaco, bebidas alcohólicas y medicamentos por TV.**

Formas que puede adoptar la publicidad indirecta según Villafañe:

- ◊ **La marca inocente:** cuando el anunciante no tiene la apariencia de anunciar nada prohibido. Aparece el indicativo genérico que para un espectador inocente no supone un anuncio, por ejemplo, de bebidas (ej: Larios). Se suele completar con otros medios que permiten ser más explícitos.
- ◊ **El pseudoproducto:** no se trata de un producto real, sino de la creación de un producto pretexto que muchas veces no se encuentra en el mercado, por lo que sería ilícito (ya que se utiliza a un producto que no existe para anunciar la marca) (ej: For Sun respecto de Fortuna). Depende de la efectividad del producto pretexto que sea ilícito o no (ej: Licor Brandy Veterano).
- ◊ **La publicidad corporativa/de empresa** (ej: Bacardí, 135 años de su fundación, pero ¿135 años?).
- ◊ **La tergiversación lingüística:** cuando se juega con las palabras o con la fonética de una marca (ej: Duca 2 Music Carácter Latino). Suele utilizar canales sinérgicos (complementarios) legales.

> Períodos de denuncia

- ♦ Cesación: mientras se está publicando el anuncio (TV).
- ♦ Rectificación: hasta 7 días después de la publicación del anuncio.

TEMA 7

1. Régimen general de protección de la creación intelectual

- ♦ La protección de las creaciones inmateriales
- ♦ Tradicionalmente, el derecho se ha preocupado de proteger la propiedad de los bienes materiales (fincas, bienes muebles, etc.). En cambio, no han tenido la misma protección las obras intelectuales (novelas, proyectos, etc.), que son **creaciones inmateriales**. Éstas parten de **una idea que luego se adhiere a un soporte material para ser cognoscible** (reconocible).
- ♦ Durante muchos siglos, las obras de intelectuales y artistas no generaban ningún derecho de protección especial por el hecho de ser un autor de la obra (ej: Cicerón) y, por lo tanto, no se podía reclamar por plagio, etc.
- ♦ Se tendría pues, derecho, **una vez que la obra estuviera**

plasmada en algo material, como puede ser un libro, un lienzo, etc.

♦ Mecanismos de protección

- **Administrativos:**
 - **Registro público nacional:** registro en una oficina pública, tras pagar una tasa económica, donde se inscriben todas las obras y creaciones. A partir del momento del registro, existe una **presunción** a favor del que ha registrado (presunción: ¿y si ha robado la patente o la idea?).
 - **Registro internacional:** mediante la **OMPI** (Organismo mundial de la Propiedad Intelectual) que se encuentra en Ginebra y pagando una tasa económica. Permite registrar una misma obra en diferentes países a la vez o en todos los países del mundo.
 - **Asociativos:**
 - ♦ Este mecanismo permite la creación de **sociedades de gestión de los derechos de propiedad intelectual**.
 - ♦ En España, existen diferentes sociedades:
 - ♦ La SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), que hasta 1987 tenía el monopolio.
 - ♦ CEDRO, en el sector de medios impresos.
 - ♦ Etc.
- > Son las que más persiguen la piratería, etc. actualmente

· **Legales y judiciales**

En la **Ley General de Propiedad Intelectual** se acogen los diferentes derechos que genera la creación. Se establecen unos **procedimientos judiciales** para exigir el cumplimiento de la ley:

- **Medidas cautelares:** son **provisionales**. Las adopta el juez tan pronto como tiene conocimiento de alguna infracción de la ley (si la denuncia tiene indicios razonables).
- **Medidas definitivas:** son las que terminan el proceso judicial, es decir, la **sentencia en sí** (que no siempre confirma las medidas cautelares).

Regulación

- **Art. 1:** se protege la creación literaria, artística y científica por el solo hecho de su creación (base, pues, creativa, no económica).
- **Art. 2:** derechos **personales y económicos** (patrimoniales):
 - > Derecho de **exclusiva** (explotación, etc.).
 - > Derecho de **plena disposición de la obra**.
- **Art. 5:** el autor es siempre una **persona física** (nada de empresas, etc.).
- Varios autores:
- **Art. 7: obra en colaboración.** Aquella en la que intervienen diferentes autores en régimen de igualdad de derechos.
- **Art. 8: obra colectiva.** Aquella en la que una persona dirige la obra y coordina el trabajo de los demás (no es posible separar las intervenciones). Los derechos los tiene la persona que ha tomado la

iniciativa (titularidad) y se encuentra, por lo tanto, en situación de prioridad.

- **Art. 9: obra compuesta e independiente.**
- **Obra compuesta:** obra nueva que incorpora una obra ya existente sin la participación del autor de ésta última. Se necesita autorización y pagar los derechos de autor (ej: película con banda sonora de los Beatles).
- **Obra independiente:** no depende de otras obras (aunque se publique conjuntamente).
- **Art. 10: obras protegibles originales.** Son aquellas obras que son nuevas.
- **Art. 11: obras protegibles derivadas.** Son aquellas que suponen una modificación de las obras originales (están basadas, etc.). Tienen la misma protección pero se requiere la autorización y el pago por derechos de autor de la obra original (ej: traducciones, etc.).
- **Art. 13: exclusiones.** Obras de carácter jurídico, procedentes de las administraciones públicas y órganos de justicia (ej: leyes, sentencias, etc.).

2. Derechos de los autores

- **Art. 14 LPI: derechos morales (de tipo personal, se generan por haber creado una obra)**
 - **De divulgación:** derecho a decidir la forma y la vía de divulgación de la obra. El editor de la obra tendrá que negociar con el autor.
 - **Al nombre:** derecho a decidir cómo va a aparecer la obra desde el punto de vista de la mención del autor (anónimo, pseudónimo, etc.).
 - **De reconocimiento de la condición de autor:** derecho a figurar como condición de autor en cualquier circunstancia.
 - **De exigir el respeto a la integridad de la obra:** derecho a respetar la integridad de la obra y a la no manipulación.
 - **A modificar la obra:** derecho del autor a modificar su obra, con 2 limitaciones que se deben respetar:
- **Derechos adquiridos por terceros.**
 - **No ir en contra de la legislación de protección de los bienes de interés cultural.** Hay una serie de obras que por haber sido creadas por un autor insigne son calificadas como patrimonio cultural y que, por lo tanto, está protegidas.
 - **A retirar del comercio la obra:** previa **indemnización** del autor (de su bolsillo) a aquellos que tengan los derechos de explotación de la obra.
 - **De acceso al ejemplar único y raro (varios o pocos ejemplares) pero en las condiciones que benefician al propietario** (desplazamiento, etc.).
 - **Art. 17–21 LPI: derechos económicos o de explotación (consecuencia explotación obra comercial)**
- > En cada uno de estos derechos, al autor se negocia con un interlocutor diferente:
- ♦ **De reproducción:**
 - ♦ La reproducción es la fijación de la obra en un medio para extraer, posteriormente, copias de la obra gracias a dicho medio.

- ◆ **Requerimientos:** fijación en soporte primario y reproducción (obtención) de copias.
- ◆ **El autor decidirá en qué condiciones (cómo y a través de qué) se reproducirá su obra.**
- ◆ **De distribución:** es una consecuencia del derecho anterior. **El autor decidirá la forma de distribución de la obra en el mercado para hacerla llegar a diferentes puntos de consumo.**
- ◆ **De comunicación pública:** derecho a **hacer llegar la obra, mediante un acto, a sus destinatarios sin previa distribución de ejemplares** (ej: visionado de una película en un cine, representación teatral, etc.).
- ◆ **De transformación:** se refiere a las **obras derivadas y al derecho de modificación de la obra** (ej: adaptaciones, traducciones, etc.).
- **Otros derechos:**
- **Art. 24, de participación en sucesivas ventas de obras plásticas:** asegura al autor un porcentaje (3%) en la revalorización que tiene su obra en sus sucesivas ventas, a partir de la segunda venta. Los beneficios también pasan a los herederos.
- **Art. 25, de remuneración por copia privada:** cada nueva explotación (venta) de una obra genera un porcentaje de beneficio para el autor. Por la presión de las sociedades de autores, se establecen unas **tasas que gravan la tenencia de soportes vírgenes** (y que van a parar a la SGAE) **y de cualquier aparato reproductor** (fotocopiadora, grabadora de cedés, etc.).
- **Art. 106, de fijación:** se refiere a medios audiovisuales y a la fijación de la grabación original (diferente al derecho de obtener copias).
- **Art. 88, de doblaje y subtítulo:** se refiere a las películas u obras audiovisuales.
- **Otros beneficiarios de los derechos de propiedad intelectual (también tienen derechos):**
- **Los artistas, intérpretes y ejecutantes de la obra** (ej: intérpretes de una obra de teatro, etc.):
- La Ley reconoce que tienen un cierto **poder creativo** (aportan ingenio) pero no se los equipara a la del autor de la obra.
- Tienen un **paquete de derechos** (versión reducida derechos de autor):
- **Personales:** al nombre, a figurar como intérpretes en las mismas condiciones que el autor (pseudónimo, etc.), a autorizar el doblaje al mismo idioma por otra persona (si es en otro idioma no hay que pedirle permiso).
- **Económicos:** cedidos al productor o editor de la obra. Los intérpretes reciben una cantidad de una sola vez por derechos de interpretación (a diferencia de los derechos de autor).
- **Las empresas que se dedican a la explotación económica de las obras** (editores, productores, etc.): tienen únicamente los derechos de económicos o de explotación (menos el derecho de transmisión).
- **Las entidades de radiodifusión y Tv:** asumen el papel de productores.

3. Aplicación de los derechos de propiedad intelectual a la creación publicitaria y de RR.PP

La propiedad intelectual protege cualquier creación intelectual que sea **novedosa**, por lo que la creación publicitaria quedaría englobada a estos derechos.

· Régimen general

- **Art. 51:** el contrato de trabajo con una agencia para funciones creativas presupone la **cesión en exclusiva de los derechos a ésta** para la actividad propia de la agencia o de la empresa para la que se trabaja. Los derechos individuales del creativo son **absorbidos** por la empresa.
- **Art. 7.3:** las colaboraciones individuales **pueden ser explotadas separadamente** si no implican competencia para el proyecto conjunto.
- La agencia publicitaria tiene los **derechos morales** y **cede los derechos de explotación al anunciante**.
- Los autores de los spots **no tienen los derechos de los autores audiovisuales**.

· Utilización de otras creaciones

- **Art. 35:** pueden ser reproducidas las obras situadas en **lugares públicos**.
- **Art. 34:** la utilización de obras protegidas **requiere autorización salvo que existan razones informativas**. Es más de RR.PP que de publicidad.
- **Art. 32:** las **citas de otras obras** se justifican por razones educativas o de investigación, pero no comerciales. La Ley siempre es más dura con los fines comerciales.
- **Art. 33:** por **razones informativas** se puede reproducir las obras de actualidad ajenas **citando la fuente y el autor**, siempre que no estén reservados los derechos. Más de RR.PP.

Tema 8

1. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

- El objeto está creado para su explotación comercial e industrial (ej: spot) y solamente tiene sentido con dicho fin.
- La propiedad industrial tiene 2 ramas:
- **Creaciones que van a tener una utilización comercial.** Protección de los **signos** de las empresas en su faceta comercial. Los signos son los que les sirven a las empresas para diferenciar su actividad o su identidad. Los signos son las **marcas y nombres comerciales**.
- **Creaciones con destino industrial.** Protección de **patentes de invenciones y de modelos** de las empresas con destino industrial. Son creaciones para mejorar los rendimientos o la productividad en un sector específico.

> El estatuto de propiedad industrial regulaba estas 2 ramas al mismo tiempo. No obstante, a partir de la adhesión de España a la UE, se hicieron 2 leyes diferentes: **la Ley de Marcas y Nombres Comerciales** y **la Ley de patentes**.

2. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LAS MARCAS Y NOMBRES COMERCIALES

♦ **Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas**

♦ **Definición**

Todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.

> Trata de proteger la identidad de cada comerciante (para evitar confusiones) y aclarar qué agente trabaja en cada proceso mediante la marca.

> Las empresas ofrecen productos y servicios, por lo tanto esta ley recoge:

- **Marcas de productos.**

- **Marcas de servicios.**

♦ **Posibilidades** (la marca puede estar compuesta de)

- **Palabra.**
- **Imágenes o símbolos.**
- **Letras, cifras y sus combinaciones.**
- **Formas tridimensionales.**
- **Signos sonoros, canciones o músicas.**
- **Cualquier combinación de los elementos anteriores.**

♦ **Ámbito de protección**

El sector donde se mueve la marca (fuera del sector la ley no tiene aplicación).

- **Derecho exclusivo a utilizarla** por parte del propietario de la marca.
- **Derecho a prohibir que los demás la utilicen** por parte del propietario de la marca.

> **Excepción: las marcas notorias**, que no tienen la limitación sectorial por el hecho de su notoriedad.

♦ **Plazo de protección**

10 años renovables por períodos iguales, previo pago de una tasa. Sin limitación de duración.

♦ **Los nombres comerciales:** se registrarán como las marcas.

♦ **Los rótulos de establecimiento:** se rigen por la Ley de Competencia Desleal.

♦ **Prohibiciones absolutas** (no se pueden registrar como marcas)

> **Independientemente** de lo que hagan otras marcas/empresas:

- Las que no se ajusten a los **requisitos constitutivos del signo** (ej: un sonido que no pueda representarse gráficamente).
- Las que **carezcan de carácter distintivo** (ej: el color naranja).
- Los **signos genéricos** de la especie o tipo (lo que es puramente descriptivo de un sector de producción).

- Las que se han convertido en **genéricos** de productos o servicios (ej: Kleenex).
- Las impuestas por **la naturaleza o la forma** del producto o servicio.
- Las **contrarias a la Ley, orden público o buenas costumbres**.
- Las que **puedan inducir a error** sobre su naturaleza, calidad o procedencia.
- Las **bebidas espirituosas con denominaciones de origen falsas**.
- Las que utilicen **banderas o escudos oficiales. Salvo autorización**.

♦ **Prohibiciones relativas**

> **En función de** lo que hagan otras marcas/empresas:

- Las que **imiten signos distintivos registrados o induzcan a error con otros signos** (registrados o no).
- El **nombre de otra persona** (el propio sí).
- Los signos que imiten o reproduzcan **creaciones de propiedad intelectual o industrial** (lemas, frases, símbolos, dibujos, pinturas, etc.).

> Las prohibiciones **sólo afectan a las marcas de productos o servicios, exceptuando a las notorias**, que se encuentren en un sector determinado.

Efectos de la inscripción en la propiedad industrial:

- **Presunción a favor** de entrada.
- Impugnación durante **5 años** (tenemos 5 años para impugnar).
- **Impugnación permanente si se ha inscrito de mala fe** (en cualquier momento se puede impugnar la inscripción).

Uso efectivo de la marca a los 5 años. La marca no puede ser objeto de especulación, hay que hacer un uso efectivo de ella durante 5 años, sino se anula la marca.

♦ **La Oficina de Patentes y Marcas**

♦ **Procedimiento de inscripción**

♦ Solicitud en la **Administración del Estado o en las Comunidades Autónomas** (se resuelven en Madrid).

♦ Publicación de la solicitud en el **BOPI** (Boletín Oficial de la Propiedad Industrial).

♦ **Examen de novedad y legalidad** para saber si la marca incurre en algún tipo de prohibición (prohibiciones absolutas y de nombres ajenos o derechos de propiedad intelectual o industrial). En caso de no incurrir en ninguna prohibición, se pasaría al siguiente paso y en caso de incurrir se denegaría la inscripción.

♦ Inscripción.

♦ **Publicación** de la inscripción.

♦ **Acciones (vías de reclamación)**

- De **cesación** (para pedir el cese).
- De **indemnización de daños y perjuicios**.
- **Medidas prohibitivas** (para impedir que se siga prosiguiendo el daño).
- **Publicación de la sentencia** (la marca es importante por su difusión en el público por lo tanto es necesario una reparación comunicativa).

> **Todas las acciones se pueden acumular** y utilizar conjuntamente.

♦ Marcas especiales

- ♦ **Colectivas:** varios empresarios explotan en conjunto una misma marca (ej: una cooperativa, una denominación de origen).
- ♦ **De garantía:** su finalidad es la de acreditar un nivel de calidad por encima de la media (ej: Iso 2000, AENOR).
- ♦ **Internacionales** (en OMPI en Ginebra).
- ♦ **Comunitarias** (UE: registradas a nivel europeo en la OAMI en Alicante).

(+ marcas notorias, marcas de productos y marcas de servicios).

· Régimen de protección de las patentes de invención

♦ Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes

- ♦ Para hablar de **patente** es necesario que la creación:

· Suponga una **innovación respecto a los conocimientos y aplicaciones industriales existentes**.

· Sea susceptible de **aplicación industrial**.

- Esta Ley protege las propiedades industriales **otorgando el derecho de exclusiva sobre la creación durante 20 años** (tras inscribirse en la Oficina de Patentes).

♦ Exclusiones

· **La creaciones protegidas por la propiedad industrial:**

- Teorías científicas.
- Obras literarias, artísticas o científicas.
- Programas de ordenador.
- Formas de presentación de la información (iconos, etc.).
- Reglas intelectuales o de juegos o actividades económicas (ej: quinielas, etc.).

· **Las contrarias al orden público o buenas costumbres.**

· **Métodos quirúrgicos o terapéuticos.**

· **Descubrimientos biológicos (genomas, etc.), pero no sus aplicaciones:**

- Variedades vegetales.
- Razas animales.

♦ Inventiones laborales

- ♦ **Cesión al empresario** ya que hoy en día las invenciones suelen ser el resultado de un trabajo en equipo con grandes medios.

- ♦ **Cuando exceden notablemente el valor del contrato** (cuando el impacto económico supera la cuantía del contrato del investigador, entonces la empresa debe compensar con una parte del beneficio al investigador).

- ♦ **Cuando se aprovechan elementos de la empresa, debe de haber reparto de beneficios.** El invento lo obtiene una persona al margen de su relación laboral pero utilizando los

medios de la empresa. No obstante, el invento es del investigador por lo que no hay cesión de derechos.

- ♦ **Procedimiento de inscripción**
- ♦ **Examen formal de la documentación.**
- ♦ **Informe sobre el estado de la técnica** (la innovación que supone la invención hasta el momento).
- ♦ **Publicación de solicitud y posible oposición de terceros por lo tanto.**
- ♦ **Inscripción y publicación** (una vez superado todos los trámites).

Duración: 20 años improrrogables.

Obligación de explotación efectiva en 3 años desde la concesión (no se puede especular) bajo pena de anulación.

- ♦ **Licencia obligatoria (casos en los que la patente y su explotación son obligatorias)**
- ♦ **Insuficiencia de explotación** (el investigador explota su patente de forma insuficiente).
- ♦ **Necesidad de exportación** (cuando la patente puede generar beneficios para la exportación).
- ♦ **Dependencia entre patentes.**
- ♦ **Motivos de interés público.**

> **Si no se explota por el inventor la administración se encarga de designar un explotador.**

- ♦ **Casos especiales**
- ♦ **Adiciones** (una vez inscrita una patente, el inventor descubre una mejora secundaria).
- ♦ **Patentes secretas (en casos de seguridad nacional).**
- ♦ **Patentes internacionales y europeas** (cuando se quiere explotar la patente en este ámbito).
- ♦ **Modelos de utilidad**
- ♦ Elementos esenciales: **novedad y utilidad.**
- ♦ Duración de **10 años improrrogables.**
- ♦ **No caben adiciones (mejoras).**

- ♦ **Diseños industriales (Ley 20/2003, de 7 de julio)**
- ♦ Comprende: **modelos tridimensionales y dibujos bidimensionales.**
- ♦ Elementos esenciales: **novedad y singularidad** (se valora la mejora en la forma del objeto).
- ♦ **Publicación, por lo tanto la oposición de terceros se puede presentar tras la concesión del registro.**
- ♦ Duración: **5 años pudiendo prorrogarse cada 5 hasta un total de 25 años.**
- ♦ **Prohibiciones:** los contrarios al orden público y las buenas costumbres.
- ♦ Se puede utilizar **12 meses antes de la solicitud de registro.**

TEMA 9

1. LOS SUJETOS PUBLICITARIOS

Art. 10 LGP.

Tres sujetos:

- Anunciante
- Agencia
- Medio

(no significa que hayan otros sujetos)

Otros sujetos intervinientes:

- Organización de control de la eficacia de los mensajes publicitarios.
- Organización de autocontrol y autorregulación desde los propios sectores publicitarios para imponerse normas de comportamiento deontológicos.
- Asociación de empresarios o profesionales.

1. Agencias: sector compuesto por una serie de empresarios que elaboran mensajes o se dedican a proyectar ese mensaje en el mercado.

Características del mercado

A. Tendencia a la globalización del mercado: se eliminan las tasas para exportar un producto. Se establecen proyectos publicitarios que abarcan varios países e incluso el mundo en general.

B. Ampliación de la oferta de servicios. Cada vez se piden mas cosas a las agencias (com. Institucional, organización interna,etc), aparte de proyectos de imagen corporativa, RRPP,etc.

C. Concetración empresaria: esto es consecuencia del libre mercado. Hay posibilidad de invertir en nuevos países, fusiones

D. Crecimiento de las centrales de compra ante la aparición de nuevos medios por lo que la compra de espacios es cada vez más compleja.

Ventajas: separa la creatividad de la financiación.

Desventaja: compartir clientes (cuando coinciden dos en un mismo sector)

E. Mayor interrelación con otros sectores de comunicación. Cada vez es mas frecuente que las agencias publicitarias esten conectadas a otras.

En España además:

- Crecimiento de la inversión extranjera en las agencias.
- Escasa atención legal a la figura de la agencia.

Tipología tradicional

- Agentes individuales: personas físicas que se dedican a la intermediación publicitaria. Se

suele dar a nivel local o en áreas sectoriales.

El titular es una persona física.

- Estudios de publicidad dedicados a la creatividad
- Exclusivas de publicidad: empresas que se dedican a servir de intermediarias en un medio determinado con carácter exclusivo.
- Agencias de servicios plenos: se pueden encargar en principio de cualquier actividad publicitaria. No significa que realicen directamente la labor sino que pueden subcontratar a otras agencias especializadas.

LA LIBERALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD

Había un control estricto de la actividad publicitaria mediante la necesidad de que las agencias estuvieran inscritas en el Registro General de Publicidad para poder ejercer la creatividad. Actualmente todos estos registros previos han desaparecido.

Existen incompatibilidades entre intereses económicos en medios y en agencias a la vez. No puede tenerlos la misma persona física.

Art.10 LGP CONCEPTO LEGAL DE AGENCIA (8.5)

· **Anunciante**

Persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad

No tiene porque ser quien paga el anuncio, solo basta con que tenga el interés. Tipología: caso de la publicidad institucional.

Situación actual

- Incremento de presencia de los grandes anunciantes.
- Aumento del numero de anunciantes públicos (instituciones, administraciones, ayuntamientos)

Status turístico

- Debe desvelar inequívocamente el carácter de los anuncios (Responsabilidad sobre la autenticidad)(Art.11 LGP)
- Tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña (poder de determinación del anuncio y su ejecución) (art.12 LGP)
- Las acciones de cesación y rectificación reguladas por el art.25 y siguientes LGP sobre el mensaje (responsabilidad primaria)

· **Los medios** Art.10 LGP

Son personas naturales y/o jurídicas publicas o privadas que son de carácter continuado y organizado que se dediquen a funciones de difusión publicitaria

- Hay medios que tiene una función comunicativa al margen de la publicidad pero deciden reservar parte de sus espacios a la inserción de publicidad (ej.radio, prensa o tv)

· Otro tipo de medios son los exclusivamente publicitarios que solo tienen sentido en el campo de la publicidad (ej. vallas)

Ambos son medios contemplados por el Art.10.

2. ORGANIZACIONES DE CONTROL Y AUTOCONTROL (Art.12 LGP)

- Organizaciones privadas de control de la difusión

Para evaluar el impacto de las campañas (es importante para tomar decisiones)

Debe ser una información, imparcial, objetiva, que use el mismo baremo para todos los medios del mismo tipo.

Interesa también a los medios para establecer sus tarifas. La existencia de estos organismos es absolutamente necesaria. Para poder hablar de imparcialidad es necesario que no se decante por ningún cliente para el que trabaja. La fórmula es crear una entidad asociativa en la que puedan participar todos los que quieran de los tres sectores (anunciante, agencia y medios)

- Universalidad del titular
- Profesionalidad
- Difusión

Caracteres básicos de estas organizaciones

- Composición tripartita: puede entrar cualquier agencia, anunciante o medio.
- Participación voluntaria: no se puede denegar a nadie el acceso.
- No pueden tener ánimo de lucro. Las más importantes: (8.5)
 - ◆ Oficina de justificación de la difusión
 - ◆ Estudio General de medios.

Existen diferentes empresas que también se dedican a esto: Sofres, Central Media, Infoadex

2.1 ORGANIZACIONES DE AUTOCONTROL

Asociación de Autorregulación de la com. Comercial (1996)

Asociación de los propios:

- Anunciantes
- Agencias
- Medios

Para controlar el contenido de los mensajes con arreglo a criterios deontológicos.

Con estos mecanismos previos de autocontrol se crea un filtro previo al judicial. Es algo que evita en muchos casos llegar a los tribunales.

El baremo es el Código de Conducta Publicitaria, que existe desde el 96 y se

llama Asociación de Autorregulación de la Comunicación Comercial.

Funciones

- Solucionar controversias y resolver reclamaciones
- Elaborar códigos de conducta
- Elaborar dictámenes a petición de socios o terceros.
- Colaborar con las instituciones públicas
- Contribuir al desarrollo de la legislación publicitaria.

El jurado de autocontrol se divide en pleno o secciones. Una sección emite una resolución o cualquiera de las partes puede recurrir ante el pleno.

Composición tripartita, participación voluntaria no lucrativa.

3.EL ESTATUTO PROFESIONAL PUBLICITARIO

Como sujeto publicitario le corresponde:

- Ser mediador entre las fuentes de información y el público.
- Ser mandatario social para realizar el derecho a la información

En el s. XVIII aparecen las primeras agencias y en el s.XIX las primeras agencias publicitarias.

Pero como era difícil la separación de las funciones en el s.XX se alcanza la especialización y la profesionalización.

Razones a favor del reconocimiento profesional

- La delimitación de los intereses comunes manejados
- El reconocimiento académico
- La titulación como requisito
- La responsabilidad de la comunicación pública
- No dejarla en manos de los anunciantes

Razones en contra

- La realidad actual y precedente
- La universalidad al derecho de la información
- La difícil colegiación

4. Derechos de los destinatarios según la legislación de consumidores y usuarios

Los consumidores somos todos. No hay una referencia expresa al consumidor, aunque la más directa se encuentra en este artículo de la constitución:

Los poderes públicos garantizan los derechos de los consumidores y usuarios
Art.51

Para regular el cumplimiento de estos derechos se aprobó La Ley General de Consumidores y Usuarios

DERECHOS BÁSICOS

1) Derecho a la protección de la salud y seguridad

- La normativa establece la obligación de adjuntar a los productos que comparten riesgo para la salud las adecuadas instrucciones de uso.
- Los reglamentos técnicos. Establecen que las condiciones de fabricación, embalaje, transporte, distribución y etiquetado de estos productos (alimentarios)
- La normativa del Registro General Sanitario de alimentación para productos envasados.
- Se pretende controlar los productos en venta ambulante porque también deben cumplir las normas de sanidad.

2) Derecho a la protección de intereses económicos y sociales

Hay una política de control de los contratos y documentos mercantiles para evitar que contengan cláusulas incorrectas. Esos documentos deben pasar controles.

Las ofertas publicitarias tiene valor contractual.

Las ofertas engañosas se consideran un fraude.

- Objeto de delito
- Fraude (sanción económica o cierre establecimiento)

Hay **cuatro vías de reclamación**

- penal
- administrativa
- civil
- comunicativa.

Regulación de los sorteos y los regalos.: lotería, quiniela Hay una normativa que garantiza que se celebran estos sorteos y que cumple sus objetivos.

Garantías de los bienes duraderos: cuando el producto falla representa defectos. En función de las circunstancias de cada producto el período será más largo o más corto.

Regulación de determinados productos o servicios por sectores. Hoy en día cada vez son menores las intervenciones en los precios. Se tiende a ponerse de acuerdo entre las empresas que venden lo mismo. (ej. pan)

3) Derecho a la información y a la educación

Toda información que se le da al consumidor en materia de consumo es educación. Se le informa de sus derechos. En materia de consumo se juegan con los intereses muy importantes para el ciudadano. La ley de consumidores

y usuarios es conciente de esos derechos.

Dice que la información debe ser: cierta, veraz, objetiva, eficaz y suficiente.

- Se deben proporcionar a los consumidores los contenidos básicos de los productos y servicios.
- Hay que referirse a la red de oficinas de información a los consumidores creadas en colaboración entre las administraciones locales y autonómicas.
- OMIC: Oficina Municipal de Información al Consumidor, proporciona el asesoramiento y la información necesaria. Son el vehículo institucionalizado para ejercitar las reclamaciones administrativas.
- Otra manera de educar al consumidor es insertando mensajes en los medios de comunicación social.

En los medios públicos se puede imponer que se inserten espacios de información al consumidor.

4) Derecho de consulta y participación y de representación.

Además de aceptar la posibilidad de que cada ciudadano pueda reclamar, le permiten que lo puedan hacer las organizaciones que representan a estos consumidores.

Asociaciones de consumidores y usuarios, exigencias:

- Que no persigan animo de lucro y no tengan intereses comerciales ya que su misión es exclusivamente defender al consumidor.
- Se deben hacer evaluación de ellas
- No pueden tener subvención de empresas privadas pero si de administraciones públicas.

Se exige que sean consultadas a la ACU cuando se elaboren normas de esta materia.

Todas las asociaciones de la provincia están federadas en una ACU provincial y están a su vez en una federación de ACU de la comunidad autónoma.

5) Derecho a la indemnización y protección jurídica, administrativa y técnica.

Siempre que el consumidor sufra algún daño tiene derecho a recibir apoyo y asistencia siempre que lo precise.

TEMA 9

1.NEGOCIOS JURÍDICOS PUBLICITARIOS CONTRATOS DE

PUBLICIDAD Y DE CREACIÓN PUBLICITARIA

1.1 Condiciones generales de la contratación publicitaria

Según el Código Civil

CONTRATO: Todo acuerdo entre dos o mas personas para dar una o cosa o prestar algún servicio

Los contratos entre particulares estan sometidos al derecho civil y pueden incluir pactos, clausulas y condiciones (salvo las excepciones que se desprenda de las leyes, de la moral o del orden público)

Para ser válido un contrato debe tener:

a) art.1265 Código Civil: todo acuerdo requiere VOLUNTAREIDAD por eso es nulo el consentimiento prestado con error, violencia, intimidación o dolo (fraude/estafa)

b) El OBJETO (lo que se transacciona en el contrato) puede ser material o inmaterial.

c) Una CAUSA que determine la identidad de un contrato que sirve para distinguir un contrato de otros. La causa responde al porque y al para que.

El código civil establece **cautelos para asegurar el equilibrio entre las partes firmantes.**

1) art.1256 Código civil. la validez de un contrato puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes

La actividad comercial exige la celebración de tantos contratos como bienes o servicios sean objeto de intercambio. Para llevar a acabo estos contratos se realizan ofertas a través de los mdc. La LGPCU establece que las ofertas publicitarias tienen valor contractual generando por tanto derechos para el público y obligaciones para el anunciante.

2) *art. 13 LGP* No son validas las cláusulas de exoneración (destitución/despido), imputación o limitación de responsabilidades

– No se puede eximir previamente de responsabilidad a ninguna de las partes.

– No se puede establecer previamente límites de responsabilidad.

– Tampoco determinar previamente la responsabilidad en que incurrirá aquella parte que lo incumpla.

3) art. 14 LGP. No son validas las cláusulas para garantizar resultados o exigir responsabilidades por estos

Son cláusulas que buscan un equilibrio entre ambas partes pero no evitan situaciones abusivas, para ello se aprobó, Ley 7/1998 que hace hincapié en

los contratos de adhesión en los que una de las partes (profesional) tiene un papel preponderante sobre la otra (adherente).

– Esta ley está presidida por el principio de protección del adherente porque es la parte más débil.

– También da condiciones al contrato: transparencia, claridad, concreción y sencillez.

– Cláusulas inaceptables:

- Las no conocidas completas en el momento de firmar
- Las ilegibles, incomprensibles, ambiguas y oscuras
- Las abusivas: contrarias a la buena fe o que causan desequilibrios en los derechos y obligaciones de alguna parte.

TIPOS DE CLAUSULAS ABUSIVAS

a) Vinculación del contrato la voluntad profesional.

– Se concede al profesional un plazo excesivamente largo o indeterminado para aceptar o rechazar una oferta

– Atribución al profesional de facultades de interpretar, modificar o resolver el contrato.

– Vinculación incondicionada del consumidor

– Fijación de fechas de entrega a voluntad del profesional

b) Privación de los derechos básicos del consumidor, el cual los tiene reconocidos:

– Exclusión de los derechos del consumidor cuando lo incumple el profesional

– Imponer al consumidor que renuncie a sus derechos

c) Falta de reciprocidad (mismos derechos y obligaciones)

– obligación del consumidor que no tiene el profesional

– Rescisión unilateral del contrato

d) Sobre garantías: garantías desproporcionadas.

– Imposición de la carga de la prueba al consumidor cuando corresponde al profesional.

e) Otras situaciones ilícitas/abusivas

– Cargar al consumidor gastos del profesional

- Imposición de bienes o servicios no solicitados
- Incremento de aportaciones adicionales.

2. El contrato de Publicidad

La LGP recoge 4 tipos de contratos publicitarios. Tres tienen un perfil claro y preciso: Creación, Difusión y Patrocinio y el otro tiene una denominación genérica.

2.1 Concepto:

1. Art.15 LGP 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

El contrato de publicidad puede abarcar toda actividad publicitaria que no este recogida en alguno de los otros tres tipos de contrato (Creación, Difusión y Patrocinio)

También es aplicable cuando abarque varias fases o modalidades incluidas en los otros tres.

2.Cuando la agencia realice creaciones publicitarias se aplicarán también las normas de contrato de creación publicitaria.

Conclusión: Contrato aplicable a cualquier actividad publicitaria no incluida en los contratos de creación, difusión o patrocinio y también aquellos supuestos donde queden englobadas actividades de creación difusión o patrocinio.

2.2. Elementos estructurales:

Sujetos que intervienen:

Anunciante: persona física o jurídica en cuyo interés se realiza la También suscribe el anuncio.

Agencia actividad publicitaria. Asume la decisión de confeccionar y difundir el mensaje.: persona física o jurídica encargada de realizar la presentación publicitaria solicitada por el anunciante.

2.3 Objeto

Es el que da identidad al contrato. La presentación que se compromete a realizar la agencia por cuenta del anunciante.

La LGP se refiere: creación, preparación, programación y ejecución de las campañas.

El pago de la contraprestación económica por el servicio prestado por la agencia. La agencia puede contratar a una agencia especializada para hacer algo. Pero tiene que tener el permiso del anunciante para hacerlo.

2.4 Causa

a) Causa objetiva: la promoción publicitaria

b) Causa subjetiva

para el anunciante: obtener elementos promocionales

para la agencia: obtener una retribución por la actividad desarrollada.

2.5 Forma

No tiene una forma establecida, por tanto existe libertad para formalizar el contrato. Es aconsejable incorporarlo a un documento escrito como garantía.

2.6 Contenido

Es el resultado del conjunto de derechos y obligaciones que asumen ambas partes.

– Obligaciones de la agencia

- Ejecutar la actividad en los terminos pactados
- Mantener el sigilo profesional, sobre los datos del cliente

– Obligaciones del anunciante

- Pagar el precio pactado
- No utilizar elementos no acordados
- Utilizar anuncio en los terminos pactados

2.7 Incumplimiento

a) Incumplimiento por parte de la agencia:

Incumplimiento total: el anunciante tiene derecho a la resolución, devolución de las cantidades a cuenta e indemnización de daños y perjuicios.

Incumplimiento parcial: el anunciante tiene derecho a la repetición o resolución del anuncio e indemnización de dalos y perjuicios.

Entrega fuera de plazo: es considerado un incumplimiento total.

b) Incumplimiento por parte del anunciante

- Incumplimiento injustificado y unilateral
- Resolución/Anulación injustificada y unilateral del contrato
- Cumplimiento parcial o defectuoso

(Efecto: indemnización del anunciante a la agencia)

Conservación de los elementos consolidados previos

3. Contrato de creación publicitaria

Este contrato tiene por objeto la obtención de elementos compositivos de los anuncios que sirvan para dotarles de una originalidad con respecto a los competidores.

– El mensaje publicitario es una obra de creación ingeniosa y original que puede estar protegida por:

- Legislación de Propiedad Intelectual: cuando consista en una obra de carácter icónico, musical o audiovisual.
- Legislación de Propiedad Industrial, cuando se pretende incorporar al anuncio un logotipo o diseño ya registrado. Para insertarlo deberán obtenerse los permisos correspondientes.

Para ello la creatividad del anuncio puede consistir en la obtención de elementos nuevos o utilización de elementos originales preexistentes.

El mensaje publicitario debe poseer capacidad de atracción y capacidad de persuasión. Para ello en ocasiones se requiere la actividad de agencias especializadas (cuando el anuncio presenta complejidad).

3.1. Concepto

Art. 22 LGP: CONTRATO DE CREACIÓN PUBLICITARIA

es aquel por el que a cambio de una contraprestación una persona física o jurídica se obliga a favor de una anunciante o agencia, a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario

La LGP establece un régimen de derechos de explotación de elementos objeto de la labor creativa. Partiendo de la idea de la existencia de un contrato:

- Cesión de derechos sobre la obra a favor de la agencia
- 2ª cesión: de la agencia a favor del anunciante. Es una cesión para los fines previsto en el contrato de creación

3.2. Elementos

Sujetos:

- Creativo, persona física o jurídica. La LGP no exige que sea una agencia publicitaria. Lo que si es necesario es la nota de profesionalidad en el sector creativo.
- Cliente, puede ser directamente el anunciante o la agencia que contrata el cliente.

Objeto:

- Idear. Elaborar en los soportes pertinentes:
- Campaña publicitaria
- Parte de una campaña publicitaria
- Cualquier elemento de la misma
- Contraprestación económica constituida por el precio que paga el anunciante por la actividad creativa.

Causas

- Objetiva: realización de cualquier elemento que sirva para confeccionar un mensaje publicitario.
- Subjetiva: para el anunciante supone la creación de elementos. Creativo obtención de ingresos su actividad promocional.

Forma:

También hay libertad de forma pero es precomendable realizarlo por escrito como garantía.

Contenido

- Obligaciones del creativo. Realizar el trabajo en terminos y plazos estipulados. (cesación pacífica de los derechos de la propiedad intelectual o industrial)
- Obligaciones de anunciante: pagar lo pactado.

Incumplimiento

La LGP nos prevé ningún efecto específico para los supuesto incumplimientos por cualquiera de las partes. No obstante, por su carecer parece necesaria la aplicación de los efectos recogidos en los artículos 17 y 18 relativos al contrato de publicidad.