

Comentarios a la Ley General de Publicidad

Introducción

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP), supone el primer marco legal específico para la regulación de la actividad publicitaria en nuestro país tras la transición democrática, aunque en algunos aspectos podemos encontrar antecedentes en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo texto refundido ha sido aprobado recientemente por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, teniendo en cuenta otras leyes complementarias.

La LGP incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre, relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros en lo que afecta a la publicidad engañosa.

A lo largo de estos años la LGP ha experimentado diferentes modificaciones, fundamentalmente:

- Por la aprobación de la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre, por la que se modifica la mencionada Directiva 84/450/CEE a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa.
- A resultas de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que obligó a derogar algunos artículos relativos al procedimiento judicial a seguir en caso de demanda contra los anunciantes.
- Por el desarrollo del procedimiento de la acción de cesación, que se establece para determinadas instancias a las que se reconoce legitimación activa, de acuerdo también con la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.
- Por la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que establece de un modo más detallado los supuestos de ilicitud de lo que podríamos denominar publicidad "sexista" o (más exactamente) "machista" y faculta a las instancias y organizaciones actuantes en este ámbito para ejercer la acción de cesación.

Con todo, muchos consideramos que es necesaria una revisión *ab initio* de la LGP para adecuarla al desarrollo que las diferentes formas de comunicación comercial han experimentado en estas dos décadas. Quizás la oportunidad sea la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2005/29/CEE, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva de prácticas comerciales desleales), que posiblemente se lleve a cabo este mismo año.

Contenido de la norma

Definición de publicidad

La LGP define la actividad publicitaria (Art.2) como “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”.

Se trata de una definición de gran interés, ya que:

- Extiende en concepto a “toda forma de comunicación”, con lo que quedan subsumidas en la aplicación de la norma, por defecto, todas las formas de comunicación comercial desarrolladas en estos años, aunque no haya referencia directa a las mismas.
- Hace radicar la naturaleza publicitaria de un mensaje o acción en su intencionalidad (la promoción de la contratación/venta de bienes y servicios), que, además, de acuerdo con la normativa comunitaria, se da por supuesta salvo en casos excepcionales (por ejemplo, la mostración de un producto/marca de modo accidental y esporádica en un reportaje informativo) quedando la carga de la prueba en contrario a la responsabilidad del anunciante.
- Entiende que la intencionalidad puede ser directa o indirecta, lo que significa que la publicidad indirecta, como tipología, queda también regulada por el articulado de esta norma.
- Circunscribe el ámbito publicitario regulado a la actividad comercial, sin que pueda ser extendida la norma a la propaganda política.

El artículo 2 define como destinatarios a “las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que este alcance”. Es decir, que a la hora de valorar los efectos posibles de un mensaje publicitario en sus receptores potenciales, no debe tenerse en cuenta únicamente al *target audience* al que se dirige o dice dirigirse el anunciante, sino a todos aquellos que objetivamente han podido verse expuestos a dicho mensaje teniendo en cuenta el soporte, su penetración, el horario o el lugar de difusión, etc.

La definición de anunciante no se incluye en este artículo sino en el 9, y a ella nos referiremos en su momento.

Supuestos de publicidad ilícita

De acuerdo con la LGP (Art.3) es ilícita:

- La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución.
- La publicidad engañosa.
- La publicidad desleal.
- La publicidad subliminal.
- La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Veamos con más detalle cada uno de esos supuestos.

Publicidad inconstitucional

En el caso de la publicidad ilícita por conculcar derechos de la persona, la norma hace especial hincapié en los artículos 18 y 20 de la Constitución. Cabe recordar que el artículo 18 garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pero también la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la protección ante los abusos informáticos. Elementos todos ellos directamente relacionados con la publicidad *below the line*, el marketing directo, y determinadas técnicas de captación de datos personales muy utilizadas en la actualidad (*data warehouse*, *data mining*, etc.). En relación a la intimidad, cabe señalar que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen señala en su artículo 7 que “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, tendrá la consideración de intromisión ilegítima en el ámbito de protección delimitado por esta Ley.

En cuanto al artículo 20, la LGP redonda especialmente en las limitaciones que al derecho a difundir opiniones, expresiones e información imprimen los mencionados derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, así como a la protección de la juventud y de la infancia. Pero el artículo 20 también garantiza el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz. La veracidad publicitaria queda así establecida en este supuesto como una obligación del anunciante y el canal de difusión por mandato constitucional, a mayor abundamiento de lo que a continuación señalemos sobre la publicidad engañosa.

La LGP no hace referencia expresa al artículo 51 de la Constitución (al que sí se refiere la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), pero es evidente que de acuerdo con lo anterior es ilícita la publicidad que contravenga la defensa de los consumidores y usuarios y la

protección de su seguridad, su salud, sus legítimos intereses económicos, su información y educación adecuadas.

Tampoco hace referencia expresa al artículo 14, que garantiza la igualdad de los españoles ante la ley y prohíbe discriminación alguna (al menos para los españoles) por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Sin embargo, tras la aprobación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, se adicionó a en este apartado un párrafo en el que se aclara que “se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar (esa) violencia”.

Publicidad engañosa

La LGP, en su artículo 4, considera 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”, así como la que “silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”.

De acuerdo con lo anterior, un mensaje publicitario puede ser engañoso por su contenido o por su forma (“presentación”). Es decir, se engaña al consumidor a través de lo que se predica del producto anunciado, pero también cuando se escamotea al consumidor el conocimiento de la naturaleza publicitaria de un mensaje. De este modo, y aunque no hay en la LGP una referencia expresa a la publicidad encubierta, podemos considerar que tal práctica queda reputada de ilícita por esta norma.

En segundo lugar, para que la publicidad sea ilícita no es necesario demostrar que ha inducido a error a los destinatarios; basta con que exista dicha posibilidad. De ahí que la prueba de la ilicitud por engaño radique *prima facie* en el análisis del propio discurso publicitario, que puede ser complementado con el testimonio de los consumidores a través de su experiencia de compra o contratación, o a través de su percepción de la publicidad recabada a través de técnicas de investigación cualitativas y cuantitativas.

La norma se refiere también como indicador de engaño el perjuicio real o posible a un competidor; es decir, las prácticas desleales no sólo constituyen un supuesto de ilicitud por sí mismas sino que se asocian también a la publicidad engañosa. Algo lógico, si tenemos en cuenta que el engaño en la oferta genera para el anunciante oportunidades de negocio añadidas al forzar el

comportamiento de los consumidores y lo que podría considerarse como una decisión libre, restando oportunidades a los concurrentes que actúan en buena lid.

La publicidad puede ser engañosa tanto por exceso (decir lo que no es) como por defecto (no decir lo que es), aunque en este caso la omisión genera ilicitud cuando se trata de datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, y puede constatarse la inducción a error.

Finalmente, la LGP no vincula el engaño a la voluntad de engaño o dolo por parte del anunciante, sino a la propia naturaleza del mensaje y a la inducción a error real o potencial. Es decir, no sólo se exige al anunciante veracidad (es decir, buena fe en lo que predica del producto), sino también compadecimiento con la verdadera naturaleza de la oferta.

Los indicadores previstos en la norma para determinar si una publicidad es o no es engañosa, tienen que ver obviamente más con los valores funcionales de la oferta que con sus valores simbólicos, ya que los primeros son susceptibles de ser verificados en mayor medida: el origen, las cantidades que incluye, la fecha y modo de fabricación, los resultados esperados, los controles y ensayos realizados, el precio, las condiciones de adquisición, la identidad el anunciante, los premiso recibidos, el servicio postventa, etc.

Publicidad desleal

Aunque en España existe una normativa específica en este ámbito, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, la LGP aborda este supuesto de forma detallada. Se considera desleal la publicidad que (Arts. 6 y 6 bis):

- Por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos.
- Induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores.
- Hace uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores (publicidad adhesiva).
- Es contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.
- Alude explícita o implícitamente a un competidor sin cumplir los requisitos establecidos en la Ley (publicidad comparativa).

En relación a este último punto, la LGP se había limitado a “despenalizar” la publicidad comparativa en su primera redacción, pero siguiendo la estela de la Directiva comunitaria detalla los supuestos de licitud para esta práctica:

- Que los productos comparados tengan la misma finalidad o satisfagan las mismas necesidades.
- Que la comparación se realice de un modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los productos (por ejemplo, el precio).
- Que en el supuesto de productos con denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sea entre éstos.
- Que al comparar un producto en oferta se indique su fecha de inicio y la de su terminación.

Así mismo, la norma prohíbe que los productos se presenten como imitaciones o réplicas de otros y que obtengan una ventaja indebida de la reputación de otros.

La publicidad desleal tiene, según la LGP, la consideración de infracción a los efectos previstos por la LGDCU.

Publicidad subliminal

Entendida como aquélla 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 LGP no entra a discutir sobre su existencia o no, pero la prohíbe siguiendo la línea de los que la consideran una técnica de manipulación que conculca la libre decisión de los consumidores. En este sentido, puede entenderse que la publicidad subliminal incurre también en el supuesto de publicidad encubierta y, por tanto, engañosa (Art. 7).

Publicidad que infringe otras normas

La LGP se adelanta a considerar incluidas en su concepto de publicidad ilícita aquéllas prácticas que puedan conculcar normas específicas posteriores en materia publicitaria. Ello refuerza ese papel matricial o previo de la norma, que siempre puede ser apelada ante cualquier publicidad que se reclame, denuncie o demande.

Sin ánimo completivo, hay que considerar publicidad ilícita de acuerdo con la Ley 34/1988 la que incumple restricciones normativas según el soporte/canal (regulación de la publicidad televisiva, en Internet y a distancia), según el destinatario (publicidad dirigida a menores), según el argumentario (productos de pretendida finalidad sanitaria, declaraciones nutricionales y saludables), según el producto (alimentos, medicamentos, tabaco, productos sanitarios, etc.).

Regulaciones específicas

Además de remitir a lo recogido en el articulado de otras normas futuras, la LGP prevé regulaciones específicas para determinados productos (Art. 8), como los susceptibles de generar riesgos para la salud o la seguridad de las personas o su patrimonio (productos sanitarios, juegos de azar). Esta regulación debería tener en cuenta la naturaleza de los productos, las condiciones de difusión del mensaje y los requisitos de autorización previa en su caso. Así ocurre con los medicamentos, cuya publicidad debe ser autorizada por las autoridades sanitarias, o con determinada publicidad financiera, que necesita la autorización del Banco de España.

La LGP se refiere también en este artículo a la prohibición de la publicidad de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados centesimales por medio de televisión, así como la publicidad de estas bebidas, con cualquier graduación, en aquellos lugares en los que está prohibida su venta o consumo.

Esta prohibición se aplica, por ejemplo, a los recintos deportivos, en los que según la Ley 10/1990, de 17 de octubre, del Deporte está prohibida la venta y consumo de bebidas alcohólicas. También se aplica a la publicidad exterior de alcohol en aquellas Comunidades Autónomas cuya legislación propia prohíbe la venta y consumo en la vía pública.

La LGP prevé la posibilidad de extender reglamentariamente la prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas a aquéllas con menos de 20 grados centesimales y se supone que también a otros medios de comunicación, o bien limitar por esa vía reglamentaria la publicidad de bebidas alcohólicas “en orden a la protección de la salud y seguridad de las personas, teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos”. Sin embargo, y a pesar de reiterados intentos, el Ministerio de Sanidad no ha conseguido sacar adelante una regulación de la publicidad de bebidas alcohólicas. Sí existen normativas autonómicas que contemplan esta regulación (generalmente en el marco de una ley de drogodependencias), pero ni presentan los mismos niveles de protección en todos los casos ni existen en todas las Comunidades.

La LGP contemplaba también la prohibición de la publicidad de tabaco por medio de televisión. Esta referencia se ha eliminado de la Ley al aprobarse la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, que plantea la práctica prohibición de la publicidad de este producto en cualquier medio.

También en este caso el incumplimiento de las normas especiales que regularan la publicidad e los productos arriba mencionados tendría la consideración de infracción a los efectos previstos en la LGDCU y en la Ley General de Sanidad.

Finalmente, la Ley contempla el derecho de audiencia de las asociaciones de agencias, de anunciantes y de consumidores y usuarios en el procedimiento de elaboración de los reglamentos

Regulación de la contratación publicitaria

La LGP distingue a los diferentes agentes de la cadena de valor publicitaria. Si los destinatarios ya habían quedado definidos en el artículo 2, en el artículo 10 se define anunciante como “la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad”; como agencias, las que se dediquen “profesionalmente a organizar, crear, preparar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante”, y como medios, los que “se dediquen a la difusión de publicidad”.

La definición de anunciante ha generado bastantes conflictos en la interpretación de la norma, especialmente en lo referente a la responsabilidad del propietario de la marca difundida y a la intencionalidad que pueda atribuírsele. Es hoy doctrina consolidada tanto en las instancias extrajudiciales y como en la vía administrativa y judicial que el responsable de la marca, aquél en cuyo beneficio se realiza una publicidad o aquél que en definitiva se beneficia de la notoriedad de la misma, debe ser considerado anunciante aun cuando no haya sido el contratante de la campaña o de los soportes de difusión, salvo que pueda probar fehacientemente que se ha realizado un uso de su marca sin su consentimiento y ha adoptado las medidas necesarias para evitarlo en el futuro.

En este Título (de la contratación publicitaria) se incluye un artículo 11 que algunos consideran mal ubicado, en la medida en que se refiere también a prácticas de publicidad prohibidas. Dice dicho artículo que “los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad”. También señala que “los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”. Ambas obligaciones inciden en la ilicitud de la publicidad encubierta y justifican la consideración como tal de las prácticas de emplazamiento de producto o product placement, al menos en su actual formato.

Volviendo a los contratos, la LGP reconoce el derecho del anunciante a controlar la ejecución de la campaña de publicidad, contando con instancias independientes o coparticipadas que elaboren indicadores objetivos de tirada, difusión y venta (Art. 12). Impide las cláusulas de exoneración, imputación o limitación de responsabilidad entre terceros. Y considera abusiva cualquier cláusula que pretenda garantizar o exija resultados económicos y comerciales a las campañas (Arts. 13 y 14).

La norma reconoce el derecho de propiedad de anunciantes y agencias (Art. 16), así como la posibilidad del anunciante de exigir rebajas en la contraprestación, repeticiones de campaña o indemnizaciones si éstas no se ajustan a lo solicitado (Arts. 17 y 18).

En relación a los medios, el anunciante queda también protegido ante el incumplimiento salvo en casos de fuerza mayor que impidan la difusión en los términos pactados (Arts. 19,20 y 21).

Someramente, la LGP reconoce también el derecho de propiedad de los creadores, si bien los derechos de explotación se presumirán salvo pacto en contrario cedidos en exclusiva al anunciante o agencia (Arts. 22 y 23).

La Ley se refiere también brevemente al patrocinio publicitario, que se entiende como “una ayuda económica para la realización de (una) actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole”, asimilándose su contrato al de difusión publicitaria (Art. 24).

La acción de cesación

Como ya hemos indicado, la LGP en su redacción actual reconoce el derecho de cualquier ciudadano con un interés legítimo a solicitar de un anunciante el cese o rectificación de una publicidad considerada ilícita. Es importante tener en cuenta que nos encontramos ante intereses difusos de los consumidores (una campaña ilícita podría perjudicar a una gran cantidad de usuarios), por lo que no es necesario demostrar haber padecido un perjuicio específico para actuar contra una determinada publicidad.

La norma específica qué instancias pueden solicitar del anunciante esa acción de cesación (autoridades de consumo, asociaciones de consumidores, entidades europeas, titulares del interés legítimo, autoridades y asociaciones del ámbito de la defensa de la mujer en el caso de la publicidad sexista) (Arts. 25,26 y 27).

Cuando el anunciante requerido no realiza dicha rectificación o cese, las instancias con legitimación activa pueden ejercer la acción de cesación en la Jurisdicción Ordinaria, solicitando una sentencia que condene al anunciante demandado a cesar en su publicidad y que prohíba su reiteración futura (Arts. 28 y 29).

La sentencia estimatoria deberá conceder al anunciante un plazo para la supresión de los elementos ilícitos o bien ordenar el cese definitivo. Además puede ordenar la publicación total o parcial de la sentencia con cargo al anunciante (especificando momento, espacio, soportes, etc.), e incluso exigir la difusión de publicidad correctora cuando la gravedad del caso o su utilidad para la reparación del ilícito así lo requiera (Art. 31).

Esta vía procedimental es compatible con cualquier otro tipo de actuaciones civiles, penales, administrativas o de otro orden.

Anexo: la publicidad en el Código Penal

El artículo 282 de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal castiga con pena de prisión de 6 meses a un año o multa de seis a dieciocho meses a los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

De acuerdo con el artículo 283, se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis meses a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo conste o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos.

También se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de seis a dieciocho meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos (Art. 284).