

La legislación española en publicidad. Pautas básicas a la hora de plantear estrategias de comunicación

Cristina González Oñate*

onate@com.uji.es

Índice

1	Introducción: La publicidad de ayer y de hoy	2
2	El origen del derecho de la publicidad	9
3	El concepto de publicidad	10
4	Los sujetos publicitarios en la ley general de publicidad	16
5	La aparición del derecho de la publicidad en el siglo actual	18
6	Relaciones del derecho de la publicidad con otras disciplinas	20
7	La directiva CEE sobre publicidad engañosa	23
8	La directiva CEE sobre radiodifusión televisiva	26
9	La publicidad desleal	37
10	Doctrina general de la contratación publicitaria	41
11	Referencias bibliográficas	46

*Cristina González Oñate, Doctora en Comunicación Empresarial e Institucional, Licenciada en Publicidad y Relaciones Públicas, Licenciada en Comunicación Audiovisual por la Universitat Jaume I. En la actualidad es profesora de Estrategias de Comunicación en la Licenciatura de Publicidad y Relaciones Públicas del Departamento de Ciencias de la Comunicación de la Universitat Jaume I, Castellón, España. Este artículo ha sido realizado gracias a la concesión de una beca para realizar estancias temporales en otros centros de investigación dentro del Plan de promoción de la investigación de la Universitat Jaume I, convocatoria 2008, programa de movilidad del personal investigador, y financiado con fondos de la Universitat Jaume I y la Fundación Caixa Castelló-Bancaixa.

1 Introducción: La publicidad de ayer y de hoy

*"Sólo es útil el conocimiento
que nos hace mejores"*
(Sócrates)

La publicidad es una cierta forma, una parte inevitable de nuestra vida diaria. No importa donde estemos, la publicidad está con nosotros-educándonos, induciéndonos a comprar nuevos productos y servicios, incitándonos a abandonar malos hábitos, como el consumo de drogas o animándonos a apoyar alguna causa noble o algún candidato político. Es obvio que la publicidad no siempre ha ocupado el lugar que ocupa en la actualidad como un elemento principal de los negocios modernos.

¿Por qué existe la publicidad?

La respuesta más evidente de la publicidad es que es el medio más práctico y eficiente para mantener un sistema de mercado de producción masiva.

La publicidad es parte integral de nuestro sistema económico y está relacionada en forma directa con la fabricación, distribución, comercialización y venta de productos y servicios. La publicidad es tan antigua como la misma civilización y el comercio, siempre ha sido necesaria para reunir a compradores y vendedores. Los negocios necesitan de la publicidad y la publicidad es un negocio vital en sí mismo.

La publicidad existe porque:

- Es parte de nuestro sistema de comunicación.
- Informa a la gente de la disponibilidad de productos y servicios.
- Proporciona información que ayuda a tomar decisiones fundamentales.
- Informa a la gente acerca de sus derechos u obligaciones como ciudadano.

- En sus diversas formas, nos informa, guía, dirige, convence y alerta sobre diferentes aspectos que hemos de considerar en nuestra vida diaria.

Con el fin de poder desempeñar dichas tareas, la publicidad toma muchas formas y establece metas y objetivos diversos. La publicidad representa la principal herramienta de comunicación de diversas compañías.

La historia de la publicidad se ha dividido en tres amplios períodos:

1. *La era de la premercadotecnia.* Desde el comienzo del intercambio de productos en tiempos prehistóricos, hasta mediados del siglo XVIII, los compradores y vendedores se comunicaban de manera muy primitiva. Durante la mayor parte de este período, los mejores “medios” para anunciar un producto o servicio eran las tablas de barro, los pregoneros de los pueblos y los letreros en las tabernas. Fue hasta las últimas décadas de ese período cuando aparecieron los primeros impresos.
2. *La era de las comunicaciones masivas.* A partir del siglo XVIII hasta principios del siglo XX, los publicistas podían acceder con facilidad a grandes segmentos de la población, primero mediante imprentas cada vez más veloces y después a través de los medios de transmisión.
3. *La era de la investigación.* A lo largo de los últimos 50 años los publicistas han mejorado de modo sistemático las técnicas de identificación y abordaje de audiencias definidas con precisión, con mensajes preparados especialmente para cada grupo o individuo (en el caso de correo directo). La tecnología moderna de la comunicación en búsqueda de la campaña publicitaria perfecta.

En su evolución como fuerza de la mercadotecnia, la publicidad se ha convertido asimismo en una fuerza económica y social importante. Quienes practican la publicidad son observados muy de cerca por el público en general, actualmente están trabajando en medio de un complejo

marco legal y reglamentario. El cambio más importante de la publicidad en el siglo XX ha sido el del sentido de responsabilidad social que ahora tienen los publicistas. Muchas prácticas que eran casi rutinarias hace un siglo son condenadas universalmente por la industria hoy día. Los publicistas están conscientes de que la confianza del público es fundamental para realizar una publicidad exitosa.

La necesidad de hacer publicidad parece ser parte de la naturaleza humana, y esto se ha evidenciado desde los tiempos antiguos. De los cinco mil años registrados de historia de la publicidad, hasta la época actual de la televisión por satélite, la parte más significativa comenzó cuando Estados Unidos surgió como una gran nación industrial hace casi 100 años. No obstante, la historia inicial de la publicidad es fascinante como para ignorarla.

El pueblo que le dio a la Torre de Babel dejará también el primer testimonio conocido sobre la publicidad. Se ha descubierto una tablilla de barro babilonia, que data aproximadamente del año 2000 a. De C. Con inscripciones para un comerciante de ungüentos, un escribano y un zapatero. Algunos papiros exhumados de las ruinas de Tebas muestran que los egipcios antiguos tenían mejor medio para escribir sus mensajes. Los griegos contaban con pregoneros que anunciaban la llegada de los barcos con cargamento de vino, especias y metales. Con frecuencia, pregonero iba acompañado de un músico que solo mantenía en el tono adecuado. Los pregoneros después se convirtieron en el medio más común de anuncios públicos en muchos países europeos, como Inglaterra, y continuaron en boga durante muchos siglos.

Los mercaderes romanos también sabían apreciar la publicidad. Las ruinas de Pompeya contienen letreros en piedra o en terracota donde se anunciaba lo que se vendía en las tiendas: una hilera de jamones para una carnicería, una vaca para una lechería, una bota para un zapatero. Los pompeyanos también conocían el arte de contarle una historia al público mediante anuncios como éste pintados en las paredes.

Los anuncios colocados al aire libre han resultado ser una de las expresiones más duraderas y también más antiguas de la publicidad. Sobrevivieron a la decadencia del Imperio Romano para convertirse en el arte decorativo de los mesoneros, particularmente, competían entre sí para crear letreros atractivos para que todo el mundo pudiera reconocerlos. Esto explica los nombres tan fascinantes de las viejas tabernas,

especialmente en Inglaterra, como: Las tres ardillas, El hombre de las viejas tabernas, El hombre de la Luna, El agujero en la muralla. En 1614 se aprobó en Inglaterra una ley, tal vez la más antigua de la publicidad, que prohibía los letreros que se sobresalieran más de 2.5 metros en un edificio (más largos debilitaban la fachada). Otra ley exigía que los anuncios fueran lo bastante altos como para permitir el paso de un hombre con armadura y montado a caballo. En 1740 apareció en Londres el primer cartel impreso para colocarse al aire libre (conocido como “cartel”).

El siguiente medio de comunicación más duradero, el periódico fue resultado del invento de la imprenta con tipos móviles de Johann Gutenberg (hacia 1438), que por supuesto cambió de los métodos de comunicación en todo el mundo. Cerca de 40 años, William Caxton, de Londres, imprimió el primer anuncio en inglés, un volante sobre las reglas para la orientación de los clérigos en la Pascua florida. El volante se clavaba en las puertas de las iglesias (se convirtió en el primer letrero de uso externo impreso en inglés). No obstante el primer periódico impreso tardaría más tiempo en aparecer. Se originó a partir de los boletines de noticias redactados a mano por escritores profesionales, los cuales eran dirigidos a los nobles y las personas que querían mantenerse informadas sobre las novedades o noticias, especialmente de la corte y otros sucesos de importancia. Eran muy parecidos a los boletines de noticias que circulan hoy en día en Washington. Usted lo consultó desde://www.unamosapuntes.com/

Existen diversos medios de la publicidad. Los medios obtenían buena parte de esa publicidad por medio de una agencia, que surgió con hombres que vendían espacio publicitario a comisión para periódicos fuera de la ciudad. Posteriormente, también se dedicaron a planear, preparar y colocar los anuncios y ofrecían más servicios. La historia de la agencia de publicidad está enraizada en el crecimiento de la industria y la publicidad estadounidense.

Hacia 1905 apareció una clase de publicistas que reconoció que su futuro dependía de anunciar productos legítimos y de ganarse la confianza del público. Se reunieron con hombres de igual parecer en sus comodidades y organizaron clubes de publicidad.

Estos clubes más tarde formaron la Associated Advertising Clubs of the World (ahora la American Advertising Federation). En 1911 lan-

zaron una campaña para promover la veracidad en la publicidad. En 1916 formaron comités de vigilancia. Todo esto dio lugar a lo que hoy se conoce como el Council of Better Business Bureaus, que continúa ocupándose de muchos problemas de prácticas comerciales injustas y engañosas. En 1971, esas oficinas se convierten en parte del National Advertising Federation continúa siendo el de los clubes locales. En su junta directiva se encuentran también funcionarios de otras asociaciones de publicidad.

En 1991 nació la Association of National Advertising Managers. Ahora se le llama Association of National Advertisers (ANA, Asociación de publicistas nacionales) y se compone de casi 500 miembros, incluyendo a los principales publicistas. Su propósito es mejorar la eficiencia de la publicidad desde el punto de vista del anunciante. En 1917 se formó la American Association of Advertising Agencies, para mejorar la eficiencia de la publicidad y la operación de las agencias. Más del 75% de toda la publicidad nacional la colocan sus integrantes, sean grandes o pequeños.

En 1911, *Printers' Ink*, el periódico especializado en publicidad mayor importancia durante muchos años, preparó un estatuto modelo para la reglamentación estatal de la publicidad, destinado a “castigar la publicidad falsa, engañosa o truculenta”. El estatuto modelo del *Printers' Ink* se ha adoptado en su forma original o modificado en cuarenta y cuatro estados, en los cuales todavía está vigente.

Hasta 1914, muchos editores no se preocupaban por presentar cifras de circulación. Una publicista no tenía ninguna manera de verificar lo que obtenía a cambio de dinero. Sin embargo, en ese año un grupo de publicistas, agencias y auditores establecieron una organización de auditoría independiente, el Audit Bureau of Circulations (ABC). Los informes ABC de circulación de circulación están completamente acreditados en caso todas las áreas (en la actualidad, hay organizaciones similares que operan en 25 países).

En junio de 1916, el presidente Woodrow Wilson en la Convención de Filadelfia estableció los Associated Advertising Clubs of the World (Clubes Asociados de Publicidad del Mundo), y fue el primer presidente que reconoció públicamente la importancia de la publicidad con la cual, la publicidad había llegado a su mayoría de edad.

La Primera Guerra Mundial marcó la vez primera, en que se empleó

la publicidad como instrumento de acción social directa. Las agencias publicitarias pasaron de la venta de bienes de consumo a la estimulación de sentimientos de patriotismo, la venta de títulos del gobierno, el fomento de la conservación y la promoción de otras actividades relacionadas con la guerra. N.W. Ayer & Sons, preparó y distribuyó anuncios para las primeras tres expediciones de Liberty Loan y donó gran parte de su comisión a esa actividad.

En poco tiempo, esos esfuerzos por parte de agencias individuales, llegaron a ser coordinados por la División de Publicidad del Comité de Información Pública, una oficina propagandística del gobierno durante la Primera Guerra Mundial. Esta experiencia durante la guerra convenció a la gente de que la publicidad podía ser una herramienta útil en la comunicación de ideas, así como en la venta de productos.

La década de 1920 comenzó con una mini depresión y terminó en una catástrofe. Cuando finalizó la guerra, los fabricantes de camiones del ejército fueron capaces de modificar su producción rápidamente a camiones comerciales. Los camiones fomentaron el crecimiento de las cadenas de tiendas, que dieron lugar, a su vez, a los supermercados y tiendas de autoservicio, debido a que era posible hacer entregas de puerta en puerta, y fabricante al detallista.

La estación KDKA de Pittsburgh se encontraba al aire transmitiendo los resultados de la elección de Harding- Cox, en noviembre de 1920, algunos meses antes de haber obtenido su licencia para operar. Muy pronto surgieron muchas otras estaciones. En 1922 se crearon las primeras cadenas experimentales por línea telefónica.

La fabricación de aparatos de radio también fue un beneficio para la industria.

La publicidad no es un negocio estable. Cambia con las condiciones de éstos, con la tecnología y con los tiempos sociales y culturales. En algunas ocasiones juega un papel activo en la producción de estos cambios; en otras, tan sólo los sigue. Los años 80 fueron un período de cambios significativos en la sociedad estadounidense; y es un hecho que la publicidad se vio afectada por muchos de estos cambios.

Los cambios en la tecnología y en la diversificación de los sistemas de comunicación tuvieron profundos efectos en publicidad a lo largo de este lapso. Por mencionar algunos ejemplos la televisión por cable, las grabadoras caseras de vídeo, una proliferación de revistas especiali-

zadas, el éxito del correo directo y de las técnicas de compra desde el hogar, así como el incremento de la promoción de ventas modificaron la práctica de la publicidad hoy día, tengan aptitudes vanas en la mercadotecnia. Pero sean competentes en la evaluación de investigaciones y en la comprensión de la psicología del comportamiento del consumidor, más que sus predecesores. Usted lo consultó

Los años 80 bien pueden haber marcado en el fin del mercado, tradicional de masas. Los publicistas ya no identificaron los mercados por su tamaño, sino valiéndose de la demografía y la cantidad de principales usuarios de productos específicos. La televisión, que en una época ofrecía tres canales, llegó a ofrecer 50, los periódicos, en lugar de dirigirse a un grupo homogéneo de lectores con material por igual homogéneo, se ubicaron más bien como cafeterías en las que los lectores eligen tan sólo lo que desean leer, y las grabadoras de vídeo y las computadoras personales comenzaron a permitir que el público controlara los medios de comunicación.

Los medios y la audiencia proliferaban, los propietarios de marca, las agencias publicitarias y los medios fueron consolidados entre unas cuantas compañías de proporciones gigantescas sirviendo como partea-guas corporativo a decenas.

Tal vez el mayor legado a largo plazo de los años 80 haya sido la mentalidad del “compre ahora, pague después” que trastocó todas las facetas de la vida estadounidense, desde el presupuesto del gobierno federal, hasta el de cada hogar. Las apalancadas compras de los Estados Unidos corporativos y el uso excesivo del crédito por parte del consumidor.

Los avances tecnológicos de la década pasada tan sólo establecieron el escenario para la realización de cambios aún más significativos en los años por venir. Inclusive se pensaba y se lanzó la hipótesis que la principal característica del futuro de la publicidad y de los medios sería la de un mayor control por parte del consumidor.

Si el consumidor determinara cuándo y de qué manera recibirá la comunicación, entonces surgirían preguntas fundamentales acerca del papel de la publicidad. La publicidad apoyaba a los medios a cambio de tener una audiencia cautiva, dispuesta a recibir sus mensajes. Esta relación entre los medios, los publicistas tendrán que ser más creativos para acercarse a un tipo distinto de consumidor.



2 El origen del derecho de la publicidad

La actividad publicitaria como tal no nace hasta el siglo XIX, siendo dos los factores que permiten este nacimiento:

1. La instauración del principio de libre competencia ya que la publicidad no se entiende sin relación de competencia. Este principio se instaura a finales del siglo XVIII. Es también muy importante la Ley Chapelier de 1791 porque disolvía los gremios y las corporaciones con lo que cualquier persona podía acceder al mercado; esto supone un cambio radical en las condiciones del mercado de la época.
2. La fabricación en masa o en serie. Hasta finales del siglo XVIII, la fabricación era artesanal con una producción muy limitada. En el siglo XVIII con la Revolución industrial cambia y se presenta la producción en masa o en serie. Con esto, el empresario tiene un problema de venta ya que sus canales de venta de siempre ya no le sirven. Con la producción en masa deberán comunicarse con muchos más consumidores potenciales y por ello necesitan la publicidad. La publicidad surge de una necesidad práctica del empresario

3 El concepto de publicidad

Art. 2: Establece la definición de publicidad e su apartado primero y segundo.

1º.- Publicidad: *Toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones.*

No toda la publicidad está incluida dentro del concepto de Publicidad Comercial. Pero en materia de contratación publicitaria la LGP sí es general y se aplica a todo tipo de publicidad (institucional, política...)

La diferencia entre **Publicidad y Propaganda** radica en que la propaganda es el interés por conseguir una finalidad (una intención política / ideológica no comercial). Mientras que la publicidad busca en el comportamiento de las personas a las que se dirige, un cambio de actitud con respecto a un producto. De tal modo, la propaganda es el conjunto de métodos utilizados con un poder táctico y con la intención de obtener efectos ideológicos, políticos, psicológicos. Cuando en la publicidad se emplean medios masivos y directos.

Además, la propaganda es una señal de identidad, se tiene que identificar, cuando la publicidad trata de camuflarse, esconderse, ocultarse.

La publicidad institucional: Es la realizada por el conjunto de las Administraciones Públicas. Normalmente, prevalece el interés de la comunicación frente al de conseguir un fin comercial. Es decir lograr una buena imagen frente al fin de conseguir una contratación.

La publicidad redaccional: Se sitúa a caballo entre la publicidad institucional y la publicidad en cubierta (un tipo de publicidad engañosa). A veces, también está admitida por parte de las instituciones.

Se asemeja a la técnica del publireportaje; pues se realiza utilizando la forma periodística. Lo no permitido, es hacerlo de forma oculta, es decir, incumpliendo el principio de autenticidad por el que induciríamos a engaño en el destinatario (logrando que su exposición frente al contenido no sea la misma).

La publicidad testimonial: Es la que se hace a través de un personaje conocido consiguiendo una cierta trascendencia. También se tiene que identificar como publicidad; pues en caso contrario, estaríamos hablando de publicidad en cubierta.

Esta se utiliza tanto en publicidad comercial como en la institucional y no debemos confundirla con la publicidad autor = cuando un personaje público da su imagen para una determinada firma, pero no da su testimonio, no da su opinión. La publicidad política, electoral Se encuentra regulada por su propia ley: LREG (Ley de Régimen Electoral General). Aunque en materia de contratación, como en los demás casos, se aplica la LGP.

De la LREG se desprende:

Que la Ley emplea las palabras publicidad y propaganda como iguales, aunque se utilicen indistintamente cuando intervienen organismos públicos (propaganda) y cuando designamos las relaciones entre las candidaturas y los medios de difusión de carácter privado (publicidad).

Que en la LREG existe una regulación publicitaria electoral que tiende a garantizar la igualdad de oportunidades entre todas las candidaturas.

La Ley prohíbe la discriminación, incluso en los medios privados.

Esta Ley también establece, al igual que la LGP, el principio de autenticidad (por el que “se tiene que identificar la publicidad como tal”).

La Ley también autoriza el derecho de rectificación y habla de la adecuación a los medios de comunicación en el Título 1, Capítulo 6º, Sección 5ª “Propaganda y actos de campaña electoral”.

En esta Ley, el lenguaje que se emplea no tiene mucha relación con el registro específico publicitario.

Finalmente, apuntar que los medios de comunicación han sido definitivos para poner a la política en brazos de las agencias de publicidad.

El Patrocinio queda tipificado en el Art. 24 como un tipo de contrato publicitario (conocido en inglés como *sponsoring*). En el patrocinio, hay una contraprestación económica y una relación entre las dos partes que componen el contrato: El patrocinador, y el patrocinado.

Dicha relación supone que las dos partes obtienen beneficios impor-

tantes: Por un lado, el patrocinador pone los medios a través de una contraprestación (en dinero o especies) y a cambio el patrocinado hará publicidad de dicho patrocinador. Es decir, la contraprestación para éste último se traduce en otras especies: buena imagen para su empresa... hablamos de publicidad corporativa o de marca.

Es decir, la colaboración que el patrocinador se compromete a hacer se inserta en la última fase de la estructura de comunicación publicitaria: la difusión.

Hoy en día, esta técnica publicitaria consigue tener relevante trascendencia.

Una posible forma de definir el patrocinio sería: *“Se trata de una contribución económica o de financiación del patrocinador a cambio de Publicidad por parte del patrocinado. Que supone una relación contractual entre las dos partes con unos límites y unos requisitos”*.

En el contrato se regulan aspectos como:

- Licencias de nombres
- Préstamos de material
- Concesión de marcas
- Donación de servicios (un espacio)

El tiempo y el espacio concreto (camisetas, vallas, conciertos de música, eventos deportivos...)

El Art. 24 LGP define: *“El contrato de patrocinio publicitario es aquel por el que el patrocinado a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica o cultural, científica o de otra índole se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador. El contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria cuando le sea aplicables”*. (Siempre).

Del estudio de otras normativas (como por ejemplo la especial de *“Televisión sin fronteras”*) se definen 4 características comunes en todos los contratos de patrocinio:

En todo proceso contractual, el patrocinio se debe identificar esa relación contractual entre las dos partes (patrocinador y patrocinado).

No se debe mezclar el desarrollo de la actividad. Es decir, el patrocinador no se puede inmiscuir en el desarrollo de la actividad del patrocinado. Los elementos personales de ambos. Son siempre dos partes (patrocinador y patrocinado) que pueden ser muy variadas: Así el patrocinador puede ser una empresa, una marca, una persona... y el patrocinado un programa, un equipo...

Los elementos reales del contrato:

La contraprestación económica en dinero o distintos tipos de especies.

La ayuda de colaboración del patrocinado que se traducirá en la publicidad que le hace al patrocinador. Tal publicidad ha de ser pactada.

La Telecompra o Televenta. Hablamos de un nuevo sistema de actividad publicitaria que ya definimos según la directiva de radiodifusión.

La Televenta estaría a caballo entre los anuncios tradicionales y la venta directa. Aquí el destinatario no se concretiza o determina, sino que es esa masa propia de los mass-media como la TV Sin embargo, éste reúne unas características que van más allá.

- El poder transformar una oferta indirecta en una directa (de una publicidad masiva a una directa).
- El producto que se oferta queda anunciado con todo tipo de características.
- Se exponen claramente todas las condiciones de venta que se contratan directamente.

La **Publicidad directa** es un tipo de publicidad en el que se concretiza el destinatario. Es como una especie de diálogo o contacto personal entre el anunciante y el potencial comprador. Por tanto, no va dirigido a la masa anónima, sino a un consumidor concreto y de forma indicada; por ello, es una publicidad muy criticada y “violenta” para el consumidor, muchas veces considerada como desleal o ilícita.

Existen distintos tipos de los que podemos destacar:

- La publicidad en calles, mercados, plazas, estaciones o medios de transporte públicos en los que el anunciante aborda al consumidor mostrándole su producto y forzándole a la compra. Suele ser ilícita.
- El reparto de prospectos publicitarios en espacios públicos. Suele ser lícita.
- La publicidad telefónica. En un principio era ilícita pero hoy en día es lícita. En ello diferenciamos la dirigida a personas normales (suele estar considerada más ilícita) y la dirigida a empresas.
- La publicidad a través del fax (cuyo antecesor fue el télex). Como publicidad dirigida a la empresa, es lícita.
- A través de Internet y el mailing. Aquí hay estipuladas unas salvedades que si se traspasan, este tipo de publicidad directa se considera publicidad ilícita (ej. uno puede negarse a recibirla).
- La publicidad por correo ordinario (regulado como el anterior tipo).
- Las visitas con finalidad publicitaria. Admitida con ciertas salvedades.

Las Ventas especiales. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista del 15/Enero regula las ventas especiales que muchas veces se confunden con actividades publicitarias.

Un ejemplo de estas ventas especiales son la Promoción de ventas:

- La venta multinivel
- La venta en pirámide
- La venta en rebajas
- La venta en promoción
- La venta de saldos
- La venta en regalos

Éstas se regulan desde el Derecho Administrativo (el derecho público, del Estado) el cual suele estar compuesto de prohibiciones. No cumplirlas supone sanciones administrativas.

La venta multinivel. Art. 22 Ley del Comercio minorista: “*Constituye una forma especial de comercio en la que los fabricantes o comerciantes mayoristas venden sus productos o servicios al consumidor final a través de una red de comerciantes y/o agentes distribuidores independientes pero coordinados dentro de una misma red comercial y cuyos beneficios económicos se obtienen mediante un único margen sobre el precio de venta al público que se distribuye mediante la percepción de porcentajes variables sobre el total de la facturación generada por el conjunto de los consumidores y de los comerciantes y/o distribuidores independientes integrados en la red comercial y proporcionalmente al volumen de negocio que cada componente haya creado entre el fabricante y/o mayorista, y el consumidor final sólo será admisible la existencia de un distribuidor*”.

La venta en pirámide. “*Se prohíbe la venta realizada por el procedimiento llamado en cadena o piramidal o cualquier otro análogo consistente en ofrecer productos o servicios al público a un precio inferior a su valor de mercado o de forma gratuita a condición de que se consiga la adhesión de otras personas*”.

La venta en rebajas. “*Se entiende que existe venta en rebajas cuando los artículos, objeto de la misma se ofertan en el mismo establecimiento en el que se ejerce habitualmente la actividad comercial a un precio inferior al fijado antes de dicha venta*”. (En la etiqueta aparece el precio anterior y el de la rebaja).

La venta en promoción. “*Se consideran ventas en promoción o en oferta, aquellas no contempladas específicamente en otros de los capítulos del presente título que se realicen por un precio inferior o en condiciones más favorables que las habituales con el fin de potenciar la venta de ciertos productos o el desarrollo de uno o varios comercios o establecimientos*”.

La venta de saldos. Art. 28 “*Se considera venta de saldos la de productos cuyo valor de mercado aparezca manifiestamente disminuido a causa del deterioro, desperfecto, desuso u obsolescencia de los mismos*”.

La venta en liquidación. Art. 30 “*Se entiende por venta en liqui-*

dación, la venta de carácter excepcional y de finalidad extintiva (finalización) de determinadas existencias, de productos que anunciada con esta denominación u otra equivalente tiene lugar en ejecución de una decisión judicial o administrativa o es llevada a cabo por el comerciante o por el adquirente por cualquier título del negocio de aquel en alguno de los casos siguientes:

Cesación total o parcial de la actividad de comercio (indicar que producto se liquida).

Modificación sustancial en la orientación del negocio.

Cambio de local o realización de obras de importancia en el mismo.

Cualquier supuesto de fuerza mayor que cause grave obstáculo al normal desarrollo de la actividad comercial”.

La venta con obsequios. Art. 32. “Con la finalidad de promover las ventas, podrá ofertarse a los compradores otro producto o servicio gratuito o a precio especialmente reducido ya sea de forma automática o mediante la participación en un sorteo o concurso”.

4 Los sujetos publicitarios en la ley general de publicidad

A pesar de encontrarse dispersos, la Ley recoge a todos los sujetos del proceso publicitario. Considerando al sujeto publicitario como un sujeto de ley, una persona física o jurídica que es objeto de derechos y obligaciones.

Cuatro son los tipos de sujetos básicos:

1. El anunciante.

Es el sujeto principal de la comunicación, porque a partir de éste se desencadena todo el proceso de comunicación.

El Art. 10 LGP lo define como “la persona natural o jurídica en interés de la que se realiza la publicidad”. La definición recoge ciertas críticas (Ej. la publicidad institucional de carácter informativo como interés no del anunciante, sino del destinatario).

El Art. 11 LGP señala que el anunciante es responsable de que se identifique la publicidad como tal, que se cumpla el principio de autenticidad.

El Art. 12 LGP atribuye el control de la campaña al anunciante, aunque la agencia será libre de dirigir el funcionamiento de la misma.

Los Art. 26-27 LGP establecen que el cese de la emisión de la publicidad, es responsabilidad del anunciante.

2. La **agencia de publicidad**

Es el órgano productor de la publicidad.

El Art. 10 LGP define el concepto como “serán agencias de publicidad las empresas debidamente autorizadas que se dediquen profesionalmente y de forma organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta del anunciante”.

La responsabilidad de la agencia frente al anunciante es cumplir lo pactado en un contrato.

La agencia responderá de las personas ligadas a la agencia (sus trabajadores...)

3. El **medio de difusión**

Los medios de comunicación pueden ser públicos o privados. Son los que hacen posible la comunicación publicitaria haciendo de transmisores.

Art. 10 LGP señala que “tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que de manera habitual se dediquen a la difusión de la publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social de los que ostentan su titularidad”.

Existen dos tipos de medios, pero en ambos, cuando sirven de soporte, siempre van acompañados de una contraprestación:

1. Los que sólo se dedican a la publicidad: publicidad exterior val-las, marquesinas...
2. Los que contienen publicidad más información: Tv, prensa, radio...
3. Art. 20 Constitución Española da libertad de acceso a los medios de comunicación. Además, establece:
4. El principio de igualdad de acceso de los diversos anunciantes a los medios de comunicación.

5. El respeto de las diversas lenguas de España en la difusión de los mensajes publicitarios.

4. Los **destinatarios de la comunicación**

El Art. 2 LGP señala que “son destinatarios de la comunicación publicitaria, las personas a las que se dirige el mensaje publicitario o las que éste llega”.

Es decir, esta definición engloba una doble situación, a dos destinatarios:

- Las personas a las que realmente se dirige el mensaje, independientemente de que sea recibido o no.
- Las personas a las que verdaderamente éste llega.

Por tanto, en sentido abstracto, cualquiera es destinatario del mensaje publicitario. Pero no cualquiera puede poner una demanda ilícita contra éste. Sólo lo podrá hacer la persona a la que realmente se dirige el mensaje publicitario y las asociaciones

5 **La aparición del derecho de la publicidad en el siglo actual**

En un principio no hay normas que regulen la publicidad. Los empresarios hacían publicidad como querían sin restricciones. Comienzan a haber abusos en Francia. Ante estos abusos se habla de competencia desleal (concurrance deloyale). Había normas en el código civil francés de 1382 y 1383 que dicen: Todo aquel que produce un daño esta obligado a repararlo.

Primero se trata el tema en Francia y luego se extiende por Europa: Suiza, Bélgica, Italia y España.

La primera ley que regula estas cuestiones es

La ley para la lucha contra la competencia desleal (27 de Mayo de 1896):

Establecía unas normas para evitar esa Competencia Desleal e implantaba el PRINCIPIO DE VERACIDAD PUBLICITARIA: la publicidad debe ser veraz.

No estuvo vigente mucho tiempo y fue derogada por la LEY CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL de 7 de Junio de 1909. Esta ley sigue vigente en Alemania. Es muy importante ya que ha dado un juego extraordinario en Alemania, ya que se calcula que hay 20.000 casos anuales de competencia desleal. Esta ley establecía una cláusula importantísima llamada *CLÁUSULA GENERAL PROHIBITIVA*, que consideraba desleal todos los actos contrarios a la buena fe. Esta cláusula la tenemos en la legislación española en el artículo 5 de la LCD.

En España no había regulación pero la doctrina denunciaba esa ausencia de regulación. En 1894, Pedro Estasen había destacado la necesidad de una regulación sobre competencia desleal.

El 26 de Mayo de 1902 se dicta **la LEY SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL** que abarca dos sectores:

El sector de las invenciones: todo lo referido a que es una patente.

El sector de los signos distintivos: todo lo que se refiere a marca, nombre comercial, rotulo del establecimiento. En esta ley sobre la propiedad industrial había un apartado, el título 10 que se dedicaba a la competencia ilícita en el que se prohíben actos de competencia ilícita. En ese momento los únicos intereses tenidos en cuenta eran los de los competidores. Como los competidores participan en el mercado al amparo de alguno de los derechos de propiedad industrial, la competencia ilícita se incluyó dentro. Esta ley es reemplazada por el ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL DE 1929 que no modificó estas normas.

Después de esto llegó **El ESTATUTO DE LA PUBLICIDAD de 11 de Junio de 1964**, norma que tuvo importancia a nivel mundial fue la primera con rango de ley que trataba de regular toda la actividad publicitaria; este estatuto estuvo vigente en España hasta la promulgación de la **LEY GENERAL DE LA PUBLICIDAD EN 1988**. Posteriormente se dictó una **ley de competencia desleal , ley 3/1991 de 10 de Enero**.

Como se ve, la antigua Ley de Propiedad Industrial de 1902 se ha dividido con el tiempo en otras leyes más específicas para cada apartado

como la Ley de Marcas (1988), la Ley de Patentes(1986), la LGP y la LCD.

6 Relaciones del derecho de la publicidad con otras disciplinas

El Derecho de la Publicidad no es una parcela autónoma del derecho. Adopta principios de otras parcelas del ordenamiento jurídico que si son autónomas, por ej. El derecho constitucional, el derecho mercantil, etc.

Existen ciertos principios constitucionales que tienen una especial importancia para el derecho de la publicidad.

El primero es el Principio de Protección de los Consumidores. Artículo 51 de la Constitución Española:

Artículo 51.

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Para desarrollar este principio se dictó una norma en 1984 que fue la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios donde se establecen todos los derechos de los consumidores. Concretamente, de esta ley nos interesa el Artículo 8 que establece el Principio de Veracidad Publicitaria y agrega una cuestión muy importante como lo es que se permite responsabilizar al anunciante por la veracidad del contenido y obliga al anunciante como si fuera una cláusula más del contrato. En todo caso cuando, a no ser que la disconformidad sea muy importante, son asuntos que no se suelen llevar a los tribunales, siendo la escasez de denuncias algo reconocido.

El segundo principio que tiene especial importancia para el derecho de la publicidad es el Principio de la Libertad de Empresa. Artículo 38 de la Constitución Española:

Artículo 38.

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Por este principio cualquier empresa podrá acceder al mercado para que se contraten sus productos o servicios. De este principio se deriva el principio de libertad de publicidad por el que toda persona en un principio puede hacer publicidad. Es un tema controvertido e importante porque también nos vamos a encontrar con que para determinados productos existen restricciones, como el alcohol, el tabaco o los medicamentos. Por tanto este principio no es un derecho absoluto al estar limitado por el ejercicio de otros derechos. Un tercer principio es el Derecho a la Libertad de Expresión. Artículo 20 de la Constitución:

Artículo 20.

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones

y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Junto al Derecho a la Libertad de Información, habría que preguntarse si estos derechos tienen que ver con la publicidad o no, es decir, si la publicidad es una forma de dar información.

En España no se ha planteado esta cuestión; en EE.UU. si se ha hecho y en ese proceso podemos distinguir 2 etapas:

1. Donde se decide que la publicidad no estaba comprendida en la primera enmienda de la Constitución Americana.
2. A partir de 1976. En esta segunda etapa se reconoce que la publicidad es una forma de expresión y por lo tanto merecía un tratamiento especial.

En cuanto a la Constitución Española, el artículo 51 se recoge el Principio de Protección a los Consumidores. La relación entre publicidad y consumidor estaba expresada de una forma más nítida en el proyecto y anteproyecto de la constitución en sus artículos 4 y 47 respectivamente; se hacía referencia expresa a la publicidad, pero una enmienda del socialista Begue Cantón que fue aceptada hizo que esa referencia a la publicidad fuera suprimida y no se reflejara en el texto final. De ese modo se quitó el rango de constitucional a la actividad publicitaria, lo que no quita que pensemos que no tiene ninguna protección. El principio relativo a la libertad de expresión y también el derecho a la información incluido en el artículo 20 protegen a la actividad publicitaria

Artículo 3.

Es ilícita:

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

- 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.

7 La directiva CEE sobre publicidad engañosa

Fue emitida el 10 de Septiembre de 1984.

Art.1: *La presente Directiva tendrá por objeto proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias desleales .*

Es decir protegerá a los consumidores, a los empresarios y a público en general.

Art. 7: *La presente directiva no obstaculiza el mantenimiento o la adopción por los Estados miembros de disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia de los consumidores, de las personas que ejercen una actividad comercial industrial, artesanal o liberal, así como del público en general.*

Es decir que esta directiva tiene un contenido mínimo (son normas mínimas) y los Estados pueden tener normas más estrictas.

2º.- Publicidad engañosa : *Toda publicidad que de una manera cualquiera incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que debido a su carácter engañoso puede afectar su comportamiento económico o que por estas razones perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor.*

Aspectos de la definición

1º.- Aquí tampoco se recogen la publicidad de los particulares, y este error después se traslada a la ley. Se habla de suministro y esto es incorrecto porque el suministro es una especie de contrato y no todos los tipos de contratos.

2º.- Vamos a ir analizando las distintas frases de la definición: *Induce o puede inducir a error:* dentro de esta definición podrían encu-

adarse la publicidad encubierta. La publicidad puede ser ilícita por engañosa cuando pueda ser susceptible de inducir a error, no es necesario un daño concreto, basta la posibilidad de que alguien pueda sentirse engañado.

No es necesario que exista dolo (intención de engañar) puede ser por una omisión y lo que exige el legislador es que este carácter engañoso pueda afectar al comportamiento económico o que por estas razones perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor. El profesor Carlos Lema Devesa critica este inciso porque la lesión que pueda tener el competidor es una cuestión ajena a la publicidad engañosa, independientemente que perjudique o no al competidor.

Puede afectar a su comportamiento económico: esta aclaración, que no recoge el legislador español, está encaminada a permitir la licitud de la exageración publicitaria.

Art. 3: El artículo 3 establece, sin carácter exhaustivo los extremos que se pueden tener en consideración para determinar si una publicidad es engañosa.

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

a) Las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, su naturaleza, su ejecución, su composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado, sus utilidades, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o servicios.

b) El precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios.

c) La naturaleza, las características y los derechos del anunciante tales como su identidad y su patrimonio, sus calificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, a los premios que haya recibido o sus distinciones.

Art. 4: El artículo 4 de la Directiva admite dos vías para reprimir la publicidad engañosa, la vía jurídica y la vía administrativa, y los estados

miembros escogerán cuál de esas vías es más adecuada para su sistema jurídico, si es la vía judicial será la penal o la vía civil, y sobre la vía administrativa la L.G.P. no la contempla. También tenemos que admitir que existe esa vía administrativa porque las Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de publicidad, incluso diversas provincias (Diputación de Segovia).

La Directiva establece que si se crean órganos administrativos tienen que estar compuestos por personas independientes, no pueden tener vínculos con la agencia, anunciantes o medios. Las decisiones tendrán que ser motivadas. Estas resoluciones de los órganos administrativos podrán ser objeto de recurso frente a los tribunales. En el derecho español esto siempre sucede.

¿Quiénes están legitimados para denunciar o participar en un caso sobre publicidad ilícita?

Según el Art.4, párrafo primero, las personas que de acuerdo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la prohibición de un publicidad engañosa. Antes de entablar estas acciones, la Directiva permite que se presenten recursos previos ante distintos organismos o asociaciones de autodisciplina publicitaria que actuaría de una manera conciliatoria.

En España existe la Asociación de Autocontrol y está teniendo un papel bastante importante y cuyas resoluciones aportan un poco de luz sobre que actividades son lícitas o no.

Art. 5: *La presente Directiva no excluirá el control voluntario de la publicidad engañosa por organismos autónomos ni el recurso a tales organismos por las personas o los organismos a que se refiere el artículo 4, si existen procedimientos ante tales organismos además de los procedimientos judiciales o administrativos a que se refiere dicho artículo.*

Establece la posibilidad de la existencia de organismos autónomos que tratan la publicidad engañosa. En el caso español sería la actual Asociación de Autocontrol de la Publicidad.

El artículo 6 de la Directiva se considera que es un aspecto importante porque permite a los órganos administrativas exigir que el anunciante pruebe la exactitud de sus alegaciones y esto es importante porque

si fuera el denunciante el que tenga que probarlo, muchas veces sería imposible o muy difícil.

La Directiva establece 2 acciones que se pueden iniciar ante una publicidad

La acción de Cesación:

Ocupa un lugar importantísimo. Por un lado porque la publicidad es una actividad continua y por lo tanto se puede reiterar ese mensaje engañoso; la única forma de que no se repita el engaño es la Cesación.

Por otro lado, la acción debe prosperar independientemente de la acción culposa o dolosa del anunciante.

La acción de prohibición:

Además de la acción de Cesación (se debe hacer rápidamente) la Directiva prevé la acción de prohibición de la publicidad con una salvedad, que es que se puede pedir la prohibición de una publicidad aunque no se haya difundido, esta puede acortarse con un efecto provisional o definitivo. Además se establecen otras sanciones, una de ellas es la de la publicación total o parcial de la resolución administrativa en la forma en que los órganos estimen conveniente.

La directiva habla indebidamente de la publicidad de esta sentencia-resolución cuando en realidad habrá que hablar de la publicación de dicha sentencia-resolución. Además de esta medida, la Directiva permite la comunicación de un comunicado rectificativo; a esto último se le conoce como Publicidad Correctora y debe ser aplicada de forma prudente ya que supone hacer contrapublicidad. De ahí que una parte de la doctrina considere esta publicidad como un araquiri, una situación que perjudica al anunciante.

Es dudoso que sea constitucional, ya que se obliga a una persona a hacer una declaración en su contra. Sobre la publicidad comparativa existe un proyecto, aún no aprobado.

8 La directiva CEE sobre radiodifusión televisiva

Se trata de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 3 de Octubre de 1989 (89 / 552 / CEE) sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los

Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Esta directiva que fue, y es bastante polémica no solo se limita a tocar el tema de publicidad, en realidad la idea original era más ambiciosa (radio y TV) y dentro de ambos se tocaba el aspecto de la publicidad como una más. Finalmente solo regula la difusión televisiva. Esta Directiva vamos a estudiarla en las normas que estaban sobre publicidad, aunque también contenga otras cuestiones importantes como la cuota de producción europea dentro de la programación general televisiva.

La Directiva de 3 de Octubre de 1989 está dividida en varios capítulos, el primero sobre definiciones, el segundo sobre disposiciones generales, el tercero sobre promoción de la distribución y producción de programas televisivos el cuarto sobre publicidad por televisión y patrocinio, el quinto sobre protección de los menores, el sexto sobre el derecho de réplica y el séptimo sobre disposiciones finales.

Esto no quita que también el Art.1 no tenga importancia para nosotros porque allí se establecen las definiciones.

La CEE tiene diferentes tipos de normas:

- Reglamento.
- Directiva - Fin.
- Recomendaciones.
- Reglamento: es una norma que obliga a todos los estados a partir de su publicación en el DOCE (Diario Oficial de la Comunidad Europea).

La Directiva no tiene una aplicación directa, tiene un fin que se trata de proteger a través de esa norma que se deja libertad a los estados.

Las Recomendaciones: son consejos, no tienen fuerza coercitiva. Dentro de esta directiva vamos a tratar el Capítulo IV- Publicidad por televisión y patrocinio.

Art. 10.1: *1.- La publicidad televisada deberá ser fácilmente identificable y diferenciarse claramente del resto del programa gracias a medios ópticos y / o acústicos. 2.- Los espacios publicitarios aislador*

constituirán la excepción. Pretende que los anuncios publicitarios se hagan en bloque. 3.- La publicidad que deberá utilizar técnicas subliminales. 4.- queda prohibida la publicidad encubierta.

La publicidad encubierta es aquella que disfrazada bajo el ropaje de una información propone la contratación de un servicio.

Art. 11: *La publicidad deberá insertarse entre los programas. A reserva de los apartados 2 a 5, la publicidad podrá insertarse en los programas, siempre que no perjudique la integridad ni el valor de los programas, teniendo en cuenta interrupciones naturales del programa, así como su duración y su naturaleza y de manera que no se perjudiquen los derechos de los derechohabientes.*

El artículo 11 de la directiva indica en que forma debe insertarse la publicidad en televisión. El principio general es que debe insertarse entre los programas, en su bloque publicitario y además se debe difundir siempre que no perjudique la integridad ni el valor de los programas, teniendo en cuenta interrupciones y de manera que no se perjudique los derechos de los derechohabientes.

Es importante porque lo que pretende es defender los intereses del espectador y que no se interrumpan los programas con publicidad y que las interrupciones publicitarias tengan en cuenta los descansos. Pretende que se respete el interés del público.

En el 2º apartado se hace hincapié en los programas compuestos de partes autónomas o en programas deportivos. Este apartado concretamente dice *En los programas compuestos de partes autónomas o en los programas deportivos y los acontecimientos o espectáculos de estructura similar que tengan intervalos solo podrá insertarse publicidad entre las partes autónomas o en los intervalos* .

En el 3º apartado contempla la publicidad en largometrajes cinematográficos y películas concebidas para televisión. Se puede introducir publicidad cortando la película cada 45 minutos; además si dura más de una hora y media y 20 minutos se puede hacer un corte extra (si dura otro periodo de 20 minutos más. En total serían 110 minutos.

Si la publicidad interrumpe programas distintos deberá haber un mínimo de 20 minutos entre cada interrupción.

En el apartado 5º se dice que hay ciertos programas que no pueden ser interrumpidos por publicidad en las difusiones de servicios religiosos, sin explicar que se entiende por estos servicios religiosos.

Además ciertos programas que tengan una duración inferior a 30 minutos no podrán ser interrumpidos por la publicidad, como son los telediarios, informativos, documentales, religiosos y los programas infantiles.

Art. 12:

Establece recomendaciones generales todas muy obvias (respeto a la dignidad humana, no discriminar por sexo, raza, religión, no fomentar comportamientos perjudiciales para la salud la seguridad y el medio ambiente).

La publicidad televisada no deberá:

- Alentar contra el respeto de la dignidad humana.*
- Incluir elementos de discriminación por raza, sexo o nacionalidad.*
- Atentar contra convicciones religiosas o políticas.*
- Fomentar comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad.*
- Fomentar comportamientos perjudiciales para la protección del medio ambiente.*

Artículo 13:

Establece una prohibición categórica que no se respeta:

Queda prohibida cualquier forma de publicidad por televisión de cigarrillos y demás productos del tabaco .

Artículo 14:

Queda prohibida la publicidad televisada de medicamentos y de tratamientos médicos que únicamente puedan obtenerse por prescripción facultativa en el Estado miembro del que dependa e organismo de radiodifusión televisiva.

Artículo 15:

Establece unos criterios acerca de la publicidad televisada de bebidas alcohólicas que deben ser cumplidos (no dirigirse a los menores, no

mejora de rendimiento físico, no incitar al consumo inmoderado, etc.). No se prohíben sino que son recomendaciones que se hacen a los países miembros. El legislador español si que lo prohíbe.

La publicidad televisada de bebidas alcohólicas deberá respetar los criterios siguientes: No podrá estar dirigida específicamente a los menores ni , en particular; presentar a menores consumiendo dichas bebidas;

No deberá asociar el consumo de alcohol a una mejora del rendimiento físico o a la conducción de vehículos;

No deberá dar la impresión de que el consumo de alcohol contribuye al éxito social o sexual; No deberá sugerir que las bebidas alcohólicas tienen propiedades terapéuticas o un efecto estimulante o sedante o que constituyen un medio para resolver conflictos; No deberá estimular el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas u ofrecer una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad. No deberá subrayar como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico.

Artículo 16:

Establece unos criterios generales para la publicidad dirigida a los menores. Se trata de proteger a los niños de una publicidad que abuse de la falta de madurez de los niños.

La publicidad televisada no deberá perjudicar moral o físicamente a los menores y deberá, por consiguiente, respetar los siguientes criterios para su protección: no deberá incitar directamente a los menores a la compra de un producto o de un servicio, explotando su inexperiencia o su incredulidad; no deberá incitar directamente a los menores a persuadir a sus padres o a padres o a terceros a que compren los productos o servicios de que se trate; no deberá explotar la especial confianza de los menores en sus padres profesores y otras personas. No deberá, sin motivo, presentar a menores en situaciones peligrosas.

Artículo 17:

Establece los requisitos que deben cumplir el patrocinio de programas; los requisitos 17.2 y 17.3 han sido adoptadas por el legislador

español. Son importantes porque el 17.2 se refiere a la imposibilidad de patrocinio por parte de empresas de bebidas alcohólicas y tabaco y el 17.3 a la imposibilidad de que se patrocinen telediarios ni emisiones de actualidad política por que puede ser que por ese patrocinio el medio se vea obligado a emitir informaciones positivas de ese patrocinador y a omitir las negativas aunque sean de interés general.

1. Los programas de televisión patrocinados deberán cumplir los requisitos siguientes: el contenido y la programación de una emisión patrocinada no podrán en ningún caso, ser influidos por el patrocinador de tal forma que se atente contra la responsabilidad y la independencia editorial del organismo de radiodifusión televisiva con respecto a las emisiones.

Deberán estar claramente identificados como tales mediante el nombre y/o el logotipo del patrocinador al principio y/o al final de los programas; No deberán incitar a la compra o contratación de los productos o servicios del patrocinador al principio y/o al final de los programas;

2. Los programas de televisión no podrán ser patrocinados por personas físicas o jurídicas cuya actividad principal sea la fabricación o la venta de productos o la realización de servicios cuya publicidad esté prohibida con arreglo a los artículos 13 o 14.

3. No podrán patrocinarse telediarios ni emisiones de actualidad política.

Artículo 18:

Establece unas limitaciones cuantitativas en relación al porcentaje de publicidad por tiempo de emisión; estas normas son normas mínimas, es decir, que los estados pueden establecer normas más rigurosas teniendo en cuenta al función de entretenimiento de la Televisión.

1. El tiempo de transmisión dedicado a la publicidad n deberá representar más de un 15 por 100 del tiempo de transmisión diario. No obstante, dicho porcentaje podrá ascender hasta el 20 por 100 si incluye formas de publicidad como las ofertas al público realizadas directamente, para vender, comprar o alquilar productos, o bien para

prestar servicios, siempre que el volumen de espacios publicitarios no sea superior al 15 por 100.

2. El tiempo de transmisión dedicado a espacios publicitarios dentro de un período determinado de una hora no deberá ser superior al 20 por 100.

3. Sin perjuicio de las disposiciones del apartado 1, las formas de publicidad como las ofertas al público realizadas directamente para vender, comprar o alquilar productos, o bien prestar servicios, no deberán ser superiores a una hora al día.

En el artículo 19 los estados pueden establecer normas más rigurosas, teniendo en cuenta: a) la función educativa, de entretenimiento de la televisión y b) para salvaguardar el pluralismo de la información y de los medios de comunicación.

La transposición de la directiva sobre radiodifusión televisiva en España

Esta Directiva de 1989 debía adaptarse a más tardar el 3 de Octubre de 1991 por los países de la UE. España no tenía su legislación adaptada. Se incorporó al ordenamiento español 5 años más tarde porque había muchos intereses económicos y había diversas propuestas.

Al final se aprobó esta ley, que incorpora al derecho español la directiva comunitaria. La adaptación española es bastante criticable (fotocopias).

El capítulo 3 De la publicidad por televisión y del patrocinio televisivo hace una distinción entre publicidad ilícita y publicidad prohibida. En su artículo 9 nos habla de la publicidad ilícita

1.- Además de lo que resulta de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, es ilícita, en todo caso, la publicidad por televisión que fomente comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad de las personas o para la protección del medio ambiente; atente al debido respeto a la dignidad humana o a las convicciones religiosas y políticas; o discrimine por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social. Igualmente, será ilícita la publicidad que incite a la violencia o a comportamientos antisocia-

les, que apele al miedo o a la superstición o que pueda fomentar abusos imprudencias, negligencia o conductas agresivas.

Tendrán la misma consideración la publicidad que incite a la crueldad o al maltrato a personas o animales o a la destrucción de bienes culturales o naturales.

2. La publicidad no deberá utilizar técnicas subliminales,...

Artículo 10

Apdo. 1.- *Además de lo que resulta de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 34/88 de 11 de Noviembre*

General de Publicidad queda prohibida por televisión:

a) Cualquier forma directa o indirecta de publicidad de cigarrillos y demás productos del tabaco.

b) La publicidad de medicamentos y de tratamientos médicos que sólo puedan obtenerse por prescripción facultativa en el territorio nacional.

c) La publicidad de contenido esencial o primordialmente político, o dirigida a la consecución de objetivos de tal naturaleza, sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Apdo. 2.- *Queda prohibida la publicidad encubierta*

Estaba prohibida ya en el Art.11 de la L.G.P aunque no directa o expresamente.

Artículo 11:

Se refiere a la publicidad de bebidas alcohólicas que ya está prohibida en el Art.8 de la LGP y añade los principios sobre este tema que aparecen en la directiva:

No podrá dirigirse a menores.

No deberá asociar el consumo de alcohol a una mejora del rendimiento físico o a la conducción de vehículos, ni dar la impresión de que el consumo de alcohol contribuye al éxito social o sexual, ni sugerir que las bebidas alcohólicas tienen propiedades terapéuticas o un efecto estimulante o sedante, o que constituyen un medio para resolver conflictos.

No deberá estimular el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas u ofrecer una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad,

no subrayar como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico.

Artículo 12: Identificación y colocación de la publicidad

Instaura el principio de autenticidad, pretende que se deslinde lo que es información de lo que es publicidad; es un derecho que tiene el público a distinguir claramente cuando un mensaje es publicidad o es información general; por tanto es lógico que aquí estuviera la publicidad encubierta.

Principio de Autenticidad: - Publicidad engañosa.

- *Product placement.*

- Publicidad intrusa.

1. *La publicidad deberá ser fácilmente identificable y diferenciarse claramente de los programas gracias a medios ópticos, acústicos o ambos.*

2. *Los espacios publicitarios se emitirán de forma agrupada en el tiempo reservado para la publicidad.*

Sólo excepcionalmente se emitirán espacios publicitarios aislados.

3. *La publicidad televisiva deberá insertarse dentro de los programas siempre que no perjudique su unidad ni desmerezca el valor o calidad de estos y su emisión se realice teniendo e cuenta las propias interrupciones naturales del programa, su duración y naturaleza, y de modo que , en ningún caso , se perjudiquen los derechos de los titulares de los programas dentro de cuya emisión la publicidad se inserta.*

Artículo 13:

Establece reglas especiales sobre la publicidad en televisión que surgen también de la Directiva de 1989. (Ver ley), acerca del número de interrupciones publicitarias posibles, dependiendo de la naturaleza del programa (deportivo, religioso, telediario, etc).

Artículo 14:

Se refiere al tiempo de transmisión publicitaria relativo a porcentaje de publicidad en cuanto al tiempo de emisión y minutos en publicidad en una hora (20 minutos). Las formas de publicidad dedicadas a ofertar al público productos (Teletienda) no deben superar la hora diaria.

En estos casos hay sanciones que ya se incumplen de una manera

Artículo 15:

Importante artículo, porque con la supuesta figura del patrocinio se crea mucha publicidad. Este era el principio general que debería seguir el patrocinio tal y tal y como estaba indicado en la Directiva. Están estableciendo excepciones que van en contra de estos fines. Ej: 15.a 15.b: *También podrá identificarse al patrocinador por los medios antes mencionados en el transcurso del programa patrocinado, siempre que ello se haga de forma esporádica y sin perturbar el desarrollo del programa.*

Punto 4: resulta lógico lo que dice porque el patrocinio no es publicidad y no vamos a contar el tiempo de patrocinio dentro del tiempo máximo permitido de publicidad.

En cambio si se tendría que contar aquellos espacios que sean publicidad que estén en cuadrados en medio de un programa.

Artículo 16:

Hace referencia a lo ya incluido en la directiva sobre normas acerca de la publicidad dirigida a menores.

Artículo 17:

En relación con esta Directiva, se promulgaron 2 directivas muy recientes: La primera de fecha 30 de Junio de 1997, por la que se modifica la Directiva del 89 y que por supuesto no se ha acogido por el Estado Español por que no tiene obligación hasta el 30.12.98 y segundo porque es muy nueva.

La segunda de fecha 6 de Octubre de 1997 que modifica la directiva del 84 sobre publicidad engañosa y que incluye la figura de la publicidad comparativa. Esta directiva también da un plazo de adaptación de

30 meses a partir de su publicación en el DOCE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas).

La transposición de la directiva al derecho español

A diferencia con la Directiva sobre radiodifusión televisiva, esta directiva se ha transpuesto por el Real Decreto del 25 de Julio de 1994 en el que de manera bastante fiel se recoge las intenciones del legislador comunitario al dictar la Directiva.

La publicidad que silencia datos fundamentales...de los destinatarios: ¿Una publicidad debe ser exhaustiva o no ?. No debe serlo e indicar todas las referencias de ese producto; lo que no puede hacer es silenciar datos fundamentales que puedan inducir a error. En determinados casos la omisión de ciertas menciones si puede ser considerada como engañosa. El Artículo 5 de la L.G.P establece ciertas características en las que puede consistir el error: si se mencionan estas características siempre se debe decir la verdad.

La ley realiza una enumeración que no es taxativa sino meramente ejemplificativa, es decir que puede haber otras características en que se vea que la publicidad es engañosa.

Ante un caso de publicidad engañosa, la ley española actualmente permite 3 opciones:

1.- Entablar una demanda en vía civil, ante los tribunales por una infracción a la L.G.P o a la Ley de Competencia Desleal (Artículo 7)

Artículo 7. Actos de engaño.

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

2.- Acudir a los tribunales, en sede penal (Artículo 282 del Código Penal) permite exigir una responsabilidad penal.

Artículo 282.

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

3.- La de recurrir ante la administración, ya que el Real Decreto número 1945 de 22 de Junio de 1983, establece unas infracciones en materia de protección al consumidor y dentro de estas infracciones está el fraude en cuanto al origen, calidad, composición, cantidad, peso o medida, de cualquier clase de bienes o servicio destinados al público o su presentación mediante envases etiquetas, rótulos, cierres, precintos o cualquier otra información o publicidad que reduzca a engaño o confusión o enmascare la verdadera naturaleza del producto o servicio. Se abre la vía administrativa por este Decreto y cualquier persona podrá reclamar en las oficinas de consumo de su autonomía.

Habría que hacer mención al Artículo 8 (Pág.61) de la ley de consumidores y usuarios que establece el principio de veracidad con un matiz *que la publicidad obliga al anunciante como si fuese una cláusula más de contrato por la que siempre se podía invocar la publicidad a los efectos de que el anunciante cumpla con lo que ha prometido en su publicidad.*

9 La publicidad desleal

Vivimos dentro de una economía donde la competencia juega un papel importante, de ahí que existan normas que traten de preservar esa competencia.

Existe una LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1989) que pretende evitar las restricciones a la competencia (mismo precio, zonas, etc.).

Por un lado existen Normas Comunitarias que permiten que exista competencia porque se considera que es buena tanto para el desarrollo y dinamización de los diferentes mercados, como para los consumidores.

Pero además hay otras normas y leyes que pretenden que la competencia se desarrolle de una manera leal. En España, en el sector publicitario existe la LEY GENERAL DE PUBLICIDAD que pretende que la actividad publicitaria se desarrolle por derroteros correctos.

Pero además de la LGP, existe la LEY DE COMPETENCIA DESLEAL. La coexistencia de ambas leyes ha dado lugar a polémicas porque no existe coordinación entre ambas. Ambas regulan diversos actos de competencia desleal (LGP/LCD)

LGP:

- “ Se prohíbe la publicidad engañosa.
- “ Se prohíbe la publicidad confucionista.
- “ Se prohíbe la publicidad denigratoria.
- “ Se prohíbe la publicidad corporativa.

LCD:

- “ Se prohíbe los actos de engaño.
- “ Se prohíbe los actos de regalos y primas.
- “ Se prohíbe los actos de comparación, de confusión y de venta bajo coste.

En ambos casos se establece una Cláusula General Prohibitiva de la publicidad desleal porque el derecho siempre va por detrás de la realidad. El legislador no puede prever todos los casos de ilicitud, establece esta cláusula más general que establece si ese acto es desleal o no.

ACTOS DE CONFUSIÓN.

Se recogen en la LGP y en la LCD. *La publicidad confucionista es aquella que pretende crear la equivocación del público sobre el origen empresarial o las cualidades de los productos, servicios, establecimientos o empresas anunciados.*

La LGP prohíbe este tipo de publicidad en el artículo 6b. 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. También en la LCD en su artículo 6 se prohíben los actos de confusión.

Artículo 6. Actos de confusión.

Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.

La LGP se refiere a la actividad publicitaria y la LCD regula todo tipo de competencia desleal. La confusión se presenta generalmente por la utilización de signos distintivos típicos o atípicos que permitan identificar las prestaciones del anunciante con las de otro empresario nominal. Los signos distintivos están registrados en la Oficina Española de Patentes y Marcas, pero puede haber alguno que no esté registrado y sea objeto de publicidad confusionista. Esta publicidad es la modalidad de competencia desleal más antigua. La Doctrina Española (Siglo XIX) destacaba como actos de confusión aquellos que tendían a crear confusión entre los establecimientos o los productos que a través de esta publicidad el anunciante desleal tiene como objetivo aprovecharse de la confusión del público sobre la verdadera oferta anunciada.

Por lo tanto hay que destacar la existencia de una íntima conexión entre la publicidad confusionista y la publicidad engañosa porque en el fondo lo que pretende el competidor desleal es engañar al público.

La doctrina se ha dividido sobre el fundamento de la prohibición de esta modalidad de actos desleales: Algunos autores consideran que tienen como finalidad la protección del interés del competidor envuelto en el acto confusionista que se verá perjudicado por esa práctica publicitaria que puede suponer una disminución de su clientela.

Otros autores sostienen que se protege el interés del consumidor que se ve engañado por el acto de confusión.

Desde su punto de vista Sánchez Parra entiende que la publicidad de los actos confusionista protege a ambos grupos. Ya la jurisprudencia española en el siglo pasado había señalado esta cuestión porque este tipo de publicidad desleal daña los derechos de ambos grupos.

Destacar que además de estas dos normas, la LGP y la LCD existe otra norma que es la LEY DE MARCAS DE 1988 que también pretende evitar la confusión entre los signos distintivos y así en el artículo 12.1 establece que no se podían registrar como símbolos aquellos que puedan llevar a error.

Artículo 12.

1. No podrán registrarse como marcas los signos o medios:

Que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada para designar productos o servicios idénticos o similares puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación con la marca anterior.

Que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con un nombre comercial anteriormente solicitado o registrado para designar actividades relacionadas con los productos o servicios para los que se solicita la marca, puedan inducir a confusión en el mercado.

Que sean idénticos a un rótulo de establecimiento anteriormente solicitado o registrado para designar las mismas actividades que los productos o servicios para los que se solicita la marca.

ACTOS DE DENIGRACIÓN

Son aquellos que manchan el buen nombre o la reputación ajena y no se puede permitir que las actividades publicitarias se utilicen para menospreciar el crédito que cualquier persona, empresa o producto pueda tener en el mercado.

ACTOS DE APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACIÓN AJENA: LA PUBLICIDAD ADHESIVA

También se prohíbe en las leyes aquellos actos que suponen un aprovechamiento de la reputación ajena y tanto la LGP o LCD supone que prohíbe aquellos actos que supongan ese aprovechamiento. A esta figura se la denomina publicidad adhesiva que es aquella que pretende aprovecharse del buen nombre o Good Will o la buena reputación ajena y también se encuentra prohibida en la LGP(Art.6b) y la LCD y para eso utiliza signos ajenos. Una crítica que se le puede hacer a la LGP es que mete en el mismo apartado a la publicidad confucionista y a la publicidad adhesiva.

Normalmente se utilizan a veces siglas de competidores pero a veces pueden no ser competidores. Normalmente en la publicidad adhesiva se suelen utilizar signos distintivos ajenos aunque también se considera ilícita la utilización de cualquier otro material ajeno distinto de los signos distintivos.

10 Doctrina general de la contratación publicitaria

Los sujetos de la publicidad

Los sujetos publicitarios son tres: el anunciante, la agencia y los medios. En el Título III De la contratación publicitaria y dentro del Capítulo primero *Disposiciones Generales* en su artículo 10, la Ley General de Publicidad se refiere a los sujetos publicitarios y habla de ellos. Nos podríamos preguntar porque no se incluye es esta lista a los consumidores. No son sujetos publicitarios porque no intervienen en la contratación, lo que no quiere decir, por supuesto, que carezcan de importancia en el proceso publicitario. La publicidad siempre tiene en cuenta a esos consumidores.

El anunciante

Es anunciante la persona física o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad. *Normalmente son personas jurídicas. Esta definición tiene que ser completada con el Artículo 2 de la LGP. Será el anunciante el que tenga el control sobre esa publicidad y el que responderá por la posible ilicitud de la misma.*

La agencia de publicidad

Son agencias de publicidad las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante.

Antes de la existencia de la Ley General de Publicidad existía un Registro que contenía la mayoría de personas físicas que constituían las agencias. Son verdaderas empresa; se habla de agencias por una costumbre internacional en el sector.

Para constituirse como agencia de publicidad no se requiere la posesión de ciertos títulos (universitario, etc.) o muchos conocimientos; esto es explicable porque los estudios de Publicidad y RR.PP son estudios creados recientemente. Dentro de unos años si que existirá un registro especial (15 o 20 años).

La actividad que realiza la agencia de publicidad es una actividad cotidiana, habitual, profesional (que tiene un ánimo de lucro) y organizada (tiene que tener una organización mínima que le permita cumplir con sus fines. Las actividades propias de la agencia son la creación, la preparación y ejecución de la publicidad.

Podrá realizar todas o alguna de ellas. El Estatuto de la publicidad establecía diversos tipos de agencias de publicidad; la LGP se ha separado de este sistema.

El medio de publicidad

La palabra medio se puede interpretar de diversas formas; vamos a delimitar que se entiende por su definición legal. Se habla a veces de medio refiriéndose a medios de comunicación social, pero estos no necesariamente son modelos de publicidad (por ej. Cadenas que no admiten publicidad).

Otras veces se habla del medio en el sentido de señalar aquel soporte donde se difunde la publicidad (valla, pantalla, hoja). Esto último sería más bien soporte publicitario porque el medio significa una relación de titularidad de un soporte en el que se difunde publicidad

En la LGP se define Medio de Publicidad como:

Tendrán consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten.

La difusión de la publicidad deberá ser de manera habitual y organizada. Esta habitualidad se traduce en tarifas; no se negocia con cada anunciante, sino que existen unas tarifas y siempre que haya tarifas se tratará de una actividad habitual. Así también esta actividad deberá ser realizada por el medio de forma organizada, es decir, que ese determinado medio deberá tener una organización mínima para cumplir sus fines.

Los contratos publicitarios

*La LGP, y en concreto en su Título III De la contratación publicitaria
Capítulo II De los contratos*

Publicitarios regula 4 contratos publicitarios:

- *El contrato de publicidad. - Sección 1ª (Art. 15-18)*
- *El contrato de difusión publicitaria. - Sección 2ª (Art.19-21)*
- *El contrato de creación publicitaria. - Sección 3ª (Art.22-23)*
- *El contrato de patrocinio publicitario. - Sección 4ª (Art.24)*

El contrato de publicidad

Es aquel por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad la creación, ejecución y preparación de una publicidad determinada a cambio de pagar el primero un precio fijado a la segunda. La agencia tendrá la obligación de mantener el secreto profesional con respecto a la información y material que el anunciante le dé.

A su vez, el anunciante no podrá utilizar la campaña ideada por la agencia publicitaria para fines distintos a los pactados.

Si la publicidad realizada por la agencia no se ajustase a los términos del contrato o las instrucciones dadas por el anunciante, éste podrá exigir o una rebaja en el precio o la repetición total o parcial de los elementos no cumplidos y además en uno u otro caso exigir indemnización por los perjuicios ocasionados.

Si la agencia no cumple en el plazo pactado y lo entrega fuera del plazo establecido el anunciante podrá resolver el contrato (anularlo porque una de las partes no está conforme) y exigir la devolución de lo pagado, así como indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, si el anunciante incumple el contrato con la agencia o lo cumple de forma parcial, la agencia podrá exigir indemnización por daños y perjuicios.

El contrato de difusión publicitaria

Es aquel por el que a cambio de un precio fijado de antemano, normalmente mediante unas tarifas preestablecidas, un medio se obliga a favor

de un anunciante o agencia a permitir la utilización para publicidad de unidades de espacio o de tiempo disponibles en el medio y desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado.

Si el medio de difusión no cumpliera lo pactado, alterando sus elementos esenciales o realizándolo defectuosamente, estará obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en los términos pactados sin cargo nuevo al anunciante o agencia. Si la repetición no fuera posible, el anunciante o agencia podrá exigir la reducción del precio e indemnización de perjuicios causados.

Si el medio no difunde la publicidad, el anunciante o agencia podrá elegir entre exigir una difusión posterior en las mismas condiciones pactadas o rescindir el contrato con devolución de lo pagado. En ambos casos, además, se podrá exigir la indemnización de daños y perjuicios.

Si la falta de difusión fuera por culpa del anunciante o agencia, éstos se verán obligados a indemnizar el medio y, además, a pagar íntegramente el precio pactado, salvo que el medio haya ocupado con otra publicidad las unidades de tiempo o espacio contratadas.

El contrato de creación publicitaria

Es aquel por el que a cambio de un precio una persona física o jurídica se obliga a favor de un anunciante o agencia, a idear o elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma u otro elemento publicitario.

La agencia realiza el todo. Por ejemplo se encargan de hacer la música. Es como un subcontrato. La creación publicitaria comprende o puede contener los siguientes elementos:

- Estudio
- Bocetos
- Gráficos
- Eslóganes
- Composiciones musicales
- Textos, etc.

Por ello vemos que la creación publicitaria puede constituir varios negocios jurídicos. Los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumen que se ha cedido en exclusividad al anunciante o a la agencia, pero siempre según los fines previstos en el contrato. Este contrato puede incluir tanto proyectos como estudios previos y el anunciante o la agencia podrán imponer criterios o instrucciones al creador publicitario.

El contrato de patrocinio

Es aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o cualquier otra, se compromete a colaborar a la publicidad del patrocinador.

Este contrato no tiene apenas regulación legal, por lo que se aplica la normativa del contrato de difusión publicitaria.

Principales características:

Los patrocinadores no pueden ejercer influencia si patrocinan in programa de radio o televisión sobre las partes publicitarias del mismo.

Los programas de televisión no deberán referirse a empresas.

El patrocinador debe financiar o cofinanciar la actividad del patrocinado a cambio de que éste realice publicidad de él.

En todo caso la relación entre patrocinador y patrocinado se regirá por lo pactado con el contrato.

Los dos elementos personales del contrato de patrocinio son:

- El patrocinador, que es el anunciante.
- El patrocinado, que puede ser tanto una persona física como jurídica.

11 Referencias bibliográficas

- BARROSO ASENJO, Porfirio: Límites constitucionales al derecho de la información. Ed. Mitre. Barcelona, 1.984.
- BATLLE SALES, Georgina: El derecho a la intimidad privada y su regulación. Alcoy, 1972.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio: Honor y libertad de expresión. Ed. Tecnos. Madrid, 1.987.
- GARCIA VITORIA, Aurora: El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1.978. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1.983.
- GONZALEZ GAITANO, Norberto: El deber de respeto a la intimidad. Eunsa. Pamplona, 1.990.
- HERRERO TEJEDOR, Fernando: Honor, intimidad y propia imagen. Madrid, 1.990.
- MARTIN BERNAL, J.M.: El abuso del derecho. Ed. Montecorvo. Madrid, 1.982.
- PEREZ LUÑO, A.E.: Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Ed. Tecnos. Madrid, 1.984.
- URABAYEN, Miguel: Vida privada e información: un conflicto permanente. Eunsa. Pamplona, 1.977.
- GONZALEZ GAITANO, Norberto: El deber de respeto a la intimidad. Universidad de Navarra. Pamplona, 1.990. Pág. 97.
- URABAYEN, Miguel: Vida privada e información: un conflicto permanente. Universidad de Navarra. Pamplona, 1.977. Pág. 17.
- GONZALEZ GAITANO, Norberto: El deber de respeto a la intimidad. Universidad de Navarra. Pamplona, 1.990. Pág. 30
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio: Honor y libertad de expresión. Tecnos. Madrid, 1.987. Pág. 57.

GARCIA VITORIA, Aurora: El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1.978. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1.983. Pág. 129