La dimensión jurídica de la publicidad

POR **RICARDO PÉREZ-SOLERO PUIG**

Sin ánimo exhaustivo, se pretende hacer una breve exposición de aquellos conceptos jurídicos que determinan el derecho relacionado con la actividad publicitaria. Aunque cada apartado abordado sería susceptible de un desarrollo más amplio, se busca una visión panorámica de la problemática.

Hace ya más de cuarenta años que el Estatuto de la Publicidad, una de las leyes pioneras que trató de abordar de forma global el fenómeno de la publicidad, fue aprobado. Desde 1964 hasta hoy, han acaecido dos hechos con enorme trascendencia para el ámbito del derecho de la publicidad: la aprobación de la Constitución Española (1978) que estableció un Estado Autonómico y la incorporación de España a la Unión Europea (UE).

A partir de estos hechos, la publicidad ha sido objeto de una amplísima regulación. Mientras el Estado español ha dejado en gran parte de regular esta actividad en sus distintas vertientes a favor de la UE, las Comunidades Autónomas, por el contrario, han encontrado en la publicidad una materia para ejercer sus competencias.

No es fácil tratar de esbozar el futuro por el que van a discurrir las normas publicitarias, pero voy a tratar, por lo menos, de abordar sus aspectos más controvertidos.

La publicidad y el orden constitucional

Siendo cierto que existe una tendencia, tanto en la doctrina como en algunas resoluciones judiciales, a considerar a la publicidad como una manifestación de la libertad de expresión (artículos 20.1.a C.E. y 20.1.d CE) y del derecho de comunicar verazmente información, no lo

Fundación Telefónica
Telefónica

es menos que en la única ocasión que ha tenido el Tribunal Supremo español de pronunciarse en este sentido (caso del abogado Casado Coca), ha optado por considerar que «la publicidad como medio de captación de clientela no comporta el ejercicio de una actividad comprendida como derecho fundamental en el artículo 20 de la Constitución, ya que no se produce la mera expresión de un pensamiento, ideas u opiniones, mediante palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, como indica ese precepto…».

Esta sentencia del Tribunal Supremo fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, que afirmó: «el fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria marca una diferencia profunda con el ejercicio a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que aquélla, aun siendo también una forma de comunicación, se vincula al 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, tal y como la define el artículo 2 de la Ley General de Publicidad. La publicidad por tanto, no es manifestación del ejercicio de derecho fundamental del artículo 20.1.a, de la Constitución Española…».

Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantienen que la publicidad comercial deberá ser considerada como una manifestación más del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión y que toda restricción en este ámbito deberá responder a una necesidad social imperiosa y no a simples conveniencias (1).

Este posicionamiento es trascendente para el futuro, pues en tanto se consolide la teoría de que la publicidad encuentra apoyo en la libertad de información, las posibles limitaciones que se impongan a su actividad deberán observar mayores requisitos y, en todo caso, proteger objetivos de interés público reconocidos y resultar proporcionadas (las restricciones) en relación con tales objetivos (Tribunal de Justicia en la UE).

La publicidad y la UE

Las discrepancias entre la legislación de los Estados miembros relativas a las prácticas comerciales y, por ende, también a la publicidad, son consideradas por la Comisión y el Tribunal europeos como barreras para garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores y de la salud pública, y pueden constituir obstáculos para la libre circulación de bienes, para el buen funcionamiento del mercado interior y distorsionar la competencia.

La UE, al día de hoy, ha aprobado un gran número de Directivas y Reglamentos que afectan a la publicidad. Entre otras, la Directiva 84/450/CEE, relativa a la publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CEE, publicidad comparativa, la Directiva 89/552/CEE Televisión sin Fronteras, modificada por Directiva 97/36/CE, traspuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 25/94 y de la Ley 22/99. En este sentido, es necesario destacar que la propia Comisión Europea ha realizado una comunicación interpretativa relativa a algunos aspectos de las disposiciones de la Directiva Televisión sin Fronteras sobre la publicidad televisiva (duración por hora y día; forma y presentación de la publicidad televisiva;

Fundación Telefónica
Telefónica

telepromociones; publicidad encubierta y nuevas técnicas publicitarias).

Asimismo, tienen una incidencia notable en la publicidad de determinados productos, entre otras, la Directiva 92/28/CEE, relativa a la publicidad de medicamentos para uso humano, la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco.

Sin duda alguna, la UE va a tratar en el futuro más próximo de ir armonizando todo el derecho de la publicidad, para evitar las distorsiones que las diferentes legislaciones de sus Estados miembros implican para el buen funcionamiento del mercado interior, y promover la expansión de actividades transfronterizas.

En la actualidad, la UE tiene relativamente adelantados los trabajos del Reglamento sobre alegaciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos; la Directiva relativa a las prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, en el mercado interior; y el Reglamento relativo a las normas de promociones de ventas en el mercado interior. Asimismo, no debemos descartar que la UE aborde la publicidad dirigida a menores y revise, nuevamente, la Directiva de Televisión sin Fronteras.

La transposición de las Directivas al derecho interno español ha permitido y permitirá a los legisladores españoles aumentar en determinados supuestos, las restricciones a la publicidad. Así, en la actualidad, está próximo a discutirse en el Congreso de los Diputados el proyecto de ley sobre venta, suministros, consumo y publicidad de productos del tabaco, que transpone al ordenamiento jurídico español, la Directiva 2003/33/CE en materia de publicidad y patrocinio del tabaco. Pues bien, el anteproyecto de ley, que ha sido ampliamente difundido en diferentes medios de comunicación, excede el contenido de la citada Directiva al prohibir la publicidad del tabaco en exterior, cines y máquinas expendedoras; el patrocinio de eventos nacionales, regionales o locales; la venta en unidades de empaquetamiento con número distinto a veinte; la venta manual en los puntos de venta con recargo (bares y restaurantes), en los establecimientos libres de impuestos y su distribución gratuita.

Es curioso, por no utilizar otra expresión más contundente, que este anteproyecto en la realidad venga a derogar de forma implícita una amplísima normativa de las Comunidades Autónomas, que desde 1985 han venido dictando disposiciones sobre la publicidad, venta y consumo de bebidas alcohólicas y tabaco.

En cambio, la normativa europea seguramente permitirá recuperar una cierta unidad del mercado español, que se había ido fragmentando con las diferentes normas aprobadas por las distintas Comunidades.

Nuevos supuestos de publicidad ilícita

Como ha señalado reiteradamente la doctrina, el derecho de la publicidad, entre otras características, emplea conceptos que en la mayoría de ocasiones tienen una enorme carga de

Fundación Telefónica

subjetividad.

Como ejemplo, basta reproducir el nuevo texto del artículo 3 de la Ley General de Publicidad, recientemente modificado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que señala: «Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20 apartado 4. 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 pretenda promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género».

No hace falta ser un experto en derecho para adivinar las distintas y diferentes interpretaciones que pueden realizarse sobre el texto reproducido. Conceptos como ?comportamientos estereotipados? y/o ?utilizar el cuerpo como mero objeto desvinculado del producto? son difícilmente objetivables. Sólo el transcurso del tiempo y las resoluciones de los Tribunales (y del Jurado de Autocontrol) permitirán superar una fase inicial en la cual la seguridad jurídica, seguramente, brillará por su ausencia.

En el ámbito del derecho de la publicidad se ha consolidado la teoría de la necesidad de averiguar las expectativas reales de los consumidores ante un mensaje publicitario concreto. Y para ello, tanto el Tribunal de Justicia de la UE como, en algunas ocasiones, los tribunales españoles han considerado que debe tomarse en consideración la expectativa que se presumiría en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Este principio no evita que sea necesaria una complicada labor de interpretación de los mensajes publicitarios ante nuevos supuestos de ilicitud.

La publicidad y la propiedad intelectual

En los últimos años, la propiedad intelectual ha alcanzado en Europa un importante desarrollo e implementación; en consecuencia, sus disposiciones afectan de forma directa a todo aquello que tiene que ver con las creaciones publicitarias.

Creo, como la casi totalidad de la doctrina y resoluciones judiciales, que el fin de las creaciones publicitarias (su destino a la publicidad) y el hecho de que en su mayoría se trate de obras por encargo, en nada afectan a que aquellas alcancen la protección que dispensa la propiedad intelectual.

En este sentido, puede afirmarse que las agencias de publicidad son las autoras, salvo contadas excepciones, de las concretas creaciones publicitarias que se difunden, al haber obtenido la cesión de los creativos, trabajadores de aquellas. Ello no es óbice para que de determinadas creaciones, por ejemplo, una película publicitaria, el realizador de la misma sea

Fundación Telefónica
Telefónica

también autor conforme señala la ley de propiedad intelectual respecto de las obras audiovisuales. O que un original para revistas pudiera constituir una obra compuesta, al incorporársele otra obra, como pudiera ser una fotografía, una ilustración o una música.

En consecuencia, es sumamente importante que los anunciantes y/o las agencias de publicidad, partiendo del principio anterior, establezcan con los autores e intérpretes unas claras condiciones de contratación que, en cada concreto supuesto, delimiten perfectamente los términos de la cesión (ámbitos temporal y territorial, modos de explotación, etc.) para evitar que entren en juego las presunciones establecidas en la ley de propiedad intelectual.

En otro orden de razonamientos, no puedo dejar de señalar el riesgo, cada día más importante, de utilizar en publicidad una obra protegida por la propiedad intelectual sin la correspondiente autorización de su autor o por una imitación de aquélla, ya que no sólo entrarían en juego las disposiciones de la ley de propiedad intelectual, sino que también podría producirse un supuesto de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y, por tanto, un acto de competencia desleal.

La publicidad y el derecho a la imagen

El valor patrimonial de la imagen (y el derecho que lo ampara) no solamente está fuera de discusión hoy en día, sino que en determinados países ha alcanzado un desmedido desarrollo.

En España, debemos partir del principio de que cualquier uso de la imagen de una persona en publicidad requiere su previo consentimiento. Conforme a las últimas sentencias, no es admisible el denominado ?uso incidental? que, en cambio, sí estaría autorizado en países como EEUU. En consecuencia, cualquier utilización de la imagen, voz o nombre de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, será considerado por los tribunales una intromisión ilegítima, si aquélla no ha otorgado su consentimiento. Y reitero aquí lo indicado respecto a la contratación de obras protegidas por la propiedad intelectual: la imperiosa necesidad de que se determine con la mayor exactitud posible los términos en que se obtiene la autorización para el uso publicitario de la imagen de una persona.

No trato en el presente trabajo de dar una respuesta a todos y cada uno de los problemas que pueden plantearse en el ámbito del derecho de la publicidad, y más concretamente en el derecho a la imagen. Por ello, sólo me limitaré a señalar mi convencimiento de que el uso de dobles, la imitación de la voz de personas famosas o incluso determinadas ?evocaciones? de éstas en la publicidad de un determinado anunciante van a ser objeto de un número nada desdeñable de demandas judiciales en el inmediato futuro.

La publicidad y la autorregulación

Al igual que en otros países miembros de la UE, la autorregulación publicitaria ha alcanzado en los últimos años en España un notable desarrollo. La Asociación para la Autorregulación de la

Fundación Telefónica
Telefónica

Comunicación Comercial (Autocontrol), a través de la intervención del Jurado, dictó, en el año 2004, 176 resoluciones sobre anuncios publicitarios, siendo las infracciones a los principios de Legalidad y de Veracidad, los motivos más habituales (2).

Por otra parte, al día de hoy, los tribunales españoles han aceptado las resoluciones del Jurado, haciéndolas suyas, en aquellos supuestos en que se decidió acudir a la vía jurisdiccional con posterioridad a la intervención del Jurado. Ello implica, que duda cabe, una ?influencia? del ámbito deontológico en el ámbito judicial.

La aprobación de códigos de conducta, tanto generales como sectoriales, va en aumento, aun cuando en la mayoría de las ocasiones ello no impida, como hemos señalado, que se dicten leyes y más leyes, que restringen los mensajes publicitarios y el uso de determinados medios como vehículos de éstos.

Como conclusión he de señalar que veo todavía bastante lejana una verdadera y total armonización de toda la legislación publicitaria por parte de las instituciones de la UE, que sería desde mi punto de vista deseable para España, y que seguramente impediría restricciones ilógicas y nada coherentes para la comunicación comercial como las que existen en la actualidad. Estoy convencido de una expansión todavía mayor del ámbito de la propiedad intelectual y del derecho a la imagen, en lo que respecta a la publicidad, que obligará a adoptar mayores cautelas sobre el contenido de los mensajes publicitarios.

Principales leyes que afectan la actividad publicitaria:

– Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad.

– Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

– Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

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

– Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Fundación Telefónica
Telefónica