

# Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España

## *Current trends in advertising law: the problematic advertising self-regulation in Spain*

Carlos Lema Devesa

Universidad Complutense de Madrid, España  
clema@pdi.ucm.es

Recibido: 28-01-2018  
Aceptado: 15-03-2018



---

### Resumen

En el presente artículo se analiza la "europeización" del Derecho español de la Publicidad, debido a la necesidad de adaptar la legislación española a las cinco Directivas comunitarias que conciernen a la comunicación publicitaria. Además, se examina la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que influye en los Tribunales españoles. El mencionado Tribunal ha acuñado un amplio concepto de publicidad; fijado el concepto de consumidor medio; los requisitos de la publicidad engañosa; la publicidad comparativa; así como la irrelevancia del número de destinatarios para que exista publicidad. Por último, se estudia –brevemente– la autorregulación publicitaria en España, y la coregulación publicitaria, desarrollada en el sector de la publicidad de medicamentos de uso humano, que no requieren receta médica.

**Palabras clave:** autorregulación publicitaria, coregulación publicitaria, derecho español de la publicidad, directivas de publicidad.

---

### Abstract

This article analyzes the "Europeanization" of Spanish Advertising Law, due to the need to adapt Spanish legislation to the five Community Directives that concern advertising communication. In addition, the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, which exerts influence on the Spanish Courts, is examined. The aforementioned Court has coined a broad concept of advertising; defined the concept of average consumer; the requirements of misleading advertising; comparative advertising; as well as the irrelevance of the number of consumers for there to be advertising. Lastly, self-regulation of advertising in Spain and advertising co-regulation, developed in the advertising sector for medicines for human use, which do not require a medical prescription, are briefly analyzed.

**Key words:** Self-regulation of advertising, Advertising Co-regulation, Spanish Advertising Law, EU Advertising Directives.

---

### Sumario

1. Introducción | 2. La europeización del derecho español de la publicidad | 3. Influencia de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea en los tribunales españoles. | 3.1. El amplio concepto de publicidad | 3.2. El consumidor medio | 3.3. Los requisitos de la publicidad engañosa | 3.4. La publicidad comparativa | 3.5. La irrelevancia del número de destinatarios de la publicidad | 4. La autorregulación publicitaria en España | 5. El futuro: la coregulación publicitaria Conclusion | Referencias bibliográficas

---

### Cómo citar este artículo

Lema Devesa, C. (2018): "Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España", *methaodos.revista de ciencias sociales*, 6 (1): 7-15. <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.225>

---

## 1. Introducción

Sin temor a la equivocación, puede afirmarse que el Derecho español de la Publicidad constituye un sector -relativamente- moderno en el mundo jurídico. En efecto, el 10 de junio de 1964 se promulgaba en España una Ley, que regulaba la actividad publicitaria: el Estatuto de la Publicidad. En sus artículos 7 a 10 proclamaba los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia, cuya aplicación originó aproximadamente 120 resoluciones del desaparecido Jurado Central de Publicidad. Resoluciones que constituyen un valioso material para el examen del enjuiciamiento jurídico de la actividad publicitaria en las décadas de los sesenta y setenta del pasado siglo<sup>1</sup>. De manera inmediata a la promulgación de la citada Ley, comenzaron a publicarse artículos doctrinales sobre diversos problemas publicitarios: en el año 1965, el Prof. Fernández Novoa divulgaba un breve artículo sobre "El anuncio redactado en términos superlativos"<sup>2</sup>. Tres años más tarde veía la luz otro artículo suyo, que -actualmente- sigue siendo una referencia "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias"<sup>3</sup>. Y, en 1969, Ruiz Vadillo publicaba "Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad en el Estatuto de 11 de junio de 1964"<sup>4</sup>. A partir de la década de los 70, aparece la monografía del Prof. De la Cuesta "Régimen jurídico de la publicidad"<sup>5</sup>. Y, desde esa década, no cesa la publicación de manuales de Derecho de la Publicidad, monografías y artículos. De manera paralela, el Derecho de la Publicidad se convierte en asignatura obligatoria en la Licenciatura de Publicidad; actualmente el Grado de Publicidad. En todo caso, hay que advertir que el Derecho de la Publicidad no tiene una verdadera autonomía, puesto que no se rige por principios propios. Se integra en el Derecho Mercantil<sup>6</sup>. Pero, aunque el Derecho de la Publicidad no tenga verdadera autonomía, cada día reviste mayor importancia, debido a su permanente evolución. Tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito nacional, continúan publicándose normas, que tienen por objeto regular la publicidad, esto es: la comunicación realizada por el empresario para promover la contratación de sus bienes y servicios. De suerte que el Derecho de la Publicidad es un Derecho vivo<sup>7</sup>.

A pesar de la modernidad del Derecho de la Publicidad, lo cierto es que en el ámbito español este sector del Ordenamiento Jurídico ha experimentado y continúa experimentado una interesante evolución, que se manifiesta en dos vertientes: la vertiente normativa y jurisprudencial europeas y la consagración del sistema de autorregulación publicitaria, para la resolución de conflictos.

## 2. La europeización del derecho español de la publicidad

En el aspecto normativo, la importancia del Derecho de la Publicidad en la Unión Europea se manifiesta en las cinco Directivas, tendentes a armonizar este sector del Ordenamiento Jurídico en la Europa de los 28; o, por mejor decir, de los 27. En efecto, la salida del Reino Unido de la Unión Europea ya es una inminente realidad.

En primer lugar, hay que poner de relieve que el 10 de septiembre de 1984, se aprobó la Directiva sobre publicidad engañosa, que fue objeto de diversas modificaciones. La misma ha devenido en la vigente Directiva de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa<sup>8</sup>. Esta norma, que establece los conceptos de publicidad, publicidad engañosa y publicidad comparativa, fué incorporada -en su momento- al Derecho español en la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988. Posteriormente, también se ha plasmado en la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991.

En segundo lugar, después de haber regulado la publicidad engañosa y comparativa, el legislador europeo se vió obligado a dictar la Directiva de 3 de octubre de 1989, que también fue modificada ulteriormente, convirtiéndose en la

---

<sup>1</sup> Las resoluciones del Jurado Central de Publicidad, desde los años 1974 a 1978 (fecha en que el Jurado dejó de actuar) se reproducen en ADI Tomos II 1975 (Madrid 1976), III, 1976 (Madrid 1977), IV, 1977 (Madrid 1978), 5, 1978 (Madrid 1979), 6 1979-80 (Madrid 1981).

<sup>2</sup> Vid. FERNÁNDEZ NOVOA: "El anuncio redactado en términos superlativos" en C.I.D.I.S, I Tarragona, 1965, pp. 675 y ss.

<sup>3</sup> Vid. FERNÁNDEZ NOVOA: "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias" 107 RDM 1968 pp. 13 y ss.

<sup>4</sup> Vid. RUIZ VADILLO: "Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad en el Estatuto de 11 de junio de 1964" "Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. CASTÁN TOBEÑAS, T. III, Pamplona, 1969 pp. 481 y ss.

<sup>5</sup> Vid. DE LA CUESTA RUTE: Régimen jurídico de la Publicidad. Madrid. 1974.

<sup>6</sup> No obstante, debe recordarse que existen normas de acusado carácter público que disciplinan la publicidad: concretamente, normas imperativas, típicas del Derecho Administrativo.

<sup>7</sup> La caracterización del Derecho de la Publicidad como un Derecho vivo ya la puse de manifiesto en el año 2001. Vid. LEMA DEVESA, GÓMEZ MONTERO "Código de Publicidad" 3ª edic. Madrid. 2001, (Prólogo a la tercera edición) p. XXXV.

<sup>8</sup> El texto de la Directiva puede verse en LEMA DEVESA y GÓMEZ MONTERO "Código de Publicidad" 5ª ed. Madrid. 2010. pp. 3 y ss.

actual Directiva de 10 de marzo de 2010 sobre servicios de comunicación audiovisual<sup>9</sup>. En el marco de esta Directiva, ocupan un lugar preeminente el capítulo tercero, que admite la modalidad publicitaria del emplazamiento del producto y el capítulo séptimo destinado a la publicidad por televisión y a la televenta. Como no podía menos de suceder, España se adaptó a esta Directiva, a través de la Ley General de comunicación audiovisual de 2010.

En tercer lugar, si continuamos pasando revista a las normas comunitarias, tenemos que hacer mención a la Directiva de 21 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano<sup>10</sup>; actualmente, la Directiva de 6 de noviembre de 2001, que establece un Código Comunitario sobre medicamentos de uso humano. En la misma, el Título Octavo se consagra íntegramente a la publicidad, plasmando una detallada regulación de las diversas modalidades de la publicidad de medicamentos. Por lo demás, en el Título Octavo Bis, se delimita la información stricto sensu y la publicidad de medicamentos, efectuándose –paralelamente– una interesante distinción, entre la publicidad de medicamentos destinada al público y la publicidad de medicamentos destinada a los profesionales de la sanidad. Esta Directiva se incorporó a nuestro Ordenamiento Jurídico mediante el Real Decreto de 25 de junio de 1994 sobre la publicidad de medicamentos de uso humano.

En cuarto lugar, debido a la necesidad de regular la publicidad de determinados productos que son perjudiciales para la salud, la Unión Europea adoptó, el 26 de mayo de 2003, una Directiva en materia de publicidad y patrocinio de productos de tabaco<sup>11</sup>. Esta Directiva sustituía a la anterior de 6 de julio de 1998, que había sido anulada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aquella Directiva establece una drástica prohibición de la publicidad de los productos del tabaco, que sólo podrá realizarse en publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales y en los puntos de venta (estancos). Tal Directiva se ha incorporado al Derecho español, a través de la Ley de 26 de diciembre de 2005 de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

En quinto y último lugar, tenemos que subrayar que, en fechas más recientes, se aprobó la Directiva de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores<sup>12</sup>. Esta Directiva, ha sido muy criticada, porque ha restringido su ámbito de aplicación y, además, implanta una distinción artificial entre prácticas desleales de las empresas con los consumidores y prácticas desleales entre empresas. La mencionada Directiva se ha incorporado a nuestra Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991.

### 3. Influencia de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea en los tribunales españoles

Después de haber examinado la vertiente normativa europea, que ha influido decisivamente en el Derecho español de la publicidad, tenemos que analizar la vertiente jurisprudencial. Es decir, la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), –dictada en los últimos 25 años– que merece el calificativo de doctrina jurisprudencial muy influyente en los Tribunales españoles. En efecto, tanto los Tribunales de lo Mercantil, como el Tribunal Supremo han acogido las figuras y tesis, establecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus relevantes sentencias. En todo caso, tan sólo vamos a aludir a los conceptos y figuras más importantes que han sido aceptadas por nuestros Tribunales.

#### 3.1. El amplio concepto de publicidad

En la sentencia de 11 de julio de 2013 (caso *Belgian Electronic*)<sup>13</sup>, el TJUE tuvo que interpretar el concepto de publicidad, al plantear un Tribunal belga la cuestión prejudicial de si debe englobarse en el concepto de publicidad, el registro de un nombre de dominio, el uso de tal nombre de dominio y la utilización de indicadores de hipertexto en los metadatos en un sitio de internet. Ante todo, el TJUE sostuvo que la publicidad puede presentarse bajo muy diversas formas y, por ende, no

<sup>9</sup> El texto de esta Directiva puede verse en LEMA DEVESA y GÓMEZ MONTERO "Código....." 5ª ed. cit. pp. 12 y ss.

<sup>10</sup> El texto de esta Directiva, concretamente los artículos concernientes a la publicidad de medicamentos (1 a 5 y 86 a 100), puede verse en LEMA DEVESA y GÓMEZ MONTERO "Código....." 5ª ed. cit. pp. 49 y ss.

<sup>11</sup> El texto de esta Directiva puede verse en LEMA DEVESA y GÓMEZ MONTERO "Código....." 5ª edic. cit. pp. 70 y ss.

<sup>12</sup> El texto de esta Directiva puede consultarse en LEMA DEVESA y GÓMEZ MONTERO "Código....." 5ª edic. cit. pp. 76 y ss.

<sup>13</sup> STJUE de 11 de julio de 2013 (Caso *Belgian Electronic*)=

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139411&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1110632>

se limita a las formas de publicidad clásica. Y añadió que "el concepto de publicidad en el sentido de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa y la Directiva sobre prácticas comerciales desleales no puede interpretarse, ni aplicarse de forma que la actividad realizada por un comerciante para promover la venta de sus productos o sus servicios, que puede influir en el comportamiento económico de los consumidores y, por lo tanto, afectar a los competidores de ese comerciante, quede al margen de las Normas sobre competencia leal establecidas en dichas Directivas". Así las cosas, el TJUE declaró que el mero registro de un nombre de dominio no contiene "per se" ninguna comunicación publicitaria. Ahora bien, la utilización de un nombre de dominio tiene como finalidad promover el suministro de bienes o la prestación de servicios del titular del nombre de dominio.

Además, constituye una forma de comunicación, que se dirige a los consumidores potenciales y les sugiere que, con ese nombre, encontrarán un sitio en Internet relativo a los productos o servicios de la empresa anunciante. Finalmente, el TJUE mantuvo que los indicadores de hipertexto, formados por palabras claves, que leen los motores de búsqueda cuando exploran Internet, son indicadores que se corresponden con la denominación de los productos de un competidor y el nombre comercial de éste. Pues bien, tal utilización se considera como una forma de comunicación en el sentido del Art. 2 de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa y, por tanto, como publicidad<sup>14</sup>.

### 3.2. El consumidor medio

Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido la figura del consumidor medio, en materia de publicidad. Por contraste con el criterio mantenido por los Tribunales alemanes en el siglo pasado, que sostenían que el consumidor medio era un consumidor acrítico, que leía de manera fugaz y superficial la publicidad y que, por lo tanto, era fácilmente influenciado, el TJUE estableció un concepto distinto. En la famosa sentencia de 16 de julio de 1998 (Caso GutSpringenheiden), basándose en otras sentencias relativas al carácter engañoso de una denominación o de una marca, el TJUE declaró que, para establecer si la publicidad es engañosa, debe tomarse en consideración la expectativa del consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz<sup>15</sup>. Y, en fechas más recientes, en la STJUE de 7 de septiembre de 2016 (caso Deroo-Blanquart), al enjuiciar la inexistencia de una práctica comercial engañosa, el alto Tribunal tomó en consideración el criterio del consumidor medio, que esta normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, añadiendo que deben tenerse en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos<sup>16</sup>.

### 3.3. Los requisitos de la publicidad engañosa

Por otro lado, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples sentencias sobre el concepto de publicidad engañosa y, concretamente, sobre los requisitos para que surja esta deformación publicitaria. Así, en la importante sentencia de 19 de diciembre de 2013 (caso Trento Sviluppo)<sup>17</sup> el citado Tribunal sostuvo que para que exista una práctica engañosa (esto es, publicidad engañosa), deben concurrir dos requisitos. En primer lugar, debe existir una información falsa o una información, que pueda inducir a error al consumidor medio. Y, en segundo lugar, esa información debe ser susceptible de que el consumidor adopte una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiese tomado. Dicho con otras palabras, la publicidad engañosa debe ser susceptible de distorsionar el comportamiento económico del consumidor. Y, por ende, inducirle a adoptar una decisión sobre una transacción, que, de otro modo, no hubiera adoptado. De suerte que, para calificar un anuncio como engañoso no basta que las manifestaciones que integran el

---

<sup>14</sup> Sin embargo, en la sentencia de 23 de marzo de 2010 (Caso Louis Vuitton), el TJUE sostuvo que un prestador de un servicio de referenciación en internet, que almacena como palabra clave un signo idéntico a una marca y organiza la presentación en pantalla de anuncios, a partir de tal signo distintivo, no utiliza tal signo distintivo como marca. Por ende, no vulnera la marca.

<sup>15</sup> Vid. STJUE de 16 de julio de 1998 (Caso Gut Springenheide)=  
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44018&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1110958>

<sup>16</sup> Vid. STJUE de 7 de septiembre de 2016 (Caso Deroo-Blanquart)=  
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183106&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1111543>

<sup>17</sup> Vid. STJUE de 19 de diciembre de 2013 (Caso Trento Sviluppo)=  
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=145910&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1111936>

mismo sean susceptibles de inducir a error al consumidor medio. Se requiere un ulterior requisito; a saber: las manifestaciones publicitarias deben ser aptas para influir en la decisión de compra del consumidor. Por lo demás, para que la publicidad pueda ser calificada como engañosa, no se requiere que la conducta del anunciante sea contraria a la diligencia profesional. En este sentido, se manifestó el TJUE, en su sentencia de 16 de abril de 2015 (caso *Nemzeti*)<sup>18</sup>. En efecto, el citado Tribunal declaró que "la Directiva sobre prácticas comerciales desleales debe interpretarse en el sentido de que, cuando una práctica comercial cumpla todos los criterios enunciados en el art. 6.1 de dicha Directiva para ser calificada de práctica engañosa en las relaciones con el consumidor, no será necesario comprobar si tal práctica es también contraria a los requisitos de la diligencia profesional, para poder considerarla desleal".

### 3.4. La publicidad comparativa

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado multitud de sentencias sobre la publicidad comparativa, en las que no sólo ha fijado el concepto de esta figura, sino también los requisitos de licitud de la misma. A este respecto, cabe citar la STJUE de 19 de abril de 2007 (caso *Landtsheer*)<sup>19</sup>, que sostuvo -en primer lugar- que la definición de publicidad comparativa es una definición muy amplia. La misma permite englobar todas las modalidades de esta figura. De manera que surgirá la publicidad comparativa cuando exista cualquier forma de comunicación, que haga referencia aunque sólo sea implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por éste. En esta sentencia se añade que la identificación, en el mensaje publicitario, de un competidor del anunciante de sus bienes o servicios constituye un requisito "sine qua non", para que ese anuncio pueda considerarse publicidad comparativa. A modo de resumen, esta sentencia proclama que constituye publicidad comparativa "aquella en la que existe una referencia a un tipo de producto, a una empresa o a un producto determinado, siempre y cuando sea posible identificar dicha empresa o los productos que ésta ofrece, porque en el mensaje comparativo se alude a los mismos". Dicho en otros términos del propio TJUE, pronunciados en su sentencia de 12 de junio de 2008 (Caso *O2 Holding Ltd*)<sup>20</sup>, para que exista publicidad comparativa basta la referencia, aunque sólo sea implícita a un competidor o a los productos o servicios ofrecidos por éste.

Por otro lado, en punto a los requisitos de licitud de esta figura, en la sentencia de 18 de noviembre de 2010 (caso *Lidl*)<sup>21</sup>, el TJUE declaró que "la licitud de la publicidad comparativa en toda la Unión Europea debe apreciarse, únicamente a la luz de los criterios establecidos por el legislador de la Unión". No podemos analizar todos los requisitos de licitud de la publicidad comparativa, porque excedería de la presente conferencia. No obstante conviene destacar que en la reciente sentencia de 8 de febrero de 2017 (caso *Carrefour*)<sup>22</sup>, el TJUE examinó los requisitos de objetividad y veracidad en la publicidad comparativa. En esta sentencia el TJUE sostuvo la ausencia del requisito de objetividad, cuando se efectúa la comparación de precios entre establecimientos de tamaño superior del grupo anunciante y los precios ofertados en establecimientos de tamaño inferiores de los competidores, sin reseñar esta circunstancia en la publicidad. En punto al requisito de la veracidad relativa a los precios, el TJUE mantuvo en la citada sentencia que la comparación de precios de los productos vendidos en establecimientos de tamaño o formato superior del anunciante frente a los precios de productos vendidos en establecimientos de tamaño y formato inferiores de los competidores puede inducir a error al consumidor.

<sup>18</sup> Vid. STJUE de 16 de abril de 2015 (Caso *Nemzeti*)=

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=163719&pageIndex=2&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&mode=req&dir=next&cid=1112088>

<sup>19</sup> Vid. STJUE de 19 de abril de 2007 (Caso *Landtsheer*)=

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=60929&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1120040>. Sobre la publicidad comparativa, en España, vid. TATO PLAZA. "La publicitaria comparativa". Madrid. 1996. Y, en torno a la publicidad comparativa en la Unión Europea, vid. LEMA DEVESA "La publicidad comparativa en la Unión Europea" 291 RDM (enero-marzo 2014) pp. 313 y ss.

<sup>20</sup> STJUE de 12 de junio de 2008 (Caso *O2 Holding Ltd*)=

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=69019&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1114017>

<sup>21</sup> STJUE de 18 de noviembre de 2010 (Caso *Lidl*)=

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83843&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1112099>

<sup>22</sup> STJUE de 8 de febrero de 2017 (Caso *Carrefour*)=

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187641&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1112099>. Esta sentencia ha sido comentada por LEMA DEVESA "La objetividad y veracidad en la publicidad comparativa de precios" nº 46, La Ley UE, marzo 2017 pp. 69 y ss.

En este sentido, abordó el concepto de información esencial para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra, declarando que esa información se debe incluir en la publicidad comparativa de un producto o servicio, para evitar que la misma constituya publicidad engañosa por omisión.

### 3.5. La irrelevancia del número de destinatarios de la publicidad

Por último, tenemos que destacar una sentencia relativamente reciente del TJUE del 16 de abril de 2015 (caso *Nemzeti*)<sup>23</sup>, que, al abordar el concepto de práctica comercial engañosa, en nuestro caso, publicidad engañosa, se enfrentó al problema de si tal práctica debe dirigirse o alcanzar a una pluralidad de consumidores. Según el Tribunal merece el calificativo de "práctica comercial" la comunicación de una información realizada, por una empresa, en el marco de la asistencia postventa de un contrato de abono a un servicio de difusión televisiva, suscrito por un particular. Y añadió "La Directiva no fija ningún umbral, ni de frecuencia, ni de número de consumidores afectados, a partir del cual una acción queda sometida al ámbito de aplicación de la Directiva". Así las cosas, prosigue el TJUE, el concepto de práctica comercial, al que se refiere la Directiva sobre prácticas comerciales desleales de los empresarios frente a los consumidores, abarca las ulteriores actividades de empresario, sobre una transacción comercial, en relación con cualquier producto o servicio. De suerte que la comunicación de una información errónea, por parte de un empresario frente a un consumidor, debe calificarse como "práctica comercial engañosa", aunque esa comunicación sólo haya afectado a un único consumidor.

Concluida la exposición de la más relevante jurisprudencia comunitaria, debemos dirigir nuestra atención a la tendencia iniciada hace algunos años, en España, la autorregulación publicitaria.

### 4. La autorregulación publicitaria en España

Es innegable que una de las tendencias actuales en el marco del Derecho de la publicidad, en España, está representada por la autorregulación publicitaria. A este respecto, cabe indicar que el origen del sistema de autorregulación, se remonta al año 1977 en que se constituyó la sociedad "Autocontrol de la Publicidad S.A.". En 1993 modificó su forma social, transformándose en sociedad limitada: Autocontrol de la Publicidad S.L.<sup>24</sup>. Como fácilmente se puede imaginar una sociedad limitada no era la figura adecuada para articular un sistema de autodisciplina o autorregulación de la publicidad. Además, durante el periodo de implantación de este sistema de autorregulación las resoluciones de su Jurado no se publicaban. Permanecían secretas. De suerte que tal sistema presentaba una grave deficiencia y no resultaba atractivo para los empresarios.

De ahí que en el año 1996 se disolviese y liquidase tal sociedad y el sistema de autorregulación publicitaria comenzase su andadura a través de una Asociación: la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP). La misma, ulteriormente, modificó su denominación por Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AACO)<sup>25</sup>. Esta Asociación ha aprobado tres Códigos Éticos: el Código de Conducta Publicitaria, el Código Ético sobre la Publicidad en Cine y el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva. Los mismos son aplicados por el Jurado de Publicidad que está compuesto por profesionales independientes, algunos de gran prestigio, que pertenecen a entidades como Universidades y Asociaciones adheridas a Autocontrol. Algún autor ha mantenido que el Jurado se entronca en la estructura de la propia Asociación, toda vez que la Junta Directiva no sólo elige el 75% de los miembros del Jurado, sino que también aprueba su Reglamento y ejecuta las medidas y sanciones impuestas en las resoluciones del mencionado órgano<sup>26</sup>. Ahora bien, la actividad primordial de un sistema de autodisciplina publicitaria, parece que no se está llevando a cabo -como sería deseable-, en España. En efecto, en los últimos diez años, las controversias resueltas por el Jurado de Autocontrol no se han incrementado. Así, Autocontrol ha informado que en el pasado año 2016 se tramitaron 281 casos

---

<sup>23</sup> STJUE de 16 de abril de 2015 (Caso *Nemzeti*)=

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=163719&pageIndex=2&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&mode=req&dir=next&cid=1112088>

<sup>24</sup> Sobre los orígenes y la evolución de la autorregulación publicitaria en España vid. GÓMEZ SEGADA y LEMA DEVESA "La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español" 7 ADI 1981 pp. 31 y ss.

<sup>25</sup> Un estudio muy completo de la autorregulación publicitaria en España así como de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad es realizado por PATIÑO ALVES: "La autorregulación publicitaria" Barcelona. 2007.

<sup>26</sup> Vid. PATIÑO ALVES ob.cit. p.204.



por el Jurado de la publicidad<sup>27</sup>. No obstante, reconoce que el Jurado sólo enjuició 119 asuntos, que –por tanto– debieron motivar únicamente 119 resoluciones. La misma institución también ha reconocido que en el año 2015 había tramitado 305 reclamaciones, si bien sólo "llegaron" al Jurado 158 asuntos.

Así pues, el descenso del sometimiento de las controversias al Jurado parece claro. Y contrasta con países como Alemania. En el año 2016, la Central alemana contra la Competencia Desleal recibió 10.900 consultas y reclamaciones<sup>28</sup>. De esas reclamaciones, 600 determinaron el ejercicio de acciones judiciales, que requirieron la intervención de los Tribunales de Justicia. Si se tiene en cuenta que la mayoría de las reclamaciones, efectuadas ante el Jurado de la AACC, han sido presentadas por consumidores y asociaciones de consumidores (60.5%), se comprueba que la autorregulación no es un medio utilizado por empresarios para resolver litigios de publicidad: sólo el 23,8% de empresas o asociaciones empresariales acuden a este sistema. Por otro lado, aunque no se ha realizado un análisis detenido de las reclamaciones, aproximadamente el 90% de las reclamaciones presentadas por consumidores individuales son desestimadas. De modo que no parece que los derechos de los consumidores sean objeto de especial protección, a través del tan citado sistema de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial. Sin embargo, Autocontrol se jactaba de que –en el año 2016– recibió 35.684 consultas; entre otras, 26.119 consultas conocidas como "copy-advice" y 9.485 consultas legales<sup>29</sup>. El contraste con Alemania es significativo: el sistema de autorregulación de ésta última recibió aproximadamente 1.500 consultas.

Las citadas consultas, que pueden ser solicitadas por empresarios ajenos y miembros del sistema, reportan suculentos beneficios a la AACC. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la consulta previa asciende a 650 € para las empresas que no son socios de la AACC. Por su parte, los socios, no pagan las primeras consultas, si bien agotado un cupo, abonan 60 €. Incluso, se ha establecido el denominado copy-advice express o "copyexpress", que se entrega en 24 horas al peticionario de la consulta. El mismo tiene un coste de 1.100 € para la empresa que no es socio, y de 550 € para el socio. Asimismo, la AACC realiza informes completos sobre la corrección deontológica de la publicidad en internet (web). Estos informes tienen el coste de 4.690 euros para las empresas que no son socios de AACC y de 2.000 euros para los socios<sup>30</sup>.

A la vista de todo lo expuesto, es obvio que la AACC parece actuar como un Despacho de abogados porque, como ella misma reconoce, la "Asesoría jurídica de Autocontrol" es la que realiza las mencionadas actividades. De manera paralela la AACC presta servicios de consultoría técnica y jurídica de las denominadas "cookies" y dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos (denominado "Cookie advice"). En punto a tal materia, su labor concierne a la revisión jurídica para saber si el uso de las cookies se adecúa a la guía de Agencia Española de Protección de datos. Este servicio tiene un precio de 1.165 euros para las empresas que no son socios y de 555 euros para las empresas socios del sistema<sup>31</sup>. Si tenemos en cuenta que la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial tiene, precisamente, como finalidad velar por el respeto a la ética publicitaria y los derechos de los destinatarios de la publicidad, esta finalidad no se compadece bien con la prestación del servicio del cookie-advice. Por eso, en fechas recientes, algún autor, abogado por la eliminación de tal servicio, que presta la AACC<sup>32</sup>.

En suma, la labor que desarrolla el sistema de autodisciplina publicitaria en España ha desembocado, fundamentalmente, -como reseña la AACC- al mencionar el "copy advice" en "el servicio más usado de AUTOCONTROL prestado por su Gabinete Técnico. Es una valoración no vinculante sobre la corrección de anuncios o proyectos de anuncios, antes de su emisión, a solicitud del propio anunciante, su agencia o medio donde se vaya a emitir la campaña<sup>33</sup>.

A la vista de las decenas de miles de "copyadvice" emitidos, algún autor sostiene que estas consultas sobre publicidad, realizadas no sólo desde la perspectiva ética, sino también jurídica, restringen la competencia. No permite que otros asesores jurídicos ofrezcan el mismo servicio en igualdad de condiciones<sup>34</sup>. El "copyadvice" tiene su fuerza en el sello

<sup>27</sup>Vid. Balance actividad Autocontrol 2016. Apartado 2. Control a posteriori: Actuaciones del Jurado de la Publicidad. en <http://www.autocontrol.es/> visitada el 27 de diciembre de 2017.

<sup>28</sup> Vid. GILLNER. U. "Beratung und Rechtsdurchsetzung" en Auf einen Blick – Zusammenfassung und Entwicklung der Fallbearbeitung p. 39. <https://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=35652>

<sup>29</sup> Vid. Balance actividad...cit. p. 3.

<sup>30</sup> Vid. Servicios y Tarifas de Autocontrol 2017 (pag. 1) en <http://www.autocontrol.es/> visitada el 27 de diciembre de 2017.

<sup>31</sup> Vid. Servicios y Tarifas ... cit. (pag. 2), en <http://www.autocontrol.es/>, visitada el 27 de diciembre de 2017.

<sup>32</sup> Vid. GÓMEZ-IGLESIAS V. "De la autorregulación a la coregulación. Estudio de su aplicación en los principales países europeos. El caso español". Tesis doctoral inédita. Pamplona 2016. p. 269.

<sup>33</sup> Cfr. Asesoramiento y Consultas (p. 1) en <http://www.autocontrol.es/>, visitada el 27 de diciembre de 2017. Por lo demás en el apartado "Asesoramiento jurídico" se manifiesta que en el copy advice "Autocontrol revisa un proyecto de anuncio o campaña publicitaria antes de su difusión y emite una respuesta en el plazo de 3 días hábiles (en términos generales) sobre su corrección ética y legal".

<sup>34</sup> Vid PATIÑO ALVES ob. cit. p. 226.

de la AACC, vinculado a los convenios de esta Asociación con las televisiones. Ahora bien, las empresas de televisión no pueden negarse a difundir campañas publicitarias de anunciantes, que no sean miembros de la AACC, invocando el argumento de que existe un "copy advice" negativo. Si el anunciante no es miembro de la AACC no queda sometido a sus códigos de conducta y, por ende, las televisiones no pueden solicitar "copys advice" sobre la publicidad de una empresa, que no es miembro, a la citada Asociación. Y, posteriormente, argumentar que, como el "copy advice" es negativo no pueden difundir tal publicidad. En todo caso, la opinión vertida en el "copy" no es más fundada o acertada, que la opinión emitida en un informe por un experto en Derecho de la Publicidad. Es más: un copy advice positivo no supone que el Jurado de la Publicidad siga del criterio del denominado Comité Técnico que emite el copy<sup>35</sup>. En efecto, existen resoluciones condenatorias de la publicidad de un anunciante, que había solicitado un copy que fue emitido como un copy positivo, (declarando que su publicidad era lícita).

En fin, la prestación de este servicio de copy advice, así como de la emisión de informes por la Asesoría jurídica de la AACC se compadece mal con el art. 2 de los Estatutos de la Asociación, según el cual, ésta es una entidad sin ánimo de lucro.

## 5. El futuro: la coregulación publicitaria

Con independencia de la eficacia de los sistemas de autorregulación, debe advertirse que el futuro -en este ámbito- es la coregulación publicitaria. Los sistemas de autorregulación evolucionan hacia sistemas de coregulación. Estos últimos surgen cuando el sistema de autocontrol de publicidad y las autoridades administrativas trabajan conjuntamente, y de manera complementaria. Esto es: cuando existe una estrecha colaboración entre el Estado y los empresarios publicitarios, bien para la creación de Códigos de Conducta, bien para que la Administración estatal represente la última instancia, en la resolución de controversias de los sistemas de autorregulación<sup>36</sup>. En el Acuerdo Interinstitucional "Legislar mejor", adoptado por la Unión Europea en 2003, se definía la coregulación como "el mecanismo por el que un acto legislativo habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa, las partes interesadas, reconocidas en el ámbito correspondiente (agentes económicos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales o asociaciones)"<sup>37</sup>. Por consiguiente, a diferencia de la autorregulación, la coregulación implica necesariamente un acto legislativo, que permite encomendarlos objetivos que fija el legislador a las partes, que representan los intereses del correspondiente sector.

Pues bien, el sistema de coregulación ha experimentado gran impulso, a través de la Ley de 11 de Julio de 2002 de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico. En su Art. 18 se dispone expresamente que "la Administración General del Estado fomentará, en especial, la elaboración de Códigos de Conducta de ámbito comunitario o internacional"<sup>38</sup>. Así las cosas, si en los sistemas de coregulación la responsabilidad es compartida por el Estado y, en nuestro caso, la industria publicitaria, parece lógica la implantación de tales sistemas de coregulación que podrán ser generales o sectoriales. En el ámbito de la coregulación sectorial, en España, destaca el sistema de coregulación publicitaria de ANEFP (Asociación para el Autocuidado de la Salud); destinado -fundamentalmente- a los medicamentos de uso humano, que no requieren receta médica. El mismo dispone de un Comité Técnico para la revisión de piezas de publicidad dirigida al público, de medicamentos del autocuidado (COTA), que está integrado por cuatro técnicos; entre ellos un representante del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Este Comité sigue el Reglamento Regulador del proceso del "Sello Anefp", que tiene por objeto establecer el procedimiento interno de valoración de la publicidad de medicamentos y productos sanitarios de autocuidado, dirigida al público. Por lo demás, el COTA aplica el Código de Normas Deontológicas sobre productos para el autocuidado de la salud<sup>39</sup>. Sin duda, existe un importante

<sup>35</sup> Vid. Servicios y Tarifas de Autocontrol 2017 (p. 1). Al reseñar el servicio de copy Advice se manifiesta: "No vinculante (salvo convenios o códigos sectoriales en los que así se prevea)", en <http://www.autocontrol.es> visitada el 27 de diciembre de 2017.

<sup>36</sup> En punto a la coregulación vid. MARS DEN C. "Co-and Self-regulation in Europa Media and Internet Sectors: The results of Oxford University Study, Communications Law: Journal of Computer, Media and Telecommunication", vol. 9, Issue 5, 2004 pp. 76 y ss.

<sup>37</sup> Este Acuerdo Interinstitucional fue sustituido por el actual Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación de 13 de abril de 2016= DOCE 12.5.2016 L 123/1 Actualmente ya no se recoge tal definición.

<sup>38</sup> Cfr. Ley de 11 de julio de 2002 de Servicios de la Sociedad de Información y comercio electrónico (texto consolidado) en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>

<sup>39</sup> El Código de Normas Deontológicas para la promoción y publicidad de los medicamentos autorizados sin receta médica, no financiados por el Sistema Nacional de Salud y otros productos para el autocuidado de la salud pueden verse en [http://anefp.org/sites/default/files/Codigo\\_deontologico\\_2017.pdf](http://anefp.org/sites/default/files/Codigo_deontologico_2017.pdf)



contraste entre el Sistema de Autorregulación general de la publicidad, instituido por la AACC y el Sistema de autorregulación sectorial o, por mejor decir, corregulación establecido por ANEFP.

A mi modo de ver, la actividad desarrollada por ésta última Asociación, es digna de elogio, toda vez que no pretende constituirse en monopolio para los servicios de asesoramiento jurídico en materia de publicidad de medicamentos de uso humano, destinada a los consumidores. Antes bien, persigue que el Estado colabore con tal Asociación para lograr una mayor transparencia y una competencia leal en punto a la publicidad de medicamentos que no requieren receta médica. En suma, aspira a lograr que el consumidor pueda cuidarse mejor, si tiene que tomar algún medicamento, sin acudir al médico; y, por ende, que goce de una buena salud porque no en vano el art. 43 de nuestra Constitución reconoce “el derecho a la protección de la salud”.

### Referencias bibliográficas

- De la Cuesta Rute, J.M., (1974): Régimen jurídico de la Publicidad. Madrid. Tecnos.
- Fernández Novoa, C. (1965): “El anuncio redactado en términos superlativos” en C.I.D.I.S., I Tarragona, pp. 675 y ss.
- (1968): “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias” 107 RDM pp. 13 y ss.
- Gillner, U.: (2017): “Beratung und Rechtsdurchsetzung” en Auf einen Blick- Zusammenfassung und Entwicklung der Fallbearbeitung, p. 39.
- Gómez Iglesias, V. (2016): “De la autorregulación a la corregulación. Estudio de su aplicación en los principales países europeos. El caso español”. Tesis doctoral inédita. Pamplona.
- Gómez Sagade, J.A. y Lema Devesa, C. (1981): “La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español”. 7 ADI, pp. 31 y ss.
- Lema Devesa, C., y Gómez Monmtero, (2010): “Código de Publicidad” 5ª Ed. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
- Lema Devesa, C. (2014): “La publicidad comparativa en la Unión Europea” 291 RDM pp. 313 y ss.
- (2017): “La objetividad y veracidad en la publicidad comparativa”, 46, La Ley U.E. pp. 69 y ss.
- Marsden, C. (2004): “Co-and Self-regulation in Europa Media and Internet Sectors: The results of Oxford University Stude, Communications Law”. Journal of Computer, Media and Telecommunication, vol. 9, Issue 5, pp. 76 y ss.
- Patiño Alves, B. (2007): “La autorregulación publicitaria”. Barcelona. Bosch.
- Ruiz Vadillo, E. (1969): “Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad” en el Estatuto de 11 de junio de 1964 en “Estudios de Derecho Civil” en honor del Prof. Castán Tobeñas, T. III, Pamplona, pp. 481 y ss.
- Tato Plaza, A. (1996): “La publicidad comparativa”. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas.

### Breve CV del autor

Carlos Lema Devesa cursó toda la carrera de Derecho, con Beca de la Fundación Barrié de la Maza. Se licenció en Derecho, por la Universidad de Santiago de Compostela, con Premio Extraordinario de Licenciatura. Realizó su tesis doctoral (también con beca del Ministerio de Educación y Ciencia) sobre “La publicidad de tono excluyente”; en la citada Universidad; siendo galardonada con el Premio Nacional “Doctor Adolfo Muñoz Alonso”. La Fundación Barrié de la Maza le otorgó su Medalla de Plata y, más tarde, le nombró vocal de su Patronato. Por oposición obtuvo la plaza de Profesor Agregado de Derecho de la Publicidad en la Universidad Complutense de Madrid, ampliando –seguidamente– estudios de Derecho Industrial y Competencia Desleal en el Instituto Max-Planck de Derecho Industrial de Múnich. Es Catedrático de Derecho Mercantil de la citada Universidad Complutense de Madrid donde continúa desarrollando su labor docente e investigadora. Ha dirigido ocho tesis doctorales y multitud de tesinas de licenciatura y de trabajos de Fin de Máster. Por otro lado, participó como coautor del Anteproyecto de Ley General de Publicidad. Lema Devesa es autor o coautor de catorce libros (entre otros, Comentarios al Reglamento sobre la Marca Comunitaria y Prácticas Comerciales Desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y con los consumidores), habiendo publicado más de cien artículos doctrinales. Es un especialista en Derecho de la Propiedad Industrial (patentes, marcas, diseños), Competencia Desleal y Publicidad. Ha sido Profesor de Cursos de Postgrado en la Universidad Panamericana de México; Profesor Jean Monet; Profesor de Cursos de Doctorado en la Universidad Anahuac de México, etc., etc. Además, ejerce como Abogado especializado en los citados temas, así como en Derecho de la Competencia y Derecho de la Contratación.