

EMILIO JESÚS LÁZARO SÁNCHEZ  
Coordinador

# Derecho de la Publicidad

## Autores

FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA  
Catedrático de Derecho Mercantil

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
Catedrático de Derecho Internacional Privado

EMILIO JESÚS LÁZARO SÁNCHEZ  
Catedrático acreditado de Derecho Mercantil

CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ  
Profesora Titular de Derecho Civil

MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ  
Profesora Titular de Derecho Mercantil

FERNANDO L. DE LA VEGA GARCÍA  
Titular de Derecho Mercantil

MARÍA MAGNOLIA PARDO LÓPEZ  
Profesora Contratado Doctor de Derecho Constitucional

MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE  
Profesora Contratado Doctor de Derecho Mercantil

MARÍA MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ  
Profesora Ayudante de Derecho Mercantil

NEREA MONZÓN CARCELLER  
Profesora Asociada de Derecho Mercantil

f SéNeCa (+)

Agencia de Ciencia y Tecnología  
Región de Murcia



CIVITAS



THOMSON REUTERS

## SUMARIO

|                    | <u>Página</u> |
|--------------------|---------------|
| Abreviaturas ..... | 19            |
| Presentación.....  | 21            |

### PARTE I PUBLICIDAD Y MERCADO

#### LECCIÓN 1ª

|   |    |
|---|----|
| <b>NOCIONES JURÍDICAS BÁSICAS. DERECHO DE LA PUBLICIDAD</b> .....               | 25 |
| <i>por Francisco José Alonso Espinosa   Emilio Jesús Lázaro Sánchez</i>         |    |
| <b>1. Nociones jurídicas básicas</b> .....                                      | 25 |
| 1.1. <i>El Derecho: generalidades</i> .....                                     | 25 |
| 1.2. <i>Fuentes del Derecho</i> .....   | 27 |
| <b>2. Concepto sustancial de «publicidad» y su trascendencia jurídica</b> ..... | 28 |
| 2.1. <i>Acepción sustancial de «publicidad»</i> .....                           | 28 |
| 2.2. <i>Publicidad y comunicación</i> .....                                     | 29 |
| <b>3. Publicidad y derecho</b> .....  | 31 |
| <b>4. Caracterización legal de la publicidad</b> .....                          | 33 |
| <b>5. Caracterización legal de los sujetos de la publicidad</b> .....           | 38 |
| 5.1. <i>Anunciante</i> .....  | 38 |
| 5.2. <i>Agencias de publicidad</i> .....  | 39 |
| 5.2.1. <i>Concepto</i> .....  | 39 |
| 5.2.2. <i>Clases de «agencias de publicidad»</i> .....                          | 40 |
| 5.2.3. <i>Las «agencias de publicidad» como empresarios mercantiles</i> .....   | 42 |
| 5.3. <i>Medios de publicidad</i> .....  | 42 |

SUMARIO

|  | Página |
|--|--------|
| 5.4. <i>Los destinatarios de la publicidad</i> .....   | 44     |
| <b>Bibliografía básica</b> .....   | 45     |
| <br><b>LECCIÓN 2ª</b>  |        |
| <b>EL MERCADO. MARCO INSTITUCIONAL DE LA PUBLICIDAD.</b><br>por <i>Francisco José Alonso Espinosa   María Magnolia Pardo López</i>   | 47     |
| 1. <b>El sistema de economía de mercado y la publicidad</b> .....  | 47     |
| 1.1. <i>El sistema de economía de mercado</i> .....  | 48     |
| 1.2. <i>Mercado y competencia</i> .....  | 49     |
| 1.3. <i>Mercado, competencia y publicidad</i> .....  | 51     |
| 2. <b>Naturaleza concurrencial de la publicidad</b> .....  | 52     |
| 3. <b>La publicidad como «práctica comercial». La lealtad como exigencia de la publicidad</b> .....                                  | 53     |
| 4. <b>Publicidad excluida: La publicidad política y la publicidad institucional</b> .....  | 56     |
| 4.1. <i>La publicidad política o propaganda política</i> .....   | 56     |
| 4.2. <i>La publicidad institucional</i> .....  | 59     |
| <b>Bibliografía básica</b> .....   | 62     |
| <br><b>LECCIÓN 3ª</b>  |        |
| <b>FUENTES DEL DERECHO DE LA PUBLICIDAD</b> .....  | 65     |
| por <i>Francisco José Alonso Espinosa   Emilio Jesús Lázaro Sánchez   María Martínez-Moya Fernández   Javier Carrascosa González</i> |        |
| 1. <b>Introducción</b> .....   | 65     |
| 2. <b>Legislación europea</b> .....  | 66     |
| 3. <b>Legislación estatal</b> .....  | 68     |
| 4. <b>Legislación autonómica</b> .....   | 68     |
| 4.1. <i>Competencia exclusiva en materia de Publicidad</i> .....   | 69     |
| 4.2. <i>Ejercicio ajustado al artículo 149.1. 1ª, 6ª y 8ª CE</i> .....   | 71     |
| 4.3. <i>Salvedad de las normas estatales para sectores y medios específicos</i> .....  | 73     |

|   | Página |
|---|--------|
| <b>5. Disciplina administrativa de la publicidad</b> .....                                      | 74     |
| 5.1. <i>Control administrativo del medio de publicidad</i> .....                                | 74     |
| 5.2. <i>Control administrativo del mensaje publicitario</i> .....                               | 78     |
| 5.3. <i>Disciplinas publicitarias sectoriales</i> .....   | 80     |
| <b>6. La publicidad transfronteriza</b> .....   | 83     |
| 6.1. <i>Aspectos básicos</i> .....  | 83     |
| 6.2. <i>Ley estatal aplicable a los actos de competencia desleal dirigidos al mercado</i> ..... | 84     |
| 6.3. <i>Actos de competencia desleal no dirigidos al mercado</i> .....                          | 87     |
| <b>Bibliografía básica</b> .....  | 87     |

## PARTE II

### LA PUBLICIDAD ILÍCITA

#### LECCIÓN 4ª

|  |     |
|--|-----|
| <b>ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGALIDAD DEL DISCURSO PUBLICITARIO</b> .....   | 91  |
| <i>por María Magnolia Pardo López   Emilio Jesús Lázaro Sánchez   Fernando L. de la Vega García</i>                    |     |
| <b>1. Publicidad y libertad de expresión: los límites del discurso publicitario</b> .....                              | 91  |
| 1.1. <i>El modelo norteamericano</i> .....   | 93  |
| 1.2. <i>El caso español</i> .....  | 98  |
| <b>2. Límites genéricos de la publicidad: Los límites del contenido del mensaje publicitario «stricto sensu»</b> ..... | 103 |
| 2.1. <i>El respeto debido a la dignidad de la persona</i> .....  | 103 |
| 2.1.1. <i>La especial protección de la mujer en la publicidad</i> .....  | 105 |
| 2.1.2. <i>La protección de otros posibles colectivos discriminados o denigrados</i> .....                              | 108 |
| 2.2. <i>La protección de los menores</i> .....   | 109 |
| 2.2.1. <i>Los menores como destinatarios de la publicidad</i> ..   | 110 |
| 2.2.2. <i>Los menores como intérpretes de la publicidad</i> .....  | 112 |

|   | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| 2.3. <i>Los derechos fundamentales en sentido técnico: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen</i> ..... | 113           |
| 2.3.1. Honor e intimidad .....  | 113           |
| 2.3.2. Propia imagen.....   | 114           |
| <b>3. Límites específicos de la publicidad</b> .....  | <b>116</b>    |
| 3.1. <i>En función del producto o servicio anunciado</i> .....  | 117           |
| 3.2. <i>En función del medio de difusión publicitaria</i> .....   | 120           |
| <b>4. La publicidad «indirecta»</b> .....   | <b>121</b>    |
| 4.1. <i>Evolución legislativa</i> .....   | 122           |
| 4.2. <i>Casos concretos</i> .....   | 123           |
| 4.2.1. Publicidad corporativa .....   | 124           |
| 4.2.2. Publicidad de productos pretexto .....   | 125           |
| <b>5. La publicidad «subliminal»</b> .....  | <b>127</b>    |
| <b>Bibliografía básica</b> .....  | <b>131</b>    |
| <br>  |               |
| LECCIÓN 5ª  |               |
| <b>PUBLICIDAD DESLEAL (I)</b> .....   | <b>133</b>    |
| <i>por Fernando L. de la Vega García</i>  |               |
| <b>1. La prohibición general de publicidad desleal</b> .....  | <b>133</b>    |
| <b>2. El ilícito publicitario como acto de competencia desleal</b> .....  | <b>135</b>    |
| <b>3. Publicidad desleal en las relaciones con consumidores y usuarios</b> .....                                      | <b>137</b>    |
| <b>4. Supuestos concretos</b> .....   | <b>139</b>    |
| 4.1. <i>Denigración publicitaria</i> .....  | 139           |
| 4.2. <i>Publicidad confusionista</i> .....  | 141           |
| 4.3. <i>Publicidad adhesiva. La explotación de la reputación ajena</i> .....  | 142           |
| 4.4. <i>Publicidad comparativa</i> .....  | 144           |
| 4.4.1. Delimitación legal de la publicidad comparativa....  | 145           |
| 4.4.2. Requisitos de licitud de la publicidad comparativa   | 147           |
| 4.2. <i>Publicidad agresiva</i> .....   | 149           |
| 4.2.1. Supuesto genérico .....  | 149           |

|   | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| 4.2.2. Supuestos concretos .....  | 150           |
| <b>Bibliografía básica</b> .....  | 152           |
| <br><b>LECCIÓN 6ª</b>   |               |
| <b>PUBLICIDAD DESLEAL (II). ENGAÑO Y ENCUBRIMIENTO PUBLICITARIOS</b> .....                                | 155           |
| por Mercedes Sánchez Ruiz   |               |
| <b>1. Publicidad engañosa. Concepto y regulación</b> .....  | 155           |
| <b>2. Contenido y delimitación del engaño relevante. Clases de engaño publicitario</b> .....              | 158           |
| 2.1. <i>Actos de engaño. Referencia a la hipérbole o exageración en la publicidad</i> .....               | 158           |
| 2.1.1. Engaño por medio de informaciones falsas .....   | 158           |
| 2.1.2. Engaño por inducción a error .....   | 159           |
| 2.1.3. La hipérbole o exageración publicitaria .....  | 160           |
| 2.2. <i>La publicidad testimonial y la publicidad de tono excluyente ilícitas</i> .....                   | 161           |
| 2.3. <i>Omisiones engañosas</i> .....   | 162           |
| 2.4. <i>La publicidad encubierta</i> .....  | 163           |
| 2.5. <i>Emplazamiento de producto («product placement»). Relación con el patrocinio audiovisual</i> ..... | 164           |
| <b>3. Elementos a ponderar para apreciar el engaño en la publicidad</b> .....                             | 166           |
| 3.1. <i>Valoración subjetiva: el criterio del «destinatario medio»</i> .....                              | 166           |
| 3.2. <i>Regla de la impresión global. Excepción: parte llamativa o «captatoria»</i> .....                 | 167           |
| <b>4. Prácticas comerciales engañosas con consumidores y usuarios. Especialidades</b> .....               | 169           |
| <b>Bibliografía básica</b> .....  | 170           |
| <br><b>LECCIÓN 7ª</b>   |               |
| <b>PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LA PUBLICIDAD ILÍCITA</b> .....  | 171           |
| por Nerea Monzón Carceller  |               |
| <b>1. El sistema de la autodisciplina publicitaria: Predicción y solución de conflictos</b> .....         | 171           |

|  | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| 1.1. <i>Sistemas de autodisciplina</i> .....                                 | 171           |
| 1.2. <i>El sistema español de autodisciplina</i> .....                       | 172           |
| <b>2. Tutela procesal: Sanciones civiles</b> .....                           | <b>175</b>    |
| 2.1. <i>Jurisdicción, competencia judicial y tipo de procedimiento</i> ..... | 176           |
| 2.2. <i>Sanciones civiles</i> .....  | 177           |
| 2.2.1. Posibles acciones frente al ilícito publicitario.....                 | 177           |
| 2.2.2. Legitimación activa y pasiva.....                                     | 179           |
| 2.2.3. Prescripción.....   | 181           |
| 2.2.4. Diligencias preliminares.....   | 182           |
| 2.2.5. Medidas cautelares.....   | 182           |
| <b>3. Potestad sancionadora de la administración pública</b> .....           | <b>184</b>    |
| <b>4. El delito publicitario</b> .....                                       | <b>185</b>    |
| <b>Bibliografía básica</b> .....   | <b>188</b>    |

### PARTE III

## CONTRATOS PUBLICITARIOS

#### LECCIÓN 8ª

|  |            |
|--|------------|
| <b>LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS</b> .....   | <b>193</b> |
| <i>por Carmen Leonor García Pérez   Emilio Jesús Lázaro Sánchez</i>  |            |
| <b>1. Introducción</b> .....   | <b>193</b> |
| <b>2. Sujetos de la contratación publicitaria</b> .....  | <b>194</b> |
| 2.1. <i>Anunciante</i> .....   | 195        |
| 2.2. <i>Agencias de publicidad</i> .....   | 198        |
| 2.3. <i>Medios de publicidad</i> .....   | 203        |
| <b>3. Régimen general de los contratos publicitarios</b> .....   | <b>204</b> |
| 3.1. <i>Contratos publicitarios y contratos celebrados con ocasión de la publicidad</i> .....  | 204        |
| 3.2. <i>Normas aplicables a los diferentes tipos contractuales: Disciplina específica de la LGP y reenvío a las disposiciones generales de los contratos</i> ..... | 206        |

SUMARIO

|   | Página |
|---|--------|
| 3.3. <i>Los contratos publicitarios y las obligaciones de medio y de resultado</i> .....                                | 211    |
| 3.4. <i>Otras disposiciones</i> .....   | 212    |
| <b>Bibliografía básica</b> .....  | 213    |
| <br>LECCIÓN 9ª  |        |
| <b>EL CONTRATO DE CREACIÓN PUBLICITARIA</b> .....   | 215    |
| <i>por Emilio Jesús Lázaro Sánchez</i>  |        |
| <b>1. Concepto y caracteres</b> .....   | 215    |
| <b>2. Sujetos y objeto del contrato</b> .....   | 217    |
| 2.1. <i>Las partes: creativa y ordenante</i> .....  | 217    |
| 2.2. <i>El objeto: la creación de un elemento publicitario</i> .....  | 220    |
| <b>3. Perfección del contrato</b> .....   | 222    |
| <b>4. Contenido del contrato</b> .....  | 223    |
| 4.1. <i>Obligación de realizar y entregar la «obra» publicitaria</i> .....  | 224    |
| 4.2. <i>Obligación de pagar la contraprestación</i> .....   | 226    |
| 4.3. <i>Deber recíproco de confidencialidad y de abstención de uso</i> .....  | 226    |
| 4.4. <i>Prohibición de cláusulas de imputación, exoneración o limitación de responsabilidad frente a terceros</i> ..... | 227    |
| 4.5. <i>Irrelevancia de cláusulas garantes del éxito comercial de la publicidad creada</i> .....                        | 228    |
| <b>5. Efectos contractuales: Propiedad de la obra. Explotación publicitaria</b> .....                                   | 229    |
| 5.1. <i>La «creación publicitaria»</i> .....  | 229    |
| 5.1.1. <i>Creaciones publicitarias al amparo de la propiedad intelectual</i> .....                                      | 231    |
| 5.1.2. <i>Creaciones publicitarias objeto de «otros derechos de propiedad intelectual»</i> .....                        | 234    |
| 5.1.3. <i>Creaciones publicitarias al amparo de la propiedad industrial</i> .....                                       | 235    |
| 5.2. <i>La «cesión de los derechos de explotación»</i> .....  | 236    |
| 5.2.1. <i>Derechos sobre las creaciones industriales</i> .....  | 237    |

|   | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| 5.2.2. Cesión de derechos de explotación de las creaciones intelectuales.....     | 238           |
| <b>6. Extinción .....</b>   | <b>242</b>    |
| <b>Bibliografía básica .....</b>  | <b>243</b>    |
| <br><b>LECCIÓN 10<sup>a</sup></b>   |               |
| <b>EL CONTRATO DE DIFUSIÓN PUBLICITARIA .....</b>                                 | <b>245</b>    |
| <i>por María José Verdú Cañete</i>  |               |
| <b>1. Concepto y naturaleza jurídica.....</b>                                     | <b>245</b>    |
| 1.1. <i>Elementos personales del contrato .....</i>                               | <i>245</i>    |
| 1.2. <i>Caracteres contractuales.....</i>   | <i>247</i>    |
| <b>2. Contenido. Obligaciones del medio y del anunciante o de la agencia.....</b> | <b>248</b>    |
| 2.1. <i>Obligaciones del medio.....</i>   | <i>248</i>    |
| 2.2. <i>Obligaciones del anunciante o de la agencia.....</i>                      | <i>249</i>    |
| <b>3. Incumplimiento del contrato.....</b>  | <b>249</b>    |
| 3.1. <i>El cumplimiento defectuoso: consecuencias.....</i>                        | <i>250</i>    |
| 3.2. <i>El incumplimiento: consecuencias .....</i>                                | <i>251</i>    |
| 3.2.1. <i>Incumplimiento imputable al medio de publicidad</i>                     | <i>251</i>    |
| 3.2.2. <i>Incumplimiento imputable al anunciante o a la agencia.....</i>          | <i>253</i>    |
| 3.3. <i>Incumplimiento por causas de fuerza mayor .....</i>                       | <i>254</i>    |
| <b>4. Extinción .....</b>   | <b>254</b>    |
| <b>5. Responsabilidad del medio por difusión de la publicidad ilícita</b>         | <b>255</b>    |
| <b>Bibliografía básica .....</b>  | <b>256</b>    |
| <br><b>LECCIÓN 11<sup>a</sup></b>   |               |
| <b>EL CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO .....</b>                               | <b>257</b>    |
| <i>por Mercedes Sánchez Ruiz</i>  |               |
| <b>1. Concepto de patrocinio. Caracterización del contrato .....</b>              | <b>257</b>    |
| 1.1. <i>Definiciones legales y de autorregulación .....</i>                       | <i>257</i>    |

|  | Página     |
|--|------------|
| 1.2. Delimitación respecto al mecenazgo y la publicidad «tradicional»      | 259        |
| 1.3. Caracterización del contrato .....                                    | 260        |
| <b>2. Contenido. Obligaciones del patrocinador y del patrocinado ....</b>  | <b>261</b> |
| 2.1. La «ayuda económica» como obligación principal del patrocinador ..... | 261        |
| 2.2. Otras obligaciones a cargo del patrocinador .....                     | 262        |
| 2.3. Obligaciones del patrocinado: la «colaboración publicitaria» .....    | 263        |
| 2.4. Cláusulas opcionales .....  | 264        |
| <b>3. Incumplimiento del contrato.....</b>                                 | <b>265</b> |
| <b>4. El patrocinio audiovisual: Regulación y especialidades.....</b>      | <b>267</b> |
| <b>Bibliografía básica .....</b>   | <b>270</b> |

## LECCIÓN 12ª

|   |            |
|---|------------|
| <b>EL CONTRATO DE PUBLICIDAD .....</b>  | <b>271</b> |
| por Carmen Leonor García Pérez  |            |
| <b>1. Concepto y naturaleza jurídica del contrato.....</b>                            | <b>271</b> |
| 1.1. Concepto .....   | 271        |
| 1.2. Naturaleza jurídica .....  | 273        |
| <b>2. Perfección del contrato .....</b>   | <b>275</b> |
| <b>3. Sujetos y objeto.....</b>   | <b>276</b> |
| <b>4. Contenido del contrato: Obligaciones y derechos de las partes.</b>              | <b>277</b> |
| 4.1. Obligaciones de la Agencia de Publicidad.....                                    | 277        |
| 4.1.1. Preparación de la publicidad: El proyecto publicitario.....                    | 277        |
| 4.1.2. La creación publicitaria .....   | 279        |
| 4.1.3. Programación y ejecución de la publicidad .....                                | 280        |
| 4.2. Obligaciones del Anunciante .....  | 281        |
| 4.3. Otros pactos y obligaciones.....   | 282        |
| 4.3.1. La prohibición de incluir cláusulas de garantía de rendimiento económico ..... | 282        |

## SUMARIO

|  | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| 4.3.2. La prohibición de pactos de exoneración o traslado de responsabilidad frente a terceros ..... | 282           |
| 4.3.3. Obligación de confidencialidad .....  | 283           |
| 4.3.4. Obligación de exclusiva sectorial .....   | 284           |
| <b>5. Incumplimiento del contrato</b> .....  | <b>285</b>    |
| 5.1. <i>El incumplimiento contractual de la Agencia. Efectos jurídicos.</i> ..                       | 285           |
| 5.2. <i>El incumplimiento del anunciante</i> .....   | 287           |
| <b>6. Extinción del contrato</b> .....   | <b>289</b>    |
| 6.1. <i>El desistimiento</i> .....   | 289           |
| 6.2. <i>La imposibilidad sobrevenida</i> .....   | 290           |
| 6.3. <i>Los supuestos de los artículos 1732 y siguientes del Código Civil</i>                        | 290           |
| <b>Bibliografía básica</b> .....   | <b>291</b>    |
| <b>Anexo Legislativo</b> .....   | <b>293</b>    |