

# LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA SOBRE COMUNICACIONES COMERCIALES

**Daniel Capodiferro Cubero**

Investigador Postdoctoral

Universidad Autónoma de Barcelona

**Sumario:** 1.-Marco general. 2.-La posición del consumidor en la regulación europea. 2.1.-La protección genérica frente a la publicidad desleal. 2.2.-Garantías frente a las comunicaciones comerciales audiovisuales. 2.3.-Garantías frente a la publicidad en Internet. 3.-Medidas específicas para la protección de los menores de edad. 4.-Tratamiento en el Ordenamiento español. 5.-Conclusiones. 6.-Bibliografía.

## **1. Marco general**

El objetivo de la publicidad como actividad destinada a favorecer la comercialización de productos y servicios la sitúa dentro del ámbito de regulación del Derecho Comunitario. Éste debe garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior conforme al art. 26.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y la coordinación de las distintas legislaciones sobre publicidad es una exigencia de los principios de libre circulación de servicios y mercancías consagrados en el Tratado de la Unión Europea (Azurmendi, 2011)<sup>1</sup>,

Paralelamente, el art. 12 TFUE considera la protección de los consumidores como un interés transversal de las políticas comunitarias que deberá tenerse en cuenta tanto en su definición como en su ejecución. Y en términos más generales, el art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) establece que las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores, premisa que se integra en el Capítulo relativo a la “Solidaridad”, que bien se podría identificar, a la vista de su contenido, con los derechos sociales (Fernández Tomás, 2002). Pero la finalidad de este precepto no es otra que la de reforzar esa premisa como principio

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se centra en el régimen jurídico de la publicidad comercial, dejando de lado otras modalidades como la publicidad electoral o la institucional.

inspirador de las instituciones europeas en el marco de las competencias que tienen atribuidas, sin que con ello se esté reconociendo un derecho fundamental a la protección de los consumidores (López Escudero, 2008); aunque, por otro lado, también es cierto que su mención permite identificar un interés preferente de los consumidores que debe ser tenido en cuenta por parte de los creadores y aplicadores del Derecho Comunitario como un objetivo de interés público que requiere la intervención de la Administración para su consecución. A ese nivel sí se pueden llegar a reconocer verdaderos derechos de los ciudadanos en relación a su intervención en el mercado de productos y servicios.

De modo más específico, el art. 169 TFUE menciona la promoción de los intereses de los consumidores y su protección como una finalidad que debe ser perseguida por la Unión Europea; en particular, las políticas comunitarias deberán dirigirse a asegurar su salud, su seguridad y sus intereses económicos, así como aquellos derechos que, aplicados al ámbito de la economía de mercado, se pueden considerar necesarios para garantizar un correcto desenvolvimiento en la misma: a la información, focalizada en este caso en la de tipo comercial, a la educación, en los mismos términos, y a organizarse para salvaguardar los propios intereses. Considerando que la protección de los consumidores se define en el art. 4.2.f) TFUE como una materia de competencia compartida con los Estados Miembros, la Unión Europea podrá adoptar para el cumplimiento de este objetivo tanto Directivas que se orienten a la homogeneización de las distintas legislaciones nacionales como medidas propias que sirvan de apoyo, complemento y supervisión de aquellas adoptadas por los Estados, que retienen la capacidad para aumentar la protección dispensada por el Derecho Comunitario mientras lo hagan de modo compatible con los Tratados.

La articulación normativa de esta cuestión en el Ordenamiento Comunitario abarca una enorme cantidad de materias específicas, entre las que se encuentra, objeto de un tratamiento propio en varias disposiciones, la publicidad. Con independencia de las diferentes denominaciones que esta actividad recibe en las distintas normas, se puede definir como la comunicación establecida entre un oferente de bienes y servicios y todos aquellos destinatarios a los que alcance con una finalidad persuasiva e interesada, destinada a la promoción de aquellos (Descalzo González, 2003) mediante la combinación de hechos, ideas u opiniones (de la Cuesta Rute, 2002), resultando

indiferente que se dirija a un colectivo amplio o a un único destinatario (de Miguel Asensio, 2005) o el formato comunicacional mediante el que se materialice. Como forma de comunicación, y con independencia de su evidente vinculación con la libertad de empresa, la actividad publicitaria se puede considerar como una forma de materialización de las libertades de expresión e información, ya que éstas protegen, a juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cualquier mensaje de cualquier sujeto aunque su motivación sea el ánimo de lucro o se trate de información comercial<sup>2</sup>. Y así entendida, supone como correlato la existencia de una serie de derechos de los destinatarios de los mensajes que deben ser garantizados, llegando incluso a constituir límites para su ejercicio.

Ciertamente, la regulación de la publicidad que lleva a cabo el Derecho Comunitario se centra esencialmente en su incidencia sobre los aspectos económicos y mercantiles de la actuación del consumidor. En consonancia con el ámbito sobre el que la Unión Europea es competente, se la trata, como expresa la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales de 2005, como una actividad más de las que constituyen las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (art. 2.d)<sup>3</sup>. No obstante, en las normas europeas también se puede apreciar esa otra perspectiva, defendida por el TEDH, que concibe las comunicaciones comerciales como una manifestación iusfundamental, a veces de manera obvia y otras constituyendo el sustrato que fundamenta en última instancia medidas de naturaleza más mercantil. En cada caso, el alcance y naturaleza de las restricciones que se imponga a la publicidad no podrán ser entendidas de igual manera.

## **2. La posición del consumidor en la regulación europea**

Tanto en el Derecho originario, incluyendo la propia Carta de Derechos Fundamentales, como en el Derecho derivado el consumidor se concibe esencialmente como un agente económico que debe operar en un mercado eficiente basado en la libre competencia, lo cual no obsta para que, en ocasiones, se ponga de manifiesto su faceta de auténtico sujeto de derechos que debe ser amparado frente a un ejercicio inadecuado de las

---

<sup>2</sup> *Casado Coca c. España*, 24 de febrero de 1994, § 35, Serie A, nº 285-A.

<sup>3</sup> Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005.

libertades comunicativas del anunciante que incida negativamente en su esfera jurídica. En ambos casos el resultado es el establecimiento de medidas protectoras frente a los excesos de la actividad publicitaria, que se articulan de dos modos diferenciados, aunque siempre a través de Directivas: en función del producto, lo que suele traducirse en prohibiciones a la publicidad de ciertas categorías de bienes o servicios<sup>4</sup>, o en relación al medio en el que se desarrolle la comunicación comercial, planteando medidas que condicionan el ejercicio mismo de la comunicación comercial o la definición de sus objetivos.

### *2.1. La protección genérica frente a la publicidad desleal*

La citada Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales establece una serie de reglas que sirven para proteger al ciudadano consumidor frente a ese tipo de actuaciones, que se identifican como aquellas que contradicen los requisitos de la diligencia profesional y distorsionan o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica (art. 5.2), considerando que éste, según concluyó en su momento el TJCE, es un sujeto normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (de Miguel Asensio, 2005). Con esto se busca proteger, en principio, una de las dimensiones de la actividad comercial, la relación de la empresa con el consumidor, mientras que las medidas orientadas estrictamente a asegurar el interés de comerciantes y competidores, de vertiente puramente comercial y esencialmente relacionadas con la

---

<sup>4</sup> Paradigmático en este sentido es el caso del tabaco (Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003), cuya publicidad queda prohibida tanto en la radio como en los medios de comunicación de la sociedad de la información, así como en prensa con excepción de las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco y a las publicaciones impresas y editadas en terceros países que no estén destinadas principalmente al mercado comunitario. Lo mismo sucede con los medicamentos que sólo puedan dispensarse con receta, contengan psicotrópicos o no hayan obtenido autorización de comercialización (Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001). En el caso de los alimentos, las restricciones se imponen al contenido de las comunicaciones comerciales, condicionando la información contenida que puede formar parte de la misma y vetando ciertas prácticas consideradas engañosas (Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000). La publicidad de bebidas alcohólicas no es objeto de un acto normativo propio, pero sí de medidas específicas en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, donde se prohíbe que se dirija específicamente a menores, fomente su consumo inmoderado o aparezca vinculada a valores positivos como el éxito social o la mejora del rendimiento físico, además de no deber presentar una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad ni subrayar como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico. Respecto de las actividades de juego y apuestas, la ausencia de regulación a nivel europeo de sus distintos aspectos, incluyendo la publicidad, contrasta con la necesidad de la misma que se ha puesto de manifiesto por parte del Parlamento Europeo (Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de septiembre de 2013, sobre el juego en línea en el mercado interior).

libertad de empresa, se plasman en la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Comparativa<sup>5</sup>.

En primer término queda prohibida la publicidad engañosa. Se trata de aquella que, con la finalidad de engañar al destinatario del mensaje, contenga información falsa o que induzca o pueda inducir a error al consumidor medio (lo que incluye la publicidad comparativa o cualquier manifestación publicitaria que busque confundir el propio producto o servicio con el de un competidor), la que, considerando el contexto, omita información sustancial o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o la que no dé a conocer su propósito comercial. Todo ello teniendo en cuenta que, para ser considerados engañosos, estos mensajes deben hacer, o poder hacer, adoptar al destinatario una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

Se consagra así el principio de veracidad en la comunicación comercial con la finalidad declarada de proteger “*los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas*”, lo que, además, sirve indirectamente para asegurar la libre competencia entre los operadores comerciales en la medida en que se evita que uno de ellos tome una ventaja injusta. Este principio tiene una vertiente instrumental en relación al orden económico, pues resulta esencial para su adecuado funcionamiento (Descalzo González, 2003); pero obedece a algo más, ya que su reconocimiento normativo recuerda inevitablemente a la característica que delimita los contornos de todo ejercicio del derecho a la información y, más importante, a las garantías que supone para el receptor de los mensajes. La Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales está reconociendo la vigencia del derecho de los ciudadanos a recibir información veraz, recogido en el art. 11 CDFUE<sup>6</sup>, en toda comunicación de carácter comercial que les llegue<sup>7</sup>. En éstas, si bien no se puede prescindir del elemento

---

<sup>5</sup> Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

<sup>6</sup> Aunque este artículo no describe el contenido de la libertad de información que consagra, la doctrina del TEDH al respecto, que sirve como criterio interpretativo del contenido de los derechos de la Carta Europea según el art. 52.3 de ésta, ha consagrado el principio de veracidad como un elemento consustancial de este derecho. Sobre este particular, Vid. SERRANO MAILLO, Isabel. El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles. En *Teoría y Realidad Constitucional*, 2011, N° 28, pp. 579-596.

<sup>7</sup> Prueba de su importancia es que son varias las normas comunitarias que, al abordar cuestiones específicas que tienen que ver con los consumidores, reiteran la vigencia de este principio de veracidad,

persuasivo, el mensaje sí debe cumplir con ciertas pautas de objetividad y estar conformado por información completa. Sólo así, al igual que sucede con el derecho a la información general, se garantizaría un comportamiento libre y no manipulado de ese consumidor informado del que hablaba el TJCE. Dicho de otro modo, no se trata de una medida de sustrato simplemente económico, sino del establecimiento de los contornos que el derecho a recibir información tendrá cuando se aplique al caso específico de la publicidad, cuya finalidad hace que la apreciación de las conductas contrarias a Derecho deba ponerse en relación a la relevancia que presenten sobre la actividad económica.

En segundo lugar, también aparece vetado el recurso a la publicidad agresiva, identificada como aquella que, con el mismo resultado y considerando el contexto, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto. Al igual que en el anterior caso, en la previsión normativa subyace la necesidad de proteger un bien jurídico que trasciende la pura capacidad económica y aparece relacionado con el orden público. Sería desde luego la libertad en la formación de la decisión del consumidor, que se podría vincular con el derecho de libertad de pensamiento en la medida en que éste protege la libre construcción de la propia conciencia frente a coacciones. Pero también, considerando que estas prácticas agresivas lo son, frecuentemente, por su carácter invasivo de la privacidad de los ciudadanos, el derecho a la intimidad cuando pueda verse comprometido por una acción comercial (Megías Quirós; Cabrera Caro, 2013).

## *2.2. Garantías frente a las comunicaciones comerciales audiovisuales*

El segundo instrumento comunitario donde se recogen garantías para el destinatario de la publicidad frente a posibles abusos es la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual de 2010<sup>8</sup>. Como todo instrumento de este tipo, la finalidad de esta Directiva sea la armonización de las legislaciones nacionales en la materia, pero no por ello deja de mencionar la promoción de los códigos de autorregulación en todo lo que

---

como la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (art. 4), o el Anexo I de la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales.

<sup>8</sup> Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010.

tenga que ver con el sector audiovisual como método complementario para aplicar ciertas disposiciones que contiene.

Aunque el objeto de este texto es mucho más amplio, regulando el marco común de los términos en los que deben prestarse los servicios audiovisuales en el territorio de los Estados miembros, contiene ciertas previsiones mínimas para la protección de los consumidores, cuando se encuentren en la posición de telespectadores, ante posibles excesos en lo que su art. 1 denomina “comunicaciones comerciales audiovisuales”. Este concepto abarca cualquier uso de la imagen, con o sin sonido, cuya finalidad sea la promoción directa o indirecta de los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica que acompañe a un programa o se incluya en él a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por lo que quedan incluidos en él la publicidad televisiva convencional, el patrocinio, la televenta, el emplazamiento de producto o cualquier otra manifestación comunicativa que tenga iguales objetivos.

Sin perjuicio de la plena aplicabilidad al sector audiovisual de las garantías que para el consumidor establecen el resto de normas comunitarias, el art. 9 de esta Directiva enuncia como principio general que debe cumplir la publicidad en el sector audiovisual el de autenticidad. Se obliga a que las comunicaciones comerciales en este ámbito sean fácilmente identificables como tales, prohibiendo las de tipo encubierto y aquellas que empleen técnicas subliminales, en lo que, en el fondo, no es más que una proyección del principio de veracidad aplicado al formato del mensaje. Las comunicaciones comerciales no deben ocultar su finalidad persuasiva o comercial bajo una apariencia de información objetiva que pueda inducir a error al potencial consumidor; y tampoco valerse de formatos destinados al ocio o a la información para ello, ya que, en relación al patrocinio de espacios audiovisuales, el art. 10 establece la obligación de informar a los espectadores de la existencia de dicha circunstancia, mediante la correspondiente identificación, al tiempo que prohíbe que estos espacios inciten directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas.

Más allá de esto, el resto de prohibiciones que la Directiva establece sobre las comunicaciones publicitarias, más que amparar al ciudadano como agente estrictamente

económico, se dirigen a la protección de su esfera personal. Además de las estipulaciones concretas para la salvaguarda de los intereses de los menores de edad, el art. 9 de la Directiva realiza una enumeración de lo que, por forma y fondo, son límites a la libertad de expresión publicitaria entendida como derecho, y no sólo como una práctica de tipo comercial, basados, en última instancia, en la necesidad de proteger intereses subjetivos o colectivos que carecen de dimensión económica y que aparecen consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así, las comunicaciones comerciales audiovisuales deberán abstenerse de: atentar contra la dignidad humana (art. 1 CDFUE); incluir o fomentar cualquier tipo de discriminación, como ya dispone el art. 21 CDFUE, aunque en términos más amplios; fomentar comportamientos nocivos para la salud y la seguridad, que ya estarían vetados por los arts. 6 y 35 CDFUE; o fomentar conductas gravemente nocivas para la protección del medio ambiente, protegido por el art. 37. Considerando su naturaleza, y que se ajustan a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás u objetivos de interés general en los términos del art. 52.1 CDFUE, estas prescripciones deberán cumplir con el resto de requisitos a los que este precepto condiciona la validez de toda limitación de derechos: establecimiento por ley, respeto a su contenido esencial y proporcionalidad en su implementación.

Finalmente, la protección de los consumidores, entre los que se menciona en esta ocasión a los inversores, aparece también en el art 3.4 de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual como una de las razones que permiten a los Estados establecer excepciones a la libre difusión, dentro de la Unión Europea, de retransmisiones audiovisuales generadas en el territorio de la misma. En este caso, no se especifica si para justificar la adopción de esta clase de medidas debe existir un interés económico concreto o si bastaría con alegar un riesgo para los derechos fundamentales del receptor de las comunicaciones, en este caso, comerciales.

### *2.3. Garantías frente a la publicidad en Internet*

La Unión Europea ha dedicado un tratamiento específico a la publicidad desarrollada en el entorno digital a través, en primer lugar, de la Directiva sobre Comercio Electrónico de 2000<sup>9</sup>. Ésta regula, en términos generales, las comunicaciones comerciales cuando

---

<sup>9</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.



constituyan o formen parte de un servicio de la sociedad de la información, particularmente mediante el uso del correo electrónico. Sin embargo, lejos de establecer un régimen diferenciado, esta Directiva se dicta sin perjuicio del contenido de todas las demás normas comunitarias que regulan el ámbito publicitario, por lo que todos los condicionantes, restricciones o límites que el Ordenamiento Comunitario imponga a la libertad de expresión publicitaria que tengan por objeto la protección de la figura del consumidor en cualquiera de sus aspectos, patrimoniales o personales, también deberán considerarse vigentes en el ámbito digital con la misma intensidad. Así, deberá tenerse en cuenta todo lo dispuesto por la Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales y la Directiva de Comunicación Audiovisual, pero también el contenido de la Directiva sobre Privacidad y Comunicaciones Electrónicas de 2002<sup>10</sup>, aplicable al tratamiento de datos personales en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de cualquier tipo y que, como norma posterior, viene a modificar las previsiones de la Directiva de 2000 en lo que respecta a la publicidad (Sánchez del Castillo, 2007).

Porque el elemento diferenciador en la publicidad realizada en el entorno digital, sobre todo en la no solicitada que emplea medios directos de relación con el destinatario, es la afectación al derecho a la privacidad de los datos de carácter personal del art. 8 CFUE. Se trata de un bien jurídico que, pese a constituir uno de los principales límites a las libertades comunicativas, no ha sido considerado por la normativa comunitaria general sobre publicidad, dado que las manifestaciones convencionales de la libertad de expresión en este ámbito no son susceptibles de incidir sobre él (salvo casos muy flagrantes). Sin embargo, la publicidad no solicitada se articula, precisamente, en el previo conocimiento por parte del anunciante de los datos de contacto y, eventualmente, los intereses de un destinatario objetivo del mensaje que no ha consentido su cesión. Por tanto, cuando se regula esta cuestión, hay un objetivo de naturaleza mercantil, que bien puede ser la protección de la lealtad en las transacciones digitales (Sánchez del Castillo, 2007), pero, nuevamente y de manera inevitable, la regulación va a trascender el ámbito puramente económico para incidir en la protección de la privacidad de los ciudadanos, además en un entorno donde resulta particularmente sensible.

---

<sup>10</sup> Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002.

No obstante esto, y a pesar del carácter intrusivo de las comunicaciones comerciales no solicitadas, la Directiva sobre Comercio Electrónico no las prohíbe totalmente. Lo que hace es someterlas al principio de autenticidad, igual que al resto, obligando a que sean identificables como tales en cuanto a su naturaleza, no oculten en nombre de quién se hacen y sean fácilmente accesibles (Vega Vega, 2005), requisitos que deberán tenerse en cuenta especialmente cuando se trate de ofertas promocionales o concursos o juegos de esta índole.

En contraposición, el art. 13 de la Directiva sobre Privacidad y Comunicaciones Electrónicas, además de reiterar la vigencia del principio de autenticidad, prohíbe las comunicaciones comerciales electrónicas no solicitadas (que se denominan “comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa”, y, en términos coloquiales, *spam*), así como las desarrolladas mediante llamada automática o fax. Sólo se permiten en dos casos: cuando el emisor tuviera conocimiento de la dirección de correo electrónico del destinatario por razón de una transacción anterior, siempre que se ofrezca la posibilidad de oponerse a ello, o cuando el sujeto haya consentido previamente, de forma libre e inequívoca, la recepción de este tipo de mensajes o no haya solicitado expresamente no hacerlo, en función de lo que establezca cada Estado. Teniendo en cuenta ambas Directivas, a nivel europeo se configura un sistema de mínimos para la protección de la privacidad del ciudadano frente a intrusiones con objetivo publicitario que deja en manos de las legislaciones estatales no sólo la fijación de los términos concretos en los que se articulara la protección que exige el Ordenamiento Comunitario, sino también la posibilidad de reforzar las garantías contra las intrusiones en la intimidad de los ciudadanos (Vega Vega, 2005). Esta circunstancia no es irrelevante, puesto que, en términos formales, la Directiva sobre Comercio Electrónico establece un sistema de control en origen sobre los servicios de la sociedad de la información, responsabilizando a cada Estado miembro de vigilar que los prestadores establecidos en su territorio respeten su legislación nacional al realizar cualquier servicio de este ámbito. En última instancia es cada estado el que decide si admite o no la publicidad no solicitada realizada a través de medios digitales (López Jiménez, 2013), sin que el destinatario, cuando está en otro Estado, pueda alegar la propia ley nacional para protegerse de lo que considere una intromisión en su privacidad. Por tanto, y a pesar de la armonización normativa y la prohibición general,

la capacidad de los sistemas nacionales para proteger la privacidad de los ciudadanos en este ámbito se ve muy reducida, ya que los términos aplicables dependerán del régimen jurídico establecido en el Estado sede del prestador, y el Derecho Comunitario permite la implementación de niveles y fórmulas de eficacia desigual a pesar de ser el tipo de publicidad que mayor incidencia puede tener en el funcionamiento del mercado interior.

### **3. Medidas específicas para la protección de los menores de edad**

Es común entre la doctrina considerar que los menores de edad deben ser objeto de protección específica frente al mensaje publicitario; su inmadurez, su especial vulnerabilidad o la necesidad de tutelar su proceso evolutivo para asegurar que el tránsito a la edad adulta se realiza a salvo de influencias nocivas justifican la adopción de medidas especiales para limitar la libertad de expresión publicitaria cuando se estime que ésta puede incidir negativamente en la esfera jurídica o el bienestar del niño o adolescente. Junto con esto, no se puede obviar que los menores también participan en el ámbito mercantil, como consumidores en aquellos casos en los que ya gocen de cierta capacidad económica (adolescentes básicamente) o como sujetos que pueden influenciar o condicionar algunas decisiones de consumo de los adultos. Así, en términos generales, deben ser protegidos frente a injerencias perniciosas<sup>11</sup>, que pueden proceder de contenidos considerados ilícitos, que son los que constituyen en sí mismos delito y son merecedores de sanción por suponer una intromisión ilegítima en los derechos del menor, o de aquellos calificados como nocivos cuando, a pesar de lícitos, se consideren ofensivos o perjudiciales para el desarrollo o el bienestar del menor conforme a los valores culturales, morales, religiosos o sociales de cada lugar (López Jiménez, 2013).

En la CDFUE la protección del menor de edad se recoge en el art. 24, donde se articula su derecho a la protección y a obtener los cuidados necesarios para su bienestar, que abarca no sólo los aspectos físicos, sino también los aspectos morales o intelectuales, y que será tanto objeto de medidas positivas como un límite a la acción de la Unión y los Estados (Mangas Martín, 2008). El precepto también obliga a considerar su interés superior de manera primordial en todos los actos relativos a la infancia llevados a cabo

---

<sup>11</sup> Vid. Decisión 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea.

por autoridades públicas o instituciones privadas, siendo un bien jurídico cuya protección, a pesar de su indeterminación, puede justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Derecho originario mientras ésta sea adecuada para la consecución del objetivo propuesto y no vaya más allá de lo necesario, si bien será cada Estado quien, respetando las obligaciones que impone el Derecho Comunitario, deberá precisar los términos de dicha protección<sup>12</sup>.

Junto con esto, y por la propia lógica de la ordenación que la Unión Europea hace de las comunicaciones comerciales, cuando el Derecho derivado plantea restricciones a las comunicaciones comerciales a partir de los derechos o el interés del menor también lo hará teniendo en cuenta aspectos de naturaleza económica, que ni mucho menos pasan a un segundo plano. Esto es particularmente visible en la Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales, donde los menores de edad simplemente constituyen un grupo vulnerable a efectos de valorar, desde el punto de vista de la media de sus integrantes, la capacidad de una determinada acción publicitaria para alterar el comportamiento económico de sus destinatarios a efectos de considerarla o no desleal.

La Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual es más abierta en el desarrollo de esta cuestión. Plantea como principio la necesidad de *“equilibrar cuidadosamente las medidas para proteger a los menores y la dignidad humana con el derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*. Al aplicarlo a las comunicaciones comerciales audiovisuales se impone, como regla general, que éstas no deberán producir perjuicio moral o físico a los menores (art. 9.1) y, en concreto, no les incitarán directamente a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad, ni los animarán directamente a que persuadan a sus padres o terceros para que compren los bienes o servicios publicitados, ni explotarán la especial confianza que depositan en sus padres, profesores u otras personas, ni mostrarán sin motivo justificado a menores en situaciones peligrosas; además, se veta expresamente que la publicidad de bebidas alcohólicas se dirija a menores o los muestre consumiéndolas, prohibición que se suma a las que sobre otros productos (tabaco, medicamentos y tratamientos médicos

---

<sup>12</sup> Sentencia del TJCE, Sala Tercera, de 14 de febrero de 2008, caso *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, § 42 a 45.

únicamente disponibles con receta) realizan sus normas específicas. En estas previsiones se entremezclan, como aspectos inseparables, medidas destinadas a salvaguardar la integridad física o moral de los menores y otras cuyo fin, además de protegerlos frente a contenidos potencialmente nocivos para su desarrollo, es el de evitar que los operadores económicos utilicen de manera interesada a la juventud y la infancia para mejorar su posición o alterar la competencia. Finalmente, la protección de los menores de edad, tal y como se conciba en el Estado que lo plantee, es también una de las justificaciones válidas para restringir tanto la libre circulación de contenidos audiovisuales como, a tenor de la Directiva sobre Comercio Electrónico, los servicios de la sociedad de la información que procedan de otro Estado miembro.

Ésta última es la única previsión específica en relación a la protección de la juventud y la infancia que se recoge en las regulaciones de las comunicaciones comerciales que se desarrollen mediante estos servicios, ya que ni la Directiva sobre Comercio Electrónico ni la de Privacidad y Comunicaciones Electrónicas plantean sobre la publicidad no solicitada límites basados en ese bien jurídico, aunque igualmente sean aplicables los ya expuestos. De hecho, la primera parece derivar la cuestión al ámbito de la autorregulación del sector cuando señala como objetivo el fomento de los códigos de conducta en materia de protección de los menores y de la dignidad humana (art. 16.1.e)). No obstante, si los principios de autenticidad y accesibilidad que sí contemplan estos textos se ponen en relación con el art. 5.3 de la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales, se podría reputar como desleal toda comunicación comercial no solicitada que se dirija a menores de edad y sea de tipo encubierto o no se presente de manera que su naturaleza resulte especialmente identificable para ellos y distinguible de otro tipo de contenidos, conduciendo a equívocos considerando la capacidad de juicio de los destinatarios, pero únicamente cuando con ello se distorsione el comportamiento económico del consumidor menor medio o de aquellos sobre los que éste puede ejercer influencia suficiente. La misma consideración procede respecto de aquellos mensajes publicitarios no solicitados que, por no desarrollar las condiciones relativas al consentimiento para su recepción o al procedimiento para su exclusión en términos accesibles para los destinatarios, conduzcan a idéntico resultado.

Más allá de esto, la principal carencia que el Derecho Comunitario presenta cuando se trata de la protección de los menores de edad ante el mensaje publicitario en el entorno digital parte de la exclusión del ámbito regulado de las comunicaciones comerciales elaboradas de forma independiente del anunciante, y en particular si se realizan sin contrapartida económica. Con ello se está renunciando a abordar el problema que plantean las campañas publicitarias virales, que encuentran en internet el medio idóneo para su desarrollo. En éstas, la difusión de la comunicación comercial se logra gracias a la fidelización de los destinatarios que, sin contraprestación, adoptan como propio y propagan voluntariamente un mensaje en el que la intención publicitaria aparece disimulada en lo que parece una recomendación bienintencionada o un ejercicio de entretenimiento. Aunque no lleguen a constituir un supuesto de publicidad subliminal, este tipo de campañas se definen por tener una intención prescriptiva encubierta y una gran capacidad para alterar el comportamiento económico de sus receptores, sobre todo en el caso de menores de edad; particularmente si son adolescentes, un colectivo cuyos miembros no sólo carecen de la madurez necesaria para afrontar críticamente el mensaje, sino que resultan especialmente influenciables y necesitados de referentes a los que imitar y de los que sentirse partícipes como forma de participar en el proceso de socialización. En estas circunstancias, este tipo de publicidad presenta un enorme potencial para incidir negativamente en el interés económico y, sobre todo, personal de los menores que reciban los mensajes, sean o no destinatarios objetivos de los mismos, así como en los derechos de aquellos que se presten a intervenir activa y espontáneamente en la corriente promocional mediante el ejercicio de su libertad de expresión. A pesar de ello, no parece ser un problema que el Ordenamiento Comunitario haya considerado relevante.

La suma de todas estas previsiones es un marco jurídico que ha sido calificado por parte del Comité Económico y Social Europeo como “*innecesariamente complejo y demasiado confuso*” en su Dictamen de 2012<sup>13</sup>. Como pone de manifiesto este texto, las normas comunitarias sobre publicidad resultan claramente insuficientes para proteger a los menores de edad como sujetos de derechos ante la actividad publicitaria. No sólo

---

<sup>13</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes”, de 18 de septiembre de 2012, publicado en el Diario Oficial de la UE, Serie C, N° 351, de 15 de noviembre de 2012.

porque se han dictado considerando sólo la competencia sobre mercado interior cuando podrían haberse basado en otras materias o en la propia CDFUE, sino porque son casuísticas en su formulación y laxas en cuanto a su obligatoriedad. Donde deberían ser más estrictas, *“se limitan a una recomendación genérica o simplemente a una referencia a códigos de conducta”*, además de permitir una trasposición minimalista que ha comprometido su eficacia práctica. En suma, aunque actualmente el Derecho Comunitario no la trata como tal, *“la cuestión de la publicidad infantil y juvenil es, ante todo, una cuestión de ciudadanía y de protección de los derechos fundamentales”*, afirmación que, en los términos pertinentes, bien podría hacerse extensible a las garantías de todo ciudadano ante la libertad de expresión publicitaria.

#### **4. Tratamiento en el Ordenamiento español**

Las disposiciones del Ordenamiento comunitario se han recogido en varias normas dentro del Derecho español, observándose la misma dispersión y, en ocasiones, confusión que presenta el primero en relación a este tema. A pesar de ello, las normas nacionales resultan clave en el desarrollo de la protección del consumidor en el ámbito publicitario, ya que constituyen el principal instrumento de conexión entre ésta y los derechos fundamentales del ciudadano, considerado, a este nivel claramente, algo más que un operador económico. Actualmente y tras sucesivas reformas, las disposiciones de las distintas Directivas se encuentran literalmente incorporadas entre la Ley 34/1988, General de Publicidad, la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, el Decreto Legislativo 1/2007, del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual, por lo que sólo merece la pena detenerse en aquellas innovaciones genuinamente características de la normativa nacional respecto de la europea.

Particularmente relevante es la Ley General de Publicidad (LGP), instrumento normativo mediante el que se han venido incorporando al Derecho español todos los criterios comunitarios sobre publicidad engañosa y comparativa desde 2002, al tiempo que se mantenían, con los obligados cambios, las reglas anteriores sobre publicidad desleal (Santaella López, 2003), que continúan estando recogidas en la legislación específica sobre competencia desleal. Esta norma maneja un concepto de publicidad

muy ligado a la contratación de productos, por lo que quedarían fuera de su ámbito de aplicación otras formas de comunicación que, pese a no ser estrictamente comerciales, sí se dirigen a promover una institución, crear la imagen de ésta o sensibilizar a los ciudadanos ante un problema social concreto (Azurmendi, 2011).

Considerando esto, esta Ley articula los límites a la comunicación publicitaria a través de un concepto amplio, el de publicidad ilícita, que integra y equipara en términos de protección tanto ciertos bienes jurídicos de naturaleza subjetiva como otros que poseen una dimensión puramente económica y mercantil. Los primeros se mencionan directamente en el art. 3 LGP, mientras que para establecer el alcance de los segundos esta Ley se remite expresamente a la normativa específica sobre determinados productos y a la Ley de Competencia Desleal para que lo hagan conforme a sus propios objetivos, que, en el caso de esta última, se traducen en la necesidad de proteger “*la competencia en interés de todos los que participan en el mercado*”. No obstante, las referencias cruzadas contenidas en las normas hacen que los conceptos de publicidad ilícita y publicidad desleal se solapen, diluyendo la proyección exclusivamente económica que, atendiendo a la perspectiva de las disposiciones comunitarias que la inspiran, debería tener esta última. El art. 3.e) LGP considera ilícita toda actuación publicitaria engañosa, desleal o agresiva, formas prohibidas en sí mismas por la Ley de Competencia Desleal; y, al mismo tiempo, el art. 18 de ésta reputa como desleal toda publicidad que se considere ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad, aunque no altere las condiciones del mercado o influya en el comportamiento económico del consumidor, ya que tales resultados sólo se requieren para apreciar su irregularidad en las conductas descritas en la Ley de Competencia Desleal. Todo ello sin perjuicio de los casos en los que se pueda apreciar la concurrencia de los elementos que conforman la conducta típica del delito de publicidad engañosa del art. 282 CP, cuya finalidad, eso sí, es la protección de los intereses estrictamente económicos de los consumidores, y no otros<sup>14</sup>.

Enfocando la cuestión desde la publicidad ilícita, que parece el concepto básico que articula el modelo de protección español, merece la pena detenerse en la letra a) del art.

---

<sup>14</sup> Sobre este particular, Vid. SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 125 y s.



3 LGP, que entiende por tal aquella que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, con mención especial a los contenidos en los arts. 14, 18, y 20.4, cita esta última que, si bien conecta definitivamente la actividad publicitaria con las libertades comunicativas, resulta reiterativa y únicamente relevante por incorporar a la enumeración de bienes protegidos la protección de la juventud y la infancia. Junto con esto, el precepto enfatiza la ilicitud de los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, sobre todo si con ello se contribuye a generar comportamientos calificables como violencia de género. De este modo, constituyen límites a la libertad de expresión publicitaria, en cualquiera de sus formas o soportes, los derechos constitucionalmente protegidos, sobre todo, aunque no exclusivamente, los vinculados a la esfera personal y la dignidad, particularmente de la mujer<sup>15</sup>, que no protegen valores comerciales o patrimoniales sino la esfera subjetiva de los individuos (de Miguel Asensio, 2005). Por ello, la ilicitud de la publicidad deja de depender en este punto de las repercusiones que la actuación publicitaria pueda tener sobre el correcto desarrollo del tráfico económico para convertirse en una cuestión que debe ser analizada desde la óptica de los derechos fundamentales.

Junto con esto, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, además de declarar aplicable a las comunicaciones comerciales electrónicas la normativa vigente en materia de publicidad sin excepciones, y por tanto las pautas del art. 3 LGP, introduce como límite específico el derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos de la LOPD como límite no tanto al contenido de la comunicación comercial no solicitada sino al empleo de información personal para su envío. Con ello, supera una de las principales carencias, como se apuntó en su momento, de la norma comunitaria.

En lo que respecta a la protección específica de los menores de edad, la legislación nacional va más allá de las previsiones de la Directiva de Servicios de Comunicación

---

<sup>15</sup> Que, además, debe ser objeto de acciones tanto de salvaguarda como positivas por parte de los poderes públicos en relación a la publicidad conforme a los arts. 10 y s. de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Audiovisual, recogidas en los arts. 3.b) LGP y 7.3 LGCA con algunos añadidos<sup>16</sup>. La mención que se hace al art. 20.4 CE permite incorporar, en toda su extensión e igual que opera respecto de otras manifestaciones comunicativas, la protección de la juventud y la infancia como límite a la publicidad, que se concretará en la obligación de respetar los derechos y el interés superior del menor en los términos consagrados en la LOPJM. Esto permite entender contrarios al Ordenamiento aquellos mensajes publicitarios que no respeten los derechos del menor de edad, ya sea como espectador o como actor del mensaje publicitario (en especial los relativos a su personalidad) o que resulten contrarios a su interés superior. Particularmente por basarse en contenidos nocivos para su libre desarrollo, como son aquellos que incentiven la violencia, plasmen o promocionen comportamientos antisociales o imprudentes o posibiliten al menor acceder libremente a imágenes pornográficas (López Jiménez, 2013) más allá de sus efectos económicos. En el ámbito de la publicidad en el entorno digital, las previsiones generales deben ser igualmente interpretadas considerando la posición preponderante de los derechos y el interés de los menores de edad, sin perjuicio de su complemento, más que en ningún otro sector, a través de los instrumentos de autorregulación del sector, donde se plasman medidas específicas para la publicidad desarrollada en Internet con un nivel de concreción al que la norma no llega, aunque se vean condicionados por su naturaleza de normas deontológicas y ciertas insuficiencias materiales.

## **5. Conclusiones**

El Derecho Comunitario dispensa a la publicidad un tratamiento jurídico orientado esencialmente hacia sus aspectos económicos, prestando una particular atención a la prevención de las consecuencias distorsionadoras que su empleo pueda tener sobre la libre competencia o el funcionamiento del mercado. Por esta razón, la protección de los ciudadanos frente a los excesos de la actividad publicitaria pivota casi únicamente en la noción de consumidor como agente económico que es susceptible de sufrir un perjuicio patrimonial en su participación en los intercambios de bienes o servicios. Esta perspectiva, aunque no sea errónea, si es reduccionista. Al adoptarla se está obviando la

---

<sup>16</sup> La Ley General de la Comunicación Audiovisual, además de reiterar las pautas de la Directiva, incorpora la prohibición de que las comunicaciones comerciales de productos específicamente dirigidos a menores induzcan a error sobre sus características, su seguridad o la capacidad o aptitudes necesarias para su uso seguro y se prohíben, con carácter general, los contenidos audiovisuales, incluyendo los publicitarios, que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores.

naturaleza de la publicidad como proceso comunicativo y el hecho de que su ejercicio puede afectar a derechos de los ciudadanos o bienes jurídicos subjetivos ajenos al ámbito comercial pero igualmente dignos de protección. Y todo ello a pesar de la existencia de una Carta de Derechos de la Unión Europea y del compromiso de ésta para con su protección.

La adopción de medidas tendentes a asegurar que la actividad publicitaria no atenta contra intereses no comerciales queda, salvo aspectos puntuales, plenamente en manos de las legislaciones nacionales. En el caso español, la carencia se corrige en ocasiones mediante la mención directa de los derechos de los demás como límites a la libertad de comunicación publicitaria y, en otras, mediante una interpretación conjunta de las normas aplicables por razón del sujeto o interés implicado, aunque en ciertos ámbitos, como el de la publicidad a través de medios digitales, el Ordenamiento no ofrece una respuesta del todo satisfactoria a los problemas que se plantean, dependiendo la protección de los ciudadanos en exceso de la autorregulación del sector.

En cualquier caso, frente a la visión estrictamente mercantilista, el régimen jurídico de la publicidad es una materia que entronca directamente con la cuestión de los límites de las libertades de expresión e información. Como tal, su análisis debe realizarse a partir de la doctrina general al respecto elaborada por el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de los matices exigidos por las peculiaridades que presenta como forma comunicativa y que, en un momento dado, pueden llevar a pensar en un mayor alcance de las limitaciones legítimas o necesarias.

## **6. Bibliografía**

AZURMENDI, Ana. *Derecho de la comunicación*. Barcelona: Bosch, 2011, 338 p.

CUESTA RUTE, José María de la. *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona: EUNSA, 2002, 330 p.

DESCALZO GONZÁLEZ, Antonio. *Principio de veracidad y política pública en el mercado de la publicidad comercial*. Madrid: U. Carlos III; Dykinson, 2003, 277 p.

LÓPEZ ESCUDERO, Manuel. Título IV. Solidaridad. En Mangas Martín, A. (Dir.); Gonzalo Alonso, L.N. (Coord.). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Madrid: Fundación BBVA, 2008, pp. 473-641.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David. *La publicidad en Internet. Regulación y autorregulación*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, 312 p.

MANGAS MARTÍN, Araceli. Título III. Igualdad. En Mangas Martín, A. (Dir.); Gonzalo Alonso, L.N. (Coord.). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Madrid: Fundación BBVA, 2008, pp. 389-469.

MEGÍAS QUIRÓS, Justo; CABRERA CARO, Leticia. *Ética y Derecho en la publicidad*. Granada: Comares, 2013, 229 p.

MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de. *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*. Madrid: Iustel, 2005, 452 p.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *La Publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Las Rozas: La Ley, 2007, 442 p.

SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. *Derecho de la publicidad*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, 275 p.

TOMÁS FERNÁNDEZ, Antonio Francisco. La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea: estructura, ámbito de aplicación, invocabilidad y contenido. En *Anuario de derecho europeo*, 2002, N.º. 2, pp. 137-163.

VEGA VEGA, José Antonio. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Madrid: Reus, 2005, 495 p.