



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN LA PUBLICIDAD COMERCIAL

Alumno: Alberto Romero López

Mayo, 2020

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. MARCO CONCEPTUAL DE LA ACTIVIDAD PROMOCIONAL EN EL MERCADO. REFERENCIA A LOS MENORES COMO DESTINATARIOS...	7
2.1 Competencia desleal.....	7
2.2 Publicidad y Publicidad ilícita.....	8
3. ÁMBITO NORMATIVO APLICABLE.....	10
3.1 Nivel Estatal.....	10
3.1.1 - Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.....	10
3.1.2 - Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Mención a la Ley 29/2009 de 30 de diciembre.....	12
3.2 Nivel Comunitario.....	17
3.2.1- Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.....	17
3.2.2 - Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005.....	18
4. ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL MENOR Y LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA. SUPUESTOS.....	20
4.1 Incitar al menor a la compra de un bien o servicio.....	21
4.2 Representación de menores persuadiendo a sus padres o tutores para la compra de un bien o servicio.....	23
4.3 Presentar a los niños en situaciones peligrosas.....	23
4.4 Inducir al menor a error.....	25
5. LA AUTORREGULACIÓN SOBRE LOS MENORES Y LA PUBLICIDAD...	29
5.1 Autocontrol. Códigos de conductas/ Jurado de la Publicidad. Resoluciones.....	30

5.2 Especial mención al régimen alimentario y juguetes de los menores en la publicidad.....	36
6. CONCLUSIONES.....	42
7. BIBLIOGRAFÍA/WEBGRAFÍA.....	44

RESUMEN

En este estudio académico, tenemos como protagonistas a los menores, sujetos éstos con especial protección jurídica debido a su inmadurez, inocencia y vulnerabilidad. En el ámbito publicitario gozan de gran protección al respecto, debido a la situación actual en la que nos encontramos, siendo los menores un agente más de la publicidad, tanto como receptores como protagonistas en anuncios publicitarios. Dicho todo esto, se debe proteger a los mismos, que no sufran por estas acciones ningún tipo de perjuicio moral e incluso físico.

Por lo tanto, estudiaremos los diferentes supuestos ilícitos en los que los menores son los protagonistas, todo ello regulado por la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, entre otras. Siendo también parte de nuestro estudio, el funcionamiento del sistema de autorregulación publicitaria (AUTOCONTROL) en España, analizando su Código de conducta publicitario y varios códigos sectoriales correspondientes a los niños.

Palabras claves: Publicidad ilícita, Competencia Desleal, menores, incitación, vulnerabilidad y protección.

ABSTRACT

In this academic study, we have minors as protagonists, subjects with special legal protection due to their immaturity, innocence and vulnerability. In the advertising field, they enjoy great protection in this regard, due to the current situation in which we find ourselves, with minors being one more advertising agent, both as receivers and protagonists in advertisements. Having said all this, they must protect themselves so that they do not suffer any kind of moral or even physical damage from these actions.

Therefore, we will study the different unlawful cases in which minors are the protagonists, all regulated by the General Advertising Law and the Unfair Competition Law, among others. Being also part of our study, how the advertising self-regulation mechanism (AUTOCONTROL) works in Spain, analysing its Advertising Code of Conduct and various sector codes for children.

Keywords: unlawful advertising, Unfair Competition, child's, incitement, infringement y protection.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, existe gran presión comercial hacia la infancia a través de numerosas prácticas comerciales, por ejemplo, anunciando productos alimenticios consumidos por niños se incita a la compra de productos para obtener la posibilidad de entrar en concursos (juguetes, viajes, lotes de productos, etc), la utilización de personajes ficticios y atractivos para los niños, entre otras muchas más prácticas.

Los menores se han establecido como nuevos sujetos en el ámbito publicitario, en consideración, la gran mayoría de la publicidad que nos rodea, va dirigida al público más infantil.

Estas circunstancias, no serían de gran problema jurídico si la sociedad no avanzara tan rápido, es decir, en el ámbito publicitario siempre se está innovando y con ello, aparecen nuevas formas de llamar la atención de los consumidores. En relación a esto, es cierto que, en la actualidad, debemos tener en cuenta que el consumidor medio está más capacitado para comprender el mensaje publicitario emitido pero, paralelamente, los publicistas tienen nuevos métodos para seguir atrayendo e incentivando al consumidor. He aquí nuestra problemática: ¿Qué ocurre con los menores, cuando los publicistas y marcas cruzan el límite de lo legal?

Es sabido que los menores son sujetos de riesgo en nuestra sociedad, debido a su vulnerabilidad e inocencia. Además, todo ello acompañado a día de hoy, de un “bombardeo” constante de anuncios publicitarios y *spots*, que provocan una sobreinformación y circunstancias que pueden ser perjudiciales para los más pequeños de la casa. La finalidad de este estudio es dar respuesta al interrogante anterior, pero previamente analizando qué supuestos son a los que se refiere la cuestión, es decir, los supuestos publicitarios que sean perjudiciales para los niños y por supuesto, qué medidas represivas existen para los mismos. Para todo ello, iremos desde el ámbito normativo comunitario hasta el propio ámbito normativo estatal, en particular en éste, veremos los supuestos que regula la Ley General de Publicidad y cómo la Ley de Competencia Desleal, con su modificación de 2009, protege a los consumidores y, en nuestro estudio, a los menores.

Por lo tanto, la finalidad de la regulación debe ser la forma, el contenido de los mensajes publicitarios, qué tipo de productos se publicitan, las características más importantes del bien o servicio y, sobre todo, la protección de la infancia. Esto último, lo más importante.

Concluyendo, para poder abordar una correcta regulación, se debe analizar qué impacto tiene en los menores la publicidad que les rodea, si éstos son capaces de diferenciar el fin del mensaje publicitario o no, y si éste, es de carácter ilícito, qué podemos hacer para combatirla.

2. MARCO CONCEPTUAL DE LA ACTIVIDAD PROMOCIONAL EN EL MERCADO. REFERENCIA A LOS MENORES COMO DESTINATARIOS

2.1 Competencia desleal

En este estudio, nos encontramos ante un ámbito muy ambiguo y subjetivo, en el que los actos comerciales deben ser analizados desde una perspectiva jurídica de los mismos. Por tanto, la publicidad, en concreto en nuestra investigación, la publicidad ilícita, debe asociarse a una conducta desleal, es decir, una actuación de mala fe. Consecuentemente, es considerable en alguna medida, introducir el concepto de Competencia Desleal. Además, nos remitiremos en varias ocasiones a la ley del mismo nombre, debido a su importancia a lo largo del estudio.

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal¹ (LCD) tiene por finalidad la protección tanto de los empresarios como de los consumidores, ya que procura una protección para los intereses de ambos y, a tal fin, establecer la prohibición de los actos de competencia desleal, como es el caso de la publicidad ilícita.

Por otro lado y adelantándonos a un futuro apartado de normativa, debemos nombrar en nuestro estudio la Ley 29/2009, de 30 de diciembre², en concreto, el artículo 32 de la misma, incluye la publicidad ilícita entre los supuestos en que pueden ejercitarse las mismas acciones que contra los actos de competencia desleal.

De otro modo y sirviéndonos de apoyo para esta definición, según lo establecido en el Diccionario de la Real Academia de la lengua española (RAE)³, “desleal” es aquel que obra sin lealtad. Significado este que, no da mucho a la imaginación, viéndonos obligados a completarlo con lo regulado en la Ley 29/2009. No obstante, será desleal toda actitud que resulte objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, como ya se dijo anteriormente.

Del mismo modo, según lo recogido en el Código Civil, los derechos deben ejercitarse conforme las pretensiones de la buena fe⁴. Por tanto, se entenderá en general como buena fe, la voluntad y actividad de los sujetos en sus relaciones con los demás, es decir, a su

¹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991).

² Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

³ Real Academia de la lengua española.

⁴ Artículo 7.1 Código Civil.

adaptación a la normativa establecida para cada relación jurídica, conforme a un comportamiento socialmente establecido.

En definitiva, para que un acto publicitario se considere ilícito y, por lo tanto desleal, debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 2 de la LCD. En éste, se regula que los comportamientos recogidos por esta Ley, serán estimados desleales cuando estos se produzcan en el mercado y con fines concurrenciales. Este fin tendrá dicha cualidad, cuando se prevea materialmente idóneo el acto publicitario, para la exposición en el mercado de las prestaciones propias o de terceros.

2.2 Concepto de publicidad ilícita

Para comenzar, sería correcto definir la publicidad desde punto de vista jurídico, en particular, según dispone la normativa estatal, la Ley General de Publicidad⁵ (LGP), la publicidad puede ser definida como toda representación de comunicación elaborada por una persona tanto física como jurídica, e incluso, pública o privada, ésta en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, profesional y, en ocasiones, artesanal, con el objetivo de promocionar de forma directa o indirectamente la compra de un bien o servicio.⁶ Siendo además, una de las actividades económicas con más regulación jurídica existente, habiendo cerca de 300 normas en diferentes niveles (estatales, autonómicas y comunitarias), las que configuran el régimen jurídico publicitario en nuestro país⁷.

Al igual que en el concepto de la competencia desleal, emplearemos con el fin de facilitar la exposición y comprensión, lo regulado en el Diccionario de la Real Academia de la lengua española. Según el mismo, “publicidad” significa, divulgación o propaganda de anuncios de carácter comercial para conseguir atraer la atención de posibles compradores y usuarios.

Refiriéndonos al ámbito de estudio que nos atañe, la publicidad ilícita considerada como un acto desleal, se encuentra definida en el artículo 3 de la LGP. Adelantamos que este artículo será el núcleo de gran parte de nuestro trabajo. Sin embargo, para más precisión de nuestra investigación y un correcto desarrollo de la misma, sólo haremos hincapié en el precepto dedicado a la figura del menor, es decir, al apartado b). Obviando así, definir la publicidad ilícita desde otros ámbitos, trabajo éste que no es materia en este estudio.

⁵ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Publicada en el BOE nº 274, de 15/11/1988.

⁶ Artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

⁷ Lema Devesa, C. y Gómez Montero, J. (2010): “*Código de Publicidad. 5ª Edición*”. Marcial Pons

En consecuencia y dando un significado más jurídico, la publicidad ilícita será cualquier publicidad enfocada a menores que les incite a comprar un bien o servicio, haciendo uso de su inexperiencia o credulidad o, en la que se representen al menor persuadiendo a su madre, padre o tutor para la compra de lo publicitado. Tampoco se podrá representar a niños en situaciones peligrosas o que pudieran ser lesivas para su integridad física, sin ningún motivo justificado. Por último, no se podrá inducir a error al menor sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni incluso sobre las capacidades o aptitudes necesarias del menor para utilizar el producto anunciado, sin producir daños para sí o terceros.

A posteriori, analizaremos supuesto a supuesto en el apartado cuarto de nuestro estudio, dando gran importancia al mismo y añadiendo varios ejemplos para hacer la exposición más comprensible, debido a que como hemos mencionado anteriormente, nos encontramos, ante el artículo más importante de nuestro trabajo.

3. ÁMBITO NORMATIVO APLICABLE

En lo referido a publicidad, nos situamos ante un concepto sumamente amplio. En él, coexistentes normativas y leyes, tanto de ámbito estatal como de ámbito comunitario, refiriéndonos a la Unión Europea. Para la realización de este estudio, debemos analizar ambos ámbitos normativos para así, obtener un conocimiento medio de las normas y directivas que protegen nuestra sociedad, con respecto a la publicidad.

En primer lugar, procederemos a analizar el ámbito de normativa estatal.

3.1 Nivel estatal

La unión de España a la Comunidad Europea implica, entre otros cambios, el compromiso de actualizar la legislación española en aquellas materias en las que ha de ser acordada y actualizada con la comunitaria⁸. Con todo ello, la publicidad a lo largo de los años y con la ayuda de la evolución tecnológica tiene una gran repercusión en nuestro día a día, rodeándonos en cada momento.

En consecuencia, las circunstancias anteriores aconsejaban la aprobación de una nueva Ley general sobre la materia, que sustituyera al anterior Estatuto⁹ y estableciera el camino adecuado para la formación de jurisprudencia en su aplicación por los Jueces y Tribunales.

3.1.1 La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

Dicha Ley recoge y regula todo lo relacionado con la publicidad en el Estado español. Con antelación a esta ley y con la entrada de España a la Unión Europea, el legislador tuvo que actualizar la legislación en materia publicitario, como se mencionó anteriormente. El Consejo de las Comunidades Europeas aprobó, con fecha 10 de septiembre de 1984, una Directiva¹⁰ consistente en la conciliación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en lo referido a la publicidad ilícita.

⁸ La unión de España a las Comunidades Europeas significa, entre otras cosas, el compromiso y la obligación de actualizar la normativa estatal en aquellas materias en las que ha de ser armonizada con la comunitaria. El Consejo de las Comunidades Europeas aprobó con fecha 10 de septiembre de 1984 una Directiva relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros en lo que afecta la publicidad engañosa.

⁹ Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. BOE nº 143, de 15 de junio de 1964. Disposición derogada.

¹⁰ Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (derogada). La normativa española se actualiza a las últimas exigencias europeas.

La legislación general sobre la materia estaba constituida en España por la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprobó el Estatuto de la Publicidad, norma cuyo articulado ha caído en gran parte en desuso, por no tener la capacidad necesaria para adaptarse a un campo como el de la publicidad, especialmente cambiante y por responder a situaciones políticas y administrativas alejadas de las de la Constitución de 1978. Por tanto, se dio lugar a la creación de la LGP, vigente hasta nuestros días.

El propósito principal de esta ley es la protección del receptor de la publicidad, ya sea tanto consumidor como usuario, frente a los actos desleales que pueda provocar el empresario. Dicha protección, debe ir acompañada de un conjunto de normas que regulen la publicidad ilícita y que proporcionen un espacio protegido, en el que la publicidad sea veraz, legal, honesta y leal, como bien enuncia el lema de AUTOCONTROL, el cual estudiaremos más tarde en el apartado quinto de este estudio.

La LGP incluye: a) las disposiciones generales, b) la publicidad ilícita y de las acciones para hacerla cesar y c) los relacionado con la contratación pública.

En la presente ley, se regula los supuestos en los que la publicidad es considerada como ilícita, regulando un precepto específico hacia el menor. Por tanto, la publicidad se considerará ilícita cuando¹¹:

- Se incite al menor a la compra de un bien o servicio.
- Se representen a los mismos, persuadiendo sus padres o tutores, para la compra de un bien.
- Se presente a los menores en situaciones de peligro.
- Se induzca a error al menor sobre las características y seguridad de los productos, ni sobre las capacidades necesarios para que los niños puedan utilizar el producto, sin producirse ningún daño

En los supuestos enunciadas anteriormente, se protege al menor ante conductas que sólo resultarán de aplicación directa cuando se establezca que el anuncio va dirigido a los niños, es decir, que se demuestre que haya una incitación directa a la compra de un producto y éste vaya encaminado al sector infantil, debido a que no podemos olvidar que los menores forman parte del sistema publicitario, ellos también consumen y en la actualidad, es casi imposible dejar fuera al menor en esta materia.

¹¹ Artículo 3, apartado b de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Sin embargo, en el supuesto en el que se presente a los menores en situaciones de peligro, el campo de audiencia aumenta. Esta situación debe ser erradicada tanto en los anuncios dirigidos a los menores como a los mayores de edad. Un claro ejemplo puede ser el famoso caso de un anuncio televisivo del automóvil “Volkswagen Golf”, que con posterioridad estudiaremos más detenidamente.

Todo este análisis del apartado b), del artículo 3, será completado en su mayoría en el apartado cuarto de nuestro estudio, en el que indagaremos más sobre las conductas a las que repercutir.

3.1.2 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

Según lo introducido con anterioridad sobre actos desleales y en consideración con este estudio, vemos conveniente introducir en la normativa estatal referida a la publicidad ilícita, la LCD.

Anteriormente, se citó con la idea de introducir el tema, pero en esta ocasión veremos el objetivo de la misma. El legislador ha elaborado una Ley general, con capacidad para solucionar las demandas que puedan serle planteada. Por tanto, nos encontramos ante una ley estatal, pero sin dejar de mirar a la Unión Europea, siendo ésta “moderna” y adecuada al resto de normativas europeas. Se trata de una ley que da solución a las dificultades que puedan aparecer entre empresarios y los ocasionados por la libre competencia, siendo modificada y actualizada más tarde por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

Entre el ramal de artículos del que dispone, nos situamos especialmente, en el de los actos desleales y particularmente, los artículos 18, 30 y 32 referidos a la publicidad ilícita. En consideración, la publicidad ilícita es un acto de competencia desleal, contraria a la Ley o el orden público.

Una vez introducidas ambas leyes, y a falta de exponer la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, se nos suscita un nuevo interrogante, ¿qué ley aplicar ante un supuesto de publicidad ilícita?

Las soluciones se centrarían en si una ley excluiría y desplazaría a otra, o si ambas leyes pueden aplicarse conjuntamente, sin la necesidad de excluirse. La doctrina se encontraba dividida entre si la LCD debía desplazar en estos supuestos a la LPG por el hecho de ser una ley especial o, si estas podían “convivir” y aplicarse conjuntamente.

Anteriormente, se nombró que el sistema de publicidad era cambiante y dinámico, por tanto, veremos como la doctrina ha ido cambiado de parecer a lo largo del tiempo.

Dicho esto, acudiremos a sentencias que se contradicen con el paso de los años, por ejemplo, en la Audiencia Provincial de Valencia, se dictó sentencia en la cual se argumentaba sobre lo reconocido en sentencia anterior del Tribunal Supremo, en concreto, en su sentencia de 1 de octubre de 1997 (RJ 1997/6961). En ésta se recogía que, la competencia desleal en el ámbito de derecho mercantil, se encuentra regulada por la LGP, entre otras.

La Sala reconoció la vigencia de la LGP frente a la LCD, apoyando esta afirmación, la Audiencia Provincial de Valencia dictó que, con motivos de anterioridad en el tiempo y especial interés de la materia, la LGP debía ser la vigente en los casos ilícitos de publicidad y excluiría y desplazaría la LCD¹².

En consecuencia, en los casos que existía un supuesto de ilícito publicitario, el perjudicado debía remitirse a las acciones recogidas en la LGP. Pese a esta afirmación, autores y doctrina estaban lejos de encontrar una solución que acabara con la división doctrinal.

En 2005, el Tribunal Supremo se pronunció sobre este debate, rechazando la posible idea de que se excluyera y derogara la LGP o la LCD en estos casos, dictando en su sentencia que la publicidad ilícita, al mismo tiempo, era un acto desleal. Además, la LCD abarca el acto de la publicidad ilícita, por tanto, las acciones a realizar por una conducta ilícita publicitaria no pueden desplazar ni excluir a la LCD. Consecuentemente, el demandante puede optar por interponer unas u otras acciones, e incluso, acumularlas con respecto a los requisitos legales.¹³

No obstante, esta sentencia pretendía resaltar la opción adoptada de mantener la LGP o la LCD, más allá de una norma meramente contractual. Sin embargo, la solución a todo este interrogante vino unos años más tarde, en 2009, con la modificación de la LCD.

Nos situamos ante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, creada para intentar solucionar los problemas nacidos de las dos leyes anteriores. Tenemos que exponer esta Ley por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la

¹² SAP Valencia Nº 171/1998 de 6 de marzo.

¹³ STS Nº 515/2005, de 4 de julio.

mejora de la protección de los consumidores y usuarios, todo ello con la finalidad de modernizar y actualizar las leyes, a la vida en sociedad en la que nos encontramos actualmente.

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, tuvo por objeto la transposición de diferentes Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, todas ellas relacionadas con las prácticas desleales de las empresas que pudieran afectar a los consumidores¹⁴. Adicionalmente, la presente ley introdujo determinadas modificaciones que perseguían dar solución a las dificultades que, en la práctica, se planteaban por la regulación doble de la publicidad ilícita¹⁵.

No obstante, para concluir con el apartado normativo, haremos referencia al régimen represivo frente a la publicidad ilícita, al que da respuesta la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

Frente a las acciones de publicidad ilícita, podemos encontrar dos vías: judicial y extrajudicial. La primera, será la establecida por la LCD y la segunda, será la consistente en la autorregulación publicitaria, la cual estudiaremos en el apartado quinto de nuestro estudio.

En cuanto a la vía judicial, según lo regulado en la LGP, las acciones frente a la publicidad ilícita serán las recogidas con carácter general para las acciones de la competencia desleal en el artículo 32 de la LCD¹⁶. No existe una especial mención sobre el menor, sin embargo, debemos incluir al mismo con carácter general, como un consumidor más.

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre contempla una nueva redacción al Capítulo IV de la LCD, derogando así, el Título IV de la LGP, el cual recogía las acciones de cesación y rectificación como autónomas separadas de las establecidas en la LCD. En definitiva, se unifica en una sola ley, tanto las acciones que podemos realizar frente a la Competencia desleal como a la publicidad ilícita. Así, se establece en la LCD que la presente, tiene la finalidad de proteger a todos los que participen en el mercado (empresarios y

¹⁴ Armijo Chávarri, E. (2011), “Análisis de la reforma del régimen legal de la Competencia Desleal y la publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre”, (1a. Edición), Las Rozas (Madrid): La Ley, grupo Wolters Kluwer.

¹⁵ Vitola, R “La tipificación de determinados tipos de publicidad ilícita en la LCD”, en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-tipificacion-de-determinados-tipos-de-publicidad-ilicita-en-la-lcd/>

¹⁶ Artículo 6.1 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

consumidores), prohibiendo los actos desleales e incluyendo, particularmente, la publicidad ilícita¹⁷.

No obstante, en referencia al artículo 6.1 de la LGP que, nos remite al artículo 32 de la LCD, donde podemos mencionar que las acciones represivas¹⁸ son:

(1) Acción declarativa de deslealtad¹⁹, encaminada a obtener la declaración judicial de deslealtad de un acto, es decir, se trata de solicitar al órgano jurisdiccional correspondiente que la conducta denunciada se declare como desleal. Para ello, podemos realizar dicha acción mediante dos mecanismos: en primer lugar, el más habitual es la declaración de forma acumulada con algunas acciones más, previstas en el artículo 32 de la LCD. Por ejemplo, solicitar la acción de declaración de deslealtad y un resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto publicitario. En segundo lugar, nos encontramos con la acción declarativa de forma expresa, esto es, en los casos en los que los ilícitos han finalizado y no han provocado daños y perjuicios.

(2) Acción de cesación de la conducta desleal puesta ya en práctica. Asimismo, podrá prohibirse, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. Dicha acción, en primer lugar, tiene el objetivo de detener el acto desleal que se esté produciendo y, en segundo lugar, se adelanta a la conducta desleal con la prohibición preventiva de la misma, es decir, se pretende cesar la conducta ya realizada e impedir la repetición de la misma en el futuro. Para todo ello es necesario unos requisitos esenciales: a) debe existir un riesgo real de que existe y se ha producido un acto desleal y b) la demanda del mismo riesgo debe concretar el acto desleal del que se trata, para no llevar a error.

(3) Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. La presente acción puede llevarnos a confusión con la anteriormente explicada, debido a que la acción de remoción, se trata de erradicar con los efectos producidos por los actos desleales, mientras que como hemos explicado en la acción anterior, la finalidad de la cesación es cesar la conducta y que ésta no se repita. Por tanto, la acción de remoción tiene la finalidad de solicitar al Juez actos como la destrucción, en los que se materializa el acto de

¹⁷ Artículo 1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal tras la modificación de la Ley 29/2009.

¹⁸ Sánchez Jiménez, G. J. (2015) *Nociones de Derecho Mercantil*: Marcial Pons.

¹⁹ Carilla Zuriñana, M. A. (2009) *Acciones civiles en materia de competencia desleal* (Universidad de Castilla-La Mancha) p 3-23.

competencia desleal (etiquetas, folletos, envoltorios, entre otros), rectificar dicha publicidad ilícita por la correspondiente publicidad correctora.

(4) Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Su finalidad podrá lograrse de dos formas: a) rectificación de una afirmación incorrecta que denigre al empresario, o b) publicación correctora, también denominada, contrapublicidad, para remediar las secuelas de una publicidad engañosa²⁰. No obstante, se impone al responsable de la acción publicitaria ilícita que reconozca los errores y falsedades de la misma. En este caso, nos encontramos ante una acción que frecuentemente es utilizada contra grandes marcas y empresas²¹, como puede ser: Mac Donalds, Burguer King o Coca-Cola.

(5) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente, cuyo objeto es la prueba de la intencionalidad o negligencia del autor del acto desleal. Por lo tanto, mediante esta acción se pretende la reparación del daño a través de una indemnización.

(6) Acción de enriquecimiento injusto. La última de estas acciones se encuentra muy relacionada con la acción de resarcimiento de daños, en concurrencia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre su relación, dictando que en ambas acciones se percibe el lucro cesante, a reponer el perjuicio y transferir al recurrente la ganancia que el empresario (autor del acto publicitario ilícito) obtuviera de manera desleal²². Esta acción sólo surgirá cuando, el acto desleal lesione una posición jurídica protegida por un derecho de exclusiva u otra de parecido contenido económico. No obstante, suele estar reservada para los supuestos en los que no se puede conseguir la indemnización. Para que surja dicha acción, debe existir un lucro cesante por parte del autor de la conducta desleal y al mismo tiempo, existir el empobrecimiento del actor (perjudicado), por tanto, debe concurrir una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. En definitiva, el fin de la acción de enriquecimiento injusto, no es recuperar lo salido del patrimonio del recurrente, sino que se dirija a la reintegración del equivalente.

²⁰ Véase en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/acci%C3%B3n-de-rectificaci%C3%B3n/acci%C3%B3n-de-rectificaci%C3%B3n.htm>.

²¹ Pagola, J. (2019): *¿Qué es la contrapublicidad?* (Universidad de Desto).

²² STS 1348/2006, de 29 de diciembre de 2006.

En segundo lugar, analizaremos la normativa comunitaria:

3.2 Nivel comunitario

Al principio, mencionamos que nos situamos ante un concepto tan amplio que ha traspasado fronteras más allá de la legislación de nuestro país. España forma parte de una Comunidad Europea junto a muchos otros países, provocando así, la exigencia y obligación de promover una ley uniforme para todos ellos, dirigida a esta materia. Por lo tanto, para la realización de este estudio, emplearemos las normativas de la Unión Europea sobre publicidad.

En el ámbito europeo han existido varias iniciativas de regulación de actividades publicitarias:

3.2.1 Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa

El Parlamento Europeo y el Consejo, previó una modificación de la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, siendo modificada en varias ocasiones y de forma sustancial. Por tanto, conviene, en favor de una mayor racionalidad y claridad, proceder a la explicación de dicha Directiva.

En consecuencia, como hemos mencionado al comienzo de este apartado, la publicidad ha traspasado las fronteras de los Estados miembros, motivo para que exista una regulación a nivel europeo sobre publicidad engañosa y comparativa. Evitando así, obstaculizar y empeorar la producción de campañas publicitarias más allá de las fronteras y, por ende, queden afectados a la libre circulación de las mercancías y a la prestación de servicios.

Dicha Directiva ha surgido con el objetivo de evitar una disgregación de la competencia en el seno del mercado interior y evitar que esto afectara a la situación económica de los consumidores y de los comerciantes. Al igual que se protege a comerciantes y usuarios ante actos publicitarios engañosos y sus consecuencias injustas, se establecen pautas que deben regir la publicidad comparativa en la totalidad de los Estados miembros²³.

²³ Artículo 1 de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

En consecuencia, es necesaria una regulación comunitaria para evitar que las distintas regulaciones de los Estados influyan o afecten a las campañas publicitarias, que paralelamente influyan en el libre comercio de mercancías y servicios entre los Estados miembros.

En resumen, el legislador comunitario no ofrece flexibilidad alguna en materia de publicidad comparativa, pues como hemos añadido anteriormente, la presente Directiva rige los principios básicos sobre esta materia y éstos no podrán ser transformados. Sin embargo, en lo que respecta a la publicidad engañosa, el legislador comunitario sí ofrece mayor flexibilidad a los legisladores estatales, otorgándoles mayor protección interna sobre dicha materia.

3.2.2 Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005

La presente Directiva se encuentra dividida en cuatro capítulos: disposiciones generales, prácticas comerciales, códigos de conducta y las sanciones. Es conocida como *Directiva sobre las prácticas comerciales desleales* y su principal objetivo es el de poner fin a las diferencias en materia publicitaria entre Estados miembros, evitándose distorsión de la competencia en el mercado interno y no obstaculizar y dificultar su funcionamiento interno²⁴. La presente Directiva modifica, en consecuencia, a varias Directivas²⁵ anteriores del Parlamento Europeo y del Consejo, en su mayoría relacionadas con la protección del consumidor en materia de contratos.

La Directiva recoge las prácticas publicitarias desleales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre actividades comerciales relacionadas con bienes, e incluso, incorporando una especie de “lista negra” de prácticas comerciales, que pudieran considerarse desleales. Éstas son, las prácticas desleales que las empresas y marcas realizan en perjuicio de los consumidores. Siendo así, un sobresaliente y necesario desarrollo en acción legislativa comunitaria contra la competencia desleal.

La presente Directiva no trata de los requisitos legales en relación con el decoro y la estética, los cuales son totalmente diferentes de un Estado miembro a otro. Hay prácticas comerciales como por ejemplo, las campañas de publicidad directas en la calle, que

²⁴ Massaguer Fuentes, J. (2006): “*LAS PRÁCTICAS COMERCIALES ENGAÑOSAS EN LA DIRECTIVA 2005/29/CE SOBRE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES*”.

²⁵ Directiva 84/450/CEE, la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1977, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, entre otras.

pueden resultar indeseables en algunos Estados miembros por motivos culturales, sociales y políticos, mientras que en otros, estarían permitidas por la normativa estatal o al menos, no serían prohibidas.

Por consiguiente, los Estados miembros deben seguir prohibiendo en sus territorios, de conformidad con la legislación europea, determinadas prácticas comerciales por motivos de buen gusto o estética, aun cuando dichas prácticas no afecten a la libertad de elección de los consumidores. Al aplicar la presente Directiva, y en particular, las cláusulas generales, deberían tenerse plenamente en cuenta las circunstancias de cada caso.

Por lo tanto, como mencionamos al principio, la presente Directiva tiene la finalidad de evitar que la legislación de los Estados miembros en contra de la competencia desleal, estuviera repleta de discrepancias entre ellas, prohibiendo los actos publicitarios desleales que provoquen perjuicio económico en los consumidores.

En conclusión, existe una doble protección, puesto que la Directiva 2005/29/CE protege, indirectamente, a las empresas que operan lícitamente y de acuerdo a la normativa, de sus competidores que no lo cumplen, garantizando así una competencia leal.

4. ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL MENOR Y LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA. SUPUESTOS

Este punto que procederemos a desarrollar, supone el núcleo central de nuestro estudio. Es el artículo 3 en su apartado b, de la LGP, el que aborda la protección del menor en 4 supuestos diferentes pero relacionados entre sí.

El legislador da prioridad a la protección del menor, debido a su situación de sujeto vulnerable a consecuencia de su corta edad y a su condición de desarrollo. Por estos motivos, deben ser sujetos de especial atención y tutela²⁶. Por lo tanto, nos situamos ante uno de los supuestos más delicados de los recogidos en el presente artículo.

Si se habla del menor como un consumidor publicitario, nos referimos a un agente que jurídicamente, es la mezcla de dos sujetos protegidos por parte del ordenamiento, el menor, en sí mismo, y el consumidor²⁷. No obstante, encontramos otra razón para la especial protección de estos sujetos, puesto que siempre han sido objeto de un tratamiento particular en el Derecho, siendo, la minoría de edad, el estado civil de la persona física, desde el instante del nacimiento con vida hasta los 18 años de edad²⁸.

Debido a la especial protección que requieren los menores, que se hallan en pleno desarrollo de su personalidad, el legislador establece que los niños deben crecer en un ambiente de felicidad, dentro del seno de una familia y que en él se evite que sufran cualquier perjuicio físico o moral²⁹. No obstante, durante la infancia, los menores irán desarrollando su futura actuación social y pensamiento crítico, por tanto, éstos deben estar preparados para vida independiente y siendo educados conforme a lo proclamado en la Carta de Naciones Unidas³⁰.

En todas las normativas correspondientes a Estados democráticos de derecho, el menor tiene un papel estrella en éstas. En todas las medidas concernientes a los niños, que decidan las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

²⁶ Vilajoana Alejandre, S. (2015). Tesis doctoral: *“Límites jurídicos de la publicidad en España”*. Universidad de Barcelona. pp. 186

²⁷ Lázaro González, Isabel E. Mayoral Narros, Ignacio V. Madrid. Universidad Pontificia Comillas. (2004) *“Infancia, publicidad y consumo: Facultad de Derecho: 18 y 19 de noviembre de 2004”*

²⁸ Wolters Kluwer (2018). Minoría de edad. En: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/58Documento.aspx?params_Dxb

²⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁰ La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

autoridades administrativas o los órganos legislativos, lo esencial será atender el interés superior de los más pequeños de la casa.

Tras una breve explicación del menor como sujeto de Derecho, más propia de Derecho Civil, continuaremos con un análisis del artículo correspondiente de nuestro estudio.

A continuación, nos detendremos a analizar supuesto por supuesto, realizando una mejor valoración del artículo 3, apartado b) de la LGP.

4.1 Incitar a la compra de un bien o servicio

El primer precepto de este apartado, considera publicidad ilícita, la publicidad orientada a los menores que les incite a comprar productos, esto debido a su mayor nivel de confianza y credulidad.

Retomando la anteriormente citada LCD, en su artículo 30, se considera desleal este tipo de conducta³¹. Tipifica este hecho como publicidad agresiva, por la exhortación directa a la compra de productos hacia menores. Es cierto que, toda publicidad por la propia definición de la palabra va dirigida a llamar la atención y a persuadir a comprar cualquier tipo de productos. Sin embargo, este artículo por la especialidad de los sujetos, limita la extensión de la posible persuasión en virtud de proteger al menor.

Para aplicar este precepto, ha de matizarse que la publicidad debe ir dirigida al menor de forma directa, es decir, solo se comprende en los casos que la publicidad incite a la compra directa. Con tal forma, nos referimos a los anuncios que puedan hacer uso de verbos en imperativo, como el famoso “hazte con todos” de las pegatinas de Pokemon, o como “colecciona”, “reúne todos”, “compra”, entre otros.

Conforme al desarrollo de este apartado, nos preguntamos si realmente se está velando por el mismo. Siendo así, ¿no se les incita (directa e indirectamente) a comprar en cada anuncio de televisión dirigido a ellos?

La respuesta es más complicada de lo que podamos llegar a pensar. Jurídicamente es imposible un control exhaustivo y real de un ámbito en el que se pretende llamar la atención del consumidor, es decir, es cierto que existe una serie de regulaciones y normativas para evitar actos que perjudiquen tanto a empresarios y consumidores. No

³¹ La doble tipificación de este supuesto publicitario, tanto en la LGP como en la LCD, corresponde a una reiteración torpe, innecesaria e incluso, incongruente desde un punto de vista jurídico. Tato Plaza, A. (2010): *“La reforma de la Ley de Competencia Desleal”*

obstante, ésta desde nuestro punto de vista, no es del todo “cierta” o al menos en lo referido a este mismo precepto. Es muy difícil controlar que no se incite a comprar a un menor, a través de un anuncio publicitario, debido a que ese es su fin.

Para concluir, analizaremos un supuesto que previamente debemos advertir, que no se ha dilucidado judicialmente, es decir, no existe jurisprudencia sobre el mismo, pero tiene relevancia y en nuestra opinión, podemos observar que la conducta a analizar se trata de una incitación directa a la compra de un bien al menor, situándonos así, ante un acto publicitario ilícito.

Nos encontramos, ante un *spot* publicitario de la marca “Plátanos de Canarias” emitido en la televisión de España en 2013³². En éste podemos observar a los tres Reyes Magos de Oriente hablando a los espectadores de forma directa y pidiendo que la noche de reyes pusieran 3 plátanos, de la conocida marca “Plátanos de Canarias”, en casa. La problemática en este anuncio deriva de la utilización de unos personajes como los Reyes Magos que son muy influyentes en los menores.

Es cierto que no se hace referencia directa al menor en el *spot*, sin embargo, por la tradición de nuestro país (la noche de los Reyes Magos), el tono y el mensaje final de “sed buenos”, podemos deducir que se dirigen al sector más infantil. Al comienzo del análisis de este primer precepto, hemos indicado que se considera un acto de publicidad ilícita, la publicidad que se dirige a los menores, para incitarlos de manera directa a comprar productos, debido a su mayor nivel de confianza e inexperiencia.

En este caso, es más que evidente que los publicistas son conocedores de la confianza e inocencia de los menores, e incluso de la influencia que suponen los Reyes Magos sobre los mismos, utilizándolos para incitar a la compra de sus plátanos.

Volviendo de nuevo al comienzo de nuestro análisis, nos apoyamos en lo regulado en la LCD, que establece como desleal representar una incitación directa (se dirigen de forma directa al espectador) a los niños para que compren bienes o servicios³³.

Por consiguiente, vemos más que suficiente los argumentos expuestos para concluir que nos situamos, ante un supuesto de publicidad ilícita, en particular, el precepto de incitación de un menor a la compra de un bien o servicio. Se trata de una exhortación

³² Lasheras, J. (2014) Véase en: <https://observatoriojuridicodelapublicidad.com/spot-de-platano-de-canarias-en-navidad-ilegal/>

³³ Artículo 30 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

directa a la compra de un producto, aprovechándose de la inocencia e influencia de los niños en los Reyes Magos de Oriente.

Si bien, debemos recordar que lo analizado y concluido, se trata de una opinión personal y valorativa. No existe jurisprudencia alguna que admita que nos encontramos ante un acto ilícito. Sin embargo, este supuesto ha sido introducido en nuestro trabajo, debido a que nos ayuda a la comprensión del primer supuesto del apartado b del artículo 3.

4.2 Representación de menores persuadiendo a sus padres o tutores para la compra de un bien o servicio

Formando parte del primer precepto, encontramos el supuesto en el que los menores “aparezcan persuadiendo a la compra a sus padres o tutores”.

Es fácil su explicación, dado que está prohibida la representación en cualquier medio publicitario de la persuasión de un menor hacia su padre, madre o tutor, para la compra de un bien o un servicio. Al igual que, con el comienzo de este precepto, el artículo 30 de la LCD, prohíbe el hecho de incluir en la publicidad una “exhortación directa” a los niños para que convengan a su padres o tutores, de que compren los bienes o contraten los servicios anunciados³⁴.

4.3 Presentar a los niños en situaciones peligrosas

Este supuesto prohíbe, a todos aquellos actos publicitarios que, sin motivo justificado, represente a los menores en situaciones de riesgo o peligrosas. Dicho supuesto no necesariamente debe ir dirigido a menores, sino que se suscribe a todo tipo de público. Aunque, para aplicar esta prohibición se requiere que el mensaje publicitario pueda alcanzar al menor, es decir, no procederá la aplicación de este supuesto en los actos publicitarios, que no ostenten las características ni circunstancias para poder llegar a los más pequeños de la casa.

La Doctrina en todo caso, asume que es posible la representación de conductas o situaciones peligrosas, aunque sean de forma imitativa. Por lo tanto, al legislador le

³⁴ De nuevo, nos encontramos ante una doble tipificación, tanto en la LGP como en la LCD, que anteriormente mencionamos que correspondía a una reiteración torpe, innecesaria e incluso, incongruente desde un punto de vista jurídico.

preocupa dicha prohibición en gran medida, debido a que teme que los menores reproduzcan dichas acciones³⁵.

Respecto a esta circunstancia, existe un caso muy relevante a nivel mediático, ya mencionado con anterioridad. Se trata de un anuncio publicitario emitido en España en 2009, de la marca de vehículos Volkswagen. En particular, se anunciaba el nuevo Volkswagen Golf³⁶. En el mismo, se representan a dos menores sentados en unas escaleras, uno de ellos, simula el sonido de un motor a marchas, por lo que toma la respiración cada vez que cambia de marchas. Sin embargo, el segundo menor que aparece, simula el sonido de un coche automático, interpretando el sonido y sin respirar por un largo periodo de tiempo, debido a que con el motor automático no cambia de marchas manualmente. Incluso, al final del anuncio, el menor presenta síntomas de asfixia (ojos hinchados, venas de la cara muy sobresaltadas y tonificación facial muy colorada).

La Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) denunció en su día, dicho anuncio de Volkswagen Golf ante la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, debido a que estaban en la creencia de que puede ser peligroso para los menores.

El mayor de los fundamentos de esta denuncia fue que la Asociación de Usuarios de la Comunicación, insistía que el anuncio incumplía normativas comunitarias como la Ley 22/1999, de 7 de junio, que recoge en su articulado que la publicidad que fuera a emitirse en televisión, no puede presentar ni representar imágenes que puedan afectar sensiblemente a los espectadores más infantiles. Por lo tanto, según lo recogido en la presente ley, se deberá evitar mostrar a niños en situaciones de riesgo peligrosas, siempre que no tenga un motivo justificado, debido a que los menores tienden a imitar lo que puedan ver a través de la televisión.

El ministerio de Industria, Turismo y Comercio desestimó la demanda debido a que consideraba que en este anuncio publicitario no existía ninguna situación de riesgo, es decir, afirmaban que no aparecía un menor en situación de peligro. El ministerio argumentó además, que en los anuncios en los que aparezcan los menores en un medio creativo o humorístico y, que en éste no se consten circunstancias que afirmen la

³⁵ Tato Plaza, A. (2010): “*Protección de menores y competencia desleal*” Artículo de revista.

³⁶ Véase: <https://observatoriojuridicodelapublicidad.com/spot-contrario-a-la-proteccion-de-la-infancia/>

existencia de una situación de riesgo, no pueden considerarse como un acto publicitario ilícito³⁷.

Si se nos permite la opinión sobre la desestimación de la demanda, el ministerio de Industria, Turismo y Comercio estaba en lo correcto al obrar de tal manera, porque es cierto que puede plantearse si el menor se sitúa en una circunstancia peligrosa o de riesgo, pero realmente nos encontramos ante un *spot* de carácter humorístico para llamar la atención del espectador medio. Si es cierto que, debería analizarse la hora de emisión del anuncio, por el motivo de que los niños sean gran parte de los espectadores, pudiendo imitar la conducta representada debido a su mayor nivel de experiencia, confianza y credulidad. Sin embargo, tras esta última reflexión, también encontramos algo desafortunada esta sobreprotección al menor, ya que la gran mayoría de los que hoy somos adultos, cuando éramos niños jugábamos a ver quién aguantaba más la respiración, con el único propósito de jugar.

Por último, sobre este supuesto, se enuncia que serán prohibidos los supuestos que pongan al menor en situaciones de peligro sin motivo justificado. Por lo tanto, esta prohibición no será aplicable cuando exista dicho motivo, para representar al menor en una situación de riesgo. Estos supuestos se circunscriben a los anuncios por ejemplo de la DGT³⁸, que pretenden plasmar los peligros de conducir bajo los efectos del alcohol con menores en el mismo vehículo, o cuando no se adapta de forma correcta el transportador infantil. Por lo tanto, dicha excepción estará presente en los anuncios publicitarios que representen a niños en situaciones de riesgo o peligro, como la descrita arriba, para intentar persuadir y concienciar a los consumidores de dicha publicidad, por ejemplo, del peligro de no ponerse el cinturón de seguridad.

4.4 Inducir al menor a error

Por último, nos situamos ante la prohibición de inducir al menor a error en varios supuestos: sobre las características de los productos, sobre su seguridad, sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o para terceros.

³⁷ Véase en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2005/07/04/comunicacion/1120486064.html>

³⁸ Véase en: http://www.dgt.es/es/prensa/notas-de-prensa/2018/20181001_campana_cinturon_retencion.shtml

Realizando una lectura pausada del este último inciso del artículo 3, apartado b de la LGP, podemos limitar el ámbito de aplicación del mismo. No obstante, entendemos que tal prohibición puede abarcar cualquier tipo de mensaje publicitario, tanto los que vayan dirigidos a los menores como los que no. Aunque, como añadíamos al principio de este párrafo, si leyéramos pausadamente, podemos apreciar que se prohíbe la inducción al error sobre características del producto, su seguridad en su uso y, sobre todo, sobre la capacidad y aptitudes del menor necesarias para un correcto uso del producto o servicio. En definitiva, será aplicable este supuesto, cuando la publicidad sea ilícita en los anuncios en los que el receptor sea el menor, es decir, esta vaya dirigida en especial y directamente a los niños.

Los niños suelen entender la publicidad de forma más literaria, por este motivo, ésta debe tener especial cuidado en reflejar las características y funciones del bien o servicio publicitado, para así no causar al engaño al menor.

Para evitar situaciones como éstas, es habitual en los diferentes anuncios de televisión dirigidos a un público infantil, se añade información adicional sobre las características y funciones del bien o servicio. Este puede ser el caso de mensajes como: “se vende por separado”, “pilas no incluidas”, “no resistente al agua”, “funciona con pilas”, entre otros tantos. De esta forma, se evita inducir al error o al menos, se justifica éste

En relación con este supuesto, nos encontramos ante caso muy popular a nivel internacional y en particular, en España en 2007. Se trata de un anuncio publicitario de la firma “Armani” en la que pretende publicitar su línea de ropa para niños, Armani Junior³⁹. En la campaña publicitaria, se muestra a dos menores con rasgos orientales, de unos 5 años, las cuales van maquilladas y vestidas con biquinis y shorts, estando la imagen en blanco y negro.

El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid por aquel entonces, Arturo Canalda, consideró que la fotografía estaba "al límite" de la legalidad en publicidad de menores y pidió que se retirara porque "parece incitar al turismo sexual". Añadió para nuestro interés, que esta campaña confunde a los niños, que no perciben que se les esté anunciando ropa. Añadió que no consideraba normal y ético, representar a dos niñas de

³⁹ Véase en: https://elpais.com/diario/2007/03/10/ultima/1173481201_850215.html

tan corta edad, con los labios pintados, además, vistiendo ropa de adultos. Por lo tanto, anunció que pediría la retirada del anuncio.

No obstante, Arturo Canalda, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid en 2007, no fue el único que denunció esta situación. La directora de la Asesoría Jurídica de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, Charo Fernando, se sumó a la actuación, añadiendo que esta publicidad "choca" y se sitúa "en el límite".

Sin embargo, tras la declaración de ambos, Arturo Canalda y Charo Fernando, no se dilucidó de manera judicial el asunto. El anuncio se mantuvo durante la campaña de verano de 2007 y la marca Armani, no se pronunció en absoluto al respecto.

Respecto a la inducción sobre la seguridad del bien o servicio, nos encontramos ante un supuesto ampliamente práctico. Este inciso prohíbe los productos o servicios dirigidos a los menores, cuando éstos no sean seguros o se representen como seguros sin serlos, provocando así una situación peligrosa para el menor.

Por tanto, este apartado de prohibición resultará de aplicación, en primer lugar, cuando se afirme explícitamente que el producto publicitado es seguro para los menores, cuando en realidad no lo es. También nos encontraremos ante un acto ilícito, en segundo lugar, cuando se afirme que los niños pueden utilizar el producto con total seguridad y sin riesgo, pero en realidad, tal grado de seguridad y ausencia de riesgo sólo se alcance bajo condiciones de utilización no mencionadas en el anuncio publicitario.

Por último, se considera publicidad ilícita, cuando mediante el anuncio publicitario se induzca a error al menor, sobre las aptitudes necesarias y conocimientos del mismo, para poder hacer un buen uso del producto sin producir daños para él o para terceros.

Este supuesto, lo podemos encontrar en anuncios que reflejan fielmente las características y funciones del bien o servicio publicitado, aunque estas mismas solo resultan reales si el menor tiene una cierta experiencia previa utilizando el producto, que en la mayoría de ocasiones será un juguete. Un ejemplo claro y manifiesto de esta circunstancia, son los anuncios de dispositivos electrónicos, como puede ser un dron de juguete. Se puede reflejar como un menor maneja adecuadamente este dispositivo, cuando en realidad para que un menor consiga lo reflejado debe tener un cierto grado de experiencia.

Sin embargo, como argumentamos en el primer precepto del presente artículo, nos encontramos un supuesto realmente difícil de apreciar. La intención de los publicitas es

captar la atención de los menores, por tanto, la representación de un menor manejando un aparato electrónico crea en el menor receptor del anuncio, la idea de que él o ella también podría hacer lo mismo que el niño que aparece en pantalla⁴⁰.

⁴⁰ Dans, E. (2015) Artículo: *Los niños y la publicidad*. Véase en:
<https://www.enriquedans.com/2015/04/los-ninos-y-la-publicidad.html>

5. LA AUTORREGULACIÓN SOBRE LOS MENORES Y LA PUBLICIDAD.

Para conocer acerca del comienzo de autorregulación en España, debemos retrotraernos hasta el año 1937, en el que se aprueba el Código de prácticas publicitarias y mercadotecnia de la International Chamber of Commerce⁴¹. No obstante, el gran avance en materia de autorregulación fue la Resolución del Consejo de Europa, de 18 de febrero de 1972, sobre protección de los consumidores. Ésta inició el reconocimiento e impulso legal de la autorregulación publicitaria, recomendaba a los Estados la creación de organismos de autodisciplina y su cooperación con organismos públicos y asociaciones de consumidores⁴².

Tras la unión de España a la Comunidad Europea, era más que obligatorio la modernización en esta materia por parte de nuestro Estado, provocando así en 1995 la creación de la organización AUTOCONTROL, encargada de gestionar el sistema de autorregulación publicitaria en nuestro país.

Tal y como hemos hecho con anterioridad, procederemos a definir que es autorregulación. En nuestra normativa estatal, autorregulación tiene gran similitud con la función de autodisciplina, en términos que, se trata de supuestos en los que los sujetos se obligan voluntariamente a aceptar y respetar ciertas disposiciones, códigos de conductas, directivas y normas no impuestas por el Estado.

Analizando la propia palabra “autorregulación”, apreciamos que se compone de dos términos: “auto” y “regulación”. El primero, hace referencia a los sujetos que se obligan a regularse por sí mismos y, el segundo, al contenido de las normas y códigos de conductas que esos mismos sujetos han aceptado cumplir.

En definitiva y para aclarar el concepto de autorregulación, según María Rosario Fernando Margazo, subdirectora general de la asociación para la autorregulación de la comunicación comercial (AUTOCONTROL) y profesora titular de la Universidad Complutense de Madrid, la autorregulación es un “mecanismo voluntariamente establecido por las empresas que componen el sector publicitario (anunciantes, agencias y medios de comunicación) a través del cual, se procura que la publicidad se lleve a cabo

⁴¹ En su calidad de organización mundial de negocios, cuyos miembros incluyen miles de empresas de todos los sectores y regiones, la CCI ha sido una de las principales organizaciones encargadas de desarrollar parámetros y reglas en el campo del mercadeo y la publicidad desde 1937, año en el cual emitió el primer Código de la CCI en Prácticas Publicitarias.

⁴² Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C. (1981): “La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español”. Artículo de Revista.

de forma legal, honesta y responsable, en beneficio de los consumidores, de los competidores, del mercado publicitario y de la sociedad en general”⁴³.

Antes de concluir con esta breve introducción, debemos añadir que, tras reconocer y valorar los sistemas de autorregulación, el legislador ha ido reconociendo expresamente la legitimidad de sus órganos extrajudiciales de resolución de controversias de una manera escalonada, hasta el punto de llegar a formar parte de los sistemas de autorregulación publicitaria, y más concretamente, sus códigos de conducta, los cuales analizaremos más detalladamente en el siguiente apartado, de la actual legislación en materia de competencia desleal.⁴⁴

En este último sentido, debemos mencionar el Jurado de Publicidad de AUTOCONTROL, que se trata de un órgano independiente integrado por expertos de reconocido prestigio en los ámbitos del derecho y la comunicación comercial, con la potestad de resolver litigios⁴⁵.

5.1 AUTOCONTROL. Códigos de conductas/ Jurado de la Publicidad. Resoluciones

Ya mencionada con anterioridad, AUTOCONTROL es la organización encargada de gestionar la autorregulación publicitaria en nuestro país, verificando el cumplimiento de la normativa legal, deontológica, y procurando la pacífica y rápida resolución de reclamaciones.

La gestión del sistema se compone de tres instrumentos: códigos de conducta, sistema de asesoramiento previo y un Jurado de Publicidad. Siendo de importancia en nuestro estudio, el primero de ellos y en particular, los códigos de conductas relacionados con los menores. No obstante, también se aportará un análisis sobre el Jurado de Publicidad, al término de este apartado, que se acompañarán con algunas gráficas de datos sobre las resoluciones del mismo y varios casos reales resueltos.

En primer lugar, los códigos de conducta se encuentran definidos por la Directiva comunitaria sobre prácticas desleales, en concreto en el artículo 2, apartado f), “tratándose de acuerdos o conjuntos de normas no impuestas por el Estado, en los que se establece el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen y obligan a cumplir el código en relación a sus prácticas comerciales”⁴⁶.

⁴³ Vilajoana-Alejandre, S. (URL) y Rom-Rodríguez J. (URL) *Sistema de autorregulación publicitaria: del compromiso ético al control efectivo de la publicidad en España.*, cit p. 194

⁴⁴ Fernando Morgazo, M. R. (UCM) *La consolidación de la autorregulación publicitaria en España.* María Rosario Fernando Morgazo (UCM).

⁴⁵ Vilajoana Alejandre, S. Artículo nº 22 de *Autocontrol al servicio de la publicidad.*

⁴⁶ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado

Por lo tanto, nos encontramos ante un conjunto de normas que determinan una correcta práctica de la publicidad, que intentan evitar que ocurran ciertas conductas que puedan afectar al beneficio general.

En la actualidad, existen varios códigos de conductas relacionados con la figura del menor, siendo estos, el código PAOS, que se trata del Código de Corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud y, el Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes, que analizaremos más detalladamente en el siguiente apartado del estudio.

Ahora bien, partiendo de la existencia de códigos de conductas sectoriales, debemos mencionar que existe un Código de conducta publicitaria, compuesto por los principios aplicables a todo el sector de la comunicación publicitaria. En él, se encuentran todas las funciones de la organización AUTOCONTROL, como las obligaciones de los asociados a la misma, la composición del Jurado de Publicidad y sus funciones, el procedimiento a llevar acabo y la eficacia de las resoluciones del mencionado Jurado.

En relación a nuestro estudio, el código de conducta publicitaria incluye al menor como protagonista de varios preceptos del mismo.

Para comenzar, nos encontramos que el noveno de los principios básicos de las normas deontológicas que lo forman, establece que las comunicaciones comerciales que vayan dirigidas a niños, no deben contener ninguna representación visual o descripción de situaciones peligrosas o que representen un menosprecio por su seguridad⁴⁷.

Podemos apreciar la gran similitud finalista entre este principio básico del Código de conducta y el contenido del artículo 3, apartado b de la LGP. En estos, se buscan la especial protección y seguridad del menor, como especial sujeto de Derecho.

A continuación, en relación a nuestro estudio, nos encontramos en el mismo código, el apartado E de las normas deontológicas, el cual se trata de la protección de niños y adolescentes. A estas alturas del estudio, no nos sorprende la protección a la figura del menor, pero sí es objeto de observación que de nuevo nos encontramos ante un apartado solo y exclusivamente dedicado a la protección del menor.

interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo

⁴⁷ Código de conducta publicitaria aprobado en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1996, según lo establecido en los Estatutos de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial y tras consulta al Jurado de AUTOCONTROL y al Consejo de Consumidores y Usuarios. Última versión, con las modificaciones aprobadas por la Asamblea General Ordinaria, el día 4 de junio de 2019.

En el mencionado apartado E, en particular, en el punto 28 de las normas deontológicas, recoge las normas y conductas a seguir para evitar cualquier menosprecio al menor en el ámbito de la publicidad.

En relación, con lo expuesto sobre el artículo 3, apartado b de la LGP, podemos mencionar varios aspectos de este punto. El primero de ellos es, que las comunicaciones comerciales no deben explotar la ingenuidad, inmadurez e inexperiencia de los menores. Por lo tanto, comprobamos la íntima relación de este precepto con el primero de nuestro artículo principal de estudio, siendo ambos de idéntica finalidad.

También y al igual que con el principio básico anteriormente mencionado y ésta vez, con el tercer supuesto del artículo 3, apartado b de la LGP, nos situamos ante la obligación de que las comunicaciones comerciales que vayan dirigidas a los menores o aquellas que sean susceptibles de influirles, no deben contener declaraciones o representaciones que puedan producirle un perjuicio mental, moral o físico. Promoviendo la seguridad del menor, para que no sufra ningún mal y evitando que sea expuesto a situaciones peligrosas. Por último y, en consonancia con el último precepto del artículo 3, apartado b de la LGP, la norma 28 del presente código, establece que se tendrá especial cuidado en los *spots* comerciales, con el objetivo de no engañar o inducir a error a los niños en lo referido al tamaño real, valor, naturaleza y en general, las características del producto. Evitando de esta forma la ilicitud en la actuación publicitaria, con la que se pueda engañar o inducir a error al menor en el producto a publicitar o sus características.

Consecuentemente, la norma 28 del Código de conducta publicitaria, según la resolución 17 de octubre de 2019 de la Sección Séptima del Jurado de la Publicidad, se encuentra en perfecta sintonía con lo dispuesto en el artículo 3 de la LGP, cuyo apartado a) establece que será ilícita toda publicidad que atente contra los derechos recogidos en la Constitución Española, en especial, los artículos 18 y 20, apartado 4, es decir, aquéllos referidos a la protección de la juventud y la infancia.

Como podemos observar, dicha norma (28) se encuentra estrechamente relacionada con los apartados a) y b) del artículo 3 de la LGP.

A continuación, el apartado F de las normas deontológicas del código de conducta, referido a la protección de la salud, en particular en su único punto (29), comprobamos que de nuevo se dota de una especial protección al menor, respecto a su salud en la actividad comercial.

En dicho precepto, se recoge que las comunicaciones publicitarias no deben incitar al menor a la realización de actos o pautas que puedan ser perjudiciales para su salud. En

este apartado, podemos lanzar la cuestión de si el anuncio de la compañía “Wolkswagen”, incumple esta norma deontológica, por lo tanto, si debiera ser ilícito o no. Recordemos que en el mismo, se representaba a un menor aguantando la respiración, hasta el punto de presentar síntomas de asfixia. La solución ya ha sido explicada en el apartado correspondiente (4.3 Presentar a los niños en situaciones peligrosas), aunque podemos reflexionar sobre la resolución y lanzar de nuevo tal interrogante, una vez conocido este precepto incluido en el código de conducta publicitaria.

Por último, en el apartado de “Control del cumplimiento del Código”, en particular, en la protección de datos, nos encontramos ante un precepto que protege al menor respecto del uso de sus datos. La información obtenida por el uso de datos de menores deberá ser plasmada en un lenguaje que sea fácil de comprender. Respecto al consentimiento del uso de estos datos de un menor de 14 años, debe contarse con el consentimiento del menor, de sus padres o tutores y se harán esfuerzos razonables para verificar que se obtuvo este consentimiento.

Tras la explicación del Código de conducta publicitaria, debemos añadir a nuestro estudio todo lo necesario para comprender los futuros casos y resoluciones a exponer, en relación con el organismo encargado de resolver los conflictos en relación a las normas del Código, el Jurado de Publicidad, que se trata de un órgano extrajudicial de resolución de controversias en materia de publicidad, el cual lleva funcionando desde 1996. Siendo el primer organismo privado acreditado como entidad de resolución alternativa de litigios en España⁴⁸. Con dicho reconocimiento, se trata de un mecanismo adecuado en España en el ámbito de resoluciones extrajudiciales de reclamaciones sobre publicidad, siendo además el primer organismo a nivel nacional de autorregulación publicitaria en obtener dicho reconocimiento en la Comunidad Europea.

En consecuencia, según el punto 7 del apartado “Ámbito de aplicación y normas generales” del Código de conducta publicitaria, las resoluciones del Jurado tendrán eficacia y vinculación tanto entre las partes contendientes como en los demás asociados de la organización.

A continuación, adjuntaremos unas tablas extraídas del informe de actividad de Autocontrol del año 2019. Por supuesto, relacionadas con las resoluciones que pretendan la protección del menor.

⁴⁸ Tato Plaza, A. y Fernández Carballo-Calero, P. (2009): “*Derecho de marca y autodisciplina publicitaria*”

En primer lugar, veremos la escasa cantidad de resoluciones en relación a la figura del menor vistas por el Jurado de Publicidad.

INFORME DE ACTIVIDAD AUTOCONTROL: CASOS EN RELACIÓN A MENORES (2019).

	2018	2019
Nº total de casos resueltos*	17	14

* Cuando se plantean varias reclamaciones contra un mismo anuncio por el/los mismo/s motivo/s, dichas reclamaciones son resueltas conjuntamente a través de una sola resolución del Jurado de la Publicidad (o en su caso, a través de un único Acuerdo de mediación entre todas las partes), por lo que se contabilizan como un único caso.

Véase en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/upload/2020/02/informe-anual-de-actividad-autocontrol-2019.pdf>

En 2019, se resolvieron 267 casos de los cuales solo 14 estuvieron relacionado con la protección del menor, tratándose de un dato característico al ser tan pequeño en comparación al número total de resoluciones. De estas 14 resoluciones, adjuntaremos una tabla explicativa del resultado de las mismas.

ANÁLISIS DE CASOS EN RELACIÓN A LOS MENORES.

		2019
Aceptación de la reclamación por el reclamado y compromiso de cese o rectificación de la publicidad (sin intervención del Jurado de la Publicidad)		2
Acuerdo de mediación entre reclamante y reclamado con la intervención de AUTOCONTROL (sin intervención del Jurado de la Publicidad)		0
Resoluciones del Jurado de la Publicidad	Estimación	0
	Estimación parcial	0
	Desestimación	10
Dictamen elaborado por el Jurado de la Publicidad en virtud del art. 4 c) del Reglamento del Jurado de la Publicidad		2
Casos transfronterizos: enviados a otro organismo nacional de autorregulación		0
Casos desviados a Autoridades		0
Inadmisión a trámite		0

Véase en: [://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/02/informe-anual-de-actividad-autocontrol-2019.pdf](https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/02/informe-anual-de-actividad-autocontrol-2019.pdf)

El dato más característico del análisis de los resultados, es el gran número (10) en relación del total de resoluciones que han sido desestimadas por el Jurado de la Publicidad. Por lo tanto, se ha desestimado, hasta en diez ocasiones, que se haya infringido las normas establecidas en el Código de conducta de Autocontrol u otros códigos sectoriales.

A continuación, expondremos varias de las resoluciones de 2019 que fueron desestimadas por el Jurado de la Publicidad, incluyendo el por qué de la desestimación de las mismas.

En primer lugar, analizaremos la Resolución de 17 de octubre de 2019 de la Sección Séptima del Jurado, en la que se desestima la reclamación propuesta por un particular en relación a una acción publicitaria perteneciente a la compañía Warner Bros Entertainment, S.L.⁴⁹.

La reclamación se fundamentaba en un anuncio expuesto cerca de la entrada de un colegio, en el que se anunciaba la nueva película del “Joker”. En dicha publicidad, podíamos apreciar el rostro del actor Joaquin Phoenix, caracterizado como un payaso. En él, se podía leer “Joaquin Phoenix. Joker. 4 de octubre en cines”.

El particular reclama que la inquietante y tenebrosa caracterización del protagonista era inadecuada para su representación enfrente de la puerta de un colegio, fundamentando su reclamación en la norma 28 del Código de conducta publicitaria de Autocontrol, en la cual se establece que “las comunicaciones comerciales dirigidas a los menores o aquellas que sean susceptibles de influirles, no deberán contener representaciones o declaraciones visuales que puedan producirle un perjuicio metal o moral”.

Por tanto, para el reclamante, la caracterización del Joker atenta contra los menores, pudiendo provocarles temor real y un perjuicio mental o moral a los mismos.

Tras el análisis del supuesto por parte del Jurado, dicha imagen no puede ser calificada como perjudicial para desarrollo físico, mental o moral del menor, matizando que, siendo cierto que la representación del payaso no es la habitual que pudiera pensarse respecto a un payaso convencional e “infantil”, la simple cara del actor caracterizado de payaso y el texto que acompaña al *spot*, no reúne los elementos suficientes para considerar que la publicidad pueda perjudicar a la moral del menor, no viéndose infringida así, la norma 28 del código.

Por último, el presente Jurado manifiesta su respeto hacia el particular que se ha preocupado por el bienestar de los menores, pero no pudiéndose entender los requisitos suficientes para determinar esta publicidad como perjudicial.

En segundo lugar, analizaremos la Resolución de 11 de abril de 2019 de la Sección Séptima del Jurado, en la que se desestima la reclamación de un particular, interpuesta por la página web tvinfancia.es y remitida al Jurado de Publicidad, relacionada con una publicidad de la que es responsable la Asociación Greenpeace España⁵⁰.

⁴⁹ Véase la Resolución en: https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2018/11/resolucion_jurado_publicidad_y_menores_2482.pdf

⁵⁰ Véase Resolución en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2018/11/res2388.pdf>

El particular dirigía su reclamación frente a una publicidad divulgada en televisión, en concreto, dos anuncios, en los cuales aparecían imágenes de varios animales (aves y mamíferos marinos) afectados por la ingesta de plástico como consecuencia de la contaminación de los océanos. Estas imágenes iban acompañadas de una voz en *off* que advertía que cada año, una gran cantidad, en concreto, más de un millón de aves y mamíferos marinos mueren por culpa de la contaminación en nuestros océanos, a causa del vertido de plástico a estas aguas. Muchos de ellos, confunden los plásticos con pequeñas presas, lo que provoca que sus estómagos se colapsen y mueran lentamente. Se estipula que cada año, 12 toneladas de plásticos se encuentran varados en las aguas de nuestros océanos.

La fundamentación de la reclamación se basa la norma reguladora de la protección de menores frente a los contenidos de televisión inadecuados, más concretamente, la norma 28 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol. Estableciendo que, al igual que el supuesto anterior, las comunicaciones comerciales dirigidas a los niños o aquellas que sean susceptibles de influirles, no deberán representar material que visualmente puedan producirle un perjuicio mental o moral.

Tras el análisis por parte del Jurado de los anuncios reclamados, se concluye que se trata de un acto comercial que intenta mostrar la realidad de lo que provoca la contaminación, en particular, la acción de verter plásticos al mar, sobre la fauna marina y nuestro ecosistema. No obstante, para el Jurado, la utilización de imágenes impactantes responde a la finalidad educativa de concienciar a la sociedad las consecuencias de tirar plásticos a las aguas de nuestros mares y océanos.

En definitiva, el Jurado desestima esta reclamación fundamentando que las imágenes acompañadas del contexto, no pueden considerarse perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral del menor. Por lo tanto, la reclamación estudiada no infringe la norma 28 del Código de conducta publicitaria de Autocontrol.

Tras la exposición de varias resoluciones conforme a lo establecido en el código de conducta publicitaria, haremos hincapié en los códigos sectoriales que protegen especialmente al menor.

5.2 Especial mención al régimen alimentario y juguetes de los menores en la publicidad

Como mencionamos en la introducción del apartado 5, junto al código de conducta publicitaria conviven varios códigos de conducta sectoriales. En nuestro estudio, analizaremos los que tengan mayor relevancia para la protección del menor, en concreto,

el código PAOS⁵¹ que se trata del Código de Corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud y el Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes⁵².

En primer lugar, nos situamos ante el código PAOS, la finalidad de éste es disminuir la prevalencia de obesidad y sobrepeso en los niños y sus posibles consecuencias perjudiciales. La Federación de Industrias y Alimentación y Bebidas⁵³ fue la gran promotora del mismo, con el objetivo de marcar unas pautas (desarrollo, ejecución y difusión) para la correcta realización de la publicidad dirigida hacia menores.

Estamos ante un código sectorial, de gran relevancia en la actualidad, debido al sedentarismo y sobrealimentación de los menores, provocado por las nuevas conductas y hábitos de la sociedad moderna. El resultado de estos factores es la obesidad y sobrepeso en los niños, problema éste, que atañe a todos los agentes que intervienen en este ámbito, como padres, autoridades sanitarias, hostelería, industria y, sobre todo, la publicidad.

El ámbito del Código PAOS se encuentra limitado a respetar la publicidad dirigida a los menores de 12 años, tanto en los medios audiovisuales e impresos, como a menores de 15 años, en Internet.

No obstante, las empresas adheridas, debiendo matizar que cada vez son más, a este Código insisten su compromiso y voluntad en el respeto a la actual legislación correspondiente, nos referimos a la LGP, como a legislación sobre publicidad de alimentos y otras disposiciones legales correspondientes a la protección al menor de edad. Consecuentemente, en el buen cumplimiento de su compromiso, las empresas adheridas deben presentar sus propuestas de anuncios publicitarios al Gabinete Técnico⁵⁴ de AUTOCONTROL, siendo revisadas antes de emitirse. Este mecanismo de consulta previa tiene carácter obligatorio y vinculante, provocando así que cada vez más, las empresas adheridas utilicen este sistema, incrementando la calidad y el cumplimiento de las normas (criterios éticos) que se establecen en el Código.

⁵¹ Código de Autorregulación de la Publicidad de Alimentos y Bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y de la salud, elaborado en el año 2005. Conjunto de normas donde se establecen una serie de pautas que sirven de guía para todas aquellas compañías adheridas en el desarrollo, ejecución y difusión de sus mensajes publicitarios cuando estos están destinados a niños menores de doce años.

⁵² Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes se inserta en el marco de la estrategia de protección del menor que lleva en marcha la Asociación Española de Fabricantes de Juguetes (AEFJ) desde 1993 y cuyo objetivo es promover el derecho a la comunicación comercial y a la libre competencia de las empresas jugueteras, salvaguardando los intereses de la infancia

⁵³ Se creó en 1977 para presentar, a través de un único organismo y una sola voz, a la industria española de alimentos y bebidas, primer sector industrial en España.

⁵⁴ Presta asesoramiento previo a la difusión del anuncio a través del servicio de Consulta Previa (Copy Advice®).

A continuación, situándonos en el control, analizando los casos y destacando *a posteriori* que, con el paso de los años, podemos admitir que existe una tendencia decreciente al enfrentamiento relacionado con el Código PAOS. Afirmación ésta, elaborada gracias a la escasa cantidad de reclamaciones (20) presentadas ante el Jurado de Publicidad de Autocontrol.

Por último, tras una breve introducción del Código PAOS y su mecanismo, analizaremos las diferentes normas éticas que lo componen: Principio de legalidad, lealtad, educación e información nutricional, entre otras muchas más. Como es imposible analizar en nuestro estudio cada uno de ellas, nos centraremos en la que más importancia o relevancia tengan hacia el menor, según nuestra opinión, sin menospreciar ninguna.

En relación a los principios o normas éticas debemos destacar el principio de legalidad⁵⁵, en el que se constituye que la actividad publicitaria de alimentos y bebidas se concertará a la legislación vigente y el principio de lealtad⁵⁶, estableciendo que la publicidad dirigida a menores se ajustará a exigencias de buena fe.

Consecuentemente a los principios anteriores, la publicidad dirigida a los menores deberá expresarse en un lenguaje comprensible para este sector y de forma clara y destacada, evitando así, inducir a error o engañar al menor sobre lo publicitado⁵⁷. Nos situamos, ante un principio de contenido familiar, debido a la preocupación por no inducir a error al menor, cuestión ésta, analizada en puntos anteriores de nuestro estudio.

Por supuesto, al igual que lo regulado en el artículo 3, apartado b de la LGP, no se podrá incitar directamente al menor a la compra de un bien o producto⁵⁸.

En referencia a otro supuesto del artículo esencial de nuestro estudio, los anuncios no pueden representar escenas, imágenes o mensajes de carácter peligroso, para evitar así, que el menor imite dichas conductas⁵⁹. Tampoco se permite que la publicidad de alimentos o bebidas incite a los menores de 15 años entrar en páginas webs extrañas o a hablar con desconocidos, todo ello referido a Internet⁶⁰.

Para concluir, debemos añadir que nos situamos ante un gran avance en la regulación de la publicidad infantil de alimentos y bebidas, no solamente por regir los principios que

⁵⁵ Norma ética I del Código PAOS, correspondiente al principio de legalidad.

⁵⁶ Norma ética II del Código PAOS, correspondiente al principio de lealtad.

⁵⁷ Norma ética V del Código PAOS, correspondiente a la información que deben llevar los productos.

⁵⁸ Norma ética VI del Código PAOS, correspondiente a la presión de ventas a los menores.

⁵⁹ Norma ética XI del Código PAOS, correspondiente a la seguridad.

⁶⁰ Norma ética XIV del Código PAOS, última de las normas, correspondiente a la Protección frente a contenido inapropiados.

han de seguir los anuncios publicitarios, sino también porque establece los sistemas y marca las pautas que garantizaran el control y la ejecución de la normativa.

En segundo lugar, y con especial referencia a los menores, nos encontramos ante el Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes. Para analizarlo, desarrollaremos una estructura similar a la realizada para analizar el Código PAOS.

La Asociación Española de Fabricantes de Juguetes⁶¹ fue la precursora de este conjunto de normas, que establecerán las pautas que deben tomar las compañías o marcas de juguetes asociados al desarrollo, ejecución y difusión de su publicidad, por supuesto, dirigida a menores.

En su contenido podemos observar las modificaciones técnicas y económicas de la industria televisiva que necesariamente han dado lugar a transformaciones en el contenido y la forma de los anuncios publicitarios en este medio de comunicación. De igual forma, se crearon medidas para la adaptación a las nuevas tecnologías y la divulgación de su uso. Además de todo lo expuesto en nuestro estudio, el Código de la Publicidad Infantil de Juguetes mantiene la idea de que la publicidad tiene un lugar clave en el desarrollo infantil del menor. Por tanto, nos encontramos ante un Código nuclear para evitar problemas sociales.

El ámbito del presente Código nos sitúa ante la publicidad infantil, ésta entendida como aquella que va dirigida a un público compuesto por menores de 15 años. Sin embargo, sobre este ámbito debemos desarrollar dos tramos diferentes: uno, hasta 7 años de edad de los menores y otro, entre 7 y 14 años de edad. Siendo evidente que el tramo en el que se debe tener más cautela y atención sea el primero de ellos.

Para más claridad sobre el estudio del mismo, debemos añadir que un mensaje publicitario se dirige a menores cuando concurren ciertos requisitos: a) por el tipo de bien que se publicita, dirigido a menores de entre 7 y 15 años, b) por el tipo de diseño y forma del mensaje publicitario, es decir, un diseño que llame el interés de los menores de edad, comprendidos entre 7 y 15 años y por último, c) por las situaciones en las que se desarrolla la publicidad, es decir, los mensajes publicitarios dirigido a menores deben estar insertados en franjas horarias, programas o espacios dirigidos a un público de entre 7 y 15 años de edad.

⁶¹ La Asociación Española de Fabricantes de Juguetes (AEFJ), fundada en 1967, es la única organización que agrupa a las empresas del sector y es entidad colaboradora desde el año 89 de la Secretaría General de Comercio Exterior, del Ministerio de Economía, reconocida como Agrupación Nacional de Exportaciones. Véase más información: <https://www.aefj.es/paginas/que-es-aefj-fabricantes-juguetes?s=que-es-aefj-fabricantes-juguetes>

No debemos olvidar, añadir el significado del objeto del mensaje publicitario ante el que nos situamos. Por tanto, según el Código de la Publicidad infantil, se entenderá por juguetes, “aquellos productos diseñados o previstos, exclusivamente o no, para ser utilizados con fines de juego y ocio por niños menores de 14 años”. No lo son, por tanto, los ordenadores, mecanismos o equipos electrónicos o incluso, consolas de videojuegos. Todo esto no sería útil ni eficiente sin el compromiso de las empresas adheridas. Éstas al igual que pasaba con el Código PAOS, se comprometen a respetar y cumplir las normas establecidas en el Código, en las cuales se contemplan las obligaciones legales exigibles a la publicidad y promoción de juguetes destinados a los menores, siempre en beneficios de estos. De nuevo, de la misma forma que en el anterior Código analizado, en éste las empresas adheridas se comprometen también a presentar sus propuestas de anuncios publicitarios al Gabinete Técnico de AUTOCONTROL, siendo revisadas antes de emitirse.

En relación a todo lo expuesto, nos situamos ante las normas éticas establecidas en el Código, siendo lógico y posible analizar solamente las que más relevancia tengan para nuestro punto de vista, sin menospreciar a ninguna de ellas.

En primer lugar, nos encontramos el principio de legalidad, el cual regula que la publicidad infantil se ajustará a la legislación vigente y a los establecido en el Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL⁶².

También, nos encontramos de nuevo, ante el principio de lealtad, éste regula que la publicidad de los juguetes infantiles debe ajustarse a las exigencias de la buena fe y de los buenos usos mercantiles⁶³.

Norma clave en relación a lo regulado en el artículo 3, apartado b de la LGP, los mensajes publicitarios deben contener un especial cuidado y cautela en la presentación de los juguetes y en su representación, para así no inducir a error a los niños sobre las características del producto promocionado.

No se deberá confundir a los menores sobre los beneficios del uso del producto y, de igual manera, no deberán inducir a error al menor sobre las características particulares del producto, cuando estas no sean así. También debemos añadir que los anunciantes, para evitar inducir a error a los menores deben, cuando así se prevea, añadir mensaje en el acto

⁶² Norma ética I del Código de Publicidad Infantil, correspondiente al principio de legalidad.

⁶³ Norma ética II del Código de Publicidad Infantil, correspondiente al principio de lealtad.

publicitario como: “funciona a pilas”, “tamaño del muñeco 25 cm”, “ficción animada”, entre otras⁶⁴.

El Código de Publicidad infantil también incorpora la norma ética de prohibir que los mensajes publicitarios hagan un llamamiento directo a la compra del juguete anunciado, ni que inciten a que los menores persuadan a sus padres para que compren los juguetes que aparecen en televisión u otros medios de comunicación⁶⁵.

Por último, correspondiente a las normas éticas, nos situamos ante la prohibición de representar a adultos o menores en situaciones peligrosas o inseguras en la publicidad de juguetes. Por tanto, debe evitarse situaciones o escenas que inciten al uso peligroso del juguete anunciado. Además, los anuncios publicitarios de juguetes deben representar un buen uso de los productos adecuados para su edad⁶⁶.

Para finalizar con el análisis del presente Código, debemos valorar la situación actual en la que nos encontramos, es decir, los menores viven en una sociedad rodeada de información en la cual, la publicidad es una parte esencial de su día a día. No obstante, tras la aprobación y utilización del Código de Publicidad Infantil, podemos concluir que los menores son sujetos de una publicidad responsable y leal y, que por supuesto, se está velando por su protección y salvaguardando sus intereses.

⁶⁴ Supuestos de la Norma ética III del Código de Publicidad Infantil, correspondiente a la presentación de los productos.

⁶⁵ Norma ética V del Código de Publicidad infantil, correspondiente a la presión de ventas.

⁶⁶ Norma ética X del Código de Publicidad infantil, correspondiente a la Seguridad.

6. CONCLUSIONES

La sociedad que nos rodea avanza a gran velocidad, al igual que nosotros. Esta afirmación puede ser aplicada a cualquier ámbito que podamos estudiar y conocer. En nuestro caso, tratándose del ámbito publicitario, es una obviedad que la sociedad y éste van de la mano, es decir, nos encontramos ante una situación en la que estamos rodeados por mensajes publicitarios, forman parte de nuestro día a día. Dentro de la mencionada sociedad, encontramos a los menores, sujetos de especial protección debido a su vulnerabilidad, inocencia e inmadurez. Los medios de comunicación, en especial, la televisión e internet, son una fuente constante de información que se encuentran disponibles para la inmensa mayoría de menores de nuestro país. La gran audiencia, acompañada de una posición inmejorable y un gran “poder” como es el de influir en los menores, de los publicistas y marcas, propician una mayor preocupación, dando lugar así, a la especial protección estudiada a lo largo de la investigación, todo ello para evitar una posible lesión física o moral.

¿Qué supuestos pueden ser lesivos para los menores? ¿Cómo combatirlos?

En este estudio, hemos dado respuesta a estas dos grandes afirmaciones basándonos en lo regulado en la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal. Hemos comprobado que los menores ostentan un lugar privilegiado en el sector publicitario, siendo así, con un artículo en específico para ellos, el artículo 3, apartado b, de la Ley General de Publicidad, e incluso seis mecanismos de represión contra un acto ilícito en el que hayan sido perjudicados. También, hemos podido analizar el trabajo de la autorregulación en la publicidad de los menores, de la mano de la organización AUTOCONTROL, analizando su código de conducta publicitario, códigos sectoriales y casos resueltos por el Jurado de Publicidad.

La teoría, como han podido apreciar a lo largo del estudio, aparenta ser real, formal y útil. Sin embargo, no es menos cierto que no existe un gran número de jurisprudencia de nuestros Tribunales relacionado con supuestos ilícitos de menores en publicidad. Esto puede ser debido a dos posibles soluciones: a) la legislación vigente y los mecanismos de autorregulación son muy eficientes, por lo tanto, los publicistas y marcas actúan de buena fe y siguiendo las normas establecidas y aceptadas (en el caso de la autorregulación), previniendo así, lesiones a este sector de especial protección y realizando un buen uso del “poder” que tienen o bien, b) los menores son sujetos de especial protección, pero en este ámbito no están realmente considerados, debido a la dificultad de determinar cuándo un mensaje publicitario es ilícito, por ejemplo, el primer precepto del artículo 3, apartado b,

de la Ley General de Publicidad regula como ilícito y por tanto, desleal, el mensaje publicitario que incite al menor directamente a la compra de un bien o un servicio. Por tanto, si analizamos el supuesto detalladamente, ¿la finalidad de la publicidad no es incitar a la compra de sus bienes o servicios? Es decir, en esta materia nos encontramos ante supuestos de difícil apreciación y aplicación por la ambigüedad de su redacción.

De las dos soluciones expuestas más arriba, quisiéramos creer que la primera es la correcta, y que tanto la legislación actual como los mecanismos de autorregulación, consiguen el fin perseguido. Sin embargo, desde la perspectiva de haber realizado este estudio, tememos que la respuesta correcta es la presentada en segundo lugar, esto es, una regulación específica para el menor de difícil apreciación.

No se trata de una queja, debido a que existen mecanismos realmente útiles como la organización de AUTOCONTROL que, a través de la autorregulación, mantiene la licitud y la buena fe de los publicistas conforme a la publicidad infantil. No obstante, hemos apreciado que existe una escasa cantidad de casos resueltos por su Tribunal, ¿a qué se debe esto? De nuevo argumentamos la dificultad de apreciar un acto ilícito de estas características, provocando así una despreocupación por el sector publicitario dirigido a menores.

Existe legislación nacional, europea e internacional sobre la publicidad dirigida a los menores, toda ella dirigida al mismo fin. Sin embargo, no existe aún, un mecanismo que marque las verdaderas pautas para la apreciación suficiente y real de estos supuestos ilícitos.

La conclusión de este trabajo de investigación, no debe manchar los grandes avances jurídicos sobre esta materia y las buenas actuaciones de nuestros mecanismos de represión. No obstante, sí es notable y preocupante la afirmación de que aumenta la despreocupación por el menor en el ámbito publicitario o al menos, tal apreciación advertimos tras el estudio.

En definitiva, tras la finalización de este trabajo, podemos apreciar la especial protección que tiene el menor en cualquier ámbito jurídico. Hecho que hemos conocido a lo largo del Grado pero, que en esta ocasión hemos estudiado de primera mano. No obstante, también podemos apreciar la necesidad de un mayor control en el ámbito publicitario y la creación de un mecanismo real, aparte de los códigos de conducta de autorregulación y de lo regulado en la normativa, en el que se impongan ciertas directrices para aclarar los posibles supuestos ilícitos con la regulación actual.

7. BIBLIOGRAFÍA/WEBGRAFÍA

Bibliografía

Armijo Chávarri, E. (2011), *“Análisis de la reforma del régimen legal de la Competencia Desleal y la publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre”* (1a. Edición), Las Rozas (Madrid): La Ley, grupo Wolters Kluwer.

Carilla Zuriñana, M. A. (2009), *“Acciones civiles en materia de competencia desleal”* (Universidad de Castilla-La Mancha) p 3-23.

Dans, E. (2015) Artículo: *“Los niños y la publicidad”*

Fernando Morgazo, M. R. (2008), *“La consolidación de la autorregulación publicitaria en España”*. (UCM).

García – Cruces, JA. (2014) *“Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad”*. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 1945-1980 (primer precepto del art. 3).

Gómez Segade, J. A. y Lema Devesa, C. (1981) Artículo de Revista: *“La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español”*.

Jiménez Sánchez, G. (2019) *“Lecciones de derecho mercantil”* Madrid Tecnos.

Jiménez Sánchez, G. (2019) *“Nociones de derecho mercantil”* Marcial Pons.

Lázaro González, Isabel E. (2004) *“Infancia, publicidad y consumo: Facultad de Derecho: 18 y 19 de noviembre de 2004”* Madrid. Universidad Pontificia Comillas.

Lema Devesa, C. y Gómez Montero, J. (2010): *“Código de Publicidad. 5º Edición”*. Marcial Pons.

Llaquet Baldellou, P. (2005) *“III Jornadas sobre Derechos de los Menores: INFANCIA, PUBLICIDAD Y CONSUMO. PUBLICIDAD E INFANCIA EN EUROPA”*

Massaguer Fuentes, J. (2006) *“LAS PRÁCTICAS COMERCIALES ENGAÑOSAS EN LA DIRECTIVA 2005/29/CE SOBRE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES”* Universidad Pompeu Fabra y Profesor del Instituto de Empresa.

Mayoral Navarros, I. V. (2004) *“Infancia, publicidad y consumo: Facultad de Derecho: 18 y 19 de noviembre de 2004”* Madrid. Universidad Pontificia Comillas.

Menéndez Menéndez, A. (2019) *“Lecciones derecho mercantil”* Cizur Menor Navarra: Civitas: Thomson Reuters.

Pagola, J. (2019) Artículo: *“¿Qué es la contrapublicidad?”* (Universidad de Desto).

Rom-Rodríguez, J. (2017) *“Sistema de autorregulación publicitaria: del compromiso ético al control efectivo de la publicidad en España”* Tesis. (URL) p. 194

Tato Plaza, A. (2010) *“La reforma de la Ley de Competencia Desleal”*: La Ley (Madrid)

Tato Plaza, A (2010) *“Protección de los menores y competencia desleal”* Artículo de revista.

Tato Plaza, A. y Fernández Carballo-Calero, P. (2009): *“Derecho de marca y autodisciplina publicitaria”*

Vilajoana Alejandre, S (2015): *“Límites Jurídicos de la publicidad en España”* Tesis doctoral. Universidad de Barcelona. p. 186

Webgrafía

Definición de publicidad y desleal (RAE): <https://www.rae.es/>

Acción de rectificación: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/acci%C3%B3n-de-rectificaci%C3%B3n/acci%C3%B3n-de-rectificaci%C3%B3n.htm>.

AUTOCONTROL: <https://www.autocontrol.es/>

Código PAOS:

http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/nutricion/Nuevo_Codig_o_PAOS_2012_espanol.pdf

Código de Autorregulación de la publicidad infantil de juguetes: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2018/11/codigo-de-autorregulaci%C2%A2n-de-la-publicidad-infantil-de-juguetes.pdf>

Código de Conducta de Publicidad (AUTOCONTROL): <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/03/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol.pdf>

Aspectos más relevantes de la Ley de Competencia Desleal: <https://www.iberley.es/temas/aspectos-relevantes-ley-competencia-desleal-43851>

Minoría de edad:

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAUNjI0tLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAcX6kCzUAAAA=WKE
<https://www.boe.es/doue/2018/303/L00069-00092.pdf>

Nueva Directiva europea del audiovisual: ¿esperanza o amenaza? Artículo de revista sin autor: <https://www.panoramaaudiovisual.com/2017/05/25/nueva-directiva-europea-del-audiovisual-esperanza-o-amenaza/>

Vitola, R (2019): “*La tipificación de determinados tipos de publicidad ilícita en la LCD*”: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-tipificacion-de-determinados-tipos-de-publicidad-ilicita-en-la-lcd/>

Noticia “Armani Junior”:

https://elpais.com/diario/2007/03/10/ultima/1173481201_850215.html

Anuncio Plátano de Canarias: <https://observatoriojuridicodelapublicidad.com/spot-de-platano-de-canarias-en-navidad-ilegal/>

Denton, J. (Secretario General de la CCI) Sanders, B. (Presidente de la Comisión Mercadeo y Publicidad de la CCI) “CÓDIGO DE PUBLICIDAD Y DE COMUNICACIONES DE MERCADEO DE LA ICC” Edición 2018. Traducido por ICC Colombia: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-advertising-and-marketing-communications-code-spa.pdf>

Vilajoana Alejandre, S. (2017): “*SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA: DEL COMPROMISO ÉTICO AL CONTROL EFECTIVO DE LA PUBLICIDAD EN ESPAÑA*”: <http://www.elprofesionaldelainformacion.com/contenidos/2017/mar/05.pdf>

Vilajoana Alejandre, S. (2010) Artículo nº 22: “*Autocontrol al servicio de la publicidad*”: <https://comein.uoc.edu/divulgacio/comein/es/numero22/articles/Article-Sandra-Vilajoana-Alejandre.html>

Resoluciones AUTOCONTROL:

https://www.autocontrol.es/wpcontent/uploads/2018/11/resolucion_jurado_publicidad_y_menores_2482.pdf

Informe Anual de actividad AUTOCONTROL en 2019: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/02/informe-anual-de-actividad-autocontrol-2019.pdf>