

TEMA 10. LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS.

1. Introducción.

Los empresarios se han servido siempre de la publicidad como medio de captación de clientela, exaltando la calidad de sus productos, difundiendo sus marcas, rótulos, nombre comercial, etc. esa actividad publicitaria se desarrolla modernamente a través de los más variados medios de difusión, propios o ajenos, con el fin de procurar o acrecentar la contratación de bienes o servicios, y constituye una actividad comercial meramente privada y voluntaria que el empresario puede desarrollar o no a su libre arbitrio. De ahí que pueda calificarse de publicidad privada o comercial claramente diferenciada de la publicidad pública o de derecho, que consiste en la inscripción en registros públicos y en la publicación en diarios oficiales o en la prensa privada de determinados actos y situaciones concernientes a los empresarios para su difusión y la producción de importantes efectos jurídicos.

Como en otros contratos estudiados, la propuesta de Código Mercantil hacía una propuesta modernizadora de esta materia, dedicando todo el Capítulo III, dentro del Título III (“De los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales”) del Libro V, justificada por su importancia en el mercado.

Al haberse abandonado este proyecto normativo, la legislación de referencia sigue siendo la ya “venerable” Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE núm. 274, de 15/11/1988), con las numerosas reformas que ha ido experimentando a lo largo de estos casi cuarenta años de vigencia. Además, este marco normativo convive hoy con una realidad publicitaria profundamente transformada por la digitalización, las plataformas y la intermediación tecnológica.

2. Sujetos de la actividad publicitaria.

En la esfera mercantil la actividad publicitaria puede ser desarrollada directamente por los operadores económicos que dispongan de medios propios adecuados para la difusión y propaganda de sus actividades o productos, pero lo normal es que aquéllos recurran a la colaboración de otras personas naturales o jurídicas especializadas en esa actividad. De ahí que la LGP (a partir de la importantísima reforma¹ de la Ley 29/09) haya considerado oportuno determinar la condición de los sujetos participantes en las relaciones jurídicas de publicidad, a través de las siguientes definiciones, contenidas en el nuevo *Capítulo II. De los contratos publicitarios*:

a) *anunciante*: la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad.

b) *agencia de publicidad*: las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar

¹ 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 («BOE» núm. 315, de 31 de diciembre de 2009, páginas 112039 a 112060).

publicidad por cuenta de un anunciante los empresarios que se dedican, por cuenta de los anunciantes, a crear, preparar o ejecutar publicidad.

c) *medios de publicidad*: las personas naturales o jurídicas que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten.

Sin embargo, la práctica publicitaria actual incorpora nuevos intermediarios digitales que no encajan plenamente en las categorías tradicionales de la LGP, como por ejemplo las grandes plataformas digitales (*Meta, Alphabet, Amazon, etc.*) y, muy señaladamente, los creadores de contenido o ‘influencers’.

Respecto de las primeras, el “estreno” del Reglamento de Mercados Digitales (DMA) que ya hemos citado en temas anteriores ha sido precisamente una sanción² a Meta de 200 millones de euros por infringir la normativa de protección de datos y perfilar usuarios de cara a ofrecerles *publicidad personalizada*, a través de la conocida como política de “pay-or-consent”.

Respecto de los segundos, en fechas recientes se ha aprobado el Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual («BOE» núm. 106, de 1 de mayo de 2024, páginas 49802 a 49808), que por primera vez en nuestro país ofrece un marco jurídico para la actividad publicitaria de ‘influencers’ y los contratos que firman.

3. Los contratos publicitarios.

A) Consideraciones generales.

Bajo esta denominación se agrupa un conjunto de contratos vinculados con la actividad publicitaria y de los que son parte los sujetos que intervienen en ella. Tipificados por primera vez por la Ley 61/1964, de 11 de junio, que aprobó el Estatuto de la Publicidad, se rigen en la actualidad por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que ha derogado dicho Estatuto. A nueva regulación de los contratos publicitario, más sucinta que la anterior, adolece de defectos de técnica jurídica, y su régimen ha de insertarse dentro de la normativa mercantil y subsidiariamente de la civil (vid. art. 7 de la Ley de Publicidad y su Exposición de Motivos).

La Ley aparentemente tipifica cuatro clases de contratos publicitarios: el de publicidad, el de “difusión publicitaria”, de “creación publicitaria” y de “patrocinio”. Los tres primeros estaban recogidos en la derogada Ley 61/1964, no así el cuarto, que es nuevo, aun cuando, sin embargo, puede estimarse que es una simple modalidad del contrato de “difusión publicitaria”. Por otro lado, puede hacerse notar que la vigente Ley 34/1988 ha suprimido la tipificación del contrato de “mediación o comisión publicitaria”, al haberse subsumido la figura del “agente de publicidad”, que

² CASE DMA.100055 – Meta - Article 5(2), de 23 de abril de 2025.

necesariamente según la legislación derogada había de ser persona física, en la de las “agencias de publicidad”. Como fácilmente podrá advertirse, en el contexto de digitalización y nuevos actores en el mercado, hoy en día muchas campañas se contratan directamente con plataformas sin intervención de las agencias clásicas.

La Ley 34/1988 dedica algunos artículos comunes a los contratos publicitarios. En primer lugar, establece que los contratos publicitarios no pueden incluir válidamente cláusulas de exoneración de responsabilidad de los contratantes frente a terceros (art. 11). Igualmente, se considera nula la cláusula por la que una agencia o un medio de publicidad prometan un determinado rendimiento comercial o económico derivado de la actividad publicitaria (art. 12).

B) Contrato de publicidad.

Podemos definir este contrato con el profesor SÁNCHEZ CALERO como aquel por el cual un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante el pago de una cierta cantidad de dinero, la preparación o ejecución de una determinada publicidad (art. 15). Se trata de un contrato bilateral que produce obligaciones a cargo de las dos partes:

a) El anunciante tiene como obligaciones el proporcionar a la agencia de publicidad los medios o los datos necesarios para que pueda efectuar su labor y el pagar la remuneración convenida, siendo frecuente que tal remuneración se fije en un porcentaje (usualmente el 15%) del importe bruto de lo facturado por la agencia al anunciante como coste del empleo de los medios de difusión.

b) El titular de la agencia se obliga a la preparación y realización de la publicidad en los términos convenidos, contratando para ello con los medios de difusión la prestación de los servicios necesarios. Se compromete el titular de la agencia también a controlar la ejecución de estos contratos por parte de los medios de difusión, empleando la máxima diligencia y cuidando del negocio como propio (cfr. art. 255 CC.). La agencia de publicidad deberá seguir las instrucciones del anunciante, y si la publicidad no se ajustara a ellas, podrá exigir una rebaja en el precio, o una repetición total o parcial de la publicidad, sin perjuicio de poder pedir la indemnización de daños y perjuicios (art. 17). La publicidad deberá realizarse además en el tiempo prometido, y si la agencia, sin causa justificada, no lo hiciera, el anunciante podrá resolver el contrato pidiendo la devolución de lo pagado, más indemnización de daños y perjuicios (art. 18).

C) Contrato de creación publicitaria.

Es un contrato por el cual una persona se obliga frente a otra (anunciante o agencia de publicidad) a la creación de un elemento publicitario, a cambio de una prestación de dinero (art. 20). La creación que se obliga a realizar es un proyecto de campaña publicitaria, una parte de esta o cualquier otro elemento publicitario, y puede concretarse, por ejemplo, en la elaboración de unos dibujos, de determinadas frases, esquemas, etc. Surge así un bien inmaterial que puede ser objeto de protección por parte de la propiedad industrial o de la intelectual. La Ley presume que, mediante el contrato de creación publicitaria, los derechos de explotación de esas creaciones se ceden en exclusiva al anunciante o la agencia, salvo pacto en contrario (art. 21.2).

Este contrato puede concebirse como una subespecie del contrato de arrendamiento de obra (art. 1588 CC.) y se distingue del contrato de publicidad, entre otras cosas, en que en éste la agencia se obliga frente al anunciante a la prestación de determinados servicios. Ahora bien, es posible que el anunciante contrate con la agencia no sólo el contrato de publicidad, sino también el de creación publicitaria si ésta se obliga además de la prestación de los servicios, a realizar una creación publicitaria. La Ley alude a que en tal supuesto se produce un contrato mixto (art. 13.2).

D) Contrato de difusión publicitaria.

Es aquel contrato en virtud el cual una persona titular de un medio de difusión se obliga frente a otra, que ha de pagar una determinada cantidad, a propagar una publicidad en los términos pactados (art. 17). Con todo, hoy en día la difusión publicitaria se realiza hoy de forma creciente a través de plataformas digitales, redes sociales, actividad de ‘influencers’ y servicios de intermediación en línea, lo que plantea problemas específicos de responsabilidad y control.

Son sujetos del contrato, por un lado, como queda indicado, el titular de un medio de difusión publicitaria (prensa, radio, espacios de la vía pública, etc.). Por otro, el anunciante, si contrata directamente la difusión, o la agencia de publicidad, si ello deriva del contrato de publicidad (en el que se ha pactado que la agencia haga una campaña y contrate en su propio nombre la difusión). Si en el contrato de publicidad se dice que la agencia contratará con el titular del medio en nombre y por cuenta del anunciante, es claro que en este caso es parte del contrato de difusión publicitaria el anunciante y no la agencia.

Las obligaciones fundamentales de las partes son, por parte del titular del medio de difusión, la de realizar la publicidad en los términos pactados, y por parte del cliente, el pago de la cantidad establecida de acuerdo con las tarifas fijadas por el titular del medio de difusión.

La Ley 34/1988 dice que, salvo en los casos de fuerza mayor, cuando el “medio” no difunda la publicidad, la otra parte contratante (esto es, el anunciante o la agencia) podrá optar entre la difusión posterior de la publicidad en las condiciones pactadas o denunciar el contrato con devolución de lo pagado por la publicidad no difundida, más la indemnización, en cualquier caso, de los daños y perjuicios ocasionados. Por la agencia, el responsable vendrá obligado a indemnizarle y a pagar el precio convenido, salvo que le medio haya ocupado parcial o totalmente con otra publicidad las unidades de espacio o de tiempo contratadas (art. 19).

Una subespecie de este contrato, según la Ley 34/1988, es el llamado de “patrocinio publicitario”, según el cual el patrocinado (v. gr., un club de fútbol, la Cruz Roja, un ente benéfico, etc.), a cambio de una ayuda económica que ha de percibir para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar con la publicidad del patrocinador (art. 22.1). La especial naturaleza del contrato hace que puedan surgir algunos problemas al aplicar al mismo las normas del contrato de difusión publicitaria, por lo que el propio artículo 22.2 consiente una cierta flexibilidad a la hora de esa aplicación.