

Régimen jurídico de la actividad publicitaria de las Administraciones públicas

Agustín García Inda
*Funcionario del Cuerpo Superior
de Administradores Civiles del Estado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.—II. RÉGIMEN JURÍDICO. 1. *Normas reguladoras.* 2. *Información administrativa y publicidad.* 3. *Objeto y ámbito de aplicación.* 4. *Principios generales.* 5. *Contratación: el problema de la elección de los medios.* 6. *El límite temporal: la publicidad en periodo electoral.* 7. *La lengua.* 8. *La marca y el merchandising administrativo.* 9. *La Administración como soporte de la publicidad.* III. CONCLUSIONES: APUNTES CRÍTICOS A LA PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL.

I. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

La actividad publicitaria para la consecución de objetivos públicos constituye ya una herramienta imprescindible. Esloganes como «Todos contra el fuego», «el ejército te llama», «hacienda somos todos», «Drogas NO», etc., nos recuerdan campañas publicitarias recientes que sirven de ejemplo para poner de manifiesto que el éxito de muchas políticas públicas está, en gran parte, en el comportamiento ciudadano (así, la disminución de los incendios forestales, el incremento de voluntarios para los servicios de defensa nacional, la reducción del fraude fiscal y del consumo de drogas, etc.). En estos casos, se hace necesario utilizar como medio de información general la (mal) llamada «publicidad institucional». Así lo reconoce, por ejemplo, una de las dos únicas normas existentes en la actualidad sobre esta materia «*La comunicación en el ámbito de las instituciones públicas* —señala la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la publicidad institucional de Extremadura— *constituye una perspectiva científica y social apoyada en los*

*grandes avances mediáticos, desde la que puede abordarse el desarrollo de los objetivos públicos de las Administraciones»*¹.

Alastair TEMPEST, en *Tendencias actuales de la publicidad en Europa*, siguiendo al Código de Prácticas publicitarias británico define un anuncio como «una comunicación por la que se paga y que se dirige al público (o a cierta parte de él) con el propósito de influir en la opinión o el comportamiento de aquellos a quienes va dirigido» (sea tanto comprar como actuar de una determinada manera) y explica que el recurso a la publicidad por parte de los organismos públicos para hacer llegar sus mensajes al público, así como parte de los partidos políticos y de organizaciones que, como los sindicatos, utilizan la publicidad como «alegato», ha aumentado enormemente en la década de los 80 (aumento que se ha hecho mayor, como apreciaría cualquier observador, en la siguiente década)². Nadie duda de la necesidad por parte de las administraciones públicas de la utilización de las técnicas publicitarias y tampoco de su efectividad sobre la opinión y el comportamiento públicos, utilización que responde también a un mandato constitucional: la eficacia en la actuación administrativa (artículo 103 de la Constitución) que, como se ha dicho, requiere del comportamiento de los ciudadanos en muchos casos, para lo cual resultan imprescindibles estas campañas de información masiva. Igualmente la Constitución impone otros deberes concretos, como el de los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (artículo 9.2), o el de promover la información y educación de consumidores y usuarios (artículo 51.2), que exigirán este tipo de actividad.

Las técnicas publicitarias han ido desarrollando múltiples formas de llegar al gran público no solo mediante los anuncios tradicionales (en televisión, prensa...) sino a través de la llamada publicidad *below the line* (*marketing* directo: que puede ser en prensa o escrito —folletos y circulares que se envían y también anuncios en prensa con cupones de respuesta directa—; y por otro lado el *telemarketing* —teléfonico y ahora también a través de internet). El desarrollo de todas estas técnicas por parte de la Administración o para ella no plantea apenas problemas especiales ya que los principios básicos de la actividad publicitaria (sobre publicidad engañosa, desleal...) son los mismos que para cualquier otro anunciante privado. Sin embargo, pue-

¹ Ley 6/1996, de 26 de septiembre, reguladora de la publicidad Institucional de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE 19.11.1996).

² *Tendencias actuales de la publicidad en Europa*, Alastair TEMPEST, pág. 33. Servicio central de publicaciones, Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, 1991. «En la prensa británica, en efecto, han aparecido campañas publicitarias de la «National Union of Railway Men» (Sindicato Nacional de ferroviarios), la «Nalگو» y la «Transport and general Workers Union» (Sindicato General y de Trabajadores del Transporte), que defendían en todos los casos la postura del sindicato en los respectivos contenciosos. Parece probado que estas campañas han dado en la diana. De acuerdo con las investigaciones cualitativas que ha realizado la compañía asesora de marketing «Gould Mattison & associates», el público está al tanto, merced a los anuncios, de las razones que motivan las acciones de los sindicatos (v.gr. huelgas), y, aún más, apoya a la mayoría de los activistas...».

den surgir algunas cuestiones por el especial régimen jurídico-público del anunciado, tales como la elección de los medios de difusión o si existen límites materiales o temporales para la actividad publicitaria administrativa. Igualmente, desde un punto de vista pasivo, cuando es la Administración la que anuncia a otras personas o de la que se sirven éstas para anunciarse, se plantean otra serie de problemas como la posible utilización de sus signos o emblemas, la publicidad de entidades privadas a través de oficinas administrativas de información, la publicidad en publicaciones oficiales, etc. El objetivo del presente artículo es realizar una aproximación a estos problemas ofreciendo la respuesta que da el ordenamiento jurídico en general y los textos legislativos especiales, aproximación que integra un análisis de la proposición de ley sobre publicidad institucional actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados.

Conviene concretar el contenido del presente artículo con dos delimitaciones. En primer lugar hay que indicar que se trata de un estudio sobre régimen jurídico. No se pretende un estudio de *marketing* y publicidad en el sector público en sentido estricto (planteamiento de campañas, estrategias, aspectos concretos como la imagen, la elección de medios y soportes, los estilos creativos), tampoco de psicología social o medicina (teoría de la inteligencia, análisis de la memoria). Todos ellos son temas a resolver según criterios de ciencia empresarial, ciencia económica, psicología o *marketing*, lo que aquí se va a analizar son los aspectos jurídicos de la actividad publicitaria de las administraciones públicas, en resumen: qué es necesario regular y cómo. En segundo lugar, el régimen jurídico que va analizarse es el de la actividad publicitaria de las administraciones públicas entendida en el sentido propio de la palabra, como información divulgada a través de medios masivos en virtud de una decisión discrecional de política informativa. Se excluye por tanto de este estudio la publicidad oficial o administrativa de disposiciones o anuncios obligada por leyes o reglamentos realizada a través de diarios, boletines o registros oficiales.

Finalmente, antes de comenzar el análisis del régimen jurídico, debe aclararse que la llamada «publicidad institucional»⁵ es, en realidad, un concepto que no corresponde en exclusiva al sector público, ya que prácticamente todas las grandes instituciones —también privadas— hacen publicidad de su marca y ensalzan sus valores o aportaciones sociales. Es decir, cuando cualquier entidad (sea una empresa que comercializa productos o servicios o una ONG que promueve actividades sociales) hace publicidad de su propia denominación social o de sus aportaciones a la sociedad estará

⁵ Esta denominación ha sido utilizada por varias leyes que han regulado la materia, así, la Ley de Publicidad Institucional de Extremadura y la Ley reguladora de la Publicidad Institucional de Andalucía. Esta última fue derogada y el nuevo texto legal corrigió el título pasando a denominarse «Ley por la que se regula la Actividad Publicitaria de la Administración Pública de Andalucía». El texto que actualmente se tramita en el Congreso también incluye la denominación de «publicidad institucional».

haciendo publicidad institucional o corporativa. Es el objeto de la publicidad lo que la define, no la procedencia o el sujeto que la hace. En este sentido Eddy BORSTEN señala que «algunas expresiones llevan a los no profesionales a la confusión. P. e.: la publicidad institucional, una expresión usada en todos los idiomas, no es cualquier publicidad hecha por instituciones o entidades gubernamentales, como aún (o nuevamente) muchas de las mismas creen, sino que es la publicidad que empresas u otras entidades hacen para su mayor prestigio, la que habla de su contribución a la sociedad, la economía, el bienestar, la ciencia o lo que les parezca remarcable (cosa que puede hacer una institución gubernamental o privada también, pero en tal caso exacto su publicidad se llamará institucional por lo que hace, no por su lugar de procedencia). Igual de correcto sería llamarla publicidad de prestigio o publicidad corporativa, o sea, aquella cuyo principio objetivo es la institucionalización, el dejar sentado que la empresa o entidad firmante es parte integrada e importante en la sociedad. Lo que hacen las dependencias gubernamentales bien podría llamarse publicidad gubernamental, que es más claro y exacto». Aunque esta denominación de «publicidad gubernamental»⁴, si bien es más acertada podría entenderse que excluye en cierto modo a algunos ámbitos del sector público. Por ello debería hablarse simplemente de «publicidad de las Administraciones Públicas» que, insisto, podrá o no ser a su vez institucional según el contenido del anuncio. Es éste el concepto que deberían usar los textos legales que regulan la materia.

II. REGIMEN JURÍDICO

1. Normas reguladoras

La base normativa en materia de actividad publicitaria de las administraciones públicas como tal es fácil de enumerar pues tan sólo dos normas autonómicas han regulado la materia⁵, no con mucha necesidad, como veremos posteriormente. Estas normas son la Ley 4/1999, de 11 de mayo, reguladora de la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía⁶, que derogaba otra anterior (La Ley 5/1995 de 6 de noviembre, reguladora de la Publicidad Institucional de la Comunidad Autónoma de Andalucía)⁷; y en segundo lugar, la Ley 6/1996, de 26 de septiembre, reguladora de la publicidad Institucional de la Comunidad Autónoma de Extre-

⁴ Glosario de términos en *La fuerza de la publicidad* (Cuadernos Cinco Días) 1999.

⁵ Existen, no obstante algunas normas de rango inferior que regulan comisiones administrativas de organización y funcionamiento (p.e.: Decreto 151/1998, de 18 de abril, de creación de la Comisión Interdepartamental de Publicidad del País Vasco y Decreto 161/2000, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Comisión de Comunicación Institucional).

⁶ BOE 9.06.1999.

⁷ BOE 22.12.1995.

madura⁸, que prácticamente es una copia de la derogada en Andalucía. *De lege ferenda* existe una proposición de Ley de Publicidad Institucional presentada por el Grupo parlamentario Mixto⁹. Esta ausencia de normas no significa que sea una actividad sin regulación sino tan sólo que no tiene normas especiales ya que la normativa general sobre publicidad o sobre actuación de la administración ya resuelve casi todos los problemas que pueden suscitarse.

El contenido fundamental de los textos comentados (tanto los que están en vigor como el proyectado) se reduce a cuatro cuestiones básicas: delimitación del ámbito de aplicación, principios generales de la actividad publicitaria, normas de contratación y límites en periodo pre-electoral. La iniciativa legislativa en tramitación incluye además una norma sobre la lengua en que deben redactarse los anuncios o realizarse las campañas. El reducido contenido de las normas se constata además con su escaso articulado (seis artículos en las normas autonómicas y diez en la proposición). Y es que una primera observación es la lógica del tamaño de dichos textos legales por cuanto poco hay que regular y además podría ser regulado en otras normas. En efecto, los textos publicados y el proyectado son redundantes y obedecen a una mala política legislativa en exceso proliferadora: ¿Para qué unas leyes que regulan principios generales que ya se encuentran en la Constitución, en la Ley General de Publicidad o en otros textos legales?, ¿para qué regular independientemente cuestiones de contratación pública o presupuestarias existiendo una Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y leyes anuales presupuestarias?, ¿para qué, en fin, regular en una ley especial normas sobre el límite temporal en periodo electoral que bien podría ser regulado en la propia Ley de Régimen Electoral General? Por ello creo, como primera observación, que las normas establecidas deberían encuadrarse en otras de carácter general evitando, por la escasez de problemas a regular, la publicación de leyes especiales.

2. Información administrativa y publicidad

La publicidad administrativa es información administrativa aunque no toda información administrativa es publicidad y, quizá por ello, las escasas normas que regulan la información administrativa no han regulado la actividad publicitaria de las administraciones públicas. El derecho de cualquier ciudadano o interesado en un procedimiento, a obtener información general sobre la Administración pública o sobre actos o disposiciones que le afecten individualmente constituye, en términos generales, el derecho a la información administrativa. La publicidad administrativa es en realidad

⁸ En nota 1.

⁹ *BOCD*, Serie B, 12 de mayo de 2000. N° 44-1.

una forma de dar información administrativa aunque la regulación de los servicios o unidades de información, así como los principios generales del artículo 35 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no han entrado a regular la actividad publicitaria como tal y tan sólo han contemplado lo que correspondería a la información o publicidad *pull* y no a la llamada publicidad *push*¹⁰. En efecto, el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los Servicios de Información administrativa y atención al ciudadano, tan sólo contiene sobre la actividad publicitaria un mandato o proclama general de utilización, que además parece estar pensado desde un punto de vista procedimental, en orden al cumplimiento de trámites administrativos, no en medidas de política informativa a través de *mass media*. Así, el artículo 2 en sus párrafos tercero y cuarto establece que «3. Cuando resulte conveniente una mayor difusión, la información de carácter general deberá ofrecerse a los grupos sociales o instituciones que estén interesados en su conocimiento. 4. Se utilizarán los medios de difusión que en cada circunstancia resulten adecuados, potenciando aquellos que permitan la información a distancia, ya se trate de publicaciones, sistemas telefónicos o cualquier otra forma de comunicación que los avances telefónicos permitan».

3. Objeto y ámbito de aplicación

Los dos textos legislativos en vigor así como la proposición han recogido una definición y una relación de supuestos que integren el contenido de lo que va a regularse como publicidad administrativa. Así, en la Ley extremeña se entiende por publicidad institucional «*toda forma de comunicación dirigida a una pluralidad de destinatarios realizada a iniciativa de la Administración autonómica y organismos autónomos que tengan por objeto:*

- a) *Promover comportamientos, ideas u ofrecer servicios o productos.*
- b) *Informar sobre derechos y obligaciones de los ciudadanos o grupos de ellos.*
- c) *Informar sobre la existencia de las entidades a que se refiere el párrafo primero de este artículo, sus actividades, los servicios que prestan o los productos que promueven.*
- d) *Emitir cualquier otro mensaje en el ámbito de las competencias y objeto social de la entidad, sociedad o persona jurídica pública que promueva la comunicación.» (artículo 1)*

¹⁰ Son los nombres con los que se indican los diferentes tipos de publicidad según la actitud del destinatario, activa o pasiva, en su recepción: mientras la primera (*pull*) es aquella que se realiza porque el consumidor-usuario la solicita («tira» de ella acudiendo a oficinas de información, solicitando catálogos, consultando páginas web...); la segunda (*push*) es aquella en que la entidad anunciada directamente «empuja» la información al consumidor-usuario (así la publicidad en televisión, vallas publicitarias, buzoneo, *banners* publicitarios en internet...).

En la Ley andaluza, por su parte, la definición se ha realizado mediante una clasificación en su artículo 3.: «A los efectos de esta Ley, y sin perjuicio de lo establecido en la normativa de publicidad, las actividades publicitarias se clasifican en los siguientes grupos:

- a) *Aquellas que tienen por finalidad informar, en orden a favorecer la transparencia y concurrencia, sobre actos y procedimientos administrativos y los servicios que prestan las administraciones públicas andaluzas; difundir la imagen de Andalucía o del ámbito de cada administración con fines de promoción turística; favorecer la existencia de hábitos saludables individual o colectivamente; promover el ejercicio de derechos o el cumplimiento de deberes en condiciones de igualdad y fomentar actitudes y comportamientos de los ciudadanos en relación a bienes o servicios públicos de carácter educativo, cultural, social, sanitario, de fomento de empleo u otros de análoga naturaleza.*
- b) *Aquellas actividades, distintas de las anteriores, cuyo objeto es informar, con carácter general, sobre los proyectos, las realizaciones o logros en la gestión pública.»*

Intentar determinar el ámbito material objeto de la regulación mediante una lista, aun con la amplia redacción con que se ha hecho puede, sin embargo, ser limitado posteriormente por la propia realidad. En este sentido parecería más acertado, lo que hace la proposición de Ley en su artículo 1: «1. A los efectos de esta Ley se considera publicidad institucional a toda publicidad emitida, contratada o promovida por cualquier órgano dependiente de la Administración General del Estado, incluyendo organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades estatales y, en general, los incluidos en el sector público estatal. 2. Queda excluida del ámbito de esta Ley la publicidad normativa y otros anuncios de actos de la Administración que deban publicarse legalmente». Esta exclusión de la publicidad normativa también ha sido oportunamente recogida en la ley andaluza (artículo 2), no así en la extremeña.

La proposición de Ley dedica el siguiente artículo a limitar materialmente lo que constituye la publicidad institucional. Esta relación en principio no es necesaria por cuanto bastaría aquella definición general pero servirá para indicar qué contenidos pueden ser anunciados y cuáles no durante las campañas electorales. Según el artículo 2, la publicidad institucional sólo podrá referirse a:

- a) *«Informar a los ciudadanos de sus derechos y obligaciones legales.*
- b) *Informar sobre la composición y funcionamiento de las instituciones.*
- c) *Informar de los servicios que presta la Administración.*
- d) *Defender la existencia de los valores que se derivan de la Constitución y favorecer la existencia de hábitos que redunden en la convivencia y en la solidaridad.*
- e) *Promover la venta de bienes o servicios producidos por la Administración o los organismos y entidades que integran el sector público, sin menoscabo de lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.*
- f) *Difundir en otros Estados la imagen de España o de sus territorios».*

Otros textos normativos pueden llevarnos a la confusión al hablar de publicidad «política». Así, la Resolución de la Dirección General de medios de comunicación social de 17 de abril de 1990¹¹ define publicidad como «*toda forma de comunicación realizada a través de televisión por una persona física o jurídica, pública o privada, en ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover directa o indirectamente la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*»¹², y a continuación declara como publicidad no admisible la «*de contenido esencial o primordialmente filosófico, político o religioso, o dirigida a la consecución de objetivos de tal naturaleza.*» Mientras este tipo de publicidad no admisible, que algunos llaman propaganda, serviría para difundir doctrinas o ideologías, la publicidad ha de responder a propósitos comerciales o de información objetiva. En este sentido se dice que la publicidad, si tiene causa, sí que es publicidad y no propaganda: «Las ONG's, las campañas cívicas de ayuntamientos, «Hacienda somos todos», etc., entran en publicidad, pues persuaden para hacer algo, no para convertirse a algo y comulgar con sus doctrinas sin discusión»¹³. En el ámbito público los límites entre publicidad (admisible) y propaganda (no admisible) se encuentran muy difusos. Por un lado, no todo lo político es necesariamente ideológico y su difusión sería por tanto propagandística.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo ha quedado claro en el artículo transcrito de la proposición que se trata de la Administración General del Estado. Tampoco la Ley extremeña excede del ámbito autonómico, ámbito sin embargo superado por la Ley andaluza que, según su artículo 2, extiende la aplicación a las actividades publicitarias que desarrollen la Junta de Andalucía «*y las Administraciones locales andaluzas, así como los organismos, entidades de derecho público y sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de aquéllas, participadas mayoritariamente de forma directa o indirecta, que no sean de carácter industrial o comercial*». Exceder del propio ámbito competencial parece criticable por cuanto si bien determinados principios son aplicables, por imperativo legal, a todas las administraciones, parece que otros criterios de actuación pueden quedar a la potestad de autoorganización municipal.

Finalmente, hay que indicar que sólo el texto andaluz señala cuál es su objetivo. La práctica legislativa de indicar en el primer artículo (o en uno de los primeros) el objeto de la Ley ha sido obviado en el texto extremeño y tampoco lo hace la proposición. Éstos deberían incluirlo si bien sin caer en el error de la literalidad del artículo 1 de la Ley andaluza que dice: «*La*

¹¹ BOE 20.04.90.

¹² Definición según artículo 2 Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE 15.11.1988).

¹³ Eddy BORS'YEN en *La fuerza de la publicidad*, Cuadernos cinco días, p. 479.

presente Ley tiene por objeto establecer los principios generales por los que debe regirse la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, que se lleven a cabo a través de contratos de publicidad...». Esta previsión en verdad indica cuál es la intención de estos textos legales, únicamente regular algunas cuestiones de contratación. Si se interpreta literalmente el artículo 1, cuando la Administración andaluza quisiera obviar determinados criterios no tendría más que realizar la campaña con sus propios medios sin externalizar el servicio ya que la ley sólo tiene por objeto la actividad publicitaria que se lleve a cabo «a través de contratos de publicidad».

4. Principios generales

Del Ordenamiento Jurídico se derivan dos grandes grupos de principios que debe seguir la actividad publicitaria de las Administraciones públicas:

1º.- Principios constitucionales: en sentido negativo: quedaría prohibida toda publicidad que vulnerase principios constitucionales tales como el pluralismo ideológico, político o social y aquella que atentase al respeto y a la dignidad de las personas. Y en sentido positivo: ha de realizarse la publicidad con vistas a una mayor eficacia en la actuación administrativa y a promover la igualdad y el conocimiento de sus derechos por los ciudadanos.

2º.- Principios legales: ha de tenerse presente que cualquier Administración deberá observar todas aquellas normas que ha de respetar cualquier anunciante o parte en un contrato publicitario, para las cuales no se haya establecido alguna excepción. Fundamentalmente las normas contenidas en la Ley General de Publicidad, en la legislación sobre protección de datos, en las normas sobre contratación pública, etc.

Aunque existen tales principios que evidentemente afectan a las administraciones públicas, las leyes andaluza y la proposición han recordado lo que ya se deriva de otros textos: Así, en la proposición de Ley se reitera lo que debe ser entendido por la propia Constitución y otros textos legales al considerar como publicidad institucional prohibida (artículo 3):

- a) *«La que vulnere algún principio constitucional y en particular el pluralismo político, social e ideológico.*
- b) *La que atente al respeto y a la dignidad de las personas.*
- c) *La que se considera ilícita y desleal en virtud de lo establecido en la legislación general de publicidad y otras normas vigentes.*
- d) *Las que por su objeto no se incluyan en el artículo anterior» (transcrito en el apartado anterior).*

¹⁴ Algunas normas recientes tienden a excluir de su ámbito de aplicación la publicidad desarrollada por las Administraciones Públicas en determinados casos. Así por ejemplo, las Leyes de Publicidad Dinámica de las Islas Baleares (Ley 5/1997 de 8 de julio, BOE 12.8.1997) y de Cataluña (Ley 6/2000, de 7 de julio, BOE N° 203, de 24.8.2000).

En la Ley andaluza igualmente el artículo 4 viene a recordar principios constitucionales y legales:

«1. La actividad publicitaria deberá desarrollarse con respeto a los principios de igualdad, objetividad y veracidad; defensa de la dignidad de la persona, con especial atención al desarrollo cultural y social, a la protección de la infancia y de la juventud, a la imagen de la mujer y de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo o religión.

2. En cualquier caso dicha actividad publicitaria no podrá tener en sus contenidos carácter engañoso, desleal, subliminal o encubierto; debiendo respetar las prohibiciones y limitaciones normativas que en cada caso sean de aplicación y, en particular, la de concurrencia en el patrocinio de actividades con empresas dedicadas a la producción y comercialización de drogas institucionalizadas, así como impedir que puedan producir efectos negativos para los derechos y deberes de los ciudadanos y para la adecuada protección de los valores constitucional y estatutariamente reconocidos».

Por lo que se refiere a principios generales sobre contratación los tres textos que estamos analizando recuerdan también los principios generales de libre concurrencia y de igualdad (artículos 4.3 de la Ley andaluza, 2 de la extremeña y 7.1 de la proposición).

5. Contratación: el problema de la elección de los medios

Salvaguardar los principios de libre concurrencia, transparencia y en general, el de igualdad, parecen ser los grandes (sino únicos) objetivos a tenor de las exposiciones de motivos de los tres textos que se analizan.

La determinación de la tirada, circulación o difusión publicitaria (medios y volumen) es uno de los aspectos más complicados en el diseño de una campaña publicitaria que exige estudios de audiencia general, audiencia útil o público objetivo, audiencia duplicada¹⁵, etc. En la ley andaluza derogada parece que el principio de igualdad obliga a contratar en ocasiones a todos los medios en una determinada área geográfica obviando criterios de audiencia con lo que el CPM¹⁶ aumentaría por una decisión ineficiente. Esta aparente obligación de, en determinadas ocasiones, tener que contratar una difusión con todos los medios que circulan en una área geográfica se deriva del artículo 3, apartado 1º cuando se señala que los contratos de difusión publicitaria «no podrán excluir a ningún medio que llegue a los destina-

¹⁵ Audiencia útil es aquella a la que va dirigida el anuncio y la audiencia duplicada es aquella que recibe más de una vez la información. Así, según las características de edad, sexo, domicilio, ingresos económicos, etc., es conveniente difundir los anuncios en uno u otro medio según cual llegue a los destinatarios. Por otro lado es conveniente evitar duplicar la audiencia por una mala planificación de la difusión que ocasiona, en general, mayores gastos y la misma efectividad.

¹⁶ *Ratio* utilizado en publicidad que significa coste audiencia total o útil en múltiplos de mil.

rios de la publicidad de que se trate, modulándose la participación en el contrato de los distintos medios exclusivamente sobre la base de criterios objetivos de ámbito territorial y difusión del medio correspondiente». Así, si bien existirá una modulación, parece que no podrá ser totalmente excluido.

Esta norma que llevaría, como se ha dicho, a una ineficiente asignación de recursos, ha sido precisamente el cambio más sustancial con la nueva ley andaluza y tampoco ha sido incorporada en el texto extremeño. La Ley extremeña establece criterios de territorialidad y de difusión teniendo en cuenta cifras de tirada y venta así como la audiencia (artículo 3). En la nueva ley andaluza se habla de «criterios técnicos en lo relativo a la planificación de medios y soportes de comunicación, de acuerdo con los objetivos y grupos de población destinatarios de la acción, el carácter territorial y la difusión de cada medio...»

Sin embargo, la proposición de Ley vuelve a indicar en su artículo 8 que los contratos de difusión publicitaria «no podrán excluir a ningún medio que llegue a los destinatarios de la publicidad de que se trate, modulándose la cuota de participación en el contrato utilizando criterios objetivos tales como la presencia territorial, la difusión del medio, su capacidad para distribuirse entre sectores concretos de población, así como la lengua utilizada». Los datos sobre difusión, audiencia y cifras de tirada y venta de los medios informativos se valorarán según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

La jurisprudencia¹⁷ se ha inclinado por una contratación general para evitar cualquier desigualdad si no existe una causa «objetiva y razonable» que justifique una exclusión. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1991 resume perfectamente esta doctrina. En este caso se analiza la exclusión de un diario en la contratación de una campaña de publicidad institucional para informar sobre un la celebración de un congreso por parte de una Administración. La Administración demandada alegó que no había trato discriminatorio alguno argumentando que la no inserción de publicidad en el diario obedeció a una consideración de oportunidad atinente al «contexto informativo» del medio que hacía contraproducente, a su juicio y para el caso concreto, incluir dicho medio en el conjunto de la campaña, por cuanto el medio en cuestión tenía una línea editorial contraria y beligerante contra la celebración del evento, lo que, según la Administración, hacía contradictorio el insertar publicidad sobre la misma en ese medio, pues una mínima exigencia de eficacia administrativa debía ponderar la «rentabilidad» de los gastos de publicidad en cada medio publicitario.

La doctrina de la Sentencia se describe en el Fundamento Jurídico 2º: «No es difícil descubrir en nuestro ordenamiento jurídico un principio informador que veda a la Administración la facultad de elegir con entera libertad a la

¹⁷ STS de 14 de enero de 1988; STSJ del País Vasco de 5 de marzo de 1996; STSJ Baleares de 7 de septiembre de 1991; etc.

persona o personas con quienes decida ligarse en una relación contractual. Tal principio, que rige incluso en los excepcionales supuestos en que se autoriza la contratación o concierto directo, en los que lo excepcionado son los principios de publicidad y concurrencia, viene impuesto o derivado de los principios, también presentes en esos supuestos excepcionales, que pregonan la igualdad de los ciudadanos ante los beneficios públicos, aquí representados por la posibilidad de obtener una ventaja, cual es el llamado beneficio del contrato, así como la obligada sujeción del actuar de la Administración a criterios de eficacia y objetividad. Debe por ello afirmarse que, en supuestos como el enjuiciado, de contratación por la Administración de una campaña de publicidad institucional, no es ésta libre en la elección de los medios de publicidad con los que en definitiva contrate, pues su decisión deberá ser conforme a esos criterios de eficacia y objetividad, y respetuosa de aquel principio de igualdad ante los beneficios públicos. Resultando fácil deducir de todo ello, como norma que el ordenamiento jurídico impone a la Administración en supuestos como el enjuiciado, aquélla según la cual la no contratación de un medio, que en sus características técnicas se presenta como homogéneo a otros si contratados, exigirá, como requisito preciso para que el derecho a la igualdad en la aplicación de la norma no resulte vulnerado, que la exclusión obedezca a una justificación que se muestre como objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. Pudiendo afirmarse, ya de entrada, que no constituirá justificación lícita, por vedarlo directamente el texto mismo del artículo 14 de la Constitución, aquella que se construya o se base en el sólo dato de la opinión discrepante o línea ideológica no coincidente del medio a considerar».

Por otro lado, la Proposición (artículo 5) ha incluido una limitación presupuestaria por la cual, salvo en casos de urgente necesidad, el coste total en publicidad de los organismos o entes públicos no podrá ser superior al 5% de su presupuesto y formalmente obliga a que estos gastos se consignent en una partida específica.

6. *El límite temporal: la publicidad en periodo electoral*

Otra de las cuestiones que más preocupan al legislador es la oportunidad de la actividad publicitaria durante una campaña electoral por su posible influencia en el sentido del voto. La posible limitación plantea dos problemas: si ha de prohibirse la realización de cualquier actividad publicitaria en dicho periodo y cómo implicar en la prohibición a todas las Administraciones que actúan en el mismo territorio.

El texto extremeño prohíbe la publicidad en el periodo de campaña electoral (artículo 6) con una exagerada generalidad ya que se refiere a toda clase de publicidad con la única exclusión de las campañas institucionales sobre el propio proceso electoral, sin tener en cuenta que la actividad publicitaria puede referirse a acciones que nada tienen que ver con intereses partidistas como por ejemplo sería una campaña de prevención de incendios,

para la localización de delincuentes o de promoción turística en el extranjero. El texto andaluz por su parte ha limitado correctamente la prohibición (artículo 6) a aquellas actividades «*cuyo objeto es informar, con carácter general, sobre los proyectos, las realizaciones o logros en la gestión pública*».

El segundo problema lo constituía la posibilidad de que sean otras administraciones las que realicen la publicidad. De esta forma, aplicándose la ley a la Administración de la Comunidad Autónoma, podría darse una situación de «juego sucio» en la que al no estar sujetas a los mismos preceptos las administraciones municipales y la Administración General del Estado, fuesen éstas quienes hiciesen la publicidad pudiendo influir en el sentido del voto hacia aquellos partidos que las gobernasen. De nuevo la Ley extremeña no ha previsto el problema. Por su parte, la disposición adicional única de la Ley andaluza sí que extiende en este sentido las limitaciones y garantías «*al resto de las Administraciones Públicas y entes públicos, organismos, entidades de derecho público y sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de aquéllas, que estén participadas mayoritariamente de forma directa o indirecta y que no sean de carácter industrial o comercial, cuando desarrollen actividades publicitarias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía*».

La proposición de Ley resuelve los dos problemas delimitando qué clase de publicidad está prohibida y abarcando a todas las administraciones en el artículo 4:

«1. A efectos de no influir en la intención de voto de los ciudadanos, la publicidad institucional relativa a los supuestos recogidos en los apartados a), b), c) y d) del artículo segundo de la presente Ley¹⁸ estará prohibida en el periodo que media desde la convocatoria de unas Elecciones Generales, europeas o Municipales y el día de su celebración. Igualmente, estará prohibida en los territorios de las Comunidades Autónomas en sus respectivas elecciones a Cámaras Legislativas.

2. Queda exceptuada de esta prohibición la campaña de información institucional sobre el proceso electoral que, en todo caso, estará también regulada por lo previsto en esta Ley, sin perjuicio de lo que pueda disponer la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General¹⁹.

3. En los Decretos de convocatoria de elecciones se hará constar la circunstancia a la que se refiere este artículo. Igualmente, se hará constar en todos los contratos suscritos o adjudicados por los organismos o entidades comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley».

¹⁸ Transcrito en apartado II.3.

¹⁹ La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral General (BOE nº 147 de 20-6-1985), permite la realización de una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, «sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores». Igualmente prevé determinadas normas sobre la propaganda durante la campaña electoral.

7. La lengua

El artículo 35 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común determina que los ciudadanos tienen derecho en sus relaciones con las Administraciones Públicas «A utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta ley y en el resto del Ordenamiento Jurídico» y el artículo 36 establece las reglas sobre el uso de lenguas cooficiales con el castellano en los procedimientos, pero no indica obligaciones fuera de lo que es el procedimiento administrativo.

Es el Real Decreto de 17 de septiembre de 1999, por el que se establecen criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado ²⁰, el que se acerca a este problema cuando en su artículo 5 establece que «Los impresos normalizados que se pongan a disposición de los ciudadanos en las dependencias situadas en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma con lengua cooficial serán bilingües en castellano y en la lengua cooficial...», y en el artículo 6 se establece la utilización de lenguas cooficiales en señalizaciones y carteles: «Serán bilingües, redactándose en castellano y en la lengua oficial correspondiente, las señalizaciones exteriores de identificación de las dependencias administrativas, así como los contenidos más relevantes de los carteles de carácter informativo o publicitario que se elaboren para su ubicación en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma con lengua cooficial...».

En el ámbito autonómico el artículo 35 de la Ley de Política Lingüística de Cataluña de 7 de enero de 1998 ²¹ establece lo siguiente:

- «1. En la publicidad institucional de la Generalidad y las Administraciones locales, de sus empresas públicas o concesionarias y de las demás instituciones y Corporaciones catalanas de derecho público realizada en el ámbito territorial de Cataluña, debe utilizarse de forma general el catalán.
2. El Gobierno de la Generalidad y los entes locales han de favorecer, estimular y fomentar con medidas adecuadas el uso del catalán en la publicidad, especialmente la de la vía pública, con el objetivo de que sea la lengua de uso normal del sector».

La proposición de Ley resuelve este tema en su artículo 6:

- «1. Los textos de la publicidad institucional estarán redactados en castellano y en la lengua que haya sido declarada oficial en la Comunidad Autónoma en que se vaya a desarrollar la campaña publicitaria.
2. Si fuera necesario, por el objeto de la información o en campañas desarrolladas en el extranjero, podrán utilizarse otras lenguas».

²⁰ BOE 25.09.99.

²¹ BOE 11.02.98.

8. *La marca y el merchandising administrativo*

En el ámbito comercial la marca es considerada un arma fundamental cuyo valor hay que aumentar constantemente (*Brand Equity*). En las Administraciones públicas se ha hecho también necesario aunque con otros fines, potenciar la identificación de las administraciones, principalmente con el desarrollo del Estado autonómico y con los procesos de transferencia de competencias que provoca la actuación de distintas administraciones sobre el mismo territorio. Para ello la Administración hace publicidad de ella misma, dando a conocer su personalidad jurídica o algún mensaje integrador que la define, en soportes de distinto tipo (desde señalizaciones en obras públicas, membretes en la correspondencia, rótulos o papel sellado; hasta gorras, calendarios, bolígrafos, mecheros, juegos de naipes...) en los que únicamente suelen incorporarse la denominación de la persona jurídica o del órgano administrativo y a lo sumo horarios, direcciones y teléfonos. La misión es fundamentalmente dar a conocer una organización, reafirmar su identidad y facilitar su identificación y acceso por los usuarios.

No existe ninguna limitación con carácter general a este tipo de actividad publicitaria, la única norma especial que regula la cuestión es el Real Decreto por el que se establecen criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado²², que en su artículo 1 establece que «*Los órganos de la Administración General del Estado, los Organismos autónomos dependientes de ella y los Servicios Comunes y Entidades Gestoras de la Seguridad Social se ajustarán a lo previsto en el presente Real Decreto y en sus disposiciones de desarrollo en lo concerniente a: ... Las informaciones, publicaciones, comunicaciones o cualquier otro tipo de expresión en cualesquiera soportes, incluidos los audiovisuales o telemáticos, así como los carteles y señalizaciones que elaboren o utilicen, en lo que se refiere a una imagen institucional, formatos y estructura general*». Las reglas establecidas son, en resumen las siguientes:

- En las publicaciones y en los folletos de información o divulgación en cualquier soporte, así como en los anuncios institucionales en prensa y en las expresiones, informaciones y comunicaciones que se elaboren en soportes audiovisuales o telemáticos, necesariamente deberán aparecer los elementos que integran la imagen institucional (Escudo de España junto con la denominación del correspondiente departamento ministerial).
- Las señalizaciones exteriores de identificación de las dependencias administrativas, así como los carteles de carácter informativo o publicitario destinados a su ubicación en vías públicas urbanas e in-

²² En nota 20.

terurbanas, se ajustarán a lo que disponga al respecto el Manual de Imagen Institucional que se apruebe ²³.

La disposición adicional segunda recuerda que «*En los instrumentos contractuales o convencionales por los que se atribuya a sujetos privados la realización de obras de titularidad estatal se especificará la obligación de utilizar la imagen institucional regulada en el presente Real Decreto en los carteles de identificación, difusión o publicidad de dichas obras. Dicha obligación deberá especificarse igualmente en los instrumentos contractuales o convencionales formalizados con otras Administraciones, instituciones o sujetos privados de los que se derive la financiación con cargo a fondos estatales de cualquier actividad, publicación, obra o servicio aun cuando su titularidad no corresponda a la Administración General del Estado*»

9. *La Administración como soporte de la publicidad*

La Administración tiene numerosas y valiosas posibilidades de hacer publicidad de productos o servicios de empresas ajenas a ella. Esta información además puede llegar a públicos definidos según los distintos objetivos comerciales por lo que podría ser muy atractivo para muchas entidades ser autorizados por las Administraciones para ofrecer esta publicidad a través suyo y de forma selectiva o no, según el caso. Varios ejemplos lo ilustran: la posibilidad de incluir publicidad de compañías aseguradoras (sobre todo tipo de seguros o planes de pensiones) en el sobre en el que llega el resguardo de nómina a todos los funcionarios, la de ofrecer información comercial sobre artículos de deportes en polideportivos públicos, o sanitaria en hospitales; la posibilidad de dejar información (mediante carteles o folletos) en las oficinas de información de las Administraciones; o simplemente insertar anuncios comerciales en publicaciones oficiales.

Es obvio que si la Administración hiciera publicidad de ella misma no se daría ningún problema y tampoco si ofreciese información de otras administraciones en virtud del principio de cooperación y por tratarse de un interés público. Distinto es el caso en que, como se ha dicho, sean entidades privadas las que quieran anunciarse. En este sentido cabe analizar dos casos distintos: la publicidad en edificios o a través de los empleados públicos y la posibilidad de insertar anuncios comerciales en publicaciones oficiales.

En las oficinas de información o atención al público en muchas ocasiones la respuesta a una demanda de información exige remitir u orientar esa pregunta o gestión a otra Administración pública por no ser competente tal administración. Puede ocurrir que en otras ocasiones sea una organización privada la que realizaría la gestión o respondería a la demanda de información. No existe una respuesta normativa específica a si debe indicarse con-

²³ Puede consultarse en <http://www.igsap.map.es/imagen/manual.htm>.

cretamente la entidad u organización que ofrecería el servicio pero, si tenemos en cuenta la obligatoriedad de los poderes públicos de promover condiciones de igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra y otras normas de ética profesional, la respuesta ha de ser negativa ya que «reconducir» desde la Administración a una determinada organización iría en detrimento de sus competidores.

Así pues, si se demandase la indicación concreta de qué organización privada realizaría la gestión el informador debería abstenerse de contestar cualquier razón social o nombre comercial pero esta norma puede tener su excepción en el caso de organizaciones declaradas de interés público. Ya se ha señalado que no existe ninguna norma pero al tratarse de organizaciones que defienden intereses públicos (comunes a veces con las propias administraciones) y ajenas «al mercado», sí que podrían ser indicadas de forma concreta desde la Administración (aunque, si hubiese varias, también debería señalarse a todas para que el ciudadano sea el que elija). Éste es el caso por ejemplo de la ayuda al establecimiento de empresas o a la creación de empleo que distintas organizaciones empresariales o sindicatos ofrecen.

Otro caso diferente es si debe permitirse a las organizaciones colocar información en las oficinas administrativas de atención al público (mediante carteles o folletos informativos). En este caso debe seguirse el mismo criterio señalado en el párrafo anterior, si coinciden con intereses públicos generales podría permitirse pero no si limitasen otros intereses. Tanto en este caso como en el anterior debe tenerse en cuenta el objeto social de la organización y la finalidad del servicio que presta (no debería permitirse anunciarse a organizaciones políticas, religiosas u otras que mediante una oferta de ayuda puedan servir a otros intereses).

Un problema parecido se presenta cuando se solicita por entidades privadas que enlaces o *links* a sus páginas *web* se indiquen en las *web* de las Administraciones públicas. Cada vez son más las entidades tanto públicas como privadas que se muestran interesadas en ello y ante la ausencia de normas debe acudirse a principios de carácter general y dar una respuesta semejante a la que se analizaba en el supuesto que acaba de comentarse ya que se trata del mismo caso: la oficina de información es la página *web* y la información sobre la entidad es el enlace que se encontraría en dicha página. Parece por tanto que sólo deben colocarse enlaces a otras páginas siempre que sean de titularidad pública y de entidades privadas si tienen un objeto o «utilidad pública».

El segundo de los temas a responder es sobre la posible inserción de publicidad comercial en las publicaciones oficiales. Ya una Orden de 22 de septiembre de 1945 sobre prohibición de publicidad en publicaciones editadas por organismos del Estado aclaraba la cuestión tal como sigue ²⁴:

²⁴ BOE nº 267, de 24.09.45.

«Respondiendo a una mera finalidad de información pública y profesional, las revistas editadas por Organismos del Estado y Entidades que de él dependen o que del mismo reciben auxilio económico al expresado objeto, es propósito del Gobierno que no se desvirtúen o mixtifiquen dichos fines realizando campañas de publicidad comercial.

En su virtud, esta Presidencia del Gobierno ha tenido a bien disponer:

1º Se prohíbe en términos absolutos la inserción de anuncios con carácter de publicidad comercial en todas las revistas y publicaciones editadas o que se editen en el futuro por Organismos del Estado, Entidades dependientes del mismo o que de él reciban auxilio económico a tales fines de publicación de sus revistas....»

Como puede observarse, tal Orden ha quedado materialmente superada (si bien no parece que lo haya sido formalmente). En efecto, en determinadas revistas de titularidad pública la respuesta sobre la posibilidad de inserción mediante la contratación de los correspondientes espacios es afirmativa. Caso especial presenta sin embargo la inserción de publicidad comercial en el Boletín Oficial del Estado que mantiene la conducta descrita en la Orden y la única publicidad que realiza es la de sus propias publicaciones. Otro caso semejante y no regulado es la colocación de *banners* publicitarios en las *web* administrativas, práctica que por razones de decoro y dignidad de la Administración pública debe ser evitada.

Un último aspecto a considerar en este apartado es la posible utilización de signos, dibujos o denominaciones dentro de una actividad publicitaria comercial. Un caso concreto lo constituye la utilización publicitaria de billetes o monedas o sus reproducciones que se ha regulado mediante una Circular del Banco de España ²⁵ que impone la necesidad de autorización previa tras el cumplimiento de diversos requisitos (de forma, tamaño y material). Este sistema (cumplimiento de requisitos técnicos y necesidad de autorización previa) es una solución perfecta para aquellos supuestos que puedan darse en el futuro en la reproducción de denominaciones o signos distintivos públicos para impedir la inducción a error.

III. CONCLUSIONES: APUNTES CRÍTICOS A LA PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL

Como primera conclusión y tal como se ha anunciado al principio, parece innecesario proceder a una regulación legal con carácter especial de la actividad publicitaria de las administraciones públicas. La proposición de Ley que se tramita en el Congreso, que en todo caso debería modificar su denominación por la razón terminológica apuntada en la introducción, de-

²⁵ Circular monetaria del Banco de España 1/1995, de 28 de febrero (BOE 10.03.95).

bería ser rechazada si bien puede suscitar otras regulaciones que, en aras de una política legislativa formalmente más ordenada e integrada, deben encuadrarse en otros textos ya existentes.

En efecto, las únicas novedades normativas que incorpora realmente son: la prohibición de excluir «*a ningún medio que llegue a los destinatarios de la publicidad de que se trate, modulándose la cuota de participación*» y la limitación de gasto del 5% del presupuesto, en materia de contratación; la limitación de la actividad publicitaria en periodo electoral; y finalmente la obligatoriedad del uso de lenguas cooficiales en las Comunidades Autónomas que las tengan.

El principio de igualdad en la contratación queda salvaguardado si se sigue el criterio jurisprudencial descrito en el artículo por lo que incluir un precepto como el contenido en la proposición puede dar lugar a una interpretación literal que redundaría en una ineficiente asignación de recursos, debido a una contratación que, por «*modulada*» que esté, sólo va ocasionar, como se dijo, la duplicidad de la audiencia. Por otro lado, la limitación presupuestaria parece más bien una cuestión que debería incluirse, si fuera el caso, en leyes de contenido presupuestario. Introducir limitaciones presupuestarias en textos legislativos especiales que regulan actividades administrativas nos lleva de nuevo a la proliferación y desorden legislativos que incrementan la inseguridad jurídica.

Sí que en cambio puede resultar de interés para el legislador la segunda de las novedades: la introducción de unas limitaciones a la actividad publicitaria en periodo electoral. La regulación de la proposición acertadamente delimita material y subjetivamente la prohibición aunque podría ser recogida entre las disposiciones relativas a la campaña electoral en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

Finalmente y por lo que se refiere a la inclusión de la obligatoriedad del uso de lenguas cooficiales, tampoco se aprecia la necesidad del rango legal pudiendo extenderse los criterios del procedimiento administrativo tal y como de hecho viene realizándose.

