

Trabajo Fin de Grado

Estudio de la publicidad engañosa en su
modalidad encubierta y del emplazamiento del
producto

Autor/es

Adrián Cabrero Aznar

Director/es

Javier Usoz Otal

Facultad de Derecho

Año

2021

Índice

Listado de abreviaturas	3
Presentación	5
1. La publicidad.....	6
1.1 Definiciones y aparición del Derecho.....	6
1.2 Evolución Legal	8
2. Publicidad Engañosa	10
2.1 Introducción al concepto	10
2.2 Legislación Aplicable	12
2.2.1 Derecho interno.....	13
2.2.2 Derecho comunitario.....	23
3. Análisis de la Publicidad Engañosa en su modalidad encubierta	27
4. Medios para combatir a la publicidad engañosa.....	33
5. Emplazamiento del producto	38
5.1 Legislación aplicable.....	40
5.2 Influencers y emplazamiento del producto en internet.....	44
5.3 Advergaming.....	47
6. Conclusiones	48
7. Bibliografía consultada	51
8. Jurisprudencia utilizada.....	52

Listado de abreviaturas

RAE.	Real Academia Española.
s.	Siglo.
Pág.	Página
etc.	Etcétera
UE.	Unión Europea.
LGPub.	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
y ss.	y siguientes
OJ.	Ordenamiento Jurídico
LCD.	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
BOE.	Boletín Oficial del Estado.
CE.	Constitución Española.
LGCA.	Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.
LSSI.	Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
EEMM.	Estados Miembro de la Unión Europea
STS.	Sentencia del tribunal Supremo
SAN.	Sentencia Audiencia Nacional
REQ.	Requerimiento
INF,	Informe
CNMC.	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Estudio de la publicidad engañosa en su modalidad encubierta y del emplazamiento del producto, Adrián Cabrero Aznar

CDC. Código de Conducta

ICC. *Internacional Control Comission* (Comisión Internacional de Control)

JP. Jurado de la Publicidad

EEUU. Estados Unidos

Presentación

La finalidad de este trabajo es el estudio de la publicidad engañosa, enfocado principalmente en la inducción a error que puede generar la misma en su presentación, es decir el estudio de las prácticas publicitarias en las que tiene incidencia la correcta identificación de la naturaleza del mensaje publicitario y la repercusión de estas prácticas en nuestra sociedad. Para ello vamos a tratar de conocer el contexto histórico, su definición, el derecho aplicable y los problemas prácticos que puedan surgir.

La estructura que va a tener este trabajo se va a configurar de la siguiente manera, va a venir determinada por tres bloques principales, en el primero vamos a tratar de introducirnos en el mundo de la publicidad, conociendo su dimensión y lo que esta significa, para así poder adentrarnos con un buen conocimiento de la materia en el segundo bloque, en el que se desarrollará la publicidad engañosa, concretamente en su modalidad encubierta. Estamos realizando el trabajo desde una perspectiva jurídica, por tanto, vamos a estudiar las diferentes leyes que resulten relevantes a la hora de desarrollar la materia, desde las más generales como la CE y la LGPUB hasta otras más específicas que serán las encargadas de desarrollar los principios fundamentales definidos por estas primeras. También analizaremos el derecho comunitario por la gran importancia que tiene, así podremos comprobar cómo se ha realizado la transposición del mismo, contemplando si hay alguna diferencia que pueda existir respecto con el derecho nacional y por supuesto para tener un conocimiento normativo con más perspectiva. A lo largo del trabajo a parte de hacer referencia a principios establecidos con base a textos legales, también haremos especial mención a la jurisprudencia, y a lo que esta tiene que aportar de la casuística que suele aparecer en el caso concreto, y que nos ofrece ese trasfondo legal de desarrollo interno que hay asociado a la norma. Finalmente, en el tercer bloque abordaremos el emplazamiento del producto, un modelo publicitario muy recurrente en la actualidad con ciertas analogías a la publicidad encubierta del que hay muchos aspectos a tener en cuenta.

1. La publicidad

1.1 Definiciones y aparición del Derecho

Para comenzar a desarrollar este trabajo es de notoria importancia conocer y acercarnos históricamente al concepto de publicidad y a la evolución legal que este ha tenido a lo largo de la historia para así tener una concepción del objeto a tratar amplia, garantizando una base más sólida de partida para así reforzar nuestro conocimiento y entendimiento de la materia. Por eso es importante comenzar analizando las palabras, para conocer la delimitación de la idea que representan y el contexto histórico que estas tienen para entender el porqué, de la aparición de esta delimitación. Estamos hablando de la publicidad engañosa desde una perspectiva actual, comprobando la incidencia que esta materia tiene en la sociedad y como configura el derecho a esta práctica representada en nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, van a aparecer una serie de preguntas que nos van a permitir introducirnos en la idea a análisis desde un punto de partida óptimo para tal desarrollo.

¿Y es que cuando aparece la publicidad como tal? Para responder a esta pregunta lo primero que tenemos que hacer es configurar el concepto de publicidad porque en función de este nos vamos a encontrar con diferentes variantes de respuesta. Si partimos de una concepción amplia podemos entender a la publicidad como el simple hecho de dar a conocer o hacer algo público¹, esta definición tan generalista nos ofrece una aparición muy antigua, nos remontamos a la aparición de la sociedad como tal, será entonces cuando cobrará sentido el conocimiento de algo en cuanto a la divulgación del mismo entre seres humanos, de manera que nos equivocamos al decir que la publicidad en cierta forma nace con la agrupación del ser humano en sociedad. Y crecerán estos dos conceptos correlativamente, es decir cuánto más se magnifique la sociedad, más relevancia va a tener la publicidad.

¹ Tal y como expone Celia Martínez Escribano «es un fenómeno que existe desde antiguo, es a partir de la generalización de las sociedades de masas —en el primer tercio del siglo XX— cuando se sientan las bases de la industria publicitaria». CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Derecho de la publicidad*, 2015, Pamplona (Navarra), (p.5) Tema1, punto 1.2 ¿cómo surge el derecho de la publicidad?

La real academia española define publicidad de la siguiente forma: «*Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores espectadores, usuarios, etc.*» En uno de sus significados y en el que más nos interesa. Esta definición como podemos observar acota bastante más el concepto generalista antes mostrado, es de especial importancia la inclusión de la palabra comercial, ya que aparece con un carácter imperativo siendo necesario a la hora de utilizar esta definición la presencia de algún tipo de connotación comercial en la publicidad, en caso contrario no estaremos hablando de publicidad como tal, simplemente de divulgación, propagación, extensión... Al no tener un vínculo comercial. Este significado que nos ofrece la RAE también nos remonta a un tiempo muy lejano, concretamente a la aparición de las primeras civilizaciones conocidas que desarrollaron el comercio.

En el acontecimiento histórico de la publicidad hay un elemento que marca un antes y un después referente al desarrollo del término con el cual vamos a trabajar. Si nos fijamos en las definiciones que venimos manejando estas son bastante abstractas, nos ayudan a formar una estructuración conceptual, pero esta sigue siendo un tanto difusa si no tenemos en cuenta cuándo la publicidad da un paso hacia delante en todos los sentidos a partir del cual se va a configurar su verdadero significado. Es fundamental entender lo que supone la evolución del concepto a lo largo del tiempo, efectivamente la publicidad está presente de una u otra forma desde tiempos inmemoriales, pero en un momento histórico evoluciona. Esta evolución es fruto del uso de la publicidad y es que el desarrollo tecnológico va a brindar la oportunidad de difundir a gran escala los contenidos publicitarios, de una forma que hasta entonces era impensable con todas las consecuencias que ello implica. Tal desarrollo tecnológico comenzó a producirse en el inicio de la revolución industrial (s.XVIII) donde se dieron un conjunto de desencadenantes perfectos que permitieron la materialización de la publicidad en masa². Se produjo el crecimiento exponencial de la industria y el consecuente aumento del comercio, se creó la imprenta, posibilitando la reproducción en masa de mensajes

2 Godoy menciona ese carácter masivo asociado a la publicidad y su antecedente histórico «si otorgamos a esa divulgación o ese mensaje el requisito de un carácter masivo, sólo hablaríamos propiamente de publicidad a partir de la invención occidental de la imprenta, en el siglo XV, y sobre todo desde el inicio de la Revolución Industrial, con la configuración de grandes medios de comunicación y la aparición por el desarrollo económico capitalista de gran número de empresas e instituciones que demandan la divulgación generalizada de sus productos o servicios, es decir, el siglo XIX..
». Antonio Checa Godoy, Historia de la publicidad, 2007, A Coruña, página 3.

publicitarios para su posterior difusión, también surge la prensa con su posterior impacto publicitario. En general el estallido de la revolución industrial supone el asentamiento de la publicidad concebida como un *«instrumento de comunicación comercial»*. (CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO, junio 2015).

Tras la revolución industrial florece la publicidad, la concepción de esta tal y como la conocemos a día de hoy, lógicamente con ciertos matices porque a lo largo de los años se ha ido perfilando, pero la esencia nace en este periodo. Los empresarios comienzan a utilizar la publicidad para dar visión a sus productos o servicios con el fin de captar a un público objetivo, así despegue la publicidad a lo largo de este periodo en adelante, creciendo de manera exponencial, de acuerdo a las facilidades que han ido surgiendo posibilitando su propagación hasta la actualidad.

Por eso finalmente vamos a utilizar la definición que nos facilita la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad en su Art.2: *«Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones»*, ya que conforma una buena delimitación objetivo-subjetiva, bajo la cual vamos a poder desarrollar correctamente la materia de trabajo.

Como en toda materia susceptible de problemática entre partes, siempre pueden aparecer discrepancias dentro de los sujetos que conforman la relación publicitaria, y es aquí cuando debe de aparecer el derecho como agente regulador de la materia, estableciendo un marco jurídico en el cual se acoten los conceptos, las buenas prácticas y los criterios aplicables a la hora de resolver conflictos.

1.2 Evolución Legal

El primer texto legal en España dedicado al desarrollo en materia publicitaria data del 11 de junio de 1964, este es el Estatuto de la Publicidad, consta de 71 Artículos y conforma un marco normativo inicial basado y formado con base a lo que por aquel

entonces el legislador consideró necesario normatizar desarrollándolo conforme a las necesidades jurídico-sociales que han ido apareciendo a lo largo del tiempo, pero como se puede deducir de la historia en materia publicitaria, no estamos ante un objeto legislativo estático, la publicidad está en constante transformación, trata en todo momento de mimetizarse con el entorno, de adaptarse a este, por lo tanto, no es de extrañar que este texto legislativo del año 1964 esté actualmente derogado. La ley en vigor actual es la ley general de publicidad de 11 de noviembre de 1988, lo cual en cierta forma es irónico, estamos abogando por el dinamismo de la materia y la normativa vigente española se aprobó hace 31 años, teniendo en cuenta además la gran cantidad de acontecimientos que han transcurrido en estos años con incidencia directa en la materia. El texto se articuló dos años después de la entrada de España en la UE, por lo tanto ha transcurrido un proceso de globalización importante tras su entrada en vigor, numerosas innovaciones tecnológicas, un aumento exponencial del uso de internet y todo lo que ello conlleva, siendo estos solo algunos de los cambios que se han producido a lo largo de estos 31 años. Por tanto se ha producido un redimensionamiento de la publicidad en términos que hace ni siquiera 10 años nos costaría predecir.

La explicación a esta situación legal no se traduce en un descuido total del legislador haciendo caso omiso a la evolución que ha tenido la publicidad a lo largo de este tiempo, sino que las carencias de la Ley 34/1988 LGPub que han aparecido con el paso del tiempo han sido resueltas con leyes complementarias como es el caso de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Tampoco podemos olvidarnos del importante papel que tienen las directivas europeas y su transposición, estas dos vertientes las veremos en profundidad más adelante conforme se desarrolle el trabajo, teniendo en cuenta que van a formar parte indispensable en la argumentación jurídica de este.

2. Publicidad Engañosa

Una vez conceptualizado el objeto de análisis, tenemos una idea general de la publicidad y sus antecedentes históricos, conocemos su significado, su evolución a lo largo del tiempo, sabemos cuándo fue susceptible al derecho y cuando se legisla en nuestro país.

Por tanto, estamos en un buen punto de partida para comenzar a analizar la publicidad engañosa enfocada en su modalidad encubierta, este va a ser el pilar estructural desarrollado en el presente trabajo al tener una incidencia directa en todas las prácticas que vamos a estudiar, de manera que va a ser preciso realizar un análisis exhaustivo y completo de esta práctica.

2.1 Introducción al concepto

Para comenzar a tratar esta práctica va a ser de menester importancia conocer que entendemos por publicidad engañosa, es decir cómo está delimitado este concepto en nuestro ordenamiento jurídico, que abarca, cuáles son sus límites, en definitiva, saber el conocimiento básico necesario para poder iniciar a posteriori un análisis más profundo.

Es curioso que en la Ley 34/1988 LGPub la cual obviamente tiene por objeto la regulación de las actividades publicitarias³ no parezca de forma expresa ninguna alusión a la publicidad encubierta que nos arroje algún tipo de valor en el tenor literal de todo el articulado que conforma esta ley, pero esto no significa en ningún caso que no se contemple esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, ya que de forma implícita en varios artículos si que podemos establecer una conexión directa con el concepto. Ateniéndonos al Art 9 Ley 34/1988 LGPub *«Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios»* este artículo es

³ Art 1 Ley 34/1988 LGPub, «La publicidad se regirá por esta Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias»

sumamente importante, el legislador es muy claro, debe ser inequívoco para el receptor todo contenido publicitario, no podemos tratar de engañar al destinatario del mensaje publicitario con un contenido que no parezca ser publicitario, este deberá tener en todo momento una percepción de lo que es o no es publicidad, de manera que el emisor deberá ser responsable de su producto expresando con claridad cuando estamos bajo contenido publicitario, utilizando los medios pertinentes que garanticen esta exigencia legal.

Cierto es que de forma explícita este Art.9 de la Ley 34/1988 LGPub no nos nombra el concepto de publicidad encubierta, pero de forma tácita nos marca la base por la cual se debe regir esta práctica al introducimos delimitaciones referentes a la publicidad engañosa, se habla de la necesidad de identificar constantemente a la publicidad, para evitar que se produzca el uso de la publicidad engañosa en su vertiente encubierta, práctica que se daría si efectivamente el destinatario de la publicidad no se da cuenta de que efectivamente está consumiendo publicidad.

Una definición válida de publicidad engañosa contemplada por el legislador europeo la encontramos en la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984 ⁴, concretamente en su Art.2 .2 ⁵. Es una directiva derogada pero sienta las bases del concepto al aparecer posteriormente en los textos vigentes exactamente la misma definición, concretamente en la Directiva 2006/114/CE en su Art. 2 letra b)⁶. Teniendo acotado el término estaremos delante de publicidad engañosa, cuando esta induzca o pueda inducir a error al destinatario debido a su carácter engañoso, cuando pueda afectar a su comportamiento económico o bien perjudique o sea capaz de perjudicar a un competidor. De esta definición podemos entender que la publicidad engañosa para que sea engañosa no se tiene porque consumir el resultado que tipifica el concepto, es decir basta con que simplemente esta práctica pueda afectar al comportamiento económico de las personas a las que se dirige o afecta o por otro lado

⁴ Relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa

⁵ Art.2 .2 Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984; «se entenderá por publicidad engañosa toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor »

⁶ Art2, b), Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, «publicidad engañosa: toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor»

sea capaz de perjudicar a un competidor. No es necesario que se produzca el agravio simplemente se tienen que dar los desencadenantes para que el mismo se pueda llegar a producir. De manera que la mera posibilidad puede convertir una actividad publicitaria en publicidad engañosa si no se identifica de una forma clara, para que el destinatario no pueda tener duda alguna de si efectivamente lo percibido forma parte de un contenido publicitario.

2.2 Legislación Aplicable

A la hora de conocer la legislación aplicable para la publicidad encubierta es necesario matizar la proximidad conceptual entre la publicidad engañosa y la propia publicidad encubierta y es que la doctrina debate si la publicidad encubierta es una categoría propia o bien en sentido contrario esta se debe enmarcar bajo alguna de las variantes publicitarias consideradas ilícitas en nuestro O.J., la doctrina mayoritaria se decanta por esta última vertiente, concretamente se introduce a la publicidad encubierta dentro del ilícito de publicidad engañosa, pero hay que tener cuidado con esta posición doctrinal porque los dos conceptos no son sinónimos. La principal diferencia la encontramos en el Art. 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero dedicada a la Competencia Desleal, y es que en este precepto legal no se destaca esa inducción a error que se da en los receptores de las comunicaciones comerciales que luego analizaremos más en profundidad, como sí que lo hacen los Arts. que desarrollan la idea de publicidad engañosa, siendo este presupuesto esencial.

Personalmente coincido con la posición mayoritariamente aceptada, porque sí hay una diferencia conceptual considerable, pero en ningún caso creo que este matiz le dote a la publicidad encubierta de autonomía para entablar un tipo publicitario propio, si no más bien a conformar una modalidad de publicidad engañosa, ya que la esencia la comparte con este concepto.

Una vez explicada esta discrepancia teórica podemos proceder a desarrollar la legislación aplicable desde esta perspectiva que definiendo, por tanto todo articulado que mencione a la publicidad engañosa será de análogo uso para la publicidad encubierta en todos los puntos en común que compartan ambos términos.

Dividiremos esta sección en dos categorías, primero abordaremos la normativa interna y posteriormente procederemos con la comunitaria.

2.2.1 Derecho interno

Ahora vamos a centrarnos en la regulación que tiene la publicidad engañosa en nuestro ordenamiento jurídico, para poder conocer el marco legislativo que delimita el concepto, así podremos ubicarlo y saber la magnitud y el interés regulativo que el legislador le presta a esta práctica.

La Ley 34/1988 LGPub como hemos expresado anteriormente no nos ofrece contenido que desarrolle a la publicidad engañosa de manera explícita, la única mención explícita que hace respecto de este concepto en su articulado es para remitirnos a otra ley, concretamente en su Art.3,e)⁷ el cual aborda la publicidad ilícita exponiendo detalladamente las practicas que se tachan de ilícitas. En la letra e) podemos observar como la publicidad engañosa se contempla ilícita, y además nos ofrece el carácter que se va a aplicar a esta definición, expresando que este tipo de práctica se va a computar como competencia desleal, remitiéndonos por tanto a la ley de Competencia Desleal, porque va a ser esta ley la que efectivamente la matice y regule. Al conformar en nuestro O.J. el carácter de competencia desleal.

Teniendo de partida esta configuración legal nos encontramos con la siguiente premisa, la publicidad que se pueda conceptuar de efectivamente encubierta, esta va a ser considerada como una práctica desleal al incurrir en una ventaja competitiva utilizando un medio completamente ilícito, como es el de tratar de engañar al destinatario publicitario, al mostrarle contenido publicitario sin que este sea capaz de distinguirlo como tal. Por tanto, debemos de acudir a la Ley 3/1991 LCD para comprobar cómo dispone a la publicidad encubierta y que aspectos resultan de interés para poder continuar desarrollando el tema.

⁷ Ley 34/1988 LGPub, Art.3 e): «Es ilícita e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal».

La Ley 3/1991 LCD se publicó en el BOE el 4 de julio de 2007 y entró en vigor el 1 de septiembre de 2007⁸ por tanto la *vacatio legis* comprenderá del 4 de julio al 1 de septiembre que es cuando el texto realmente despliega totalmente sus efectos legales. Es una ley que trata de garantizar la libertad de empresa recogida en nuestro texto constitucional, concretamente en el Art. 38 CE⁹, de manera que para garantizar esta libertad empresarial va a ser completamente necesario la existencia de una competencia real y efectiva porque este elemento va a configurar y debe configurar un pilar esencial en nuestro modelo de economía de mercado. Es por ello necesaria una ley cuya finalidad sea el amparo de la libre competencia contra las prácticas desleales.

Como no puede ser de otra forma cuando la Ley 34/1988 LGPub establece ese carácter de acto desleal a la publicidad encubierta en su Art.3.e), la propia Ley 3/1991 LCD a lo largo de su articulado previsiblemente va a desarrollar este concepto y efectivamente así es, en este texto legal sí que aparecen alusiones a la publicidad encubierta como acto desleal con el respectivo tratamiento legal que a continuación vamos a comentar.

En el Art. 5 Ley 3/1991 LCD¹⁰ se constituye una definición que nos interesa especialmente, aborda cuando podemos calificar de desleal una conducta engañosa en nuestro O.J. este precepto aplicado a nuestro tema principal de desarrollo, la publicidad y en concreto la publicidad encubierta nos aporta un argumento más profundo a la hora de nominar una conducta publicitaria encubierta de desleal. La Ley 34/1988 LGPub nos indica que la publicidad encubierta va a tener un carácter desleal, pero es este Art 5 Ley 3/1991 LCD el cual nos ofrece el porqué de esta calificación, al considerarse desleal por engañosa las conductas que contengan información falsa, o aun cuando esta sea verdadera si puede inducir a error a su destinatario cuando pueda alterar su comportamiento económico. Ahora entendemos esta calificación jurídica, la publicidad engañosa la vamos a reputar como un acto desleal por ese componente de engaño que hay en ella. No sería justo ni para el destinatario ni para la libre competencia en el

⁸ Ley 3/1991 LCD, Disposición final tercera .1; «La presente Ley entrará en vigor el 1 de septiembre de 2007».

⁹ Art38 CE: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.»

¹⁰ Ley 3/1991 LCD, Art5 : «Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico».

mercado¹¹ que este tipo de prácticas publicitarias se pudiesen producir sin ninguna repercusión legal, estamos ante la figura de la publicidad cuando esta es usada mediante algún tipo de engaño y es por este engaño por el cual introducimos en el concepto la nota de acto desleal.

También en el Art. 7 Ley 3/1991 LCD¹² aún se matiza más este concepto relacionado con las omisiones engañosas, que como cabría de esperar se califican desleales y aplicándolo en materia de publicidad, nos da una apreciación más amplia del concepto y de cómo tratarlo, porque cuando se da la publicidad engañosa se produce consecuentemente una omisión de información por la cual el destinatario de la comunicación comercial puede adoptar una decisión¹³ que sin esta omisión no adoptaría. Por ejemplo, un espectador de un programa de televisión puede decidirse a comprar un determinado producto si observa como su presentador de confianza en cierto comentario ensalza el producto sin que se exprese con claridad que efectivamente ese comentario formaba parte de un contenido publicitario. En este mismo Art. 7 se impone la necesidad de que la información debe de ser clara dando a conocer en todo momento el propósito comercial de la práctica, para evitar este tipo de caos tratando de proteger al receptor publicitario de estos. Porque todo contenido publicitario debe resultar evidente por el contexto de dicha naturaleza comercial, ocultándolo o no prestando los medios oportunos para que resulte claro su reconocimiento, se incide en el ilícito de publicidad engañosa. Para finalizar es muy interesante el punto dos¹⁴ del artículo que estamos analizando porque otorga una cierta laxitud normativa en función del contexto situacional en el que se dé cierto tipo de actuaciones que de partida serían

¹¹ También afecta a los competidores del anunciante de manera indirecta.

¹² Ley 3/1991 LCD Art.7.1 Referente a omisiones engañosas: «Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto».

¹³ Ley 3/1991 LCD Art7. 1 «Relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa»

¹⁴ Ley 3/1991 LCD Art7.2 «Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios»

objeto claro de publicidad encubierta. Se tendrán en cuenta las limitaciones que pueda tener el medio de comunicación utilizado, como son las limitaciones de espacio o tiempo. Es decir, se resolverá en función de las características del caso concreto y teniendo en cuenta las medidas que ha utilizado el empresario para transmitir la información, para decidir si estamos delante de una acción susceptible de calificación desleal con todas sus consecuencias.

La última mención que encontramos en la Ley 3/1991 LCD está contenida en el Art. 26 ¹⁵ los dos preceptos que hemos comentado anteriormente de esta misma ley eran más generales englobaban los actos desleales como tal, lo cual nos ha servido de utilidad gracias al Art. 3, e) Ley 34/1988 LGPub, que le da el carácter de desleal a la propia publicidad engañosa y nos remitía a directamente a estos, pero este Art. 26 es más específico aborda el concepto de práctica comercial encubierta que a efectos materiales por lo que se desprende en este artículo no deja de ser un concepto interrelacionado con el de la propia publicidad engañosa, no nos equivocamos al afirmar que la publicidad encubierta está directamente relacionada con la publicidad engañosa, el propio legislador comunitario así lo indica, ya que el elemento fundamental no es la ocultación del tipo de mensaje, sino el error que genera en el receptor, que no concibe el contenido publicitario como tal por eso la publicidad encubierta es una modalidad¹⁶ de la propia publicidad engañosa, estamos delante de un artículo el cual de forma directa aborda el tema de la publicidad encubierta por eso nos va a servir de utilidad para seguir razonando la línea argumentativa por la cual enfocamos la materia.

Este precepto delimita las prácticas comerciales encubiertas como desleales e introduce ciertos criterios que son de especial interés. Menciona la publicidad encubierta introducida en los medios de comunicación, con el objetivo de publicitar un determinado bien o servicio, pero tratando de que este mensaje no se distinga con

¹⁵ Ley 3/1991 LCD Art 26, Prácticas comerciales encubiertas «Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario»

¹⁶ Referencia expresa que hace José Miguel Hernández rico «De la lectura de los preceptos anteriores podemos determinar ya en este momento que la publicidad encubierta es una modalidad de publicidad engañosa (ilícita, por tanto), en la que el engaño se produce en la forma o presentación del anuncio publicitario y no en el fondo o contenido del mismo, razón por la que hemos preferido estudiarla de forma separada al resto de supuestos de publicidad engañosa.» José Miguel Hernández Rico, Derecho de la publicidad, 2015, PAMPLONA (NAVARRA), Tema5, Publicidad ilícita 2. Publicidad encubierta.

facilidad para el consumidor como contenido publicitario, de manera que el legislador presta singular atención en esa inducción al error que no prestaba al hablar de publicidad engañosa.

Por último, también nos añade un presupuesto y es que la persona que quiere difundir el contenido comercial va a tener que ofrecer una remuneración económica, por consiguiente, en caso de que se cumpla esa falta de identificación del contenido publicitario por parte del consumidor o usuario será necesario también que la persona o entidad jurídica encargada de introducir ese comunicado comercial, haya pagado por este para que incurra en la práctica de publicidad encubierta. En lo referente a esta contraprestación exigida por la Ley 3/1991 LCD cuando exponamos la legislación comunitaria entraré más en detalle a valorar la dimensión y el significado del mismo, porque será importante saber si estamos delante de un elemento necesario o no realmente.

La comunicación audiovisual es el medio donde encontramos una mayor presencia de publicidad encubierta a día de hoy, es donde más se emplea esta práctica fraudulenta y la ley que regula la comunicación audiovisual en nuestro país, es la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. la cual va a desarrollar la normativa básica en materia audiovisual¹⁷. En el Art. 2.32¹⁸ se expone el concepto de comunicación audiovisual televisiva encubierta, es decir este artículo trata de introducir el concepto de comunicación comercial encubierta definiéndolo, para posteriormente continuar desarrollándolo. Hace una distinción con el emplazamiento del producto desvinculándolo de este concepto, como una materia separada y expone las notas fundamentales que van a caracterizar a la comunicación audiovisual encubierta y es que va a ser fundamental la presentación de cierta actividad comercial en los medios audiovisuales que pueda inducir a error al público en la propia naturaleza de la presentación, es decir el público como último destinatario no va a ser capaz de

17 Ley 7/2010 LGCA Art1: «Esta Ley regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal y establece las normas básicas en materia audiovisual sin perjuicio de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en sus respectivos ámbitos».

18 Ley 7/2010 LGCA Art 2.32: «La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio.»

distinguir el contenido que está consumiendo, no es consciente cuando ve ese contenido comercial de que efectivamente es un contenido comercial, como consecuencia directa de la actitud intencionada que tiene el prestador del servicio a la hora de elaborar el contenido publicitario, para qué repito, intencionadamente el consumidor no perciba esta publicidad encubierta como tal, introduciéndola en un momento en el que el receptor tiene las defensas bajas sabiendo que así esta publicidad ilícita es mucho más efectiva.

Finalmente se especifica la intencionalidad añadiendo que si se presta una contraprestación económica a favor del prestador publicitario, este hecho va a constatar directamente esa intencionalidad, pero ojo el legislador no acota la intencionalidad a la mera contraprestación que realiza el interesado en realizar el contenido publicitario al prestador del servicio utiliza el término «[...] en particular, si se hace a cambio de una contraprestación [...]» cuando define el concepto, por ello no estamos hablando de una exclusiva formula que nos detecte esa intencionalidad, está dejando abierto el modo de prueba para demostrar esa intencionalidad exponiéndonos el ejemplo por excelencia por el cual la podemos obtener. Es muy importante esta apreciación que podemos sustraer del tenor literal de la ley, porque en otros textos legales como es el caso de la Ley 3/1991 LCD en su Art. 26 establece el pago de una contraprestación de una forma mucho más fehaciente, y es aquí cuando se trata de conceptualizar a la comunicación audiovisual encubierta cuando aparece esta distensión normativa que nos permite probar la intencionalidad con argumentos congruentes para el caso concreto que pueden perfectamente distanciarse de un simple pago económico.

Otro Artículo que encuentro de especial interés está en la Ley 12/1992 LGCA es en concreto el número quince¹⁹, el cual a simple vista no parece ser objeto atención, pero si tenemos en cuenta el contexto situacional de la materia con la que estamos trabajando encontramos esta argumentación jurídica. Se especifica que la emisión televisiva de los mensajes con carácter publicitario deberá realizarse con arreglo a la normativa específica sobre publicidad, es decir la relación comercial que incurra en publicidad engañosa, aparte de ilícita también va a ser desleal²⁰, por lo cual ¿estamos hablando de una concurrencia de delitos?. Estamos delante de una práctica calificada de

¹⁹ Ley 7/2010 LGCA Art. 15: «Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir mensajes de venta por televisión. La emisión televisiva de estos mensajes deberá realizarse en los términos previstos en el artículo anterior y en la normativa específica sobre publicidad»

²⁰ Tal y como se establece en el Art 15.2 Ley 3/1991 LCD

desleal que atenta contra la libertad de empresa al falsear el juego de la competencia y que a su vez se considera ilícita.

Esta pregunta es muy interesante, y hasta 2009 tenía una respuesta un tanto ambigua, por un lado la Ley 34/1988 LGPub nos indica que las prácticas publicitarias engañosas son ilícitas²¹ y por otro lado la Ley 3/1991 LCD establece que la publicidad engañosa es desleal, de manera que ¿el agraviado por esta figura debería demandar en forma de concurrencia estas dos figuras jurídicas?, el ilícito y la práctica desleal, ateniéndose a la idea de que de esta acción han nacido estas dos consecuencias jurídicas de hecho.

Pero con la aparición de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre²², desaparecen estas dudas, el objeto de la misma es mejorar la protección de los consumidores o usuarios frente a la publicidad y la competencia desleal, estableciendo mecanismos de unión entre ambas figuras, concretamente en el Art. 32²³ se plantean las acciones que se van a poder llevar a cabo ante un acto de competencia desleal, pero como hemos dicho es una ley conciliadora, y este carácter lo encontramos cuando expresa explícitamente la inclusión de la publicidad ilícita. Por eso estamos ante la respuesta de la pregunta anteriormente planteada. Esta ley da una resolución concreta enumerando las acciones que se van a poder tomar por parte de quien ha sido afectado por actos que supongan una competencia desleal incluyendo a la publicidad ilícita. Es decir, está englobando estos dos conceptos para poner fin a esta duda que había previamente a la entrada en vigor de este precepto, les está dando un trato unitario en lo relativo a las acciones legales que se pueden llegar a tomar, por lo cual si nos encontramos afectados por la publicidad engañosa, práctica desleal que a su vez es ilícita, vamos a tener la posibilidad de ejercitar las acciones contempladas en el artículo al cual hacemos referencia solventado así de manera eficaz el problema planteado.

²¹ En su Art 3, lera e)

²² 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.

²³ Art .32 Ley 29/2009 «Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones».

Concretamente las acciones que podemos emprender son seis²⁴. La primera es fundamental para el prosperar de las demás en el caso de la publicidad, simplemente es la acción declarativa de deslealtad, estamos delante de un presupuesto necesario sin el cual no podemos optar lógicamente a ninguna petición en este campo, lo primero que vamos a necesitar es tipificar la publicidad como engañosa de la que hemos sido víctimas, una vez acreditamos esta situación, por sí misma ya conforma un acto desleal conforme al Art. 3 e), Ley 34/1988 LGPub, de aquí la importancia de esta primera acción que será complementaria con las demás, en efecto es una simple declaración, pero de contenido esencial. Como segunda acción tenemos la cesación o prohibición futura de la conducta desleal, por eso si estamos ante una práctica desleal vamos a tener esta acción para que cese de inmediato, es más la podemos ejercitar si todavía la conducta no se ha puesto en práctica²⁵, este último matiz hay que entenderlo desde la perspectiva de la prevención, asumiendo que no es necesario la producción del daño para solicitar la prohibición de la conducta en un futuro, simplemente necesitaremos acreditar la posibilidad de producción de daños si efectivamente esta práctica se pudiese dar en el futuro, para ejercitar la acción. La siguiente acción consiste en la remoción de los efectos causados, está enfocada en suprimir los efectos que se han producido con la conducta desleal en nuestro caso esa publicidad ilícita denominada de desleal susceptible reparar, consiguiendo cesar el daño producido. Otra acción consiste en la rectificación de ese comunicado publicitario que incide en el concepto de publicidad engañosa o encubierta, de tal forma que deje de producirse como tal y se adecue a derecho. Por otro lado tenemos la acción de resarcimiento de daños y perjuicios que hayan sido originados fruto de la práctica desleal siempre y cuando haya intervenido

²⁴ Ley 29/2009 ,Art .32:

«1.ª Acción declarativa de deslealtad.

2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.»

²⁵ Se podrá ejecutar en la acción de prohibición

dolo o culpa del agente, esta acción es bastante importante en el desarrollo de la materia publicitaria al dar la opción al destinatario del comunicado comercial o al competidor de poder reparar el daño que le ha producido esta ilicitud, teniendo en cuenta que el dolo necesario para constatar esta acción lo encontraremos en esa falta de separación del contenido, en a falta de identificación del contenido publicitario como tal. Y por último se presenta la acción del enriquecimiento injusto cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva, por lo tanto, apenas va a tener repercusión en el ámbito de la publicidad, siendo extraño en la práctica encontrarnos con un ejemplo que recoja este contexto situacional derivado de esta posición jurídica indicada.

En resumen, este es el conjunto de acciones que el ofendido por la publicidad engañosa puede solicitar en vía judicial con cierta posibilidad de si cumple con los requisitos establecidos para ello obtenga una condena estimatoria. Por tanto, conforman las garantías legales establecidas a la hora de reclamar judicialmente con base a este concepto.

La Ley 7/2010 LGCA en su Art. 2.32²⁶ establece una definición de comunicación comercial encubierta, pero es en Art. 18.2²⁷ cuando el legislador se encarga de prohibirla en nuestro O.J. al introducirla dentro de las prácticas comerciales prohibidas por esta ley. Se desprende por tanto una prohibición explícita de la publicidad encubierta, asegurando así en todas sus formas la ilicitud de esta modalidad publicitaria cuando efectivamente se den los rasgos descritos en esta misma ley en el Art 2.32.

Por último y no menos importante, vamos a centrarnos en el carácter de la publicidad encubierta, en la magnitud que el legislador atribuye a este ilícito legal, y es que a la hora de tipificarlo nos encontramos con que constituye una infracción grave²⁸,

²⁶ Ley 7/2010 LGCA Art 2.32, «La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio.»

²⁷ Ley 7/2010 LGCA Art 18.2: «Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales.»

²⁸ Ley 7/2010 LGCA Art 58.8: El cual establece las infracciones graves «La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas [...] que incurran en las prohibiciones establecidas en la normativa de publicidad.»

un indicativo perfecto del valor que se le atribuye, por la envergadura que tienen las posibles consecuencias desprendidas en esta práctica, tanto en el mercado como en la persona objeto del engaño.

La publicidad es una materia que tiende a ser adaptativa al entorno, por su carácter persuasivo va a tratar de beneficiarse de todas las posibilidades que se le presten, va a abarcar todos los medios en los cuales tenga utilidad. Y es que tal y como concebimos el mundo actualmente hay una herramienta, un medio que cada vez cobra más protagonismo, desde el momento de su invención a los tiempos presentes ha revolucionado el mundo, esta plataforma es Internet concepto definido por la RAE de la siguiente forma *«red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación»*. Internet ha supuesto una revolución de la intercomunicación y del acceso a la información sin precedentes, y se ha convertido en uno de los medios perfectos para introducir contenido publicitario. Esto ha supuesto en correlación una evolución también sin precedentes de la publicidad en su forma de ser como consecuencia directa de la adaptación de la misma a este nuevo entorno. Conociendo este contexto no es de extrañar que el legislador haya decidido introducirse también a regular la publicidad dentro del comercio electrónico, introduciendo en nuestro O.J. el siguiente texto legal: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, la cual en su Art. 20 ²⁹ que aborda la información exigida en las comunicaciones comerciales, determina que este tipo de comunicaciones realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables, siendo necesario que todo contenido publicitario el cual nos encontramos en internet deberá ser identificado como publicidad debidamente, en adición también será obligatorio la identificación de la persona física o jurídica en nombre de la cual se realiza el contenido publicitario.

²⁹ Ley 34/2002 LSSI Art.20: «Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable»

2.2.2 Derecho comunitario.

Acabamos de realizar un análisis de la publicidad engañosa fruto de las normas de derecho aplicable que se han desarrollado en nuestro país enfocadas a regular el concepto. Consecuentemente ateniéndonos a la realidad que configura el O.J, habrá también que contemplar como el derecho comunitario trata a la publicidad engañosa para saber si tenemos una normativa que respeta los cánones europeos y por supuesto comprobar si arroja algún elemento que nos sirva de valor en este campo.

España en el año 1986 entra a formar parte de la U.E. conformando un espacio común con los países que agrupa la propia unión, actualmente cuenta con 27 ³⁰ países tras el abandono el 31 de enero de 2020 por parte de Reino Unido. El principal objetivo de esta agrupación de naciones haciendo mención al aspecto jurídico, es el de homogeneizar y crear un marco jurídico común para todos los estados miembros con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica lo más posible. Estamos en un mundo tendiente a la globalización plagada de interconexiones supra estatales, de manera que tratar de armonizar el derecho entre estados va a ser completamente necesario si queremos tener una justicia materialmente efectiva en la actualidad. Para la consecución de este objetivo se han cedido ciertas competencias a Europa. Tiene potestad de emitir normas ya sean directivas o reglamentos que vinculan a los estados miembros los cuales están obligados a su cumplimiento, ya que este derecho comunitario tiene primacía sobre el derecho interno, es un principio fundamental para que estas normas tengan incidencia y no resulten una mera recomendación de cómo actuar ante los distintos supuestos que abarca. Además, tiene la potestad de imponer obligaciones a los estados.

Por eso es fundamental abordar este punto, y observar como la regulación comunitaria ha tratado a la publicidad, en específico a la publicidad engañosa, comprobando el marco regulativo que delimita al concepto en la propia comunidad europea.

³⁰ Esta es la lista oficial de los países miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia

La definición de publicidad engañosa que otorga el legislador europeo no dista mucho de la transposición normativa que tenemos en nuestros textos legales, como indicábamos al principio del trabajo esta definición la encontramos en la directiva 2006/114/CE, concretamente en su Art. 2, letra b)³¹. Esta definición en nuestra normativa interna está reflejada en el Art. 5 Ley 3/1991 LCD³², son definiciones muy similares en la Ley 3/1991 LCD simplemente prescinde del «*perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor*», ya que el legislador entiende que en el contexto en el que está, una ley que regula la competencia desleal, no hace falta reiterar ese carácter de lesividad hacia los competidores.

Es de especial mención constatar el detalle con el que el legislador europeo trata el tema de la publicidad engañosa, es consciente del gran problema que desencadenaría la existencia de discrepancias entre las legislaciones en vigor de los diferentes estados miembros, siendo la publicidad una materia tan deslocalizada a día de hoy, por lo tanto de transcendencia en el mercado interior, pudiendo ocasionar una distorsión de la competencia de ahí la existencia de regulación armonizada comunitaria dedicada a este concepto.

Por eso en la Directiva 2006/114/CE, a partir del punto dieciséis pone atención en la necesidad que hay de establecer en los EEMM mecanismos que posibiliten a las personas u organizaciones con un interés legítimo en la materia, de interponer un recurso³³ contra cualquier publicidad engañosa que les permita pronunciarse o emprender las acciones judiciales pertinentes. Para ello se deben adjudicar las competencias necesarias en la materia que posibiliten esta protección judicial, es indispensable que los órganos competentes tengan la competencia necesaria en la materia para poder cesar o prohibir cualquier comunicación publicitaria susceptible de ser engañosa. Finalmente sugiere una recomendación y es que si se promueven controles voluntarios realizados por organismos autónomos como es el caso de Autocontrol en España del que hablaremos más adelante, se van a evitar este tipo de

³¹ Directiva 2006/114/CE Art. 2, b) «publicidad engañosa: toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor.»

³² Ley 3/1991 LCD Art5: «Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico»

³³ Directiva 2006/114/CE (16). Ante un tribunal, bien ante un órgano administrativo competente para pronunciarse acerca de las reclamaciones o emprender las actuaciones judiciales pertinentes.

acciones reclamatorias, por tanto son de una enorme utilidad para los posibles agraviados, conformando una protección activa que estos organismos traten de perseguir este tipo de prácticas contrarias a derecho.

De todas formas el Art. 5.1 ³⁴ de la Directiva 2006/114/CE nos expone de forma explícita los medios que el lastimado por la publicidad engañosa tiene para poder reclamar esta lesión del bien jurídico protegido, pudiendo proceder judicialmente contra la publicidad engañosa o bien someter esta publicidad a la autoridad administrativa competente.

Por otro lado la Directiva 2005/29/CE, ³⁵ también es de interés, regula las prácticas comerciales desleales, concretamente las prohíbe ³⁶ y describe cuando una práctica comercial efectivamente se convierte en desleal, siendo así cuando esta distorsione sustancialmente el comportamiento económico del consumidor medio, además en el punto 4 del Art. 5³⁷ se consideran desleales las prácticas comerciales que sean engañosas. Es interesante comprobar que esa remisión que hacia el legislador español cuando en el Art. 3 e) de la Ley 34/1988 LGPub consideraba la publicidad engañosa como acto desleal está expresamente identificada en el derecho comunitario, por lo cual en este sentido estamos completamente en sintonía. Finalmente define qué podemos contemplar como práctica engañosa ³⁸. Lo que nos interesa en este artículo es

³⁴ Art5.1 Directiva 2006/114/CE, «Los Estados miembros velarán por que existan los medios adecuados y eficaces para luchar contra la publicidad engañosa y con miras al cumplimiento de las disposiciones en materia de publicidad comparativa en interés de los comerciantes y de los competidores. Estos medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en la lucha contra la publicidad engañosa o en la regulación de la publicidad comparativa puedan:

a) proceder judicialmente contra esta publicidad,
o

b) someter esta publicidad a una autoridad administrativa competente bien para que ésta se pronuncie sobre las reclamaciones o bien para entablar las acciones judiciales pertinentes.»

³⁵ «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 interior, («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»

³⁶ Directiva 2005/29/CE, Art5 «Se prohibirán las prácticas comerciales desleales [...] Una práctica comercial será desleal si: distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.»

³⁷ Directiva 2005/29/CE Art5.4 «En particular, serán desleales las prácticas comerciales que:
a) sean engañosas»

³⁸ Directiva 2005/29/CE, Art6 «Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de

la parte referente a la publicidad engañosa y más concretamente a la encubierta, es decir esa inducción a error que contempla, por la cual el receptor de la publicidad no se da cuenta del contenido real que está percibiendo, generado en el destinatario por la información percibida con base a la presentación general de dicha información. Siendo esta presentación la clave del asunto, porque es en este momento cuando se produce el acto desleal al no identificar correctamente a la comunicación comercial.

La publicidad encubierta de la que estamos haciendo referencia tiene una regulación comunitaria más específica en la Directiva 2007/65/CE de 11 de diciembre de 2007, relativa a las actividades de radio fusión televisiva, para comenzar en su Art. 1 trata de definir todos los conceptos necesarios a matizar, que posibiliten una correcta regulación, y es en el Art 1. letra j)³⁹ donde encontramos una descripción de comunicación audiovisual encubierta, esta es producida cuando de manera intencionada el contenido publicitario puede inducir a error respecto de la naturaleza del propio contenido publicitario no siendo claramente identificable, y esta intencionalidad se produce si este contenido publicitario se remunera o por el contrario se recibe una contraprestación por parte del interesado. Es decir los elementos fundamentales a la hora de hablar de publicidad encubierta son la existencia de un mensaje publicitario por el cual el interesado en difundirlo ha abonado una remuneración o una contraprestación, Siendo este mensaje difícilmente identificable como propiamente contenido publicitario, pudiendo instigar a error por la persona que lo ve, al no darse cuenta de la naturaleza real de lo percibido. Este elemento configurador de la intencionalidad hace que sea muy fácil su presencia en el mundo publicitario ya que raramente se va a prestar la divulgación publicitaria en un medio en el que esta resulte eficaz sin la existencia de un interés por parte del medio al que se le encarga la tarea de difundirla.

Al realizar este estudio del derecho comunitario enfocado en el tema que estamos desarrollando nos damos cuenta de que efectivamente en España, tenemos una

estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado: »

³⁹ Directiva 2007/65/CE Art 1, j): «comunicación comercial audiovisual encubierta: la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar.»

legislación que cumple con las exigencias de coordinación normativa impuestas por Europa.

3. Análisis de la Publicidad Engañosa en su modalidad encubierta

Una vez conocemos el marco legislativo aplicable a la publicidad engañosa y a la encubierta, vamos a proceder a realizar una exposición explicativa en profundidad del concepto, para adentrarnos en la realidad social que lo rodea y así poder entender la magnitud y las características que lo conforman.

Hemos localizado el concepto de publicidad engañosa definiéndola y dibujando el marco normativo que la delimita, ya que es el pilar fundamental de nuestro trabajo, pero esta abarca en si misma a otras prácticas, que resultan por supuesto ilícitas, por eso para iniciarnos en la publicidad encubierta ha sido necesario primero acercarnos a este término, de los textos legales se desprende esta argumentación, entendemos que la publicidad encubierta es una modalidad de publicidad engañosa al ser determinante en esta primera la forma de presentación para que resulte engañosa o no.

En cuanto a los límites constitucionales hemos hecho alusión a esa libertad empresarial y a la necesidad de protegerla anteriormente. Tenemos que ser conscientes de la magnitud que tiene esta garantía constitucional, porque está repleta implícitamente de mucho contenido a desarrollar, en un mundo tal y como lo percibimos a día de hoy con el desarrollo económico incipiente que se viene desarrollando históricamente en todos los los países, es inevitable que este punto sea complejo, el entramado económico se ha ido perfeccionando cada vez más y más, otorgando consecuentemente más profundidad al significado y al valor de la libertad empresarial y a todos los elementos indispensables que la configuran. Concretamente en lo que respecta a la publicidad es fundamental hacer un buen uso de esta herramienta, porque al igual que se extiende su uso y su importancia en el mundo simultáneamente se debe garantizar su adecuación al derecho, garantizando que con esta no se lesiona esa libertad empresarial ni ninguna otra por parte del destinatario que la percibe. Por eso este principio constitucional es tan importante conformando una garantía fundamental en el ámbito económico.

Nuestro texto constitucional no hace referencia explícita a la publicidad en su significado por el cual estamos trabajando⁴⁰, pero hay que tener en cuenta su naturaleza, es una ley de carácter fundamental que configura los principios por los cuales se sienta nuestro O.J. su no inclusión por tanto no significa ni mucho menos que carezca de importancia esta figura y más aún sabiendo la repercusión que tiene en esa libertad empresarial que en este caso sí que se introduce en el texto constitucional.

Podemos encontrar principios generales que otorgan sistemática coherencia al derecho, porque el texto constitucional no conforma un elenco inconexo de normas, debajo de esas normas hay unos principios que sirven de sustento, que aportan coherencia a la norma.

La jurisprudencia en muchos casos aporta ese elemento interno a la norma, esa interpretación que necesitamos en ocasiones para tratar de atraer la justicia material al caso concreto. A este respecto hay una sentencia que merece especial análisis, esta es la Sentencia de la Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994. Al sentar un precedente en materia publicitaria, concretamente a las restricciones que se pueden oponer a esta. La sentencia trata la publicidad realizada por colegios profesionales de abogados, específicamente debate si es precedente o no establecer restricciones que se pueden aplicar a este tipo de publicidad. Y es que efectivamente este tipo de anuncios se realizan con intenciones publicitarias tratando de dar a conocer la información contenida en estos, pero a la vez esta publicidad facilita el acceso a la justicia, cuando el público objetivo los percibe. ¿Entonces se debería limitar una publicidad que tiene un importante carácter social? Ante esta situación el tribunal se decanta a favor de poder aplicar restricciones a este contenido ya que la propia actividad de los abogados debería ir en concordancia con los límites legalmente establecidos, por los valores que conforman esta profesión⁴¹. De manera que con esta percepción se empieza a definir las bases de las restricciones legales aplicables a la publicidad

⁴⁰ Hace alusiones a la publicidad de las normas, pero en ningún caso a la publicidad con carácter comunicativo comercial.

⁴¹ Sentencia de la Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994, fundamento 46: «La especial naturaleza de la profesión debe tenerse presente; los abogados, en cuanto colaboradores de los Tribunales, ostentan en los procesos legales inmunidad y un exclusivo derecho de audiencia para la presentación de sus informes, pero su conducta debe ser discreta, honesta y digna. Las restricciones a la publicidad están tradicionalmente justificadas en relación con estas especiales circunstancias.»

independientemente del emisor y la repercusión, lo que importa es el carácter de práctica ilícita, como bien matiza el Dr. José Luis García Guerrero⁴².

Cuando hablamos de publicidad encubierta tal y como venimos desarrollándola entendemos el concepto pero los límites de este en la práctica a veces son un poco difusos si solo nos atenemos al tenor literal de los textos legales que disponemos. La parte que más dudas arroja a la hora de cómo aplicar la norma, es cuando tratamos de tipificar a un mensaje publicitario de publicidad encubierta, concretamente cómo funciona la línea argumentativa de la intencionalidad en los distintos márgenes interpretativos que nos puede ofrecer la casuística. Y es que el Art. 2.32 de la Ley 7/2010 LGCA nos ofrece esa laxitud de la que antes hemos hablado al ofrecernos un ejemplo de cuando se materializa esa intencionalidad y no un imperativo al expresar ese «[...] en particular, si se hace a cambio de una contraprestación [...]». Por eso de este artículo hemos entendido que nos otorga la posibilidad de poder realzar una línea de prueba amplia a la hora de demostrar la intencionalidad.

Esta deducción está respaldada jurisprudencialmente, en la STS 1573/2018 con fecha 31/10/2018⁴³, al interpretar los límites de este artículo al cual estamos haciendo referencia. ¿Porqué, qué ocurre cuando somos incapaces de demostrar esa contraprestación?. En esta sentencia el tribunal supremo resuelve esta pregunta. Nos encontramos en un caso donde la parte actora considera que no ha habido publicidad

⁴² La publicidad fundamentos y límites constitucionales, Dr. José Luis García Guerrero, 2015, TirantloBlanch, pág. 99 «La publicidad admite restricciones si es desleal, falsa o errónea, pero, incluso, la que no reúne estas características puede limitarse para proteger derechos de terceros a causa de la especial naturaleza de una profesión.»

⁴³ STS 1573/2018, 31/10/2018, Fundamentos de derecho tercero: «En fin, tal conclusión no puede considerarse desvirtuada por el hecho de que no haya quedado justificado que la recurrente recibiese contraprestación por la emisión de los microespacios a los que se refiere la controversia». Como antes hemos visto, la definición de comunicación comercial televisiva encubierta que establece el artículo 2.32 de la Ley General de Comunicación Audiovisual se refiere a «la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, [...], en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación». Y añade el precepto en su inciso final: «[...] Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio.

Con ello queda de manifiesto que para que exista publicidad encubierta no es imprescindible que se acredite la contraprestación; sólo que si se justifica ésta la ley presume la intencionalidad. En este mismo sentido puede verse nuestra sentencia de 30 de julio de 2013 (casación 6965/2010), que, aunque interpreta y aplica una norma legal distinta - artículo 3, apartados c/ y d/, de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva- viene referida a un precepto de significación equivalente al artículo 2.32 de la Ley 7/2010 que ahora estamos examinando, pues, a efectos de afirmar el carácter de publicidad encubierta, también la citada Ley 25/1994 establecía la presunción de intencionalidad si la actividad se hace a cambio de remuneración.».

encubierta como tal y que esta no se ha motivado lo suficiente en las anteriores sentencias este ilícito al no existir los componentes esenciales que conforman el concepto. Esta defensa se rige por la siguiente lógica, ¿Cómo es posible que haya incurrido en un delito de publicidad encubierta con mi actuación si en esta en ningún momento había un carácter publicitario?, no habiendo contraprestación económica ni de ningún tipo al estar ante un mensaje de carácter explicativo. Ante esta argumentación el tribunal expresa en contraposición que estamos efectivamente ante un caso de publicidad encubierta, ya que se han tratado de introducir unas entrevistas con apariencia informativa durante un programa televisivo, introducidas como una parte más del mismo, cuando el objeto de las entrevistas era promover la compra de los productos que se presentaban a lo largo de su exposición, haciendo creer al telespectador la falsa sensación de estar siendo informado, cuando en realidad se les instaba a la compra del producto. Por consiguiente se produce un claro falseamiento en la identidad del mensaje usando esa máscara informativa que induce al engaño. Y que en efecto ese argumento de la inexistencia de contraprestación no va a tener relevancia jurídica en cuanto a la imposición del tipo, ateniéndonos al artículo del que se desprende este análisis (Art. 2.32 Ley 7/2010 LGCA), porque como bien analizábamos la contraprestación no configura un elemento esencial en la publicidad encubierta, simplemente es un medio de prueba que acredita la intencionalidad.

Nos interesa mucho este posicionamiento jurisprudencial a fin de solucionar la cuestión en la interpretación de la norma que lanzábamos anteriormente, ahora no tenemos ninguna duda y es que no conforma un obstáculo el no conocer la existencia de una contraprestación con el consecuente alegato de su no realización por parte del responsable, simplemente se tendrá en cuenta su existencia para ponderar una mayor o menor culpabilidad o gravedad al tipificar la infracción. Es fundamental tratar este punto de esta forma para poder garantizar una protección real y efectiva ante la publicidad encubierta, en sentido contrario si se constituyese a la contraprestación probada como un elemento esencial del tipo, esta práctica ilícita se podría eludir del justiciable mediante la composición de un sinfín de tretas prácticas que dificultaran esa identificación, facilitando de una forma directa el uso y la realización de esta praxis, haciendo mención al refranero popular, hecha la ley, hecha la trampa.

Jurisprudencialmente hay más matices de interés relativos a la publicidad encubierta, como es el caso de las marcas y qué incidencia tienen en el propósito

publicitario, porque en la práctica es un recurso frecuente alegar la falta de identificación del producto para demostrar el desinterés publicitario en la acción. Teniendo en cuenta la regulación que hay detrás del concepto al realizar este tipo de publicidad no se menciona expresamente la marca y de esta forma se trata de camuflar el interés publicitario. Al respecto la jurisprudencia ⁴⁴ es clara el elemento fundamental no va a ser que se muestre la marca o el nombre comercial del producto como tal explícitamente en el mensaje publicitario, sino que lo importante, la acción que va a ser determinante a la hora de demostrar las pretensiones publicitarias es conocer si se han ofrecido los datos suficientes para su identificación. Profundizando en la idea del elemento esencial, este lo va a configurar siempre las pretensiones intencionadas, entendiendo a la intención en el contexto legal que venimos desarrollando, por parte del emisor del contenido publicitario al no identificar a la publicidad como tal, al no hacer evidente su naturaleza. De manera que no va a ser relevante el medio utilizado para la consecución de tal fin sino el fin en si mismo, de existir un caso de publicidad encubierta en cualquiera de sus formas lo importante va a ser el poder acreditarla, motivando concretamente su inclusión en este concepto legal.

Como hemos dicho, la publicidad encubierta ciertamente es un acto desleal a la vez que ilícito por su importancia en el mercado, al suponer una ventaja competitiva propiamente desleal. Por ello no es de extrañar que la CNMC se haya pronunciado conforme a este término. Destacan especialmente los pronunciamientos en materia de publicidad encubierta audiovisual, específicamente en la programación televisiva, acumulando una considerable número de resoluciones dedicadas a este sector. Lo cual no sorprende si tenemos en cuenta el papel publicitario en estas últimas décadas en el mundo televisivo, exponencialmente se han ido desplegando multitud de acciones publicitarias, por el alcance que tienen al emitirse ante una gran masa de telespectadores, conformando el medio por excelencia donde destaca la publicidad y su notoriedad. Con el tiempo la publicidad se ha adaptado al entorno encontrando las

⁴⁴ STS 383/2019 de 10/03/2020, Esta reciente sentencia remite a esta otra sentencia donde se expone el criterio jurisprudencial: El Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de octubre de 2018 ya se planteó si era necesario para que se aprecie publicidad encubierta la mención expresa de la marca o visión completa del producto que ostente la marca y sobre la existencia de conexión que permiten entender que si hay referencia y se promociona un producto concreto, en la que se respeta la valoración de hechos realizada por el tribunal de instancia que aprecia la existencia de una presentación indirecta del producto. Destacando que dicha publicidad se puede producir en toda clase de programas y formatos y también cuando el presentador del servicio de comunicación audiovisual utiliza estrategias multiformato.

formas en las que esta conforma una mayor efectividad, en ocasiones rozando los límites legales o vulnerándolos completamente.

Hay que tener en cuenta que conforme nos acercamos a tiempos presentes este papel protagonista de la publicidad en la televisión, se está diluyendo con la aplicación de esta práctica en internet, que a día de hoy forma parte también en la realidad social como uno de los medios principales susceptibles a la publicidad. Por eso tenemos un amplio abanico de resoluciones con objeto a este medio de comunicación. Y es que cuando aparece un mensaje publicitario con carácter de publicidad encubierta en estos medios se traiciona⁴⁵ la confianza que el usuario tenía depositada en estos.

Sabemos que es la publicidad encubierta y como se delimita en nuestro O.J. pero ¿Por qué usar realmente esta modalidad de publicidad ilícita? Esta práctica publicitaria es frecuentemente utilizada por su gran efectividad, se intenta inducir a error a los destinatarios haciéndoles creer que están delante de un contenido cuando en realidad están viendo otro, es decir se trata de enmascarar ese mensaje publicitario en un mensaje de carácter informativo por ejemplo, puede ser de cualquier tipo, la cuestión fundamental es el poder camuflar la verdadera naturaleza del mensaje de forma efectiva, para poder engañar en la presentación del mensaje, ¿Qué obtenemos induciendo a error de esta forma en materia publicitaria?, pues una mayor confianza y efectividad del mensaje como he dicho antes, hay que considerar que cuando identificamos algún tipo de contenido publicitario directamente lo asociamos con las pretensiones que tiene el vendedor a la hora de publicitar su producto o servicio, sabes que quiere ensalzar las cualidades tanto objetivas como subjetivas dentro de ese mensaje publicitario el cual estás consumiendo por tanto ya no percibes esa información de una forma tan efectiva , el consumidor tiende a generar barreras cuando la publicidad trata de persuadirlo. Desde luego no actúa de la misma forma a rasgos generales cuando es consciente de la publicidad a cuando no. Hay que tener en cuenta la lesión jurídica producida cuando un

⁴⁵ SNC/DTSA/007/15/MEDIASET, resolución del procedimiento sancionador, incoado a mediaset españa comunicación, s. a., por infracciones tipificadas en el artículo 18.2 de la ley 7/2010, de 31 de marzo, general de comunicación audiovisual, Fundamentos de Derecho 3. «[...] La publicidad encubierta busca inducir a error a los destinatarios y para ello se enmascara bajo un contenido informativo o de otra índole, pero aparentemente objetivo, que proporcione una mayor confianza en los destinatarios y la falsa impresión de que se trata de una manifestación de un tercero imparcial o ajeno. De esta manera, este tipo de publicidad traiciona la confianza depositada por el consumidor en los medios de comunicación y en sus profesionales y vulnera de manera flagrante una legislación que concentra sus esfuerzos en la exigencia de una drástica separación entre los programas y los mensajes publicitarios. [...]»

operador decide publicitar de forma encubierta, esta ilicitud supone de partida un acto de competencia desleal, generando un desequilibrio en el mercado, los competidores no van a poder jugar con las mismas herramientas y este hecho es inaceptable en un entorno de mercado como en el que nos movemos. Y no solo tiene incidencia en la competencia, hay atender también a la esfera privada del sujeto susceptible de esta incitación a la confusión en la naturaleza del mensaje. Esta praxis proporciona una mayor confianza en los destinatarios y la falsa sensación que da un tercero disimulando neutralidad y objetividad a la hora de transmitir el contenido publicitario, actuando como si fuese ajeno a este. Por eso es fundamental que el derecho ampare esta figura, reconociéndola y prohibiéndola en todas sus formas.

4. Medios para combatir a la publicidad engañosa

La publicidad es una materia susceptible a regulación, como hemos podido comprobar, pero esto no quiere decir ni mucho menos que el concepto se deba exclusivamente a las acotaciones legales establecidas para el mismo en los textos legales. El O.J. juega un papel fundamental en la delimitación del concepto y en la resolución de los problemas prácticos que se pueden generar, pero aparte de la ley como sociedad tenemos un conjunto de criterios éticos que tratan de orientar la conducta del individuo, apelando a la moralidad y al buen hacer de este. Y así es como se configura la llamada autorregulación publicitaria, como respuesta a una necesidad social ante el concepto de publicidad y lo que este significa en nuestras vidas.

Se hace necesaria la existencia de unas garantías que sirvan como instrumento pautativo, garantes de la confianza y la credibilidad que se deben desprender del concepto publicitario, teniendo como principal objetivo la existencia de una publicidad limpia, transparente de cara al consumidor, sin vicios ocultos y que estas cualidades puedan imperar en nuestro modelo de mercado. Para ello la autorregulación publicitaria tiene la tarea de nutrir de criterios morales al concepto, posibilitando y conformando esa idoneidad en el uso, así como estableciendo los medios adecuados que posibiliten una adecuación de la publicidad a los criterios éticos exigidos.

¿Y cómo se materializan todo este tipo de valores tan necesarios?, Pues mediante la elaboración de los Códigos de Conducta, que aparte de fomentar el compromiso en cuanto al cumplimiento de las regulaciones establecidas, establece una conjunción de principios como pautas a seguir, en el desarrollo habitual de la actividad empresarial, conformando esos estándares éticos de conducta.

Hay que tener en cuenta que los CDC tienen un carácter obligacional ético, es decir será de importancia quien interviene en su elaboración, la relevancia social a efectos de cuantas empresas lo suscriben, si está enfocado a los consumidores o no, singularmente si lo está en grupos de especial protección, y la propia eficacia del mismo siendo relevante a estos efectos el contenido del propio CDC, las características depende de las exigencias morales del individuo o de la asociación de personas en cuestión. Concretamente una empresa puede asumir por sí misma estos códigos y su cumplimiento será el reflejo del compromiso voluntario asociado a la responsabilidad social que tiene. A diferencia de los textos legales que tienen un carácter obligacional general los CDC sólo vincularán a los que libremente lo desarrollan o suscriben.

Concretamente el código de conducta publicitaria en España está basado en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias⁴⁶, desarrollado por el organismo autocontrol de la publicidad. Tiene configurado como principios generales que la publicidad debe ser en todo caso veraz, legal, honesta y leal con el receptor.

Hay que hacer especial mención a como el legislador valora a los CDC en lo referente a la publicidad y es que en el Art. 5.2 Ley 3/1991 LCD⁴⁷ establece un mecanismo para ejercitar acciones contra la vulneración del CDC en vía judicial contra los empresarios⁴⁸ que efectivamente se hayan comprometido con el código. Será considerado desleal su incumplimiento.

El valor jurídico de los CDC dependen de cuatro factores fundamentales: el órgano del que emanan, el número de empresas que lo suscriben, la finalidad y la eficacia. Ya que específicas que lo conforman y la existencia de órganos competentes

⁴⁶ ICC International Code of Advertising Practice

⁴⁷ Ley 3/1991 LCD Art 5.2: «Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios»

⁴⁸ Entendiendo la concepción amplia que se da de esta figura en nuestro O.J.

Estudio de la publicidad engañosa en su modalidad encubierta y del emplazamiento del producto, Adrián Cabrero Aznar

con capacidad de control hacia el propio CDC, así como expone D. Lirio Martín García⁴⁹.

Cuando analizábamos el derecho comunitario en atención a la publicidad engañosa, se hacía la recomendación a los países miembros de fomentar la persecución activa de este ilícito mediante la creación de organismos autónomos, otorgándoles la competencia y las capacidades necesarias en esta materia para posibilitar la consecución

⁴⁹ Derecho de la publicidad, Lirio Martín García, Tema 8, La resolución del conflicto publicitario: «El valor que puede tener un CDC es distinto al valor de las normas jurídicas, dada su diferente naturaleza y su origen diverso. El concreto valor que tenga un CDC depende fundamentalmente de 4 factores: ...

... ➤ El órgano del que emanan: cuanto más plural sea su composición (empresarios, consumidores y Administración) más efectivo será el cumplimiento de las conductas reflejadas en el mismo.

➤ El número de empresas que los suscriben: como hemos visto, los CDC pueden tener proceder de una sola empresa o de varias. En principio, estos últimos, al tener mayor base representativa, tiene también una mayor relevancia social.

➤ La finalidad del CDC: tienen más relevancia y juegan quizá un mayor papel los CDC que no se limitan a atender a los intereses de la competencia empresarial, sino también de los consumidores. En algunos casos, además, se hace especial hincapié en la necesaria protección específica de ciertos grupos de consumidores que por razón de su edad (menores y ancianos), por el escaso manejo del idioma (extranjeros, inmigrantes), o por cualquier otra dificultad, merezcan la consideración de grupos de especial protección.

➤ Eficacia de los CDC. La eficacia de los CDC depende de los siguientes extremos:

- El valor coercitivo del Código ético, en tanto se establezca un régimen de sanciones serio y riguroso y éstas puedan ser impuestas por sus propios órganos. El incumplimiento de las conductas fijadas en los CDC debe tener consecuencias, que pueden ir desde el cumplimiento de obligaciones de tipo patrimonial a otras que conlleven, por ejemplo, la retirada del anuncio o el deber de rectificar (circunstancias éstas que pueden incidir en la reputación de la empresa desde la perspectiva de sus potenciales clientes).

- La forma que revista el CDC. El propio CDC debería hacer referencia a la obligatoriedad de su contenido para evitar que éstos se conviertan en una mera declaración de intenciones. Por tanto, la eficacia de los CDC está directamente relacionada con el carácter contractual de los mismos, o su incorporación a los contratos celebrados con otras empresas o incluso con los propios consumidores.

- La existencia de órganos de control con capacidad para:

1. examinar el contenido de la publicidad antes de ser emitido el mensaje a fin de disuadir la ejecución de comportamientos desleales o engañosos.

2. resolver y sancionar en caso de incumplimiento de sus principios éticos, como ocurre con el JP en el caso de Autocontrol, lo que puede evitar acudir a la vía judicial. No obstante, en cualquier caso, siempre queda abierta la posibilidad de interponer posteriormente una acción ante los tribunales, si bien en la práctica lo normal es que las resoluciones emitidas por estos órganos sean voluntariamente aceptadas por los asociados y por aquellos que sin ser miembros de las asociaciones acceden a someterse a la decisión de estos jurados.»

de este fin. Y de esta forma salvaguardar los intereses del consumidor. A lo que esta recomendación respecta, España ha prestado particular atención con la creación de Autocontrol, organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria creado en 1995, sin ánimo de lucro que integra a medios de comunicación, anunciantes, agencias de publicidad y asociaciones profesionales, con el fin de intentar cumplir con los parámetros éticos publicitados establecidos en el CDC publicitaria⁵⁰, realizando un control de la actividad.

Otro punto importante que nos ofrece autocontrol es el jurado de la publicidad de autocontrol, consiste en una entidad privada acreditada por el gobierno español como entidad alternativa a la resolución de litigios, es un organismo extrajudicial formado por expertos independientes en materia publicitaria. No tiene interferencia este proceso con la vía judicial, simplemente es una posibilidad facultativa y las resoluciones vincularán a los asociados a la propia organización de autocontrol que han solicitado tal servicio, siendo oponibles a terceros solo cuando se acepte la intervención del órgano voluntariamente.

El JP. tiene ciertas ventajas, las cuales en cierto modo nos ofrecen su razón de ser, este tipo de resoluciones van a ser gratuitas para los consumidores y sus asociados, a su vez se van a constituir de forma rápida en contraposición a la vía judicial. Por consiguiente, resulta una opción muy interesante a la hora de buscar esa justicia material, evitando los costes y las dilataciones que se producen en los procesos judiciales la que nos ofrece el JP. Estamos ante una herramienta que facilita en gran medida el acceso a un veredicto profesional en materia publicitaria, además no hay ningún tipo de exigencia de acudir a este, el interesado tendrá que sopesar cual es el medio que más le interesa.

Hay que tener en cuenta la enorme utilidad que supone la existencia de este JP en las lesiones que pueda constituir la publicidad ilícita porque en muchas ocasiones la vía judicial suponía una barrera, sobre todo para el consumidor medio el cual no ejercía su derecho a una tutela judicial efectiva por miedo a introducirse en un proceso judicial con todo lo que ello implica. Ahora con la implementación de esta figura tenemos una opción de fácil acceso que tratará de salvaguardar el interés del afectado.

⁵⁰ Código de Conducta Publicitaria, aprobado el 19 de diciembre de 1996, y modificado el 3 de abril de 2002 y el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva, de 2003.

Si por el contrario se acude a la vía judicial, podrán alegarse las acciones que expusimos al abordar la legislación aplicable. La acción declarativa de deslealtad, por la que se pide a juez un pronunciamiento en el que se motive la existencia de publicidad engañosa y por tanto la conceptualización de esta como práctica desleal. La acción de remoción, enfocada a eliminar el agravio que el ilícito genera. La acción de cesación que sirve para tratar de poner fuera de circulación un anuncio publicitario el cual está infringiendo las normas aplicables al concepto, o que aún no se ha emitido pero que podía ser una práctica ilícita si efectivamente se emitiese. También tenemos disponible la acción de corrección que como su propio nombre indica presta la posibilidad de corregir la conducta que ha cometido el infractor de la norma al difundir publicidad engañosa, mediante la difusión de un comunicado comercial en el que advierta de su error, mostrando el carácter engañoso, sirve como una forma para limpiar su imagen y recuperar la confianza con el destinatario afectado. La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios, instando la posibilidad de compensar los daños producidos con la acción. Y por último la acción del enriquecimiento injusto, es decir la potestad de reclamar los beneficios que se hayan podido obtener como consecuencia de la práctica ilícita, siempre y cuando afecte a un derecho en exclusiva u otro análogo.

Para concluir vamos a hacer mención a una tutela la cual nos ofrece el legislador, esta consiste en la posibilidad de publicar la sentencia en una serie de casos reglados ⁵¹, siendo posible tal publicación ante los supuestos específicos de resarcimiento de daños y perjuicios, y en la remoción. Estableciendo así un mecanismo de reparación del daño complementario a las acciones que venimos trabajando, esta difusión de la sentencia deberá de ser semejante a la repercusión que haya tenido el propio contenido publicitario⁵², por tanto será el propio tribunal el que tenga que determinar la extensión de esta tutela.

⁵¹ Ley 3/1991 LCD Art 32.2, «En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1ª a 4ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora»

⁵² La protección jurisdiccional civil frente a la publicidad ilícita, José María Ruiz Moreno, 2014, pág. 61, «Finalmente es conveniente tener en cuenta que la publicación de la sentencia debe ser proporcionada con la difusión que se le pretende dar, porque de excedernos en la misma, la publicación más que una reparación implicaría una gratuita vejación del responsable, lo que integraría un acto de competencia desleal ocasionado precisamente por quienes pretenden su enmienda.»

5. Emplazamiento del producto

La publicidad engañosa es un concepto amplio y extenso, concretamente en este trabajo nos estamos centrando en la publicidad encubierta es decir en la publicidad que es engañosa en lo que respecta a la identidad del mensaje, a la verdadera naturaleza de este, al intentar enmascarar al contenido publicitario como mensajes informativos o de cualquier otra índole permitiendo esa inducción al error premeditada al destinatario que consume estos comunicados comerciales. Por eso ahora vamos a proceder a introducir ciertas prácticas análogas a la publicidad encubierta en el sentido de que comparten este mismo fin, tratan de camuflar la verdadera identidad del contenido publicitario, para que estos mensajes sean más efectivos en el público objetivo.

Para realizar la primera aproximación al emplazamiento publicitario vamos a acudir a la Directiva 2007/65/CE, en el Art. 1, concretamente en la letra m)⁵³ *«emplazamiento de producto: toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar.»* En este artículo cobra especial importancia el término “*figurar en*”, ya que nos muestra la principal diferencia que hay entre dos conceptos similares como son el propio emplazamiento del producto y el patrocinio. Conformando por tanto un emplazamiento del producto la acción publicitaria la cual forma parte del argumento del programa emitido como contenido audiovisual y patrocinio cuando no. Es decir, cuando se realiza un emplazamiento del producto la referencia al producto está incorporada en la acción del programa.

Por otro lado, la Ley 7/2010 LGCA también nos facilita una definición conceptual en su Art. 2.2.31 *«Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa»* que es exactamente igual a la del legislador europeo, pero con una principal diferencia, la no inclusión de la remuneración o contraprestación necesaria que se debe dar como nexo causal para que se dé esta figura

⁵³ «Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva»

y por tanto haya propósito publicitario. Por lo tanto, estamos delante de una disparidad normativa entre la ley comunitaria y la nacional de la que luego más adelante hablaremos.

La técnica del emplazamiento del producto comenzó a utilizarse en el cine, y es que desde el principio de la historia del cine se datan introducciones publicitarias en los metrajes, pero antiguamente no había un propósito publicitario como tal, muchas veces aparecían ciertas marcas simplemente para dar realismo a la película, no es hasta los años 40, cuando podemos hablar sin temor a equivocarnos del primer antecedente real del concepto en el cine, concretamente en la película *Alma en suplicio de Mildred Pierce*, (J. S. Victoria, 2013-11-19)⁵⁴. Estrenada en 1945, en esta se muestra el whisky Jack Daniels reiteradas veces y se tiene la constancia de que la directora obtuvo una contraprestación económica a cambio de mostrar este producto en su película. A partir de entonces el emplazamiento se ha convertido en una práctica habitual y ha traspasado la frontera del cine, encontrándose en otros medios de difusión óptimos como son la tele, los libros, ha aparecido en canciones y últimamente está teniendo especial incidencia en los videojuegos y en los medios de comunicación digitales.

Mediante el emplazamiento publicitario se inserta un producto o marca en un medio audiovisual de difusión, mostrándolo, haciendo referencia a este, de manera que queda introducido en la narrativa del propio contenido. Este instrumento genera un abanico amplísimo, ofreciendo múltiples posibilidades a la hora de realizar publicidad.

Por ejemplo una marca puede introducir su producto en una película de la mano de un actor de prestigio, el cual va a tener una influencia y unos componentes persuasorios increíbles en el público objetivo evitando además el rechazo que provocan las interrupciones publicitarias. Si a este hecho le sumamos que en muchas ocasiones este tipo de publicidad conforma uno de los elementos fundamentales en la financiación de la industria cinematográfica, podemos entender por qué esta figura es tan recurrente.

⁵⁴ Esta autora Expone lo siguiente en Historia y Comunicación Social Vol. 18 (2013) pág 139-155: «Muchos investigadores han señalado que *Alma en suplicio* (Mildred Pierce, 1945), dirigida por Michael Curtiz, es el primer caso documentado de product placement, porque –así lo afirJ. S. Victoria, A. Méndiz y J. B. Arjona El nacimiento del “Emplazamiento de producto” man– la productora del filme se comprometió a mostrar el whisky Jack Daniels en diversas escenas. Spillman (1985) apuntó la hipótesis; Reed (1989) la divulgó, y Nebenzhal y Secunda (1993) inmortalizaron el dato. Con posterioridad, la mayoría de los investigadores (Baker & Crawford 1995, Baños y Rodríguez 2003, Del Pino y Olivares 2006) reiteraron que era la primera inserción de producto a cambio de una contraprestación económica documentada»

5.1 Legislación aplicable

Una vez tenemos contextualizado el concepto vamos a proceder a realizar un análisis jurídico normativo de cómo se enmarca esta práctica en nuestro O.J. al inicio ya hemos mencionado las definiciones que propone tanto el legislador comunitario como el nacional, por tanto vamos a trabajar teniendo presentes las mismas.

En el Art. 17 de la Ley 7/2010 LGCA ⁵⁵ es el encargado de regular el emplazamiento del producto estableciendo las pautas que esta modalidad publicitaria debe seguir. Como se puede comprobar estamos cambiando por primera vez la línea argumentativa y es que el emplazamiento del producto no está prohibido como tal, sino que el legislador nos expone cómo esta práctica se puede realizar con arreglo a la ley. Siendo un derecho el que tienen los emisores de estas comunicaciones publicitarias audiovisuales, a emitir este tipo de publicidad. Se especifica el medio conductor concreto, es decir los formatos en los que se puede presentar, son los siguientes: largometrajes, cortometrajes, documentales, películas, series de televisión, en programas deportivos y en programas de entretenimiento.

Había cierto distanciamiento en las definiciones que se daban por parte del legislador europeo y el nacional en la LGCA específicamente en la no inclusión de las contraprestaciones o remuneraciones monetarias como elemento configurador. Pero esta

⁵⁵ Ley 7/2010 LGCA Art. 17:

«1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a realizar a cambio de contraprestación emplazamiento de productos en largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento.

En los casos en que no se produzca pago alguno, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, tales como ayudas materiales a la producción o premios, con miras a su inclusión en un programa, únicamente constituirá emplazamiento de producto y por tanto estará permitido, siempre que estos bienes o servicios tengan un valor significativo.

2. Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria.

3. El emplazamiento no puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamientos de bienes o servicios, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto.

4. Queda prohibido el emplazamiento de producto en la programación infantil.»

disparidad se resuelve en el mismo Art. 17.1, párrafo segundo de la Ley 7/2010 LGCA al establecer ese medio de pago y conceptualizar el significado de contraprestación adaptado al entorno del emplazamiento. Volviendo a un puto común entre legislación comunitaria y nacional con la existencia del tenor literal que configura este Art. Simplemente en la regulación el legislador nacional en la Ley 7/2010 LGCA considera necesario desarrollar más este punto de lo que hace el derecho comunitario al trasponer la norma.

A simple vista parece que esta práctica puede tener un efecto similar al de la publicidad encubierta, en el sentido de la identificación del mensaje, ya que podría ocurrir que el destinatario, el consumidor del contenido no se diese cuenta del emplazamiento, captando el mensaje pero pensando que este no forma parte de una comunicación comercial implícita en la acción audiovisual. Por eso es de especial importancia que el público esté correctamente informado del emplazamiento que se va a producir a lo largo del contenido que va a percibir, al ser obligatorio indicar al principio y al final del medio audiovisual empleado el emplazamiento del producto. En caso de que en este contenido haya espacios dedicados exclusivamente a la publicidad, como el espectador puede haber dejado de prestar atención a la misma durante este periodo, tras la pausa publicitaria también se deberá informar de la presencia de esta práctica publicitaria.

En la práctica se suele utilizar este logotipo o similares para anunciar e indicar al espectador la introducción del futuro emplazamiento en el contenido que van a visualizar:



Y se estará utilizando correctamente el uso de este logotipo, es decir conformará los medios suficientes para identificar los emplazamientos del producto cuando este aparezca sobre impresionado de forma clara y legible durante al menos 5 segundos⁵⁶.

Es normal que el emplazamiento del producto tenga ciertas limitaciones a la hora de ser regulado por la Ley 7/2010 LGCA, teniendo en cuenta lo que significa la introducción de esta figura dentro de los márgenes legales. Es cierto que es totalmente compatible con las garantías que salvaguardan la buena praxis de la publicidad, pero al conformar un punto de partida en el que el comunicado comercial forma parte del propio argumento del contenido audiovisual, esta publicidad no podrá expresarse de cualquier forma. Deberá respetar los cauces del propio contenido en el que aparece, ya que en ningún caso podrá condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador, ni tampoco podrá incitar de una forma explícita a la compra ni a la promoción del propio producto.

Dicho lo cual el emplazamiento del producto en los medios audiovisuales debe realizarse informando de su existencia de la forma debida y además sin sobrepasarse en la representación que el contenido publicitario va a tener, pudiendo tener presencia, pero nunca utilizándolo como una ventana a un espacio publicitario como cualquier otro.

Otra medida que acota el uso del emplazamiento del producto es la prohibición total de realizarse en espacios destinados a la programación infantil, público que no va a distinguir en ningún momento el alcance ni el significado de la información presentada para conocer la existencia de estos emplazamientos. A este respecto hay que destacar que falta mucha educación en el tema, ya que la gran mayoría de la población tampoco sabe el significado real de estos indicativos, abriendo el debate de si en realidad son efectivos los medios reglados que hay detrás del emplazamiento publicitario. Para gran parte de los destinatarios seguro que no, pero lo que trata de establecer el legislador son un conjunto de pautas que sean óptimas para el control de esta figura publicitaria, garantizando una defensa de la tutela judicial efectiva de todo afectado representado por un profesional en la materia judicial.

⁵⁶ CNMC, REQ/DTSA/2/15/MEDIASET, resolución por la que se requiere a mediaset españa comunicación, s.a. para que cese la emisión de emplazamientos que no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual. «La señalización insertada por el operador se considerará adecuada cuando aparezca sobreimpresionado de forma clara, legible y con una duración mínima de 5 segundos»

Por parte del derecho comunitario, también se permite la realización del emplazamiento, pero se presta especial atención en el emplazamiento encubierto al hacer mención expresa a su prohibición⁵⁷, aunque posteriormente matice que esta prohibición, no afectará en los casos en que debidamente⁵⁸ se informe al espectador del propio emplazamiento. Es interesante la forma de abordar el tema que se decide utilizar aproximando los conceptos de publicidad encubierta y emplazamiento del producto, dando a entender que, si ejercemos una mala praxis del emplazamiento al no identificarlo correctamente, estaremos incurriendo implícitamente en un ilícito encubierto. Pero esta argumentación no nos puede llevar a error estamos ante dos figuras diferentes, la publicidad engañosa aparece en sí misma cuando es realizada un carácter promocional con el fin de la compra del producto, por el contrario, en el emplazamiento del producto el fin puede ser similar pero su materialización se limita a la mera presentación⁵⁹ del producto. Además, la publicidad encubierta por sí misma entraña ocultación de su naturaleza publicitaria⁶⁰, pero en el emplazamiento del producto esto no es así estaremos ante un emplazamiento encubierto sólo y cuando este no se identifique correctamente.

Son conceptos relacionados de ahí su inclusión en el trabajo, pero no los podemos confundir, lo importante es la incidencia que tiene la identificación del mensaje en ambos conceptos.

⁵⁷ Directiva 2007/65/CE, (55), «[...] procede permitir el emplazamiento de producto en determinadas circunstancias, a menos que un Estado miembro decida otra cosa, y abolir algunas restricciones cuantitativas. No obstante, se debe prohibir el emplazamiento de producto cuando se realiza de manera encubierta [...]»

⁵⁸ Directiva 2007/65/CE, (60), La comunicación audiovisual con fines comerciales encubiertos es una práctica que prohíbe la presente Directiva, por su efecto negativo sobre los consumidores. La prohibición de la comunicación audiovisual con fines comerciales encubiertos no debe afectar al emplazamiento legítimo de productos en el marco de la presente Directiva, siempre que se informe adecuadamente al espectador de dicho emplazamiento, condición que puede cumplirse señalando el hecho de que en un determinado programa hay emplazamiento de producto, por ejemplo, mediante un logotipo neutro.

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 2009, «[...] la diferencia entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la mera presentación asentamiento» o emplazamiento del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el asentamiento la aparición del producto o servicio de que se trate es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional o apologética. [...]»

⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 2009, «[...] En el caso de la publicidad «encubierta» esa misma promoción no se hace además de una manera explícita, clara o abierta, sino oculta; ocultación que por sí misma entraña riesgo para los consumidores de provocar su error, a través del estímulo, no consciente, al consumo del producto. [...]»

En el punto (61)⁶¹, de la directiva se le da profundidad al concepto al indicar la necesidad de regularlo de forma heterogénea ya que su presencia en las obras de cine y en la televisión es notoria, pero la transposición legal que se haga del emplazamiento no se podrá limitar a estos dos medios audiovisuales, deberá de ser garantista teniendo en cuenta una concepción amplia del concepto, para que luego en la práctica el caso específico pueda ser correctamente amparado.

La última matización de interés que encontramos en el derecho comunitario, es la potestad que tienen los EEMM de optar por respetar las excepciones establecidas al emplazamiento en las que se permite, o bien prohibirlo en todas sus formas⁶². Es decir, sienta las bases de cómo se debería realizar el emplazamiento del producto para que este tuviese cabida en el marco legal y luego deja a cada EEMM la posibilidad de aceptar estas excepciones o no.

5.2 Influencers y emplazamiento del producto en internet

Como ya venimos diciendo la aparición de internet ha supuesto un antes y un después en el mundo publicitario y en todo su entorno. Hemos contemplado el desarrollo de la publicidad en masa y el crecimiento que esta ha tenido a lo largo de la historia hasta hoy en día, siendo su presencia notoria en medios de comunicación audiovisuales como la televisión, pero estamos asistiendo a una evolución sin precedentes en los tiempos pasados. Internet ha reducido considerablemente nuestra dependencia en los medios tradicionales audiovisuales, por todo lo que es capaz de ofrecernos. Ya no es necesario para informarte de las noticias ver un telediario o leer un periódico, internet se ha convertido en la herramienta informativa por excelencia, En

⁶¹ Directiva 2007/65/CE, (61), «El emplazamiento de producto es una realidad en las obras cinematográficas y las obras audiovisuales realizadas para televisión, pero los Estados miembros la regulan de manera heterogénea. Para garantizar la igualdad de condiciones y acrecentar así la competitividad del sector europeo de medios, [...]»

⁶² Directiva 2007/65/CE, (62), «Debe prohibirse, en principio, el emplazamiento de producto. No obstante, es conveniente que existan algunas excepciones para determinados tipos de programas, sobre la base de una lista positiva. Los Estados miembros deben tener la posibilidad de optar por no acogerse a dichas excepciones, parcialmente o en su totalidad, por ejemplo al autorizar el emplazamiento de producto únicamente en programas que no se hayan producido exclusivamente en dicho Estado miembro.»

2009 se realizó una encuesta en EEUU, llevada a cabo por *Zogby Interactive*⁶³ con el objetivo de conocer la importancia que le daba la población a internet como fuente de información, para ello entrevistaron a más de 3000 estadounidenses preguntándoles lo siguiente; ¿Si tuvieran que escoger una sola fuente de información cuál sería? El resultado fue sorprendente por aquel entonces, ya que el 56% de la gente respondió que elegiría internet frente a los demás medios. Muy probablemente si esta encuesta se hiciese a día de hoy el resultado aún sería más abrumador. Por lo tanto, el importante papel que tiene Internet en nuestras vidas es innegable.

Pero el fenómeno internet no solo nos ha traído una revolución informativa, sino también comunicativa y social, configurando un medio perfecto para la inclusión de contenidos publicitarios. Nos vamos a centrar en los medios de comunicación social, porque con la aparición de las redes sociales, se ha presentado la oportunidad perfecta que permite a empresarios vertebrar campañas de publicidad centradas en un público de mercado específico. Pudiendo focalizar a quien se dirige la publicidad, a diferencia de los medios tradicionales en los que simplemente se difunde en masa de forma heterogénea.

La regulación aplicable a la publicidad en internet va a ser la misma que la que se otorga a la publicidad convencional, concretamente como establecimos al estudiar la legislación aplicable a la publicidad engañosa la LSSI establece que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser correctamente identificadas como tales, sin que haya duda en la naturaleza del contenido.

Conforme se han ido desarrollando las intercomunicaciones personales en internet, ha surgido un fenómeno de especial interés, la aparición de la figura del *influencer*⁶⁴, persona que destaca en las redes sociales o en otro canal de comunicación vía electrónica, la cual tiene una gran capacidad de influencia en sus seguidores al recomendar un producto en las redes. En este tipo de personas aplicar la publicidad es especialmente efectiva, teniendo en cuenta la gran cantidad de seguidores que tienen y el vínculo de confianza que les une. Suelen ser personas anteriormente anónimas que se

⁶³ Empresa estadounidense de renombre dedicada a la realización de análisis socio-económicos del entorno para las empresas que lo solicitan web: <https://www.zogbyanalytics.com>

⁶⁴ Es un anglicismo por el cual se define a una persona que destaca en una red social u otro canal de comunicación que ejerce una gran influencia sobre muchas personas que la conocen. (a person or thing that influences somebody/something, especially a person with the ability to influence potential buyers of a product or service by recommending it on social media), definición sustraída de: Oxford Learner's Dictionaries English

han hecho famosas por destacar en su pasión y en la difusión de esta en internet, por ejemplo, en ámbitos tan variados como en la moda, la tecnología, los videojuegos, etc. Por lo que su opinión es especialmente poderosa dada la seguridad que sus seguidores tienen puesta en la persona que emite el mensaje.

El problema no es la existencia de ese poder de influencia que tienen hoy en día tanto *celebrities*⁶⁵ como *influencers* en los medios sociales, sino el uso que se hace de este. En particular el emplazamiento encubierto del producto que realizan sin ningún tipo de consecuencia material. Y es que continuamente estamos siendo bombardeados con mensajes de aparente contenido informativo que ocultan emplazamientos del producto por parte de las marcas sin mostrar ningún tipo de alusión a estos utilizando a personalidades famosas e influyentes.

En ocasiones se utiliza un emplazamiento pasivo que consiste en una exposición del producto, con el fin de darle visibilidad, sin hacer ningún tipo de mención a la marca ni ningún tipo de interacción con el producto, en otras el activo por acción, el cual consiste en mostrar el producto teniendo una interacción con él, es decir forma parte activa de la escena y por último tenemos el emplazamiento activo por mención en el cual directamente se muestra el producto y se hace una referencia directa a la marca del mismo. Como podemos observar estos tipos de emplazamiento son como una escala de niveles, empezamos con la simple apariencia intencionada, acabando con la mención expresa de la marca. Esta última suele ser la más habitual.

La autora del blog de moda “*Trendystaste*”, Natalia Cabezas con más de medio millón de seguidores en Instagram⁶⁶ en una entrevista concedida a El periódico afirma que los *influencers* son un “*medio de comunicación humano*” como cualquier otro, es decir cobran por publicitar un producto como lo haría cualquier otro medio y esta afirmación está muy bien planteada siempre y cuando respeten las normas asociadas al emplazamiento del producto, porque si no se sujetan a estas, están engañando y aprovechándose de la confianza que sus seguidores le depositan. En esta entrevista también expone la operativa común que suelen tener las marcas a la hora de trabajar con las celebridades, empiezan regalando productos a *influencers* con masas de seguidores

⁶⁵ Anglicismo, significa persona famosa, con notoriedad. Es el sustantivo plural de la palabra *celebrity* (a famous person, fame or notoriety) definición sustraída de: Oxford Learner's Dictionaries English

⁶⁶ Red social de origen estadounidense, propiedad de Facebook, cuya función principal es poder compartir fotografías y vídeos con otros usuarios.

Estudio de la publicidad engañosa en su modalidad encubierta y del emplazamiento del producto, Adrián Cabrero Aznar

cercanas a las 5.000 personas para que a cambio hablen de ellos en sus redes sociales. De manera que en función de la repercusión que pueda tener la persona se pasará de regalar productos a cobrar en función de los seguidores que se tengan. Hay incluso agencias de *influencers* famosos para realizar campañas de marketing.

Un estudio de una de estas agencias, concretamente *Brandmanic* desarrolla el marketing de los *influencers* en España, dando datos para que las empresas sepan cómo modelar su propia red de publicitaria basada en estas personalidades en internet. El estudio confirma que la mayoría de los *influencers* cobran una contraprestación por realizar su “trabajo”, cerca del 70%. Un 46% respondió que se les retribuía económicamente un 16.1% mediante el regalo del producto y un 22.6% realizando un pack de publicaciones publicitarias.

Con estos datos estamos demostrando la realidad que hay en el sector, si ves a alguien con ciertos seguidores en una red social hablando bien de un producto, con alta probabilidad tendrá a una marca detrás ofreciéndole una contraprestación para que realice el comunicado. Es cierto que hay ejemplos de *influencers* que tratan de identificar el emplazamiento del producto poniendo en sus publicaciones (#ad) que en ingles significa publicidad o mencionándolo expresamente, pero desgraciadamente hay muchos otros que no lo hacen, con el consecuente engaño que realizan a su público al practicar este emplazamiento encubierto.

Estamos ante una práctica ilícita desde luego, pero ya sea por su novedad o porque socialmente no llama especialmente la atención no suele ser perseguida, ni tener consecuencias legales.

5.3 Advergaming.

Finalmente, para concluir con este trabajo vamos a proceder a analizar brevemente este otro tipo de emplazamiento publicitario bastante recurrente en la actualidad. Para comenzar la palabra en sí misma conforma una declaración de intenciones al ser el resultado de la unión de dos palabras anglosajonas, *advertising* y *videogaming* que significan publicidad y videojuego. La asociación Internacional de Desarrolladores de Juegos (IGDA) en 2006 elaboró una definición válida del concepto:

«El uso de juegos para difundir mensajes publicitarios, llevar tráfico a sitios web y conseguir notoriedad de marca»

Esta herramienta permite introducir publicidad en un videojuego, aprovechando las emociones positivas que el propio videojuego genera en el jugador, suele ser una publicidad que apela a los sentimientos al aparecer en momentos determinados donde se prevé que el jugador va a experimentar, nostalgia, sentimiento de poder, de fuerza, etc. en adición tiene muchas cualidades, es una herramienta muy versátil, que evita la saturación publicitaria al camuflarse en el juego, de bajos costes en comparación con otras modalidades publicitarias y el público objetivo va a ser predecible, es decir en función de la temática del videojuego va a atraer a un perfil de persona u a otra de forma predominante.

Este modo de emplazamiento publicitario especialmente se está utilizando mucho en la telefonía móvil, facilitado por la aparición de los móviles inteligentes que suponen una plataforma portátil perfecta para disfrutar de ellos en cualquier momento y en estos en ocasiones aparece publicidad.

El *advergaming* no genera mucha dificultad en la práctica para su correcta adecuación a derecho ya que en las propias carátulas o al iniciarse el videojuego los desarrolladores especifican de manera clara la introducción de esta forma publicitaria si la hay, y en los juegos para el móvil en las propias aplicaciones donde se descargan aparece la mención de “*aparece contenido publicitario*”, por lo cual en esta práctica se suelen cumplir los estándares de identificación del mensaje.

6. Conclusiones

La publicidad es un instrumento de difusión comercial caracterizada por la comunicación que realiza una persona jurídica o física de un comunicado comercial con fines propiamente comerciales. Este término cuanto más ramificada, más globalizada y más intercomunicada sea la sociedad que lo alberga, más se especializa, porque está en constante evolución tratando de adaptarse continuamente al medio que lo rodea para ser lo más eficientemente posible, con el fin de generar utilidad al encargado de ponerlo en

circulación que siempre va a buscar estas cualidades. Conforman un instrumento vital para la economía y las empresas, otorgando posicionamiento y notoriedad a las marcas, permitiendo atraer clientes y dar a conocer servicios. Porque de nada te sirve tener el mejor producto del mercado si no lo puedes dar a conocer. Si tenemos en cuenta esa especialización del concepto las nuevas tecnologías además de posibilitar nuevos cauces han supuesto a su vez una facilidad de acceso, teniendo el contexto situacional actual se pueden acceder a estos servicios sin la necesidad de inversión de una gran cantidad de capital.

Pero esa importancia que tiene no solo se traduce al campo económico, tiene también una gran incidencia en el consumidor, porque con la aparición de estas nuevas técnicas, también se generan prácticas ilícitas que afectan a los consumidores y destinatarios de las comunicaciones comerciales. Aprovechando la buena intención de la gente al no ser capaz de distinguir los mensajes publicitarios lanzados como publicidad encubierta, término que hemos estado trabajando. Se busca engañar al público objetivo tratando de evitar las barreras que supone la identificación del mensaje como publicitario. Por tanto, una buena regulación del concepto va a ser la pieza angular que establezca un sistema de garantías legales realmente efectivo.

Porque la publicidad debe estar fundamentada siempre bajo los criterios éticos que encontramos en los códigos de conducta publicitaria, es decir deberá de ser veraz, legal, honesta y leal con el receptor y estas serán las garantías que el legislador debe tratar de garantizar.

Al igual que en su momento la revolución industrial agitó el mundo publicitario profundamente con la aparición de la publicidad en masa, hoy en día nos encontramos inmersos en otra gran revolución, esta tiene nombre propio, Internet una herramienta de intercomunicación como nunca antes vista que ha abierto la puerta a un sinnúmero de posibilidades, gracias a la facilidad comunicativa que otorga, tenemos la suerte de estar viviendo otra gran época dorada publicitaria caracterizada por el cambio de esta disciplina llena de dinamismo, conformada por las nuevas formas de publicitar que se están generando.

Una de las causas que me llevó a realizar este trabajo fueron las conductas que observaba por parte de los *influencers* en los diferentes medios audiovisuales al

presentar los productos desde una perspectiva amigable y cercana engañando continuamente a sus seguidores que cegados por esa confianza que tienen depositada en el famoso de turno no se dan cuenta del verdadero propósito publicitario que hay detrás del formato audiovisual consumido. Por eso tenía curiosidad en saber cómo estaba configurado nuestro O.J. al respecto de este tipo de prácticas. Una vez realizado el estudio que acabamos de presenciar he podido llegar a varias conclusiones, la publicidad engañosa como tal en su modalidad encubierta está prohibida en su totalidad, pero el emplazamiento del producto está sujeto a una consideración especial, y es que este se permite bajo las excepciones regladas pertinentes. La cuestión es que el uso de esta modalidad así concebida por parte de los *influencers* transigiere completamente la legalidad al no identificarse el emplazamiento del producto en ningún momento. Teniendo como consecuencia un ilícito legal el cual raramente va a ser perseguido por la justicia.

Para tratar de acabar con esta situación sería conveniente lo primero tener una alusión directa legal que especificase este tipo de prácticas en estos medios audiovisuales para poder tener una línea argumentativa directa ante esta práctica tan novedosa e incipiente. Otra posible solución la cual creo que sería muy efectiva consiste en la propia regulación de las normas que configuran la red social, haciendo más estricta la identificación de los contenidos publicitarios, como un compromiso de la propia red social por el interés colectivo de sus usuarios. Ya que este tipo de medidas ya se han tomado con anterioridad, para solucionar las ilicitudes producidas en materia de copyright y derechos de autor, estableciendo sistemas muy severos por los cuales se debían incluso borrar contenidos anteriores que infringieran en esta figura jurídica y con sistemas de avisos por los cuales si un usuario no cumple con la aplicación de las nuevas normas a la tercera incidencia se borraría su cuenta para siempre. Este es el caso de YouTube cuando adaptó su normativa de copyright a la legislación comunitaria.

Por último, también existe la posibilidad de que el estado español considere el emplazamiento del producto ilegal en todas sus formas por un abuso en la materia. Así como faculta la norma comunitaria. Pero creo que esta es la última opción, el emplazamiento del producto tiene cabida en un uso de la publicidad responsable, pero se han de respetar estrictamente las exclusiones en las que únicamente esta figura se debería utilizar.

7. Bibliografía consultada

Díaz, F. d. *La publicidad contada por publicitarios*. Madrid, 2018, ESIC.

Escribano Martínez Celia C. H.-R. *Derecho de la publicidad*. Pamplona (Navarra) junio 2015, Lex Nova

- Tema 1. Derecho de la publicidad: origen y fuentes (Escribano Martínez Celia)

- Tema 5. Publicidad ilícita (II) (Hernández Rico José Miguel)

García-Cruces, J. A. *Tratado del derecho de la competencia y de la publicidad*. Valencia,(05/2014), Tirant Lo Blanch.

Godoy, A. C. *Historia de la publicidad*. A Coruña, 2007, Netbiblio, p.3

Gómez, J. A.. *Publicidad online : Un modelo emergente en la era digital*. Buenos Aires, 2014, Saarbrücken.

Guerrero, J. L. *La publicidad Fundamentos y límites constitucionales*. 2014, Tirant Lo Blanch.

J. S. Victoria, A. M. *Historia y Comunicación Social*. Madrid, (2013-11-19) : Publicaciones Universidad Computense de Madrid, Vol. 18, pág 139-155

Moreno, J. M. *La protección Jurisdiccional civil frente a la publicidad*. Valencia, (10/2014) : Tirant lo Blanch.

8. Jurisprudencia utilizada

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia num. 350/2020 de 10 marzo,RJ\2020\732

STS (Sala de lo Contencioso), Sentencia 1573/2018 de 31/10/2018, RJ, 3770/2018

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia num. 1573/2018 de 31 octubre,RJ\2018\4944

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia num. 1552/2019 de 11 noviembre,RJ\2019\4476

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia num. 350/2020 de 10 marzo, RJ\2020\732

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia de 14 junio 2019, RJCA\2019\875

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 24 abril 2012, RJ\2012\4867.

CNMC, SNC/DTSA/007/15/MEDIASET

CNMC, SNC/DTSA/2104/14: Sancionador A Mediaset Publicidad Encubierta

CNMC, SNC/DTSA/007/15: Mediaset Publicidad Encubierta. Que Tiempo Tan Feliz

CNMC, INF/DTSA/1356/14: CRITERIOS PUBLICIDAD

CNMC, SNC/DTSA/022/16: ATRESMEDIA

CNMC, REQ/DTSA/2/15: resolución por la que se requiere a Mediaset España comunicación s.a. para que cese la emisión de emplazamientos que no se ajustan a lo

Estudio de la publicidad engañosa en su modalidad encubierta y del emplazamiento del producto, Adrián Cabrero Aznar

dispuesto en el artículo 17 de la ley 7/2010 de 31 de marzo general de la comunicación audiovisual.

CNMC, REQ/DTSA/1/15: resolución por la que se requiere a Atresmedia corporación de medios de comunicación s.a. para que cese la emisión de emplazamientos que no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 7/2010 de 31 de marzo general de la comunicación audiovisual.