



**Universidad**  
Zaragoza

1542

## Trabajo Fin de Grado

DELIMITACIÓN DE LA PUBLICIDAD INDIRECTA,  
PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD Y PUBLICIDAD  
SUBLIMINAL

Irina Belokopytova

*Director*

Luis Alberto Marco Arcalá

Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

Curso 2014-2015

## Índice

Introducción.....	1
I. Parte 1 <sup>a</sup> : Competencia desleal y publicidad en el Derecho español .....	2
1. Concepto y ámbito de aplicación de la competencia desleal .....	2
2. La actividad publicitaria ilícita. Modalidades.....	5
2.1. La publicidad engañosa: las exigencias de autenticidad y veracidad.....	8
2.2. La publicidad desleal: las exigencias de legalidad y de lealtad.....	12
2.3. Breve referencia a la publicidad contraria a los valores constitucionales.....	14
II. Parte 2 <sup>a</sup> : La publicidad indirecta y la publicidad subliminal.....	15
1. Concepto de publicidad subliminal.....	15
1.1. Principales supuestos.....	20
2. Concepto de publicidad indirecta. ....	25
2.1. Principales supuestos.....	27
3. La incidencia de los sistemas de autorregulación.....	34
4. Figuras afines: publicidad encubierta y emplazamiento publicitario. ....	37
Conclusiones .....	46
Índice bibliográfico .....	49
Índice de resoluciones consultadas. ....	52
Índice normativo .....	54

## **Listado de abreviaturas y referencias normativas utilizadas**

AP	Audiencia Provisional
art. (arts.)	Artículo (artículos)
CCP	Código de Conducta Publicitaria
CE	Constitución Española
Ed.	Edición
JPI	Juzgado de Primera Instancia.
LCD	Ley de Competencia Desleal
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LGCA	Ley General de la Comunicación Audiovisual
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGP	Ley General de Publicidad
LO	Ley Orgánica
núm.	Número
p./pp.	Página/s
S.	Sentencia.
ss.	Siguientes
TS	Tribunal Supremo
<i>vid.</i>	Véase

## **Introducción.**

En este Trabajo de Fin de Grado abordo la posición que ocupa la publicidad en términos generales –y en concreto aquella que, en mi opinión, presenta mayor dificultad en su delimitación y sanción, a saber la publicidad indirecta y la subliminal– en un contexto de relaciones entre las empresas y entre éstas y los consumidores, así como los efectos derivados de las malas prácticas que se producen contraviniendo la legislación.

El motivo que me ha llevado a la elección de este tema, dentro del amplio margen de posibilidades de que dispone la materia mercantil, es el particular interés por descubrir, con mayor detalle del que se ha podido abordar en las distintas asignaturas que se proporcionan en la carrera de Derecho, de qué modo la publicidad afecta a las relaciones de negocios, a los agentes de mercados, y, sobre todo, a los consumidores, que representan a la parte débil en este tipo de tratos comerciales.

La metodología seguida en el desarrollo del Trabajo tiene como principal objetivo centrar la materia en su contexto para luego desarrollar de manera más concreta los diferentes apartados, con especial atención a las categorías publicitarias mencionadas. Así, parto de la competencia desleal en el Derecho español, y su correspondiente relación con la publicidad. Ello me da pie a entrar propiamente en la materia y desarrollar el concepto de la publicidad ilícita, así como su posición en la ley, y finalmente abordar, con brevedad, las diversas categorías y subcategorías de la misma (publicidad engañosa, publicidad desleal y publicidad contraria a los valores constitucionales), entre las que se hayan la publicidad indirecta, la subliminal y afines. Y, por último, me centro en extender la delimitación de las figuras que me son de interés (publicidad indirecta y publicidad subliminal), y para ello analizo algunos de los supuestos principales que se han dado en la práctica. Finalmente, desarrollo las conclusiones obtenidas tras finalizar la realización del Trabajo.

El objetivo es destacar la importancia del empleo de una herramienta como la publicidad, ya que de ella dependen muchos aspectos de la competencia. Este Trabajo engloba distintas perspectivas de la publicidad, atendiendo a las causas y consecuencias de las prácticas ilícitas, esto es por qué se llevan a cabo, con qué alcance y cuáles son sus repercusiones.

## **I. Parte 1ª: Competencia desleal y publicidad en el Derecho español.**

### **1. Concepto y ámbito de aplicación de la competencia desleal.**

La libertad de competencia, como presupuesto de la libertad de empresa (art. 38 CE), significa que el ordenamiento jurídico reconoce que cualquier sujeto puede iniciar una actividad empresarial. Sin embargo, pueden surgir situaciones que excluyen o limitan la forma de su ejercicio, como la competencia desleal<sup>1</sup>: aquella que se lleva a cabo sin respetar un mínimo *standard* de conducta, que viene dado por la buena fe en sentido objetivo.

La competencia desleal comenzó a verse regulada como tal en algunos ordenamientos comparados a principios del s. XX<sup>2</sup>. Y en nuestro país ha sido éste un sector que en el Derecho español carecía de legislación sistemática hasta la promulgación de la Ley 3/1991, de 10 enero (BOE 10, de 11 enero 1991), de Competencia Desleal (en adelante, LCD). Ha de tenerse en cuenta asimismo, la Ley 34/1988, de 11 noviembre (BOE 274, de 15 noviembre 1988), General de Publicidad (en adelante, LGP) que contempla los supuestos de competencia desleal realizados a través de medios de comunicación. La Ley 29/2009, de 30 diciembre (BOE 315, de 31 diciembre 2009) por la que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, finalmente, estableció los mecanismos de coordinación entre la LCD y la LGP<sup>3</sup>.

Se afirma<sup>4</sup> que aunque la LCD ya había sido objeto de otras modificaciones, lo cierto es que la más profunda y relevante de cuantas se han producido hasta la fecha fue

---

<sup>1</sup> Para mayor información *vid.* TATO PLAZA, A., “El derecho español contra la competencia desleal ante la codificación mercantil: estado actual y perspectivas de futuro” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil* (Libro homenaje al Profesor R. ILLESCAS ORTIZ) (AA.VV. Dres. JOSÉ MORILLAS, M., PERALES VISCASILLAS, P., PORFIRIO CARPIO, L.J.), 1<sup>a</sup>ed., Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1127-1139.

<sup>2</sup> Al respecto, *vid.* MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, 1<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid 1988, y BERCOVITZ, A., "Nociones introductorias", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (VV.AA; Dir., BERCOVITZ, A.), *cit.*, pp. 39-69 (47-52).

<sup>3</sup> También *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Artículo 1. Finalidad. Los cambios introducidos por la Ley de 2009", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 1<sup>a</sup> ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, pp. 74-77.

<sup>4</sup> En este sentido, *vid.* MARCO ARCALÁ, L.A., "Las prácticas comerciales desleales con los consumidores en la propuesta de Código Mercantil" en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil* (Libro homenaje al Profesor R. ILLESCAS ORTIZ) (AA.VV. Dres. JOSÉ MORILLAS, M., PERALES VISCASILLAS, P., PORFIRIO CARPIO, L.J.), 1<sup>a</sup>ed., Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp.1087-1109.

la realizada mediante la Ley 29/2009, *cit.* Esta reforma, además de lo supra mencionado, tuvo como finalidad fundamental la incorporación a nuestro Derecho interno de la Directiva 2005/29/CE, del PE y del Consejo, de 11 mayo 2005 (DOUE L 149, de 11 junio 2005), sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores, y la Directiva 2006/114/CE, del PE y del Consejo, de 12 diciembre 2006 (DOUE L 376, de 27 diciembre 2006), sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. A su vez, el objetivo básico atribuido a la armonización llevada a cabo mediante dichas directivas consistió en conciliar la aplicación efectiva y el buen funcionamiento del mercado único interior en la UE con el principio de la protección de los consumidores y usuarios, reconocido con el máximo rango normativo.

La referida y proyectada reforma de nuestra legislación sobre competencia desleal se ha planteado como una parte incluida en el futuro Código Mercantil.

La LCD ha optado por un modelo de cláusula general prohibitiva, que mide de forma diferente la deslealtad según se trate de comportamientos en relaciones entre empresarios o entre alguno de éstos y los consumidores o usuarios. Dicha cláusula se contiene en su art. 4<sup>5</sup>, en el que «se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe», y añade que en las relaciones de los empresarios con los consumidores y usuarios se entenderá contrario a dichas exigencias el comportamiento del empresario o profesional en que concurran dos elementos: 1) que resulte contrario a la diligencia profesional, esto es, el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar conforme a las prácticas honestas del mercado, y 2) que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica.

Basta, pues, con que exista una conducta que objetivamente resulte contraria a la diligencia profesional que le es exigible, para que, si la conducta puede distorsionar el comportamiento del consumidor medio, exista el acto de competencia desleal.

La LCD suprime cualquier referencia al ámbito de aplicación territorial y distingue entre el ámbito objetivo –que el acto de competencia desleal se realice en el

---

<sup>5</sup> Sobre este precepto, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Artículo 4. Cláusula general", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 1<sup>a</sup> ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, pp. 93-113.

mercado y con fines concurrenceales–, y el ámbito subjetivo –la LCD resulta de aplicación no solo a empresarios, que son sus destinatarios naturales, sino también a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado (art. 3.1<sup>6</sup>).

La prohibición de esta forma de competencia ilícita y la obligación de actuar en el mercado respetando unas normas leales de conducta se justifican teniendo en cuenta que un acto de competencia desleal perjudica un bien o un interés jurídicamente digno de tutela. En este sentido, la doctrina española recoge el denominado modelo social, según el cual la prohibición de competencia desleal no solo protege a los empresarios desde una óptica gremialista o corporativa, sino que también tutela a los consumidores.

La LCD se hizo eco de estas tendencias protegiendo no solo los intereses privados de los empresarios, sino también los colectivos de los consumidores, como puede observarse por ejemplo en el art. 33, que atribuye legitimación activa para el ejercicio de las acciones derivadas de la competencia desleal a los consumidores.

Por último, frente a la prohibición general supra mencionada, en la LCD se enumeran concretas prácticas perseguibles y una serie de específicas conductas de competencia entre empresarios que merecen la calificación de desleales. Son las siguientes: actos de engaño (art. 5<sup>7</sup>) y de confusión (art. 6<sup>8</sup>), omisiones engañosas (art. 7<sup>9</sup>), prácticas agresivas (art. 8<sup>10</sup>), denigración (art. 9<sup>11</sup>), comparación – en particular la publicidad comparativa – (art. 10<sup>12</sup>), actos de imitación y de explotación de reputación ajena (arts. 11 y 12<sup>13</sup>), violación de secretos (art. 13<sup>14</sup>), la inducción a la ruptura

---

<sup>6</sup> Sobre este precepto, *vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Artículo 3. Ámbito subjetivo", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal... cit.*, pp. 85-90.

<sup>7</sup> Sobre este precepto, *vid. GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "Artículo 5. Actos de engaño", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit.*, pp. 115-142.

<sup>8</sup> Sobre este precepto, *vid. CURTO POLO, M<sup>a</sup> M., "Artículo 6. Actos de confusión", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit.*, pp. 143-158.

<sup>9</sup> Sobre este precepto, *vid. MORALEJO MENÉNDEZ, I., "Artículo 7. Omisiones engañosas", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit.*, pp. 159-196.

<sup>10</sup> Sobre este precepto, *vid. ARROYO APARICIO, A., "Artículo 8. Prácticas agresivas", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit.*, pp. 197-221.

<sup>11</sup> Sobre este precepto, *vid. ÁVILA DE LA TORRE, A., "Artículo 9. Actos de denigración", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit.*, pp. 223-240.

<sup>12</sup> Sobre este precepto, *vid. DEL MAR GÓMEZ LOZANO, M<sup>a</sup>, "Artículo 10. Actos de comparación", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit.*, pp. 241-278.

<sup>13</sup> Sobre estos preceptos, *vid. DOMÍNGUEZ PEREZ, E.M<sup>a</sup>, "Artículo 11. Actos de imitación" (pp. 279-316) y AAROYO APARICIA, A., "Artículo 12. Explotación de la reputación ajena" (pp. 317-350), en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit.*

<sup>14</sup> Sobre este precepto, *vid. GALÁN CORONA, E., "Artículo 13. Violación de secretos", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit.*, pp. 351-378.

contractual (art. 14<sup>15</sup>), violación de normas (art. 15<sup>16</sup>), discriminación de los consumidores (art. 16<sup>17</sup>), la venta a pérdida o precios predatorios (art. 17<sup>18</sup>), y, finalmente, los actos de publicidad ilícita (art. 18<sup>19</sup>)<sup>20</sup>.

## **2. La actividad publicitaria ilícita. Modalidades.**

Para empezar, la publicidad que nos es de interés consiste en una especie dentro del fenómeno social de la comunicación colectiva. El Derecho no ha permanecido ajeno a dicho fenómeno y se afianza hoy día una rama jurídica que tiene como materia propia dicha comunicación colectiva y que se denomina Derecho de la información.

Lo que la hace materia especial de regulación jurídica es la función que cumple: incidir en el mercado de bienes y servicios. En este sentido, se trata de la llamada publicidad comercial.

Es relación de comunicación publicitaria la que se establece entre el emisor y los destinatarios. El emisor es propiamente el suministrador de la materia o sector de la realidad informable, además se manifiesta públicamente como tal, ya que la información de los destinatarios se realiza cabalmente en provecho suyo, lo que no sería factible de desaparecer u ocultarse.

Ambos son sujetos portadores de legítimos intereses en este plano de la relación de comunicación. Por una parte, se manifiesta el interés del emisor, de un doble orden: primero, cifrado en poder comunicar con los destinatarios adecuados según el objeto de sus informaciones; segundo, en poder suministrar tales informaciones del modo más eficaz para que los destinatarios tengan en cuenta el mensaje al adoptar sus decisiones en el ámbito del mercado. Por otra parte, el interés de los destinatarios, consistente en que la persuasividad de las informaciones no llegue a obnubilar su juicio al adoptar

---

<sup>15</sup> Sobre este precepto, *vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M<sup>a</sup>, "Artículo 14. Inducción a la infracción contractual", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit., pp. 379-404.*

<sup>16</sup> Sobre este precepto, *vid. GARBAJO CASCÓN, F., "Artículo 15. Violación de normas", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit., pp. 405-431.*

<sup>17</sup> Sobre este precepto, *vid. BELLIDO, J., "Artículo 16. Discriminación y dependencia económica", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit., pp. 433-458.*

<sup>18</sup> Sobre este precepto, *vid. VILLA VEGA, E., "Artículo 17. Venta a pérdida", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit., pp.459-498.*

<sup>19</sup> Sobre este precepto, *vid. QUINTANA CARLO, I., "Artículo 18. Publicidad ilícita", en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit., pp. 499-514.*

<sup>20</sup> En este sentido *vid. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., Manual de Derecho Mercantil, volumen 1º, 21<sup>a</sup> de., Tecnos, Madrid 2014, pp. 198-208.*

aquellas decisiones ni, de manera más general, impida o falsee el funcionamiento del mercado.

Ahora bien, la probable eficacia de la comunicación comercial en el ámbito de la acción de los destinatarios en el mercado, hace que la publicidad afecte a la posición de terceros que operan también en el mercado. El subsistema por virtud del cual las acciones de unos agentes afectan a otros se llama competencia. Luego la relación de comunicación comercial ha de someterse a las normas jurídicas que conciernen al sistema de competencia mercantil<sup>21</sup>.

La publicidad constituye un elemento imprescindible para que se pueda desarrollar la competencia en el mercado. Su finalidad es promover la contratación de bienes y servicios entre productores y consumidores. No solo favorece a los empresarios, permitiéndoles ampliar y mantener su clientela, sino que también favorece a los consumidores a quienes se les suministra información acerca de la oferta de bienes y servicios existentes.

La actividad publicitaria se encuentra regulada en la LGP, en cuyo art. 2<sup>22</sup> se entiende por publicidad «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». Añade también que se entiende por destinatarios «las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance»<sup>23</sup>.

Si le preguntásemos a un publicista sobre cuál considera que es el contenido básico o la esencia de su oficio o profesión, seguramente nos respondería, incluso sin pensárselo demasiado, que la esencia de su actividad consiste en «vender»<sup>24</sup>.

Esta actividad de promoción contractual pública que llamamos publicidad se ha connotado tradicionalmente con una serie de caracteres que son de aplicación en el

---

<sup>21</sup> Al respecto *vid. DE LA CUESTA RUTE, J.M., Curso de Derecho de la Publicidad*, 1<sup>a</sup> de., Eunsa, Pamplona 2002, pp. 27-30.

<sup>22</sup> Sobre este precepto, *vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., "Comentario a los artículos 1 y 2"*, en *Comentario a la Ley General de Publicidad* (AA.VV; Coord., LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.), 1<sup>a</sup> ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor 2009, pp. 23-52.

<sup>23</sup> Al respecto *vid. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., Manual de Derecho Mercantil*, cit., pp. 213-214.

<sup>24</sup> Para ampliar información *vid. BASSAT, L. El libro rojo de la publicidad*, 7<sup>a</sup> ed., 2007, p. 44.

ordenamiento español a la actividad publicitaria y tienen su reflejo en la LGP. Son los siguientes: legalidad, autenticidad, veracidad y lealtad.

Conforme al primero de los principios mencionados – legalidad –, la publicidad debe respetar la dignidad de la persona, así como los valores y derechos reconocidos en la CE; también respetará las normas especiales referentes a la publicidad y comercialización de determinados productos tales como los sanitarios, farmacéuticos, alimenticios, alcohólicos, etc.

El principio de veracidad supone que la publicidad no puede ser engañosa ni por acción ni por omisión.

El principio de autenticidad requiere que el destinatario del mensaje publicitario pueda percibir y distinguir tal mensaje como lo que es sin necesidad de un esfuerzo intelectual o sensorial considerable.

Finalmente, el significado del principio de lealtad publicitaria no es diferente de la lealtad con la que debe practicarse toda la competencia mercantil, con independencia de que su instrumento sea la publicidad o no lo sea.

Como consecuencia de lo anterior, la LGP prohíbe la publicidad ilícita y la desleal (art. 3<sup>25</sup>), la subliminal (art. 4) y restringe la publicidad sobre ciertos productos específicos, algunos de ellos ya mencionados (art. 5)<sup>26</sup>.

Antes de analizar los supuestos de publicidad ilícita que enumera el texto legal, es preciso recordar que con la reforma introducida en esta materia mediante la Ley 29/2009, *cit.*, se han eliminado las antinomias que existían entre la LGP y la LCD, por cuanto el texto regulador de la publicidad contiene diversas remisiones a la LCD. Con anterioridad a dicha reforma el Derecho español contra la competencia desleal se veía ilustrado por el conflicto entre estos dos textos legales, porque eran varios los supuestos de hecho calificados, al propio tiempo, como publicidad ilícita y competencia desleal.

Recordemos que el art. 18 LCD afirma que «la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal». De esta forma, se mantiene el concepto de publicidad ilícita en el ámbito de la LGP, que expresamente se califica de

---

<sup>25</sup> Sobre este precepto, *vid.* PARDO LÓPEZ, M.M., "Comentario al artículo 3", en *Comentarios a la Ley General de Publicidad, cit.* pp. 53-80.

<sup>26</sup> Sobre este precepto, *vid.* SÁNCHEZ RUIZ, M., "Comentario a los artículo 4 y 5", *cit.*, pp. 84-130

desleal. Por su parte el art. 3 e) LGP señala que es ilícita – entre otras – «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». En general, puede apreciarse una clara apuesta unificadora en el tratamiento de los actos desleales, con independencia del medio – publicitario o no – a través del que se exterioricen al mercado<sup>27</sup>.

## **2.1. La publicidad engañosa: las exigencias de autenticidad y veracidad.**

La comunicación comercial es indudablemente ocasión para el engaño. Incluso en la comunicación personalizada y que se produce en presencia del producto que constituye el objeto de la transacción. Sin llegar a la consideración de que todo empresario es un mentiroso, no se debe dejar de pensar que en las alegaciones referentes a los bienes que ofrece todo empresario resalta las cualidades que los adornan y tiende a ocultar sus defectos o carencias.

Por otra parte, es claro que si la publicidad rinde frutos positivos en el orden económico es a condición de que sus mensajes respondan a la verdad. Consiguientemente, uno de los ilícitos publicitarios viene constituido por la publicidad engañosa<sup>28</sup>.

Según el art. 3<sup>29</sup> e) LGP es ilícita [...] la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, las cuales tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la LCD. Por tanto, el alcance de esta remisión es claro en lo que se refiere a la publicidad engañosa y la publicidad agresiva. En este sentido, la remisión implica la aplicación en esta sede de los arts. 5, 7 y 21 a 27 LCD. De esta forma, a la hora de calificar un anuncio publicitario como engañoso, deberá comprobarse si el mismo encaja en alguno de los supuestos de prácticas que se consideran en sí mismas engañosas en los artículos 21 a 27 LCD. En caso de respuesta negativa, habrá que valorar si concurren en él los presupuestos previstos en los arts. 5 o 7 para su calificación como publicidad engañosa o como engaño por omisión, respectivamente.

---

<sup>27</sup> Al respecto *vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *cit.*, p. 208.

<sup>28</sup> Al respecto *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J.M., *Curso...*, *cit.*, pp. 141-142.

<sup>29</sup> Sobre este precepto, *vid.* PARDO LÓPEZ, M.M., "Comentario al artículo 3", *cit.* pp. 53-80.

La lista de prácticas que se consideran en sí mismas engañosas sólo resulta de aplicación a las prácticas comerciales desarrolladas en las relaciones con consumidores. Por ello, en el caso que nos ocupa, los arts. 21 a 27 LCD sólo resultarán aplicables si se trata de anuncios publicitarios dirigidos al público de los consumidores. Si se trata de anuncios dirigidos a empresarios o profesionales, el carácter engañoso de los mismos únicamente será determinado con los arts. 5 y 7<sup>30</sup>.

La idea central se encuentra en que dicha publicidad puede inducir a error a sus destinatarios, y ese error se restringe al terreno de lo que el mensaje publicitario comunica acerca de las oportunidades de mercado que se ofrecen por el anunciante. Queda claro que si se puede inducir a un juicio o creencia equivocada es porque el contenido informativo-persuasivo del mensaje es engañoso, no obstante, a ello se suma también el engaño consistente en el encubrimiento de la naturaleza publicitaria del mensaje capaz de provocar ese error. Mas este error, aunque sea engañoso, pertenece a otro género distinto del referido y su prevención se procura mediante la ilicitud de la llamada publicidad encubierta<sup>31 32</sup>.

En definitiva, conforme al principio de veracidad, la publicidad no puede contener falsedades que generen el error, con el consiguiente perjuicio para los destinatarios y los competidores, ni tampoco puede silenciar los aspectos o datos fundamentales de los bienes, servicios o actividades ofrecidos (art. 3 e) LGP y art. 8 LGDCU).

Por último, para considerar engañosa la publicidad es suficiente con la potencialidad o riesgo de la inducción al error, no es necesario, por lo tanto, que un error se haya efectivamente padecido. Se trata de la concepción normativa y no práctica del engaño.

Por otra parte, algún autor<sup>33</sup> afirma asimismo que el engaño en el ámbito publicitario es una de las prácticas comerciales más reprochables debido, entre otros factores, a su potencialmente masiva difusión y, en consecuencia, a la multitud de los

<sup>30</sup> Sobre el particular *vid.* TATO PLAZA, A., “Publicidad y publicidad ilícita” en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad* (AA.VV; Dir.: GARCÍA-CRUCES, J. A.), tomo II, 1<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 1945-1982 (1972).

<sup>31</sup> En este sentido *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Curso..., cit.*, p. 145.

<sup>32</sup> Para mayor información *vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., HERRERO SÁNCHEZ, C., MARTÍN GARCÍA, L., y HERNÁNDEZ-RICO, J. M., *Derecho de la publicidad*, 1<sup>a</sup> ed., Lex Nova – Thomson Reuters, Cizur Menor 2015, pp.117-121.

<sup>33</sup> Al respecto *vid.* SÁNCHEZ RUIZ, M, “Publicidad desleal (II). Engaño y encubrimiento publicitarios”, en *Derecho de la Publicidad* (AA.VV.; Coord., LÁZARO SÁNCHEZ, E.J.), 1<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters, Pamplona 2012, pp. 155-170 (157).

sujetos alcanzados, de forma simultánea, por sus efectos. Suele entenderse que los principales afectados por dicha publicidad y, por ende, los que directamente obtienen una mayor tutela de las normas que la prohíben, son los consumidores y usuarios, puesto que el engaño puede influir en sus decisiones económicas, llevándoles a la adquisición de determinados productos o a la demanda de concretos servicios que, de no mediar el engaño, no hubieran adquirido o demandado.

Además, se añade que la influencia del engaño en el comportamiento económico de los consumidores provoca también, de forma indirecta, una lesión de los intereses de los competidores, pues sus productos pueden no ser elegidos por los destinatarios finales. Todo ello regulado, como actos y omisiones engañosos, en los arts. 5 y 7 LCD, nombrados anteriormente. Según el art. 5 LCD, «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 [...]». En atención a la presencia o no de información falsa, por tanto, cabe distinguir dos supuestos diferentes de engaño<sup>34</sup>.

Merecen especial consideración los siguientes supuestos de publicidad engañosa:

A. *La exageración publicitaria.* No cabe encontrar engaño en «la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no pretenda una interpretación literal» (*vid. art. 4.3, último inciso, LCD*). Quedan fuera del ámbito de la publicidad engañosa los supuestos encuadrables en el terreno de la «hipérbole publicitaria», que es un recurso lícito en el mensaje publicitario consistente en aumentar o disminuir de forma ostensible la realidad de lo que se narra o se representa, para tratar de captar la atención del público. Por tanto si la exageración no llega a ser ilícita, es decir, que implique engaño o cualquier otra forma de deslealtad, es admisible y casi connatural con la publicidad, siempre que se refiera a productos o servicios cuya adquisición o uso no entraña especial riesgo (detergentes, espectáculos, perfumería, etc...) Sin embargo, la exageración publicitaria está prohibida en los productos farmacéuticos, porque estaría en juego la salud pública.

---

<sup>34</sup> Al respecto *vid. SÁNCHEZ RUIZ, M, ibidem.*

Por último, para considerar engañosa la publicidad es suficiente con la potencialidad o riesgo de la inducción al error. Y además, a todo ello se suma también el engaño consistente en el encubrimiento de la naturaleza publicitaria del mensaje, aunque esto constituye un género distinto y su prevención se procura mediante la ilicitud de la llamada publicidad encubierta.

B. *La publicidad de tono excluyente*. Es aquella que presenta al anunciante o a sus productos o a sus servicios en una situación de tal preeminencia en el mercado que le lleva a un asilamiento de todos los demás competidores o sus productos o sus servicios. Esta categoría se denominaba hace tiempo publicidad superlativa, acuñándose al hilo de un arcaico concepto de la competencia mercantil, según el cual la publicidad no ha de referirse de ningún modo a la persona y bienes de los competidores.

Como negar la licitud de esta publicidad supondría negar la licitud de la publicidad misma, se tuvo que aceptar la licitud de la publicidad excluyente con tal que fuese verdadera. Es decir, que será ilícita si es engañosa. Deben ser verdaderas las características que se predicen del bien al que el mensaje se refiere y debe ser verdad que sólo éste posee tales características. Además, no resulta aceptable la publicidad que subraya unas características que, de hecho, no implican ninguna ventaja real<sup>35</sup>.

C. *La publicidad subliminal*. Es aquella que se dirige de forma directa al subconsciente de las personas, actuando a través de técnicas de producción de estímulos que no pueden ser percibidos por los sentidos. En definitiva, bien podría afirmarse que la imposibilidad de percibir el mensaje a través de los sentidos –esto es, la imposibilidad de percibir el mensaje publicitario de forma consciente– es el rasgo que mejor define la publicidad subliminal<sup>36</sup>. No obstante, más adelante (*vid. infra*) se realiza un análisis más detallado tanto del concepto como de los supuestos principales de la figura en cuestión.

D. *La publicidad encubierta*. El art. 5 LCD ha previsto que una información puede inducir a error «por su contenido o su presentación», por lo que un acto de engaño puede resultar no sólo del fondo, sino también de la forma. Más claramente aún, el art. 7 LCD, al tipificar las omisiones engañosas, considera desleal el «supuesto en que no se da a conocer el propósito comercial de la práctica, cuando no resulte evidente por

---

<sup>35</sup> En este sentido *vid. DE LA CUESTA RUTE, J. M., Curso..., cit.*, p. 164 y 165.

<sup>36</sup> Al respecto *vid. TATO PLAZA, A., “Publicidad y publicidad ilícita”, cit.* p. 1965.

el contexto». Por tanto, ha sido definida por los más prestigiosos autores<sup>37</sup> como un mensaje publicitario investido de los modos o lenguajes que son típicos de mensajes informativos de otro carácter. El elemento engañoso no reside en lo que el mensaje comunica, sino en el modo de comunicarlo. Debe ser reputada ilícita por lesionar el legítimo interés de los destinatarios a conocer el carácter de los mensajes que circulan en las comunicaciones sociales (*vid. infra*). Como se advierte, este interés no es el mismo que se protege mediante la prescripción de la publicidad engañosa.

## **2.2. La publicidad desleal: las exigencias de legalidad y de lealtad.**

A la publicidad desleal se refiere el art. 3 e) LGP como una de las categorías de publicidad ilícita.

La competencia es el proceso por el que se asegura que toda manifestación de la función empresarial, tanto la que se ejerce en la actualidad como la que puede ejercerse en el futuro, tenga lugar en el mercado. Su protección se desdobra en una defensa contra los actos que impiden que la competencia funcione en plenitud, y en otra contra los actos que perturban su funcionalidad, mediante la LDC y LCD respectivamente.

La publicidad es uno de los modos de mayor significación por los que quienes ejercen la función empresarial pueden hacer llegar al mercado sus mensajes acerca de las nuevas oportunidades que ofrecen. Por eso, la publicidad es necesaria para el juego de la competencia y, por lo tanto, para el mercado y para el ejercicio del derecho a la libertad de empresa.

Así, la publicidad desleal hace referencia a modalidades publicitarias que implican modos desleales de competencia y, en este sentido, no expresa más que una especificación de los modos o prácticas de competencia desleal<sup>38</sup>.

Encontramos los siguientes supuestos de publicidad desleal:

A. *La publicidad denigratoria.* La denigración del competidor es una de las formas tradicionales de competencia desleal, y la LCD regula los actos de denigración en su art. 9.

---

<sup>37</sup> Sobre el particular *vid. DE LA CUESTA RUTE, J. M., Curso..., cit.*, p.165-166.

<sup>38</sup> Al respecto *vid. DE LA CUESTA RUTE, J. M., Curso..., cit.*, p. 176.

Mediante la denigración se intenta la merma o el menoscabo de la reputación, fama o aprecio de que goza aquello que se denigra. Se afecta a la persona del agente en el mercado, a su organización, a los bienes que produce o comercializa, y a su actividad. Pero no es necesario que se haya sufrido efectivamente esa merma; basta con que lo manifestado por el anunciante denigrador sea apto para producirla<sup>39</sup>.

B. *La publicidad confusoria.* La confundibilidad ha sido junto con la denigración el otro modo tradicional de deslealtad en la competencia, y singularmente de la que se efectúa mediante la publicidad. Una vez más, es la mejor doctrina<sup>40</sup> quién afirma que se trata de la confusión que pueden sufrir los destinatarios de la publicidad en cuanto al origen o procedencia de los productos o servicios que se anuncian, lo que supondría atribuir a otro agente económico distinto del anunciante esos productos o servicios.

Este supuesto es distinto del de denigración, ya que el anunciante pretende pasar sus actividades o sus bienes como si fueran de otro, y sin duda que esto se hará por el mayor prestigio o fama de que goza éste con el que conviene confundirse al anunciante. En otras palabras, la denigración es competencia por obstrucción y la confusión es competencia parasitaria.

C. *La publicidad adhesiva.* Cuando la publicidad trata de asociar los productos o servicios publicitados con los de la competencia, con el objeto de aprovecharse de su prestigio o reputación puede hablarse de publicidad adhesiva o parasitaria. Se ha venido afirmando que este ilícito publicitario<sup>41</sup> presenta dos elementos fundamentales: (a) la alusión directa a otros empresarios o productos en la propia publicidad mediante signos distintivos ajenos; (b) la confusión que esa alusión produce en el destinatario sobre el origen empresarial de los productos o servicios publicitados.

La inclusión de la publicidad adhesiva en el grupo más general de conductas parasitarias implica que sean aplicables criterios análogos a los que la Doctrina ha seguido para determinar que el aprovechamiento de la reputación ajena se considere desleal: reputación, implantación y esfuerzo realizado para propiciar el prestigio del signo ajeno; proximidad competitiva; y aprovechamiento indebido.

---

<sup>39</sup> Al respecto *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Curso..., cit.*, pp. 178-179.

<sup>40</sup> En este sentido *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Curso..., cit.*, p. 184.

<sup>41</sup> Sobre el particular *vid.* DE LA VEGA GARCÍA, F. L., “Publicidad desleal. Supuestos concretos”, en *Derecho de la Publicidad.*, *cit.*, pp. 133-153 (142-144).

D. *La publicidad comparativa*. Esta modalidad de publicidad ha venido siendo concebida<sup>42</sup> como aquella en la que establece una comparación inequívoca entre lo que ofrece el anunciante y lo que ofrecen alguno o todos sus competidores. Su finalidad consiste en hacer observar al destinatario las diferencias entre los productos o servicios propios y los de la competencia, haciéndole así más evidente su selección al poner de manifiesto las ventajas propias, y con el fin de captar parte del volumen de ventas o servicios del tercero en comparación<sup>43</sup>.

Se ha venido defendiendo la legitimidad de esta práctica, fundamentándola en la consideración de sus beneficiosos efectos para el mercado por la información que ella suministra. El art. 10 LCD la define como «alusión explícita o implícita a un competidor». Junto a este elemento deberán concurrir, naturalmente, los caracteres propios de la actividad publicitaria (*vid.* art. 2 LGP). En este sentido, puede haber comunicaciones que incluyan comparación pero estén excluidas del ámbito de la LGP.

E. *La publicidad indirecta*. Es caracterizada como aquella modalidad publicitaria que realza una marca, generalmente notoria, que distingue un determinado producto, con el pretexto de identificar un nuevo producto, suscitando en el consumidor el recuerdo de un producto diferente que –con anterioridad– ya venía distinguiendo esta misma marca. En definitiva, en la publicidad indirecta se percibe la actividad publicitaria, aunque en la mente del consumidor se asocie la marca del producto anunciado con otro producto distinto. No obstante, más adelante (*vid.* infra) se realiza un análisis más detallado tanto del concepto como de los supuestos principales de la figura en cuestión.

### **2.3. Breve referencia a la publicidad contraria a los valores constitucionales.**

Se trata de la publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la CE, especialmente en lo que se refiere a la igualdad, al honor, la intimidad, la infancia y la juventud (art. 3 LGP que se remite a los arts. 14, 18 y 20.4 de la CE).

---

<sup>42</sup> Al respecto *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Curso..., cit.*, pp. 197-198.

<sup>43</sup> Al respecto *vid.* DE LA VEGA GARCÍA, F. L., “Publicidad desleal. Supuestos concretos”, *cit.*, pp. 144-146.

El precepto fue objeto de reforma por medio de la LO 1/2004, de 28 diciembre (BOE 313, de 29 diciembre 2004), de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. A partir de dicha reforma, expresamente se consideran atentatorios contra la dignidad de la persona aquellos anuncios que presentan a las mujeres «de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente sus cuerpos o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos» del ordenamiento [art. 3 a) LGP]. Para un buen ejemplo de este tipo de casos cabe mencionar la resolución del Jurado de Autocontrol de 8 enero 2007<sup>44</sup>.

Por otro lado, en la Ley 29/2009, *cit.*, se hace hincapié en la protección de los menores, y se introduce como supuesto de publicidad ilícita aquella dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o servicios, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. Este tipo de publicidad no deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad o aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daños para sí o para terceros. Asimismo no se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas [art. 3 b) LGP].

## **II. Parte 2ª: La publicidad indirecta y la publicidad subliminal.**

### **1. Concepto de publicidad subliminal.**

El artículo «Ventas a través del subconsciente» de 1956, publicado en el London Sunday Times, es probablemente la primera referencia documentada sobre la aplicación de los recursos subliminales en la publicidad.

Vance Packard<sup>45</sup> escribió en los años 50 “The Hidden Persuaders” (Los persuasores ocultos), un libro que resultó demoledor para el buen nombre de la publicidad. El autor, un sociólogo norteamericano, basaba su agresivo ataque en las técnicas de manipulación del subconsciente que –en su opinión– ciertos prohombres de

---

<sup>44</sup> En este sentido *vid.* TATO PLAZA, A., “Publicidad y publicidad ilícita”, *cit.*, pp. 1954-1956.

<sup>45</sup> Para ampliar información *vid.* PACKARD, V. *Los persuasores ocultos*, 1<sup>a</sup> ed., Penguin Books, London, 1957. En este sentido *vid.* también MONTERO, M. *Comunicación persuasiva y cambio cultural. El caso de Apple*, Universidad de Navarra, Revista, Año 2, Número 3, 2007, pp. 11-21, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/>

Madison Avenue (la Meca de la Publicidad) desarrollaban con absoluta impunidad. De creer a Packard, la industria publicitaria llevaba años manipulando al consumidor mediante los estudios de investigación motivacional, de carácter conductista, centrados casi exclusivamente en el psicoanálisis. Un párrafo del capítulo tercero de su libro resulta muy expresivo:

“Se exploran los deseos, necesidades e impulsos ocultos de los clientes para encontrar sus puntos vulnerables. Entre los factores motivacionales ocultos que componen el perfil emotivo de casi todos nosotros, se encontraron por ejemplo la tendencia al conformismo, la necesidad de estímulo oral, el anhelo de seguridad. Una vez aislados estos puntos vulnerables, se inventaron carnazas y anzuelos psicológicos, y se los lanzaron a las profundidades [...] para que fueran tragados por los desprevenidos clientes”<sup>46</sup>.

Tras ello se publicaron en la prensa muchos artículos sobre el experimento que James Vicary, un investigador de mercados y propietario de una agencia publicitaria, realizó en una sala de cine de Nueva Jersey que proyectaba la película «Picnic». Al film acompañaron dos mensajes a una velocidad de 1/3000 de segundo: « ¿Hambriento? Coma palomitas. Beba Coca-Cola».

En este momento el término “anuncio subliminal” fue descrito por primera vez. Vicary «expresó que mensajes cortos e intermitentes en una pantalla de cine en Nueva Jersey habían provocado que la gente comprara más alimentos y bebidas (refrescos y palomitas). En 1958 esta práctica fue prohibida en el Reino Unido, Estados Unidos y Australia. Pero en 1962 James Vicary admitió que había falsificado los resultados de su “estudio”. Diez años después, sin embargo, y a pesar de que no se había logrado demostrar evidencia de que realmente funcionaran, la ONU declaró que los mensajes subliminales eran una gran amenaza a los derechos humanos»<sup>47</sup>.

La mejor doctrina<sup>48</sup> menciona y hasta destaca que en un experimento muy similar, Packard exhibió en un cine americano una imagen de un helado a una velocidad aún

---

<sup>46</sup> En este sentido *vid.* MONTERO, M. “Ética y Publicidad: una historia mal contada” en *Información, Ficción, Persuasión: ¿Es la ética una utopía?* (AA.VV. (Edit. CODINA, M.), Ediciones Eunate, 2002, Universidad de Navarra).

<sup>47</sup> Tomado de Prensa BBC Mundo (consultado en abril de 2015)

[http://www.bbc.co.uk/mundo/ciencia\\_tecnologia/2009/09/090928\\_subliminales\\_men.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/ciencia_tecnologia/2009/09/090928_subliminales_men.shtml)

<sup>48</sup> Al respecto *vid.*TATO PLAZA, A., “Publicidad y publicidad ilícita”, *cit.*, p.1965.

superior. Y, según las conclusiones que reflejó luego en su estudio, consiguió aumentar las ventas del producto durante el intermedio de la película en un 60%.

En lo que respecta a la esfera jurídica, según el art. 3, apartado c) LGP es ilícita la publicidad subliminal. Y el art. 4 añade que lo será aquella que «mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida».

Otros autores de idéntico prestigio<sup>49</sup> afirman que actualmente el término subliminal se emplea en relación con cualquier forma o tipo de comunicación que se considere manipuladora, pero no toda manipulación es subliminal. Lo es la específica manipulación consistente en transmitir el mensaje publicitario en forma tal que no pudiendo ser percibida por los sentidos del receptor lo sea por su subconsciente. Esto plantea problemas de delimitación.

Por tanto, normalmente el mensaje publicitario se inserta en un proceso comunicativo de carácter no publicitario y en el que se utilizan medios audiovisuales, por ser éstos los más aptos para emitir mensajes según técnicas que los mantienen bajo el umbral de los sentidos.

Su ilicitud, según algunos autores<sup>50</sup>, parte de la forma de realización de la actividad publicitaria, siendo muy secundarias las características de su contenido. El legislador ha considerado que la mera forma subliminal merece un juicio antijurídico, independientemente del fondo del mensaje.

El fundamento principal de esta opción reside en el grave menoscabo a la libertad de decisión del destinatario, perceptor inconsciente (de ahí el carácter subliminal) del anuncio publicitario. Independientemente, por tanto, del contenido de la publicidad, la libertad del posible cliente ya ha sido lesionada, manipulada e, incluso, anulada.

Otros autores<sup>51</sup> afirman que la propia forma de producción subliminal de la comunicación hace que difícilmente pueda ser objeto de un enjuiciamiento jurídico una publicidad que se denuncia como subliminal. Si alguien como mero destinatario del mensaje pudiera formular esa denuncia ello sería la mejor demostración de que no era

---

<sup>49</sup> En este sentido *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Curso..., cit.*, p. 132.

<sup>50</sup> Sobre el particular *vid.* DE LA VEGA GARCÍA, F. L., “Adecuación constitucional y legalidad del discurso publicitario. La publicidad subliminal”, en *Derecho de la Publicidad*, *cit.*, pp. 91-132 (127-128).

<sup>51</sup> Al respecto *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Curso..., cit.*, pp. 132-133.

subliminal la publicidad. Solo mediante un proceso técnico de laboratorio puede descubrirse si una comunicación porta mensajes subliminales.

Por lo demás, la condena moral de esta manera de proceder en la comunicación debe alcanzar a todos los mensajes subliminalmente transmitidos y no solo a los de la publicidad comercial, porque lo inaceptable es la manera de la transmisión y no el carácter del mensaje que se transmite de esta manera.

En realidad, este supuesto de ilícito publicitario ya se incluye en la ilicitud de la publicidad atentatoria de la dignidad de la persona: la transmisión subliminal de mensajes supone rebajar a los destinatarios desde su posición de iguales frente al emisor a la consideración de cosas que pueden ser manipuladas a su antojo.

De nuevo se afirma en la doctrina<sup>52</sup> que los tres elementos fundamentales de este ilícito son: a. estimulación subliminal, b. la posible producción de efectos inconscientes y c. la irrelevancia del contenido y características del mensaje.

a. Estimulación subliminal.

Este elemento no se halla en los demás ilícitos publicitarios, que presuponen la percepción consciente del mensaje por parte del destinatario, y donde la antijuridicidad se fundamenta en otras cuestiones, más de fondo, tales como el engaño o la denigración.

El art. 4<sup>53</sup> LGP se refiere a ella con la expresión «técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas», de forma que el verdadero mensaje publicitario se halla totalmente oculto para los sentidos, habiendo sido elaborado para provocar un determinado comportamiento en el destinatario.

Tradicionalmente los estímulos subliminales han sido clasificados en cuatro grandes grupos, en función del medio por el que se canalizan, según su base perceptiva. Así se distingue entre estímulos auditivos, olfativos, táctiles y visuales; éstos últimos, sin duda, son los más utilizados en el ámbito de la publicidad.

---

<sup>52</sup> En este sentido *vid.* DE LA VEGA GARCÍA, F. L., “Adecuación constitucional...”, *cit.*, pp. 128-130.

<sup>53</sup> Sobre este precepto, *vid.* SÁNCHEZ RUIZ, M., “Comentario a los artículo 4 y 5”, en *Comentario a la Ley General de Publicidad*, *cit.*, pp. 84-130.

Existen diversas técnicas para la elaboración de estímulos subliminales; se han destacado el «enmascaramiento», el «emborronamiento», la denominada «estrategia del efecto Poetzl», las «estrategias anamórficas», y las basadas en la «defensa perceptual».

b. Possible producción de efectos inconscientes.

El art. 4 LGP exige, además de lo antes mencionado, que la estimulación sea determinada para que la publicidad «pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida»; es decir, que haga posible la producción de efectos inconscientes, aptos para provocar un determinado comportamiento en el mercado.

En cualquier caso, es preciso que la estimulación subliminal realizada no tenga la suficiente intensidad para llegar a la conciencia, siquiera haya de poner en movimiento los programas cerebrales. El grado de probabilidad del efecto inconsciente deberá ser valorado por el órgano judicial o arbitral correspondiente.

Desde el ámbito de la psicología, se han detectado dos fenómenos cuyo conocimiento ayuda a comprender la eficacia de esos estímulos y cómo pueden afectar a nuestro comportamiento: en primer lugar, el denominado «efecto Poetzl» según el cual «cuando un estímulo [...] no es objeto directo de nuestra atención actúa como si ese estímulo fuera subliminal». En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la «defensa perceptual», consistente en que «todo aquello que agrede a la conciencia, al mundo emocional, poniendo en conflicto la ética personal con todo ello, la mente humana tiende a ignorarlo conscientemente». Tal efecto y defensa son tenidos en cuenta por los publicitarios con el objeto de provocar comportamientos mediante la ocultación del mensaje a la conciencia.

El principal problema en este ámbito de estudio es la «prueba» de los efectos inconscientes, ya que ahí radica la verdadera dificultad de demostrar la existencia del presupuesto fáctico al que se atribuyen las consecuencias jurídicas propias de la LGP.

c. Irrelevancia del contenido y características del mensaje.

La antijuridicidad de la publicidad subliminal no depende de factores adicionales a los descritos. El ordenamiento jurídico estima suficientemente atentatorio contra los intereses tutelados por la LGP el hecho de la producción de efectos inconscientes a través de una estimulación subliminal, no precisando otros elementos.

El contenido del mensaje subliminal puede pretender provocar en el destinatario el deseo de contratar determinados bienes o servicios, pero también contener un mensaje negativo intentando sustraer clientela a competidores directos o indirectos. La irrelevancia del contenido se fundamenta en que la libertad del destinatario ha sido alterada, manipulada y anulada; el mensaje no ha llegado a la conciencia pero ha desencadenado unos instintos determinados por quien ha realizado la estimulación subliminal.

En otro orden de cosas, existen unas figuras cercanas a la publicidad subliminal: la publicidad encubierta, la publicidad indirecta, y el emplazamiento de productos, que más adelante (*vid. infra*) se desarrollan en detalle.

### **1.1. Principales supuestos.**

Establecido lo anterior, para la correcta delimitación de esta categoría publicitaria es preciso recordar que cualquier posibilidad de percepción consciente del mensaje a través de los sentidos excluye su calificación como publicidad subliminal.

De manera breve, para comprender el alcance de este tipo de publicidad, se puede decir que el ser humano posee junto a los cinco sentidos aproximadamente unos cuarenta tipos de receptores, y toda la información que éstos recogen es enviada al cerebro. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que no todos los datos externos son percibidos o captados a través de los sentidos, sino sólo aquellos muy concretos.

Se afirma que este tipo de publicidad influye en la voluntad del individuo a la hora de realizar una determinada actividad, como consumir un determinado producto o marca, provocar alguna sensación ya sea placentera o repulsiva, o incitar a la sed, al hambre, etc.

Así, los mensajes subliminales en su mayoría suelen emplear algún imperativo biológico en concepto de instrumento principal (el hambre o la sed), el cual promueven a través del subconsciente por ejemplo empleando otro elemento secundario, generalmente de carácter sexual, para asociar la sensación placentera con la necesidad de comer o beber, y ello se manifiesta propiamente en campañas publicitarias de alimentos –es el caso del refresco Coca-Cola, los helados Magnum o la cerveza Heineken, entre otras.

También se suelen emplear elementos de carácter sexual en la industria del cine, como el caso de la película animada titulada «El Rey León», en la que, en el cielo estrellado, puede verse en cámara lenta, el término “sex” («sexo»). Así como en los comercios o anuncios de artículos de belleza o perfumería: se acusó<sup>54</sup> al anuncio de Vetiver de la marca valenciana Puig de publicidad subliminal cuando la modelo, que aparece nadando, saca un brazo de la piscina y lo apoyaba en la sombra proyectada sobre el suelo de la entrepierna de un modelo. La agencia de publicidad respondió que fue una casualidad y que la modelo no tenía instrucciones de colocar la mano en ningún sitio prefijado.

En este sentido es de interés el estudio realizado por el profesor Bryan Key<sup>55</sup>, quien en su obra “Media Sexploitation” (Seducción Subliminal) denuncia las manipulaciones que se emplean habitualmente en la publicidad norteamericana. Así, reúne una amplia serie de ejemplos en los que, según él, se utilizaron técnicas subliminales. El primer caso que analiza es un anuncio de ginebra Gilbey's publicado en 1971 en la revista Play Boy.

El profesor dio instrucciones a un número amplio de individuos para que observaran detenidamente el anuncio de la revista. Ninguno de los sujetos escogidos estaba familiarizado con las técnicas subliminales; debían tratar de expresar por escrito únicamente las sensaciones y/o sentimientos que les producía dicho anuncio, sin entrar a analizar en profundidad el contenido del mismo. Estos fueron los resultados: aunque un 33% sólo percibió una botella y un vaso con hielo, un 62% describió sentimientos como: satisfacción, sensualidad, romance, estímulo, excitación, agitación, y varios jóvenes tuvieron sensaciones que interpretaron como de lujuria.

La clave era descubrir el motivo por el que una imagen aparentemente inocua, acompañada de un eslogan tan poco sugerente como “rompe la botella escarchada”, producía en los encuestados sensaciones de sensualidad. El profesor propone fijar la atención en los cubos de hielo y sus grietas junto a la posición de la rodaja de limón. Así se descubre, aunque con bastante dificultad, la palabra «sex» camuflada entre las sombras e irisaciones de los cubos de hielo. El profesor Key considera este anuncio

<sup>54</sup> Se trata de una denuncia que se dio en la República Argentina, ante el Consejo de Autorregulación publicitaria (CONARP), donde se prohíbe la publicidad subliminal en el art. 15 de las disposiciones especiales del Código de Ética y Autorregulación Publicitaria, disponible en <http://www.conarp.org.ar/> (consultada en junio 2015)

<sup>55</sup> BRYAN KEY, W., *Seducción Subliminal*, Diana, 1978, p. 205.

como subliminal, aunque podamos percibir, con previo aviso, la imagen que se ha pretendido ocultar.

Por otro lado, resulta muy significativa la Resolución del Jurado de Autocontrol de 19 octubre 2000<sup>56</sup> <sup>57</sup>, en la que se analiza un anuncio publicitario difundido en televisión. Éste se inicia con la imagen de una casa en segundo plano, delante de la que está un hombre vestido con traje y corbata, al que no se ve la cara. Dice el texto siguiente: “Aquí vive Enrique. Él fue el primero en nuestro País que contrató ONO para realizar llamadas de teléfono sin usar la red de Telefónica. Él no quería hacerse famoso, pero yo sí”. En este momento, el hombre se agacha, y aparece, durante una pequeña fracción de tiempo, con el torso desnudo y con una corbata al cuello, para aparecer inmediatamente después con el mismo traje de antes. El plano queda finalmente centrado sobre la cara del personaje, que añade: “Ahora ONO está construyendo su red propia de telecomunicaciones con la tecnología más rápida que existe. Hay más de 600.000 hogares en 28 ciudades que ya pueden disfrutar de ella”. Dicha esta frase, el personaje desaparece y vuelve a verse la casa, con la dirección del sitio Internet de ONO en la parte inferior izquierda de la pantalla y el número de teléfono de atención al cliente.

Frente a este anuncio se presentó una reclamación en la que se alegaba que la imagen fugaz (que se apreciaba durante una pequeña fracción de tiempo) del hombre con el torso desnudo constituía un supuesto de publicidad subliminal. Esta reclamación, sin embargo, fue desestimada por el Jurado. En efecto, entendió el Jurado que el hecho de que la imagen descrita pudiese ser vista en condiciones normales de visionado (aunque fuese por un período de tiempo muy escaso) excluía su calificación como publicidad subliminal. Sus razonamientos a este respecto fueron los siguientes: “para que un mensaje publicitario pueda ser calificado de subliminal, y por ende ilícito, el legislador español exige que pueda actuar sobre el público al que se dirige o alcanza sin «ser conscientemente percibido», utilizando «técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas»<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Disponible en <http://www.autocontrol.es/> (consultada en abril 2015)

<sup>57</sup> Para más información *vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., HERRERO SÁNCHEZ, C., MARTÍN GARCÍA, L., y HERNÁNDEZ-RICO, J. M., *Derecho de la publicidad*, *cit.*, pp. 108-111.

<sup>58</sup> En este sentido *vid.* TATO PLAZA, A., “Publicidad y publicidad ilícita”, *cit.*, pp. 1965-1966.

En el supuesto de hecho que ahora nos ocupa, el Jurado, tras visionar el anuncio reclamado, pudo comprobar que la imagen del torso desnudo del personaje resultaba fácilmente perceptible por los destinatarios a simple vista, pudiendo ser captado por el ojo humano en circunstancias normales.

Otro ejemplo de este tipo de publicidad lo podríamos encontrar en aquellos anuncios por medio de los cuales se trata de incitar a la infracción de normas o reglamentos, de manera no directa sino indirecta. Es el caso del anuncio titulado “Always after midnight” («Siempre después de media noche»), que fue difundido en televisión en los primeros meses de 1994. En él aparecían varios motociclistas, con vehículos de gran cilindrada, circulando de noche, por vías urbanas, en grupo y en posición paralela, sin mantener la distancia de seguridad y a gran velocidad, especialmente en las proximidades de los pasos peatonales, en el franqueo de intersecciones y en calles estrechas, siendo un reclamo de refresco de cola. La citada actuación publicitaria provocó que se impusiera una multa por la Dirección General de Tráfico a la empresa que lanzaba el mismo para anunciar la cola, por considerarlo una falta grave tipificada en el art. 52 del RDLeg. 339/1990, de 2 marzo (BOE 63, de 14 marzo 1990)<sup>59</sup>, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, sobre la publicidad en relación con vehículos a motor. Si bien se planteó la impugnación ante la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, condenando a la citada empresa, lo interesante a nuestros efectos es el mensaje que conlleva el correspondiente anuncio; cierto es que podríamos calificarlo de publicidad testifical o testimonial, como hace el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuanto considera que lo único que intentaba es reflejar la actitud de unos posibles consumidores ante una bebida refrescante, si bien aún sin intencionalidad, de manera subliminal se produce una incitación al incumplimiento de las normas de tráfico<sup>60</sup>.

En cambio, este mismo tribunal anuló otra sanción similar impuesta por Tráfico en diciembre de 1993 contra la mercantil Aznar, SA. Esta firma insertó en esa época un anuncio en la revista Lecturas que, según Tráfico, también «incitaba a la velocidad

---

<sup>59</sup> Modificada actualmente por la Ley núm. 6/2014, de 7 de abril de circulación urbana e interurbana.

<sup>60</sup> Sobre el particular *vid.* BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, 1<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 120-123.

excesiva». En realidad, destaca el tribunal, era «un dibujo de una mujer joven, montada en una bicicleta y luciendo extendidas sus piernas».

Un caso de particular interés es el resuelto por la Sentencia de la AP de Madrid (Sección 10), de 28 de octubre de 1991, sobre publicidad engañosa y desleal de un edulcorante artificial: se afirma en la misma que [...] la publicidad que de su producto [edulcorante] hace la parte demandada y recurrente cabe considerarla [...] conscientemente impropia del producto mismo y proclive a crear cierta confusión en el consumidor, aunque el error no pueda operar en quien posea una mínima pretensión de informarse acerca del mismo, pero, en cualquier caso, es susceptible de generar un impacto mental o conllevar un mensaje subliminal en perjuicio del azúcar, siendo notorio que la primera impresión constituye, en buen número de ocasiones, el juicio de valor que se hace de las personas o de las cosas y que, incluso si es equivocado, resulta difícil de revisar. Dicha publicidad, utiliza repetidamente la palabra «azúcar» en caracteres bien visibles y acompañado de la expresión anglosajona «light», de uso común en el lenguaje de los medios de comunicación y en el coloquial y que se corresponde con la palabra española «ligero», de manera que se asocia con todo aquello que se encuentra desprovisto de sus características más genuinas, en una clara y directa alusión en este caso a las calorías que el azúcar como alimento natural aporta a la dieta alimenticia del consumidor, a ello se añade que, en otras ocasiones y de modo más ostensible, se alude a «dulcrem» como al «azúcar» para no engordar, identificando al producto natural con el artificial, añadiéndose que «de todos es sabido el alto nivel calórico del azúcar común... Dulcrem es el nuevo azúcar...», de manera que al alimento natural se le denomina «común», como si hubiese otro azúcar especial o no común pero igualmente natural; mientras que a Dulcrem se le designa como «nuevo azúcar», lo que unido a su previa catalogación de «light» parece indicar que se trata de un azúcar igual de natural pero depurado, y ello no resulta apropiado.

La alegación de la apelante de que la composición de su producto viene detallada en cada paquete y que sólo se vende en farmacias, no es suficiente para evitar la calificación que se ha hecho de la referida publicidad porque, en cuanto a lo primero (composición), se afirma que «ni ocupa el mismo lugar principal en el envase, ni se emplea el mismo tamaño en los caracteres, ni la composición en sí es bastante por ella misma para desvirtuar esa primera impresión a la que más arriba se aludía [...]», y en lo referente a lo segundo (venta exclusiva en farmacia), tampoco es razón bastante, porque

«en tales establecimientos se expenden igualmente productos naturales, además de medicamentos y sucedáneos [...] no suponiendo ello que el consumidor identifique lo ofertado en tales establecimientos como «fármacos» en sentido estricto o en sentido amplio, sino con un producto más controlado y, por tanto, de mejor garantía y calidad».

En esta sentencia el mensaje subliminal actúa en perjuicio del azúcar, puesto que, al establecer comparación entre éste y el edulcorante, destaca los efectos negativos de aquél (como el alto nivel calórico, que es un elemento que retrae a un sector amplio de la sociedad), sin aludir en ningún momento a sus cualidades positivas y necesarias en la alimentación humana, en tanto que con el producto anunciado actúa a la inversa, es decir, resalta el efecto benefactor de su uso, sin tener en cuenta sus inconvenientes.

En cuanto a la normativa aplicable a este caso, figura entre otras la LGDCU, y destaca la aplicación de la Directiva del Consejo de la CEE sobre publicidad engañosa puesto que en la fecha de los hechos no se había aprobado la LGP, que desarrolla la citada Directiva, sobre la base de que, como regla general, las directivas pasan a ser directamente aplicables en el ordenamiento jurídico interno cuando ha transcurrido el plazo de desarrollo por el Estado miembro correspondiente.

En definitiva, todos estos ejemplos ponen de relieve que el carácter subliminal no siempre es fácil de identificar, y mayor complejidad presenta su prueba efectiva.

## **2. Concepto de publicidad indirecta.**

Según el art. 2<sup>61</sup> LGP, a los efectos de esta Ley, se entiende por publicidad «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».

Para algunos autores<sup>62</sup>, promover publicitariamente la contratación de forma indirecta significa hacerlo de manera que la publicidad no va rectamente a un fin, aunque se encamine hacia él. Cuando se habla de publicidad indirecta, por tanto, se

---

<sup>61</sup> Sobre este precepto, *vid.* ALONSO ESPINOSA, F.J., "Comentario a los artículos 1 y 2", en *Comentario a la Ley General de Publicidad, cit.*, pp. 23-52.

<sup>62</sup> En este sentido *vid.* LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., "Adecuación constitucional y legalidad del discurso publicitario. La publicidad indirecta", en *Derecho de la Publicidad, cit.*, pp. 91-132 (121-124).

indica la existencia de una manifestación publicitaria, una publicidad que se muestra como tal, pero que transversalmente incentiva la contratación de los productos o servicios del anunciante.

El mensaje publicitario, resultado de un combinado de tácticas inductoras de la voluntad, sobrepasa la mera información a fin de promocionar directa o indirectamente la contratación del producto o servicio publicitario. El hecho de que tal finalidad pueda ser perseguida directa o indirectamente amplía el concepto de publicidad.

Resulta un vehículo idóneo para contravenir la legalidad, es contemplada legalmente como una patología publicitaria, que igualmente podría llamarse desviadora o transversal, ya que indica la presencia de una manifestación publicitaria encaminada a un fin ilícito del que se desvía en apariencia y con intención, dando a entender su mensaje transversalmente. Se trata de una publicidad contraventora del principio de legalidad por pretender oblicuamente una finalidad hacia la que no se podría proyectar legalmente, de forma abierta o directa.

Se ha venido considerando ilícita la publicidad indirecta de los productos del tabaco y de bebidas de graduación alcohólica superior a 20º centesimales.

Fue la derogada Ley 25/1994<sup>63</sup>, de 12 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 (BOE 166, de 13 julio 1994), modificada por la Ley 22/1999, de 7 junio (BOE 135, de 7 junio 1999), la que vino a ampliar y perfilar los supuestos de publicidad televisiva ilícita en función del objeto publicitario, incluyendo en la prohibición no sólo su publicidad directa, sino también la indirecta. A sus efectos, se definió genéricamente la publicidad indirecta como aquélla que sin mencionar directamente los productos, utilice marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de tales productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan su producción o comercialización. El art. 10.1 a) de la mencionada Ley prohibió la que fuera tal de cigarrillos y demás productos del tabaco; precepto este que fue posteriormente modificado y renumerado (art. 9.1 a) por la Ley 22/1999, *cit.*, que extendió la prohibición a otros productos: medicamentos y tratamientos médicos

---

<sup>63</sup> [ RCL 1994\1999]

que sólo pueden obtenerse por prescripción facultativa en el territorio nacional y bebidas con graduación alcohólica superior a 20º centesimales.

Todo ello tiene hoy reflejo en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, vigente desde mayo de 2010 (en adelante LGCA)<sup>64</sup>.

Los tribunales españoles han tenido alguna que otra ocasión de pronunciarse sobre casos de publicidad indirecta prohibida conforme a los términos antes analizados, sobre todo en relación con supuestos de publicidad corporativa o de productos de pretexto.

## **2.1. Principales supuestos.**

Por lo general, según afirma algún autor<sup>65</sup>, para que estas prácticas publicitarias alcancen su objetivo es necesario que el producto –cuya publicidad se haya restringido– sea suficientemente conocido entre los consumidores, siendo éstos quienes realizan la asociación de productos prácticamente de forma inconsciente.

De lo que se trata es de determinar si una concreta publicidad es o no lícita por referirse indirectamente a un producto de publicidad prohibida. Así, en la jurisprudencia se afirma que «la ausencia de un concepto legal positivo de publicidad indirecta (pues el art. 3 de la Ley 25/1994 sólo la define negativamente como aquella que no es directa) es ya indicativo de que estamos ante una cuestión de apreciación subjetiva y por tanto variable sobre la que es posible emitir respuestas diferentes en función de quien la haga, esto es, caben valuaciones divergentes, una persona puede apreciar la existencia de publicidad indirecta y otra no apreciar dicha circunstancia»<sup>66</sup>.

En este sentido, las prácticas más habituales suelen ser tres.

La primera consiste en la presentación de un producto de tal forma que induce a la asociación por parte del consumidor con otro producto cuya publicidad está prohibida. No es extraño, por ejemplo, encontrar en el mercado prendas de vestir comercializadas por una empresa que también comercializa tabaco, como Marlboro. Para la publicidad de sus prendas utilizaba imágenes o mensajes de gran similitud a los utilizados en los

---

<sup>64</sup> BOE 74 de 1 de abril de 2010.

<sup>65</sup> En este sentido *vid.* MEGÍAS QUIRÓS, J.J. *El principio de autenticidad en la comunicación comercial*, Universidad de Cádiz, Revista Comunicación, N° 12, Vol. 1, año 2014, pp. 65-81

<sup>66</sup> S. JPI e Instrucción núm. 5 de Majadahonda (Madrid), de 9 diciembre 1999 (AC1999\2455).

anuncios del tabaco, de modo que aprovechaba la popularidad por asociación. La imagen del legendario cowboy de Marlboro se hacía presente en la publicidad de las prendas junto a eslóganes como «El espíritu cowboy se renueva», «Espíritu legendario del oeste americano» o «Concebida para el hombre que busca un estilo propio y genuino», etc. En la actualidad, este tipo de publicidad que induce a asociar los dos productos constituye publicidad indirecta ilícita por la prohibición que recae sobre el tabaco. Aunque sigue comercializándose la ropa como Marlboro Classic y mantiene el mismo look o estilo de siempre, su presentación publicitaria debe evitar que se genere en el consumidor cualquier tipo de asociación con el tabaco. De hecho, la firma textil fue condenada en 2008 por un Tribunal de Nancy a pagar una multa de 30.000 euros al estimar que los diseños y decoración de sus tiendas, así como algunos de sus mensajes, constituían publicidad indirecta del tabaco.

La segunda modalidad persigue, a través de la publicidad corporativa o genérica de una marca –en la que no se mencionan productos concretos–, inducir al consumidor a establecer la asociación con uno de sus productos en particular. Entre los supuestos enjuiciados por el Jurado de Autocontrol encontramos la reclamación contra la publicidad de Larios en 1997. El anuncio reclamado contenía escenas, en blanco y negro, de jóvenes en situaciones desenfadadas, mientras una voz en off las acompañaba con mensajes en sintonía con las imágenes (“Tantos días por estrenar”, “tanta vida por vivir”, etc.). En ningún momento se mostraban productos de la destilería, pero sí aparecía un cubito de hielo cayendo en un vaso. El spot finalizaba con la imagen en color de “Larios, S.A. Material sensible”. El Jurado juzgó que sería inevitable para el consumidor asociar esta publicidad corporativa con el producto más notorio de la empresa, su ginebra, cuya graduación era superior a los 20 grados permitidos por la ley. Fue determinante para su consideración como publicidad ilícita el hecho de que, de forma paralela a esta publicidad televisiva, Larios desarrollara otra campaña en prensa y vallas publicitarias de su ginebra con mensajes idénticos a los del anuncio reclamado, lo que haría inevitable la asociación por parte de los consumidores.

Otro de los más significativos de publicidad corporativa<sup>67</sup> es el caso BACARDÍ, resuelto por la SAP Madrid, de 4 de marzo de 2002<sup>68</sup>. Se trata de un anuncio ampliamente difundido que desarrolla un conjunto de secuencias cinematográficas en un

---

<sup>67</sup> En este sentido *vid.* LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., “Adecuación constitucional...”, *cit.*, pp. 124-127.

<sup>68</sup> SAP Madrid, de 4 de marzo de 2002, ADRIGAM v. Bacardí-Martini España S.A. (AC 2002\947).

ambiente colonial de finales del siglo XIX, y en la última, ubicada en el campo entre bailes y música caribeña tras la extinción de un incendio en la plantación, se sobreimpresiona la palabra Bacardí Ltd. y aparece la silueta de un murciélagos dentro de un círculo negro a la vez que la leyenda “Casa fundada en Cuba, 135 aniversario”.

El JPI (Sala de lo Civil) núm. 4 de Majadahonda (Madrid) dictó sentencia con fecha de 7 octubre 1998, declarando vulnerados los arts. 3 e) y 8.5 LGP [hoy los arts. 3 d) y 5.5 LGP], al constituir publicidad indirecta del Ron Bacardí, ya que en el anuncio se emplean los signos distintivos que aparecen en las etiquetas de la botella con la que comercializa el producto, generando una asociación psicológica automática e inconsciente entre éste y su marca... Añade la sentencia que tal publicidad es ilícita, por desleal, al haber contravenido las normas y las exigencias de buena fe y que el anuncio en cuestión alude la prohibición de publicidad televisada de tales bebidas en perjuicio de los demás competidores, cometiendo así, además, acto de competencia desleal [...] que se incardina en el art. 5 LCD (hoy art. 4.1), por ser un acto objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, y se tipifica en el art. 15 LCD como violación de normas, por prevalecerse en el mercado de una significativa ventaja competitiva adquirida mediante infracción de ley.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Sala argumenta que a través de las pruebas se evidencia que no es otra cosa que publicidad ilícita de bebidas alcohólicas; lo que, se corrobora con la publicidad gráfica permitida del ron Bacardí, al servirse éste de los mismos elementos artísticos e identificativos del anuncio televisado, demostrando haber cometido el desarrollo de una campaña de mayor alcance.

La Audiencia concluye que no se trata de una campaña de promoción o divulgación del prestigio empresarial –publicidad corporativa– sino de la publicidad ilícita del producto que comercializa, y cuyo patrocinio televisivo tampoco sería posible en cuanto su actividad es la fabricación y venta de un producto cuya publicidad está prohibida.

Fundamenta la Audiencia que como se establece en la Sentencia del TS (Sala de lo Civil) núm. 734/1997, de 26 julio 1997<sup>69</sup>, caso Pacharán La Navarra, el art. 8.5 LGP (hoy art. 5.5) lo que prohíbe es la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas, con la

---

<sup>69</sup> RJ 6306/1997

graduación que se establece, y se refiere tanto a la publicidad directa, como aquella disimulada o encubierta que persigue dicho resultado publicitario [...].

Añade que cuando sucede, como en este caso, que la marca o el nombre comercial se identifica en forma socialmente manifiesta y palmaria y en el común sentir de los consumidores se asocia automáticamente al producto, la actividad publicitaria de éste como prohibida, por vía televisiva, ha de calificarse como ilícita, por vulnerar una norma prohibitiva legal, aunque se adopten artificios disimuladores del mensaje [...] porque, ante la confusión de productos, el que se mantiene y predomina es aquel que tiene más renombre y repercusión produciéndose una inevitable y casi impuesta asociación» entre la marca corporativa y la del producto de su misma denominación.

La Audiencia declaró no haber lugar al recurso de apelación.

Por último, también es frecuente la publicidad de productos pretexto. Esta tercera práctica es la más común de publicidad indirecta ilícita. Consiste en crear o utilizar un producto máscara o pretexto para publicitar otro producto distinto sometido a restricciones legales. Como su propio nombre indica, el producto pretexto no es el que realmente se quiere publicitar, no es el auténtico objeto de la publicidad; puede, incluso, que haya sido creado expresamente con esta intención, resultando idóneo para que el consumidor establezca la asociación buscada por el anunciante.

Cabe citar, entre otras reclamaciones, las presentadas contra la publicidad realizada por Osborne y protagonizada por el toro característico de la firma bodeguera<sup>70</sup>. Uno de los spots promocionaba un nuevo licor de 17,5º, apareciendo sobreimpresionada en la pantalla esta graduación. Pero en ningún momento se mencionaba el nombre del licor, sino que tan sólo aparecía al final del spot la palabra Veterano, brandy perfectamente conocido y con graduación superior a la permitida por la ley en la publicidad. Para el Jurado resultaba evidente que el anunciante se había servido de un producto pretexto (el supuesto licor de 17,5º) para anunciar lo que realmente quería anunciar, el brandy Veterano.

---

<sup>70</sup> En este sentido *vid.* Resolución de la Sección Segunda del Jurado de 17 de diciembre de 1996, FACUA-CECU vs. Osborne, S.A., “Veterano”. Posteriormente Osborne modificó el anuncio mínimamente para introducir la sobreimpresión “Licor de brandy”, pero el Jurado volvió a considerar que se trataba de publicidad indirecta ilícita.

La misma compañía demandada en el caso anteriormente citado (el caso BACARDÍ) lo fue en el resuelto por la Sentencia de la AP de Madrid, de 5 diciembre 2001<sup>71</sup>, con motivo de otra campaña de publicidad de televisión, en el mes de julio 1998, del producto Cuba Libre Bacardí. La demanda se basa en el entendimiento de estar en presencia de publicidad indirecta de Ron Bacardí y, por ello, de publicidad prohibida en televisión al ser un producto alcohólico con graduación superior a 20° centígrados; y al mismo tiempo de competencia desleal con base en la LGP y la LCD.

Otros supuestos que han requerido el pronunciamiento del Jurado son los casos “ForSun” y “Winston American Campus”. El primero fue el resuelto por la Sentencia de la AP de Madrid (Sala de lo Civil) núm. 656/2000 de 29 septiembre 2000<sup>72</sup>. A mediados de 1997 empezó a difundirse en televisión un spot publicitario que promocionaba unas gafas de sol denominadas «For Sun». Las imágenes del anuncio, acompañadas únicamente de la música que durante años había sido utilizada en España para la publicidad del tabaco de la marca Fortuna, mostraban a unos jóvenes en un ambiente lúgido y sofisticado. En la parte final del anuncio aparecía en pantalla el logotipo de las gafas de sol anunciadas, compuesto por los caracteres «For» en el mismo formato y con la misma presentación que los de la marca de tabaco Fortuna, y con los caracteres «Sun» como si de un graffiti de color blanco se tratara.

Las notables similitudes que se podrían apreciar entre el anuncio televisivo de las gafas y la publicidad del tabaco, unido a su simultaneidad temporal y a la no oposición por Tabacalera SA de ningún reparo a la utilización y registro de la marca «For Sun» por parte de la empresa FMGroup, llevaron al Juzgado a declarar la ilicitud de la publicidad televisiva de las gafas, que por constituir un supuesto de publicidad indirecta de tabaco en televisión, que induce a confusión a los consumidores, así como a ordenar su cesación inmediata y la prohibición para el futuro de realizar publicidad indirecta en televisión.

En el segundo supuesto se juzgaba la publicidad de prendas de vestir para jóvenes; dos asociaciones de consumidores presentaron reclamación al entender que se servía de un producto lícito para promocionar de forma indirecta el tabaco de la marca

<sup>71</sup> Larios y AUC v. Bacardí (AC 2002/944). Asimismo *vid.* Resolución de la Sección 3.a del Jurado de la Publicidad, de 23 de julio de 1997, As. «FACUA-CECU y AUC vs. BACARDI-MARTINI-ESPAÑA S.A. (Casa Fundada en Cuba. 135 Aniversario)», Revista Autocontrol de la Publicidad, n.º 12, septiembre de 1997. Disponible en <http://www.autocontrol.es/> (consultada en abril 2015).

<sup>72</sup> Caso “For Sun” (AC 2000/2083). Disponible en <http://www.autocontrol.es/> (consultada en abril 2015).

Winston. Analizada por el Jurado, estimó que la publicidad denunciada promocionaba exclusivamente prendas de vestir y que no introducía elemento alguno que indujera al consumidor a establecer asociación alguna con el tabaco, salvo la marca, por lo que consideró que se trataba de publicidad lícita. Aclaraba el Jurado que del simple hecho de que apareciera la marca Winston en la publicidad no debía concluirse inevitablemente la intención de promocionar el tabaco, pues ello supondría obligar a la firma a comercializar el resto de sus productos con una marca distinta y perder así su capital imagen. En definitiva, el Jurado venía a reconocer la legitimidad de publicitar los diversos productos de una misma empresa, existieran o no restricciones sobre alguno de ellos, bajo la misma marca comercial, aunque debía exigirse en estos casos un cuidado especial al anunciante para evitar las asociaciones indebidas por parte del consumidor<sup>73</sup>.

También resulta de interés el caso Duca-2 Music, resuelto por la Sentencia núm. 336 del JPI núm. 49 de Madrid, de 12 mayo 1999 (AUC v. Tabacalera, SA). En el verano de 1997, Tabacalera Española modificó la imagen publicitaria de DUCADOS para incrementar sus ventas entre los jóvenes. Con tal fin, la agencia publicitaria CP & PRG ideó una doble compañía que arrancaba con el lanzamiento en televisión del CD, denominado «carácter latino», con la mención en letras amarillas y negras, Duca-2 Music, cuya publicidad recogería todas las nuevas señas de identidad de la marca de tabaco. Poco después, tendría lugar la promoción en prensa, radio, cine y medios de publicidad exterior, con absoluta coincidencia de formato publicitario: tono amarillo, similitud cacofónica, semejanza de los eslóganes («sabor latino»).

En esta sentencia se consideró que los anuncios televisivos del producto pretexto Duca-2 Music no era sino publicidad televisiva indirecta de la notoria marca de cigarrillos y publicidad desleal, por inducir a confusión a los destinatarios. Su fallo se fundamenta en el entonces vigente art. 8.5 LGP, que condenó a Tabacalera y a los editores de la obra musical a cesar inmediatamente en la emisión de la publicidad ilícita;

---

<sup>73</sup> *Vid.* Resolución de la Sección Primera del Jurado de 19 de noviembre de 1997, FACUA-CECU y AUC vs. Winston, “Winston American Campus”, FD 4º: “El anunciante debe velar por el cumplimiento de sus especiales obligaciones y cargas. En especial debe velar por el cumplimiento de sus obligaciones de honestidad y buena fe, procurando poner todos los medios a su alcance para evitar que la publicidad de sus nuevos productos pueda ser entendida por el público destinatario como una publicidad indirecta de una marca de tabaco”. Disponible en <http://www.autocontrol.es/> (consultada en abril 2015).

abstenerse de publicitar de forma indirecta en televisión la citada marca de cigarrillos; y las costas procesales.

Entre las reclamaciones más recientes encontramos la presentada por un particular en 2012 con motivo de la intervención de Carlos Jean en el programa “El Hormiguero”<sup>74</sup>. Su emisión coincidió en el tiempo con el desarrollo del conocido Plan B musical del artista (patrocinado por Ballantine’s) y con la publicidad en vallas de “Plan Ballantine’s y Carlos Jean”. El reclamante entendía que el Plan B constituía en realidad un producto pretexto para realizar publicidad indirecta del whisky Ballantine’s. El Jurado, descartada cualquier ilicitud del patrocinio o de las vallas, concluyó tras visionar el vídeo del programa que resultaba improbable que los telespectadores pudieran relacionar el contenido ni con el Plan B ni con las vallas publicitarias, pues no se hacía referencia alguna a ellos, ni directa ni indirecta, razón por la que desestimó la reclamación<sup>75 76</sup>.

Es cierto que no es sencillo determinar cuándo se produce este fraude de ley, esta carencia de autenticidad, pero el Jurado ha logrado fijar una serie de criterios que pueden ayudar en este sentido. Los mejores autores<sup>77</sup>, coincidiendo con la doctrina del Jurado, los concretan del siguiente modo:

- a) análisis del diseño del anuncio: puede aportar claridad sobre si se pretende realmente promocionar el producto que aparece en la publicidad o si, por el contrario, persigue enmascarar la promoción del producto restringido;
- b) el tipo de producto anunciado: deberá evaluarse si se trata de un producto pretexto que permite promocionar indirectamente el restringido o si es un producto real más del anunciante; para determinar si se trata de un producto pretexto se podrá tener en consideración su volumen de fabricación (insignificante o no) y la inversión realizada (razonable o no para lograr el éxito promocional);

---

<sup>74</sup> Resolución de la Sección Primera del Jurado de 24 de mayo de 2012, Particular vs. Pernod Ricard España, S.A., “Plan Ballantine’s”. Disponible en <http://www.autocontrol.es/> (consultada en abril 2015).

<sup>75</sup> “Esta Sección ha procedido a visionar con cauteloso detenimiento el vídeo aportado por el reclamante y objeto de la controversia. A lo largo de este examen minucioso, no se ha logrado apreciar la existencia de elemento o referencia alguna, ni directa ni indirecta, al “Plan B” ni a la marca Ballantine’s. Por consiguiente, la Sección no ha podido apreciar en el vídeo aportado por el reclamante ningún elemento que pueda ser calificado como publicidad, ni directa ni indirecta, de Ballantine’s. En consecuencia, debe desestimarse la reclamación”. Resolución citada, FD 2º.

<sup>76</sup> Para más ejemplos, *vid.* también STS (Sala de lo Civil), núm. 734/1997 de 26 julio [RJ\1997\6306].

<sup>77</sup> En este sentido *vid.* LEMA DEVESA, C. “La publicidad indirecta” en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* nº 19, 1998, pp. 90-92 (pp. 13-92).

c) la simultaneidad de campañas: si de forma simultánea se promociona un producto en un medio y el producto restringido en otro medio con similares alegaciones, elementos gráficos, diseños, etc., se podría concluir la intención de realizar publicidad indirecta del segundo;

d) la mención o no de un producto: cuando la publicidad no menciona productos, sino sólo la marca, puede intuirse la intención de promocionar indirectamente los productos restringidos.

No obstante, no existen reglas fijas para determinar cuándo nos encontramos ante una publicidad indirecta ilícita, de modo que el Jurado precisará realizar en cada caso un juicio prudencial y valorar las circunstancias.

También hay casos de publicidad indirecta ilícita a nivel comunitario que son de interés y que pueden servir de ejemplo, como el caso Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia, en la Sentencia de 5 marzo 2009 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5<sup>a</sup>)<sup>78</sup>, sobre la libertad de expresión y libertad de información en el ámbito de los medios de comunicación, en concreto la publicidad en la prensa. Se condena al pago de una multa por la publicación de una fotografía de los ganadores de una carrera de Fórmula 1 en cuyos monos aparecían los logotipos de conocidas marcas de tabaco que patrocinaban la prueba.

En este caso la injerencia tiene como finalidad la protección de la salud pública ya que se trata de un caso de publicidad indirecta del tabaco que, aunque ocupa en la fotografía un mínimo espacio, es fácilmente identifiable, se asocia directamente al éxito de un deportista y tiene gran impacto entre el público joven. Se trata de una medida proporcionada dada la importancia del control del tabaquismo en nuestra sociedad.

### **3. La incidencia de los sistemas de autorregulación.**

Alguna autora<sup>79</sup> afirma que la explicación económica sobre cómo surgen los sistemas informales de pautas de comportamiento tiene su fundamento último en la

---

<sup>78</sup> Sentencia de 5 marzo 2009 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5<sup>a</sup>) del TEDH 2009\31. Disponible en Westlaw ([www.aranzadidigital.es/](http://www.aranzadidigital.es/))

<sup>79</sup> Al respecto vid. PATIÑO ALVES, B., *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*, 1<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona 2007, p. 29.

recíprocidad; a saber: el individuo reconoce las ventajas que obtendrá si se comporta de acuerdo con las expectativas de otros. Junto a dicho principio, el de la autonomía de la voluntad preside cualquier sistema de autorregulación, habida cuenta de que se trata de un acuerdo voluntario entre varios sujetos.

Así, se ha señalado en ocasiones que las normas que rigen las actividades en el tráfico mercantil vendrán impuestas por los propios sujetos que integran el mercado.

La autorregulación publicitaria ha sido definida<sup>80</sup> <sup>81</sup> como la «observancia por parte de una empresa u organización de unas normas o pautas de conducta publicitarias que previamente ha elaborado aquélla, y cuyo cumplimiento se ha fijado como objetivo».

Es un término que conlleva una elaboración normativa y una capacidad volitiva interna de los sujetos que participan.

Sus normas o pautas solo alcanzan a quienes libremente decidan integrarse en el sistema y durante el período de su pertenencia a éste, dependiendo, entonces, de la voluntad del sujeto exclusivamente el cumplimiento de las normas o códigos de conducta establecidos. Para su eficacia, el sistema debe estar dotado, no solo de un cuerpo de normas o código de conducta, sino, además, de un órgano encargado de su interpretación y aplicación<sup>82</sup>.

La LCD, tras la modificación operada por la Ley 29/2009, *cit.*, dedica su capítulo V a los «Códigos de Conducta», con el fin de fomentar los sistemas colectivos de autodisciplina en beneficio de los consumidores, promoviendo la elaboración, por las corporaciones y asociaciones u organización comerciales, profesionales y de consumidores, de códigos de conducta en sus relaciones comerciales con consumidores, para que sean voluntariamente asumidos por empresarios y profesionales; códigos a los que se ha de dar publicidad suficiente.

Entre el posible contenido de éstos expresamente se alude a las «medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios», así

---

<sup>80</sup> En este sentido *vid.* TATO PLAZA, A., “Publicidad y publicidad ilícita”, *cit.*, p. 1975.

<sup>81</sup> Para mayor información *vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., HERRERO SÁNCHEZ, C., MARTÍN GARCÍA, L., y HERNÁNDEZ-RICO, J. M., *Derecho de la publicidad*, *cit.*, pp.171-179.

<sup>82</sup> Al respecto *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Curso...,* p. 244.

como al establecimiento de sistemas eficaces de resolución extrajudicial de las reclamaciones que cumplan con las directrices comunitarias (art. 37 LCD)<sup>83</sup>.

De nuevo se hace entre la doctrina<sup>84</sup> una doble diferenciación de los sujetos que forman parte de un sistema de autorregulación. Por un lado, los que participan activamente en la industria publicitaria, realizando, creando, preparando, ejecutando y difundiendo la publicidad, tales como anunciantes, agencias y medios. Y por otro lado, los sujetos que participan pasivamente en dicha industria, que no realizan esas actividades pero sin su existencia la publicidad no tendría absolutamente ningún sentido.

Los sujetos pasivos se distinguen por estar fuera de la industria y la doctrina clásica anglosajona los denomina «*outsiders*» (terceros), porque su ubicación es ajena. Son aquellos sujetos que no son miembros activos de la industria publicitaria, pero sí lo son respecto de un sistema de autorregulación, aconsejando, participando en la elaboración de códigos, o, excepcionalmente, siendo un representante en la Junta Directiva o en el órgano de control.

Actualmente, el sistema colectivo y centralizado de autodisciplina publicitaria más relevante en España lo constituye Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (en adelante, Autocontrol), creada el 13 de junio de 1995 con la denominación de Asociación de Autocontrol de la Publicidad.

Según el art. 5 de sus Estatutos, su objetivo principal es «contribuir a que la comunicación comercial constituya un instrumento particularmente útil, en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de las comunicaciones comerciales, con exclusión de la defensa de intereses profesionales».

Las principales funciones que desarrolla son: (i) la elaboración de códigos deontológicos de conducta publicitaria, tanto generales como sectoriales; (ii) su aplicación por el Jurado de la Publicidad; (iii) la resolución de controversias y conflictos en materia de publicidad; y (iv) el servicio de consulta previa –denominado *Copy*

---

<sup>83</sup> Para mayor información *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Códigos de Conducta", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 1<sup>a</sup> ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, pp1003-1021.

<sup>84</sup> Al respecto *vid.* PATIÑO ALVES, B., *cit.*, pp. 48-50.

*Advice*-, con asesoramiento sobre la corrección ética y legal de las campañas publicitarias previamente a su emisión<sup>85</sup>.

Por último, es menester mencionar que la parte especial del CCP, bajo el epígrafe de «Normas deontológicas», incluye el *corpus* fundamental del Código, previéndose en ellas las distintas normas éticas aplicables a la actividad publicitaria. Esta parte consta de veintinueve normas agrupadas en seis apartados: A. Principios básicos; B. Autenticidad; C. Exigencia de Veracidad; D. Normas sobre determinadas formas y técnicas publicitarias; E. Protección de niños y adolescentes; y F. Protección de la Salud.

Según algunos autores<sup>86</sup>, del articulado del CCP se deducen cuatro principios básicos aplicables a todo mensaje publicitario, que ya se mencionan en epígrafes anteriores; a saber: los principios de legalidad, buena fe o lealtad, autenticidad y veracidad.

Dentro del apartado A del CCP (Principios básicos) encontramos los siguientes: el respeto a la legalidad y a la Constitución (norma 2), buena fe (norma 3), respeto al buen gusto (norma 8), derecho al honor (norma 11) y respeto al medio ambiente (norma 12). El resto de principios, también básicos, como el de identificación publicitaria o autenticidad (norma 13) y de veracidad (norma 14), no se incluyen en dicho apartado, sino en los apartados B. y C., respectivamente.

#### **4. Figuras afines: publicidad encubierta y emplazamiento publicitario.**

Algún autor<sup>87</sup> afirma que en ocasiones, la comunicación comercial está revestida de una apariencia que impide al consumidor su inmediata identificación como tal, de ahí su ilicitud. No sólo es ilícita –contraria a la ética-, sino también ilegal al establecerlo así el artículo 18.2 LGCA: «Está prohibida la comunicación comercial encubierta [...].».

El Jurado de la Publicidad considera ilícita toda publicidad que de forma escrita, verbal, visual o sonora presente –en cualquier tipo de formato o medio- «bienes, servicios, nombre, marca, actividad o elementos comerciales propios de un empresario

---

<sup>85</sup> Información disponible en <http://www.autocontrol.es/> (consultada en abril 2015)

<sup>86</sup> En este sentido *vid.* TATO PLAZA, A., “Publicidad y publicidad ilícita”, *cit.*, p. 1977.

<sup>87</sup> En este sentido *vid.* MEGÍAS QUIRÓS, J.J. *El principio de...* *cit.* pp. 65-81

con propósito publicitario, pudiendo inducir al público a error en cuanto a su naturaleza por no identificar las piezas publicitarias como tales».

Es frecuente que estas prácticas encuentren acomodo por lo general en los medios de comunicación, pero no resulta extraño el uso de otras vías con las que se logra que el consumidor preste mayor atención de la que hubiera prestado de haberla identificado como publicidad desde un principio.

Un ejemplo de ello lo tenemos en el folleto publicitario de Sono Clinic reclamado por un consumidor. Su diseño, combinado con el modo de hacerlo llegar a los destinatarios<sup>88</sup>, hizo estimar al Jurado que se trataba de publicidad encubierta. En su anverso figuraba un texto que imitaba una nota manuscrita con el mensaje “He estado llamando 5 minutos, pero no me has debido oír... Por favor, lee la parte de atrás y llámame. Un abrazo”. En el reverso del folleto figuraba la información sobre los servicios del anunciante, relacionados con el cuidado del sistema auditivo. Para el Jurado, el formato publicitario utilizado contravenía la norma 13 CCP al impedir, por su propio diseño, la inmediata identificación como publicidad, induciendo al destinatario a percibirla inicialmente como una comunicación de carácter personal: “La recepción de una nota –aparentemente manuscrita- en la puerta de tu domicilio advirtiéndote de una circunstancia como la indicada en la publicidad (“he estado llamando 5 minutos, pero no me has debido oír... Por favor, lee la parte de atrás y llámame. Un abrazo”), llevará a un consumidor medio a entender que el objeto de la nota es el de transmitir un mensaje según el cual algún allegado está intentando contactar con él, cuando en realidad no sólo no es así, sino que se utiliza dicha confusión como reclamo publicitario, buscando captar un mayor grado de atención por parte del consumidor al crear en él un sentimiento de atención superior producido por una presumible preocupación y curiosidad<sup>89</sup>.

Los primeros en hacer uso de la publicidad encubierta fueron los medios escritos de comunicación. Aparentaban ofrecer información objetiva sobre algún producto o servicio cuando en realidad se trataba de publicidad. Posteriormente también los medios

---

<sup>88</sup> El folleto no fue depositado en el buzón para publicidad habilitado en el edificio, ni siquiera en los buzones particulares, sino que fue adherido a las puertas de cada vivienda como si se tratara de una nota personal dirigida al propietario por algún conocido.

<sup>89</sup> Resolución de la Sección Sexta del Jurado de 23 de enero de 2008, Particular vs. Sono Clinic, FD 2º Disponible en Westlaw.

audiovisuales le dieron acogida en programas, concursos, entrevistas, etc. En relación a los medios escritos, el Jurado ha reiterado una doctrina clara:

«El principio [de autenticidad] pretende delimitar con precisión las manifestaciones que realicen los medios de información en cumplimiento de su función informativa respecto de aquellas otras que realicen cumpliendo una función publicitaria».

Por tanto, en virtud de dicho principio, el formato que elija el anunciante como soporte de su publicidad debe permitir la identificación como tal de la misma; es decir, su presentación general «debe desvelar inequívocamente el carácter publicitario del mensaje que se envía al consumidor destinatario, de forma que éste no pueda atribuir a la comunicación recibida un carácter informativo o cualquier otro distinto del estrictamente publicitario».

El propio Jurado expone a continuación la razón de esta exigencia ética:

«Los destinatarios esperan que los mensajes informativos posean un grado de objetividad y neutralidad mayor que el que inspiran los mensajes publicitarios. De modo que si un mensaje publicitario se disfraza bajo la apariencia de un mensaje informativo se puede desencadenar un grave error en los destinatarios, que pueden atribuir al mensaje publicitario el mismo grado de objetividad y neutralidad que atribuyen a los mensajes informativos»<sup>90</sup>.

Por ello, para evitar cualquier confusión en el consumidor es preceptivo adoptar precauciones que le permitan distinguir claramente su carácter.

Cabe mencionar que actualmente las polémicas suscitadas en torno a las prácticas de publicidad encubierta se dan cada vez con mayor frecuencia en las redes sociales.

Además del anterior, puede servir de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) <sup>91</sup> núm. 734/1997 de 26 julio en la que se determina la procedencia de acciones de cesación por publicidad encubierta realizada en fraude de ley por el anuncio durante la retransmisión por televisión de un programa con resúmenes de partidos de

---

<sup>90</sup> Resolución de la Sección Cuarta del Jurado de 26 de enero de 2006, Particular vs. Daimlerchrysler-Mercedes Benz, “Mercedes Clase S”, FD 1º. Disponible en Westlaw.

<sup>91</sup> RJ 1997\6306

fútbol de una marca de bebidas que se asocia de forma notoria por los consumidores con una bebida alcohólica de graduación superior a los veinte grados.

Otro caso de particular interés es el de la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 3, de 30 de julio de 2013. Mediante proceso contencioso-administrativo la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 25 de octubre de 2010, desestimatoria del recurso promovido por Gestevisión Telecinco, S.A. contra la resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 9 de junio de 2008, en la cual se declaraba a la demandante responsable de la comisión de seis infracciones administrativas graves, dos por publicidad indirecta de bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales y cuatro por la presentación de productos y servicios de terceros con propósito publicitario en dos capítulos de la serie “Escenas de matrimonio”, emitidos los días 2 y 17 de octubre de 2007, imponiéndosele por ello seis multas por un importe total de 530.331 euros. La entidad mercantil recurre en casación contra dicha sentencia, que se admite únicamente para una de las sanciones.

En este supuesto uno de los personajes presenta una botella de anís marca «Castellana»; otro personaje lleva puesta una camiseta en la que pone «SUPERSALIDOS» (haciendo referencia a la película que se estrenaría unos días después en los cines); en una escena aparece un ordenador portátil con su marca visible «Toshiba» en primer plano y en otra escena que se desarrolla en una cocina aparece en cuatro ocasiones una botella de whisky marca «JB» perfectamente identificable.

Es esencial destacar para el análisis de la sentencia supra mencionada, la Directiva 2007/65/CE<sup>92</sup>, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificó la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, que se incorporó al ordenamiento jurídico español por la Ley 25/1994, de 12 de julio [modificada por la Ley 22/1999 *cit.*]. Actualmente es aplicable en este sector la LGCA *cit.*, que no estaba vigente en la fecha de los hechos (2007).

---

<sup>92</sup> DOUE L 332 de 18 de diciembre de 2007. A dicha directiva afecta la Directiva 2010/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (DOUE L 95 de 15 de abril de 2010).

En el caso que nos ocupa, se aplicó en su momento el art. 9.2 de la Ley 25/1994 *cit.*, que prohíbe de manera expresa «la publicidad y la televenta encubiertas». Y su art. 10.1 establece que «queda prohibida cualquier forma directa o indirecta de publicidad y de televenta de bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales». Por su parte el art. 20.2 señala que «se considerará infracción grave, la contravención de las obligaciones y prohibiciones establecidas en los artículos 5, 6, 8 a 16, 17.2 y 3, 18, 19.3 y en la disposición adicional quinta de esta Ley». El concepto de publicidad encubierta viene dado por el art. 3.d de la citada ley. Y, por último, el artículo 11 establece las pautas normativas sobre identificación y colocación de la publicidad y los anuncios de televenta.

La sentencia en cuestión continúa y añade que «la mera descripción de las conductas sancionadas, arriba detallada, evidencia que se realizó una exhibición o presentación visual de determinados bienes, identificables por su marca comercial y título -en el caso de la película cinematográfica- dentro de dos capítulos del programa “Escenas de matrimonio”, con claro propósito publicitario, sin superponer, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación “publicidad”», tal como impone el art. 11.4 de la mencionada ley.

La Sala finalmente entiende que la concurrencia de finalidad promocional era evidente porque tanto el contenido como la temática del programa, es decir, la presentación de un ordenador portátil y de una película que se iba a estrenar en los cines dos días después de la emisión, «no se puede considerar de forma alguna justificada como parte decorativa o de *atrezzo* propia del programa, de manera que no cabe apreciar la existencia de un mero “asentamiento de producto” o “*product placement*”».

A una conclusión semejante se llega también en la sentencia de 19 noviembre 2012 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección<sup>8a)</sup><sup>93</sup>. Se trata de un recurso contencioso administrativo que impugna la resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de fecha 10 de noviembre de 2010, por la que se declara a SOGECABLE, S.A. (canal CUATRO), «responsable de la comisión de nueve infracciones administrativas de carácter grave, cinco infracciones por la presentación de productos y servicios de terceros (Clínica Bruselas, Vistabel y Unibet) con propósito publicitario, en un

---

<sup>93</sup> RJCA 2013\135

programa de “Callejeros” (emitido el día 11/12/09) y en tres programas de “NOTICIAS CUATRO” (emitidos los días 7, 9 y 10 diciembre 2009), que puede constituir publicidad encubierta», ya que se trata publicidad de un medicamento sometido a prescripción médica y de casa de apuestas online durante el desarrollo de programas televisivos. Aunque se alega que además de no concurrir propósito publicitario en ningún momento la recurrente ha recibido contraprestación e intercambio alguno por la emisión de las imágenes calificadas por la Administración como publicidad encubierta, finalmente la Sala considera evidente la concurrencia de finalidad promocional teniendo en cuenta las circunstancias y el modo en que ésta se produjo, «sin que pueda considerarse de forma alguna justificada como parte decorativa o de *atrezzo* propia de los programas en cuestión, de manera que no cabe apreciar la existencia de un mero “asentamiento de producto” o “*product placement*”»<sup>94</sup>.

En este sentido, es menester señalar que la definición de publicidad encubierta en televisión hace alusión a lo que en la jerga de la industria audiovisual y de la industria publicitaria se denomina *product placement* o emplazamiento publicitario.

Es un concepto contemplado en la ya mencionada Directiva 2007/65 /CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007.

Dicha figura es distinta de la publicidad encubierta, ya que se convierte en tal cuando no respeta los requisitos exigidos para su licitud. Prohibida durante muchos años, su relieve en el cine durante la primera mitad del siglo XX y la presión de la industria tabaquera abocaron a su legalización.

La doctrina<sup>95</sup> afirma que no hay unanimidad en cuanto al establecimiento de los orígenes históricos del *product placement*. Con todo, el éxito del mismo como estrategia publicitaria vino de la mano de «E.T. el extraterrestre» (1982) de Steven Spielberg. En una escena de la película, E.T. come unos caramelos de chocolate de la marca «Reese's pieces», cuyo fabricante, «Hershey's Chocolate Co», comprobó cómo por ello sus ventas incrementaron en un 65%. Desde entonces la utilización del emplazamiento publicitario en todo tipo de obras, como películas, series de televisión, canciones, libros y videojuegos, ha proliferado. Su uso se extendió a la promoción de todo tipo de

---

<sup>94</sup> Un caso más reciente es el de la sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8<sup>a</sup>), 19 noviembre 2012, [RJCA/2013/135]

<sup>95</sup> En este sentido vid. RUBÍ I PUIG, A., *Publicidad y libertad de expresión*, cit., pp.364- 366.

productos. Ello se aprecia en el cine más reciente (en la película «Transformers III: El lado oscuro de la luna» (2011), por ejemplo, se insertaron escenas con alusiones a setenta y una marcas distintas).

Esta práctica publicitaria es lícita cuando cumple los requisitos exigidos por la ley, pero no deja de ser criticada, pues, además de tratar como consumidores a los espectadores –sin que éstos puedan evitarlo-, no todos ellos son conscientes del carácter publicitario.

La LGCA define el emplazamiento de producto como «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» (art.31); y admite dos modalidades, la visual (el producto aparece de forma explícita en las imágenes) y la verbal (sólo se menciona en el diálogo).

La necesidad a que responde la presentación del producto en un programa determina que solo se considere publicidad encubierta si concurren dos circunstancias concretas: la presentación de personas, actividades, productos o de sus signos debe tener propósito publicitario por parte del operador de televisión, y que la presentación pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza.

Su inserción no se corresponde con una necesidad del guión de la película o del programa, sino que se introduce como consecuencia del acuerdo económico entre el productor del programa o de la película y el anunciante. La ventaja de este recurso es que permite insertar publicidad sin necesidad de reservar espacios o tiempos propios en el medio de comunicación, y tampoco necesita un guión específico, sino que se acomoda al guión principal. A ello se añade la ventaja de que los destinatarios no pueden evitarla con el *zapping*.

La ley permite el emplazamiento en películas, largometrajes, cortometrajes, series de televisión, documentales y programas deportivos y de entretenimiento, siempre que tenga un carácter secundario en el guión y que no inste directamente al consumo. Lo prohíbe en la programación infantil (art. 17 LGCA), pues los espectadores suelen asociar el producto con el personaje que interactúa con él, provocando de esta forma lo que en la ciencia del marketing se conoce como transferencia de imagen: esto es, la

transferencia al producto de los valores que el público normalmente anuda al personaje en cuestión.

Junto al emplazamiento de producto, existen otras prácticas, como el patrocinio y la telepromoción, con algunas características similares.

Para acabar, cabe destacar el reciente caso de Mediaset<sup>96</sup> <sup>97</sup> <sup>98</sup>. El Periódico de Aragón, con fecha de 19 de junio de 2015, publicó lo siguiente: «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha sancionado con 324.000 euros a Mediaset por el incumplimiento de la LGCA en la emisión de un microespacio de salud en el programa 'Sálvame diario' con publicidad encubierta.

Según explica la CNMC en un comunicado, ha constatado que se han efectuado comunicaciones comerciales encubiertas de Actafarma, Revidox, Obextrem y Dormax, en las secciones de salud “Me encanta cuidarme”, de los programas “Sálvame diario” de los días 30 de octubre, 6, 13 y 27 de noviembre y 4 de diciembre, todos del 2014, lo que supone una vulneración de la legislación.

“Estas comunicaciones con propósito publicitario establecían vínculos con el supuesto anunciante a través de un «*hashtag*» y una página web, y en un entorno apto para inducir al telespectador a error en cuanto a su naturaleza”, subrayó Competencia. Además, según la Comisión, “en ningún momento de su emisión se advierte de su tratamiento como publicidad ni aparece ninguna sobreimpresión en ese sentido”.

Por otra parte, el organismo indicó que se tiene en cuenta que el modelo de publicidad encubierta sancionado, basado en crear microprogramas o secciones especializadas en motor, economía, jardinería o cocina, con el auténtico objetivo de camuflar anuncios de productos comerciales dentro de estos contenidos aparentemente divulgativos, “alcanza una especial gravedad cuando se trata de temas de salud”. Contra

---

<sup>96</sup> Tomado de Prensa Periódico de Aragón (consultada en junio 2015)

[http://wwwelperiodicodearagon.com/noticias/gente/multa-230-000-euros-mediaset-superar-tiempo-publicidad\\_1035310.html](http://wwwelperiodicodearagon.com/noticias/gente/multa-230-000-euros-mediaset-superar-tiempo-publicidad_1035310.html)

<sup>97</sup> Al respecto *vid.* las dos resoluciones de la CNMC: SNC/DTSA/011/15 y SNC/DTSA/010/15 en las cuales se determina la infracción grave por parte de Mediaset de los arts. 58.6 y 59.2 de la LGCA. Disponibles en <http://www.cnmc.es/>

<sup>98</sup> Como información adicional (disponible en el Gabinete de prensa disponible en <http://www.cnmc.es/>) la CNMC y AUTOCONTROL firman un acuerdo para el fomento de la corregulación sobre publicidad en televisión.

esta decisión, Mediaset podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en un plazo de dos meses»<sup>99</sup>.

Para acabar, los principales problemas que pueden presentar las figuras afines son de identificabilidad, a pesar de que la ley exija que conste visiblemente que es publicidad o se perciba claramente como tal, según las modalidades.

El emplazamiento también plantea dificultades cuando no se ajusta a la legalidad, pues aparenta ser una escena más de la película o del programa cuando en realidad se trata de publicidad. Ante las reclamaciones, el Jurado se ve en la tesitura de juzgar si es lo uno o lo otro, y no resulta sencillo porque no siempre se pueden obtener pruebas de la existencia del contrato publicitario.

En estos casos, la doctrina<sup>100</sup> afirma, habría que considerar que existe emplazamiento ilícito cuando no está justificado desde una perspectiva escénica, ya sea porque no existe ninguna relación entre el producto y la escena en la que se inserta, ya sea porque el producto ha sido insertado en la película o serie de forma que excede o resulta desproporcionada respecto de la necesidad escénica que justificaba el emplazamiento. Así lo estimó el Jurado al juzgar la reclamación presentada contra el cortometraje *Soberano, el rey canalla*, producido por Miguel Bardén<sup>101</sup>. A juicio del Jurado, las escenas que hacían referencia a la bebida eran tan explícitas y destacadas que no se les podía atribuir un carácter secundario. Se trataba de publicidad explícita, pero encubierta, por lo que requirió a los reclamados la inserción de una advertencia al respecto tanto en los créditos iniciales como finales del cortometraje.

---

<sup>99</sup> Para más ejemplos de *product placement* en ámbito televisivo ver <http://www.emplazamientopublicitario.com/que-es-emplazamiento-publicitario/> (consultada en junio 2015)

<sup>100</sup> En este sentido *vid.* TATO PLAZA, A. “Product placement y publicidad encubierta ...”, *cit.*, p.592

<sup>101</sup> Resolución de la Sección Tercera del Jurado de 26 de abril de 2001 y del Pleno de 4 de junio de 2001, FEBE vs. González Byass, S.A., “Soberano”. Disponible en <http://www.autocontrol.es/>

## **Conclusiones.**

En este Trabajo he querido hacer hincapié en las figuras publicitarias de referencia: publicidad subliminal y publicidad indirecta. Por su parte, el análisis de las figuras afines tiene como objetivo la mayor concreción del significado y repercusión de las primeras, en pro de conseguir una mejor y más detallada delimitación de las mismas.

En lo que a la primera categoría respecta –publicidad subliminal–, su carácter ilícito es indiscutible, ya que el conflicto en la práctica surge a la hora de aportar pruebas de la efectiva existencia o utilización de dicha figura, como se ha mencionado anteriormente (*vid. supra*).

Es la segunda categoría la que mayores inconvenientes presenta. Se afirma que la publicidad indirecta no oculta en ningún momento su carácter publicitario, de modo que los consumidores la identifican sin dificultad.

Por tanto, la falta de autenticidad se produce, en esta modalidad, sobre el producto o servicio que realmente se pretende publicitar, pues utiliza rótulos, distintivos, eslóganes, símbolos u otros elementos que con facilidad llevan a los consumidores a realizar una asociación con un producto no «mencionado».

Considero, al igual que algunos autores, que no constituye una publicidad ilícita en sí misma, ya que se puede utilizar para publicitar productos que no están sometidos a restricciones. Sin embargo, sí constituye una vía idónea para salvar las limitaciones legales o éticas que restringen la publicidad de determinados productos, como el alcohol o el tabaco, y que se eluden de este modo. Por tanto, en este último supuesto sí estaríamos ante una publicidad ilícita, porque con ella se perseguiría de un modo indirecto lo que la ley y la ética no permiten hacer de modo directo.

El análisis de algunos supuestos que se dan en la práctica pone de relieve, en mi opinión, la insuficiencia de las normas legales para lograr una protección eficaz de los consumidores frente a estas modalidades publicitarias, tanto la publicidad indirecta ilícita, o afines, como la publicidad encubierta.

A pesar de que la normativa define los conceptos generales de forma clara, la característica creatividad e innovación que son propios del campo publicitario hacen que las leyes queden desfasadas con brevedad en el tiempo.

Por ello, parecen ser los sistemas de autorregulación, al presentar algo más de flexibilidad en sus normas, que son más abiertas, los que permiten una eficacia mayor en la protección del consumidor. De modo que en este punto se requiere más esfuerzo en potenciar el interés en crear y adherirse a este tipo de normas de conducta, y, en consecuencia, motivar a su observancia.

Recordemos que el principio de autenticidad proscribe aquellas prácticas publicitarias que pudieran generar confusión en el consumidor sobre el carácter publicitario de la comunicación. Así se desprende del art. 9 de la LGP al exigir a los medios que deslinden de forma clara entre información y publicidad y a los anunciantes desvelar el carácter publicitario de sus anuncios. El art. 26 de la LCD prohíbe otorgar a la publicidad la apariencia de comunicación informativa. Y ambas normas fueron modificadas por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, *cit.*, con el fin, entre otros, de adaptarlas a las exigencias comunitarias en lo que a consumo y publicidad se refiere.

El interés por una publicidad transparente se advierte también en la LGCA. Dicha ley establece en su art. 13.1 que «la publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial», concretando el art. 14., en su apartado 2, que «tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas [...]», y añade en su apartado 3 que «en la emisión de publirreportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación de publicidad».

Aunque podríamos pensar que normas como las citadas en los párrafos anteriores son suficientes para asegurar ese principio de autenticidad, la ley tiene unos contornos tan rígidos, en contraste con la capacidad de reinvenCIÓN de los profesionales de la publicidad, que no resulta difícil encontrar vías para eludir sus restricciones, incluso con la apariencia de legalidad.

De ahí la necesidad, como supra menciono, de promover los sistemas de autorregulación, cuyos órganos de control no se limitan –o no deben limitarse –a juzgar si la publicidad se ajusta o no la ley, sino si es honesta o no lo es, así como las posibles

consecuencias negativas para la sociedad en general o para los consumidores en particular.

Al hilo de lo anterior, resulta claro que tras la restricción legal de la publicidad del tabaco y de las bebidas alcohólicas las grandes marcas han intentado suplir el espacio perdido mediante ambages que les permitieran continuar publicitando sus productos.

Por ello las resoluciones del Jurado de Autocontrol, con criterios firmes y claros, deben contribuir a concienciar a los anunciantes de la necesidad de ajustarse a la ley.

Por último, quizá en la actualidad el mayor reto se plantee con las comunicaciones en las redes sociales, y las referencias (mediante comentarios, posts, tuits, etc.) realizados por terceros ajenos al anunciante y en los que aparecen citados productos o marcas. Esto probablemente precise una regulación más estricta para evitar que tales referencias tengan su origen en una contraprestación por parte de un anunciante.

## **Índice bibliográfico.**

AA.VV (Coord., LÁZARO SÁNCHEZ, E.J.), *Derecho de la Publicidad*, 1<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters, Pamplona 2012.

AA.VV (Coord., LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, 1<sup>a</sup> ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2009.

AA.VV (Dir., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 1<sup>a</sup> ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2011.

AA.VV (Dir.: GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, tomo II, 1<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

AA.VV. (Dir. GARCÍA VIDAL, A.), *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Vol. 30 (2009-2010), Marcial Pons, Madrid, 2010.

AA.VV. (Dres. JOSÉ MORILLAS, M., PERALES VISCASILLAS, P., PORFIRIO CARPIO, L.J.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil* (Libro homenaje al Profesor R. ILLESCAS ORTIZ), 1<sup>a</sup>ed., Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

AA.VV. (Edit. CODINA, M.), *Información, Ficción, Persuasión: ¿Es la ética una utopía?*, Ediciones Eunate, 2002, Universidad de Navarra.

BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, 1<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch Valencia 1999.

BASSAT, L. *El libro rojo de la publicidad*, 7<sup>a</sup> ed., DEBOLSILLO, Barcelona, 2007, p. 44.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, 15<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2014.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, volumen 1º, 21<sup>a</sup> de., Tecnos, Madrid 2014.

BRYAN KEY, W., *Seducción Subliminal*, Ed. Diana, 1978.

DE LA CUESTA RUTE, J.M., *Curso de Derecho de la Publicidad*, 1<sup>a</sup> ed., Eunsa, Pamplona 2002.

DE LA VEGA GARCÍA, F. L., “Adecuación constitucional y legalidad del discurso publicitario. La publicidad subliminal”, en *Derecho de la Publicidad*, cit., pp. 91-132.

DE LA VEGA GARCÍA, F. L., “Publicidad desleal. Supuestos concretos”, en *Derecho de la Publicidad*, cit., pp. 133-153.

FERRER ROSELLÓ, C., *Manipulación y Publicidad*, 1<sup>a</sup> Ed., Edimarco, Madrid, 1994.

LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., “Adecuación constitucional y legalidad del discurso publicitario. La publicidad indirecta”, en *Derecho de la Publicidad*, cit., pp. 91-132.

LEMA DEVESA, C., “La publicidad indirecta”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* nº 19, 1998, pp. 90-92 (pp. 13-92).

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., HERRERO SÁNCHEZ, C., MARTÍN GARCÍA, L., y HERNÁNDEZ-RICO, J. M., *Derecho de la publicidad*, 1<sup>a</sup> ed., Lex Nova – Thomson Reuters, Cizur Menor 2015.

MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, 1<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid 1988.

MEGÍAS QUIRÓS, J.J. *El principio de autenticidad en la comunicación comercial*, Universidad de Cádiz, Revista Comunicación, Nº 12, Vol. 1, año 2014, pp. 65-81.

MONTERO, M., *Comunicación persuasiva y cambio cultural. El caso de Apple*, Universidad de Navarra, Revista, Año 2, Número 3, 2007, pp. 11-21.

PACKARD, V. *Los persuasores ocultos (The hidden persuaders)*, 1<sup>a</sup> ed., Penguin Books, London, 1957.

PATIÑO ALVES, B., *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*, 1<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 2007.

RUBÍ I PUIG, A., *Publicidad y libertad de expresión*, 1<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor 2008.

SÁNCHEZ RUIZ, M., “Publicidad desleal (II). Engaño y encubrimiento publicitarios”, en *Derecho de la Publicidad*, cit., pp. 155-170.

TATO PLAZA, A., “Publicidad y publicidad ilícita” en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, cit., pp. 1945-1982.

TATO PLAZA, A., “Product placement y publicidad encubierta. Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y 4 de junio de 2001, caso Soberano”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 22, pp. 573-598.

**Páginas web consultadas.**

[http://www.bbc.co.uk/mundo/ciencia\\_tecnologia/2009/09/090928\\_subliminales\\_men.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/ciencia_tecnologia/2009/09/090928_subliminales_men.shtml) (consultada en abril 2015)

<http://www.autocontrol.es/> (consultada en abril 2015)

[http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/gente/multa-230-000-euros-mediaset-superar-tiempo-publicidad\\_1035310.html](http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/gente/multa-230-000-euros-mediaset-superar-tiempo-publicidad_1035310.html) (consultada en junio 2015)

<http://www.emplazamientopublicitario.com/que-es-emplazamiento-publicitario/>  
(consultada en junio 2015)

<http://www.conarp.org.ar/> (consultada en junio 2015)

<http://www.cnmc.es/>

Westlaw ([www.aranzadidigital.es/](http://www.aranzadidigital.es/))

## **Índice de resoluciones consultadas.**

Resoluciones de la CNMC: SNC/DTSA/011/15 y SNC/DTSA/010/15.

Sentencia de la AP de Madrid (Sección 10), de 28 de octubre de 1991.

Sentencia del JPI e Instrucción núm. 5 de Majadahonda (Madrid), de 9 diciembre 1999 (AC1999\2455).

Sentencia de la AP Madrid, de 4 de marzo de 2002, ADRIGAM v. Bacardí-Martini España S.A. (AC 2002\947).

Sentencia de la JPI (Sala de lo Civil) núm. 4 de Majadahonda (Madrid) de 7 octubre 1998.

Sentencia del TS (Sala de lo Civil) núm. 734/1997, de 26 julio 1997 [RJ 6306/1997] Caso Pacharán La Navarra.

Sentencia de la AP de Madrid, de 5 diciembre 2001. Larios y AUC v. Bacardí (AC 2002\944).

Sentencia de la AP de Madrid (Sala de lo Civil) núm. 656/2000 de 29 septiembre 2000 Caso “For Sun” (AC 2000\2083).

Sentencia núm. 336 del JPI núm. 49 de Madrid, de 12 mayo 1999 (AUC v. Tabacalera, SA).

Sentencia del TS (Sala de lo Civil), núm. 734/1997 de 26 julio [RJ\1997\6306].

Sentencia de 5 marzo 2009 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5<sup>a</sup>) del TEDH 2009\31.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 734/1997 de 26 julio [RJ 1997\6306].

Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 3, de 30 de julio de 2013.

Sentencia de 19 noviembre 2012 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección8<sup>a</sup>) [RJCA 2013\135].

Sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8<sup>a</sup>), 19 noviembre 2012, [RJCA\2013\135].

Resolución de la Sección Segunda del Jurado de 17 de diciembre de 1996, FACUA-CECU vs. Osborne, S.A., “Veterano”.

Resolución del Jurado de Autocontrol de 19 octubre 2000.

Resolución del Jurado de Autocontrol de 8 enero 2007.

Resolución de la Sección 3.a del Jurado de la Publicidad, de 23 de julio de 1997, As. «FACUA-CECU y AUC vs. BACARDI-MARTINI-ESPAÑA S.A. (Casa Fundada en Cuba. 135 Aniversario)».

Resolución de la Sección Primera del Jurado de 19 de noviembre de 1997, FACUA-CECU y AUC vs. Winston, “Winston American Campus”.

Resolución de la Sección Primera del Jurado de 24 de mayo de 2012, Particular vs. Pernod Ricard España, S.A., “Plan Ballantine’s”.

Resolución de la Sección Sexta del Jurado de 23 de enero de 2008, Particular vs. Sono Clinic.

Resolución de la Sección Cuarta del Jurado de 26 de enero de 2006, Particular vs. Daimlerchriysler-Mercedes Benz, “Mercedes Clase S”.

Resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 9 de junio de 2008.

Resolución de la Sección Tercera del Jurado de 26 de abril de 2001 y del Pleno de 4 de junio de 2001, FEBE vs. González Byass, S.A., “Soberano”.

## **Índice normativo.**

Directiva 2005/29/CE, del PE y del Consejo, de 11 mayo 2005 (DOUE L 149, de 11 junio 2005), sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Directiva 2006/114/CE, del PE y del Consejo, de 12 diciembre 2006 (DOUE L 376, de 27 diciembre 2006), sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

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 (BOE 166, de 13 julio 1994). Modificada por la Directiva 2007/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DOUE L 332 de 18 de diciembre de 2007), a su vez modificada por la Directiva 2010/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (DOUE L 95 de 15 de abril de 2010).

Constitución Española 1978 (BOE 331, de 12 de diciembre de 1978)

LO 1/2004, de 28 diciembre (BOE 313, de 29 diciembre 2004), de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

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

Ley 34/1988, de 11 noviembre (BOE 274, de 15 noviembre 1988), General de Publicidad.

La Ley 29/2009, de 30 diciembre (BOE 315, de 31 diciembre 2009) por la que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Ley 25/1994, de 12 julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, *cit.* Modificada por la Ley 22/1999, de 7 junio (BOE 135, de 7 junio 1999).

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, vigente desde mayo de 2010 (BOE 74 de 1 de abril de 2010).

RD Legislativo 339/1990, de 2 marzo (BOE 63, de 14 marzo 1990), por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Modificada por la Ley núm. 6/2014, de 7 de abril de circulación urbana e interurbana.