



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado.

Limites jurídicos de la
“Publicidad Encubierta”.

Alumno: NATALIA RODRÍGUEZ TORRES.

Enero, 2020.

ÍNDICE:

Índice	2
Resumen	3
Abstract	3
Índice de abreviaturas	4
1. Introducción	5
2. Delimitación conceptual de la publicidad ilícita y desleal	6
3. La práctica de encubrimiento en publicidad	13
4. La práctica de encubrimiento en medios audiovisuales	17
5. La práctica de encubrimiento en el ámbito electrónico	22
6. Análisis y síntesis de la praxis jurisprudencial	27
7. Mecanismos de defensa	31
8. Conclusiones	34
Bibliografía	37
Jurisprudencia	38

RESUMEN.

El presente trabajo tiene su fundamento en la figura de “Publicidad Encubierta”. Es una modalidad de publicidad que se caracteriza, esencialmente, por el emplazamiento de anuncios o mensajes publicitarios sobre una determinada marca comercial o producto en un ámbito diferente. Las empresas consiguen así ubicar sus productos en un contexto que se distancia del marketing conservador y ante receptores mayormente involuntarios.

El interés principal de los anunciantes a la hora de fomentar este tipo de publicidad es captar la atención de los destinatarios hacia su producto, sin ser necesario que la presentación del mismo tenga aspecto publicitario. Es decir, el destinatario no es consciente de la recepción del mensaje que, además, es comunicado por un tercero ajeno a la propia marca del producto, generando menor desconfianza al receptor.

En definitiva, con este estudio trataremos de analizar y perpetrar en el núcleo de la publicidad encubierta.

ABSTRACT.

This project is based on the figure of “Undercover Advertising”. It is an advertising modality that is characterized, essentially, by the placement of advertisements or advertising messages on a particular brand or product in a different area. In this way, companies manage to locate their products in a context far away from conservative marketing and to mostly involuntary recipients.

The main interest of the advertisers when it comes to promoting this type of advertising is to capture the attention of the recipients towards their product, without the need of the advertising aspect. That is, the recipient is not aware of the reception of the message that, in addition, is communicated by a third party outside the product’s own brand, generating less distrust of the recipient.

In short, with this study we will try to analyze and perpetrate in the core of covert advertising.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.

art.	artículo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y Competencia.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal «BOE» núm. 10, de 11/01/1991.
LGCA	Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual «BOE» núm. 79, de 01/04/2010.
LGP	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad «BOE» núm. 274, de 15/11/1988.
LSSyCE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico «BOE» núm. 166, de 12 de julio de 2002.
Núm.	Número.
p.	página.
pp.	páginas.

1. INTRODUCCIÓN.

Este Trabajo Fin de Grado se centra en el estudio e investigación jurídica de la publicidad encubierta a través de los medios de comunicación, concretamente en los medios audiovisuales y en el ámbito electrónico.

La decisión de abarcar este tema tiene su origen en que la figura de la publicidad encubierta se trata de una modalidad o técnica publicitaria que conduce a error y engaño al usuario o destinatario sobre su verdadera naturaleza, pues tiende a desarrollarse en contextos de contenido no publicitarios, lo cual, desde un punto de vista jurídico y social, está generando una polémica considerable en la actualidad.

En este sentido, puede decirse que la publicidad encubierta se configura como un acto ilícito y desleal, ya que cuando hablamos de publicidad, ésta, debe entenderse y llegar al destinatario de forma directa y clara o indirectamente, es decir, el mensaje publicitario que se lanza ha de identificarse en el ámbito comercial para que pueda ser lícita, pues se basa o fundamenta en el principio de autenticidad, valorándose así de acuerdo a su verdadera naturaleza comercial. Por ello, determinaremos qué es o en qué consiste la publicidad ilícita y desleal para poder llegar así y entender a la práctica de encubrimiento publicitario.

En cuanto a la estructura a seguir, vendrá determinada por dos grandes bloques en los que analizaremos la delimitación conceptual de la publicidad ilícita y desleal por un lado y, por otro la práctica de encubrimiento. Dentro de este segundo bloque desarrollaremos dos importantes vertientes que pueden derivarse del mismo: el encubrimiento en los medios audiovisuales; y el encubrimiento en el ámbito electrónico. Se completará este trabajo con el examen de casos reales, es decir, sentencias ejecutadas por el Tribunal Supremo y, por último, con un apartado sobre mecanismos de defensa frente dicha práctica desleal.

Esta tarea será realizada basándonos, principalmente, en la Ley de Competencia Desleal de 1991 (que fue modificado en 2009 pero sigue vigente el texto de 1991); Ley General de Publicidad de 1988 (esta Ley también se reformó en 2009 pero, igualmente sigue vigente el texto de 1988); así como, en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico de 2002 (denominada también Ley de Internet) y en la Ley General de la Comunicación Audiovisual de 2010. Además, se tomará referencia de la bibliografía de autores especializados en la materia para el estudio.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA PUBLICIDAD ILÍCITA Y DESLEAL.

El inicio de nuestro trabajo ha de partir exponiendo el concepto de publicidad en las prácticas que se realizan en el mercado. En la Ley General de Publicidad (en adelante LGP) podemos hallar la definición de “publicidad”, concretamente en su artículo segundo, la cual vamos a reproducir a continuación íntegramente: *“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”*¹.

Es decir, se trata de una práctica que puede realizarla, por tanto, cualquiera y, además, el mensaje o comunicación debe partir de una actividad comercial y con la intención de promover ese bien o servicio.

Ahora bien, siendo ésta la definición de publicidad comercial, lo que a nosotros realmente nos interesa es la respuesta a cuándo la publicidad es contraria a Derecho, es decir, cuándo la publicidad se califica como ilícita.

El precepto tercero de la LGP² nos manifiesta cuáles son esos supuestos de publicidad que no se permiten. De dicho artículo, podemos vislumbrar los supuestos de publicidad contrarios a Derecho, es decir, para saber si un anuncio es lícito o no. La ilicitud en estos casos está en lo que dicha publicidad remite, por lo cual debe estar regulado.

El precepto comienza introduciendo que se considerarán ilícitos aquellos supuestos que atenten contra la ideología, dignidad, religión y supuestos de discriminación. Así como la publicidad que va dirigida a menores por la forma en la que se utiliza, es decir, supuestos que inciten a comprar un producto, si la imagen presenta error o confunde en el mercado, etcétera.

Hace referencia también a la publicidad subliminal, pues es contraria a Derecho y por ello sancionada. El problema principal de este tipo de publicidad surge en que habrá alguna técnica dentro del mensaje publicitario que no será percibido por ninguno de nuestros sentidos, pero influye en el subconsciente y hace cambiar de pensamiento al destinatario de una determinada manera que de no ser por esa publicidad no hubiera actuado de tal forma. La idea principal es

¹ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. «BOE» núm. 274, de 15/11/1988. Art. 2.

² Art. 3 de la LGP.

que el consumidor no perciba que está captando el mensaje y surge el problema de cómo demostrarlo. En el momento que tengo un elemento probatorio no tengo sublimidad, si hay algo que percibo por cualquiera de mis sentidos ya no es subliminal. Este tipo de publicidad subliminal es muy importante distinguirla de la publicidad encubierta pues, encubrir una campaña publicitaria es hacer ver al destinatario el mensaje comercial de una forma distinta.

Es, igualmente, ilícita aquella publicidad que incumple la normativa específica en función del producto que se promociona. El mensaje publicitario que infrinja lo dispuesto en su propia normativa será considerado ilícito, ya que existen leyes de determinados productos que dedican un artículo a la publicidad, ejemplo de ello puede ser la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios³. Añadir que estas disposiciones normativas se consideran de carácter especial y, por tanto, de aplicación prioritaria respecto de la Ley General. Lo mismo ocurre respecto del tabaco, este producto ya no se puede patrocinar. Otro ejemplo de ello son las bebidas alcohólicas, tienen un máximo de graduación y como consecuencia se encuentra regulada la franja horaria en la que se anuncian, Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco⁴ (esta Ley sufrió una modificación en 2010).

En su apartado e), el artículo 3 de la LGP, hace alusión al bloque que quizá más nos interese para el objeto de nuestro presente trabajo, una publicidad que será engañosa, desleal y, que incumpla las normas de Ley de Competencia Desleal. En este sentido, el legislador remite las previsiones en materia de publicidad ilícita a los actos calificados de desleales en el mercado, razón que nos lleva a valorar el contenido de la citada regulación.

Ahora bien, cabe dar traslado aquí a la Ley de Competencia desleal⁵ (en adelante LCD). Nos remitiremos a ella porque así lo establece la LGP. Nos hace saber expresamente que respecto del engaño y deslealtad vayamos a la LCD. La referencia que se hace a la LCD proviene de una reforma de 2009, el problema habitaba en que antes nuestra LGP regulaba unos supuestos concretos, pero si yo valoro que una práctica publicitaria es engañosa lo lógico es que

³ Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. «BOE» núm. 178, de 27/07/2006.

⁴ Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco. «BOE» núm. 309, de 27/12/2005.

⁵ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. «BOE» núm. 10, de 11/01/1991.

establezcan los mecanismos de publicidad general y los respectivos mecanismos judiciales. La LCD regulaba los mismos supuestos, pero como práctica en el mercado y tenía otros medios y otros mecanismos de resolución de conflictos distintos. Si se me engañaba como consumidor me dirigía a la LGP; sin embargo, resulta que en el mercado está el resto de empresas, los competidores, el interés del mercado en general; los consumidores han dejado de comprar otros productos de la competencia y es, por tanto, una práctica engañosa y un mismo supuesto no podía tener distintas consecuencias en atención a la ley que se aplicase. Por todo ello, se procedió a efectuar la reforma de 2009. Ambas leyes quedan así complementadas una con la otra puesto que, lo que no se encuentra regulado en la LGP sí lo está en la LCD. En cuanto a los mecanismos que se ejecutan, son los de LCD pues los anteriores fueron derogados con dicha reforma.

Por consiguiente, la unificación normativa referida con anterioridad nos permite concluir que una práctica ilícita es siempre desleal en el mercado e ilícita.

Podemos separar dos aspectos importantes de dicha Ley, por un lado, una primera sección que se refiere a los actos de competencia desleal en el mercado en general (Capítulo II de la LCD) y, una segunda parte en la que se habla prácticas comerciales con los consumidores o usuarios (Capítulo III de la misma Ley). En cuanto a los primeros, la LCD, en su artículo número cuatro⁶, establece una cláusula general de deslealtad, la cual hace referencias a los comportamientos en el mercado que se van a considerar desleales por tratarse de actos contrarios a la buena fe. Dicho lo que precede, no cabe considerar esta cláusula como ‘un cajón’ en el que encaje cualquier comportamiento opuesto a la leal competencia en el mercado sino, únicamente, cuando concurren los requisitos necesarios.

Esto es, dicho precepto hace alusión a quién emite el mensaje publicitario y al consumidor (que es a la persona a la que quiero dirigirme), de lo cual resulta que toda publicidad tiene una dirección dentro del mercado y va destinada a un público. No obstante, puede darse el caso de que ese comportamiento no sea totalmente acorde a la normativa y, entonces debe valorarse que Ley lo regula. Por cuanto que, todo aquello que no se encuentre regulado por la LCD habrá de ver si se regula en la LGP y, en el supuesto de no encontrarse establecido dicho comportamiento en ninguna de las dos leyes anteriormente mencionadas, habrá de valorarse si cabría acogerse en la cláusula general. Para poder proceder a la aplicación de dicha cláusula

⁶ Artículo 4 (Capítulo II) de la LCD.

deben de darse dos requisitos imprescindibles: en primer lugar, que afecte de forma significativa la capacidad económica del consumidor; y segundo, que cause confusión en la capacidad de decisión del consumidor procediendo este a realizar un acto económico que de otro modo no hubiera efectuado⁷.

Es importante y hay que dejarlo claro respecto del tema que nos ocupa el último indicio de la cláusula general de deslealtad. El apartado segundo del artículo cuatro nos dice que se habrá de partir del **consumidor medio**. No podemos decir que todo lo que hay en el mercado me perjudica, tengo que partir de la sensibilidad del consumidor medio que es el que actúa con objetividad. La Real Academia Española establece en su definición que se trata del “*consumidor normalmente informado y razonable, atento y perspicaz*”⁸. Es decir, una persona, no profesional, que obtiene productos y servicios para proceder a su consumo, con la finalidad de saciar sus necesidades tanto personales como familiares.

Y luego, el legislador hace también referencia a que existen sectores determinados que son especialmente vulnerables y, de ese sector, hay que sacar el tipo medio; Se tratará de menores, personas mayores... La relevancia de ello es igualmente notoria, en cuanto que para valorar la ilicitud de una comunicación promocional hemos de partir de ese mismo concepto.

A continuación, el legislador hace referencia a dos conjuntos de comportamientos. Nos referimos, de un lado, a los preceptos 5, 6 y 7 de la LCD⁹, que hacen referencia a los actos engañosos, de confusión u omisiones engañosas. Es decir, el 5 nos muestra que el contenido de la publicidad es el engaño concreto, por cuanto que será engañosa todo tipo de práctica que contenga una información que, a pesar de ser real, produzca en el destinatario un error que pueda alterar su comportamiento económico; el 6 supone confundir, o dicho de otro modo, genero en el destinatario que hay cierta vinculación en las pretensiones propias y ajenas, se confunde al consumidor sobre la naturaleza del producto. Los actos de confusión comportan una definición tan extensa que incluso se considera una confusión la omisión de la obligación de distinguir la presentación del bien; mientras que en el 7 se omite el engaño por lo que digo, oculto y ello es de tal magnitud que al destinatario le hace actuar de una forma distinta a la que

⁷ Carbajo Cascón, F. (2017), “La competencia desleal (I): *Cláusula general e ilícitos por competencia desleal. La publicidad comercial desleal*”, pp. 341-413.

⁸ Real Academia Española.

⁹ Arts. 5, 6 y 7 (Capítulo II) de la LCD.

habitúa. Se considerará suficiente para calificar una práctica como desleal la falta de información, no siendo necesario la existencia de generar en el destinatario expectativas que no son acordes con la realidad, ni que exista una relación de causalidad entre la “falsa expectativa” y el comportamiento económico del usuario.

Y de otro lado, a las prácticas agresivas (art. 8 LCD)¹⁰, que merman significativamente la libertad de elección del destinatario, afectando su comportamiento económico. Se definen como ilícitas y desleales, ya que en el mercado el usuario está protegido por su libertad de elección, cualquier comportamiento que obstaculice su libre elección será actuar bajo la influencia de un comportamiento desleal (acoso, por fuerza, influencia indebida, coacción). La influencia indebida se caracteriza por abusar de una posición de poder para hacer presión, sin que se requiera la fuerza física, coacciones, amenazas, etcétera. Este tipo de prácticas llevan al consumidor a la adopción de una decisión con el fin de evitar algo, o al no ejercicio de sus derechos para así evitar aquello con que se le amenaza. Para que podamos hablar de práctica agresiva deben concurrir, por tanto, cuatro elementos: un comportamiento; acoso; coacción; e influencia indebida¹¹.

Además de los supuestos mencionados, la denigración (art. 9 LCD)¹² también se considera una práctica ilícita, ya que en la publicidad no se admite salvo que lo que diga sea real. Si lo que digo se corresponde con la realidad no estoy denigrando sino dar una información del mercado y eso interesa. Hay que matizar que las denigraciones personales aquí no se admiten, sólo serán válidas las comerciales.

Los actos de comparación en la publicidad (art. 10 LCD)¹³ nos llevan a entender que solo es lícita la comparación que se hacen con datos objetivos, que se puede comprobar o verificar y que dicha comparación sea veraz y no engañe.

Los arts. 11 y 12 de la LCD¹⁴ dedicados a los actos de imitación y de explotación de reputación ajena, igualmente, tratan sobre prácticas ilícitas y, por tanto, desleales. Hay matizar que es distinto imitar a confundir pues, imitar es libre en el mercado y la única limitación que existe

¹⁰ Art. 8 (Capítulo II) de la LCD.

¹¹ Massager Fuentes, J. (2010), “*Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal*”, pp. 17-32.

¹² Art. 9 (Capítulo II) de la LCD.

¹³ Art. 10 (Capítulo II) de la LCD.

¹⁴ Arts. 11 y 12 (Capítulo II) de la LCD.

es que haya un derecho reconocido de otra persona (derecho de exclusiva), por lo que yo en el mercado puedo llevar a cabo las mismas prestaciones que otros siempre que, el otro no tenga un derecho reconocido ya que, en caso contrario, imitaría su iniciativa profesional y, además, me estaría aprovechando de su reputación ajena.

También cabe hablar de la violación de secretos (art. 13 LCD)¹⁵ como una práctica desleal, pues descifrar los secretos que tienen las empresas para competir en el mercado las expondría a una serie de riesgos, lo cual es ilícito, pero estos casos, se regirán por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales.

Del mismo modo, los supuestos de inducción al trabajador, cliente y demás obligados para que incumplan sus deberes se considerará una práctica desleal regulada en el art. 14 de la misma ley, junto con la violación de normas que figura seguidamente en el art. 15¹⁶.

En cuanto a la discriminación del consumidor en el ámbito económico (precios) y la explotación por parte de una empresa de la existencia de dependencia económica en la que se puedan encontrar los clientes, proveedores, etcétera; se reputa desleal. Inclusive, la rotura de relaciones comerciales sin que se haya avisado previamente, o la obtención (bajo amenazas) de condiciones de cooperación comercial adicionales que no se han pactado desde el inicio en el contrato. Todo ello, puede contemplarse como tal en el art. 16 de la LCD¹⁷.

Muy importante por otra parte, hacer ver que yo puedo fijar mis precios libremente en el mercado, pero si alguien tiene que dejar de participar en éste por mi práctica, si me traerá unas consecuencias, pues se trata de una práctica desleal (deben darse una serie de elementos como sería la confusión del consumidor, desacreditar la marca o expulsarlo del mercado). Esto es lo que se traduce como venta a pérdida (art. 17 LCD)¹⁸.

Para concluir esta primera parte sobre actos comerciales desleales, hay que matizar que la publicidad que sea ilícita (según indica el art. 18 LCD)¹⁹ se considerará por LGP siempre como una práctica desleal.

¹⁵ Artículo 13 (Capítulo II) de la LCD.

¹⁶ Artículos 14 y 15 (Capítulo II) de la LCD.

¹⁷ Artículo 16 (Capítulo II) de la LCD.

¹⁸ Artículo 17 (Capítulo II) de la LCD.

¹⁹ Artículo 18 (Capítulo II) de la LCD.

A continuación, procederemos al estudio de esa segunda parte a la que hacíamos referencia anteriormente que tiene que ver con las prácticas publicitarias o comerciales, pero que hacen alusión de forma directa al consumidor o consumidores (arts. 19-31 LCD).²⁰

Podemos dar comienzo hablando de aquellas prácticas que son engañosas y que generan, por tanto, confusión en el consumidor o usuario, así como el riesgo de asociación en atención a otras marcas, bienes o servicios, etcétera; de tal forma que puede verse afectada y perjudicada la economía de dicho consumidor. De igual forma, se considerará engañosa la práctica comercial que manifieste como veraz la sujeción a un Código de Conducta u otros distintivos que garanticen su calidad y ello, resulte ser incierto.

Hay otro tipo de praxis denominada señuelo que consiste en competir deslealmente ofertando productos o servicios en unas condiciones llamativas para el consumidor, pero que resultan ser falsas o en un volumen que no es justo, con el fin de fomentar la compra de otros distintos. Resulta desleal ya que es engañosa para el usuario y habrá una desproporción en los medios utilizados para llevar a cabo la publicidad de dicha oferta y en el número de unidades disponibles. Dicha Ley las prohibirá, además, cuando se realicen a pérdida y causen una confusión sobre la nivelación de precios del comercio. Así como aquellas que generen engaño o error acerca de su naturaleza, propiedades, disponibilidad, etcétera.

Muy importante, dentro de este ámbito que afecta al consumidor de forma directa, hacer referencia al modelo de venta piramidal por ser considerada engañosa, luego desleal siempre que concurren tres requisitos: -que tenga por objeto la promesa de que el usuario tiene la opción de adquirir un beneficio económico; -que ello se derive de la entrada de otros usuarios o consumidores al plan; y, -que lo que financia el beneficio prometido no proviene de una actividad económica cierta.

En cuanto a las prácticas de publicidad encubierta en el mercado decir que no vamos a extendernos sobre esta materia aquí, ya que se trata de objeto de estudio en nuestro trabajo profundizando, por tanto, posteriormente en ellas y, únicamente matizar que se considerarán desleales por no captar de una forma inmediata su finalidad, puesto que no es recibida por el

²⁰ Artículo de 19 a 31 (Capítulo III) de la LCD.

destinatario de forma clara como un mecanismo de promoción de un producto o servicio concreto.

Igualmente, como ya comentábamos anteriormente, las prácticas que generan en el consumidor confusión; engañan o resultan agresivas (ya sea por abuso de poder, coacción, acoso...) se califican como desleales en el mercado; no olvidando aquellas prácticas que se dirigen directamente a menores incidiendo en su comportamiento para que adquieran bienes o servicios publicitados.

3. LA PRÁCTICA DE ENCUBRIMIENTO EN LA PUBLICIDAD.

3.1. Aspectos de la delimitación conceptual y características:

La delimitación del encubrimiento como práctica en el mercado cabe precisarla en razón de la regulación ya indicada en el ámbito de la competencia desleal. En concreto, la norma hace referencia expresa con el siguiente tenor es el Encubrimiento. Encontramos su regulación en el Capítulo III, **artículo 26** de la LCD, el cual, seguidamente, procedemos a reproducir a íntegramente: *“Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario.”²¹*

La definición de publicidad encubierta, a simple vista, puede apreciarse como fácil de visualizar, pero a la hora de llegar a la práctica es o resulta bastante complicado determinar cuándo tiene lugar. Tiene que establecerse, pues, la diferencia, de un lado con la auténtica publicidad y, de otro, del englobado propio del medio en que figura, (es decir, una simple mención informativa de un bien, servicio o negocio, que tiene cabida en un programa de televisión o noticia periodística), ya que, en principio, y siempre y cuando respeten la normativa, estas dos maneras de manifestarse son permitidas por la Ley.

²¹ Artículo 16 (Capítulo III) de la LCD.

El público, por ende, tiene derecho a que toda declaración comercial se describa como tal, pues, este derecho se fundamenta en el principio de autenticidad y se tiene la necesidad de respetarlo.

Una forma más de alegar la ilicitud de la publicidad encubierta surge en que esa publicidad facilita al medio de comunicación y al propio declarante o anunciante un beneficio indebido de cara a sus rivales viéndose, por tanto, dañados sus intereses.

Hasta ahora entendíamos encubrir como lo contrario a hacer publicidad en los términos definidos en la propia ley general. En la medida en que se ocultaba la naturaleza publicitaria del mensaje y, como es sabido, cualquier comunicación promocional que se lleve a cabo en el mercado ha de estar claramente identificada como tal, al igual que el anunciante.

Por tanto, el carácter esencial de la publicidad encubierta o como algún autor califica “disfrazada”²² se lleva a cabo en que aquellos quienes reciben el mensaje o comunicación no consideran tales manifestaciones, llevadas a cabo a través de medios de comunicación o difusión, como exposiciones comerciales o actividades publicitarias.

En medida que el empresario no haya pagado a quien lo promociona, es decir, no haya una pretensión promocional o comercial, no se puede entender como publicidad encubierta puesto que, si yo todos los días publico en mi blog mi vida cotidiana y hago referencia a un producto cada día, doy a conocer las marcas que me gustan sin ninguna pretensión. Esto es, si cada día hago alusión a diversas marcas sin que la empresa me pague, no estoy encubriendo nada sino enseñándolo a mis seguidores.

Sin embargo, hablamos de encubrimiento cuando hay una vinculación con el empresario, cuando yo estoy continuamente promocionando su marca o sus productos y, además, recibo un beneficio a cambio. Ya no estaré enseñando la marca por mí misma, sino por la pretensión de llamar la atención de otros a través de la marca. Esto se califica, evidentemente, como un supuesto de deslealtad, el cual hay que separar del caso descrito en el párrafo anterior que nada tiene que ver con ello.

Hay que valorar ello desde la perspectiva del consumidor medio antes referido (tiene que haber engaño al consumidor) aunque el competidor se sienta afectado. La manera de engañar al

²² Tobío Rivas, A.M. (2000), “Revista de Derecho Mercantil: *La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria*”, pp. 1155-1210.

consumidor con el encubrimiento reside en la naturaleza del mensaje, en que no se ha calificado como publicidad lo que en realidad era.

La publicidad encubierta tiende con frecuencia a ocultarse, generalmente, en un espacio informativo, pero no de forma estricta, ya que no es a través de ello la única manera de manifestarse, por ejemplo: programas de entretenimiento, concursos, magacín, películas, series de televisión, entre otros.

Es cierto que la doctrina hace una continuada referencia al encubrimiento informativo, pues era el mecanismo más usual hace años, ya que se daba mayor seguridad, objetividad y credibilidad a sus alegaciones. Actualmente, cabe decir que el fin persuasivo no es alcanzado en tal escenario, sino que también de otras formas, inclusive, es probable que produzca una mayor convicción para una parte de los destinatarios.

3.2. Distinción con figuras similares a la publicidad encubierta.

La publicidad encubierta o el encubrimiento en las prácticas comerciales hay que distinguirlo de comportamientos que también son ilícitos, según la doctrina de referencia en la materia como son:

1. La publicidad subliminal: esta modalidad de hacer publicidad está terminantemente prohibida por nuestra normativa, pues se trata de una persuasión que genera en el usuario una serie de estímulos que le hacen actuar de forma distinta a la que normalmente lo haría, es decir, condiciona su comportamiento.

La publicidad subliminal se lleva a cabo a través del uso de imágenes de breve duración insertadas en programas de televisión, películas... que no son percibidas por los destinatarios a causa de ese poco transcurso pero que por el contrario son de tal carácter que se establecen en el recuerdo del espectador condicionando así su actitud.

Por todo ello, puede caracterizarse como un tipo de encubrimiento publicitario, ya que influye en el subconsciente de tal modo que puede llegar a anular su capacidad de decidir, causándose un atentado contra la dignidad de la persona.

2. La publicidad indirecta: esta figura, usualmente, ha sido confundida con la publicidad encubierta. Como decíamos anteriormente, cuando hablamos de publicidad encubierta, el

receptor del mensaje publicitario no es conocedor de que está ante una comunicación cuya naturaleza es publicitaria, pues ésta se encuentra “disfrazada” con un espacio informativo u otro tipo de apariencia que impide divisar, al menos de forma clara, su fin persuasivo. Sin embargo, en la publicidad indirecta se puede percibir una clara manifestación publicitaria con la finalidad de promocionar un producto cuya publicidad, de forma general, no está permitida.²³

Por tanto, la publicidad indirecta podemos definirla como un método publicitario que destaca una marca notoriamente, que diferencia un producto específico, con la excusa de identificar un producto novedoso, ocasionando en el usuario el recuerdo de otro tipo de producto anterior cuya publicidad no está permitida. Es decir, el destinatario asocia esa publicidad novedosa con el anterior producto.

3. El patrocinio: se trata de un contrato a través del cual, el patrocinador, tiene la obligación principal de entregar o conceder una ayuda económica al patrocinado con el requisito de que éste último se comprometa u obligue a cooperar en la comunicación publicitaria que lleva a cabo el patrocinador de diferentes formas, por ejemplo: siendo partícipe de determinados eventos y llevando a cabo la actividad que se patrocina, fomentando la marca, desarrollando acciones propias de relaciones públicas, etcétera.

Hay autores que defienden al patrocinio publicitario como un tipo de promoción empresarial que acoge el nombre de “relaciones públicas”. Dice diferenciarse de la publicidad clásica en que el patrocinio tiene por objeto principal articular la comunicación de una forma indirecta y provocando un control a su vez menos fuerte sobre el mensaje que se transmite.

El patrocinado a la hora de desempeñar sus actividades de cooperación con el patrocinador, tiene el deber expreso de respetar además de los límites contractuales la normativa que regula la publicidad, dando de lado por ello cualquier clase de publicidad de carácter ilícita o no permitida. Por tanto, siempre que esto se respeta no deberá considerarse al patrocinio como publicidad ilícita de ningún modo.

²³ Tobio Rivas, *La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria*, pp.1183-1186.

Puede decirse que el patrocinado puede colaborar en su actividad de una forma activa pero también pasiva, pues es esta la última la que quizá mantenga una relación más próxima con la publicidad encubierta.

Ahora bien, si no existiese o no pudiera corroborarse un vínculo contractual que demostrase una relación entre el patrocinador y un presunto patrocinado, en el caso de que este último realizase una “exhibición” de un tipo de marca que se promociona por un patrocinador, por ejemplo la aparición de una actriz en una película portando una vestimenta en la que es visiblemente clara la marca de esta, no podríamos afirmar de forma concisa que estamos ante un patrocinio encubierto, ya que no hay un contrato de por medio que así lo estableciese. No obstante, sí es cierto que en determinados supuestos sí podríamos hablar de patrocinio encubierto como tal cuando se pudiera alegar la existencia de un contrato entre ambos y analizando a su vez que, efectivamente, se tratara de encubrimiento.

Por último, debemos destacar que el patrocinio de programas de televisión merece un trato particular, ya que para que revista carácter lícito tiene la obligación de cumplir dos requisitos concretos:

- a) La acción de patrocinio debe ser identificada de forma clara a través del nombre, marca, logotipo, etcétera; bien al principio de la emisión, al final de esta e, incluso, en los dos momentos.
- b) Dicha identificación tiene la prohibición de persuadir al destinatario respecto de la compra o contratación del producto o servicio promocionado.²⁴

4. LA PRÁCTICA DE ENCUBRIMIENTO EN MEDIOS AUDIOVISUALES.

4.1. Normativa específica y medios.

Para poder entender en qué consiste la modalidad de encubrimiento publicitario en atención a los medios audiovisuales, vamos a tener muy presente la Ley General de la Comunicación

²⁴ Tobio Rivas, *La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria*, pp.1186-1193.

Audiovisual, de 31 de marzo de 2010²⁵, que es la relativa a la regulación de dicho ámbito (en adelante LGCA).

Cabe partir de la definición de servicios de comunicación audiovisual, la cual figura en el artículo segundo²⁶ de la mencionada Ley. En él, el legislador, viene a determinar que se trata de la transmisión de un mensaje de carácter audiovisual por parte de una persona que puede ser tanto física como jurídica y que presta el servicio mediante medios tecnológicos con un fin que puede ser informativo; de entretenimiento o educativo; y, en algunos casos, con el objetivo de lanzar una comunicación comercial o publicitaria. Esta última es la que realmente nos interesa para el estudio de nuestro trabajo.

Las modalidades para llevar a cabo una comunicación audiovisual son la televisiva o la radiofónica. Pueden practicarse éstas de forma simultánea; en movilidad (por un dispositivo móvil); y a petición del espectador.

En atención a lo que nos interesa aquí, que es la comunicación comercial audiovisual, puede decirse que la LGCA viene a expresar básicamente en su definición que se trata de un tipo de comunicación cuyo objeto principal es promover, a través de imágenes o sonidos, un bien o servicio de una persona que lleva a cabo una actividad económica. Las imágenes o sonidos influyen de forma directa o indirecta en el destinatario y suelen emitirse en un programa de televisión o mediante un mensaje radiofónico, recibándose por ello un beneficio por parte de quien está interesado en la promoción de ese bien o servicio.

Por tanto, los requisitos esenciales que deben darse para poder hablar de comunicación comercial audiovisual son los siguientes:

1. Que exista una actividad económica, es decir, se lleva a cabo un servicio a cambio de una prestación.
2. Responsabilidad editorial: quien presta el servicio ejerce un control sobre cómo se efectúa el mismo.
3. El prestador de servicios distribuye programas, lo hace a través de imágenes en movimiento que pueden tener o no sonido creando un elemento unitario dentro de un horario de programación o catálogo.

²⁵ Ley General de la Comunicación Audiovisual de 2010. «BOE» núm. 79, de 01/04/2010.

²⁶ Artículo 2 de la LGCA.

4. El objetivo principal es distribuir un contenido de carácter audiovisual.
5. La función que se ejecuta con ello es entretener, educar, informar o llevar a cabo una comunicación comercial.
6. Ha de estar destinado a un público general.

Los prestadores de servicios, según la mencionada Ley, tendrán derecho a crear canales de comunicación comercial, programas o anuncios de autopromoción, así como a emitir mensajes publicitarios siempre que sea fácilmente identificable como tal y se distinga de forma clara del contenido editorial. Además, deberán respetar la integridad del programa en el que se inserta dicha comunicación y de las unidades que lo constituyen.

Igualmente, esta Ley nos determina en su precepto 18 qué tipo de comunicaciones comerciales en ningún caso van a estar permitidas por nuestro legislador. Podemos contemplar que, así como no está permitida la publicidad ilícita como se relataba anteriormente, estará prohibida la comunicación comercial que vulnera la dignidad humana; la que aliente a la discriminación por cualquier razón; la que se sirva de la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio; la comunicación comercial encubierta o subliminal; la que fomente comportamientos perjudiciales para la salud (como es la promoción de cigarrillos y demás productos de tabaco, de bebidas alcohólicas); la que fomente comportamientos perjudiciales para el medioambiente o seguridad de las personas; y, por último, la comunicación comercial televisiva de origen político (salvo período general de elecciones)²⁷.

No podemos dejar en el olvido que la comunicación comercial audiovisual estará, además, sujeta a las prohibiciones que se contemplan en el resto de normativa relativa a la publicidad.

4.2. Prácticas televisivas relevantes en el encubrimiento.

En los medios audiovisuales que son objeto de regulación en la norma señalada y, respecto de la práctica promocional del encubrimiento, nos centramos en el televisivo y en algunos de sus formatos prácticos.

Actualmente, están apareciendo y a su vez introduciendo varios tipos de publicidad para tratar de llamar la atención de sus destinatarios. Con estas novedosas modalidades de publicidad trata de evitarse que los destinatarios estén a la defensiva y, especialmente, en el territorio televisivo

²⁷ Artículo 18 de la LGCA.

se tiene por objeto no permitir la huida a otros canales, usándose la técnica que se define como “zapping”, cuando llega el momento de publicidad. También puede decirse que se pretende esconder su finalidad promocional insertando una comunicación publicitaria en el transcurso de un programa de televisión, sin que se produzca la segregación entre dicho programa y la información publicitaria, así como sin la efectiva identificación de la misma. De forma sorpresiva, se lleva a cabo la promoción de la marca de un producto, bien o servicio, estableciéndose, a modo de ejemplo, que es la que va a permitir dar una noticia o reportaje concreto.

Así pues, cabe proceder hacer alusión en este momento a la figura denominada **publirreportaje**, tienen lugar cuando la publicidad encubierta se desarrolla en un espacio íntegramente informativo, que sí conforma una serie de requisitos específicos exigidos por la Ley, habrá de constituirse como un tipo de publicidad que si es lícita. Los publirreportajes se tratan de un tipo de publicidad que tiene por objeto usar de manera llamativa elementos de origen informativo referentes a la fabricación, desarrollo y comercialización de un producto.

Aunque su forma de ser presentado y desarrollado ostenta carácter informativo, su finalidad es económica, pues busca el fomento o promoción de bienes y servicios. Dicho carácter informativo, puede dar lugar a generar en el destinatario o usuario un error sobre su verdadero origen y, por ello, los publirreportajes, tiene la obligación expresa de cumplir el principio de autenticidad, estableciéndose así lo que es apto o no a la hora de hacer publicidad. Al tratarse de una forma de hacer publicidad debe ser recibido por el destinatario como tal sin ocasionar confusión, adoptándose las medidas necesarias para ello. En el supuesto de no llevarse a cabo las medidas correspondientes para su apropiado entendimiento, se definirá como publicidad encubierta (“publirreportaje encubierto”).

La conocida **televenta** también es otro tipo de práctica publicitaria dentro del ámbito de medios audiovisuales que se acoge hoy día con bastante frecuencia. Esta figura no puede configurarse, de forma estricta, como una modalidad de publicidad. Sin embargo, tiende a la promoción de productos y servicios que suelen comportar elementos de carácter persuasivo, por ello puede hablarse de que se trate de una especie de una acción de publicidad televisiva. Debe acogerse a la normativa de publicidad vigente y se prohibirá, por tanto, la televenta encubierta²⁸.

²⁸ Tobio Rivas, *La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria*, pp. 1180-1182 y 1196-1197.

Otro fenómeno publicitario en el que nos vamos a detener de forma más extensa, ya que es bastante estudiado y comentado por la doctrina, es el denominado **“product placement”** o **emplazamiento publicitario**²⁹. Esta peculiar técnica se caracteriza por su difícil calificación o valoración jurídica y consiste, como adelantábamos anteriormente, en la introducción de una marca, producto o mensaje dentro del contenido del programa televisivo, series, películas, videojuegos; en definitiva, en el ámbito de los medios de comunicación audiovisual.

La polémica gira en torno de sí todo aquello que se publicita dentro de un programa es considerado como “product placement” o no. Algunos expertos opinan que sí aunque el mensaje se realice en una sección diferente del programa y otros que no puesto que se realiza en un contexto independiente, estableciéndose una pausa del mismo para ello.

Tanto la doctrina alemana como la norteamericana han investigado profundamente esta figura, mientras que la doctrina española apenas la ha tratado y sólo hace breves referencias de ella. No obstante, determinaremos en qué consiste el “product placement”, según las fuentes con las que contamos relativas a dicho tema.

El “product placement” lleva consigo un elemento que íntegramente objetivo, es decir, el acontecimiento de un producto o servicio que se identifica de forma clara con un signo distintivo o una marca. Se considera totalmente lícita dicha práctica salvo que se de alguno de los requisitos que señalaremos a continuación. Ahora bien, si es cierto que podría comprobarse si el “product placement” incurre en algunos de los casos de competencia desleal que se contemplan en nuestra normativa, que lleva a señalar que será ilícito cualquier comportamiento que vaya contra la buena fe (art. 5 LCD)³⁰, lo cual, debemos decir que no resulta posible debido a que no se comporta como una manifestación de publicidad.

Puede concurrir, en el “product placement” un segundo elemento que se clasifica como intencional, ya que con ello se intenta promover, de alguna forma, una contratación, pudiéndose determinar por ello como un supuesto de publicidad encubierta. Lo que nos llevará a que tal planteamiento sea decisivo será la existencia de que se produzca una confusión o error en la mente del destinatario.

²⁹ De Borrafull de Torrents, I. (1997), “Comunicación y pedagogía. Nuevas tecnologías y recursos didácticos: *La publicidad encubierta en televisión-El product placement*”, pp. 17-20.

³⁰ Artículo 5 (Capítulo II) de la LCD.

De todo ello deducimos que, si a pesar de que no exista una identificación como tal de publicidad, pero el destinatario sí que la percibe, no podríamos hablar de publicidad encubierta. Desde nuestro punto de vista puede decirse que a lo largo del tiempo el usuario irá captando con una mayor frecuencia aquellos supuestos que, efectivamente, traten de una táctica publicitaria como puede ser el “product placement” entre otros. Sin embargo, hasta ahora, debido por el contexto en el que se introduce la publicidad (un programa que nos resulta interesante o una película que nos gusta mucho), seguimos ante numerosos supuestos de encubrimiento.

Hay una parte de la doctrina que añade la existencia de un tercer elemento para que el producto emplazado se califique como un supuesto de encubrimiento publicitario. Este elemento es el consistente en la prestación que se recibe a cambio de hacer dicha publicidad. El recibimiento de dicha prestación o, también puede hablarse de remuneración, es una prueba evidente para poder verificar que se trata de publicidad. Obviamente, muy pocas veces alguien emitirá en su programa o espacio audiovisual algún tipo de publicidad sin recibir por ello algo a cambio³¹.

Estos supuestos, así como otros tipos de publicidad similares pueden valorarse como publicidad encubierta, además de cuando pueda ocasionar en el destinatario o usuario un error que le lleve a confusión respecto del verdadero origen de dichos productos o servicios. Así pues, en otras ocasiones, dentro del espacio televisivo se regala un producto determinado, que es fácilmente reconocido por su marca, a un invitado que va al programa y, este tipo de práctica también es una forma de hacer publicidad encubierta, aunque quizá pueda verse de una forma menos agresiva.

5.LA PRÁCTICA DE ENCUBRIMIENTO EN EL ÁMBITO ELECTRÓNICO.

5. 1. Aspectos relevantes de las comunicaciones comerciales electrónicas.

Procediendo al objeto de encubrimiento de la práctica de publicidad en el ámbito electrónico, debemos acudir a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico

³¹ De Borrafull de Torrents, *La publicidad encubierta en televisión- "El product placement"*, pp. 17-20.

de 2002³² (en adelante LSSyCE). Los artículos 19 a 22 de la LSSyCE establecerán su regulación.

El **artículo 19**³³ se dedica a la fijar el orden de prelación de fuentes, es decir, se aplicará como regla general la LSSyCE y, sobre aquello que no se regule en esta Ley, se acudirá a la LGP o LCD (esta última se señala al contener la misma los supuestos de publicidad ilícita). Asimismo, en su segundo párrafo hace alusión a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales ³⁴ ya que, en el ámbito electrónico, puede existir un mensaje que es personalizado. Esto no tiene cabida cuando hablamos de publicidad en general, ya que ahí no me siento aludido ni siquiera, aún, cuando el cartel sea de un producto que nos interesa.

La definición de comunicación comercial electrónica es prácticamente idéntica a la de publicidad salvo que, la comunicación comercial electrónica se dará, como su propio nombre indica, por medios electrónicos. Puede realizarlo cualquiera y, además, el mensaje o comunicación debe partir de una actividad comercial y con la intención de promover ese bien o servicio.

Una comunicación comercial se trata de aquellos datos que permiten acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

Si valoramos el contenido (cuando hablamos de contenido nos referimos a la comunicación) de la publicidad electrónica (mensaje publicitario) tiene una parte objetiva que se divide en dos: -información y -persuasión. Por otro lado, cuando se emite una campaña publicitaria siempre se habla a un público al que dirijo el contenido; en el ámbito electrónico dependerá en la forma en la que se difunde el mensaje publicitario (público catalogado: trabajo o estudiantes; mujeres u hombres; etcétera).

³² Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. «BOE» núm. 166, de 12/07/2002.

³³ Artículo 19 de la LSSyCE.

³⁴ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. «BOE» núm. 294, de 06/12/2018.

En cuanto a las herramientas o mecanismos generales que permiten hacer publicidad de forma ilícita podemos mencionar las formas más usuales, aun siendo conscientes de la multiplicidad de las mismas y, a su vez, siendo someros en nuestra explicación:

- Ventanas emergentes: si en una ventana emergente aparece publicidad habría que ver que el mensaje esté claramente identificado como tal y que aparezca algo para decir que ese contenido es comercial.
- Buscadores electrónicos y palabras clave. Un buscador electrónico es un prestador de servicios que me permite un sistema de búsqueda ajena. Ahora bien, todos los espacios que hay en el ámbito electrónico se indexan. Los buscadores indexan los buscadores en el ámbito electrónico con un algoritmo. Todos los espacios electrónicos están en una base de datos concreta y lo que hago es relacionar los contenidos indexados con palabras clave que introduce el titular del espacio o el propio buscador.
- Enlaces patrocinados: pagan por aparecer en Google y ser destacados.
- Enlaces electrónicos: por un lado, podemos hablar de lo que se denomina enlace simple, se trata de un enlace electrónico, así como de una comunicación electrónica; cuando pincho debo acceder a la página del tercero, pero la forma de acceder a ella es lo que me puede provocar un caso de competencia desleal. Por otro lado, tenemos un tipo de enlaces que se definen como profundos, estos lo que permiten no es ir a la página concreta del tercero sino a un sitio concreto de esa página.

Obviamente, las redes sociales también se tratan de un mecanismo que permite hacer publicidad, pero éstas serán desarrolladas de forma más detenida y detallada a continuación, junto con el periódico digital.

5. 2. Cuestiones de encubrimiento en el ámbito electrónico. Especial referencia a las redes sociales.

La publicidad ha ido evolucionando en los últimos años dando lugar al surgimiento de numerosas formas de hacer publicidad para llegar hasta el usuario a través de distintas tácticas de: rentabilidad, visitas, ventas o branding.

Estos soportes digitales dan una serie de ventajas que no da la publicidad tradicional como es que la comunicación es instantánea; el seguimiento, medición y control de la campaña publicitaria se efectúa en tiempo real; es posible la hipersegmentación, es decir, el proceso a

través del cual se utiliza la información del comportamiento de los usuarios para la creación de campañas personalizadas; entre otras. Todos estos beneficios son un signo evidente para que los empresarios o anunciantes inviertan en este tipo de formato digital y que, por el contrario, el convencional entre en deterioro.

En cuanto a los tipos de publicidad habituales en las redes sociales podemos comenzar diferenciando tres tipos: las propias de la comunicación; la profesional; y la especializada. Las primeras son aquellas a través de las cuales los usuarios pueden darse de alta y permiten poner en contacto a unos usuarios con otros; compartir información, imágenes, videos, sensaciones, etc.; entre las más conocidas actualmente encontramos a Facebook, Youtube, Twitter e Instagram. Las segundas se centran en los ámbitos profesionales y de trabajo. Mientras que, las terceras, se centran en una temática concreta ya sea viajes, moda, hogar, deporte.

En este sentido nos vamos a centrar en el primer tipo de redes sociales, es decir, Twitter; Facebook e Instagram. Junto a ellas analizaremos una serie de ejemplos de publicidad ilícita que se llevan a cabo sin dar cuenta a que se trata verdaderamente de mensajes ilícitos y que no deberían comercializarse, los cuales, en cualquier momento, pueden ser denunciados³⁵. Hay que matizar que no se trata de los anuncios que pueden aparecer al margen y que los asumo y acepto a la hora de crear mi perfil, sino que el problema reside en el encubrimiento de dicha publicidad. Esto es, se debe valorar que la persona está haciendo una actividad en el mercado y que, además, se pretende captar la atención del usuario.

La norma sanciona aquellos casos en los que la comunicación o mensaje publicitario no está claramente identificado, ya que puede generar confusión en el usuario. Se puede hablar de supuestos en los que una marca de un producto le ha pagado a una persona (suele tratarse de famosos) para que haga publicidad de la misma. Por consiguiente, esta persona lo que hará es intentar destacar el producto haciendo publicidad indirectamente y, desde un punto de vista, lo que se deduce es que está tratando de encubrir, ya que no queda identificado expresamente como tal. No obstante, no todo el mundo que utiliza una marca y sube una foto de ella está haciendo publicidad, habría que valorarlo todo, por ejemplo, persona a la que una marca le regala un producto y lo manifiesta públicamente, aquí no cabe hablar de publicidad encubierta.

³⁵ Martínez Pastor, E; Gaona Pisonero, C. (2016). *“Límites jurídicos de la publicidad en redes sociales”*, pp. 2410-2421.

Por lo que respecta a la red social Facebook, son abundantes los supuestos de suplantación de identidad o que se use, de forma indebida, una marca para poder conseguir, de este modo, datos de usuarios o llevar a cabo estafas de diversa índole. Para estos supuestos, la red social, ha implantado la opción mediante la cual se puede denunciar este tipo de prácticas falsas por los propios afectados.

En el caso de la red social Twitter, a modo de ejemplo: en verano de 2013, una serie de famosos españoles procedieron a publicar en sus perfiles un mensaje cuyo hastag era el siguiente: “porfincalor”, acompañaban dicho mensaje con una fotografía de ellos mismos tomándose un yogurt del identificativo Danone de forma explícita. Puede parecer, de forma aparente, un mensaje de carácter exclusivamente personal debido a la llegada del verano, pero, realmente, se trataba de una campaña publicitaria organizada por la marca Danone en favor de su producto “yolado” y que había sido lanzada en la plataforma Twitter a través de distintos influencers. De todos los personajes famosos que recibieron una prestación a cambio de dar a conocer dicho producto, solo uno de ellos incluyó el hastag “publi” dando así clara evidencia de que se trataba de un mensaje publicitario por el cual habían recibido un beneficio; por el contrario, el resto de influencers no incluyeron esa aclaración, a pesar de que se tratara esto de una evidente campaña de publicidad encubierta³⁶.

Son numerosos los mensajes publicitarios de este tipo a través de otros famosos, aludiendo a diversas marcas sin dejar de forma clara si se trata de publicidad encubierta o, simplemente, de un comentario que han hecho sobre una marca que les gusta. La duda desaparece en un mercado tan lucrativo en el que un personaje famoso es un “instrumento” de reclamo de marcas como medio para para llegar a sus seguidores. No obstante, es necesario demostrar esto mediante la existencia de un contrato publicitario, pues de otro modo, sólo puede cuestionarse³⁷.

Ahora bien, este tipo de negocio no persigue solamente a personas famosas sino también anónimas. Esto es, gracias a su gran número de seguidores consiguen que las distintas marcas los seleccionen como prescriptores, pues se trata de personas que influyen en un determinado público con sus opiniones o decisiones de compra. Por consiguiente, todo lo que cuelguen en sus redes sociales es recibido por sus fans y, además, lo hace sin intermediarios, es decir, de

³⁶ Martínez Pastor; Gaona Pisonero. “*Límites jurídicos de la publicidad en redes sociales*”, pp. 2414-2415.

³⁷ Tato Plaza, (2019), Revista de Derecho Mercantil: “*Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales («influencers»)*”, p. 2.

forma directa. Las marcas facilitan así sus productos para que sean mostrados y, a su vez, promocionados al público y, a cambio, pagan por ello grandes cantidades de dinero.

En ninguno de estos casos se indica previamente que ha existido una contraprestación con las marcas, solo se efectúan contenidos o imágenes sin matizar que efectivamente son interés de un contrato publicitario.

6. ANÁLISIS Y SÍNTESIS DE LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL.

Entre las numerosas sentencias que tienen su objeto en la problemática de insertar publicidad de forma encubierta en ámbitos televisivos, causando error en el usuario y, llegando éste a realizar actos que originan un perjuicio económico en su patrimonio derivado de dicho engaño, vamos a proceder al análisis y síntesis de un supuesto que ha llegado al Tribunal Supremo con fecha de **31 de octubre de 2018**³⁸.

La presente resolución tiene su origen en atención al pleito iniciado por la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (CNMC) frente a una serie de infracciones graves cometidas por Mediaset España Comunicación S.A., debido a que la productora llevó a cabo la emisión de comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas encubiertas de diferentes productos, así como de una empresa que los vende dentro del programa “¡Qué tiempo tan feliz!”.

Se dictó sentencia sobre el litigio imponiendo a Mediaset la sanción de seis infracciones muy graves (veces que ha tenido lugar la comunicación comercial) por un importe cada una de ellas de 100.001 euros como consecuencia de vulnerar el artículo 18.2 de la LGCA. Esta irregularidad se fundamenta en la incorporación de un microespacio publicitario que aparentemente revestía carácter informativo y divulgativo, pero que en realidad tenía una clara naturaleza publicitaria y promocional.

Se introducía en calidad entrevista con el objetivo evidente de provocar o estimular la compra de diversos productos que se presentan como soluciones a cuestiones de salud, belleza, entre

³⁸ STS 3770/2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. R. Casación. Sentencia Núm. 1573/2018. Madrid.

otros. La actividad promocional cesaba con la remisión al blog de la prescriptora facilitando la adquisición del producto vía on-line.

La productora Mediaset presentó recurso contra dicho pronunciamiento sustentando su oposición en la inexistencia de infracción del mencionado artículo y en que dicho espacio no tiene naturaleza publicitaria. La demandada siguió la estrategia de separar contenidos publicitarios en telepromociones de no publicitarios en los referidos microespacios, respetando así lo establecido en la ley. Más aún, alegó no estar en presencia de la figura de publicidad encubierta ya que, en ninguna de las seis emisiones se mostraba ni mencionaba el nombre de los productos. Se refugiaba pues, en que la promoción de la marca concreta solo había tenido presencia en las telepromociones, diferenciándose totalmente de dichos microespacios. La recurrente añade, además, que en todo caso la infracción debería considerarse como continuada en lugar de seis infracciones independientes.

Finalmente, la Sala acuerda en el fallo estimar en parte del recurso interpuesto por Mediaset esto es, se considera estar en presencia de la figura de publicidad encubierta, pero se ordena anular la resolución que califica la conducta como la comisión de seis infracciones diferenciadas por una nueva que identifique a la productora como autora de una infracción continuada en su lugar, fijando, además, una sanción económica proporcional acorde al supuesto.

Cabe decir que resulta acertada la decisión de la Sala pues, obviamente, se aprecia estar ante un supuesto de publicidad encubierta en cuanto a que es muy claro el objetivo promocional con interés lucrativo mediante la exhibición del producto en dichas entrevistas y en un espacio que no es específico para tal emisión, utilizado a su vez para ocasionar en el destinatario confusión acerca de lo que está visualizando.

Se estima, igualmente, conveniente que se castigue la conducta como una infracción continuada en vez de seis infracciones independientes ya que, como bien se menciona en la resolución y su definición claramente establece, estamos ante la realización de una serie de acciones que constituyen la vulneración de los mismos o similares preceptos, aprovechando idéntica oportunidad, castigándose, por tanto, como una única sanción aplicando para ello el principio de proporcionalidad.

Siguiendo en esta misma línea, pero con una fecha anterior al supuesto previamente analizado, podemos mencionar la **Sentencia 4384/2013 de 30 de julio**³⁹, en materia de emisión de publicidad encubierta de determinados productos en una serie de televisión que se denominaba “Escenas de Matrimonio”. Contra ésta se interpuso recurso de casación por parte de GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. ya que, se le hacía responsable de la comisión de seis infracciones administrativas graves, así como de otra serie de multas de diferentes importes.

En este caso el recurso es desestimado en su totalidad por el Tribunal Supremo pues, aún basando su defensa la entidad mercantil en la vulneración del principio de tipicidad, debido a la inexistencia de un propósito publicitario por parte del operador televisivo, además de la vulneración del principio de proporcionalidad por las sanciones impuestas a la misma, el Tribunal considera que hay una evidente exhibición visual de ciertos productos identificados tanto por su marca como por su propio título, con el único objetivo de promocionarlo y sin ser indicado de forma clara que se trata de publicidad.

Por otro lado, acreditaba GESTEVISIÓN que para que pudiera considerarse publicidad encubierta se debe siempre recibir una determinada prestación a cambio de ello, fundamento no acogido por el Tribunal en la medida de que, la existencia de remuneración no constituye un elemento del tipo infractor, así puede comprobarse en la definición de publicidad encubierta que se hacía en la antigua norma sobre comunicación audiovisual. La remuneración actúa como una circunstancia más que confirma “*ex – lege*” la intencionalidad, lo que no significa que únicamente pueda apreciarse publicidad encubierta cuando exista contraprestación.

Igualmente, el Tribunal indica en dicha resolución que no cabe reproche alguno acerca de la proporcionalidad de la sanción establecida pues, al analizarse la gravedad, reiteración y duración de la conducta llevada a cabo por la entidad mercantil, resulta palpable que se afecta de una manera directa a los Derechos Fundamentales de los espectadores, como son el derecho a la correcta información sobre los bienes o servicios publicitados y el derecho a recibir información notablemente diferenciada de los programas o series, sin que pueda recibirse en contra de la voluntad del destinatario tal publicidad.

³⁹ STS 4384/2013, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. R. Casación, Núm. Recurso 6965/2010. Madrid.

Continuando con otro ejemplo relativo a la figura de publicidad encubierta encontramos la **Sentencia 797/2011, 18 de noviembre de 2011**⁴⁰ versa sobre la demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente Altadis S.A., Editorial Compostela S.A. y Televisión de Galicia S.A., por ser productoras de una serie televisiva, en la que tuvo lugar la aparición, en diversas escenas, de una máquina expendedora de tabaco con un anuncio de la marca de cigarrillos NOBEL en la parte frontal.

La demandante basaba el fundamento de la presente litis en que la manifestación de la mencionada publicidad ilícita era, además de encubierta, prohibida ya que, la promoción de un producto como es el tabaco, está legalmente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente por la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, artículo 9⁴¹.

La demanda fue desestimada en ambas instancias alegando la inexistencia de publicidad encubierta en la variante conocida como “*producto placement*”. Concretamente, la Audiencia Provincial recogía en su dictamen que, aunque era cierta la reiterada aparición de dicha máquina expendedora de tabaco, ésta lo hacía en un segundo plano resultando un tanto complicada su apreciación. Más aún, determina que el entorno en el que figuraba (un bar) era el propio de un decorado lógico hostelero, así como, que en ningún momento influía en el desarrollo del guion. Junto a todo lo anterior, sumó la negativa de la ilicitud publicitaria en atención al artículo 9 de la Ley sobre el tabaco, argumentando que no se podía relacionar a la productora de la serie televisiva en el momento en que se lleva a cabo la grabación, por ser anterior al momento de entrada en vigor de la referida Ley.

Tras la evidente oposición de la demandante a lo establecido por la Audiencia Provincial y procediendo, por tanto, el oportuno enjuiciamiento, la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo estimó acordar el recurso por la demandante, esto es, la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra, si bien, únicamente, Televisión de Galicia S.A., ordenándole el cese inmediato de la emisión ilícita de dicha publicidad pues, la conducta es propia de fomentar el consumo de tabaco.

⁴⁰ STS 797/2011, Sala Primera de lo Civil. R. Casación, Núm. Recurso 634/2008. Madrid.

⁴¹ Artículo 9 de la Ley de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

He de sumarme al pronunciamiento que hace el Tribunal en el sentido de que resulta curioso que el anuncio que aparece en la máquina expendedora de tabaco sea concretamente la marca Nobel y no otra u otras. Esto, posicionándonos en la tesitura del consumidor medio, reviste cierto interés, lo cual, casualmente, es el objetivo de tales empresarios. Como bien se resalta en la resolución, nada aporta al argumento o contenido de la serie (fundamento de la contraparte para justificar la acción) ese mensaje publicitario que, es fácilmente visible, mostrándonos de una forma más clara si es posible la finalidad del mismo que, no es otra que promocionar la marca del producto, además de alentar al espectador para que efectúe su compra.

7. PROTECCIÓN DEL USUARIO FRENTE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA.

Existen una serie de mecanismos de defensa para que el usuario o destinatario pueda protegerse ante este tipo de publicidad. La Ley General de Publicidad establece en su norma sexta denominada “*acciones frente a la publicidad ilícita*”⁴² que, ante supuestos de publicidad ilícita pueden ejercitarse las acciones judiciales que derivan de la competencia desleal, remitiéndonos así al Capítulo IV art. 32 y siguientes de la Ley de Competencia Desleal⁴³ pues, como venimos describiendo a lo largo del presente trabajo, al tratarse la publicidad encubierta de una modalidad de hacer publicidad de forma ilícita, le serán totalmente aplicables las acciones legales que recoge esta norma.

El legislador, primeramente, en el presente precepto, hace referencia a la acción de **declaración** consistente ésta, únicamente, en calificar la conducta como un acto desleal. Seguidamente, se ejercita la acción de **cesación** o **prohibición**, es decir, se impide inmediatamente al actor (al anunciante en nuestro caso) continuar realizando dicha conducta; si no hubiere sido aún practicada y se percibe que se trata de competencia desleal, igualmente, se prohibirá que la lleve a cabo en un futuro.

Una vez ello, para eliminar los efectos causados y poder subsanar la situación provocada por el acto desleal, se ejerce la acción de **remoción**. Se solicita como condena por parte del demandante un hacer algo que se determinará en función de cada supuesto concreto. Que dicha

⁴² Artículo 6 de la LGP.

⁴³ Artículos 32 y ss. (Capítulo IV) de la LCD.

reclamación sea viable tendrá su fundamento en la existencia de las consecuencias generadas por el acto no permitido.

El actor debe enmendar su conducta sobre la información que ha transmitido al usuario y que es engañosa, falsa o incorrecta mediante la acción de **rectificación**. Más aún, deberá **resarcir** los daños y perjuicios ocasionados por el acto desleal cuando haya tenido lugar la intervención de dolo o culpa por parte de éste.

Cuando la conducta desleal efectuada lesione una posición jurídica que esté protegida por un derecho de exclusiva u otra de similar contenido económico se puede ejercer, finalmente, la acción de **enriquecimiento injusto**, es decir, cuando el actor haya percibido un aumento en su patrimonio a costa de la otra persona. La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser practicada por el titular de la posición jurídica que ha sido quebrantada.

Es importante matizar que las acciones descritas en los anteriores apartados prescriben transcurrido un año desde que pudieron ejercitarse y la persona legitimada para ello tuvo conocimiento de quien realizó el acto desleal; y por el período de tres años, en todo caso, desde que finalizó tal conducta, así queda tipificado en el artículo 35 de la LCD.⁴⁴

Hay que decir que, el encubrimiento en la publicidad es una conducta que afecta a todo sujeto que participa en el mercado, pero en una mayor medida, el más perjudicado es el consumidor pues, es evidente, que dicha práctica influye en la toma de sus decisiones. Es por ello que, además de las acciones legales que se pueden ejercer para combatir este tipo de publicidad una vez que ésta ya se ha producido y difundido, existen otros medios que pueden ayudarnos a prevenirla.

La correcta identificación de la publicidad para evitar su confusión con otro tipo de contenidos o informaciones, es uno de los primeros mecanismos de protección que debemos tener presente, es decir, habrá de atenderse al conjunto de normas reguladas en nuestro ordenamiento que tienen por objeto garantizar que el consumidor, por sí solo, sea capaz de conocer que el mensaje que está recibiendo se trata de una comunicación comercial. Por tanto, para que la publicidad

⁴⁴ Artículo 35 (Capítulo IV) de la LCD.

no se considere encubierta, deberá estar claramente separada de las demás informaciones que el consumidor pueda recibir, determinándose la correcta identificación del emplazamiento. De lo contrario, los emplazamientos publicitarios pueden llegar a desembocar en infracciones administrativas.

A su vez, el deber de información, en el ámbito de protección del consumidor o usuario, es una obligación que reviste especial trascendencia, en el sentido de que, para ellos, la información compone un elemento esencial para hacer frente a este tipo de conductas engañosas. La comunicación comercial que los consumidores reciben debe contener una información que sea íntegramente veraz, completa y que no cause confusión. Esto enlaza con el denominado principio de veracidad de la publicidad (interés en que el consumidor no contrate un servicio o producto a través de engaño e interés en un funcionamiento libre y bueno de la competencia en el mercado).

Por otra parte, la autorregulación publicitaria es, igualmente, un instrumento de prevención relevante cuando de protección al consumidor se habla. Su finalidad consiste en promover determinados valores morales que la publicidad tiene el deber u obligación de respetar. Estos valores se concretan en los denominados Códigos de Conducta, regulándose en ellos una serie de normas de comportamiento, cuya diferencia con las normas jurídicas reside en que la aplicación de estos Códigos se produce, con carácter general, a todos los destinatarios, sin perjuicio de su voluntad. Hay que matizar que no son normas provenientes de una disposición legal, reglamentaria o administrativa de un Estado Miembro, esto es, es un conjunto de obligaciones que definen el comportamiento que deberá, en cada caso, adoptar el comerciante comprometiéndose a cumplirlo. El Capítulo V de la LCD dedica tres artículos a los Códigos de Conducta, concretamente el 37, 38 y 39⁴⁵.

Hay que destacar que no se puede establecer en un Código de Conducta ninguna pauta que sea contraria o que supere a las normas estipuladas en nuestro ordenamiento jurídico porque éste, solo me debe servir para cubrir o complementar la misma. Un Código de Conducta debe calificarse como un contrato ya que, los sectores implicados se ponen de acuerdo y solamente se comprometen a él aquellos que manifiestan su voluntad de hacerlo. Se pretende con ellos dar una mayor seguridad y confianza al consumidor en función del servicio o producto que

⁴⁵ Capítulo V, artículos 37, 38 y 39 de la LCD.

ofrezco. Por todo ello, el Código de Conducta no tiene la fuerza vinculante de una norma y eso implica en la práctica que solo se puede obligar al cumplimiento del mismo a aquellos que manifestaron libremente su voluntad de comprometerse a él⁴⁶.

Obviamente, habrá de indicarse en estos Códigos la autoridad competente que se va a encargar de velar por el correcto cumplimiento del mismo y resolver los conflictos que puedan surgir por no ajustarse a sus disposiciones pues, además, se establecen en ellos mecanismos de resolución de conflictos propios y diversos en función de la materia que se pretende aclarar. Esto es, atendiendo a lo que nos interesa en el presente trabajo, si estamos ante un problema relativo a la publicidad, se acudiría al organismo de Autocontrol. No obstante, el recurso ante este órgano no implica la renuncia a las acciones judiciales, desarrolladas previamente, del artículo 32 de la LCD⁴⁷. Así se hace constar en el artículo 37⁴⁸ de la misma Ley.

A modo de ejemplo, podemos resaltar el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol⁴⁹ cuyo contenido establece una serie de normas que persiguen la finalidad de ayudar a que la publicidad sea un utensilio necesario en el proceso económico, cuidando por el respeto de la moralidad publicitaria, así como por los derechos de los destinatarios frente a la publicidad.

En definitiva, estos mecanismos preventivos novedosos y efectivos ayudan al consumidor a evitar futuros litigios judiciales. Sin embargo, cabe decir que, frente a los medios represivos aplicables una vez que ya se ha producido esta forma ilícita de publicidad, son más escasos y, lo que verdaderamente interesaría sería que fueran mucho más numerosos.

8. CONCLUSIONES.

La publicidad encubierta puede manifestarse de una forma variada, pero si es cierto que en la mayoría de los casos se da a través de medios informativos ya que, de este modo, parece resultar más atractivo para el usuario. Los Ordenamientos Jurídicos de los diferentes países han

⁴⁶ Massager Fuentes, J. (2011) “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, 1-39.

⁴⁷ Artículo 32 de la LCD.

⁴⁸ Artículo 37 de la LCD.

⁴⁹ Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol.

prohibido de manera tradicional este tipo de publicidad pues, es clara la evidencia de que se trata de una modalidad de publicitaria que vulnera el principio de autenticidad.

Llegados a este punto podemos deducir por tanto que, para poder verificar que nos encontramos ante un supuesto de publicidad encubierta es necesaria la concurrencia de dos requisitos básicos:

- 1) Se requiere que la promoción del producto o servicio tenga por objeto un fin publicitario o promocional.
- 2) El destinatario o usuario no es consciente de que está ante una manifestación publicitaria. Para tal percepción debemos situarnos en la figura del consumidor medio, es decir, valorar la opinión del usuario perspicaz, atento y comúnmente informado. Si dicho consumidor medio es capaz de detectar con facilidad la esencia promocional del anuncio no estaríamos en presencia de la figura de publicidad encubierta.

En atención a ello, cualquier persona anunciante, así como los medios de comunicación tienen el deber de segregar claramente la publicidad de aquellas comunicaciones que no son publicitarias o, lo que es similar, programas, artículos... entre otros ya que, la publicidad encubierta, por su propio funcionamiento, lleva consigo una promoción con carácter comercial que no es expresa o clara, sino que se realiza de manera subliminal ocultándose su verdadero objetivo publicitario, por lo que causa un riesgo que ocasiona error en el consumidor o destinatario, incitándole, de forma encubierta y no consciente, a la compra o consumo del producto expuesto.

Por otra parte, la actual y continua búsqueda sobre nuevas formas de hacer publicidad, así como para promocionar productos y servicios da lugar a la aparición de otras figuras publicitarias. El ejemplo más destacado es el denominado “product placement”. No obstante, hay que matizar que no todo emplazamiento de un producto que lleve consigo el distintivo de una determinada marca o signo identificativo dentro de un filme o programa televisivo deba considerarse como encubrimiento publicitario.

Es difícil, por tanto, en la práctica detectar y probar cuando estamos ante una manifestación de publicidad casual y cuando ante un supuesto intencional, pues sólo podrá alegarse un supuesto de publicidad encubierta cuando esta sea realmente intencional. Uno de los indicios más

evidentes para corroborar este tipo de situaciones es la contraprestación de cualquier tipo a cambio de emitir ese mensaje o anuncio publicitario, aunque como decíamos desde el inicio, debe valorarse y estudiarse minuciosamente cada caso concreto y así, finalmente, aplicar la actual legislación que regula esta materia de una forma adecuada y racional.

BIBLIOGRAFÍA.

Carbajo Cascón, F. (2017), “La competencia desleal (I): *Cláusula general e ilícitos por competencia desleal. La publicidad comercial desleal*”, pp. 341-413.

De Borrafull de Torrents, I. (1997), “Comunicación y pedagogía. Nuevas tecnologías y recursos didácticos: La publicidad encubierta en televisión-El *product placement*”, pp. 17-20.

Martínez Pastor, E; Gaona Pisonero, C. (2016). “*Límites jurídicos de la publicidad en redes sociales*”, pp. 2410-2421.

Massager Fuentes, J. (2011), “*Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales*”, 1-39.

Massager Fuentes, J. (2010), “*Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal*”, pp. 17-32.

Tato Plaza, (2019), “*Revista de Derecho Mercantil: Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales («influencers»)*”, p. 2.

Tobío Rivas, A.M. (2000), “*Revista de Derecho Mercantil: La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria*”, pp. 1155-1210.

JURISPRUDENCIA.

STS 797/2011, Sala Primera de lo Civil. R. Casación, Núm. Recurso 634/2008. Madrid.

STS 4384/2013, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. R. Casación, Núm. Recurso 6965/2010. Madrid.

STS 3770/2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. R. Casación. Sentencia Núm. 1573/2018. Madrid.