



Universidad de Valladolid

Facultad de CC. Sociales, Jurídicas y de
la Comunicación

Grado en Derecho

**La publicidad encubierta. La
publicidad a través de *influencers*.**

Autor: Cecilia Teresa Hontoria Tohá

Tutor: Carmen Herrero Suárez

RESUMEN

En la actualidad han perdido relevancia los medios tradicionales y generalistas a la hora de hacer publicidad, decantándose los anunciantes por la figura del *influencer*. Debido a que es un fenómeno muy novedoso contamos con lagunas en su regulación, por ello es necesario disponer de los organismos de autorregulación para hacer frente a los conflictos de intereses que puedan surgir. Es una modalidad cada vez más utilizada, ya que, entre otras cosas, abarata los costes siendo más accesible que otros medios. Pero en muchos casos no se desarrolla de manera ética y lícita, queriendo ocultar la finalidad publicitaria para captar mayor atención y causar más impacto en los usuarios.

PALABRAS CLAVE

Influencer, consumidores, redes sociales, publicidad encubierta

ABSTRACT

Nowadays, traditional and generalist media have lost relevance when it comes to advertising, with advertisers opting for the figure of the influencer. Because it is a very novel phenomenon, we have gaps in its regulation, so it is necessary to have self-regulatory bodies to deal with conflicts of interest that may arise. It is an increasingly used modality, since, among other things, it lowers costs by being more accessible than other means. But in many cases, it does not develop ethically and lawfully, wanting to hide the advertising purpose to attract greater attention and cause more impact on users.

KEY WORDS

Influencer, consumers, social network, covert advertising

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. ¿QUÉ ES LA PUBLICIDAD?	4
3. REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA	11
3.1. Evolución normativa	11
3.2. Autorregulación	16
3.3. AUTOCONTROL y los Códigos de Conducta	18
3.4. La CNMC	20
4. PUBLICIDAD IÍCITA Y PUBLICIDAD ENCUBIERTA	22
4.1. Modalidades de publicidad ilícita	22
4.2. Publicidad encubierta	26
4.2.1. <i>Concepto y distinción de figuras afines</i>	26
5. LAS REDES SOCIALES COMO PLATAFORMA DE COMUNICACIÓN Y COMO MODELO DE NEGOCIO	29
5.1. El fenómeno influencer y la publicidad	29
5.2. Respuestas normativas	36
5.3. La Ley de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico	41
5.4. AUTOCONTROL y el Código de conducta sobre el uso de <i>influencers</i> en la publicidad	42
6. CONCLUSIONES	48
7. ABREVIATURAS	49
8. BIBLIOGRAFÍA	50

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente la utilización de *influencers* en el marketing digital está suscitando mucho debate. Subir contenidos en las redes sociales, cosa que antes era considerado un *hobby*, en la actualidad se ha convertido en un arma de doble filo, ya que mediante la profesionalización de esta figura las plataformas se están convirtiendo en espacios utilizados por las empresas para desarrollar sus negocios.

Las redes sociales se han convertido en un medio de difusión de información y contenidos donde tú mismo escoges qué es lo que quieres recibir, agrupándonos en función de nuestros intereses. Por ello, la utilización de las redes sociales para la publicidad no solo es ventajoso para las empresas que pueden conseguir un alcance más eficaz con su uso, sino también para nosotros como consumidores de su contenido, que podemos conocer productos que de otra manera no hubiésemos descubierto. Como es conocido, el Derecho avanza un paso por detrás de lo que avanzamos como sociedad y, mucho más ahora, que con la expansión de internet se tiene al alcance una cantidad de información que antes era imposible.

Cada vez más se desdibuja la línea entre la opinión y la promoción buscando sacar el máximo partido a estas. Aquí, es donde nosotros como receptores de estas informaciones podemos ver menoscabados nuestros derechos en los casos en los que no sea diferenciable el contenido publicitario, al igual que el resto de competidores en el mercado que sí cumplen los estándares regulados.

2. ¿QUÉ ES LA PUBLICIDAD?

Según la RAE, la publicidad es un “conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”, así como la “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”.

La publicidad se ha desarrollado e introducido en la mayoría de los aspectos de la vida cotidiana. Se puede considerar una especie dentro del género de la comunicación

colectiva, un fenómeno social de considerabilísima trascendencia que, por lo mismo, sustantivamente reclama una regulación jurídica adecuada a su naturaleza e importancia¹.

Por otro lado, la Ley General de Publicidad 34/1988, de 11 de noviembre, define la publicidad como "toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles, inmuebles, servicios, derechos y obligaciones". Como se puede observar, esta definición alude también a una forma de incentivar la contratación de manera indirecta, es decir, que no es necesario que el mensaje publicitario haga referencia expresa al producto que se comercializa. Se entiende por publicidad indirecta aquella que promueve la contratación de un bien sin mencionarlo ni aludir a él. Gracias a esta inclusión de publicidad indirecta en la definición dada por la Ley General de la Publicidad, se impide que se asemeje con la publicidad ilícita.

Pero, dar una definición concreta y exhaustiva de publicidad presenta grandes dificultades, debido a la amplitud de su concepto y a que se encuentra en constante cambio y evolución.

Desde un primer punto de vista, se puede definir la publicidad como la comunicación de información que se realiza a través de medios de comunicación caracterizados por ser de masas. Con medios de comunicación de masas se hace referencia a la televisión, radio, prensa, etc.; incluyendo la publicidad en las nuevas tecnologías digitales.

La publicidad siempre ha tenido la nota definitoria de su impersonalidad, ya que se envía un mensaje con un carácter no personal a un grupo de individuos. Pero desde la generalización de los nuevos medios de comunicación los mensajes publicitarios van destinados a un público objetivo concreto en el que causan mayor repercusión, frente a la publicidad en los medios tradicionales que tenían un mayor alcance, pero no causaban el mismo efecto persuasivo.

Existen varios tipos de publicidad y varias maneras de clasificarla. Por un lado, se puede hacer una distinción entre publicidad de productos y publicidad institucional. En la publicidad de productos los anunciantes dan a conocer y estimulan la adquisición de su producto frente a los demás que se encuentran en el mercado. Su fin principal es que se haga

¹ José María de la Cuesta Rute. *Curso de Derecho de la Publicidad* ed. Eunsa, Navarra, 2002, págs. 27-29

público su mensaje y conseguir, a través de él, la modificación del comportamiento del potencial consumidor.

Por otro lado, la publicidad institucional no está orientada a dar una imagen favorable de un producto, sino a proyectarla del anunciante. Busca que el receptor desarrolle una buena actitud frente al emisor del mensaje publicitario.

En segundo lugar, se puede hacer una diferenciación entre publicidad de demanda primaria y publicidad de demanda selectiva. La primera de ellas está orientada a incitar la compra de una clase de productos, frente a la publicidad de demanda selectiva, cuyo objeto es incitar al consumo de una determinada marca. Este último tipo de publicidad es el que se conoce como publicidad competitiva, con ella un anunciante compite en el mercado frente a otros con el objetivo de que el receptor del mensaje publicitario o el consumidor elija su producto frente a los demás.

En tercer lugar, también se podría hacer una clasificación distinguiendo, según la fuente de origen, entre publicidad comercial y publicidad social. En lo referente a este trabajo, vamos a hacer referencia en una mayor medida a la publicidad comercial.

La publicidad social o de utilidad pública² conforma el aspecto contrario a la publicidad comercial, no contiene ese elemento persuasivo o que busca impulsar la realización de una acción en sus destinatarios. Suele estar conformada por campañas de concienciación o de cultura, en cambio la finalidad de la publicidad comercial es incitar al consumo de los productos o servicios anunciados.

Se puede definir la publicidad comercial como una forma de comunicación que tiene una finalidad lucrativa, pretende generar con la misma beneficios que son los resultados que persigue el mensaje a través de un aumento de la contratación de los bienes y servicios que se ofertan³. Su característica fundamental es la finalidad persuasiva, no tiene esa intencionalidad informativa, sino un objetivo comercial de atracción de nuevos clientes. Se busca, o bien, un cambio de actitud en ellos, o bien, el mantenimiento de su confirmación. Así, la publicidad se puede considerar como un instrumento al servicio de las personas que realicen cualquier actividad con relevancia económica y que les permite la buena marcha de

² Emilio Feliu García. “La publicidad social. En Información, producción y creatividad en la comunicación”. Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid (2004). Págs. 659-672

³ José Antonio Vega Vega:” La publicidad comercial y los consumidores” en *Revista de estudios económicos y empresariales*, N° 18, 2006, págs. 63-120

su negocio porque, al favorecerse la contratación con terceros, mejorará la cuenta de resultados y su actividad podrá generar mayores beneficios⁴.

Gracias al desarrollo de los medios de comunicación de masas se produce el auge de la publicidad comercial y comienzan a desencadenarse conflictos de intereses entre los sujetos intervinientes, siendo necesario el desarrollo de normas para su regulación.

Estos sujetos intervinientes son, por un lado, el anunciante y emisor del mensaje y, por otro lado, el receptor o destinatario y potencial consumidor del producto ofertado, que tomará su decisión en función el mensaje recibido. Existe un tercer grupo dentro de la relación publicitaria: el resto de agentes o empresas competidoras en el mismo mercado de este primer anunciante. Todas las acciones que desarrolle este primer agente económico en relación con la oferta del producto, repercutirán directamente al resto de participantes que actúan en ese mismo mercado. Por ello, la actividad publicitaria se considera un acto de competencia y como tal se encuentra regulada por el Derecho de la Competencia.

Dentro del proceso comunicativo propio de la publicidad convergen los distintos intereses de estos sujetos. En primer lugar, el interés del anunciante orientado a poder transmitir su mensaje a los consumidores indicados, y hacerlo de la manera más adecuada para que los receptores consideren su mensaje a la hora de valorar sus elecciones. De este modo, el anunciante es aquel en cuyo beneficio se divulga el mensaje publicitario, por ello cuando se hace referencia al emisor, no se limita a quien desarrolla el acto publicitario en sí, sino en el interesado en que los destinatarios se decanten por la información de este mensaje.

Generalmente, el anunciante puede ser identificado en el propio mensaje publicitario, pero no es necesario que contenga una referencia específica, sino que puede reconocerse por alusión a un signo distintivo propio de este.

En relación con esto, la anterior definición de publicidad que nos da nuestra LGP, se queda un poco reducida. El empresario entendido como el emisor del mensaje publicitario no busca únicamente el aumento de las ventas de sus productos o de la contratación de sus servicios, busca extender su figura en el mercado, ya que de este modo amplía los métodos y procesos de producción y comercialización. Esto favorece a que haya una mayor respuesta por parte de los receptores, potenciando la función comunicativa que tiene la publicidad en el mercado, y que de este modo que el anunciante pueda condicionar su publicidad

⁴ Carmen Herrero Suárez, Celia Martínez Escribano, José Miguel Hernández-Rico Bartolomé, & Lirio Martín García. (2015). *Manual de derecho de la publicidad* (1st ed.). Valladolid. Aranzadi, págs. 27-28

adaptándola a las necesidades y respuestas de los usuarios. Gracias a esa comunicación que se entabla con la publicidad, el agente económico puede innovar en los métodos de producción, mejora de calidades y de productos.

Por otro lado, el interés de los potenciales consumidores y destinatarios del mensaje está orientado a que el contenido persuasivo del mensaje publicitario no eclipse su juicio a la hora de decidir sobre los productos ofertados. El mensaje publicitario tiene siempre una gran diversidad de destinatarios, que buscan encontrar el mejor producto o servicio para satisfacer sus necesidades, mediante la comparación con los demás ofertados en el mercado. A estos destinatarios se les puede denominar como público objetivo y es caracterizado por las necesidades que busca satisfacer y, a su vez, este condiciona la actividad publicitaria llevada a cabo por los anunciantes.

El receptor del mensaje publicitario no siempre será un consumidor o usuario, pero se consideran las audiencias estables de los medios de comunicación social y de igual modo los consumidores y usuarios no siempre serán los destinatarios de la publicidad, pero cuando así lo sean habrá que considerar las normas de defensa respecto de este grupo.

En tercer lugar, se encuentra el interés de aquellos terceros que compiten en el mercado con el primer anunciante. La eficacia que el mensaje publicitario pueda tener, merma la posibilidad de que el mensaje publicitario de otro competidor tenga la misma efectividad. El subsistema en virtud del cual las acciones de unos agentes en el mercado influyen en la posición de los demás agentes (actuales o potenciales) se llama competencia⁵.

Todo lo anterior es determinante a la hora de establecer las consecuencias jurídicas derivadas de la relación publicitaria establecida entre el emisor y el destinatario y a la hora de determinar la responsabilidad de dicha comunicación comercial. Es habitual que estos intereses se puedan ver enfrentados y a raíz de aquí surgirán conflictos que necesariamente tendrán que estar regulados en el Derecho de la Publicidad. Y es debido a su finalidad persuasiva, por lo que se considera que la publicidad comercial es la que más conflictos puede generar, tanto en lo referente a la libertad de mercado, como con respecto a los consumidores y usuarios. El objetivo de esta publicidad es atraer a nuevos clientes que consuman ese producto, pero si se realiza de manera fraudulenta confundiendo a los receptores del mensaje para menoscabar el interés de los demás competidores en el mercado, se considerará ilícita.

⁵ José María De la Cuesta Rute. *cit.* págs. 29-30.

De este modo, la finalidad principal del Derecho de la Publicidad es proteger contra la publicidad ilícita a los destinatarios de estos mensajes. En España contamos con la Ley General de la Publicidad, que realiza importantes remisiones a la Ley de Competencia Desleal. Dentro del artículo 3 de la LCD se establece qué puede considerarse como publicidad: aquella que menoscabe la dignidad, valores o derechos de los destinatarios, la publicidad subliminal, la publicidad engañosa, etc.

Entendiendo el mercado como una convergencia de la oferta y la demanda de bienes y servicios, la publicidad es un recurso del cual se valen los agentes económicos para posicionarse en un determinado lugar en él. De esta concepción de publicidad, se concluye que tiene que estar orientada a una colectividad, además, se desarrolla por un empresario como herramienta para hacer ver la actividad que este lleva a cabo. Su propósito es abastecer al mercado de todas las oportunidades que los distintos agentes económicos pueden ofrecer y pudiendo los receptores compararlas, manteniendo así la libre competencia.

Es importante destacar que el anunciante, en cuanto empresario, debe desarrollar esa actividad económica o empresarial de manera estable. Esta necesidad de estabilidad ha dado origen al nacimiento de la propiedad industrial, así como, los derechos de exclusividad en procesos de fabricación o producción derivados de las patentes y los modelos de utilidad, al igual que, el derecho de exclusividad sobre un determinado signo distintivo que permite identificar a la empresa y a sus productos, cómo puede ser un logotipo o una marca. Estos últimos desarrollan una función identificativa y de información en el mercado. Para que sean efectivos es necesario que sean reconocidos por todos los participantes en la actividad competencial, y para ello se utiliza la publicidad. Este reconocimiento está relacionado con la buena reputación y la buena imagen de la empresa, lo que también es llamado capital reputacional⁶.

Tras todo lo anteriormente mencionado, se puede considerar exitosa una campaña publicitaria cuando, además de causar el incremento de las ventas en el producto o el servicio, se refuerza la naturaleza diferenciadora de una marca y el fortalecimiento de la presencia de esa empresa en el mercado.

Una vez definido el marco de lo que se entiende por publicidad, corresponde desarrollar cómo se concibe el Derecho de la Publicidad. Su objeto no solo es la publicidad entendida como un hecho social, sino como un espacio en el que convergen distintos

⁶ José María De la Cuesta Rute, *cit.* Pág. 77

intereses y se desarrollan distintas actividades relevantes jurídicamente, ya que en él encontramos la información sobre las distintas oportunidades que existen para el desarrollo de la actividad económica. Dentro de esta información se introduce la publicidad que permite una mejor satisfacción de las necesidades de todos los agentes que operan en este mercado, favoreciendo una mejor distribución de recursos.

Por ello, se entiende que actúa como un mercado instrumental para ejercer la actividad económica en el mercado de los productos y servicios. La tarea principal del Derecho de la Publicidad es armonizar todos estos intereses que se entremezclan en el desarrollo de la libre competencia, otorgando también protección a los empresarios en lo relativo al desarrollo de su actividad.

Así, se pone de manifiesto que dentro de la actividad publicitaria se desarrollan dos derechos fundamentales distintos, el derecho a la información y la libertad de empresa. El Derecho busca encontrar un equilibrio entre ambos sin que se ejerciten de manera abusiva menoscabando los de los demás intervinientes en el marco de la actividad de mercado.

3. REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

3.1. Evolución normativa

En lo referente a la publicidad no existe un único ordenamiento, existen normas nacionales que desarrollan los Estados con sus propias leyes y reglamentos creando un ordenamiento jurídico interno, pero también existen normas a nivel supranacional y comunitario. En ocasiones, pueden surgir conflictos entre las diferentes normas, ya que puede que lo que en un país esté permitido no lo esté en otro. Esto pone en relieve que la publicidad es un fenómeno cada vez más internacional gracias a la globalización y a la aparición de nuevos medios de difusión, que complican la posibilidad de determinar la norma aplicable a cada caso.

La solución que se da en el ámbito europeo es aplicar la ley del mercado afectado⁷. Para resolver este conflicto se tendrá que estar a lo dispuesto en las normas que regulan ese mercado en el que se está actuando, que será el mercado dónde se encuentren los posibles consumidores. Determinar cuál es el mercado afectado suele ser difícil en los casos en los

⁷ Carmen Herrero Suárez, Celia Martínez Escribano, José Miguel Hernández-Rico Bartolomé & Lirio Martín García, *cit.* Págs. 26-27

que la publicidad se haya desarrollado a través de internet, ya que a esta se puede acceder desde cualquier parte del mundo.

Es importante destacar que dentro de la regulación publicitaria existen dos tipos de normas, por un lado, aquellas que tienen un carácter imperativo y por otro, las normas sociales o éticas.

El origen de la regulación del Derecho de la Publicidad lo encontramos en distintas normas de nuestro ordenamiento, tanto a nivel interno como a nivel comunitario. En lo referente a las normas estatales, este Derecho se asienta sobre las bases establecidas en nuestra Constitución del 1978. Esta no hace referencia explícita al Derecho Publicitario, pero sí reconoce una serie de derechos que están directa o indirectamente relacionados con él.

- En primer lugar, podemos hablar de la libertad de expresión o el derecho a la información contenida en el artículo 20. En nuestro tipo de Estado, social y democrático de derecho, estos derechos fundamentales han adquirido una gran importancia. Si los observamos desde un punto de vista más estricto, se podría considerar que la publicidad no se encuentra englobada por estos, ya que su característica fundamental es su carácter persuasivo, lo que puede provocar que la información aportada por la comunicación comercial no se considere objetiva. Pero, por otro lado, se puede considerar que sí recae sobre la esfera del derecho a la libertad de expresión, ya que el anuncio se sirve de ella para emitir una buena imagen de su producto. Además, según el artículo 81 de la Constitución los derechos fundamentales deben ser regulados a través de leyes orgánicas, y en el caso de la publicidad es una ley ordinaria la que lo regula.
- En segundo lugar, encontramos el derecho a la libertad de empresa contenido en el artículo 38. El Estado español queda configurado así, desde el punto de vista económico, como un estado con libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado. De este modo, se establece así un mercado de libre competencia en el que participan numerosas empresas, dando lugar a comportamientos con el objetivo de realzar y ofrecer sus productos o servicios frente a los de las demás empresas competidoras del mismo sector. Aquí es donde juega un papel esencial la publicidad, ya que gracias a ella los agentes económicos dan a conocer las ventajas de sus productos o servicios ofertados. Estos comportamientos se caracterizan primordialmente por la rivalidad, es por ello, por lo que la ley tiene que estar orientada

a establecer qué tipo de conductas se encuentran fuera de este marco de la competencia vulnerando derechos de terceros.

- En tercer y último lugar, podemos encontrar el derecho a la protección a los consumidores reconocido en el artículo 51, es importante señalar que no se trata de un derecho fundamental sino de un principio rector de la política social y económica. Mediante este principio se pone en manifestación la idea de que los consumidores y usuarios son la parte contratante débil, de este modo, necesitan una especial protección ya que los comerciantes siempre van a buscar la contratación de sus productos. Mediante su regulación se asegura una igualdad de posiciones dentro del juego de la libre competencia, propiciando que estos mensajes publicitarios no sobrepasen los límites establecidos.

La publicidad comercial fue regulada en España por primera vez a través de la Ley 61/1964 por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad que se promulgó el 10 de junio del 1964. Pero su vigencia fue breve, ya que rápidamente este texto quedó obsoleto debido a la necesidad de adaptar la normativa a la Constitución de 1978 y a la normativa comunitaria.

Con la incorporación de España a la Comunidad Europea fue necesario una actualización de la normativa estatal que estuviese en concordancia con la normativa comunitaria. En 1957 se creó la idea de la Comunidad Económica Europea asentada sobre la imagen de un mercado único europeo, un mercado común en el que los agentes intervinientes desarrollarían su actividad libremente entre los Estados miembros. Con la libre circulación de mercancías un producto puede circular en condiciones de igualdad dentro de este mercado, de este modo, se produce la internacionalización de la publicidad permitiendo que los anunciantes difundan sus campañas en los distintos Estados miembros. Así, la externalización de la publicidad afectaría de manera directa al mercado interior de cada Estado, aquí es donde se deja entrever la necesidad de la adaptación de la normativa interior o nacional a la normativa comunitaria.

De manera previa a la a la entrada de España a la Comunidad Europea se aprobó en 1984 la Directiva 84/450/CEE relativa a la publicidad engañosa. Fue esta norma la que requería una homogeneización de las normativas estatales de los países que fuesen miembros. Gracias a ello España aprobó la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad en el año 1988, aún vigente pero que ha sido modificada. Esta tiene un ámbito de regulación más limitado, ya que deja margen para que otras leyes especiales, aunque no regulen la publicidad, puedan contener preceptos sobre esta materia. Se constituye una regulación más

dispersa, existen normas de diferente naturaleza y ámbito que hacen referencia a la publicidad o a materias que guardan relación con ella. Como es el caso de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal que regulaba aspectos relacionados con la publicidad, como la publicidad engañosa y desleal. Esto provocaba mucha inseguridad jurídica ya que establecía un sistema de acciones distinto.

Para evitar los conflictos de aplicación de la Ley General de Publicidad o la Ley de Competencia Desleal se promulgó la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Gracias a esta ley se incorporan al ordenamiento español dos Directivas, la 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales de empresas a consumidores y la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y comparativa. Con esta ley lo que se hace es que la Ley de Competencia Desleal regule los supuestos de publicidad ilícita y sus acciones, limitándose la Ley General de la Publicidad a regular solo aquellos supuestos que no se encuentran dentro de la primera.

Nuestra LGP está integrada por 22 artículos dónde se recogen el concepto de publicidad y los distintos tipos de publicidad ilícita, así como el ámbito material de regulación de las normas especiales y se remite a la LCD para el sistema de acciones judiciales.

En cambio, la LCD está integrada por 30 artículos que regulan tanto lo que se considera como una conducta desleal, como sus distintos tipos y las acciones que podrán ejercerse, incluyendo aquí también la publicidad ilícita. Además, esta ley introduce actos de competencia desleal respecto de consumidores y usuarios y reconoce los Códigos de Conducta para la protección y resolución de conflictos. La principal novedad introducida por la ley 29/2009 es esta distinción entre actos de competencia desleal en general y respecto a consumidores y usuarios.

La LGP de 1988 ha sufrido varias modificaciones. En primer lugar, a través de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a través de la cual se derogaban las especialidades procesales. En segundo lugar, la Ley 39/2002, de 29 de octubre, de transposición de Directivas sobre protección de consumidores y usuarios que regulaba la publicidad comparativa. En tercer lugar, la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección contra la violencia de género añadió como supuesto de publicidad ilícita aquella que se sirve de la imagen de la mujer de modo vejatorio. Por último, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

En 1997 se publicó la Directiva 97/55/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, el fin de esta Directiva fue la armonización de las distintas normativas estatales referentes a publicidad engañosa y comparativa de los Estados miembros, de cara a alcanzar el mercado interior único. Surgieron muchas discrepancias en lo referente a la publicidad comparativa, por lo que se omitió y se introdujo en la Directiva 84/459/CEE sobre publicidad engañosa.

La Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre publicidad engañosa y comparativa es la Directiva comunitaria que condensa los aspectos primordiales que se deben aplicar al desarrollo de la publicidad en los Estados miembros y que deja sin efecto la Directiva del año 1984, 84/450/CEE relativa a la publicidad engañosa y sus modificaciones posteriores, como la del año 1997, a través de la cual dejaba de considerarse ilícita la publicidad comparativa en favor del principio de la libre competencia. La Directiva del 2006 introduce las condiciones para que sea considerada ilícita la publicidad comparativa, también, incorpora en su texto modificaciones a la normativa anterior destinadas a salvaguardar a los comerciantes en relación a la publicidad engañosa.

Desarrolla una clasificación de los distintos tipos de publicidad y de las distintas medidas que deben adoptar los Estados comunitarios para evitar la publicidad ilícita y la publicidad engañosa entendida como tal. A diferencia del caso de la publicidad comparativa, cuya regulación no puede ser modificada en su transposición al derecho nacional, en lo relativo a la publicidad engañosa esta Directiva desarrolla una regulación menos restrictiva a nivel europeo para una regulación más limitada en el ámbito nacional.

La Directiva no hacía referencia a la protección de los consumidores, por lo que se implantó a través de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento y el Consejo, sobre prácticas comerciales desleales con consumidores en el ámbito nacional. Esta Directiva produce una quiebra en la unidad de la normativa de competencia desleal, ya que en función de a quienes afecten los actos de competencia se aplicará un régimen jurídico u otro, en función de si van dirigidas a otros comerciantes o a consumidores.

Debido al desarrollo de las nuevas tecnologías ha sido necesario desarrollar una regulación conforme a ellas. Con la aprobación de la Directiva 2018/1808 se modifica la Directiva 2010/13/UE, y se amplía el ámbito de aplicación de la normativa audiovisual, incluyendo el espectro de las redes sociales o plataformas similares. Lo más relevante de la Directiva del 2010 es que nos proporcionaba una imagen de lo que se podía considerar como publicidad encubierta en su artículo 1.1.j), “«comunicación comercial audiovisual encubierta»:

la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar”

Finalmente, a través de la Ley 24/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico cubre las lagunas de las demás normas internas que regulan las relaciones jurídicas llevadas a cabo en internet.

3.2. Autorregulación

A pesar de toda la regulación normativa que tenemos en materia publicitaria, todavía existen muchas lagunas que las distintas normas no pueden cubrir, para ello se desarrolló la autorregulación.

La autorregulación se trata de un método de control que está integrado por distintas empresas, agencias, anunciantes y medios de comunicación de manera voluntaria. Está dirigida a perseguir una publicidad honesta que no dañe los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, destinatarios de la publicidad, ni del resto de competidores que se encuentran en el mercado, persiguiendo el bien común. Este sistema de autorregulación se integra de normas éticas cuyo cumplimiento es observado por un órgano de control.

Se podría considerar que el derecho positivo limita esta autorregulación, pero a pesar de ello, esta completa al anterior, sobretodo en el ámbito que nos ocupa de la publicidad en internet y las redes sociales, ya que la regulación actual puede resultar insuficiente.

A nivel europeo no ha sido del todo eficaz y los Códigos de Conducta no han tenido grandes resultados al tener que coexistir con la gran diversidad de legislaciones nacionales. El objetivo principal de la autorregulación es cubrir aquellas lagunas que se dan entre la regulación normativa dada por el Derecho y el componente ético que se encuentra en la publicidad, persiguiendo el ejercicio de una publicidad que no vulnere los valores del grupo afectado. Se podría entender que la publicidad lícita es aquella que coincide con la publicidad que no vulnera la normativa, pero en la práctica no es así, puede ser que el contenido de este mensaje publicitario sea lícito, pero no ético, puede cumplir las normas establecidas, pero vulnerar valores o derechos de ciertos grupos de destinatarios u otras empresas participantes en el mercado. De aquí, se deduce la importancia de la autorregulación, ya que existen

acciones relacionadas con esta actividad publicitaria que no se encuentran reguladas por una norma pero que pueden entenderse como no éticas.

Se busca establecer una serie de principios que todo mensaje publicitario debería cumplir. Este conjunto de principios se refleja en los denominados Códigos de Conducta que condensan todas estas directrices de actuación. Además del sometimiento a las normas legales, también se estipulan una serie de valores en función de los cuales se tiene que desarrollar la actividad publicitaria.

La autorregulación se basa en un grupo de empresas o agentes económicos que se comprometen a cumplir ciertos valores de cara al desarrollo de su actividad, este compromiso se considera un acuerdo de carácter privado, a través del cual, se establecen normas de carácter ético que vinculan solo a las empresas que forman parte de este grupo. Se caracteriza principalmente por su voluntariedad, así se diferencia de las normas jurídicas, ya que estas se aplican de manera generalizada y los Códigos de Conducta se aplican sobre aquellos que voluntariamente se vinculan a ellos.

La LCD hace referencia a estos Códigos de Conducta, en concreto en su capítulo V, esto demuestra la importancia que han ido obteniendo gracias a su protección de la libre competencia.

Las distintas empresas utilizan la publicidad con la finalidad de aumentar sus beneficios, bien atrayendo a nuevos clientes, bien fidelizando los ya existentes, repercutiendo al resto de empresas que participan en ese mercado. En este contexto, los Códigos de Conducta contienen una serie de buenas prácticas para que estos actos de competencia sean éticos y no provoquen conflictos de intereses, ni perjudiquen gravemente al resto de competidores. Aparte de esta esfera de regulación entre empresarios, también están orientados a salvaguardar los intereses de los consumidores y los usuarios, a través del cumplimiento de los valores integrados dentro de estos y asegurando la leal competencia, repercutiendo de manera directa en ellos aumentando su seguridad y confianza. Es por ello, por lo que se considera que los distintos instrumentos de autorregulación ejercen un gran protagonismo a la hora de otorgar protección a los consumidores.

Mientras que a nivel estatal disponemos de Autocontrol como principal organismo de autorregulación, a nivel europeo contamos con órganos semejantes como EASA (European Advertising Standards Alliance) e ICAS (International Council for Advertising Self-Regulation).

EASA fue creada en 1992, y se trata de una asociación compuesta de 42 organizaciones orientadas a afianzar la autorregulación y la responsabilidad publicitaria. Está compuesta por 13 organizaciones que representan el ecosistema publicitario (anunciantes, agencias y medios de comunicación), 28 organizaciones de autorregulación publicitaria de Europa y una empresa digital pure-play⁸.



9

Posteriormente, en 2008 se creó un comité internacional dentro de esta para que asociaciones de autorregulación que no tenían origen europeo pudiesen nutrirse de las buenas prácticas y conductas que habían adoptado los países europeos. En 2016 se asentó como una asociación independiente creando el ICAS o Consejo Internacional de Autorregulación Publicitaria. Tiene unas funciones similares a EASA pero a nivel global, fuera de las fronteras europeas. Busca el asentamiento de estándares de autorregulación que sean cumplidos a nivel general.

Más allá de los objetivos comunes que tiene con EASA persigue la creación o establecimiento de nuevas organizaciones de autorregulación a nivel nacional para los distintos países participantes, orientado principalmente a los mercados emergentes.

⁸ EASA. “What we do. Easa-Alliance”, disponible en: <https://www.easa-alliance.org/about-easa/what-we-do> [Consulta: 7 ene. 2022]

⁹ EASA. “What we do. Easa-Alliance”, disponible en: <https://www.easa-alliance.org/about-easa/what-we-do> [Consulta: 7 ene. 2022]

3.3. AUTOCONTROL y los Códigos de Conducta

En España el sistema de autorregulación se establece a través de Autocontrol (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial). Se trata de un organismo independiente, que fue creado en 1995, agrupando anunciantes, agencias publicitarias y medios de comunicación, con el objetivo de conseguir una publicidad más honesta para con los consumidores.

En la actualidad, alrededor de 600 miembros directos y 4.000 indirectos están vinculados aproximadamente con el 70% de la inversión publicitaria en nuestro país¹⁰.

Autocontrol para desarrollar su actividad se sirve de tres herramientas: los Códigos de Conducta, el Jurado de la Publicidad y el asesoramiento de empresas. En lo referente a la creación de los Códigos de Conducta se desarrolló el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, un código que tiene carácter general basado en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias de la Cámara de Comercio Internacional. Además, ha elaborado códigos sectoriales sobre materias concretas. Estos códigos contienen normas consideradas éticas, que tienen como finalidad principal reforzar los derechos de los destinatarios de la publicidad.

Se pueden aplicar bien, de manera previa, o bien, a través de la resolución de reclamaciones. Autocontrol cuenta con la herramienta de Copy Advice, con él las empresas pueden someter su publicidad a un control previo para saber si se ajusta a lo establecido en el código al que están adheridas, así se reduce la posibilidad de que se produzca un acto de publicidad ilícita. La resolución o respuesta que se genera no tiene carácter vinculante y, además, las empresas se pueden someter a esta herramienta de manera voluntaria. Estas consultas previas se pueden llevar a cabo, tanto por los anunciantes o sus agencias, como por los medios de difusión donde se divulgaría el mensaje publicitario en cuestión.

En lo referente al Jurado de la Publicidad, según el artículo 1 del Reglamento del Jurado de la Publicidad se trata de un órgano especializado en materia deontológico-publicitaria formado por personas independientes, encargado de la resolución extrajudicial de controversias y reclamaciones en materia de comunicación comercial y basado, según el artículo 12, en los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia, rapidez y equidad.

¹⁰ AUTOCONTROL. “Autorregulación de la industria publicitaria en España”, disponible en: <https://www.autocontrol.es/> [Consulta: 7 ene. 2022]

El Jurado de la Publicidad llevará a cabo distintas funciones:

- Desarrollar los anteproyectos de estos Códigos de Conducta.
- Solventar conflictos de intereses sobre comunicaciones publicitarias llevadas a cabo por los asociados o terceros no asociados, que se hayan sometido a las normas de conducta de la Asociación y de los Códigos de Conducta. Al igual que por el incumplimiento de La Recomendación de Mejores Prácticas de la EASA sobre publicidad basada en el comportamiento en línea.
- Emitir dictámenes no vinculantes sobre aquellos conflictos de intereses producidos con no asociados y aquellos que no se hayan sometido a las normas de conducta.
- Resolver consultas sobre el posible incumplimiento de una norma de conducta.
- Emitir informes en relación con asuntos publicitarios diversos e intervenir cuando sea requerido.

También puede desarrollar su actividad a través de la resolución de reclamaciones que serán presentadas ante el Jurado de la Publicidad.

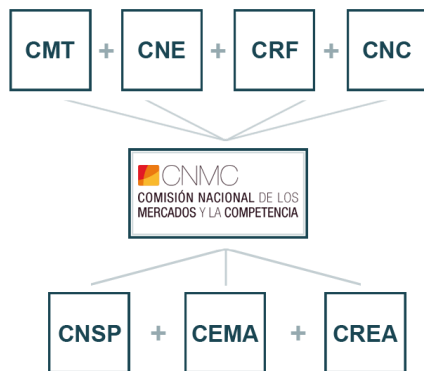
3.4. LA CNMC

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es el organismo que promueve y preserva el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los consumidores y de las empresas.

Es un organismo público con personalidad jurídica propia. Es independiente del Gobierno y está sometido al control parlamentario. Entró en funcionamiento mediante la Orden Ministerial ECC/1796/2013 el 7 de octubre de 2013¹¹, pero fue creada con la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

¹¹ CNMC. “Qué es la CNMC”, disponible en: <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc> [Consulta:10 ene.2022]

La CNMC nace de la integración de 6 organismos:



- La Comisión Nacional de la Energía.
- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- La Comisión Nacional de la Competencia.
- La Comisión Nacional del Sector Postal.
- El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales
- El Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria.

En 1995 fue creada la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, posteriormente la Comisión Nacional de Energía. Un año después fue creada la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En 2003 apareció el Comité de Regulación Ferroviaria. El CEMA o Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y la CNSP o Comisión Nacional del Sector Postal fueron creadas en 2010 y un año después se creó CREA o la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria. Todas ellas fueron unificadas en 2013 creando la CNMC.

Está orientada a garantizar el desarrollo de la buena competencia en los mercados y diferentes sectores, y a conseguir una regulación efectiva. Se trata de un organismo público que es plenamente independiente del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los Agentes del Mercado, solamente está sometida al control parlamentario y judicial. Supervisa y controla los diferentes sectores económicos, en especial el sector del gas y de la electricidad, las comunicaciones electrónicas, el sector audiovisual, el mercado ferroviario y aeroportuario y el mercado postal. Se encarga, también, de resolver todas las desavenencias entre operadores económicos y de aplicar la normativa sobre defensa de la competencia española y europea, para favorecer la unidad de mercado.

Sus dos órganos de dirección son el Consejo y el Presidente. El primero de ellos toma las decisiones y está integrado por 10 miembros: el presidente, el vicepresidente y 8 consejeros. El Consejo se puede reunir en pleno o en salas. En caso de las salas, se puede constituir en dos salas: la Sala de la Competencia y la Sala de Supervisión Regulatoria. La primera está integrada por el presidente junto con 4 consejeros y se destina a la aplicación y promoción de la normativa de defensa de la competencia. La Sala de Supervisión Regulatoria, formada por el vicepresidente y 4 consejeros, se encarga del control y de la resolución de conflictos en los sectores de comunicaciones electrónicas, comunicaciones audiovisuales, electricidad, gas natural, postal, aeroportuario y ferroviario. El Consejo se reúne en pleno

para adoptar decisiones de especial relevancia y que afecten al funcionamiento competitivo de los mercados.

Además, del Pleno y las Salas del Consejo de la CNMC como órganos decisorios, se establecen cuatro grandes Direcciones de Instrucción: (i) de Competencia, (ii) de Energía, (iii) de Transportes y del Sector Postal y (iv) de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. Pues bien, es esta última a la que corresponde, a través de la Subdirección de Audiovisual, las tareas de supervisión y control de los mercados de comunicación audiovisual y el ejercicio de las competencias atribuidas por la Ley 3/2013 en esta materia¹².

En relación a la supervisión y control en materia del mercado de comunicación audiovisual, el artículo 9 de la Ley 3/2013 desarrolla las funciones que lleva a cabo la CNMC. Algunas de ellas son: “controlar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la emisión anual de obras europeas y a la financiación anticipada de la producción de este tipo de obras”, “controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas para garantizar la transparencia en las comunicaciones audiovisuales”, “controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas para hacer efectivos los derechos del menor y de las personas con discapacidad”, “supervisar la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente y los códigos de autorregulación”, “velar por el cumplimiento de los códigos de autorregulación sobre contenidos audiovisuales verificando su conformidad con la normativa vigente”, “controlar el cumplimiento de las obligaciones, las prohibiciones y los límites al ejercicio del derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales”, etc.

La última de las funciones mencionada, hace referencia al control sobre el ejercicio de las comunicaciones comerciales, que consiste en supervisar las emisiones publicitarias desarrolladas en los artículos 13 a 18 de la LGCA. En referencia al tema principal de este trabajo, este control consiste en controlar la emisión de publicidad ilícita, atendiendo a lo dispuesto en la LGP y LGCA, haciendo énfasis en la publicidad encubierta diferenciándolo del emplazamiento de producto. Así como, que se desarrollen de manera conveniente cumpliendo lo previsto en el artículo 17 de la LGCA y en el artículo 16 referente a los patrocinios.

La CNMC se asienta como un organismo autónomo y dotado de independencia, destinado a controlar la emisión de contenidos audiovisuales. Con ella se cumple lo expuesto en la Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo, de Servicios de Comunicación Audiovisual

¹² Andrés Boix Palop & José María Vidal Beltrán. (2014). *La nueva regulación del audiovisual: Medios, derechos y libertades* (Primera ed.). Navarra. Thomson Reuters, pág. 154

que reclamaba que fuesen autoridades independientes quienes aplicasen la normativa audiovisual.

4. PUBLICIDAD ILÍCITA Y PUBLICIDAD ENCUBIERTA

4.1. Modalidades de publicidad ilícita

La publicidad entendida como una comunicación comercial es un ejercicio de la libertad de expresión que es limitado por la ley. En concreto, se distinguen dos tipos de límites, unos con carácter general, que se aplican sin tener en cuenta el medio utilizado para su difusión, y otros más concretos, en función de la finalidad publicitaria del mensaje y el medio por el que se distribuyan.

El artículo 3 de nuestra Ley General de la Publicidad regula lo que se considera como publicidad ilícita. En primer lugar, hace referencia a aquella que vulnere la dignidad o valores y derechos de la persona, recogidos en la Constitución. Dentro de este marco, se incluyó recientemente aquellos anuncios o mensajes publicitarios que representen de manera vejatoria a la mujer o que inciten a generar discriminación. Por otro lado, también hace referencia a la publicidad a menores. Al considerarlos como unos destinatarios especialmente sensibles, tiene que estar más limitada. Por ello, se considerará ilícita toda aquella publicidad que se valga de la inexperiencia o incredulidad de los menores para incitar a la compra de un producto o para que inciten a sus padres o tutores a ello, así como, la publicidad que desarrolle escenarios en los que los menores se encuentren en situaciones peligrosas.

En tercer lugar, también se establece como ilícita la publicidad subliminal, entendida como tal aquella publicidad que es percibida de manera inconsciente por parte de los destinatarios. También, se establece como ilícita aquella que no respete las normas específicas sobre determinados productos o servicios.

Y, finalmente, la publicidad desleal, agresiva y engañosa. El engaño se puede producir en varios momentos de la comunicación publicitaria, pero su producción en relación con algunos aspectos del mensaje constituye ilícitos concretos separados de la concepción general de publicidad engañosa. Este engaño se puede producir, o bien, porque el anuncio contenga información que no sea verdadera, o bien, porque su presentación pueda inducir a confusión. Este aspecto viene desarrollado en el artículo 5 de la LCD, haciendo referencia a lo que se considera "desleal por engañosa".

Por otro lado, el artículo 4 de la Ley General de la Publicidad del año 1988 definía el engaño asentándolo sobre tres pilares fundamentales: que fuese capaz de provocar el error en sus destinatarios, que afectase a su conducta económica y que hubiese posibilidad de perjudicar a un competidor. Este artículo 4 no define qué se tiene que considerar por error, por lo tanto, no limita esta posibilidad a que se produzca en el contenido del mensaje o el objeto publicitario como tal, sino que también concibe que pueda producirse en la naturaleza de este. Se hace referencia con ello a aquellos mensajes que induzcan al error de considerarlos como una comunicación no publicitaria. Es el caso de la publicidad encubierta, en la que se esconde la naturaleza publicitaria del mensaje.

Se puede definir la publicidad encubierta como aquella “modalidad de publicidad engañosa (ilícita, por tanto), en la que el engaño se produce en la forma o presentación del anuncio publicitario y no en el fondo o contenido del mismo”.

Actualmente existe un debate doctrinal sobre si debe considerarse la publicidad encubierta como un tipo de publicidad engañosa o, por el contrario, considerarlos supuestos independientes. Para el caso de que se considerasen como supuestos independientes, se podría atender a que la publicidad engañosa vulnera el principio de veracidad y la publicidad encubierta el principio de autenticidad. Por el contrario, la corriente mayoritaria se centra en relacionarlos.

El Estatuto de la Publicidad del año 1964 recogía la publicidad encubierta y la publicidad engañosa como dos tipos distintos de ilícito publicitario, pero en la Ley General de la Publicidad del año 1984 no se diferencian debido a la transposición literal de la Directiva 84/450/CEE.

Para que se considere engañoso un mensaje publicitario es fundamental que exista la posibilidad de que pueda inducir al error, aunque no es necesario que se produzca como tal. De este modo, se actuaría de modo preventivo, evitando que los destinatarios se formen juicios erróneos acerca del producto y del anunciante, en beneficio tanto de los consumidores, como de los demás participantes en el mercado. Ya que, para que un mensaje publicitario se considere engañoso no solo basta con que sea susceptible de inducir al error, sino que tiene que tener tal entidad que afecte al resto de participantes en ese mercado.

Este elemento del engaño publicitario se introdujo con la Ley General de la Publicidad del 1988 derivado de las Directivas europeas, ya que el derecho previo a esta Ley no condicionaba el engaño a qué perjudicase a otros competidores.

José María de la Cuesta Rute defiende la idea de que, al definir el engaño en función de la posibilidad de alterar la voluntad de los destinatarios y el perjuicio al resto de competidores, no se considera que todo engaño sea ilícito. En el caso de la publicidad encubierta se caracteriza porque su error está en la concepción de su naturaleza como no publicitaria, en cambio, en la publicidad engañosa se encuentra en su contenido. Para poder determinar si una publicidad es engañosa hay que comparar el contenido del mensaje publicitario con la realidad, si no se asemejan, el contenido de la publicidad es engañoso.

Además, para enjuiciar o interpretar la posible ilicitud o engaño no se tienen que analizar sus elementos de manera individual, sino el mensaje en su conjunto. Algunos de sus elementos pueden ceñirse a la realidad, y por ello no se excluye el engaño, y otros elementos pueden no corresponder con la realidad y no considerarse un mensaje engañoso.

Es importante destacar, en relación con lo anterior, que dentro del contenido del mensaje persuasivo de la publicidad puedan utilizarse exageraciones de la realidad para remarcar las ventajas del producto, no siendo siempre consideradas estas exageraciones como engaño. Aquí es donde se pone en relieve que las leyes que regulan la publicidad tienen que aplicarse de manera conjunta con aquellas normas éticas contenidas en los Códigos. Es por ello, por lo que es necesario fijar una serie de requisitos que tiene que cumplir la comunicación publicitaria para considerarse engañosa. Aparte de los tres aspectos desarrollados en el artículo 4 de la antigua LGP, en la actualidad también se requiere que el engaño repercuta en algún aspecto relevante del anuncio, bien referido al producto como tal, en la fase de contratación o de manera previa o posterior a ella.

En relación a este aspecto, se plantea si también se puede considerar engañosa aquella publicidad que omite ciertos aspectos del mensaje publicitario. Así, la publicidad encubierta podría considerarse engañosa desde dos puntos de vista diferentes, como un acto de engaño propiamente dicho o como una omisión engañosa.

Como sea dicho anteriormente, para analizar el posible engaño o no de una comunicación publicitaria no se puede observar sus elementos de manera aislada, sino que se deduce del conjunto de todos ellos. Hay que tener en cuenta que la publicidad es una comunicación persuasiva cuya finalidad principal es atraer a nuevos consumidores, por lo que el anunciante puede evitar hacer referencia a ciertos aspectos del producto anunciado en su beneficio. Pero, cuando se omiten aspectos relevantes del producto o aquellos que podrían ser decisivos para afectar al comportamiento del consumidor, esa publicidad puede considerarse engañosa.

4.2. La Publicidad Encubierta

4.2.1. Concepto y distinción de figuras afines

El artículo 11 del texto original de la LGP nos acercaba a una definición de este tipo de publicidad, estableciendo que “los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”.

Encubriendo la naturaleza publicitaria del mensaje, se pretende hacer creer a los destinatarios de esta publicidad, que están ante un mensaje informativo de carácter objetivo, no viciado por el deseo persuasivo y subjetivo que impregna a todo mensaje publicitario, tratándose, de esta forma, con todo ello, que el destinatario de esa publicidad otorgue a ese mensaje la misma credibilidad que otorga a un mensaje informativo (pues cree que está ante un mensaje de ese tipo), que, sin duda, suele ser superior a la credibilidad que, normalmente, se otorga al mensaje publicitario¹³.

La omisión de datos, fundamentales o no, no constituye una forma específica de engaño, sino que puede dar lugar a publicidad engañosa en los casos en que lo alegado en la publicidad exija, para que no sea engañoso el anuncio, una explicación que se omite¹⁴.

De este modo, la publicidad engañosa por omisión se puede dar en dos ocasiones: cuando se oculte información que es relevante para que el consumidor o destinatario decida sobre su comportamiento económico, y cuando no se deje clara la naturaleza comercial del anuncio o la información dada sea confusa o ambigua.

Los artículos 21 a 27 LCD desarrollan la publicidad engañosa en lo referido a los consumidores y usuarios, en concreto en el artículo 26 se desarrolla la publicidad encubierta como publicidad engañosa.

“Se consideran desleales por engañosas las prácticas que:

1. Incluyan como información en los medios de comunicación o en servicios de la sociedad de la información o redes sociales, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente

¹³ Manuel Pino Abad. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la ley de la publicidad de 1988*. Ministerio de sanidad y consumo, Instituto Nacional de Consumo. Colección: Estudios, 1991. Págs. 81 - 82

¹⁴ José María De la Cuesta Rute, *cit.* pág. 155

especificado en el contenido, o a través de imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario, que se trata de un contenido publicitario.

2. Faciliten resultados de búsquedas en respuesta a las consultas en línea efectuadas por un consumidor o usuario sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos específicamente a que los bienes o servicios obtengan una clasificación superior en los resultados de las búsqueda, entendiendo por clasificación la preeminencia relativa atribuida a los bienes o servicios, en su presentación, organización o comunicación por parte del empresario, independientemente de los medios tecnológicos empleados para dicha presentación, organización o comunicación.”

Este artículo hace referencia a la publicidad dirigida a consumidores y usuarios en la que no quede claramente demostrado en el contenido del mensaje que se trata de un acto publicitario, y se muestre como simple información. Este tipo de publicidad es llamada publicidad redaccional. Por el contrario, en el artículo 5 y 7 de esta misma Ley no se concentra en los consumidores y usuarios, sino que hace referencia a aquella comunicación publicitaria que, aun teniendo información verídica, la forma en la que se presenta induce a error a los destinatarios. Estos artículos engloban tanto a los consumidores y usuarios, cómo a otros empresarios o competidores que no son adquirentes del producto anunciado. Según lo establecido en el artículo 5, la publicidad encubierta podría situarse dentro de los actos de engaño, del mismo modo, que según lo establecido en el artículo 7 podría ser considerada como una omisión engañosa.

El artículo 18.2 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual hace también referencia a la publicidad encubierta, diferenciándola del **emplazamiento de producto**. Según el artículo 2.31 el emplazamiento de producto es “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”. Para poder diferenciar el emplazamiento de producto y la publicidad encubierta se pueden tomar como referencias algunas sentencias, como la de la Audiencia Nacional, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, de 23 de marzo de 2009, referida al uso de la imagen de la marca Marina d’Or en el programa televisivo “Yo soy Bea”. En esta sentencia se hace referencia a que la distinción entre un tipo y otro de publicidad se encuentra en que la finalidad de la publicidad encubierta es fomentar la adquisición del producto por parte de los espectadores, mientras que el emplazamiento de producto es la simple aparición de un producto o servicio

sin que ello conlleve su promoción. Además, en la publicidad encubierta no se hace de manera clara, empujando al error a los receptores del mensaje.

Habitualmente, esta modalidad publicitaria se calificaba como un modo de publicidad encubierta, pero en la actualidad es considerado lícito. En concreto, la Directiva 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 admite su uso, estableciendo una serie de limitaciones. Siguiendo esta línea, la LGCA establece una serie de condiciones para que el emplazamiento de producto sea lícito, destaca primordialmente la obligación de comunicar a los espectadores acerca del emplazamiento, este sería el requisito que marcaría la diferencia entre un emplazamiento de producto y un mensaje publicitario encubierta. Por otro lado, se considera que no puede afectar a la autonomía del medio utilizado para ello. Del mismo modo, no puede incentivar de manera directa a la adquisición de un producto, ni valerse de aquellos que no estén permitidos publicitar.

Otro supuesto necesario de diferenciar es el caso de la **publicidad subliminal**. La relación entre publicidad subliminal y publicidad encubierta se encuentra en la forma de exposición del mensaje, la cualidad de la publicidad subliminal es que no es apreciada de manera intencionada, en cambio, en el caso de la publicidad encubierta, a pesar de que el mensaje no tenga forma publicitaria si es percibido de manera consciente por el destinatario. Este tipo de publicidad se clasifica dentro de la publicidad ilícita y según el artículo 4 LGP es aquella que “mediante técnicas de producción o estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.”

Otro tipo de publicidad que es necesario definir, es el caso de la **publicidad nativa**, que sería aquella a través de la cual se promociona un producto en una plataforma respetando el estilo o aspecto de los contenidos que aparecen en ella. Para que este tipo de publicidad no sea calificada como publicidad encubierta, es necesario que se aclare de forma específica que se trata de un contenido publicitario, ya que la diferencia entre una y otra es muy pequeña y es muy fácil que se convierta en un contenido de publicidad encubierta cuando el receptor del mensaje no sea totalmente conocedor de que está recibiendo un mensaje publicitario. Hablando de la publicidad nativa en las plataformas digitales, este tipo de publicidad se funde con el contenido audiovisual que el usuario está consumiendo, sin que interrumpa o invada su espacio. De este modo, el receptor valora esa información aportada por la publicidad desde una perspectiva de mayor confianza.

5. LAS REDES SOCIALES COMO PLATAFORMA DE COMUNICACIÓN Y COMO MODELO DE NEGOCIO

5.1. El fenómeno *influencer* y la publicidad

Las redes sociales son aquellas plataformas digitales que permiten que las personas adscritas a ellas se relacionen o interactúen en línea intercambiando información generada por los propios usuarios. Entendiendo las redes sociales como una herramienta de ocio, su finalidad es incentivar las relaciones entre los integrantes de las mismas. De este modo, la integración de la publicidad en ellas amplía su alcance y permite que el mensaje publicitario llegue a destinatarios concretos que presentan un mayor interés. Desde el punto de vista de los anunciantes, a través de estas plataformas recogen información sobre sus potenciales consumidores, pudiendo adaptar su publicidad.

La transmisión de los contenidos publicitarios en las redes sociales se produce de una manera más sencilla y rápida, gracias a esa posibilidad de compartir de forma exponencial la información entre los propios usuarios, sin necesidad de que intervenga la marca de dicho producto o servicio. Esta facilidad de comunicación y de uso las convierte en un medio óptimo para que las marcas tengan mayor presencia en la vida de sus consumidores, tanto por la facilidad de acceso a esa información, como por su fácil difusión y visualización. Por ello, en la actualidad las empresas se comienzan a decantar por este modelo publicitario, dejando a un lado la publicidad tradicional. A pesar de que no todas las nuevas formas de publicidad on-line o digital son semejantes, coinciden en que no interrumpen al destinatario, ofrecen una mayor interactividad, nacen con el objetivo de convertirse en virales y proporcionan información y/o entretenimiento¹⁵.

El impacto en los consumidores de un anuncio colgado en una red social depende de que ese contenido pueda ser compartido, fenómeno que se producirá en función del efecto que produzca en los usuarios que reciben ese mensaje de manera primaria. Uno de los claros ejemplos de este suceso es lo que se conoce como *advertainment*, que se basa en el marketing recreativo o entretenimiento patrocinado y en comunicar los valores de una marca a través de su contenido¹⁶. Se trata de una herramienta que se basa en publicitar o visibilizar

¹⁵ Julio Unzué Rossi. “Publicidad Nativa Mediante Influencers”, Anxo Tato Plaza & Julio Costas Comesaña. *Nuevas Tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial*. Págs. 203-223

¹⁶ José Antonio Montañez Durán. “Advertainment”, disponible en: <https://www.escueladenegociosydireccion.com/revista/business/marketing-ventas/advertainment/> [Consulta: 12 ene. 2022]

una marca y al mismo tiempo entretener al usuario, caracterizada principalmente por su espontaneidad.

La finalidad del *advertainment* es buscar un mayor grado de difusión, con independencia de que se trate de un contenido patrocinado, ya que con la sola presencia de la marca o del producto se produce un impacto. De este modo, los potenciales consumidores se convierten en los portadores o transportistas de la propia publicidad, a través de una plataforma a la cual millones de personas tienen acceso. Porque los usuarios, además de producir y consumir la información dentro de estas plataformas, también la comparten. Así, fideliza y reúne a potenciales clientes en colectividades virtuales y la marca se comunica con ellos, demostrando interés por sus necesidades.

Este fenómeno ha ido creciendo en los últimos años gracias al impulso de las distintas plataformas y debido a la disminución de fiabilidad de la publicidad convencional por parte de los usuarios. Además, es una manera de hacer publicidad que implica menos gastos y campañas más rentables.

El término marketing de influencia surgió en los años 60, en boca de Daniel Edelman, para denominar el poder que ejercían los famosos y celebridades sobre los consumidores, y la capacidad que éstos tenían para traducir recomendaciones u opiniones en ventas, y básicamente está basado en la capacidad de identificar líderes de opinión, ya sea basándonos en el número de seguidores, de *likes* en las fotos, de comentarios, o de todo a la vez, que pueden ayudar a una marca a conectar de forma natural y espontánea, no invasiva, con su público objetivo¹⁷.

A través de la publicidad en redes sociales, gracias a su gran alcance, también se puede conseguir el buen posicionamiento y reconocimiento de la marca (*branding*), haciendo que el potencial cliente elija una marca por encima de otras a la hora de tomar una decisión en una compra. Así, se busca el conocimiento de la marca y la diferenciación de sus productos, asociándolo a factores positivos que favorezca su crecimiento. Se relaciona las experiencias del consumidor con la personalidad, valores y atributos de la marca¹⁸. De este posicionamiento de marca, depende su reconocimiento y preferencia por parte de las audiencias y es lo que aporta valor a sus productos y ventaja frente a sus competidores.

¹⁷ Araceli Castelló Martínez & Cristina Pino Romero. “La comunicación Publicitaria con Influencers”, *Revista Digital de Marketing Aplicado*. Núm. 14 (2015) Págs. 21-50

¹⁸ Alejandra Eliana Quijandría. “Análisis de la publicidad nativa en redes sociales y su influencia en el branding”, *Revista de Marketing Aplicado*. Vol. 24, núm.1 (2020). Págs. 17-37

La marca ofrece al usuario contenido de su interés para que este, voluntariamente, se acerque a ella¹⁹. Y, es entorno a esta idea, donde surge la figura de los *social media influencers*, entendidos como creadores de contenido en las distintas plataformas, con una gran cantidad de seguidores con los que comparten distinto tipo de información. La figura del *influencer* en la publicidad se asienta sobre dos pilares fundamentales: la credibilidad y la confianza. Un *influencer* es una persona que tiene la capacidad de movilizar opiniones y crear reacciones, debido a la credibilidad que cuenta sobre una temática concreta. Son líderes de opinión y figuras mediáticas dentro de un área o sector. No tienen necesariamente que ser personas famosas, sino “expertos” que conocen las nuevas tendencias y que han conseguido hacerse oír gracias a los blogs y las redes sociales. Esa influencia es la que los convierte en prescriptores ideales para las marcas²⁰.

El ejercicio del prescriptor, de influir para la compra a los usuarios, se traslada al plano digital. En el terreno del marketing, un prescriptor es alguien que, de forma individual, por su personalidad o por su pertenencia a una entidad, genera corrientes de influencia por sus opiniones, valoraciones y decisiones de compra²¹. Gracias a la utilización de *influencers* se suma credibilidad, capacidad de persuadir y se mejora la percepción de la publicidad, además impulsa a que los visualizadores de esta hablen de estos productos y servicios, e incluso que los recomienden entre ellos. A través del marketing con *influencers* se promueve un nivel de credibilidad que con la publicidad tradicional es difícil alcanzar. Una referencia positiva hacia un producto o un servicio por parte de una persona aparentemente desinteresada puede suponer esa motivación última que a un cliente potencial le falta para tomar la decisión de llevar a cabo una compra. Si a eso le añadimos el alcance online que puede llegar a tener la recomendación de una persona de gran influencia en este medio, nos encontramos ante un recurso con un éxito prácticamente asegurado²².

En el marketing de influencia se buscan tres grandes características que deben cumplir estos *influencers*:

¹⁹ Araceli Castelló Martínez & Cristina Pino Romero. *cit.* Pág. 28

²⁰ Cristina Juan. “Qué es un influencer, por qué lo necesitas y cómo encontrarlo”, disponible en: <https://www.iebschool.com/blog/que-es-un-influencer-marketing-digital/> [Consulta: 13 ene.2022]

²¹ Begoña Gómez Nieto. “El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa”, *Revista de ciencias sociales*, 6. (2018). Págs. 149-156

²² Sandra Vilaojana-Alejandre, Josep Rom-Rodríguez, Giorgia Miotto. “Retos de la autorregulación publicitaria ante los riesgos jurídicos y éticos del marketing de *influencers*”, *Revista Mediterránea de Comunicación*, 10. (2019). Págs. 115-129

- Su capacidad de generar opiniones y reacciones en otros usuarios cuando habla sobre una temática en concreto (si algo les caracteriza es su capacidad de generar conversación en torno a un tema o marca).
- El potencial de audiencia de un «influencer» sobre una temática determinada (sus seguidores son más valiosos por su calidad que por su cantidad).
- El nivel de participación en la conversación sobre el tema en cuestión (la implicación del «influencer» en la acción es fundamental para garantizar su éxito)²³.

La disposición de un *influencer* para llevar a cabo una campaña publicitaria aporta una ventaja competitiva en comparación a la publicidad tradicional, ya que las marcas pueden desarrollar una segmentación del mercado en función de los seguidores que tenga ese personaje de influencia. Por ello, escogerán a aquel cuyos seguidores se ajusten al público al que quieren dirigirse, sin tener que recurrir a los anuncios tradicionales que son más generalistas y que llegan a un mayor número de personas, pero sin causar el impacto deseado. Se puede considerar que esa segmentación del mercado para encontrar el público objetivo no es llevada a cabo por las marcas en sí, sino por los propios suscriptores que se agrupan en función de los contenidos de su preferencia. Así, las marcas aprovechan esta ventaja proporcionando publicidad acorde con el contenido que suelen consumir los destinatarios.

En el marco de esta actividad, es necesario que se pondere si nos encontramos ante el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, haciendo referencia a aquella información dada por estas personas influyentes que conforman una opinión propia, sin que haya un respaldo por parte de una marca, o bien, si están llevando a cabo un contenido publicitario. Porque no todas las publicaciones llevadas a cabo por estas figuras, están destinadas a la publicidad.

Lo que se pretende alcanzar mediante estas campañas publicitarias es llegar a un número mayor de destinatarios, no solamente dar una opinión sobre un bien o servicio, sino que los receptores del mensaje se decanten por ese producto. Además, es importante destacar que el contenido de ese mensaje no siempre tiene que ser una opinión, puede ser solamente la utilización de un producto en un video o una foto, aparecer con una prenda de ropa, etc. Es en estos casos, cuando es más difícil determinar si se trata de un contenido comercial o

²³ Luis González Vaqué. “¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?” *La Ley Unión Europea*, N° 88 (2021). Págs. 1-10

no, ya que el hecho de que una persona a la que admiren lleve una determinada ropa o utilice productos concretos ya supone un estímulo para los usuarios.

Uno de los criterios que se deben tomar en cuenta a la hora de hacer esta diferenciación, es la existencia o no de un acuerdo entre la marca y el *influencer*. En la existencia de este acuerdo radica la consideración de actividad publicitaria, la publicación de ese post donde se recomienda de manera directa o indirecta un producto o servicio. En los casos de publicidad, la aparición de ese producto no se produce de manera fortuita o espontánea, sino que la marca determina el modo en el que el producto tiene que aparecer en la publicación y, a cambio, remunera económicamente o en especie al *influencer*.

La publicidad desarrollada por *influencers* o el marketing de influencia, se puede considerar un tipo de publicidad nativa, anteriormente definida. Es por ello, que el problema principal que presenta este tipo de publicidad es la dificultad de su distinción, ya que las publicaciones con fines puramente lúdicos o de ocio se entre mezclan con aquellas que tienen fines comerciales, siendo de gran dificultad para los receptores reconocer el mensaje publicitario. Para que este tipo de publicidad no se configure como engañosa tiene que distinguirse lo suficiente del resto de contenidos.

En medio de este nuevo paradigma de la comunicación, el marketing de *influencers* es un fenómeno ya claramente regulado y, sin embargo, las marcas continúan evitando identificarse ante los seguidores y seguidoras de los/as *influencers* para no perder eficacia en sus mensajes.²⁴ Aquí es donde aparece el fenómeno de la publicidad encubierta por parte de los *influencers*, tema principal de este trabajo. Es necesario que el receptor del mensaje pueda diferenciar entre lo que es publicidad y lo que no, ya que otorgando esa apariencia de mensaje informativo el destinatario le otorga un valor superior al que le otorgaría si conociese su finalidad publicitaria.

Haciendo un análisis jurídico del contrato publicitario entre el *influencer* y la empresa, podemos considerar que la actividad publicitaria on-line a la que se hace referencia, presenta bastantes similitudes con el patrocinio y con el contrato de difusión publicitaria. En virtud del cual, el anunciante o empresario que pretende llegar a una parte de la población (público objetivo) para dar a conocer su producto, contrata a una persona física con un perfil en una red social determinada. Esta persona se caracteriza por disponer de un gran alcance y público.

²⁴ Mercedes Ramos Gutiérrez & Elena Fernández-Blanco. “La regulación de la publicidad encubierta en el marketing de *influencers* para la generación Z. ¿Cumplirán los/as *influencers* el nuevo Código de Conducta de Autocontrol?”, *Revista Prisma Social* n° 34. (2021). Pág. 62-86

El *influencer*, que puede considerarse un patrocinado, contrae la obligación de difundir un mensaje publicitario concreto, por lo que se puede considerar que se trata de una obligación de resultado.

Estos contratos se clasifican en la categoría *intuitu personae*²⁵, debido a que el empresario anunciante elige al *influencer* que va a desarrollar su publicidad por las características de su imagen y el público al que atrae, cualidades que otra figura similar no tiene.

El contrato publicitario forma parte de la actividad empresarial del patrocinador, por lo que se trata de un contrato de naturaleza mercantil.

Del mismo modo, nos encontramos ante un contrato bilateral o sinalagmático, es decir, un contrato en el que surgen obligaciones para ambas partes. En primer lugar, el *influencer* tendrá que publicar una imagen o post que contenga referencias al producto o servicio anunciado, y por parte del empresario tendrá que existir una remuneración a favor del primero, por lo que también se podría clasificar como un contrato oneroso. El patrocinado recibe una contraprestación por dedicar un espacio y difundir en sus cuentas personales en las redes sociales, un producto o servicio cuya contraprestación supone un enriquecimiento económico. En definitiva, se trata de una actividad lucrativa que se asemeja más a la contratación de un espacio publicitario, es decir, al contrato de difusión publicitaria²⁶.

Otra de las obligaciones que surgen en la posición de la empresa anunciante, es la de proporcionar información al *influencer* de los bienes que pretende anunciar, así como las características que debe cumplir la publicación o formato que se utilice para promocionarlos. En estos casos, se entiende que se produce una cesión de derechos sobre el uso de los signos distintivos de la empresa anunciante a favor de la persona que vaya a publicitar los productos o servicios. Por la otra parte, el *influencer* deberá publicar en las plataformas acordadas la publicidad del producto, siguiendo las indicaciones convenidas.

Así, nos encontramos ante un contrato consensual, es decir, que se perfecciona con el consentimiento de las partes sin necesidad de adoptar una forma concreta, como sería la escrita. Si bien, lo más habitual es que se convenga todo por escrito a efectos probatorios. En relación con esto, se plantea la cuestión de si podría desarrollarse un contrato de estas

²⁵ Agustín Madrid Parra. “Capítulo 29. El patrocinio publicitario con *influencers*, ¿Publicidad encubierta?” Agustín Madrid Parra & María Jesús Blanco Sánchez. *Derecho Mercantil y Tecnología*. Ed 1ª. Aranzadi. (Navarra) (2018). Págs. 809-833

²⁶ Agustín Madrid Parra. *cit.* Pág. 814

características de manera tácita, esta duda viene relacionada con aquellos casos en los que las empresas o marcas envían regalos a los *influencers* y estos cuelgan contenido haciendo referencia a ellos.

Se puede concluir que, siempre que exista esa intención por parte de la empresa de promocionar un producto mediante su inclusión en las publicaciones de un *influencer* y la voluntad de este de incorporarlo, se podría considerar que hay un contrato publicitario. Ya que, aunque no haya una retribución económica para el *influencer*, puede existir una retribución en especie, a través de la entrega de productos determinados o la prestación de algún servicio. Para el caso de que no se pueda demostrar esa contraprestación se considerará publicitario un mensaje cuando proceda de un empresario o exista un control editorial sobre el contenido.

Si bien, no se puede considerar que toda entrega de productos constituya un pago, como en los casos en los que a una imagen pública se le proporcione un producto para que lo pruebe sin necesidad que tenga que emitir un dictamen positivo sobre él.

En estos casos, si esta persona no hace alusión a la existencia de un contenido publicitario indicándolo de alguna manera en la publicación, se podría considerar que se trata de publicidad encubierta, ya que el destinatario no podría diferenciar el contenido publicitario de una opinión vertida en esa red social. Es habitual que estos *influencers* al colgar una publicación en su perfil dando una opinión o recomendación, aclaren que ese contenido no está patrocinado, pero en la práctica contraria no suele ser frecuente que se indique. Por ello, puede considerarse que oculta esa intención promocional aparentando que el contenido de ese mensaje es de otra naturaleza.

La primera ventaja que ofrece la publicidad con *influencers* a través de sus propias cuentas en redes sociales se basa, precisamente, en esa ambigüedad. El hecho de que el seguidor no pueda distinguir claramente si está ante un anuncio, hace que en ocasiones pueda llegar a creer que el uso del producto por el *influencer* se obedece a su preferencia personal, captando de manera más sencilla su atención y dando a conocer el producto, no por un anuncio, sino por una experiencia personal por parte de esta figura²⁷.

El *influencer* no lleva a cabo una exhortación directa a la compra del producto, generalmente lleva a cabo una valoración sobre el producto o servicio para que el receptor

²⁷ Sofía Batánas Rodríguez. “Publicidad en redes sociales: la actividad de los *influencers*”, Rafael Perea Ortega *Estudios sobre derecho digital*. Ed 7ª. Aranzadi. (Navarra) (2021). Págs. 369-400

desarrolle una imagen positiva de él. Por ello, no es tan importante la forma en la que se introduce el mensaje publicitario, sino que persigue la promoción de un artículo y trata de persuadir al usuario para su adquisición. Aquí, es donde se presenta la dificultad de diferenciar si la comparación entre varios productos de una misma categoría por parte de esta imagen de influencia podría tratarse de un caso de publicidad encubierta, o bien, de una mera opinión. Para identificarlo como publicidad encubierta podría atenderse al hecho de que solo se hiciese referencia a signos distintivos de uno de los productos, del cual extrae una valoración positiva, evitando cualquier referencia denigratoria al resto de productos aparecidos.

5.2. Respuestas normativas

El artículo 9 de la LGP, que fue modificado por la Ley 29/2009, prohíbe la publicidad encubierta, estableciendo que los medios de difusión tendrán que distinguir entre aquella información vertida de manera informativa o lúdica de aquella destinada a la publicidad y que los anunciantes deberán, así mismo, desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios. De este modo, la LGP no presta atención al medio utilizado para difundir el contenido publicitario, por lo que, si las redes sociales se consideran un medio de difusión, esta obligación de distinguir el contenido publicitario también sería aplicable a ellas. Por otro lado, según el artículo 8, los *influencers* deberían considerarse como medios de publicidad: “Tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten.”

De igual manera, el artículo 3.e) de esta misma Ley encasilla la publicidad encubierta como una modalidad de publicidad ilícita, así la posibilidad de ejercer acciones por actos de competencia desleal frente a estos supuestos de publicidad encubierta en las publicaciones efectuadas por los *influencers*, ocurrirá solo cuando cumplan los requisitos expuestos en la Ley de Competencia Desleal y por lo tanto será calificada como ilícita.

Como se aclaró anteriormente, la LCD distingue la publicidad encubierta desde dos perspectivas, o bien como un acto de engaño, o bien como una omisión engañosa. La publicidad encubierta entendida como un acto de engaño viene contemplada en el artículo 5 estableciendo que “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, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:” y afirmando en su apartado d) “El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.”

Por otro lado, en el artículo 7 se hace referencia a los mensajes publicitarios encubiertos como omisiones engañosas estableciendo que “se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”. Según lo establecido en este artículo, los contenidos comerciales llevados a cabo por los *influencers* se pueden tomar en cuenta como una práctica comercial engañosa, siempre que no se informe de la finalidad comercial a sus destinatarios, incitándoles así al engaño.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el artículo 26 hace referencia a prácticas comerciales encubiertas con consumidores y usuarios, y para caracterizar el contenido como publicitario es necesario, en primer lugar, que la empresa que publicita su producto retribuya por ese contenido, con el fin de eludir que estos medios lo califiquen frente a los usuarios como un contenido publicitario y se presente como un mensaje con carácter informativo. En segundo lugar, es necesario que efectivamente se produzca el engaño entre los receptores sobre la naturaleza del mensaje y, por último, que este haya sido incluido en una red social a través de un *influencer*. Por ello, cuando en una publicación se hace referencia expresa a su carácter promocional no se puede considerar publicidad encubierta, siempre que baste para que los receptores del mensaje reconozcan de forma clara esa intencionalidad comercial. La presunción de independencia y credibilidad en el mensaje publicitario del *influencer*, lleva al consumidor/seguidor a comprar el producto promocionado bajo la creencia de que se trata de una recomendación o consejo derivados de la experiencia personal del personaje influyente, en vez de un acto promocional que encuentra un propósito comercial detrás²⁸.

²⁸ Elisabet González Pons. “Prácticas comerciales desleales e “influencers”: un nuevo reto para el derecho de la competencia desleal”, *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*. (2019). Págs. 51-64

Finalmente, también se podría encuadrar dentro del artículo 27.5 de esta misma ley que califica como desleales aquellas prácticas que tengan por finalidad confundir al consumidor haciéndole creer que no se está desarrollando una actividad empresarial, o bien, como podría ser el caso que nos ocupa, que den la apariencia de que actúan como un consumidor.

Además, también es necesario analizar el marketing con *influencers* desde el punto de vista de las prácticas agresivas, en concreto a la denominada “influencia indebida” del artículo 8.2.

Estas prácticas agresivas se caracterizan porque el empresario condiciona el comportamiento económico del usuario con la finalidad de alterar su capacidad de decidir. El apartado c) de este artículo desarrolla la influencia indebida caracterizándola como “La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio”, definición que se introdujo con la aprobación de la Directiva 29/2005/CE de prácticas comerciales desleales. En el artículo 2.) define la influencia indebida como el uso de una posición de dominio frente al consumidor para presionar de tal manera que coarte significativamente su capacidad de adoptar una decisión con el debido conocimiento de causa.

De esta definición se puede extraer que para considerar que existe influencia indebida en una práctica, es necesario que exista una relación entre el empresario y el destinatario, en la que el primero ocupe una posición predominante o de poder y la explote con la finalidad de presionar al consumidor, limitando su capacidad sobre la decisión de adquisición de un producto o servicio. Esta relación está fundamentada en el aprovechamiento de esa lealtad, que puede hacerla directamente el empresario o profesional, o, siendo este el supuesto más habitual, a través de personas interpuestas, conocidas como prescriptores indirectos, que serán los sujetos que tengan la relación extraordinaria con el destinatario para ejercer sobre este una influencia indebida.²⁹ Esto se puede extrapolar a la posición del *influencer* que hace publicidad y el destinatario de esta, considerando que el primero influye en la capacidad de decisión del segundo. Si bien es verdad, que se requiere que la coacción o influencia ejercida

²⁹ Elisabet González Pons. *cit.* pág. 58

sobre el usuario sea significativa, produciendo que el consumidor adopte una decisión que de otro modo no hubiese tomado.

La Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a prestación de servicio de comunicación audiovisual [«Directiva de servicios de comunicación audiovisual» (DSCA)], recientemente modificada por la Directiva (UE) 2018/1808, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre, dedica algunos de sus preceptos a regular ciertos aspectos relativos a la publicidad encubierta en el ámbito de los servicios de comunicación audiovisual. En el ámbito nacional, la normativa europea se ha incorporado por medio de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual³⁰.

En el artículo 1.1.j) de la Directiva se introduce una definición de lo que se considera publicidad encubierta caracterizándola como “la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar.”

Aquí es donde se ponen de manifiesto los elementos necesarios para que se pueda considerar que existe publicidad encubierta: que exista esa intencionalidad de promocionar e induzca a error a los destinatarios en lo referente a la naturaleza del mensaje, es decir, que los destinatarios no puedan identificar de manera clara ese propósito publicitario. Finalmente, para que sea calificado como publicidad encubierta, además de esa intencionalidad publicitaria que los destinatarios no puedan reconocer, no puede contener mensajes explícitos que dejen claro que se trata de un contenido publicitario.

Trasladándolo al ámbito al que se refiere este trabajo, se estaría refiriendo a aquellos mensajes publicados por personas influyentes en los que se vierta una presunta opinión sobre un producto, hablando de sus ventajas y dando a entender que la naturaleza de esa publicación es puramente informativa. Del mismo modo, se considerará que se trata de un

³⁰ Asensi Merás Altea. “La ilicitud de la publicidad a través de *influencers* o líderes de opinión en redes sociales”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. Tomo 39. (2019) Págs. 321-334

mensaje publicitario en el caso de que existe una contraprestación o haya duda de que así sea, tal y como se ha mencionado anteriormente.

En colación a lo anterior, el artículo 9 en su apartado primero establece que los Estados comunitarios deberán vigilar que las comunicaciones comerciales audiovisuales desarrolladas en sus jurisdicciones deberán ser reconocibles, prohibiendo las prácticas comerciales encubiertas. Tal y como se extrae de este artículo, lo esencial para calificar una publicidad como encubierta no radica en donde se ha insertado el mensaje, sino que los receptores sean capaces de identificar el mensaje como publicitario.

A pesar de que la finalidad de la Directiva no es regular las redes sociales o “social media” el considerando 5 de la Directiva (UE) 2018/1808 afirma que es aplicable a aquellos medios sociales en los que los contenidos audiovisuales constituyan un elemento esencial de esa plataforma. Los servicios que ofrecen estas plataformas consisten en facilitar a los receptores contenidos creados por los usuarios, cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio de comunicación, tal y como establece el artículo 1.1.a) i) de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. Por ello, se considera que la publicidad vertida en estas plataformas por parte de los *influencers* queda recogida en la Directiva, porque alcanza de una manera similar a la audiencia que los servicios de comunicación audiovisual.

En Estados Unidos es donde más esfuerzos se han hecho en la regulación de la actividad publicitaria de los *influencers*, a través de la Federal Trade Commission, que en 2013 promulgó una guía referida a la publicidad en el entorno digital “How to Make Effective Disclosures in Digital Advertising”. Este ha sido el punto de partida para los demás organismos reguladores del resto de países. Volviendo al ámbito de la Unión Europea, no existe regulación específica a pesar de que se han publicado pautas para ello, como es el caso de la Competition and Markets Authority en Reino Unido que, en 2019, formando parte aún de la Unión Europea, promulgó una guía para la protección de los destinatarios de la publicidad de las redes sociales. Al igual que la Advertising Standards Authority promulgó “An Influencer`s Guide to making clear that ads are ads”.

En nuestro caso, EASA en 2018 propuso la “Recomendación de buenas prácticas en marketing de influencers” afirmando que es necesario que se indique cuando un *influencer* está desarrollando una actividad promocional y atendiendo al anteriormente mencionado control editorial y a la contraprestación entre las partes. En cambio, en España la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha venido considerando que la actividad de los

influencers no requiere normativa específica más allá de la regulación contenida en el artículo 20 de la LSSI, así como en la LGPU y en la LCD³¹.

Por otro lado, la Interactive Advertising Bureau (IAB) desarrolló en 2016 una Guía legal sobre el marketing de *influencers*. Donde en su apartado 6, establece que el receptor de la actividad publicitaria tiene que ser informado de manera clara de que esta ante un contenido promocional y deja en manos del *influencer* esa responsabilidad, salvo que la marca o el anunciante haya exigido revisar dichos contenidos antes de su publicación (en este caso, la revisión y validación haría responsables a la marca o al anunciante)³². Para que quede clara esa naturaleza promocional no es necesario que tenga que aparecer mencionado de manera expresa, siempre y cuando el destinatario tenga la información suficiente para que sea evidente. En relación a este aspecto, esta guía establece que será necesario atender a las circunstancias de cada caso, así como al contenido habitual publicado por ese *influencer* y quien lo consume. Ya que no será lo mismo contratar a un *influencer* cuyos seguidores son en su mayor parte menores de edad (en principio, menos dados a distinguir lo que es publicidad y lo que no) que si se trata de un bloguero especializado en un sector cuyos lectores son también expertos del mismo sector, y tienen mayor facilidad para darse perfil que ese reportaje específico sobre las cualidades del producto en cuestión es, en ese caso, publicitario³³.

5.3. Ley de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico

Además de toda la normativa mencionada, al ámbito de la publicidad digital también le será de aplicación la Ley de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico. Según la LSSICE, una comunicación comercial es “toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”.

Según el artículo 2 la LSSICE se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de información que se encuentren en nuestro Estado, es decir, cuando tengan su residencia o domicilio social en nuestro país. Para el caso de aquellos prestadores de servicios que se encuentren fuera de España, pero en un Estado perteneciente a la Unión Europea, el artículo

³¹ José Sixto-García y Amalia Álvarez Vázquez. “*Influencers* en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular”, *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*. 26. (2020) Págs. 1611-1622

³² IAB Spain. “Guía Legal: Marketing de Influencers” (2016) Pág. 4

³³ IAB Spain. “Quiénes somos”, disponible en: <https://iabspain.es/quienes-somos-iab-spain#iab-spain-misin> [Consulta: 25 ene.2022]

3 establece que será de aplicación la ley española siempre y cuando el receptor de los servicios este situado en nuestro Estado y los servicios consistan en los referidos en dicho precepto “a) Derechos de propiedad intelectual o industrial. b) Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva. c) Actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios. d) Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores. e) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato. f) Licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas.”

La publicidad a través de las plataformas de redes sociales, podría introducirse en lo definido por el apartado f), pero a mi juicio no se podría considerar una comunicación comercial no solicitada, porque el hecho de estar suscrito a un perfil es un acto que muestra la voluntad del destinatario de consumir el contenido publicado por ese *influencer*.

Al igual que en la normativa anterior, el artículo 20 de esta ley hace alusión a la obligación de que toda publicidad tendrá que ser “claramente identificable como tal”. El incumplimiento de este precepto, está contemplado como una infracción leve acarreado únicamente responsabilidad administrativa, sin olvidar las consecuencias derivadas de la aplicación de la LCD sobre la publicidad encubierta.

5.4. AUTOCONTROL y el Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad

En 2019 se actualizó el Código de Conducta Publicitaria promulgado por Autocontrol, con la intención de incluir regulación sobre redes sociales. En su apartado B, artículo 13 de normas deontológicas hace referencia al principio de autenticidad, haciendo alusión a aquellas promociones de productos o servicios vertidas en las redes sociales, que no se diferencian del contenido privado del usuario, estableciendo que: “Las comunicaciones comerciales serán identificables como tales sea cual sea su forma, formato, o el medio utilizado. Cuando una comunicación comercial, incluyendo la denominada “publicidad nativa”, aparezca en un medio que contiene noticias o contenido editorial, ésta debe ser presentada de forma que sea fácilmente reconocible como una publicidad y, cuando sea necesario, etiquetada como tal. El verdadero propósito de la publicidad debe ser transparente. Por tanto, una comunicación que promueve la venta de un bien o la contratación de un servicio no debe hacerse pasar, por ejemplo, por estudio de mercado,

encuesta de consumidores, contenido generado por el usuario, blog privado, publicación privada en redes sociales o análisis independiente.”

Con la modificación de esta norma 13 no solo se hace referencia a la publicidad nativa desarrollada por los *influencers*, sino que también se mencionan las redes sociales y los contenidos desarrollados en ellas. De ella se extrae que en los casos en los que no quede claro que esa publicación hace alusión a un contenido publicitario, será necesario que se indique expresamente. Por el contrario, en los casos en los que sea evidente que se trata de un contenido distinto no se necesitará indicación específica. Esto es de especial relevancia cuando el contenido publicitario no se pueda diferenciar de los demás contenidos por adaptarse al formato de la red social en este caso, ya que, no se podría distinguir con claridad si se trata de un contenido informativo que produce un efecto publicitario secundario derivado de la información que contiene, sin pretenderlo, o bien, se trata de un mensaje publicitario que aparentemente tiene como finalidad informar.

Dejando a un lado que el hecho de que exista una contraprestación para el *influencer* evidencia esa finalidad publicitaria, se puede atender a otros aspectos para determinarla. Si estas publicaciones en las que aparece el *influencer* se llevan a cabo a través de un perfil de una marca, se deduce que se trata de un contenido publicitario. Pero, por el contrario, si se publican desde un perfil privado no quedaría claro, por lo que habría que atender a su contenido.

En muchos casos, la finalidad publicitaria de la publicación puede resultar evidente y perfectamente identificable cuando, por ejemplo, el contenido se centra exclusivamente en el producto, se nombra reiteradamente a la marca, se muestran distintos modelos del mismo producto o se exaltan las características y virtudes del mismo, ofreciendo la opinión del *influencer* como usuario del producto.

Se podría considerar erróneamente que se trata de un caso de publicidad testimonial³⁴. Este tipo de publicidad se caracteriza porque el que publicita el producto es un tercero ajeno a la marca y el anuncio gira entorno a experiencias personales con dicho producto. La finalidad de esta publicidad es que el receptor la vea como una opinión de un consumidor más. La publicidad testimonial y la publicidad a través de *influencers* se diferencian en que, en primer lugar, la opinión de ese experto o persona famosa forma parte del anuncio que es difundido por el propio anunciante. En el caso de la publicidad con *influencers*, es este

³⁴ Sofía Batanás Rodríguez. *cit.* Pág. 383

personaje el que difunde el contenido publicitario a través de sus perfiles en las redes sociales, integrándose en el resto de contenidos publicados por él. Por ello, los contenidos publicitarios en los que aparece un famoso trasladando el propio mensaje del anunciante sin mostrar la propia preferencia individual sobre el mismo, no pueden considerarse publicidad testimonial.

Por otro lado, hay algunos autores como Tato Plaza que sí defienden el carácter testimonial de la publicidad desarrollada por *influencers*, afirmando que concurren los dos presupuestos necesarios ya que interviene un personaje célebre y refleja en el mensaje su opinión o experiencia en relación con el correspondiente producto o servicio, bien sea de forma directa, bien de modo indirecto, mostrando su preferencia por aquel producto o servicio al presentarse públicamente como consumidor o usuario del mismo³⁵.

Hasta la entrada en vigor, el 1 de enero de 2021 del Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, promovido por la Asociación Española de Anunciantes (AEA), Autocontrol y el Gobierno, no existía ninguna norma específica que regulase la publicidad con *influencers*, más allá de la normativa general sobre contenidos publicitarios.

En su introducción aporta una definición de lo que se considera como un *influencer*, de cara a la aplicación del Código, considerando que son «personas que se considera tienen un alto nivel de influencia sobre el público por su elevado número de seguidores en redes sociales y/o medios de comunicaciones digitales y que interactúan tanto a través de tweets, videos y posts, como a través de mensajes en blogs u otros. En este grupo se vienen incluyendo los denominados “social media influencers”: “bloggers”, “Youtubers”, “Instagrammers” y “Facebookers”».

En segundo lugar, en lo referente a las normas éticas establece una serie de criterios distintivos para diferenciar lo que se considera publicidad con *influencers* y lo que no. En su artículo 3 establece que será considerada publicidad aquellos contenidos generados por el *influencer* que tengan por finalidad promocionar bienes o servicios, que se desarrolle a través de una colaboración con la empresa anunciante que vaya a ser remunerada y que exista un control sobre el contenido y formato de la publicación. Según lo que establece esta norma, se podría considerar que es necesario que se cumplan los tres requisitos expuestos, pero se debería atender a las circunstancias de cada caso ya que, por ejemplo, que exista una remuneración es algo que puede ser muy difícil de demostrar, además de que hay que tener

³⁵ Anxo Tato Plaza. “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (influencers)”, *Revista de derecho mercantil*. N° 311 (2019). Pág. 17

en cuenta que el *influencer* puede llevar a cabo esa publicidad por tener una relación de amistad con el titular de la marca, o por “hacer un favor”. Por ello, sería necesario atender a las circunstancias de cada caso.

En la norma siguiente, hace una enumeración *numerus apertus* de lo que puede ser considerada como contraprestación: “tendrán la consideración de contraprestaciones, entre otros: el pago directo (o indirecto a través de agencias), la entrega gratuita de un producto, las entradas gratuitas a eventos, la prestación gratuita de un servicio, los cheques regalo, las bolsas regalo y los viajes”.

En relación, con la entrega gratuita de productos, se entenderá como retribución en el caso de que la difusión de un mensaje haciendo mención a dichos productos, sea condición de su entrega a ese personaje de influencia. Pero en los casos en los que no se pueda demostrar que el anunciante ha requerido la publicación de este mensaje, se tendrá que atender a las características propias del mensaje y si existe control editorial sobre este.

Del mismo modo, en la norma 3 desarrolla lo que no será considerado como publicidad con *influencers*, eliminando aquellos contenidos que deriven de creación propia de los *influencers* que no respondan a iniciativas con marcas y aquellos que sean exclusivamente editoriales. Estos son libres de publicar opiniones o valoraciones en sus perfiles, a pesar de que conlleve un efecto promocional subsidiario, ya que las informaciones aportadas gozan de imparcialidad y sinceridad.

Por otro lado, su norma 5 regula el principio de autenticidad, estableciendo que la intención de promocionar en las publicaciones de estos *influencers* tiene que ser distinguible por sus destinatarios y en caso de que no fuese así, sería necesario introducir alguna mención que lo dejase claro. La efectividad de esa mención o indicación dependerá de su ubicación y de su contenido.

Finalmente, en el Código también introduce esa necesidad de advertir del carácter publicitario respecto de las publicaciones que *repostean* los *influencers*, si en las publicaciones no viene advertido.

Este Código será de aplicación a aquellos *influencers* y anunciantes que voluntariamente se adhieran a él y a aquellas empresas que estén asociadas a AEA y a AUTOCONTROL.

Algunos de los dictámenes más recientes desarrollados por el Jurado de la Publicidad en relación con la publicidad encubierta, es el de 19 de febrero de 2021 de la Sección Cuarta

del Jurado de AUTOCONTROL, por el que solicita la corrección deontológica de la publicidad sobre apuestas deportivas desarrollada por la empresa Westapuesta, S.L, desarrollada en la plataforma Instagram a través de una serie de *influencers*. En la resolución, el Jurado afirmó que la publicidad incumplía la norma número 13 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, por no dejar claro su carácter promocional ni incluir ninguna advertencia sobre ello. Las publicaciones realizadas por estos *influencers* contenían un enlace que redirigía a un grupo de la plataforma *telegram* en el que podrían recibir información sobre la previsión de las apuestas deportivas pagando a unos asesores. Este dictamen declara que se trata de un caso de publicidad ilícita por las siguientes razones:³⁶

- En primer lugar, considera que dicha publicidad no resulta claramente identificable.
- En segundo lugar, manifiesta que la Publicidad objeto del presente Dictamen induce a error sobre la posibilidad de resultar premiado, asimila la actividad del juego a una actividad económica e incumple la obligación de incluir un mensaje relativo a jugar con responsabilidad, lo cual infringiría los apartados 2 e); 2 f); y 3 del artículo 10 del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego.
- En tercer lugar, arguye que el artículo 15 del citado RD 958/2020 prohíbe la aparición de personajes de relevancia o notoriedad pública en las comunicaciones comerciales sobre juegos y apuestas.
- En cuarto lugar, afirma que está prohibido difundir publicidad de operadores de juego en servicios de la sociedad de la información –y en concreto en las redes sociales y plataformas de intercambio de vídeos– por lo que la Publicidad objeto del presente Dictamen infringiría el artículo 26 del RD 958/2020.

Esta resolución no tiene carácter vinculante al tratarse de una empresa que no está adherida de manera voluntaria al Código de Conducta Publicitaria, a pesar de ello el Jurado tiene como función la resolución de aquellos conflictos de intereses que le sean presentados respecto de contenidos publicitarios, con independencia de que se encuentren adheridos o no.

De manera paralela, el Jurado también se pronunció frente a los respectivos *influencers* que llevaron a cabo esa publicidad, a través de unas resoluciones dictaminadas el 19 de febrero de 2021. Todos ellos difundieron a través de la red social Instagram una serie de

³⁶ Dictamen del Jurado de la Publicidad, de 19 de febrero de 2021, de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL. “Influencers”, 13/R/ FEBRERO 2021

publicaciones haciendo referencia a que se habían enriquecido a través de las apuestas realizadas.

Otro ejemplo de publicidad encubierta llevado a cabo por *influencers*, es el caso expuesto por el Jurado en el Dictamen de 9 de abril de 2021 de la Sección Quinta del Jurado de AUTOCONTROL respecto de la publicidad desarrollada por la empresa Brand New Ways Comunicaciones, S.L. Se presentó la reclamación contra dos publicaciones desarrolladas por una periodista e *influencer* en la plataforma de Instagram, en las que se publicitaban dos dispositivos electrónicos. Según el Jurado la Publicidad no es claramente identificable como tal, a pesar de que incluyese la advertencia “ad”. En particular, entendió que dicha advertencia no sería identificable ni por su tenor literal (término expresado en otro idioma) ni por su ubicación (insertado en último lugar diluido entre otras indicaciones y hashtags). Por tanto, en la medida en que no se incluía una advertencia explícita, inmediata y adecuada al medio en el que se insertaba la publicidad (Instagram), la misma resultaba contraria a la norma 13 del Código de Conducta de AUTOCONTROL³⁷.

Así es como se evidencia el principal problema del uso de *influencers* a la hora de hacer publicidad, la desregularización de su actividad. Un nuevo artículo en La Vanguardia habla de competencia desleal frente a las cadenas de televisión tradicionales derivado de este vacío legal. Ante esta situación, la CNMC ha respondido abriendo una consulta pública para clarificar los criterios que deben tenerse en cuenta en el marco de las actividades con *influencers*. Este debate continuara abierto hasta el 1 de marzo de este mismo año. El artículo afirma que esta falta de regulación da lugar a muchos casos de publicidad encubierta, dejando claro que con solo añadir el *hashtag* “#ad” en la publicación no es suficiente. A través de este canal de consulta, la CNMC pretende evitar que se repitan casos como el anteriormente descrito y promover las denuncias frente aquellas prácticas que no estén permitidas. Del mismo modo, busca que estas figuras sean calificadas como prestadores de servicios audiovisuales cuando exista una actividad económica repetida. Para considerar si se trata de un prestador de servicios audiovisuales, la CNMC valorará el número de seguidores y reproducciones, su presencia en más de una plataforma y la capacidad para influir en la opinión pública. No obstante, el ente aclara que no se considerará prestador de servicios

³⁷ Dictamen del Jurado de la Publicidad, de 9 de abril de 2021, de la Sección Quinta del Jurado de AUTOCONTROL. “Oppo Influencer internet”, 39/R/ MARZO 2021

audiovisuales a proyectos pequeños que tienen como objetivo final compartir ideas o experiencias o informar, entretener y educar³⁸.

6. CONCLUSIONES

A mi forma de ver, la publicidad con *influencers* debería ser tratada de igual manera que el resto de modalidades publicitarias. Al igual que este tipo de publicidad destaca por su espontaneidad y cercanía, también debería hacerlo por su transparencia y autenticidad. A través de las redes sociales, el mensaje publicitario se conoce de una manera más rápida y por más personas, y de forma paralela, el consumidor medio recibe mucha más cantidad de información que en los medios tradicionales utilizados para hacer publicidad.

Como se ha dejado claro en el capítulo quinto de este trabajo, la diferencia entre publicidad lícita e ilícita en el contexto del uso de redes sociales puede llegar a ser mínima, recayendo la responsabilidad de diferenciarla de manera directa en los *influencers* como figuras que desarrollan y difunden este contenido. Por ello, se busca que los receptores de los mensajes publicitarios estén convenientemente informados de la finalidad publicitaria de estos, evitando que el fin principal persuasivo de la publicidad lleve a prácticas moralmente reprochables o que se puedan llegar a cuestionar su legitimidad en detrimento de los usuarios y de los demás competidores.

Desafortunadamente y afirmando, como consumidora de contenidos en redes sociales, y probablemente de una manera arriesgada, mucha de la publicidad encontrada en estos medios suele llevar a confusión, siendo de gran dificultad diferenciarla como tal.

Además, el hecho de que la profesionalización de estos personajes se haya producido de manera tan espontánea y poco esperada, demuestra que la mayoría de estas figuras no se encuentren adscritos al Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, siendo no vinculantes los dictámenes de AUTOCONTROL para ellos. Esta circunstancia, unida a la escasa jurisprudencia y regulación actual provoca una inseguridad jurídica en el plano de la publicidad digital.

³⁸ La Vanguardia. “La CNMC analiza si los *influencers* deben estar regulados por la ley de publicidad de la televisión”, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/actualidad/20220202/8026305/chollo-contenidos-promocionados-influencers-dias-contados-pmv.html> [Consulta: 7 feb. 2022]

Centrándonos en la poca regulación de la que disponemos, en mi consideración, tiene una finalidad poco disuasoria para estas figuras en concreto, ya que los *influencers* con gran número de seguidores son muy reclamados por los anunciantes, pudiendo ascender a altas cantidades su remuneración por esta publicidad.

Tanto los *influencers* como los anunciantes, deben comprometerse e implicarse especialmente a la hora de perseguir esta transparencia, para que seamos nosotros los que tengamos el poder de decisión sobre lo que queremos consumir y lo que no.

En este trabajo, me he centrado en la actividad de estas figuras, ya que gracias a la confianza que sus espectadores depositan en ellos han llegado a adquirir la posición y el valor que tienen para los anunciantes actualmente. Por ello, en su actividad debería primar el respeto a los principios y derechos de quienes les han dado ese *status*.

7. ABREVIATURAS

UE: Unión Europea

CEE: Comunidad Económica Europea

CE: Constitución Española

LGP: Ley General de Publicidad

LCD: Ley de Competencia Desleal

LSSICE: Ley de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico

LGCA: Ley General de Comunicación Audiovisual

DSCA: Directiva de servicios de comunicación audiovisual

EASA: European Advertising Standards Alliance

ICAS: International Council for Advertising Self-Regulation

IAB: International Advertising Bureau

FTC: Federal Trade Commission

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

AEA: Asociación Española de Anunciantes

8. BIBLIOGRAFÍA

José María de la Cuesta Rute. *Curso de Derecho de la Publicidad* ed. Eunsa, Navarra, 2002

Emilio Feliu García. “La publicidad social. En Información, producción y creatividad en la comunicación”. Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid (2004)

José Antonio Vega Vega:” La publicidad comercial y los consumidores” en *Revista de estudios económicos y empresariales*, N° 18, 2006, págs. 63-120

Carmen Herrero Suárez, Celia Martínez Escribano, José Miguel Hernández-Rico Bartolomé, & Lirio Martín García. (2015). *Manual de derecho de la publicidad* (1st ed.). Valladolid. Aranzadi

EASA. “What we do. Easa-Alliance”, disponible en: <https://www.easa-alliance.org/about-easa/what-we-do> [Consulta: 7 ene. 2022]

AUTOCONTROL. “Autorregulación de la industria publicitaria en España”, disponible en: <https://www.autocontrol.es/> [Consulta: 7 ene. 2022]

CNMC. “Qué es la CNMC”, disponible en: <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc> [Consulta:10 ene.2022]

Andrés Boix Palop & José María Vidal Beltrán. (2014). *La nueva regulación del audiovisual: Medios, derechos y libertades* (Primera ed.). Navarra. Thomson Reuters

Manuel Pino Abad. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la ley de la publicidad de 1988*. Ministerio de sanidad y consumo, Instituto Nacional de Consumo. Colección: Estudios, 1991

Julio Unzué Rossi. “Publicidad Nativa Mediante *Influencers*”, Anxo Tato Plaza & Julio Costas Comesaña. *Nuevas Tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial*. Págs. 203-223

José Antonio Montañez Durán. “Advertainment”, disponible en: <https://www.escueladenegociosydireccion.com/revista/business/marketing-ventas/advertainment/> [Consulta: 12 ene. 2022]

Araceli Castelló Martínez & Cristina Pino Romero. “La comunicación Publicitaria con Influencers”, *Revista Digital de Marketing Aplicado*. Núm. 14 (2015) Págs. 21-50

Alejandra Eliana Quijandría. “Análisis de la publicidad nativa en redes sociales y su influencia en el *branding*”, *Revista de Marketing Aplicado*. Vol. 24, núm.1 (2020). Págs. 17-37

Cristina Juan. “Qué es un *influencer*, por qué lo necesitas y cómo encontrarlo”, disponible en: <https://www.iebschool.com/blog/que-es-un-influencer-marketing-digital/> [Consulta: 13 ene.2022]

Begoña Gómez Nieto. “El *influencer*: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa”, *Revista de ciencias sociales*, 6. (2018). Págs. 149-156

Sandra Vilaojana-Alejandre, Josep Rom-Rodríguez, Giorgia Miotto. “Retos de la autorregulación publicitaria ante los riesgos jurídicos y éticos del marketing de *influencers*”, *Revista Mediterránea de Comunicación*, 10. (2019). Págs. 115-129

Luis González Vaqué. “¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?” *La Ley Unión Europea*, N° 88 (2021). Págs. 1-10

Mercedes Ramos Gutiérrez & Elena Fernández-Blanco. “La regulación de la publicidad encubierta en el marketing de *influencers* para la generación Z. ¿Cumplirán los/as *influencers* el nuevo Código de Conducta de Autocontrol?”, *Revista Prisma Social* n° 34. (2021). Pág. 62-86

Agustín Madrid Parra. “Capítulo 29. El patrocinio publicitario con *influencers*, ¿Publicidad encubierta?” Agustín Madrid Parra & María Jesús Blanco Sánchez. *Derecho Mercantil y Tecnología*. Ed 1ª. Aranzadi. (Navarra) (2018). Págs. 809-833

Sofía Batánas Rodríguez. “Publicidad en redes sociales: la actividad de los *influencers*”, Rafael Perea Ortega *Estudios sobre derecho digital*. Ed 7ª. Aranzadi. (Navarra) (2021). Págs. 369-400

Elisabet González Pons. “Prácticas comerciales desleales e “influencers”: un nuevo reto para el derecho de la competencia desleal”, *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*. (2019). Págs. 51-64

Asensi Merás Altea. “La ilicitud de la publicidad a través de *influencers* o líderes de opinión en redes sociales”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. Tomo 39. (2019) Págs. 321-334

José Sixto-García y Amalia Álvarez Vázquez. “*Influencers* en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular”, *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*. 26. (2020) Págs. 1611-1622

IAB Spain. “Guía Legal: Marketing de Influencers” (2016)

IAB Spain. “Quiénes somos”, disponible en: <https://iabspain.es/quienes-somos-iab-spain#iab-spain-misin> [Consulta: 25 ene.2022]

Anxo Tato Plaza. “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales («influencers»)”, *Revista de derecho mercantil*. N° 311 (2019).

La Vanguardia. “La CNMC analiza si los *influencers* deben estar regulados por la ley de publicidad de la televisión”, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/actualidad/20220202/8026305/chollo-contenidos-promocionados-influencers-dias-contados-pmv.html> [Consulta: 7 feb. 2022]

Manuel Santaella. *El Nuevo Derecho de la Publicidad*. Ed. Civitas (Madrid) (1989) Págs. 19-44

Sandra Villajoana Alejandre. *Las leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Ed. UOC (Barcelona) (2011)

José María Desantes Guanter, Rafael Alberto Pérez González & Juan Manuel Mazo del Castillo. *Jornadas de Derecho de la Publicidad*. Instituto Nacional de Publicidad (Madrid) (1980)

José Comingues Guio. *Derecho Publicitario*. Colección: Comunicación y Publicidad. Conzepto Comunicación Creativa. (Granada) (2006). Págs. 9-28

Aurora Labio. “Publicidad Encubierta: La información que vende”, *Questiones Publicitarias*, vol. 1, n° 11 (2006) págs. 51-65

Manuela Catalá & Óscar Díaz. *Publicidad 360º*. Ediciones San Jorge (Zaragoza) (2014). Págs. 88-180

Mª Ángeles González Lobo & Mª Dolores Prieto del Pino. *Manual de Publicidad*. ESIC Editorial (Madrid) (2009). Págs. 9-54

Carlos Lema Devesa. “Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España”, *metbaodos.revista de ciencias sociales*, 6 (2018). Págs. 7-15

Sonia Lavandeira Rojo. “Publicidad digital”, *Humanidades Digitales: desafíos, logros y perspectivas de futuro*. Janus, Anexo 1 (2014) Págs. 257-262

Ángela Agulleiro Prats, Susana Miquel-Segarra & Irene García Medina. “El reto de regular un perfil no profesionalizado: *microinstagramers* de moda”, *Journal of Communication*, 20 (2020) Págs. 15-34

Carlos Rodríguez Rad. “La adaptación de la publicidad a su nuevo escenario”, *Questiones publicitarias: revista internacional de comunicación y publicidad*. (1994). Págs. 82-97

Dictamen del Jurado de la Publicidad, de 19 de febrero de 2021, de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL. “Influencers”, 13/R/ FEBRERO 2021

Dictamen del Jurado de la Publicidad, de 19 de febrero de 2021, de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL. “Paulagarciamaciaa *Influencer*”, 19/R/FEBRERO 2021

Dictamen del Jurado de la Publicidad, de 19 de febrero de 2021, de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL. “Jesuseda *Influencer*”, 17/R/FEBRERO 2021

Dictamen del Jurado de la Publicidad, de 19 de febrero de 2021, de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL. “Ggpica *Influencer*”, 15/R/FEBRERO 2021

Dictamen del Jurado de la Publicidad, de 19 de febrero de 2021, de la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL. “Marina Yers *Influencer*”, 18/R/FEBRERO 2021

Dictamen del Jurado de la Publicidad, de 9 de abril de 2021, de la Sección Quinta del Jurado de AUTOCONTROL. “Oppo *Influencer* internet”, 39/R/ MARZO 2021

Reglamento del Jurado de la Publicidad del 23 de abril de 1997, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

Código de Conducta Publicitaria, del 19 de diciembre de 1996, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

Código de Conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, del 9 de octubre de 2020, Asociación Española de Anunciantes y AUTOCONTROL