



PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Con especial referencia a la publicidad
encubierta y al product placement

FACULTAD DE CC. SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN

Autor: Patricia de Andrés García

Tutor: Carmen Herrero Suárez
Grado en Derecho

FECHA

Abstract

El presente trabajo aborda en un primer apartado el estudio de la publicidad engañosa en el Derecho español y la importancia de la ley 29/2009. Esta ley modifica el régimen legal de competencia desleal y supone la incorporación de los actos de engaño, las omisiones engañosas y prácticas engañosas a dicho marco legal. En la segunda parte del trabajo se analiza la publicidad encubierta, prevista en el art. 26 de la LCD (29/2009) como aquella que no es identificable como tal por el público de los consumidores. Se examinarán su finalidad publicitaria, los criterios que son necesarios para determinar el propósito publicitario y cómo se utiliza la publicidad encubierta en los medios de difusión. Nos centraremos especialmente en su cada vez mayor utilización en redes sociales y la repercusión que tiene ésta en la decisión de adquisición de servicios o productos por parte de los consumidores. También se estudiará la importancia de la identificación del mensaje publicitario, pues el desconocimiento por parte de los consumidores de la naturaleza publicitaria del mensaje los puede inducir a error, y, por lo tanto, estaremos ante una práctica ilícita. Por último, el trabajo se cerrará con un breve estudio del Product Placement o emplazamiento de producto y las diferencias que existen entre éste y otras modalidades como la publicidad encubierta, el patrocinio audiovisual o la publicidad subliminal.

This article addresses in the first section the study of misleading advertising in the Spanish law and the importance of the law 29/2009. This law amends the legal frame of unfair competition and represents the inclusion of acts of deception, misleading omissions and deceptive practices to the legal frame. The second section of the article discusses the role of covert advertising, defined in the article 26 of the LCD (29/2009) as the advertising that is not identifiable as such by the consumers. We examine its advertising goal, the criteria that are necessary to determine the advertising objective and how the covert advertising is used in the media. We especially focus on its increasing use in social networks and the repercussion that this has in the consumer decisions to purchase services and products. The article also examines the importance of the advertising message being properly identified, since the lack of awareness by the consumers about the advertising nature of the message may lead them to mistakes, and therefore this would be considered as an unlawful practice. Finally, the article ends with a brief study of the product placement strategy and the differences between this and other methodologies, such as the covert advertising, audio-visual sponsorship or subliminal advertising.

Palabras clave: Prácticas engañosas, publicidad encubierta, competencia desleal.

Keywords: misleading practice, covert advertising, unfair competition.

ÍNDICE

1. Introducción	3
2. Los actos de engaño en la ley de competencia desleal.....	4
2.1. Publicidad y Derecho.....	4
2.2. Concepto de Publicidad.....	5
2.3. La regulación jurídica de la Publicidad en el Derecho Español.....	7
2.3.1 Antecedentes.....	7
2.3.2. Régimen legal en la Ley General de Publicidad.....	8
2.4. Régimen legal en la Ley de Competencia Desleal.....	9
2.4.1. Los actos de engaño.....	9
2.4.2. Omisiones engañosas.....	13
2.4.3. Prácticas comerciales engañosas.....	18
3. La publicidad encubierta.....	28
3.1. Concepto.....	28
3.2. Regulación de la publicidad encubierta.....	28
3.3. Requisitos de la publicidad encubierta.....	29
3.3.1. La finalidad publicitaria.....	30
3.3.3.1. Criterios para determinar el propósito publicitario.....	30
3.3.1.2. La publicidad encubierta en los medios de difusión	32
3.3.1.3. La relevancia del principio de identificación publicitaria...37	
3.3.2. El pago o remuneración por la publicidad.....	39
3.4. El Product Placement o emplazamiento de producto.....	42
4. Conclusión.....	49
5. Bibliografía y documentación consultada.....	

1. INTRODUCCIÓN

El grado de Derecho debe, al igual que las demás enseñanzas oficiales de grado, concluir con la elaboración de un trabajo de fin de grado, con el fin de demostrar el conjunto de conocimientos que el alumno ha adquirido acerca del tema tratado.

Así, el objeto del presente trabajo es el estudio de la publicidad engañosa y dentro de esta un estudio más detallado del product placement y la publicidad encubierta como una hipótesis de los actos de engaño regulados en la Ley de Competencia Desleal 3/1991, de 10 de enero, la cual ha sido objeto de una importante reforma con la ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen de competencia desleal y publicidad, con la finalidad de mejorar y aumentar la protección de los consumidores y usuarios.

Cuando empresarios y publicistas se proponen desarrollar una campaña publicitaria que sea impactante, original y persuasiva para incrementar los volúmenes de ventas u obtener un determinado resultado a corto plazo, deben ser cautelosos y no utilizar mensajes que, para captar la atención del público o para persuadirlo más eficazmente, induzca a error al destinatario afectando a su comportamiento económico. Esta práctica se conoce como publicidad engañosa.

En síntesis, la publicidad engañosa es aquella que utiliza mensajes con afirmaciones que son falsas o erróneas y que inducen a error afectando o pudiendo afectar al comportamiento económico de los consumidores o perjudicando a un competidor¹.

La prohibición de la publicidad engañosa tiene una estructura muy compleja, por un lado, tenemos el artículo 5 de la LCD, que regula la prohibición general, y, por otro lado, los artículos 21 y siguientes de la LCD, contemplan un catálogo de actos prohibidos por ser en sí mismos engañosos. El art. 5 LCD se encuentra en el Capítulo II de la LCD, por lo que atañe a prácticas entre empresarios o con consumidores. Los arts. 21 y siguientes de la LCD, están ubicados en el Capítulo III, así, se aplican a actos de las empresas dirigidos a los consumidores².

¹ V. Iván Thompson: La publicidad engañosa, 2010

² V. IP&IT Derecho e Internet. www.andresbruno.es, Catálogo de actos de engaño para los consumidores, publicidad encubierta. <http://derechoeinternet.me/tag/publicidad-enganosa/>

De esta manera, en el art. 26 LCD, se regulan las prácticas comerciales encubiertas, objeto principal de este trabajo. Pero, ¿qué entendemos por publicidad encubierta? Se consideran desleales por engañosas las comunicaciones comerciales que se incluyan en los medios de comunicación como si fueran información con la finalidad de promocionar un bien o servicio, pagando al empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario³.

En síntesis, el trabajo está dividido en dos grandes apartados, el primero, relativo a los actos de engaño en general, concepto, regulación, naturaleza, tipicidad; y, el segundo, concerniente a la publicidad encubierta analizando su naturaleza, regulación, requisitos, modalidades, diferencias con otras prácticas engañosas, y también, un breve estudio del product placement.

2. LOS ACTOS DE ENGAÑO EN LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

2.1. Publicidad y Derecho

El Derecho de la Publicidad, como parte del Derecho Mercantil, se define como un conjunto de normas de carácter predominantemente privado, que tienen por objeto directo regular la actividad publicitaria. Este Derecho, también contiene normas de carácter público, que disciplinan la publicidad. En este sentido, el Derecho de la Publicidad tiene una relación directa con el Derecho Constitucional, toda vez que la publicidad no podrá vulnerar valores y derechos recogidos en la Constitución, cabe citar, entre ellos, el derecho a la igualdad, el derecho a la propia imagen, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la propiedad intelectual, derecho de protección a los consumidores, etc. Asimismo, la intervención administrativa en determinados sectores de la publicidad es patente, como la publicidad de los productos especiales o la publicidad en determinados medios, como la publicidad televisiva. Por último, se relaciona con otras disciplinas como el Derecho Penal, al tipificar en el Código Penal, el delito publicitario (artículo 282 CP), castigando con penas de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, a los fabricantes o comerciantes, que realicen publicidad engañosa en sentido estricto, causando un perjuicio

³ V. Hernández Rico, Herrero Suarez, Martín García y Martínez Escribano: *Derecho de la Publicidad*, 2015, pág. 117.

grave y manifiesto a los consumidores⁴. En resumen, en el Derecho de la Publicidad existen normas públicas y privadas. Sin embargo, el predominio de las últimas es innegable, puesto que la actividad publicitaria es una actividad empresarial que se efectúa en y para el mercado. Y como tal la actividad empresarial viene configurada por las características del Derecho privado.

2.2. Concepto de Publicidad

El artículo 2 de la Ley General de la Publicidad de 11 de noviembre de 1988 (LGP) siguiendo la definición del artículo 2 a) de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y comparativa establece el concepto legal de publicidad comercial como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones⁵”. Esta definición comprende una delimitación objetiva, subjetiva y en relación con la finalidad de la actividad.

En primer lugar, desde el punto de vista objetivo, concerniente al objeto, el legislador recoge un concepto muy amplio de actividad publicitaria, según se deduce del inicio de su definición como “toda forma de comunicación”. Así, en lo relativo al mensaje, no sólo se incluye aquél que se difunde a través de la palabra e imagen, sino también se acepta cualquier otra reproducción del mensaje, como el propio producto, su forma de presentación, envase, etc.

A modo de ejemplo, cabe citar la SAP de Vitoria, de 26 de noviembre de 1991 (AC 1991/1627), en la que, a pesar de declararse que la publicidad no era ilícita, el Juzgador sostuvo que un envase emplazado en una estantería de una superficie comercial era publicidad. Pues, aplicando el art. 2 LGP, un envase es una forma de comunicación, que promueve la contratación del producto.

En línea idéntica, la SAP de Valencia, de 8 de Noviembre de 1993 (AC 1993/2216), dispuso: “La demandante comercializa desde hace cierto tiempo y efectúa actos de

⁴ V. LEMA DEVESA y TATO PLAZA, “El delito publicitario y empresas de publicidad”, AEDE, nº 21, 1996, pág. 29 y ss.

⁵ La modificación que sufre la LGP, con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre (BOE del 31), por la que se modifica el régimen legal de competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios, no varía el concepto de publicidad, recogido en el artículo 2 de la LGP. Es más: la modificación introducida en la LCD, concretamente, en su Disposición Adicional Única, establece que el concepto de publicidad comercial será el previsto en el art. 2 de la LGP.

publicidad respecto de dos concretos productos a que se refiere en su demanda, y presenta éstos en envases y con etiquetas que se reflejan cumplidamente en el hecho cuarto de su escrito inicial...Los actos descritos en el apartado anterior y la circunstancia de que los productos que fabrica el demandado se expongan y ofrezcan al público con los envases y etiquetas hechos a imitación de los de la actora, llevan a entender que el demandado ha realizado con ello una publicidad desleal, pues hay que reputar como tal, según dispone el ap. b) del art. 6 LGP de 11-11-1988 (RDL 1988/2279), la que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintos de los competidores”.

Además, siguiendo el análisis de la definición desde una óptica objetiva, la LGP también establece un amplio concepto de publicidad, independientemente del medio de comunicación en el que se difunda. Por lo tanto, se incluirán desde los mensajes transmitidos a través de los tradicionales medios de comunicación social (prensa, radio, televisión), hasta publicidad en vallas, publicidad directa, dinámica, en punto de venta, acústica, telefónica, en Internet, etc.

Finalmente, la expresión “toda forma de comunicación” incluiría desde la comunicación masiva, a través de un spot publicitario, hasta los diálogos previos a la venta que mantiene el consumidor con el empresario o sus auxiliares⁶.

En la definición del art. 2 LGP también se menciona que la comunicación se realiza “en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”, es decir, se incluyen como anunciantes, además de los empresarios en general, a los profesionales liberales, tales como abogados, médicos, arquitectos, etc. En este sentido, es muy ilustrativa la Sentencia del TS, de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008/4164), en la cual el Alto Tribunal sostuvo que una profesión como la abogacía puede hacer publicidad de sus servicios, siempre que se respete la independencia judicial, la buena administración de justicia, la dignidad de la profesión, el cumplimiento de sus deberes y el derecho de toda persona a recibir una información veraz sobre la asistencia jurídica⁷.

⁶ V. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, pág. 54 y ss.; LEMA DEVESA, “La promoción como necesidad comercial del empresario: la información al público y la publicidad”, RJN, nº23, julio-septiembre 1997, pág. 144 y ss.

⁷ En este sentido, debe citarse la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de febrero de 1994 (TEDH 1994/1), caso CASADO COCA vs España, en que se debatía sobre la licitud de la publicidad comercial de determinadas profesiones liberales y sus límites con la libertad de expresión e información.

2.3. La regulación jurídica de la Publicidad en el Derecho Español

2.3.1. Antecedentes

Hasta finales de la década de los ochenta la actividad publicitaria en España se regulaba a través del Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964. El Estatuto de la Publicidad supuso que España fuese el primer país del mundo cuya actividad publicitaria quedaba regulada a través de una norma jurídica con rango de ley. Este texto normativo ha estado vigente en nuestro país hasta la entrada en vigor de la LGP, cuya única disposición derogatoria expresamente deja sin vigencia el citado cuerpo legal.

La aprobación de la LGP era necesaria debido a los cambios tan profundos experimentados en el OJ español en los años ochenta. Así, la reforma del Derecho español de la Publicidad se debió a la promulgación de la Constitución española de 1978, la cual obligó a adaptar la regulación jurídica de la publicidad a nuestra Carta Magna. La Constitución incluyó vario derechos y libertades constitucionales fundamentales que inciden directamente en actividad publicitaria, entre otros: derecho a la dignidad de la persona (artículo 10), derecho a la igualdad (artículo 14), derecho a la propia imagen (18), derecho a la libertad de expresión (artículo 20), derecho a la protección de la salud (artículo 43), y derecho a la protección de los consumidores (artículo 51). En consecuencia, resultaba preciso adecuar el marco jurídico de la publicidad a nuestra Constitución, así como a la nueva realidad socio-económica imperante en nuestro país. Sin lugar a dudas, esta es una de las razones que motivaron la aprobación de la LGP.

Otra causa que provocó y aceleró la reforma del Derecho español de la Publicidad fue la integración de España en la Comunidad Económica Europea el 1 de enero de 1986. Aunque la adhesión no implicaba la actualización del Derecho español de la Publicidad, sí era necesaria la armonización con el Derecho Europeo de la Publicidad, que proliferaba a través de numerosas Directivas en materia publicitaria. Esta adaptación trajo consigo algunas reformas de la LGP. En efecto, y una vez adoptada la Directiva 97/55/CEE, que modificó la Directiva sobre publicidad engañosa para incluir en ella la publicidad comparativa, resultó necesario modificar la Ley española en relación con la regulación de esta figura. Esta reforma se realizó a través de la Ley 39/2002 de 28 de octubre de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, que introdujo un

nuevo artículo 6 bis que estableció los requisitos de la publicidad comparativa. Una segunda reforma vino impuesta por la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que ha modificado el art. 3 a) de la LGP para establecer como supuesto específico de publicidad ilícita aquella que utilice la imagen de la mujer de modo vejatorio o discriminatorio.

Ahora bien, la mayor reforma a la que ha asistido el Derecho publicitario, hasta la fecha, ha sido la prevista en 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 mejora de la protección de los consumidores y usuarios. En efecto, la Directiva 2005/29/CE, relativa a las Prácticas Comerciales Desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, ha supuesto la modificación⁸ de nuestro Ordenamiento interno, cuya transposición al Derecho español se plasma en la Ley 29/2009.

2.3.2. Régimen legal en la Ley General de Publicidad

La LGP, tras su modificación como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 29/2009, se convierte en una Ley residual para regular la actividad publicitaria en el OJ español. En efecto, el anterior Título II, relativo a la Publicidad Ilícita, se modifica para convertirse en el Título II, denominado De la publicidad y de las acciones para hacerla cesar. Consecuentemente, uno de los ámbitos más relevantes del Derecho Publicitario, a saber: la publicidad ilícita se fragmenta para ser regulada en dos textos normativos.

La LGP, por una parte, establecerá una regulación sobre modalidades de publicidad ilícita secundarias o de menor relevancia, como son: la publicidad anticonstitucional, la publicidad infantil, la publicidad subliminal, y, de forma general, la publicidad ilícita de productos especiales puesto que poseen su propia regulación sectorial más específica (tabaco, alcohol, medicamentos, juego, etc.). De este modo, figuras publicitarias ilícitas tan relevantes como la publicidad engañosa, confusionista o comparativa pasarán a ser reguladas a través de la LCD.

Por otra parte, la LGP se convierte en una Ley que, básicamente, regula la contratación publicitaria (artículos 7 a 22, ambos inclusive). De hecho, habría sido mejor que toda la publicidad ilícita se regulase en una única ley, pasando la LGP a convertirse en

⁸ Respecto del origen y evolución de la Directiva, V. FERNÁNDEZ NOVOA, "La Directiva Comunitaria sobre Prácticas Comerciales Desleales", BAACC, nº 108, mayo 2006, pág. 16 y ss.; TATO PLAZA, "La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores", BAACC, nº 125, diciembre 2007, pág. 18 y ss.

una ley de contratación publicitaria, puesto que las modalidades de publicidad ilícita que regula la LGP son insignificantes por su irrelevancia en el mercado, en comparación con las que regula la LCD: publicidad engañosa, desleal y agresiva.

2.4. Régimen legal en la Ley de Competencia Desleal

La ley 20/2009, por la que se modifica el régimen legal de competencia desleal y de publicidad para la mejora de la protección de los consumidores, traspone la Directiva comunitaria 29/2005, y modifica cuatro importantes leyes del sistema jurídico español: la Ley de Competencia Desleal (3/1991), la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TR de la LGDCU aprobado por real decreto legislativo 1/2007) y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (7/1996).

El art. 4 de la LCD (29/2009) delimita la cláusula general, de deslealtad “en las relaciones con consumidores y usuarios”. Así, constituye un comportamiento “contrario a la buena fe” aquél en el que concurren los siguientes rasgos: 1) que sea contrario a la diligencia profesional, 2) distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio. Por distorsión significativa se entiende la utilización de una práctica comercial para mermar de forma apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con conocimiento de causa, de forma que tome una decisión sobre su comportamiento económico que no hubiera tomado de otro modo.

2.4.1. Los actos de engaño

Los actos de engaño, que se definen en el art. 5 LCD como “cualquier conducta que contenga una información falsa, o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error en los destinatarios siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”. De esta forma, podemos afirmar que son necesarios dos presupuestos para calificar como engañosa una práctica. La primera, es que debe ser apta para inducir a error a sus destinatarios, y, la segunda, que pueda alterar el comportamiento económico de sus destinatarios. Así, ahora analizaremos cada presupuesto de manera separada.

- a) En cuanto a la aptitud para inducir a error a los destinatarios, el art. 5 LCD y el art. 6 de la Directiva 29/2005, distinguen entre alegaciones falsas o inexactas y alegaciones veraces. En las falsas, su aptitud para inducir a error se presume, sin necesidad de ulterior análisis.

Una alegación es falsa o inexacta cuando se ha acreditado su falsedad o inexactitud o cuando el responsable de la alegación no aporta las suficientes pruebas para su exactitud.

Pero, además, una práctica comercial puede ser engañosa incluso apoyándose en alegaciones exactas (art. 5.1 LCD). Sin embargo, en este caso, su aptitud para inducir a error no se presume, sino que hay que analizar el caso concreto. Por eso, la LCD fija unas reglas que ayudan a determinar la aptitud para inducir a error, y son las siguientes:

1-. No es necesario que se haya producido el engaño, sino que sea susceptible de producirse. Basta con demostrar que puede inducir a error sin necesidad de que efectivamente se haya producido el engaño. Pero de producirse, es preciso que el error sea de cierta entidad, siendo necesario que incida sobre determinados aspectos relevantes del producto o servicio. Por el contrario, la inexactitud sobre determinadas circunstancias irrelevantes o secundarias no obtiene la calificación de actos engañosos.

En este sentido, cabe citar la SAP de Barcelona de 4 de mayo de 2005 (SAP B 4537/2005), que sostuvo “En este tipo, la deslealtad reside en el error que provoca o puede provocar en el consumidor la falsedad o inexactitud de las indicaciones sobre determinados aspectos de la prestación y trata de proteger al consumidor en el momento de adoptar su decisión en el mercado, en concreto, para que la misma sea libre y consciente, cual corresponde a quien ha de ser árbitro en un sistema transparente de libre competencia. La sola omisión de la etiquetación indicativa de la fabricación de las luminarias litigiosas, puede conformar un acto concurrencial de diversas índoles, mas no debe ser reputada por si sola como un acto de engaño, pues, para ser tenido por tal, éste ha de ser objetivamente relevante para influir en la decisión que el consumidor adopte en el mercado”.

Por su parte, la SAP de Córdoba, de 23 de noviembre de 2007 (AC/2008/137), declaró que la mención en un folleto publicitario por parte de un anunciante sobre un premio, que en realidad no se le había concedido, no era suficiente para que se viese afectada la capacidad de elección de los consumidores sobre el producto publicitado. La Audiencia Provincial de Córdoba sostuvo que la mención sobre un premio no era un dato suficientemente relevante, como para que este incidiese en la capacidad de decisión sobre el mismo.

2-. El consumidor medio: art. 4.2 LCD. A la hora de valorar las conductas que tengan como destinatarios a los consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor al consumidor medio. Pero, ¿qué entendemos por consumidor medio? La LCD no ha realizado una

definición, sin embargo, en su Exposición de motivos, recoge una referencia a la constante jurisprudencia del TJCE⁹ según la cual para que una práctica comercial induzca o pueda inducir a error debe ser analizada desde la perspectiva de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. De todas formas, la LCD dice que deberán ser los tribunales los que lo definan en cada caso concreto.

Sin embargo, la regla del consumidor medio tiene una importante excepción, la cual se establece en el art. 4.3 LCD: “las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de manera significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo”.

Esto significa que el empresario deberá tener cuidado pues, aunque se dirija a un grupo general de consumidores, debe tomar medidas oportunas para que no induzca o pueda inducir a error a un grupo de especial vulnerabilidad o credulidad.

b) En lo relativo al segundo presupuesto, la aptitud para incidir en el comportamiento económico de los consumidores, el art. 5.1 LCD establece que para que una práctica comercial pueda ser engañosa, además de poder inducir a error, debe ser susceptible de alterar el comportamiento económico del destinatario.

Aunque el art. 5.1 no utilice la misma terminología que el art. 4.1 LCD¹⁰, se entiende que es este último el que fija los presupuestos generales del juicio de deslealtad. Por lo que han de entenderse como equivalentes.

Así, distorsionar de manera significativa el comportamiento del consumidor medio, supone utilizar una práctica comercial para mermar la capacidad de adoptar una decisión

⁹ V. Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96; 7 marzo de 1990, GB-INNO- BM, C-362/88, Rec. p. I-667; de 13 diciembre de 1990, Pall, C-238/89, Rec. p. I-4827; de 18 de mayo de 1993, Yves Rocher, C-126/91, Rec. p. I-2361; de 2 de febrero de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, C-315/92, Rec. p. I-317; de 29 de junio de 1995, Langguth, C-456/93, Rec. p. I-1737, y de 6 de julio de 1995, Mars, C-470/93, Rec. p. I-1923).

¹⁰ V. BOE 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.

con pleno conocimiento, y que, en consonancia, se tome una decisión sobre el comportamiento económico que no hubiera tomado de otro modo¹¹.

También el art. 4.1 LCD nos aclara que debemos entender por “comportamiento económico”: “toda decisión por la que opta por actuar o abstenerse de hacerlo en relación con 1) la selección de una oferta u oferente, 2) la contratación de un bien o servicio, 3) el pago del precio, total o parcial, 4) la conservación del bien o servicio, 5) el ejercicio de derechos contractuales en relación con los bienes y servicios”.

No obstante, no es necesario que se haya producido una distorsión efectiva del comportamiento económico, sino que es suficiente con que tenga la aptitud para ello.

Además, la distorsión del comportamiento económico debe ser significativa. Aunque esta regla de *minimis* no aparezca prevista expresamente en el art. 5.1 LCD, su aplicación nos conduce a excluir la determinación como engañosa de las prácticas que no incidan, o que su incidencia sea mínima, cuestión que deberá valorarse en cada caso.

Sin embargo, a pesar de esto, la LCD tipifica como desleales algunas conductas cuya aptitud para incidir en el comportamiento económico de los consumidores puede ser escasa.

Por ello, sólo se deberían excluir las practicas cuya aptitud para alterar el comportamiento económico del consumidor sea insignificante, y el art. 5.1 recoge un catálogo *numerus clausus* de características que deben poseer los productos o servicios sobre los que pueda versar el engaño. Pero no solo se excluirán los insignificantes, sino también las meras exageraciones publicitarias¹², que son las alegaciones de carácter altisonante que los consumidores no toman en serio. Así mismo, la LCD prohíbe califica como engañosas tales exageraciones por considerar que, al no tomarse en serio, no pueden incidir en el comportamiento económico¹³.

En este sentido, resulta muy ilustrativa la SAP de Madrid, de 6 de mayo de 2011, en la que se afirma que es suficiente la capacidad potencial del mensaje para que este pueda influir en la decisión última del consumidor.

¹¹ V. TATO PLAZA: *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 2010, pág. 116

¹² El prof. LEMA DEVESA sostiene que determinadas alegaciones publicitarias, tales como los juicios estimativos publicitarios, la incitación publicitaria a contratar y la exageración publicitaria no están sometidas al principio de veracidad, puesto que el público no les presta el interés suficiente como para que se produzca o pueda producir engaño. V. LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1980, pág. 386 y ss.

¹³ V. TATO PLAZA: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 2010, pág. 117.

Así, la Sección 28 de la AP de Madrid, manifestó: “es suficiente la capacidad potencial del mensaje publicitario para influir en el comportamiento económico de sus destinatarios, sin necesidad de prueba de que lo haya determinado efectivamente en el supuesto controvertido. A tenor de dicha normativa, en relación con el art. 2.2 de la Directiva CE 84/450 del Consejo, de 10 de septiembre (LCEur 1984,540), no hace falta que se llegue a consumir el daño para que la publicidad deba ser reputada de engañosa, bastando que pueda inducir a error a los consumidores en relación con los productos o servicios anunciados”.

2.4.2. Omisiones engañosas

La LCD 29/2009 no solo regula los actos de engaño, sino que incorpora como prácticas engañosas las omisiones engañosas. El art. 7 de la LCD¹⁴ indica 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”.

El apartado 2 del mismo artículo establece que: “Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado.

Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios”.

Por tanto, no sólo es ilícita la ocultación u omisión de información necesaria para que el destinatario adopte una decisión económica, sino que el mero hecho de ofrecer información poco clara o ambigua también lo es.

¹⁴ Para los autores Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, el art. 7 LCD ofrece un concepto propio de las “omisiones engañosas”, que comprende, por una parte, la omisión del engaño en sentido estricto, y, por otra parte, otros supuestos relativos a la ocultación de la información, la ambigüedad y la inintangibilidad. V. TATO PLAZA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, HERRERA PETRUS, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, pág. 120 y ss.

Respecto a este segundo supuesto, el legislador está pensando sobre todo en los “scrolls” o mensajes difundidos en palabras que informan sobre el producto o servicio y éste no resulta legible y ofrece una información contradictoria con respecto al mensaje principal y claro que se difunde. En este caso se aplicaría el artículo 5 de la LCD¹⁵.

La omisión de la información se debe valorar caso por caso y ver si era necesaria esta información o no para tomar una decisión con el debido conocimiento de causa por parte del destinatario.

Para analizar esto se recomienda tener en cuenta tres factores:

1.- Relevancia de la información omitida. Cuanto más relevante sea, más posibilidades habrá de que se trate de información necesaria.

2.- El grado de conocimiento por parte del destinatario de la circunstancia omitida. Cuanto más conocida sea, menos posibilidades de que el destinatario adopte una decisión sin conocimiento de causa.

3.- El grado de relación existente entre la información omitida la revelada en el mensaje. Es decir, en qué medida la información omitida era necesaria para comprender la información emitida.

Estos tres factores han de valorarse en conjunto, en su contexto y caso por caso.

Sin embargo, hay dos supuestos en los que este análisis NO es necesario, por existir una presunción “*iuris et de iure*”, es decir, que no admite prueba en contrario:

1.- Presunción que afecta a todas las normas de origen comunitario, incluidas las españolas que transponen normas comunitarias, que impongan obligaciones específicas de información. Es decir, hace referencia al art. 19.4 de la Ley de Consumidores y Usuarios que indica lo siguiente:

“Las normas previstas en esta ley en materia de prácticas comerciales y las que regulan las prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, comercio electrónico, inversión colectiva en

¹⁵ V. IP&IT Derecho e Internet. www.andresbruno.es, Catálogo de actos de engaño para los consumidores, publicidad encubierta. <http://derechoeinternet.me/tag/publicidad-enganosa/>

valores mobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación y cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias prevalecerán en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales.

El incumplimiento de las disposiciones a que hace referencia este apartado será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal en relación con las prácticas engañosas reguladas en los artículos 20 a 27 de dicha ley.»

Todos estos productos son regulados por Leyes especiales, y la omisión de la información a la que estén obligados a revelar se reputará como ilícita directamente.

2.- La segunda presunción se refiere a supuestos en los que en el mensaje se incluya información sobre el precio o características esenciales del producto o servicio. El art. 20 de la LCU¹⁶ indica que “las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:

1. Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa.
2. Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado.
3. El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario. En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan

¹⁶ V. BOE: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

4. Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiéndose por tal la definida en el art. 4.1 de la LCD.
5. En su caso, existencia del derecho de desistimiento.

En su apartado segundo añade que: “el incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior será considerado práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”.

Si se omite esta información esencial, se considerará ilícito. Sin embargo, aquí encontramos una nueva discrepancia respecto del derecho comunitario, ya que en la Directiva se presume el carácter sustancial de la información, pero no se presume que la omisión per se sea engañosa, como en España. Se entiende que el razonamiento comunitario es más razonable que el español, ya que habrá que atender, caso por caso, a si la omisión realmente provoca o no engaño.

Pero, ¿cómo determinamos el carácter engañoso? Conforme al artículo 7.2 de la LCD, se atenderá al contexto fáctico, y en particular a tres elementos: 1) que el medio de difusión sea de acceso gratuito, 2) que en el medio de difusión se indique o no dónde puede el destinatario completar la información (por ejemplo, remitiendo a un web), 3) y el más importante, se debe remitir para completar la información, pero nunca para contradecir, modificar o limitar el mensaje principal de forma relevante.

Tradicionalmente, la publicidad engañosa por omisión se producía con mayor frecuencia en el sector financiero.

Así, en la SAP de Madrid, de 21 de marzo de 2006 (AC/2006/505), el Tribunal declaró que la publicidad omitía un dato fundamental en relación con el interés adicional proporcionado; a saber: el importe mínimo y máximo que se debía invertir en el producto financiero. De este modo, la mencionada Sentencia manifestó: “...dato éste omitido en los anuncios publicitarios generales en los que no se informa de que el 2% de adicional ofertado únicamente se percibiría en el supuesto de que el fono traspasado sea inmobiliario superior a 5.000 euros, pues de otro modo no estaría bonificado, e inferior a 60.000 euros ya que si se superase esta cifra el abono se reduciría a otra cantidad”. Por lo tanto, la inversión mínima y máxima para

beneficiarse del interés adicional era una información sustancial para tomar una decisión sobre el producto financiero, con conocimiento de causa. No obstante, el anunciante lo obvió.

Por su parte, en la Resolución del JP, de 10 de enero de 2003, Caso “Yogur Pasteurizado II”, el Jurado afirmó que, “... Una de las características básicas de los yogures pasteurizados después de la fermentación, en efecto, radica en su sometimiento a un proceso de pasteurización a través del cual los fermentos vivos que se habían añadido quedan desactivados. Al omitir esa fase, y limitarse a afirmar que el yogur pasteurizado después de la fermentación se elabora añadiendo a la leche fermentos vivos de la manera tradicional, el anuncio examinado guarda silencio sobre una característica esencial, cuya omisión puede inducir al público de los consumidores al error de creer que los fermentos vivos añadidos a la leche están también presentes en el producto final que se comercializa como yogur pasteurizado después de la fermentación”. Por lo tanto, la campaña publicitaria se declaró engañosa al omitir un dato fundamental sobre la auténtica naturaleza y la diferenciación entre el yogur tradicional y el pasteurizado después de la fermentación. Al no revelarse la auténtica naturaleza del producto, el consumidor medio podría concluir que los yogures pasteurizados después de la fermentación eran yogures tradicionales con características diferenciales en punto a su duración y conservación¹⁷.

Finalmente, en la Resolución del JP de 30 de octubre de 2001, Caso “MELIÁ DE MAR”, en la que un particular presentó reclamación contra una campaña de la empresa Sol Meliá S.A., el Jurado afirmó que en una oferta promocional se debía incluir el periodo de validez de la misma. En caso contrario, como ocurría en el presente anuncio, la publicidad debería calificarse como engañosa al omitir un dato esencial del producto publicitado.

Como hemos comprobado, la información necesaria suele estar en relación directa con el producto y/o servicio que se pretende promocionar. No obstante, puede ocurrir que un dato esencial para no hacerse una visión engañosa del producto, sea una circunstancia ajena a este.

Una de las primeras resoluciones del Jurado de la Publicidad que declaró la existencia de publicidad engañosa por omisión por obviar datos esenciales ajenos al propio producto fue la Resolución del JP, de 11 de marzo de 1997, Caso “Brazalete chino”. En la mencionada resolución, el Jurado declaró que “la publicidad del brazalete

¹⁷ En el mismo sentido, la Resolución del JP, de 21 de julio de 2005, Caso “Yogur pasteurizado después de la fermentación”.

Jintong silencia que los pacientes afectados de hipertensión deban estar controlados por un médico aun utilizando el brazalete, según indica la autorización del Ministerio de Sanidad y Consumo. El hecho de silenciar la necesidad de este control médico supone una vulneración del principio de veracidad por omisión”. Por tanto, la omisión esencial no se refería al brazalete chino, sino a la circunstancia de que el anunciante no recomendaba un control médico a estos pacientes hipertensos. De tal forma que estos podrían pensar que con la utilización del producto anunciado era suficiente para controlar su hipertensión, sin necesidad de visitar a un médico o hacerse un chequeo.

2.4.3. Prácticas comerciales engañosas

La Directiva sobre prácticas comerciales desleales, después de prohibir las prácticas comerciales desleales (art. 5.1), establece que “en el Anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia” (art. 5.5). El citado Anexo I contiene un elenco de veintitrés prácticas comerciales engañosas, y ocho agresivas.

El legislador español ha transpuesto estas normas de la Directiva de manera diferente. El art. 19.2 LCD dispone que “Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores”. En consecuencia, la relación de prácticas que la Directiva incluía en el Anexo I, en nuestro Derecho ha pasado a integrarse en el articulado de la LCD, en los artículos 21 a 31.

El que estas prácticas sean “en todo caso y en cualquier circunstancia” desleales significa que no es necesaria la concurrencia de los requisitos exigidos para calificar esa práctica como desleal (art. 5 LCD), ni que el comportamiento sea contrario a la buena fe (art. 4 LCD). Por lo que si una conducta o comportamiento entra en el catálogo de cláusulas tipificadas en los arts. 21 a 27 LCD se produce un reproche directo de deslealtad.

Ahora bien, el hecho de que una práctica no encaje dentro de las tipificadas no prejuzga su licitud. Pues en ese caso, habrá que acudir a los arts. 5 y 7 LCD, y en su defecto al art. 4 LCD¹⁸.

Ahora analizaremos una por una la lista de prácticas engañosas reguladas en los arts. 21 a 27 LCD.

¹⁸ V. MARÍN LÓPEZ: “La lista negra de prácticas comerciales engañosas con consumidores”, Centro de Estudios de Consumo, 2010.

1-. Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad. El art. 21.1 LCD establece que “se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto: a) Que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta; b) Que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación; c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización. Y en su apartado segundo añade que: “la exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización, es igualmente, en todo caso, una práctica comercial desleal por engañosa”.

Se tipifica como practica engañosa el afirmar que un empresario está adherido a un código de conducta sin ser cierto. Se penaliza, por tanto, el engaño activo respecto a la adhesión a un código de conducta. En consecuencia, se aplica el precepto con independencia del grado de conocimiento que tenga el consumidor sobre ese código de conducta, o sobre su existencia o licitud.

También se considera desleal “afirmar que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación”, no siendo cierto. En este caso, el engaño no versa sobre la adhesión al código de conducta sino sobre las bondades del mismo. Y ello porque se afirma que está refrendado por algún organismo lo que “garantiza” su calidad ante los consumidores.

Además, el art. 21 LCD regula otras prácticas engañosas relativas a distintivos de calidad.

En primer lugar, se considera desleal por engañosas, afirmar sin ser cierto, “que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización” (21.1 c) LCD).

Se contemplan, por tanto, dos situaciones. Por un lado, se prohíbe la aceptación o autorización que verse sobre las prácticas comerciales, bienes o servicios del empresario o sobre la condición de éste. Así, parece que se incluyen, aunque la redacción de la norma no sea la más correcta, los casos de utilización de títulos profesionales (por ejemplo, abogado) sin poseer la necesaria autorización. Por otro lado, contempla el aprovechamiento de una

aprobación, aceptación o autorización que sí ha sido lícitamente obtenida, pero en un momento en que ya no se verifican las condiciones que motivaron su concesión¹⁹.

En segundo lugar, es una práctica engañosa “la exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización, es igualmente, en todo caso, una práctica comercial desleal por engañosa” (art. 21.2 LCD). Se prohíbe, por tanto, la utilización fraudulenta de un signo externo capaz de generar ciertos niveles de calidad y que, por su propia naturaleza, puede distorsionar el comportamiento económico del consumidor.

2-. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas. El art. 22 LCD enumera una serie de prácticas que se reputan engañosas, y que tienen que ver con las ventas promocionales. A efectos meramente didácticos puede distinguirse entre prácticas señuelo, y las demás prácticas promocionales engañosas.

En lo relativo a las practicas señuelo, según el apartado 1 del artículo 22 de la LCD, se considera desleal por engañoso “realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario o profesional que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el tipo de bien o servicio, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate”.

Contempla esta norma la denominada “oferta vacía” en la que el empresario, después de promocionar un bien o servicio a un precio determinado, normalmente muy competitivo, con la finalidad de atraer a los consumidores, no dispone de las existencias suficientes para atender la demanda previsible.

La aplicación de la norma exige la concurrencia de varios requisitos. En primer lugar, es necesario que el empresario ofrezca un producto a un precio determinado. En segundo lugar, que, a pesar de esa oferta, ese producto no esté disponible durante un periodo suficiente y en cantidades razonables para atender a la demanda.

Conforme a lo expuesto, la famosa alegación publicitaria “hasta agotar existencias” no implica en sí misma la lealtad de la oferta del producto. Pues habrá que atender al

¹⁹ V. MARÍN LÓPEZ: “La lista negra de prácticas comerciales engañosas con consumidores”, Centro de Estudios de Consumo, 2010.

número de existencias disponibles para constatar la lealtad o deslealtad de la práctica comercial²⁰.

En este sentido, la Resolución del JP de 7 de mayo de 2015, caso “Sephora Cosméticos S.L.”, la reclamación se formula frente a un anuncio de radio en el que se ofrece por la compra de un producto, otro de regalo “hasta agotar existencias”. El Jurado entendió que la publicidad infringía el principio de buena fe, en la medida en que el mensaje publicitario condicionaba la finalización de la promoción al agotamiento de las existencias, traducándose en una clara indefinición e indeterminación en el alcance de la oferta y suponiendo un abuso de la buena fe del consumidor.

Para que se aplique el art. 22.1 LCD, la oferta señuelo deberá recaer sobre el precio, porque si recae sobre otras circunstancias, como, por ejemplo, las condiciones de pago, el carácter desleal de esa práctica deberá juzgarse conforme al art. 5 LCD y, subsidiariamente, al 4 LCD.

El art. 22.2 LCD contiene una segunda práctica señuelo. Establece que es desleal por engañoso “realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado para luego, con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio ofertado, no aceptar pedidos o solicitudes de suministro, negarse a suministrarlo en un período de tiempo razonable, enseñar una muestra defectuosa del bien o servicio promocionado o desprestigiarlo”.

La deslealtad aquí deriva de la conducta del empresario, que ofrece un producto a un precio muy competitivo con la finalidad de atraer a los consumidores a su establecimiento, y una vez allí se desvincula del producto promocionado para intentar que el consumidor adquiera otro bien.

Así, la práctica se reputa desleal si el empresario se niega a mostrar el bien o servicio inicialmente ofertado, por la falta de aceptación de pedidos o solicitudes de suministro, negándose a suministrar el producto en un periodo de tiempo razonable, enseñando una muestra defectuosa del producto o servicio para eliminar la atracción del usuario, o desprestigiarlo con el objetivo de ofrecer un segundo producto o servicio.

²⁰ V. MARÍN LÓPEZ: “La lista negra de prácticas comerciales engañosas con consumidores”, Centro de Estudios de Consumo, 2010, pág. 68

En todos estos casos, además se requiere que el empresario realice esas conductas con la intención de ofertar un bien o servicio diferente.

Además, el art. 22 LCD recoge otras prácticas promocionales engañosas, como las practicas relativas a la venta en liquidación, las relativas a la oferta de premios y las relativas a la oferta de bienes como gratuitos.

En este sentido, la Sentencia de 4 oct. 2011, Procedimiento 234/2011 del Juzgado de Primera Instancia N.º. 4 de Salamanca, declara: "... Esta práctica referida, pertenece al ámbito de las denominadas "prácticas promocionales engañosas" que se contemplan en el art. 22, ordinales 3º a 6º. Estamos ante actividades engañosas de promoción comercial o de promoción de ventas en las que, como indica el Profesor BROSETA "el precio es, directa o indirectamente inferior al habitual". Estas prácticas vienen referidas a concretas actividades de promoción comercial o de ventas, como las ventas en liquidación y las ventas con obsequio o prima. En concreto la práctica que contempla el art. 22.5 de la L.C.D. y el núm. 20 del Anexo I de la directiva 2005/2009 /CE, refiere la descripción de un bien o servicio como gratuito, regalo, sin gastos o de cualquier forma equivalente, que se considera engañosa cuando el consumidor o usuario tenga que "abonar dinero" por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta comercial y de los gastos de entrega. Para que esta práctica sea considerada engañosa, la campaña publicitaria ha de ser apta para inducir a error al consumidor, bien porque omite datos esenciales en la publicidad promocional o por el elevado coste económico de los obsequios promocionales considerados individualmente".

3-. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios postventa. El art. 23 LCD contempla seis prácticas comerciales que, en todo caso, se consideran desleales por engañosas.

Las prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios están recogidas en los tres primeros apartados del art. 23 LCD que considera desleales por engañosas tres prácticas comerciales²¹:

a) Afirmar o crear por otro medio la impresión de que un bien o servicio puede ser comercializado legalmente no siendo cierto. La conducta desleal, que puede ser expresa o tácita, consiste en el anuncio de la comercialización de un producto, que, por múltiples

²¹ V. MARÍN LÓPEZ: "La lista negra de prácticas comerciales engañosas con consumidores", Centro de Estudios de Consumo, 2010, pág.75

razones, resulta ilegal. La conducta sancionada no requiere que el empresario logre la convicción del usuario sobre la legalidad de la venta, sino que es reprochable desde el mismo momento en que realiza tal afirmación.

b) Alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar. En realidad, la práctica es desleal cuando se hacen alegaciones falsas que prometen facilitar la obtención de premios, cuando no hay razón objetiva que avale esa declaración. Por ejemplo, la comercialización de aparatos para “averiguar” la secuencia de máquinas recreativas.

c) Proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones. Se veda la información, falsa, sobre las propiedades o cualidades de un bien o servicio, en el sentido de que puede curar ciertas enfermedades o patologías, no siendo cierto. La norma se refiere a los llamados “productos milagro”. También se aplica a aquellos que pretenden curar “malformaciones o disfunciones”. Así, por ejemplo, las pastillas que aumentan el deseo sexual, los yogures que reducen el colesterol, las cremas adelgazantes o que eliminan rápidamente las arrugas, etc. Lógicamente, son desleales cuando esas propiedades son falsas, lo que es muy difícil de probar. Por otra parte, también se hace referencia a servicios, como por ejemplo un masaje tailandés que elimina los problemas cervicales, sin ser cierto.

En este caso la protección del consumidor es doble, por un lado, porque puede afectar a su comportamiento económico, pero, por otro lado, porque puede afectar a su salud. Conviene señalar que de esta materia se ocupa el Real Decreto 1907/1996 de 2 de agosto, por el que se regula la publicidad y promoción de productos con pretendida finalidad sanitaria²².

En este sentido, la resolución del Pleno del Jurado de la Publicidad, de 26 de marzo de 2009, en la que el Jurado confirma que la alegación "ayuda a tus defensas" es, en principio una "alegación de salud", pero considera que "en el concreto contexto de esta publicidad el mensaje conjunto presenta el producto "Actimel" como apto para prevenir las patologías que puedan derivarse de la entrada en el cuerpo de los agentes externos". Por ello declara que vulnera la norma 2 del Código sobre publicidad y promoción comercial de productos con pretendida finalidad sanitaria.

²² V. BOE: Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

En lo referente a las prácticas engañosas en relación con la disponibilidad de los bienes o servicios, conforme al art. 23.4 LCD, es engañoso “Afirmar, no siendo cierto, que el bien o servicio sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones durante un período de tiempo muy limitado a fin de inducir al consumidor o usuario a tomar una decisión inmediata, privándole así de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con el debido conocimiento de causa”. Para que la práctica sea engañosa, es preciso que la afirmación no sea veraz. Lo que se prohíbe es que se utilicen reclamos falsos sobre la fugacidad de la oferta. El ejemplo clásico son los anuncios radiofónicos que invitan al consumidor a llamar a un número de teléfono para adquirir un bien o servicio a precios más ventajosos si lo hacen en la “próxima media hora”, o si son “cien de los primeros compradores”. El propio precepto hace depender la deslealtad de la conducta de que la misma pueda distorsionar el comportamiento económico del consumidor, en el sentido de que le induzca a tomar una decisión inmediata, privándole de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa²³.

Por último, las prácticas engañosas en relación con los servicios postventa. Los dos últimos apartados del art. 23 LCD, recogen prácticas comerciales de este tipo. Así, se considera desleal por engañoso “comprometerse a proporcionar un servicio posventa a los consumidores o usuarios sin advertirles claramente antes de contratar que el idioma en el que este servicio estará disponible no es el utilizado en la operación comercial” (23.5 LCD) y “crear la impresión falsa de que el servicio posventa del bien o servicio promocionado está disponible en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha contratado su suministro” (23.6 LCD).

Como es sabido, en los productos de naturaleza duradera, el consumidor tiene derecho “a un adecuado servicio y a la existencia de repuestos durante el plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse” (art. 127.1 TRLGDCU²⁴).

²³ V. MARÍN LÓPEZ: “La lista negra de prácticas comerciales engañosas con consumidores”, Centro de Estudios de Consumo, 2010, pág. 76

²⁴ V. BOE: Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Partiendo de estas premisas, la LCD considera engañosas las dos prácticas mencionadas, pues son aptas para inducir a error al consumidor en relación con las condiciones de accesibilidad al servicio postventa.

4-. Práctica engañosa de venta piramidal. El art. 24 LCD considera desleal por engañoso “en cualquier circunstancia, crear, dirigir o promocionar un plan de venta piramidal en el que el consumidor o usuario realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores o usuarios en el plan, y no de la venta o suministro de bienes o servicios”. La venta piramidal estaba regulada en el art. 23 LOCM. Este precepto ha recibido una nueva redacción con la ley 29/2009, y ahora se remite en materia de venta piramidal al art. 24 LCD.

La venta en pirámide puede definirse como el contrato cuya finalidad es constituir una cadena en la cual cada participante debe pagar un derecho de entrada que es repartido entre aquél que le ha introducido y los otros miembros de la organización. El adherido asume la obligación de reclutar nuevos miembros y, en contrapartida, adquiere el privilegio de participar en las ganancias precedentes de la satisfacción del derecho de entrada en todos los niveles subsecuentes²⁵.

Es adecuado considerar la venta piramidal como desleal por engañosa, pues la venta genera en el consumidor que se adhiere, unas expectativas de beneficio que no se cumplen por la propia evolución de la cadena piramidal.

Así, en la Sentencia de 8 Abr. 2014, C-515/2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, declara: “...debe interpretarse en el sentido de que un plan de venta piramidal sólo constituye una práctica comercial desleal en cualquier circunstancia cuando tal plan exija al consumidor una contraprestación financiera, con independencia de cuál sea su importe, a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores en el plan, y no de la venta o el consumo de productos”.

5-. Prácticas engañosas por confusión. El art. 25 LCD reputa como desleal por engañoso “promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto”. Tanto el

²⁵ V. MARÍN LÓPEZ: “La lista negra de prácticas comerciales engañosas con consumidores”, Centro de Estudios de Consumo, 2010, pág. 14 y ss.

título del epígrafe del artículo Prácticas engañosas por confusión, como la definición prevista en el precepto son imprecisas en relación a los actos de engaño previstos en los artículos 5 y 7 LCD. En efecto, sería más acertado calificar como desleal por confusionista el comportamiento realizado por un empresario, que induzca a error o engaño sobre el origen empresarial de sus productos con otros procedentes de empresas líderes en el sector. Este precepto no resulta novedoso en relación con la regulación de los actos de confusión y/o asociación, recogidos en el artículo 11 LCD. De hecho, este artículo 11 LCD, regula el riesgo de confusión y asociación sobre creaciones materiales. Es más, el artículo 25 LCD – contradictoriamente- exige una prueba más contundente, relativa a la intención de generar un riesgo de confusión que el artículo 11 LCD, cuando -en realidad- está en contradicción con el espíritu de la Ley, que persigue comportamientos objetivamente ilícitos. Por lo tanto, no sería necesario demostrar la intencionalidad de la acción²⁶.

6-. Prácticas comerciales encubiertas. El art. 26 LCD establece que “se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario”. No entraremos en más detalles pues al ser el objeto del trabajo se estudiará a fondo posteriormente.

7-. Otras prácticas engañosas. Igualmente se consideran desleales por engañosas las prácticas que:

1. Presenten los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional. Esta práctica es engañosa pues transmite al destinatario una falsa impresión; en concreto, que solo es ese empresario el que ofrece esos servicios cuando vienen reconocidos por ley, ley que el empresario debe cumplir.

2. Realicen afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia, el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio. Para que la practica sea desleal es necesario que la información sea falsa o inexacta, y que se refiera a la naturaleza y a la extensión del peligro que supondrá para la seguridad personal del

²⁶ V. PATIÑO ALVES: “Los actos de comparación e imitación como práctica engañosa”, CEACCU, 2010, pág. 62

consumidor o familiar el hecho de que no contrate el bien o servicio. La práctica es desleal porque explota el miedo del consumidor, para con engaños, disuadirle a contratar.

3. Transmitan información inexacta o falsa sobre las condiciones de mercado o sobre la posibilidad de encontrar el bien o servicio, con la intención de inducir al consumidor o usuario a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado. Para que esta práctica se considere desleal es necesaria la concurrencia de tres requisitos: que la información sea inexacta o falsa, que esa información verse sobre las condiciones de mercado y que haya la intención de inducir al consumidor o usuario a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado. Sin embargo, puede considerarse también desleal incluso si no concurre el tercer requisito, por la vía del art. 23.4 de la LCD.

4. Incluyan en la documentación de comercialización una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor o usuario la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado. La práctica es desleal porque genera en el consumidor la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio, sin ser cierto. Para evitar esa impresión se prohíbe el uso de facturas o documentos de pago que susciten en el consumidor la falsa impresión de ya haberlos contratado.

5. Afirman de forma fraudulenta o creen la impresión falsa de que un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario. Son dos las conductas sancionadas. La primera consiste en hacer creer al consumidor que el empresario no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional. Así sucede, por ejemplo, cuando el empresario encubre su actividad profesional indicando que actúa para una obra benéfica o social. Se sanciona la conducta, pues el empresario oculta la verdadera finalidad del contacto. La segunda consiste en presentarse el empresario, de forma fraudulenta, como un consumidor o usuario.

Como ejemplo de esta última, encontramos el de un usuario de la plataforma eBay que utilizaba una cuenta de usuario falsa, a través de la cual pujaba por los productos que él mismo ofrecía a subasta, con el fin de incrementar las pujas y, por tanto, el precio final que obtendría por los productos subastados en la adjudicación final. Esta práctica,

conocida como "shill bidding", fue objeto de un pronunciamiento judicial condenatorio a dicho usuario en el Reino Unido²⁷.

3. LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA

3.1. Concepto

Tradicionalmente se ha definido la publicidad encubierta como aquella publicidad que no es identificable como tal por el público de los consumidores. En la publicidad, en definitiva, se oculta la verdadera naturaleza publicitaria del mensaje, presentándose éste como un mensaje de naturaleza distinta (por ejemplo, periodística o informativa).

Así definida, la publicidad encubierta ha sido calificada como una hipótesis específica de publicidad engañosa. En efecto, en la publicidad encubierta se induce a error a los consumidores en relación a la clase, origen y valor de las correspondientes alegaciones publicitarias. Al no ser conscientes de la naturaleza publicitaria del mensaje, al identificarlo como un mensaje de naturaleza periodística, los consumidores atribuirán al mensaje publicitario un nivel de credulidad y objetividad distinto al que le otorgarían si conociesen su finalidad publicitaria.

3.2. Regulación de la publicidad encubierta

Desde la perspectiva de la LCD, la publicidad encubierta puede ser calificada como un acto de engaño. De hecho, el art. 5.1 alude a la forma de presentación de un práctica o mensaje como una de las circunstancias que puede desencadenar el engaño. Al mismo tiempo, la letra d) de ese mismo precepto incluye “los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial”. Bajo esta fórmula tiene perfecta cabida la publicidad encubierta, pues no en vano es ésta una modalidad publicitaria que, por su forma de presentación, puede inducir a error sobre la naturaleza del mensaje o, si se prefiere, sobre los motivos de la conducta comercial.

En la LCD, la publicidad encubierta puede ser considerada también un supuesto de omisión engañosa. En este sentido, al tipificar las omisiones engañosas, el art. 7.1 LCD califica como desleal la transmisión de información necesaria “de manera poco clara

²⁷ V. Blog de Fernando Pérez Bes, <http://internetyderecho.blogspot.com.es/2012/02/la-competencia-desleal-en-internet-el.html>,

ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o cuando no dé a conocer el propósito comercial de la conducta en cuestión, en caso de que no resulte evidente por el contexto²⁸”.

Pues bien, al referirse a aquellas hipótesis en las que el comerciante no da a conocer el propósito comercial de la práctica en caso de que no resulte evidente por el contexto, la LCD alude, de forma inequívoca, a la publicidad encubierta.

Al margen de lo anterior, en el Capítulo III de la LCD – que recoge las “prácticas comerciales con los consumidores o usuarios”- se tipifica también de forma expresa un supuesto específico de publicidad encubierta normalmente conocido como publicidad redaccional. En efecto, el art. 26 declara ilícito: “incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario”.

Ahora bien, en la publicidad encubierta no se omiten datos esenciales al consumidor, sino que el anunciante no distingue el carácter publicitario del mensaje. Por este motivo, el consumidor medio lo identifica como una mera información o un elemento integrante más de la serie, del magazine, etc. El engaño se produce en la forma en la que se presenta el mensaje publicitario al público de los consumidores, que no son capaces de distinguir su finalidad comercial.

En relación con la publicidad encubierta afirmamos que se trata de una modalidad publicitaria propia, la cual no se debe subsumir dentro de otras modalidades como la publicidad engañosa en sentido abstracto o la engañosa por omisión.

Ahora bien, esta modalidad publicitaria también está sometida a una regulación específica en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), toda vez que los medios audiovisuales siempre han sido un soporte muy utilizado para llevar a cabo publicidad encubierta, revirtiendo grandes beneficios, tanto para el anunciante como para el medio. De este modo, el apartado 32, del art. 2 LGCA, relativo a definiciones, acota esta figura como “La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto,

²⁸ V. TATO PLAZA: *La Reforma de Ley de Competencia Desleal*, 2010, pág. 130 y ss.

en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio”.

3.3. Requisitos de la publicidad encubierta

Los requisitos que se establecen para la publicidad encubierta, como acto desleal general, son diferentes a los previstos como prácticas comerciales encubiertas con los consumidores. La diferenciación estriba en que la publicidad encubierta como práctica desleal general requiere, en primer lugar, que induzca a error por la forma en la que se presenta ante el público de los consumidores, es decir, precisa que el anunciante no identifique el carácter publicitario del mensaje; y, en segundo lugar, debe alterar, de forma sustancial, el comportamiento económico del consumidor.

3.3.1. La finalidad publicitaria

Como ya he dicho antes, el presupuesto fundamental para determinar una práctica desleal como encubierta es que las informaciones vertidas sobre un producto y/o servicio, en cualquier medio de difusión, no sean identificadas como publicidad. La publicidad encubierta se califica como una modalidad publicitaria que no es fácilmente identificada como tal por el público de los consumidores. Por lo tanto, induce a error a los consumidores, suscitando la falsa impresión de que se trata de una manifestación de un tercero imparcial, a la que el público suele otorgar mayor credibilidad que a las alegaciones publicitarias en sí mismas. El engaño consiste en que se produce en el consumidor la falsa impresión de que se trata de informaciones objetivas y no manifestaciones publicitarias.

3.3.1.1. Criterios para determinar el propósito publicitario

Para determinar el propósito publicitario o comercial de la mención o información:

La SAN de 11 de noviembre de 2010 (JUR/2010/397526), manifestó: “De modo que la cuestión a solventar radica, no en si hubo o no hubo contraprestación por la aparición del visionado, sino en si hubo o no hubo intención y propósito publicitario por parte del operador de televisión, que además pudiera haber inducido a error al público, supuesto recogido en el párrafo primero del art. 3.d) de la Ley 25/94. Y este tribunal entiende que sí lo hubo atendiendo: al contenido del mensaje, la reiteración en

la promoción y exhibición del producto y la innecesariedad para la escena”. Por lo tanto, se entenderá que existe un propósito comercial de la mención cuando influye en la independencia editorial del prestador del servicio o proveedor de contenidos, quien otorga prominencia al producto, haciendo menciones al mismo por parte de los personajes de la serie o película, o en su caso, por parte del presentador de un programa de actualidad o sus colaboradores.

En este sentido, cabe citar la SAN de 11 de octubre de 2007, (JUR/2007/346187), que sostuvo lo siguiente: “Ello pone de manifiesto un propósito publicitario, al existir la presentación de la marca de cigarrillos “Ducados”, conocida y habida en el mercado, que aparece claramente en el visionado, en que se ve al personaje de Luisma con el cartón de Ducados y que, igualmente, se expresa “Vamos al lío, que he traído una botella de coñac y un cartón de Ducados...”, existiendo la intencionalidad publicitaria en forma que recoge la resolución recurrida en su fundamento de derecho II y que se da por reproducido. Así como no se hace publicidad de marca en lo que se refiere a la botella de coñac, al permanecer oculta, sí se hace, sin embargo, en relación a la marca de cigarrillos”.

En la misma línea jurisprudencial se pronuncia la SAN de 26 de julio de 2007 (RJCA/2007/629), que declaró: [A estos efectos, parece claro que existió un claro propósito publicitario porque, si bien la Directiva 89/552/CEE (LCEur 1989, 1386) no impone una prohibición absoluta de toda referencia verbal o visual de mercancías, servicios, marcas o nombre de productores o prestadores de servicios particulares, las necesidades del programa no justifican la inclusión del nombre del hotel en los diversos elementos visionados (suites, almohadones, albornoces y referencias verbales), pues se podría haber utilizado un nombre supuesto o ficticio que hubiera cumplido la misma finalidad, máxime cuando se ha hecho de forma reiterada. También resulta claro, teniendo en cuenta a la vista las directrices interpretativas de la Comisión Europea, que la visualización del producto responde al criterio de “prominencia indebida”, habida cuenta su forma de presentación, clara, precisa, destacada y sin fisuras, de forma que el hotel en cuestión resulta claramente identificable, lo que puede inducir al público a error en cuando a la naturaleza de la presentación].

Con idéntico criterio falló la SAN de 23 de marzo de 2009 (JUR/2009/207239), que afirmó: “Pues bien, en el presente caso existe tal publicidad encubierta pues el conjunto de referencias al complejo hotelero Marina D’Or, contenidas en la serie, abundan en las pretendidas excelencias – incluso en supuestos beneficiosos para la salud de los consumidores (“eso le va a venir de perlas a tus cervicales”; “me han

dicho que aquí te dejan como nueva”)- del indicado complejo. Y se hace además de manera no abierta sino inserta en la trama de la serie y con un claro contenido sugestivo o promocional”.

Por su parte, el Jurado de la Publicidad también ha establecido determinadas pautas para delimitar cuándo un mensaje tiene una naturaleza informativa o publicitaria y, por ende, calificarlo o no de publicidad encubierta. En primer lugar, a la hora de considerar la naturaleza del mensaje como publicitario, el Jurado manifestó que se debía tener en cuenta la focalización sobre un único producto o servicio durante la emisión del mensaje y, consecuentemente, la omisión de cualquier otro producto competidor.

Así, la Resolución del JP de 27 de junio de 2002, Caso Viagra I, en la cual se analizaba un programa televisivo en el que se había difundido un video sobre la disfunción eréctil y sus posibles soluciones, el Jurado consideró que este video constituía publicidad encubierta de un fármaco, debido a que se centraba en una única empresa y en un único producto de esta, omitiendo cualquier tipo de referencia a otras alternativas de tratamiento que, probablemente, quedarían reflejadas en un reportaje periodístico objetivo y neutral. En segundo lugar, el Jurado mantuvo que, si el mensaje tenía una escasa importancia informativa, desde el punto de vista periodístico, se podría considerar publicidad encubierta. En tercer lugar, la utilización de un tono excesivamente laudatorio, impropio de un reportaje informativo sería otro indicio para que el mensaje difundido fuese calificado como publicitario. Una continua referencia a la marca del producto, y no a su denominación genérica, es otra pauta que se debe tomar en consideración para determinar el carácter publicitario del mensaje.

No obstante, a pesar de que se cumplan las pautas anteriormente citadas, si se duda del carácter publicitario del mensaje, el Jurado se ha mostrado contundente, al afirmar en:

La Resolución del JP de 15 de julio de 2002, Caso Viagra II, que, “en caso de duda, si los indicios hallados no son suficientes para afirmar con rotundidad la naturaleza publicitaria del mensaje, debe prevalecer el derecho constitucional al transmitir y recibir libremente información veraz”. Así mismo, cabe citar la Resolución del JP de 15 de diciembre de 2005, Caso VAT 69, en la cual el Jurado sostuvo que no existía publicidad encubierta, ya que “... parece obvio que sólo podrá afirmarse que un emplazamiento persigue un propósito publicitario a favor de un determinado producto cuando, entre otras cosas, éste resulte perfectamente identificable para los espectadores, lo que este Jurado no deduce a la vista de la pieza visionada. En efecto estas imágenes y el audio del sketch analizado, un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, únicamente podrá deducir que sus protagonistas están

consumiendo whisky, y ellos porque tal afirmación se desprende de los diálogos de los personajes. Pero en ningún caso podrán concluir que se trata del whisky “Vat 69” como alega el reclamante. En definitiva, salvo para el consumidor especializado y familiarizado con el producto, un consumidor medio difícilmente podrá averiguar cuál es el producto que aparece en el anuncio”.

3.3.1.2. La publicidad encubierta en los medios de difusión

La publicidad encubierta se origina en los medios de comunicación escrita, en los que el mensaje publicitario se inserta en los aspectos informativos, con la finalidad de disfrazar la publicidad proporcionándole una apariencia de noticia. En efecto, la manera de enmascarar la publicidad en prensa es, fundamentalmente, a través de artículos redaccionales, en los que la publicidad se muestra como un reportaje de información general.

En este sentido, la SAP de la Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de marzo de 2007, (AC/2007/1049), sostuvo que existía publicidad encubierta a través de un artículo en una revista médica sobre un aparato de depilación láser, en el que se encubría el contenido promocional del producto bajo la apariencia de un estudio comparativo imparcial. En este sentido, el Tribunal manifestó: “El artículo litigioso no solo contiene opiniones técnicas, un tanto extrañas al campo de conocimientos de su autor, ya que el Sr. Blas es de profesión economista, sino que, como se recoge en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada, no puede considerarse basado en una encuesta seria, trasluciéndose de la prueba practicada, que en modo alguno se ha contado, ni de lejos con el muestreo de las cien clínicas que el artículo dice, pues ni se aporta un número de cuestionarios relevante, ni tampoco se acompaña un listado de llamadas significativo, para el supuesto de que la encuesta hubiera sido telefónica. Por el contrario, la demandante, aporta un considerable número de escritos, suscritos por usuarios de los láser que ella comercializa, quienes manifiestan no haber sido consultados, todo lo cual pone en entredicho, la existencia, con un mínimo de rigor, de la encuesta en la que el artículo dice basarse que, en todo caso, resulta claramente insuficiente para llegar a cualquiera de las conclusiones recogidas en el artículo en cuestión...Es evidente a la vista de lo expuesto, que el reportaje en cuestión, constituye un claro supuesto de competencia desleal, subsumible en los arts. 9 y 10, en relación con los arts. 18 y 19, todos ellos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, pues en definitiva, nos hallamos ante una publicación en la que, bajo la apariencia de un supuesto estudio comparativo, se realiza un acto promocional de uno de los productos sometidos a examen, como se prueba”.

Otro ejemplo en el que el anunciante utilizaba la forma de artículo redaccional para enmascarar el carácter publicitario de sus menciones y supuesta información fue el caso “AIRE ACONDICIONADO FUJITSU”, en el que se sostuvo que la forma de redacción de un anuncio en prensa de la empresa Fujitsu inducía a error con una página informativa referida a estos equipos, ya que no se identificaba el carácter publicitario del anuncio.

La publicidad se puede encubrir a través de las denominadas colaboraciones periodísticas, realizadas por personas ajenas a la redacción del periódico, como por ejemplo determinados profesionales y empresas de servicios, que a través de artículos temáticos o adoptando el aspecto de entrevista, no pretenden informar al lector, sino promocionar sus productos, servicios, empresas o signos distintivos.

En este sentido, es altamente ilustrativa la STJUE (Sala segunda), de 2 de abril de 2009 (TJUE/2009/80), en la que se juzgaba si la mención relativa a un medicamento, en particular sus propiedades curativas o preventivas, difundida por un tercero independiente en Internet suponía un supuesto de publicidad encubierta. Durante el procedimiento, el tercero que era periodista en el sector de la higiene alimentaria alternativa, sostuvo que no tenían ningún tipo de vinculación laboral, económica o comercial con el laboratorio titular del medicamento y que se había limitado a comunicar a los minoristas y otros interesados información sobre los complementos alimentarios. A la vista de lo expuesto, el Tribunal sostuvo que: “El art. 86 de la Directiva 2001/183/CE 8LECur 2001, 4108) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, en su versión modificada por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (LCEur 2004, 1755), debe interpretarse en el sentido de que la difusión por un tercero de información relativa a un medicamento, en particular a sus propiedades curativas o preventivas, puede considerarse publicidad en el sentido de ese artículo aun cuando ese tercero actúe por cuenta propia y de forma totalmente independiente, de hecho y de derecho, del fabricante o del vendedor de ese medicamento”.

Contrariamente, en la Resolución del JP de 10 de enero de 2003, Caso “Los yogures Bio mejoran el sistema inmunológico”, el Jurado desestimó la reclamación interpuesta por el Grupo Leche Pascual S.A., que mantenía que una entrevista publicada en prensa constituía una publicidad encubierta. Concretamente la entrevista se realizó al coordinador científico de una empresa competidora (Danone S.A.). Bajo el titular “los yogures Bio mejoran el sistema inmunológico” se exponían los estudios

científicos llevados a cabo por el entrevistado con los productos lácteos de Danone S.A., destacando en todo momento las propiedades del producto de marca Actimel. El Jurado manifestó que no existía publicidad encubierta, ya que se trataba de una entrevista realizada a un científico de una conocida empresa con ocasión de su visita a la Universidad de Navarra, y que la simple referencia a la empresa para la que trabajaba el científico o a los productos que elaboraba aquella, no era suficiente para afirmar que los mensajes tenían naturaleza publicitaria. En la Resolución del JP de 12 de febrero de 2003, dictada por el Pleno, se desestimó el recurso de alzada interpuesto por el Grupo Leche Pascual S.A., si bien con la inclusión del voto discrepante que formulaba un miembro del Pleno, al que posteriormente se adherieron otros dos vocales. Entre las razones que adujeron para suscribir el voto discrepante esgrimían que el denominado “coordinador científico Danone S.A.” no estaba informando de la reunión científica celebrada en la Universidad de Navarra, sino que publicitaba productos concretos con marcas determinadas de la firma que representaba. Es obvio que se trata de una publicidad encubierta, pues se centra en una única empresa y en un único producto de esta, citando su marca en varias ocasiones, omitiendo cualquier referencia a otras alternativas u otros productos de similares características.

La publicidad encubierta puede manifestarse en otros medios escritos a través del mailing, buzoneo, etc.

En este sentido, en la Resolución del JP de 15 de febrero de 1999 (Caso Particular vs Unicaja), el Jurado estimó la reclamación de un particular contra un folleto publicitario de Unicaja (difundido por correo personalizado), para promocionar la domiciliación de la nómina. En el citado folleto se incluían testimonios y entrevistas en forma de noticias, sobre las grandes ventajas de una domiciliación bancaria en Unicaja. Además, para difundir tal publicidad, se utilizaba el soporte con el formato externo de un periódico (dividido en secciones tales como: internacional, nacional, sociedad, local, etc). Por todo lo anteriormente expuesto, el Jurado sostuvo que los destinatarios no eran capaces de percibir la naturaleza publicitaria del mensaje, así que se instó al anunciante a rectificar tal anuncio.

Asimismo, la publicidad encubierta, además de en prensa, también se manifiesta a través de otros medios de comunicación; a saber, radio, televisión, cine e internet. En estos medios, por una parte, la comunicación comercial puede adoptar forma de noticia, manifestándose a través de la mención de un signo distintivo dentro de programas tipo magazine, entretenimiento, etc.; y, por otra parte, también se puede incluir el propio producto como un elemento integrante más que se emplaza en una película o serie de

televisión, cobrando especial protagonismo, con una clara finalidad publicitaria, sin que, en ningún momento, se haga alusión a la misma.

En efecto, en la Resolución del JP de 4 de junio de 2001, Caso “FEBE y AUC vs. González Byass S.A.” (Soberano, El Rey Canalla), el Pleno del Jurado de la Publicidad confirmó la resolución de la Sección Cuarta del Jurado, la cual declaraba que la publicidad de Soberano realizada por González Byass S.A., en un cortometraje titulado “Soberano, El Rey Canalla”, constituía una publicidad encubierta, en la medida que en el cortometraje no se revela el carácter publicitario del emplazamiento del brandy Soberano.

En el caso de Internet y de las redes sociales, se aplica la misma regulación que para la publicidad tradicional u offline. Así, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), indica que: “La publicidad debe presentarse como tal, de manera que no pueda confundirse con otra clase de contenido, e identificarse de forma clara al anunciante”. En Twitter y en Instagram los líderes de opinión comparten publicaciones sobre marcas o productos de forma que no queda claro si hay una marca involucrada en el mensaje. De hecho, algunas de las fotos de los instagramers más famosos son publicidad pura.

El fenómeno de este tipo de publicidad en Instagram, se da cada vez más en el sector del turismo y los viajes. De esta forma, algunas oficinas de turismo pagan a famosos influencers instagramers para que acudan a un lugar, hagan una fotografía, la compartan y animen a sus fans a hacer lo mismo. Es el caso de, por ejemplo, una fotógrafa española que ha hablado de forma anónima con El País, que asegura que cobra una media de 300 euros por fotografía con la etiqueta que prefiera cada cliente. En función del número de seguidores, las marcas estarían dispuestas a pagar más o menos.

Agencias de fotografía especializadas son las que gestionan este tipo de publicidad, como es el caso, en EEUU, de TinKer Street, que representa a fotógrafos que son muy populares en Instagram. Entre ellos se encuentra, por ejemplo, Paul Octavius, que cuenta con más de medio millón de seguidores y entre sus fotos, son muy comunes las que pertenecen a campañas de publicidad. Lo que hace, en muchos casos, es incluir una etiqueta en las fotografías, para promover el turismo de los lugares que se quieren promocionar.

También el sector de la moda es muy común en casos de publicidad encubierta en las redes sociales. Un caso famoso en Instagram, es el de Indy Clinton, una australiana que ya cobra 600 euros por cada selfie que comparte en la plataforma. Así, con cada fotografía

promociona alguna marca que se haya fijado en ella y en sus más de 70.000 seguidores que se consideran 60.000 prescriptores de las prendas que luce para las marcas²⁹.

La influencia de las blogueras de moda es indiscutible. Su principal encanto reside en su carácter no profesional, en su espontaneidad. Se trata de mujeres casi siempre anónimas, no son modelos y lo que les lleva a publicar sus outfits en la red es su amor por la moda. Por este motivo, son muchas las mujeres que confían en los consejos y recomendaciones de las blogueras, con las que conversan y a las que muchas veces piden consejo directamente.

Prueba de ello es la red social Lookbook.nu, especializada únicamente en fashion bloggers. En esta plataforma resulta muy sencillo imitan los looks de las blogueras, ya que son ellas mismas las que informan sobre dónde han comprado su ropa y, en muchas ocasiones, a qué precio. De hecho, normalmente incluyen enlaces directos a las e-shops donde podemos adquirir las prendas de ropa que visten.

Obviamente, las firmas de moda no han dejado pasar esta oportunidad para promocionar sus productos, y son muchas las que regalan piezas clave de sus colecciones a las blogueras para su posterior difusión en Internet. La pregunta es: ¿Las blogueras deciden realmente lo que se ponen o son una herramienta publicitaria más de las firmas? ¿Emiten opiniones libres o sus post vienen dictados por las empresas que las pagan o de las que reciben regalos?

En su libro “Trust me, I’m lying”, el experto en Comunicación Ryan Holiday reconoce abiertamente que como Director de Marketing de American Apparel, se encargó personalmente de que las blogueras más influyentes en Estados Unidos diseñasen sus outfits incluyendo las prendas que el mismo les regalaba.

Nada que objetar a la publicidad en sí, pero de ser cierto, las blogueras deberían informar a los usuarios de su relación con las firmas de las que reciben regalos o con las que incluso llegan a firmar contratos.

En Estados Unidos, siempre pionero en la regulación de las nuevas tendencias, las blogueras de moda, profesionales o no, están obligadas a cumplir con las Reglas de la Federal Trade Commission en materia de publicidad y testimonios. Así, las blogueras deben hacer pública su relación con las firmas de moda que las contratan e incluso con aquellas que

²⁹ V. <http://blogginzenith.zenithmedia.es/instagram-y-la-publicidad-encubierta/>

simplemente les envían regalos. El motivo es sencillo: que el consumidor sepa que la bloguera a la que sigue puede estar siendo influenciada por un tercero.

En España, de momento, no contamos con ningún tipo de regulación o recomendación al respecto. No obstante, de acuerdo con la normativa vigente en materia de publicidad, podría afirmarse que, en determinados supuestos, estamos ante blogs que realizan publicidad encubierta y por lo tanto ilícita³⁰.

3.3.1.3. La relevancia del principio de identificación publicitaria

El principio de identificación tiene una ventaja y es que permite conservar la naturaleza inocua e inofensiva del mensaje publicitario, paradójicamente la naturaleza declaradamente persuasiva del mensaje publicitario tiene una ventaja sobre la naturaleza supuestamente descriptiva del informativo y es que las falsedades o engaños del informativo son mucho más dañinas y peligrosas que en mensajes persuasivos porque la gente cree que es verdad y está asistiendo a la descripción de la verdad.

El Principio de identificación viene regulado en el Art. 11 de la LGP: “Los medios de difusión separarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simple vehículos de publicidad o los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de los anuncios”.

También se regula en la Ley de Televisión sin fronteras Cap. 3 cuyo art 13 establece que: “la publicidad deberá ser claramente identificable como tal y estar claramente separada de los otros elementos del servicio de programas por medios ópticos o acústicos. En principio deberá estar agrupada en bloques”; y en el Código CCI cuyo art. 11 exige que se identifique claramente los anuncios.

En radio y televisión hay que efectuar una pausa entre bloque publicitario y el bloque no publicitario precedido o seguido de una advertencia verbal que incluya una noción de publicidad. Se utilizan términos poco apropiados, por ejemplo, consejo.

En prensa escrita hay que poner la palabra Publicidad en la cabecera de la página de los anuncios pagados especialmente cuando haya lugar a duda.

Un ejemplo lo encontramos en el “Libro de Estilo” de El País en su Sección 4, apartado 1.30:

³⁰ V. Cristina Mesa blog: <https://derechymoda.wordpress.com/2013/08/21/blogueras-de-moda-publicidad-encubierta/>

1 “La publicidad siempre estará diferenciada tipográficamente de los textos elaborados en la redacción”

2. “Los tipos de letras reservados para las informaciones no pueden ser utilizados para la publicidad.

3. “Los anuncios cuyo diseño se asemeje a las columnas de un periódico deberán incluir en la cabecera la palabra publicidad”

Aún dentro del bloque publicitario hay técnicas que pueden hacer confundir el anuncio pagado con la información, se puede revertir el anuncio en la forma de una noticia, con o sin fotografía.

Dar falsos informes profesionales, es una ficción dramática que se acoge al principio de ficcionalidad siempre que no llegue al extremo de confundir aquello con una información:

- Usar falsas estadísticas
- Crear elementos químicos inexistentes
- Coletillas de falsos científicos como, por ejemplo: está comprobado o está demostrado.

Hay casos de médicos reales que han dirigido programas de consejos médicos guiados por sus conocimientos y que luego utilizan su imagen de consejero familiar y un lenguaje médico científico para anunciar las bondades médicas de un producto comercial. Por ejemplo: Adolfo Beltrán en “En buenas manos” publicita leche, o Ramón Sánchez Ocaña, que, sin ser médico, anuncia Margarina Flora³¹.

3.3.2. El pago o remuneración por la publicidad

El pago o remuneración no es un requisito imprescindible para calificar una publicidad como encubierta. Sin embargo, generará una presunción sobre el carácter publicitario del mensaje. Ahora bien, debemos manifestar que este requisito no se exige en los arts. 5 y 7 LCD, sino expresamente en el art. 26 LCD, en el que se establece que, para calificar una campaña publicitaria como encubierta, además de no identificar el carácter publicitario del mensaje, se debe exigir que el empresario o profesional haya pagado por dicha promoción. La LGCA es más laxa con este requisito, pues no lo prevé como

³¹ V. <https://blog.cnmc.es/2015/08/11/la-cnmc-y-la-regulacion-de-los-contenidos-publicitarios-la-publicidad-encubierta/>

requisito principal, no obstante, presume que, para demostrar el carácter publicitario del mensaje y su intencionalidad por parte del anunciante, la remuneración a favor del prestador del servicio convierte la práctica en encubierta y engañosa. Además, el pago o remuneración se puede realizar a través de otro tipo de beneficios o compensaciones³².

En este sentido cabe citar la SAN de 2 de noviembre de 2009 (JUR/2009/459288) declaró lo siguiente: “ Por otra parte, el hecho de que no conste acreditación precisa de que haya habido remuneración por tal presentación publicitaria no excluye la existencia de publicidad encubierta, pues la previsión específica contenida en el art. 3 de la Ley 25/94 sobre la consideración en todo caso de intencionada y, por consiguiente, constitutiva de un supuesto de publicidad encubierta, cuando la presentación se hiciese a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta, no implica que sólo se produzca esa forma de publicidad mediando remuneración, como resulta claro, por otra parte, de la literalidad de los preceptos citados... En todo caso, el mero hecho de que sea SONY quien dote a los concursantes de unos aparatos que, según afirma la actora, eran precisos para la realización y control de las actividades de aquellos en la academia, ya reporta un beneficio a la productora o a la cadena de televisión, que debían proporcionar a los concursantes todos los medios materiales necesarios para desarrollar su trabajo musical en la academia, por lo que no puede desconocerse la existencia de contraprestación”. Por lo tanto, el mero hecho de que el anunciante proporcione todo tipo de instrumentos y aparatos necesarios para los concursantes supone un lucro económico para la productora o la cadena de televisión. De ese modo, el suministro de materiales con la marca del anunciante puede acreditar otra forma de remuneración directa.

En este sentido, se ha entendido como forma de remuneración similar al pago, beneficiarse de un producto a un precio menor, que al que se adquiere en el mercado.

Así, la SAN de 23 de marzo de 2009 (JUR/2009/207239), manifestó: “Por otra parte, es claro, como se desprende del propio contenido de la demanda, que la inclusión de publicidad encubierta en la serie ayuda a la financiación de la obra para la productora, de modo que el precio de la misma resultaba inferior al que hubiera tenido la misma si tal publicidad ilícita no hubiera sido insertada. La recurrente, ahora sí, pudo beneficiarse de un producto a un precio menor que, en fin, emitió a su cadena plenamente consciente de sus contenidos y de las ventajas económicas de la operación...La percepción no “directa”, pero sí indirecta, de utilidades económicas

³² V. PATIÑO ALVES: “El engaño en la publicidad”, CEACCU, 2010, pág. 41

carece, a juicio del Tribunal, de relevancia a efectos de una adecuada proporción entre la acción y la respuesta sancionadora”.

Del mismo modo, una empresa que ha suscrito contratos de patrocinio publicitario con la cadena de televisión, donde se emitieron series que incluían una presentación verbal, visual, directa o indirecta de los productos de aquella, sin identificarlos como publicidad, claramente se considera que existe un beneficio económico, aunque no se pueda acreditar el pago o la remuneración.

De este modo, la SAN de 2 de febrero de 2011, declaró: [Los hechos descritos en el expediente administrativo y que han sido recogidos en el segundo fundamento de esta resolución, referentes al capítulo de la serie “La Lola” han de contextualizarse en las relaciones comerciales existentes entre Antena 3 y el Grupo Pascual. Relaciones a las que se ha hecho referencia por esta Sala en la SAN, Sec. 1ª de 11 de noviembre de 2010 (PROV 2010, 397526) que versaba también sobre la imposición de una sanción a Antena 3 por publicidad encubierta del producto “Vive soy” del Grupo Pascual, en la citada serie “La Lola”. En dicha sentencia se consideró acreditada en el expediente, al igual que sucede en el presente caso, la estrecha vinculación de la entidad Antena 3 con el Grupo Pascual, en su condición de patrocinador publicitario de dicha cadena, y en especial, con la serie “La Lola”. Por otra parte, en la página web del Grupo Pascual, cuyo contenido se refleja en el expediente, se comprueba que dicha compañía incluso realizaba un concurso sobre los conocimientos que los concursantes tenían del contenido de dicha serie con la campaña “demuestra cuánto sabes sobre La Lola” en el que se podían ganar 200 euros respondiendo a dos preguntas sobre la serie de televisión e insertar unos códigos de productos de los zumos de Pascual... Y es en este contexto en el que ah de situarse la escena antes transcrita de la serie. No se trató de la mera utilización ocasional del producto en el contexto de un capítulo de la serie, sino por el contrario, se perseguía promocionar un producto real, haciendo continuas referencias a su nombre real, con sus mismas características, se utilizó para la escena un envoltorio real de este producto, y los personajes se recreaban con continuos intentos de volver al nombre del producto y a sus características fundamentales mostrando los envases en diferentes momentos].

Ahora bien, a pesar de que no se pueda acreditar el pago o la remuneración similar, los tribunales unánimemente han dispuesto que no es necesario demostrar este requisito sino, únicamente, el propósito publicitario del anunciante³³.

³³ V. FERNÁNDEZ-NÓVOA: “La publicidad encubierta”, ADI, 3, 1976, págs. 383 y ss.

Para determinar si existe publicidad encubierta, Fernández-Nóvoa sostiene que no es necesario demostrar que existió una remuneración por parte del anunciante al medio.

Siguiendo este criterio doctrinal, en la Resolución del JP de 15 de diciembre de 2005, Caso “VAT 69”, el Jurado sostuvo que “... no cabe alegar, por lo demás, que la falta de prueba en cuanto a la existencia de una contraprestación económica por el emplazamiento del producto en el sketch pueda eximir directamente a esa pieza de constituir un supuesto de publicidad encubierta. Antes bien, la calificación del emplazamiento del producto como un supuesto de publicidad encubierta, más allá de la prueba de la existencia de una contraprestación económica exige un detallado análisis de la justificación y características del emplazamiento”.

Por ello, debemos interpretar el requisito relativo a la remuneración como un criterio más que puede determinar el carácter intencional de la publicidad encubierta, y, por lo tanto, su carácter comercial, pero que no constituye el elemento necesario para determinar su existencia. La razón es obvia: es necesario interpretar el requisito como un elemento para fijar la intencionalidad del propósito publicitario, solo de esta manera la regulación expuesta en la LCD estará en coherencia con la normativa prevista en la LGCA³⁴.

3.4. El Product Placement o Emplazamiento de producto

El artículo 2.31 de la LGCA define el emplazamiento de producto como “toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa”.

Asimismo, el art. 17 de la LGCA señala que “Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a realizar a cambio de contraprestación emplazamiento de productos en largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento. En los casos en que no se produzca pago alguno, sino únicamente el suministro gratuito de determinados

³⁴ V. PATIÑO ALVES: “El engaño en la publicidad”, CEACCU, 2010, pág. 43

bienes o servicios, tales como ayudas materiales a la producción o premios, con miras a su inclusión en un programa, únicamente constituirá emplazamiento de producto y por tanto estará permitido, siempre que estos bienes o servicios tengan un valor significativo. 2. Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria. 3. El emplazamiento no puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamientos de bienes o servicios, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto. 4. Queda prohibido el emplazamiento de producto en la programación infantil”.

Los requisitos de licitud del emplazamiento de productos serían los siguientes:

- Se permite el emplazamiento de productos en determinados contenidos audiovisuales (largometrajes, cortometrajes, documentales, películas, series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento).
- En los casos en que no se produzca pago alguno, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, tales como ayudas materiales a la producción o premios, con miras a su inclusión en un programa, únicamente constituirá emplazamiento de producto y, por tanto, estará permitido, siempre que estos bienes o servicios tengan un valor significativo.
- El emplazamiento de producto debe estar claramente identificado para los destinatarios del contenido audiovisual al inicio, al final del programa y cuando se reanude tras una pausa publicitaria.
- El emplazamiento nunca puede condicionar la independencia editorial del medio audiovisual.
- No se permite que a través del emplazamiento publicitario se inicie directamente la contratación de los productos objeto del emplazamiento.
- Finalmente, el emplazamiento publicitario está absolutamente prohibido cuando el contenido audiovisual se encuentre dentro de la programación infantil.

En cuanto a las diferencias entre publicidad encubierta y emplazamiento de producto han sido expuestas en resoluciones judiciales distintas.

Especialmente relevante es la sentencia de la AN, Sala de los Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, de 23 de marzo de 2009, que sostiene que: “la diferencia

entre publicidad , en especial la encubierta y la mera presentación (asentamiento o emplazamiento) del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el “emplazamiento”, la aparición del producto o servicio de que se trate es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional o apologética.

... En el caso de la publicidad encubierta esa misma promoción no se hace además de una manera explícita, clara o abierta, sino oculta; ocultación que por sí misma entraña riesgo para los consumidores de provocar su error, a través del estímulo, no consciente, al consumo del producto³⁵.

Como ejemplos claros de “product placement” en el cine y su impacto en las ventas de esos productos encontramos algunos muy famosos como los siguientes:

1. Forrest Gump y Dr. Pepper, Russell Stover, Nike, etc. : La película de Tom Hanks sobre un hombre con problemas de aprendizaje que se las ingenia para ser héroe de guerra y un empresario exitoso, es uno de los filmes con más inserciones de producto de la historia. Los chocolates Russell Stover incrementaron tanto su popularidad que desarrollaron una edición especial con el diseño utilizado en la historia.

Nike popularizó su marca “Classic Cortez” cuando el personaje de Hanks los utiliza para atravesar corriendo todo Estados Unidos. La imagen quedó tan grabada en el público que el modelo fue relanzado a principios del año 2015.

Otro producto importante es Dr. Pepper. En el largometraje, Forrest pide en varias ocasiones que le sirvan uno de estos refrescos y en una ocasión bebe tantos, que tiene que ir al baño justo cuando va a conocer al presidente estadounidense.

El restaurante de mariscos Bubba Gump Shrimp es un caso especial. Los productores de la película y su empresa madre, Viacom, crearon la marca ficticia para la historia. Sin embargo, el nombre alcanzó tal popularidad que en 1996 abrieron el primer restaurant en la bahía de Monterrey en California. Hoy existen más de 30 restaurantes de esta marca en todo el mundo.

2. Misión Imposible y PowerBook Apple: en 1996, Apple pagó por aparecer en la película como la herramienta que Tom Cruise utiliza para realizar su labor de espionaje mientras estaba colgado de cables. ¿Por qué fue importante la inclusión del PowerBook

³⁵ V. Hernández Rico, Herrero Suárez, Martín García y Martínez Escribano: *Derecho de la Publicidad*, 2015, págs. 153 y ss.

5300? Porque en ese momento Apple estaba en problemas: había perdido popularidad, sus ganancias se venían abajo y Steve Jobs aún no había regresado a la empresa. Lo haría un año después.

3. Regreso al futuro y Nike: la trilogía de Regreso al futuro dirigida por Robert Zemeckis puede ser llamada impulsora de diversas marcas en los años 80, más notablemente Pepsi y Nike. Zemeckis quería utilizar Coca-Cola pero notó que la botella de este refresco no había cambiado en 100 años. Así que decidió acercarse a Pepsi para mostrar los cambios que sufriría el producto.

En la segunda parte de la saga, Marty McFly viaja al “futurístico” 2015 donde prueba “Pepsi Perfect” y usa unas deportivas Nike que se ajustaban automáticamente. Las deportivas fueron tan populares que, en 2008, la firma lanzó la versión Hyperdunk que eran similares y en el año 2015 Nike lanzó al mercado una nueva versión que se encendía y era autoajustable.

4. James Bond y Martini y “su coche”: el protagonista de la novela de Ian Fleming está vinculado a dos productos: los martinis y su Aston Martin. Cuando la saga del 007 se relanzó, el vehículo del agente secreto fue reemplazado por el BMW Z3.

Este modelo salió a la venta tres meses después del estreno de la película. Un mes después del estreno, BMW ya había recibido 9 mil pedidos de este modelo de coche.

5. E.T. y los Reeses’ Pieces: Steven Spielberg, director de la película, quería usar M&M's en la secuencia en la que Elliot atrae al extraño visitante, sin embargo Mars, la compañía de los dulces, declinó participar en este filme de 1982.

Spielberg recurrió a Hershey que sin dudarlo le ofreció sus caramelos Reese’s Pieces. Sólo en 1983, las ventas de estos caramelos se incrementaron en un 63 por ciento³⁶.

Así, encontramos como ejemplo en el que se condena la utilización del “product placement” la Sentencia del Tribunal Supremo 7973/2011, de 18 de noviembre de 2011 que dice: “...En diversas escenas del capítulo doscientos cincuenta de la serie "Pratos combinados", grabado en el último trimestre de dos mil cinco y emitido por el canal analógico de Televisión de Galicia el dos de agosto de dos mil seis, aparecía, en el interior del local en que, según el argumento, se hallaba establecido el bar que gestionaban los protagonistas, una máquina expendedora de tabaco con un anuncio de

³⁶ V. <https://www.entrepreneur.com/article/268125>: Martha Elena Violante, abril 2015

la marca “ Nobel” en su parte frontal... Las exigencias que, en relación con el escenario, imponía el argumento de la comedia, no pueden justificar el contenido de la comunicación, dado que la utilización visible de una marca de cigarrillos, en la parte frontal de la máquina, no merece entenderse como necesaria para reproducir el interior de un bar. El signo nada aportaba a la credibilidad del escenario. Lo propio acontece con el hecho de que la marca - que, como se ha repetido, diferencia en el mercado los productos de una determinada procedencia empresarial - no tuviera en la obra más protagonismo que el de poder ser visualizada por los telespectadores, ya que una de las formas de vencer las reticencias de éstos ante los mensajes publicitarios - y, a la vez, de eludir las prohibiciones de publicidad - consiste, precisamente, en la utilización de la técnica conocida como emplazamiento pasivo”.

Por el contrario, en la Resolución de 5 de septiembre de 2013 de la Sección Sexta del JP, Caso “Descubre tu país San Clodio”, el JP desestima la reclamación de la posible utilización del “product placement”. La reclamación se dirige frente a un espacio de televisión, que promueve el turismo en España. En el anuncio se suceden distintas imágenes de enclaves turísticos de España, tanto culturales o artísticos, como de mar o montaña, campo o ciudades, deporte, gastronomía, etc. A modo de ejemplo, éstas serían algunas de las concretas imágenes que se podrían ver a lo largo del anuncio: un catamarán en el mar; una vista aérea de un pueblo de montaña; una iglesia. Un particular presenta reclamación contra el citado espacio, manifestando que en el segundo cuarenta y tres aparece, junto a un plato de pulpo, una botella de vino de las bodegas San Clodio. A juicio del particular, el hecho de que a lo largo del anuncio no aparezcan más productos reconocibles implicaría que estamos ante un supuesto de publicidad encubierta de la citada bodega y por tanto ilícita...A juicio del JP, no sólo no estamos ante un supuesto de publicidad encubierta ilícita, si no que por lo demás tampoco nos encontraríamos ante un posible emplazamiento de producto, en la medida en que no ha mediado finalidad publicitaria alguna en la realización y difusión del reportaje objeto de reclamación. Argumenta que, por lo demás, faltaría un elemento básico objetivo que permitiría entender que sí hubo finalidad publicitaria en la aparición de la botella de vino dentro de la pieza reclamada como sería la existencia de una contraprestación económica. Si bien es cierto que, según argumenta el reclamante, en una de estas escenas es posible apreciar la presencia de una botella de vino, concretamente una botella de vino de la Bodega San Clodio, no es menos cierto que a juicio de esta Sección, la presencia de dicha botella podría calificarse de anecdótica o episódica...En consecuencia –y de conformidad con todo lo antes expuesto- tampoco cabe afirmar la existencia de un supuesto de publicidad encubierta ilícita o de emplazamiento de producto no suficientemente identificado”.

Otra modalidad que debemos diferenciar con la publicidad encubierta es el patrocinio audiovisual.

El art. 2.29 de la LGCA define a este último como “cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisuales o programas con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos”.

Los requisitos legales del patrocinio audiovisual se recogen en el art. 16 de la LGCA, que señala lo siguiente: “1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a que sus programas sean patrocinados, excepto los programas de contenido informativo de actualidad. 2. El público debe ser claramente informado del patrocinio al principio, al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan o al final del programa mediante el nombre, el logotipo, o cualquier otro símbolo, producto o servicio del patrocinador. 3. El patrocinio no puede condicionar la independencia editorial. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a éstos. Además, el patrocinio no puede afectar al contenido del programa o comunicación audiovisual patrocinados ni a su horario de emisión de manera que se vea afectada la responsabilidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual”.

Las diferencias más notables por tanto entre emplazamiento de producto y patrocinio audiovisual serían:

- En el product placement se da protagonismo a la historia, la marca queda en segundo plano, sin embargo, en el patrocinio audiovisual, a lo que se otorga protagonismo es a la marca, pues el programa es una excusa que utiliza el anunciante.
- En el product placement la ficción dramática exige productos con marca, pues otorga realismo, mientras que, en el patrocinio audiovisual, el programa ha sido diseñado para buscar el máximo realce de la marca.
- En el product placement las marcas aparecen con naturalidad, y en el patrocinio audiovisual aparecen con artificiosidad.

- Por último, en el product placement se aprovecha un argumento previamente elaborado, y por el contrario en el patrocinio audiovisual, es el anunciante el que crea las ocasiones o las controla según su conveniencia³⁷.

Pero también debemos diferenciar entre publicidad encubierta y publicidad subliminal. Mientras que la publicidad consciente o supraliminar intenta asegurar su recuerdo, la publicidad subliminal pretende justamente lo contrario: no ser identificada ni recordada a nivel consciente, pues de lo contrario, se volverían en contra de quien los utiliza.

Podemos definir la publicidad subliminal, como aquella formada por mensajes publicitarios cuyos estímulos van dirigidos a nuestro subconsciente.

El uso de mensajes subliminales puede efectuarse en todos los medios de comunicación, incluyendo subestímulos verbales o dibujados, en fotogramas de películas o vídeos, en anuncios de revistas y periódicos, etc. Puede decirse que donde exista cualquier medio de comunicación visual o auditivo, la comunicación inconsciente es posible. La publicidad subliminal no pretende nada que no intente la publicidad consciente, sino sólo aumentar su eficacia. Los fines son los mismos, lo que varían son los medios.

Puesto que un mensaje subliminal es un estímulo sensorial que nuestro cerebro percibe sin que lleguemos a tener conciencia del mismo, puede parecer una pérdida de tiempo el utilizarlos, puesto que "no los percibimos". Sin embargo, su eficacia está demostrada, pues sí son registrados por nuestro subconsciente³⁸.

Así, un ejemplo de publicidad subliminal lo encontramos en el Auto nº253/1999, de 14 de mayo de 1999, de la AP de Madrid, que dice: "...La prueba practicada en la pieza separada, que nuevamente examina este Tribunal en unión de las propias gafas que se hicieron llegar a esta Sala con la publicidad ForSun, es demostrativa de que estamos en presencia de publicidad indirecta tendente al consumo de tabaco, concretamente de la marca Fortuna, como recoge el Juzgador de instancia en auto extenso y bien fundado, donde no sólo se caracteriza la apariencia de buen derecho y el "periculum in mora" que alega la Asociación de Usuarios de Comunicación, sino que también, desde un estudio minucioso de la publicidad, concluye que el propósito de la repetida campaña no es otro que el incremento de la venta de una determinada marca de tabaco. Y así la música del anuncio de gafas coincide con la tradicional del

³⁷ V. http://comunicadores-audiovisuales.blogspot.com.es/2013/10/diferencias-entre-product-placement-y_7.html

³⁸ V. http://parchismag2.blogspot.com.es/2010/05/publicidad-subliminal-y-publicidad_10.html

tabaco Fortuna; los caracteres “For” responden a la misma forma gráfica, lo que basta ver con las gafas que se remitieron a este Tribunal, al tiempo que la palabra “Sun” se relaciona directa e inmediatamente con la expresión “for”, debiendo tenerse presente la comparación que hace el Juzgador de instancia, y que responde a la prueba practicada, entre la publicidad en televisión de las gafas tan citadas y la que se hace en otros medios de comunicación para el tabaco Fortuna con la advertencia de que “perjudica seriamente la salud”. Y concluye el Juzgador de instancia, lo que se contrasta con la prueba practicada, que el spot publicitario "recuerda la forma en que se abre un paquete de tabaco, al rasgarse idealmente la imagen”.

4.CONCLUSIÓN

El objetivo del trabajo era el estudio de la publicidad engañosa, analizando los diferentes tipos y modalidades, requisitos y criterios para detectarla, la regulación legal, etc. En un plano general analizamos, en primer lugar, qué es la publicidad y como está regulada en nuestro país, y, una vez tenemos claro esto pasamos a examinar cuándo la publicidad es engañosa. Como con la mayoría de materias reguladas hoy en día, que han pasado por un proceso de adaptación a los nuevos tiempos y necesidades, ocurre lo mismo con la publicidad engañosa. En un principio, la publicidad engañosa aparecía, muy por encima, en la Ley General de la Publicidad, por lo que muchas modalidades y supuestos se encontraban en un vacío legal. No es hasta la Ley 29/2009 (por la que se modifica el régimen de competencia desleal) cuando estos supuestos son recogidos y regulados. Sin embargo, y como pasa con la mayoría de asuntos que rodean Internet, la publicidad que se realiza online, está en un limbo jurídico, lo que hace que, para poder declarar ilícita cierta publicidad considerada engañosa en Internet, tengamos que aplicar por analogía los supuestos recogidos en la Ley 29/2009, con el peligro de que no siempre encajen bien.

Aquí es donde entramos a estudiar la publicidad encubierta, una modalidad de publicidad engañosa, puesto que al no identificarse como tal puede inducir a error a los consumidores. Y es esta publicidad encubierta que, a todos, en un principio nos lleva a pensar en películas o series de televisión, la que está actualmente, cada vez más en auge y la encontramos todos los días en Internet, ya sea en redes sociales como Facebook, Twitter, Instagram, o en blogs, sean del tipo que sean. El problema de esta publicidad es que se realiza sin ser identificada como tal, haciendo creer al público/seguidores, que nos están ofreciendo su opinión personal, libre e independiente, de, ya sean productos, o servicios,

cuando la realidad es que incluso los adjetivos que utilizan para describirnos el producto, son puros eslóganes publicitarios proporcionados por las propias marcas. Además de esto, los productos y servicios que “publicitan” les han sido regalados, o, incluso, han recibido contraprestación económica por enseñarlo a sus seguidores. Esto es algo que me llama muchísimo la atención, y que fue una de las razones por las que decidí realizar el trabajo de fin de grado sobre la publicidad engañosa. Todos los días veo como actrices, actores, modelos, it-girls, en definitiva, personajes públicos, nos presentan sus “últimos descubrimientos” y “productos estrella”, y, como la gente que les sigue lo entiende como si se tratara de una amiga que te está aconsejando utilizar un champú porque le está yendo muy bien para tener un pelo de revista. Y es por eso, que debería, como ocurre en EEUU, por ejemplo, haber una regulación específica para estos casos. El problema está en lo inmenso que es el mundo online, y lo difícil que es abarcarlo todo.

No obstante, también creo que es muy necesaria la regulación de la publicidad de clubs de alterne y servicios sexuales. En septiembre de 2015 el Gobierno de España aprobó el “Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con Fines de Explotación Sexual 2015-2018”. Entre las medidas que se van a adoptar con este Plan se encuentra la de que el Ministerio actúe en colaboración con los ayuntamientos, las comunidades autónomas y los medios de comunicación en el ámbito de la publicidad, apostando por fórmulas de autorregulación, por códigos que se puedan establecer y por una reflexión conjunta para ver de qué manera se puede reducir esta situación. Sin embargo, a pesar de esto, han sido contadas ocasiones en las que este tipo de publicidad ha sido prohibido o sancionado, así en mi opinión debe haber un consenso entre los partidos políticos para crear una ley que prohíba esta clase de publicidad que, además de ser vejatoria y denigratoria, favorece este “negocio” que no es más que una forma moderna de esclavitud.

Por último, a modo de conclusión final, la Publicidad debe ser una disciplina con fines de lucro que debe trabajar públicamente en todas sus expresiones con una intención sana y no engañosa obrando siempre desde el punto de vista informativo y comercial, desde la verdad y la ética.

5. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA

5.1. Bibliografía

Fernández Novoa: *Estudios de la publicidad*, Universidade de Santiago de Compostela, 1989; “La publicidad encubierta”, ADI,3,1976; “La Directiva Comunitaria sobre Prácticas Comerciales Desleales”, BAAC, nº 108, mayo 2006

Hernández Rico, Herrero Suárez, Martín García y Martínez Escribano (2015): *Derecho de la Publicidad*. 1ª ed. (Valladolid). Lex Nova.

Lema Devesa: *La publicidad de tono excluyente*, Montecorvo, Madrid, 1980; “La promoción como necesidad comercial del empresario: la información al público y la publicidad”, RJN, nº 23, julio-septiembre, 1997

Lema Devesa y Tato Plaza: “El delito publicitario”, AEDE, nº 21, 1996

Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero, Herrera Petrus: *La Reforma de la Ley de Competencia desleal*, La Ley, 2010

Marín López: “La lista negra de prácticas comerciales engañosas con consumidores”, CEACCU, 2010

Patiño Alves: “Los actos de comparación e imitación como práctica engañosa”, CEACCU, 2010; “El engaño en la publicidad”, CEACCU, 2010

Documentación consultada

Blog de Iván Thompson: “La publicidad engañosa”, 2010

IP&IT Derecho e Internet. www.andresbruno.es, Catálogo de actos de engaño para los consumidores, publicidad encubierta. <http://derechoeinternet.me/tag/publicidad-enganosa/>

Blog de Fernando Pérez Bes,
<http://internetyderecho.blogspot.com.es/2012/02/la-competencia-desleal-en-internet-el.html>.

<http://blogginzenith.zenithmedia.es/instagram-y-la-publicidad-encubierta/>

Cristina Mesa blog:

<https://derechoymoda.wordpress.com/2013/08/21/blogueras-de-moda-publicidad-encubierta/>

<https://blog.cnmc.es/2015/08/11/la-cnmc-y-la-regulacion-de-los-contenidos-publicitarios-la-publicidad-encubierta/>

<https://www.entrepreneur.com/article/268125>: Martha Elena Violante, abril 2015

http://comunicadores-audiovisuales.blogspot.com.es/2013/10/diferencias-entre-product-placement-y_7.html

http://parchismag2.blogspot.com.es/2010/05/publicidad-subliminal-y-publicidad_10.html

Cendoj: Buscador del Sistema de Jurisprudencia

www.autocontrol.es

Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios. En “BOE” núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

BOE: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

BOE: Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

