



universidad
de león



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2020/2021

**LA PUBLICIDAD Y SUS FORMAS DE
ILICITUD. EN ESPECIAL, LA
PUBLICIDAD ENCUBIERTA Y EL
FENÓMENO DE LOS
“INFLUENCERS”**

(THE CONCEPT OF ADVERTISING AND ITS
FORMS OF ILLICIT. IN PARTICULAR, COVER
ADVERTISING AND THE “INFLUENCERS”
EVENT.)

GRADO EN DERECHO

AUTOR/A: DÑA. DIANA PALMIER GUTIÉRREZ

TUTOR/A: DÑA. M^a DE LAS ANGUSTIAS DÍAZ GÓMEZ

INDICE

ABREVIATURAS	4
RESUMEN	6
PALABRAS CLAVE.....	7
OBJETO.....	8
METODOLOGÍA.....	9
I. LA PUBLICIDAD: CONCEPTO, REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA GENERAL	11
1. Concepto.....	11
2. Tipología.....	12
3. Sujetos intervinientes	13
4. Regulación y delimitación del régimen jurídico	14
4.1 Legislación Europea	14
4.2 Ley General de Publicidad	17
4.3 Ley de Competencia Desleal	18
4.4 Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual....	19
4.5 Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico	20
II. SUPUESTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA: LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA POR OCULTAR SU FINALIDAD Y OTROS TIPOS	21
1. Introducción.....	21
2. La publicidad engañosa	22
3. Publicidad encubierta	24
4. Publicidad subliminal.....	26
5. El emplazamiento del producto o “Product placement”	28
III. PUBLICIDAD DE INFLUENCERS.....	31
1. Introducción y concepto de influencer.....	31
2. Tipos de influencer	32
3. Publicidad encubierta a través de <i>influencers</i>	33
3.1 Acreditación del propósito del mensaje: ánimo de lucro	34
3.2 Identificar la naturaleza publicitaria y su eventual carácter engañoso	34
3.3 Advertencia sobre la naturaleza publicitaria.....	35
IV. REPRESIÓN DE LA PUBLICIDAD ILÍCITA POR OCULTAR SU FINALIDAD EN EL FENOMENO INFLUENCER.....	36
1. Autorregulación Publicitaria.....	36
2. Códigos de Conducta Publicitaria.....	38

2.1 Significado y alcance de los Códigos de Conducta Publicitaria ... 382.2 Código de Conducta sobre el uso de <i>Influencers</i> en la Publicidad.....	40
3. Principios éticos	41
4. Casos más relevantes	42
5. Las distintas acciones de la ley frente a los actos de publicidad ilícita	45
CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA	54

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
AEA	Agencia Española de Anunciantes
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CC	Código Civil
CP	Código Penal
DSCA	Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual
EASA	<i>European Advertising Standards Alliance</i>
Ed.	Editorial
Etc.	Etcétera
Ibídem.	(En el mismo lugar)
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LCD	Ley de Competencia Desleal
LGCA	Ley General de Comunicación Audiovisual
LGP	Ley General de Publicidad
LO	Ley Orgánica
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico
Núm.	Número
Ob. Cit.	Obra Citada
Pág.	Página
Pp.	Páginas
RAE	Real Academia Española
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RJCA	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia.
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional

STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

RESUMEN

En el presente Trabajo de Fin de Grado nos centraremos en el estudio de los diferentes aspectos jurídicos contemplados respecto a la publicidad encubierta, con especial referencia al fenómeno *influencer*.

En suma, analizaremos los diversos supuestos de ilicitud que puede adoptar nuestra publicidad, para centrarnos en el supuesto de la publicidad encubierta por ocultar su finalidad real. Seguidamente, analizaremos el impacto de los *influencers* en dicha publicidad y los tipos de *influencers* que han ido surgiendo hoy día. Así mismo, estudiaremos la regulación de estas prácticas ilícitas en el ordenamiento jurídico español, teniendo muy en cuenta la normativa en el ámbito europeo, sin olvidarnos de la importancia de los nuevos mecanismos de autorregulación y los códigos de conducta; en particular, del nuevo Código de Conducta sobre el uso de *Influencers* en la Publicidad.

Finalmente, distinguiremos las distintas vías de represión previstas en la Ley de Competencia Desleal, si bien no hemos de ignorar que las actuaciones ilícitas podrían generar responsabilidad en otros ámbitos y abarcadas por otras disciplinas, tales como en el ámbito penal, fiscal o administrativo, que exceden de las dimensiones de este trabajo.

ABSTRACT

In this Final Degree Project we will focus on the study of the different legal aspects contemplated with respect to covert advertising, with special reference to the influencer phenomenon.

In short, we will analyze the different cases of illegality that our advertising can adopt, to focus on the case of covert advertising for hiding its real purpose. Next, we will analyze the impact of influencers on this advertising and the types of influence that have emerged today. Likewise, we will study the regulation of these illegal practices in our Spanish legal system, taking into account European regulations, without forgetting the importance of new self-regulation mechanisms and codes of conduct; in particular, the new Code of Conduct on the use of Influencers in Advertising.

Finally, we will distinguish the different means of repression provided for the Unfair Competition Law, although we must not ignore that illegal actions could generate responsibility in other areas and covered by other disciplines, such as in the criminal, fiscal or administrative field, which exceed the dimensions of this project.

PALABRAS CLAVE

Publicidad, ilícita, publicidad engañosa, publicidad encubierta, consumidor, anunciante, autorregulación, código de conducta, publicación, *influencers*. Acciones judiciales.

KEY WORDS

Advertising, illicit, false advertising, covert advertising, consumer, advertiser, self-regulation, code of conduct, post, influencers, judicial actions.

OBJETO

El tema objeto de estudio de este trabajo es la publicidad ilícita y las diferentes formas que puede adoptar, haciendo especial referencia a la publicidad encubierta por ocultar su finalidad en el nuevo *marketing de influencers*. El análisis se ha planteado a raíz de los cambios que han ido surgiendo en nuestra sociedad, los cuales han afectado a la mayoría de sus ámbitos, y particularmente al de la publicidad, que es el que nos interesa. Para comprender cómo se mueven los *influencers* en los nuevos medios de comunicación publicitarios, debemos empezar por adentrarnos los conceptos básicos de la publicidad, los tipos y los sujetos que intervienen en ella. Sobre todo, debemos entender cómo está regulada esta práctica en nuestro ordenamiento jurídico además de conocer la normativa europea relevante para determinados supuestos.

Al hilo de lo planteado anteriormente, abordaremos este estudio para analizar la actividad publicitaria que se lleva a cabo, la cual como veremos a lo largo de este trabajo, en ocasiones se realizan sin ningún tipo de identificación, o incluso omitiendo su naturaleza publicitaria, pudiendo dar lugar a estos supuestos de ilicitud como son la publicidad encubierta o la publicidad engañosa. Todo esto puede generar una confusión en el consumidor o usuario, o influir en la decisión de compra. De ese modo se atenta contra la libertad de decisión personal, pues se ven afectados sin ser conscientes de ello.

En definitiva, se trata principalmente de analizar la problemática que provocan estas nuevas técnicas de marketing comercial en nuestro ámbito jurídico y ofrecer una posible solución. Destacando sobre todo, por un lado, los mecanismos de autorregulación existentes, como Autocontrol, organismo voluntario al que cada vez más empresas y particulares se adhieren, junto a los nuevos códigos de conducta emergentes, como el Código de Conducta sobre el uso de *Influencers* en la publicidad. Y, por otro lado, abordando el sistema de acciones judiciales recogido en la normativa sobre competencia desleal, a fin de proteger los intereses afectados.

Para concluir, cabe señalar que, a través de este análisis, buscamos mostrar de una forma más sencilla y comprensible la problemática que este tema genera, y todo ello para que, más concretamente desde la esfera jurídica, podamos clarificar cómo actúan los diferentes mecanismos de control frente a estas prácticas publicitarias prohibidas.

METODOLOGÍA

La metodología de investigación seguida para realizar el desarrollo de este trabajo de fin de grado ha sido fundamentalmente la siguiente.

En primero lugar, el paso primero -asesorada por mi tutora- ha sido la elección del tema, por el que nos hemos decantado por la gran novedad que aún hoy día supone tanto a nivel social como jurídico. Nos hemos centrado en el Derecho de la Publicidad, más concretamente en la publicidad engañosa por ocultar su verdadera finalidad, difundida a través de un nuevo mecanismo de publicidad llamado marketing de influencers o publicidad de influencers. Este nuevo fenómeno publicitario está causando mucho revuelo, y hemos visto necesario aportar un poco de luz a esto.

Este estudio tiene como base la fundamentación jurídica aplicable a la publicidad comercial, que abarca desde la Ley General de Publicidad, la base de nuestro trabajo, hasta la Ley de Competencia Desleal, sin olvidar por supuesto la Ley General de la Comunicación Audiovisual y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico junto a toda la normativa comunitaria, las Directivas europeas e incluso la regulación autonómica que contempla estos casos.

En segundo lugar, delimitando a grandes rasgos el tema, se ha trazado –de acuerdo con la tutora- un índice provisional, que progresivamente se ha ido modificando al hilo del desarrollo del trabajo.

En tercer lugar, ha comenzado la labor de búsqueda y análisis, por una parte, de la normativa aplicable a la materia, a partir de la cual sustentar la problemática a estudiar, y en su caso, realizar una labor constructiva, en lo que no esté legislado. Y, por otra parte, se inició la tarea de búsqueda y selección bibliográfica, acudiendo a las principales fuentes de información existentes, ya en el área de Derecho Mercantil de la Universidad de León, en la Biblioteca de la Facultad de Derecho, en las Bases de Datos de la Universidad de León, así como en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, donde he estado este curso académico. A fin de poseer materiales en los que fundamentar el trabajo, se han analizado los materiales doctrinales de los autores que más se ajustaban a nuestro tema, abarcando manuales, monografías, artículos de las principales revistas jurídicas, así como la jurisprudencia española y europea relevante sobre dicha cuestión. Finalmente, tras elaborar el índice y localizar las fuentes convenientes, comenzamos a

redactar los aspectos de mayor interés, revisando lo realizado a medida que se iba avanzando.

La metodología utilizada pasa no sólo por la descripción y estudio del estado de la cuestión que nos ocupa, sino que además del método descriptivo y analítico de los problemas suscitados, trata de realizar una tarea constructiva y ofrecer puntos de vista críticos y constructivos, en una materia que por ser de gran actualidad todavía no cuenta con una normativa detallada sobre el tema.

Finalmente, se trata de alcanzar algunas conclusiones para aportar claridad sobre el tema y que resulten útiles, no solo para quienes apliquen el Derecho de la competencia desleal, sino también para los operadores jurídicos, y todos aquellos quienes se interesen por esta temática.

Llegados a este punto quiero concluir esta presentación de cómo se ha abordado el trabajo agradeciendo muy sinceramente a mi tutora Doña María Angustias Díaz Gómez por la continua dedicación que ha mostrado desde el primer momento que decidí estudiar este tema, así como por su supervisión constante y atenta, sin la cual no hubiera sido posible llevar a cabo esta investigación, pues a pesar de las dificultades inherentes a la situación pasada y actual de pandemia que seguimos viviendo, y la distancia existente entre ambas por encontrarnos en ciudades diferentes, siempre ha tratado de supervisar y animarme en cada paso que daba.

I. LA PUBLICIDAD: CONCEPTO, REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA GENERAL

1. Concepto

La publicidad ocupa un lugar fundamental en nuestras vidas puesto que estamos día a día en contacto continuo con ella. Por consiguiente, el hecho de que la publicidad sea una realidad social procedente de distintas fuentes nos lleva a la necesidad de estudiarla desde sus distintas perspectivas.

En primer lugar, debemos partir del concepto básico de publicidad, que viene definido en La Real Academia de la Lengua Española (RAE) como “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”¹.

Por otra parte, más allá de este concepto y abordando el tema desde una perspectiva jurídica, acudimos a la Ley General de Publicidad (en adelante LGP), del 11 de noviembre de 1988, que en su artículo 2 define la publicidad como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones” (Ley 34/1988). Al mismo tiempo, cabe señalar también la importancia que tiene la publicidad y su acepción en la posterior Ley de Competencia Desleal, de 10 de enero de 1991 (en adelante, LCD) junto a las normas especiales que se encargan de regular las actividades publicitarias².

Algunos autores critican esta definición legal del concepto pues aborda una perspectiva demasiado general. Así, por ejemplo, encontramos autores que aportan otras definiciones, como WELLS/BURNETT/MORIARTY, entendiéndolo que “La publicidad es comunicación impersonal pagada por un anunciante identificado que usa los medios de comunicación con el fin de persuadir a una audiencia, o influir en ella”³.

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. [18/03/2021]. <https://dle.rae.es>

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

³ WELLS W., BURTNETT, J., MORIARTY, S. *Publicidad. Principios y prácticas*. Prentice-Hall Hispanoamericana, México, 1996.

Según la Ley, las notas distintivas de la definición legal de publicidad son: que se puede llevar a cabo por persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional cuyo fin sea promover directa o indirectamente la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, vender, captar clientela, etc.

Razón por la cual entendemos que, partiendo de estos requisitos, la doctrina diferencia este concepto jurídico de otros mecanismos de información que pudieran parecer relacionados con la actividad publicitaria y a los que, sin embargo, no le serán de aplicación el régimen legal de la publicidad comercial, por atender a fines distintos. Sirva de ejemplo, la publicidad institucional, entendiéndose como aquella realizada por los organismos públicos cuyo objetivo es informar, concienciar o sensibilizar a la población sobre determinadas cuestiones de interés público; como respetar las medidas COVID, cuidar la naturaleza y los espacios públicos, fomentar el aspecto del límite de velocidad...etc. Todo ello sin perjuicio de atenderse a lo dispuesto en la LGP en materia de contratación.

Dicho lo anterior, partiendo de la definición legal y de la caracterización doctrinal, el objetivo de este trabajo es averiguar y catalogar cuando la publicidad implica la realización de prácticas desleales por tratar de ocultar su verdadera finalidad.

2. Tipología

La publicidad ha de respetar la normativa que le resulte aplicable, es decir, ha de ser lícita. Y, en el supuesto de que no lo sea se le aplicará la normativa prevista en el Ordenamiento Jurídico, y en lo que a la materia que nos ocupa se refiere, desde la perspectiva mercantil, los preceptos de la LGP y LCD.

La LGP, en su artículo 3, recoge una serie de actos considerados desleales por ser contrarios a los valores y derechos reconocidos en la Constitución, y por ello se califican como actividades ilícitas.

Son los siguientes:

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente los que se refieren a la igualdad, el honor, la intimidad, la infancia y la juventud [art. 3. a) LGP].
- b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan

persuadiendo de la compra a padres o tutores. Tampoco se podrán presentar situaciones peligrosas sin un motivo justificado. No se permitirá aquella publicidad que induzca a error sobre las características de los productos, sobre su seguridad ni sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para poder utilizarlos sin producir daño para sí o para terceros. [art. 3.b) LGP].

- c) La publicidad subliminal. Que se define en el artículo siguiente como aquella que, *“mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”* [art. 3.c) y art. 4 LGP].
- d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios [art. 3.d) LGP].
- e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal [art. 3.e) LGP].

Concretamente, nuestro estudio irá enfocado más concretamente hacia la publicidad desleal o engañosa; aunque para realizar un análisis correcto deberemos tener en cuenta también los otros tipos de ilicitud.

3. Sujetos intervinientes

Para lograr un conocimiento más detallado del concepto de publicidad, es preciso conocer que sujetos participan y la relación que existe entre ellos.

Son los siguientes:

- a) Los destinatarios de la publicidad, que el art. 2 de la LGP define como todas las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.
- b) El anunciante, que según el art. 8 será *“aquella persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad”*.
- c) Las agencias de publicidad, que no son otras que *“las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante”*.
- d) Los medios de publicidad como *“las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de*

publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten”⁴.

Junto a estos sujetos, cabría señalar, que las empresas, suelen tener sus servicios de información o de investigación para recabar la máxima información posible de los potenciales consumidores que son el público al que irá dirigida esta publicidad, para conocer gustos, preferencias, etc. y así programar la publicidad más adecuada para sus intereses comerciales.

4. Regulación y delimitación del régimen jurídico

Alrededor del concepto de publicidad podemos diferenciar dos tipos de normas: por un lado, aquellas cuyo objeto es regular la actividad publicitaria en general; y por el otro, encontramos diferentes normas sectoriales cuya regulación es más específica, y organiza aspectos concretos relacionados con la publicidad de determinados bienes o servicios. De la misma manera se regulan las actividades de los medios de comunicación relacionadas con la publicidad que difunden.

Todo este conjunto de normas, se encargan de regular la actividad publicitaria ya sea de una forma directa o indirecta; y por ende conforman el régimen jurídico de la publicidad⁵.

4.1 Legislación Europea

La adhesión de España a la Comunidad Económica Europea (en adelante CEE) implicó el compromiso de actualizar la legislación española para armonizarla con la comunitaria en las materias necesarias. Esta medida se llevó a cabo gracias a la aprobación de la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros en lo que afecta a la publicidad engañosa con fecha 10 de septiembre de 1984.

⁴ *Ibidem*. Remitimos de nuevo a la LGP. Concretamente los arts. 2 y 8.

⁵ VILAJOANA ALEJANDRE, S. *Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, Barcelona, 2015.

Desde entonces la Unión Europea (en adelante UE) ha seguido promulgando directivas que afectan ya sea de forma directa o indirecta a la actividad publicitaria. Eso se debe a la aparición de un nuevo modelo de mercado: el mercado único europeo⁶.

Las principales disposiciones comunitarias en materia de publicidad son:

La Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que analizaremos detalladamente más adelante. Tenía un doble objetivo: proteger a los comerciantes contra las prácticas de publicidad engañosa y sus posibles consecuencias y establecer las condiciones necesarias para que la publicidad comparativa pueda ser considerada lícita. Bien es cierto que el propio legislador comunitario concede cierta flexibilidad a los Estados miembros para establecer una protección más amplia sobre la publicidad engañosa a través de una regulación interna más restrictiva. Sin embargo, este criterio no se extiende en materia de publicidad comparativa, pues los principios generales recogidos en dicha directiva no podrán ser alterados en su transposición al derecho interno de cada Estado miembro.

No obstante, el legislador comunitario se dio cuenta de que la Directiva mencionada anteriormente no contemplaba de forma explícita la protección de los consumidores (aunque se pudiese entender implícitamente), de manera que promulga la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre las prácticas comerciales desleales. Esta nueva normativa implicaba que determinadas prácticas comerciales se sometían por partida doble a un régimen jurídico en función de a quien fuesen destinadas. Por ejemplo, de la publicidad engañosa, regulada explícitamente por la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa cuando se dirige a otras empresas (publicidad *business to business*) y por la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales cuando se dirige a los consumidores (publicidad *business to consumer*). En resumen, este texto prohíbe las prácticas comerciales desleales que puedan influir en las decisiones el comportamiento económico de los consumidores, prácticas de publicidad engañosa y publicidad agresiva⁷.

⁶ A veces llamado “mercado interior”. Las personas, las mercancías, los servicios y el dinero pueden circular libremente. Los ciudadanos de la UE pueden estudiar, vivir, hacer compras, trabajar y jubilarse en cualquier país de la UE, además de disfrutar de productos de toda Europa. Al eliminar los obstáculos al comercio, un mayor número de empresas pueden competir entre sí y esto provoca una bajada de precios que amplía la posibilidad de elección de los consumidores.

⁷ LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. y IRÁKULIS ARREGI, N. “La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2007, pp. 12-200.

Cabe señalar también la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010 de Servicios de comunicación audiovisual (en adelante, DSCA), relativa a la publicidad difundida a través de medios audiovisuales; incluye también la radiodifusión televisiva, los servicios de comunicación audiovisual derivados del desarrollo y difusión de las tecnologías de la información y la comunicación, y de la evolución tecnológica de los modelos de negocio. A raíz de estas novedades, la Comisión Europea en abril de 2013 lanza una consulta pública de la que nace el Libro Verde. Prepararse para la convergencia plena del mundo audiovisual: crecimiento, creación y valores.

Sobre la publicidad difundida a través de Internet de forma muy general encontramos la Directiva 2000/31/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, sobre el comercio electrónico. Su objetivo es garantizar que la publicidad se pueda identificar claramente cuando se difunda a través de medios electrónicos, y que el anunciante se haga responsable de ella.

Cabe mencionar además la Directiva 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

De forma complementaria a las dos Directivas anteriores, destaca la promulgación *a posteriori* de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Se recogen temas algo más controvertidos (como el envío de mensajes electrónicos no deseados y la utilización de las famosas “cookies” para rastrear navegación)⁸.

⁸ Véase STJUE 2 de octubre 2019, Asunto C-673/17 (*Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände–Verbraucherzentrale Bundesverband eV/Planet49 GmbH*).

A fecha del 2 de octubre de 2019, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) solicita al Tribunal de Justicia que interprete el Derecho de la Unión relativo a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Mediante la sentencia dictada, el TSJ declara que el consentimiento que el usuario de un sitio de Internet debe dar para la colocación de cookies en su equipo terminal y la consulta de éstas no se presta de manera válida mediante una casilla marcada por defecto de la que el usuario debe retirar la marca si no desea dar su consentimiento [...].

El TSJ subraya que el consentimiento debe ser específico, de modo que el hecho de que un usuario active el botón de participación en el juego organizado con fines promocionales no basta para considerar que éste ha dado de manera válida su consentimiento para la colocación de cookies. Además, según el TSJ, la información que el proveedor de servicios debe facilitar al usuario incluye el tiempo durante el cual las cookies estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan acceso a ellas.

Finalmente, cabe mencionar una regulación especialmente restrictiva sobre todo en la materia publicitaria, del sector farmacéutico y de los productos del tabaco. Respectivamente la Directiva 2001/83/CE 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, modificada luego por la Directiva 2004/27/CE; y la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco⁹.

4.2 Ley General de Publicidad

Podemos afirmar que el Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964, fue uno de los primeros textos legales en regular la publicidad comercial en España. Era una norma absolutamente pionera, pues su objetivo era proteger los intereses del consumidor y el interés general. Ofrecía una perspectiva muy diferente de la tradicional, donde primaba la protección de los intereses empresariales¹⁰.

Tras la adhesión de España a la CEE se fue avanzando en materia de publicidad, de ahí que aparecieran nuevas técnicas de comunicación comercial que obligaron a modificar y adaptar la legislación existente.

Análogamente, en 1991, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal apareció para regular paralelamente algunos supuestos en materia de publicidad; tales como la publicidad engañosa, la publicidad desleal o la publicidad comparativa, además de una serie de acciones sobre supuestos por competencia desleal en paralelo a las acciones de publicidad ilícita recogidas en la LGP. Es por esto que, debido a la coexistencia de estas dos normativas, surge una situación de inseguridad jurídica¹¹.

La remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, y es el tribunal nacional quien debe resolver el litigio de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

⁹ Véase STJUE (Sala Tercera) 16 de julio 2015, Asunto C-545/2013 (*Caso Abcur AB contra Apoteket Farmaci AB y Apoteket AB y Apoteket Farmaci AB*). También STJUE (Gran Sala) 12 de diciembre 2005, Asunto C- 380/03 (*Caso Alemania contra Consejo de la Unión Europea y otros*).

¹⁰ TATO PLAZA, A. *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad (II): Tercera parte. Régimen jurídico de la publicidad*. Tirant lo Blanch, 2014, pág. 1923.

¹¹ TATO PLAZA, A. “*Tratado de derecho de la competencia...*” *Ibidem*. pág. 1924.

En 2009 se aprobó la nueva 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. Esta ley provocó un gran impacto en la configuración del Derecho de la Publicidad. Además, incorporó al ordenamiento jurídico español las dos normas comunitarias mencionadas previamente: la Directiva 2005/29/CE y la Directiva 2006/114/CE.

Por un lado, mantiene la tipificación de los supuestos de publicidad ilícita, pero solamente menciona en su articulado aquellos que no estén regulados en la LCD (la publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o la publicidad subliminal). De esta manera, la LGP remite en bloque a lo dispuesto en la LCD en cuanto materia sobre publicidad ilícita, engañosa, desleal o agresiva. Por el otro, unifica doctrina respecto al régimen de acciones por publicidad ilícita y establece una remisión en bloque al régimen de acciones por competencia desleal previstas en la LCD, que pasamos a analizar a continuación.

4.3 Ley de Competencia Desleal

Tradicionalmente, las normas encargadas de regular la competencia desleal se encontraban dispersas entre las diversas leyes existentes, y se dieron cuenta de que determinados aspectos de la materia quedaban sin resolver. Es entonces cuando aparece la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal para intentar solucionarlo, y con el objetivo de mejorar la protección de los consumidores y usuarios¹².

La reforma principal fue la operada por la Ley 29/2009 que ya hemos explicado en el apartado anterior. Como se ha dicho, el objetivo primordial era reducir las incertidumbres que surgían entre consumidores y operadores profesionales, pues al encontrarse frente a determinados supuestos cada una de ellas, establecía un régimen de acciones diferente¹³.

¹² TATO PLAZA, A. “Régimen jurídico de la publicidad”. En: J.A GARCÍA-CRUCES *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*. España: Tirant lo Blanch, 2014 (Vol. II), pp. 1948-1950.

¹³ CARBAJO CASCÓN, F. “La competencia desleal (I): Cláusula general e ilícitos por competencia desleal. La publicidad comercial desleal”, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 341-413.

A raíz de esto, surgieron dudas que calificaban que un supuesto de hecho era a la vez publicidad ilícita y acto de competencia desleal¹⁴, y ello daba lugar a posiciones doctrinales y a sentencias contradictorias¹⁵.

Finalmente, el propio TS junto a la mayoría de los tribunales menores, optaron por una interpretación integradora (cfr. STS, Sala Primera, de 4 de julio de 2005, TOL 697.669), declarando que ambos textos legales se podían aplicar simultáneamente y que el perjudicado podría optar por cualquiera de ellos o acumular las acciones por ambos tipos de infracciones (competencia desleal y publicidad ilícita)¹⁶.

En otros aspectos, han aparecido los códigos de conducta, que permiten a las empresas autorregularse (hablaremos de ellos en profundidad más adelante). En vista de ello y para generar mayor confianza a los consumidores y usuarios, la LCD ha visto la necesidad de dedicar un capítulo entero a tales códigos de autorregulación; de manera que junto con la Ley 29/2009 se establecen acciones frente a aquellos empresarios que estén adheridos públicamente a los mencionados códigos de conducta y que incumplan la autorregulación (que voluntariamente han asumido) o que incurran en actos de competencia desleal, brindando al consumidor la posibilidad de reclamarlo mediante sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones e, incluso, ante los tribunales, con apoyo en la ley¹⁷.

4.4 Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual

Esta ley tiene como objetivo esencial según indica su artículo 1º regular «... la comunicación audiovisual de cobertura estatal y establece las normas básicas en materia

¹⁴ TATO PLAZA, A. La publicidad comparativa, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, pp. 217 y ss.

¹⁵ MASSAGUER FUENTES, J. “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, Civitas, 1999, pp. 60-67. Por ejemplo, nuestro TS acogió a este respecto la posición mantenida por la doctrina mayoritaria sosteniendo que ambos textos legales eran simultáneamente aplicables; por lo tanto, el demandante podía optar por perseguir un supuesto de hecho como publicidad ilícita; acogiéndose así al régimen de acciones previsto en la LGP, o como acto de competencia desleal siguiendo lo previsto por la LCD; pudiendo también acumular ambos tipos de acciones en una misma demanda. Véase STS de 4 de julio de 2005. Aunque, hubo sentencias que defendieron que la LGP era una ley especial y de aplicación preferente frente a la LCD. Véase también SAP Valencia de 6 de marzo de 1998.

¹⁶ CARBAJO CASCÓN, F. “La competencia desleal (I): Cláusula desleal...”, ob. Cit. p. 350.

¹⁷ PORTO CORTÉS, A. “Capítulo 13: Publicidad engañosa y competencia desleal”. En: P. FERNÁNDEZ BURGUEÑO *Manual de derecho de Consumo*, España, Lex Nova, 2013.

audiovisual sin perjuicio de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en sus respectivos ámbitos...»¹⁸.

Supone un replanteamiento de la posición de los poderes públicos frente a los contenidos audiovisuales, con potestad sancionadora frente a la difusión de publicidad sexista, que fomente odio por razones de raza, sexo o religión¹⁹. Esta ley legitima a todo ciudadano para denunciar actuaciones contrarias a su articulado (art. 9.1 LGCA) y posteriormente la Administración adoptará las medidas que considere convenientes (el cese, apertura de expediente sancionador...etc).

Además, se enfrenta a una situación de liberalización del sector, de forma que incluye tanto los servicios audiovisuales que solo requieren una comunicación fehaciente frente a la autoridad visual (televisión por satélite, por cable); como los que sí (los antiguos concesionarios públicos)²⁰.

4.5 Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico

Esta nueva ley incorporó a nuestro ordenamiento legislativo la Directiva 2000/31/CE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (DSCA), modificada a posteriori por la Directiva (UE) 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, del Parlamento europeo y del Consejo.

Su objetivo es regular las actividades económicas en Internet, concretamente el comercio electrónico, la contratación en línea, el deber de información y publicidad, y los servicios de intermediación; y le es de aplicación tanto a personas físicas como jurídicas que lleven a cabo estas actuaciones por vía electrónica.

A continuación, pasaremos a analizar los supuestos de publicidad ilícita más relevantes; especialmente el argumento principal de este trabajo que son las diversas prácticas de publicidad engañosa que se utilizan en nuestra publicidad.

¹⁸ Véase Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunidad Audiovisual «BOE» núm. 79, de 01/04/2010. Art. 1.

¹⁹ Hasta entonces solamente podía tomar medidas la propia LGP o las leyes sectoriales como la LO 1/2004 que son estrictamente privadas.

²⁰ BENALDO GARÍN, B. “El nuevo modelo de regulación audiovisual”. En: B. BENALDO GARÍN, y G. MONTIEL ROIG. *Contenidos y mercado en la regulación de la Comunicación Audiovisual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

II. SUPUESTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA: LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA POR OCULTAR SU FINALIDAD Y OTROS TIPOS

1. Introducción

Como venimos analizando, la LGP²¹, recoge y delimita los diferentes supuestos susceptibles de ilicitud. Examinaremos brevemente ahora, cada uno de ellos.

Son los siguientes:

- La publicidad contraria a valores constitucionales o a la dignidad humana (especialmente, se refiere a los artículos 14, 18 y 20, apartado 4).
- La publicidad que va dirigida a los menores cuando incite a la compra de un bien o de un servicio o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. Tampoco se les podrá presentar en situaciones peligrosas ni se deberá inducir a error sobre las características y la seguridad de los productos anunciados.
- La publicidad subliminal (definida en el art. 4 LGP).
- La publicidad contraria a la normativa sectorial; por ejemplo, bebidas alcohólicas, medicamentos, tabaco, propiedades saludables de alimentos...etc. (art. 5 LGP).
- La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva (contemplados ya como actos de competencia desleal en la LCD). Teniendo en cuenta que este tipo de práctica es en mayor medida la base general de prácticamente todas las demás.

A esta lista se deben agregar; aunque con muchas lagunas y dudas en algunos casos; los supuestos contenidos en la LCD. En concreto son los siguientes:

- La publicidad confusionista (art. 6 LCD).
- La publicidad denigratoria y la comparativa. Conviene subrayar que la regla general de la LCD si permite estas prácticas, sólo en ciertos casos se consideran prácticas desleales (arts. 9 y 10 LCD).
- La publicidad imitativa (art. 11 LCD).
- La publicidad adhesiva (art. 12 LCD).

²¹ Véase LGP art. 3.

Siguiendo el hilo de este trabajo, nos centraremos en examinar únicamente los supuestos más controvertidos y aquellos relacionados con el estudio que nos ocupa²².

2. La publicidad engañosa

Como ya hemos dicho previamente, este tipo de práctica es el género de casi todas las demás categorías de publicidad ilícita. Existe un tipo de publicidad que puede inducir a error, también se considera publicidad engañosa, pues como bien señala la propia LCD en su art. 5.1 lo será “aquella que contenga información que, aun siendo veraz por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios”. En cada caso concreto, lo que debe valorarse para saber si en efecto estamos ante este tipo de práctica es si el consumidor medio entendiéndose este como aquel “informado y razonablemente atento y perspicaz” se ve realmente afectado²³.

Esta publicidad engañosa, que induce a error, puede influir en el comportamiento económico de los destinatarios, además de lesionar los intereses de sus competidores. Para considerarla engañosa no se exige un error efectivo, sino la presencia de información falsa o que, aun siendo veraz, presente un peligro concreto que puede alterar el comportamiento económico de los destinatarios. Así mismo, no será necesario que se contrate el producto anunciado en cuestión, basta meramente la emisión de su publicidad²⁴.

Todo lo anterior confirma que la publicidad engañosa es aquella que, sin faltar necesariamente a la verdad, provoca un engaño. Esto podemos trasladarlo al principio de veracidad, pues en materia publicitaria existe un interés tanto por parte de los

²² VELASCO SAN PEDRO, L.A. “Competencia Desleal y Publicidad”. En L.M MIRANDA SERRANO, J. COSTAS COMESAÑA, J.M SERRANO CAÑAS, A. CASADO NAVARRO, *Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de la actualidad*. España, Marcial Pons, 2018, pp. 39-60.

²³ GONZÁLEZ VAQUÉ, L. “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, núm. 17, pp. 47-82.

²⁴ «Resolución del Jurado de Autocontrol. Particular vs Just Eat por “Email-Comunicado Importante”» Se estima la reclamación presentada por un particular contra la empresa Just Eat por haber dirigido vía email dos correos electrónicos cuyo asunto era “Comunicado importante” y una señal de advertencia. El contenido de estos era meramente publicitario, puesto que avisaban sobre unos descuentos que estarían disponibles para el consumidor. El Jurado determina que al amparo del artículo 3 del Código de Autocontrol que establece el principio de legalidad de la publicidad (publicidad ilícita) en relación con el artículo 20.1 de la LSSI, donde se expone que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como publicidad.

destinatarios de no ser engañados para contratar, como por parte del mercado de establecer un sistema de libre competencia conforme con el principio de buena fe contractual²⁵.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la diligencia del juez ordinario para ponderarlo en función de las circunstancias de cada caso, como, por ejemplo; la existencia o no de un interés público, si contribuye o no a la formación de la opinión pública, la naturaleza de las personas afectadas y del medio de difusión²⁶.

Por otra parte, estas maniobras engañosas pueden manifestarse de varias formas.

En primer lugar, la publicidad engañosa por omisión, que corresponden a aquellas que teniendo en cuenta las circunstancias y el medio de comunicación utilizado para emitir el mensaje publicitario, omiten información sustancial que el consumidor medio necesita para tomar la decisión sobre realizar o no la transacción económica²⁷.

Otro tipo puede ser la publicidad engañosa por confusión, aunque actualmente se contempla como un supuesto específico para las prácticas desleales hacia los consumidores y usuarios, y deben concurrir dos supuestos: la propia confusión y que la publicidad interfiera de forma significativa en el comportamiento económico del consumidor.

Finalmente, encontramos la publicidad engañosa por incumplimiento de códigos de conducta, que prevé la concurrencia de determinados presupuestos: la adhesión del anunciante a un código de conducta, que esta se haya difundido, el incumplimiento de los compromisos recogidos en el código al que de manera firme se ha adherido, y la publicidad objeto de la controversia debe ser suficiente para alterar el comportamiento de los destinatarios²⁸.

²⁵ LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J. La protección constitucional del consumidor frente a la publicidad engañosa. *Methados Revista De Ciencias Sociales*. 2018, vol. 6, núm. 1, pp. 94-107

²⁶ Así podemos citar diferentes sentencias relacionadas con la cuestión de veracidad como STC 99/2002 de 6 de mayo; STC 44/2004 de 2 de febrero, STC 258/2005 de 20 abril; TSJ 492/2009 de 27 de octubre.

²⁷ Véase Art. 7 N°1 Directiva 2005/29/CE publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, con fecha 11 de junio de 2005.

²⁸ A continuación, encontramos algunas sentencias relacionadas: STS 292/2000 de 20 de marzo, STS 413/2006 de 25 de abril, STC 744/2020 de 10 de septiembre, TJCE 19 de septiembre de 2006 Asunto C-356/04, STC 373/2010 de 2 noviembre, STC 36/2004 de 22 enero, STS 382/1997 de 8 de mayo [RJ\1997\3876], caso Aquatronic, STS 413/2006 de 25 de abril [RJ\2006\2201], caso suplemento odontológico, con especial hincapié en la omisión de información esencial.

Cabe mencionar además, la existencia de una lista negra de prácticas engañosas, y también agresivas, *per se* con los consumidores o usuarios, en la que no es necesario que se dé el cumplimiento de los presupuestos generales²⁹.

Estas acciones engañosas serán aquellas que contengan información falsa y carezcan de veracidad o que de alguna forma la información que ofrece induzca o pueda inducir al consumidor medio a tomar una decisión que de otro modo no hubiese tomado, aun siendo esta veraz³⁰.

En el apartado siguiente, abordaremos otro tipo de publicidad engañosa que está muy relacionada con la omisión, se trata de la publicidad encubierta.

3. Publicidad encubierta

Como venimos viendo, la actividad publicitaria puede adoptar diversas formas con el fin de promocionar la contratación de bienes y servicios en el mercado. No obstante, en ocasiones esta práctica se intenta ocultar, y es entonces cuando pasa a considerarse publicidad encubierta³¹. Mediante este instrumento publicitario que de apariencia formal o externamente no se presenta como tal, los publicitarios utilizan una apariencia informativa que en realidad trata de convencer o persuadir a los consumidores hacia un determinado comportamiento, captando su atención.

Bajo mi punto de vista se trata de una modalidad del concepto estándar de publicidad engañosa, en la que los destinatarios no son plenamente conscientes de que el mensaje comercial esconde otra intención; la publicitaria. Un ejemplo claro lo vemos cuando en una película o serie el protagonista bebe una determinada bebida de una marca reconocida o acude a un restaurante con un logotipo de marca. La publicidad encubierta o disfrazada es aquella que por estar oculta bajo la apariencia de otra cosa (noticias, material recreativo, opiniones) no es reconocida como publicidad frente a los receptores.

²⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J. (marzo, 2010): La “lista negra” de prácticas comerciales engañosas con consumidores. *Centro de Estudios de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha. Véase en <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Practicas-comerciales-enga%C3%B1osas-Espa%C3%B1a-2010.pdf>

³⁰ Véase Directiva 2005/29/CE publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, con fecha 11 de junio de 2005. Art. 6 N°1.

³¹ Véase LGP Art. 2.

Siguiendo el criterio doctrinal, para calificar una práctica comercial como un tipo de publicidad encubierta deben concurrir una serie de presupuestos³².

En primer lugar, se encuentra el principio de veracidad³³, indicado expresamente en la LGP e indica que “toda publicidad que, de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es así misma engañosa, la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios”. Esto viene a significar que la publicidad engañosa puede realizarse tanto de forma activa como pasiva, ambas se consideran totalmente prohibidas.

En segundo lugar, el mensaje emitido debe tener fines comerciales o publicitarios. Sin embargo, el carácter general de la LCD no exige que haya prueba de que se haya pagado para difundir dicha publicidad; a diferencia del caso de la publicidad redaccional³⁴ que si exige de manera directa la contraprestación económica para calificar el supuesto como publicidad encubierta.

En tercer lugar, también es necesario que induzca a error, teniendo en cuenta sus características y el medio a través del que se difunde el mensaje.

Finalmente, será necesario que dicha publicidad afecte o incida sobre el comportamiento económico de los consumidores o usuarios.

Conceptualmente, no debemos olvidar que existe una relación muy estrecha con la publicidad subliminal (concepto que veremos el apartado siguiente), pues este tipo de prácticas son perseguidas y castigadas por ser contrarias al Derecho y a la ley³⁵.

³² BERNAD MONFERRER, E. Aproximación a la publicidad redaccional. Inadecuación al principio de actuación de los códigos deontológicos de la profesión periodística. En CASERO-RIPOLLÉS, A. *Redefiniendo los vínculos entre periodismo y democracia en la era digital: XIX Congreso Internacional Sociedad Española de Periodística : Actas de las comunicaciones presentadas en el Congreso*. Universidad de Castellón, 2015, pp. 886-906.

³³ Véase LGP Art. 3 apartado b).

³⁴ El engaño publicitario puede derivar de la publicidad oculta en muchos contextos, en este caso lo hace a través de una noticia o programa informativo. Lo hace de manera que presenta la publicidad en un reportaje periodístico, y resulta ser una práctica encubierta pues el público percibe la información pensando que no se trata de publicidad comercial, sino del juicio imparcial periodístico sobre un determinado asunto.

³⁵ SANCHEZ GALÁN, J. (14/01/2018): Publicidad encubierta. *Economipedia.com*. Véase en <https://economipedia.com/definiciones/publicidad-encubierta.html>

Principalmente el conflicto que provoca este tipo de publicidad es que utilizan determinadas técnicas dentro del mensaje publicitario que el consumidor no percibe a través de los sentidos, pero que intervienen en el subconsciente y en sus pensamientos provocando que actuemos de determinada manera. La diferencia principal es que a pesar de que ambas son supuestos de publicidad ilícita, en la publicidad subliminal, únicamente el subconsciente de los destinatarios es capaz de percibir el mensaje publicitario; mientras que en la publicidad encubierta el elemento que conduce a error reside en la forma de comunicar el mensaje, pues el público destinatario es incapaz de percibir el tinte publicitario del mensaje³⁶.

4. Publicidad subliminal

La LGP junto a la LCD se encarga de evitar y controlar que las acciones sobre publicidad ilícita se lleven a cabo. El art. 3 c) de la LGP, alude a la publicidad ilícita desde un concepto genérico, y establece varios tipos; uno de ellos es la publicidad subliminal. A continuación, en su art. 4 la define como aquella “que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”.

La publicidad subliminal puede definirse como una forma concreta de realizar la publicidad que, mediante técnicas de producción de estímulos, que produce la intensidad suficiente para alcanzar los umbrales de los sentidos actuando sobre los destinatarios del mensaje sin que estos sean conscientes de ello. Estos estímulos pueden ser visuales, auditivos, olfativos o de cualquier otra naturaleza perceptual. Esta técnica actúa totalmente fuera del marco de la legalidad, pues pretende provocar un cambio en la conducta de los consumidores y alterar sus hábitos de consumo, coartando su libertad al reducir sus posibilidades de elegir, ya que los sujetos no son libres y su elección está condicionada por esta práctica publicitaria.

Por todo lo anterior, el art. 7 d) de la LGD prohíbe emplear métodos subliminales definiendo esta práctica publicitaria como “aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida. El éxito de

³⁶ STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, P. “Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial. Introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal”. *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, 2007, Nº 34, pp. 179-200.

la publicidad subliminal se basa principalmente en las tácticas de persuasión masiva y vulnerabilidad de las personas ante ella³⁷.

Para poder entenderlo mejor, analizaremos el experimento llevado a cabo por el ejecutivo americano James Vicary. En 1957 en una sala de cine de Nueva York (Fort Lee) en la que se proyectaba la película “Picnic”, para averiguar el poder de la manipulación de este tipo de publicidad, se proyectaron durante periodos alternativos mediante un proyector estroboscópico³⁸ dos mensajes subliminales (“beba Coca-Cola” y “¿tienes hambre?, palomitas de maíz”). Como resultado, la venta de palomitas se disparó un 57,5% mientras que la bebida tan solo un 20%. En consecuencia, posteriormente se reconoció que este método era ilícito³⁹.

A pesar de todo lo explicado, la doctrina se muestra unánime destacando la escasa relevancia jurídica de este supuesto de ilicitud, pues al no percibirse de manera consciente, es francamente difícil de probar.

Por último, no debemos confundir la publicidad subliminal con otros dos tipos de publicidad ilícita muy similares a ella, que son la publicidad indirecta y la publicidad encubierta.

Por un lado, según el Profesor Lema Devesa, la principal diferencia entre la publicidad subliminal y la indirecta reside en que en la primera no se percibe la actividad publicitaria de forma consciente, mientras que en la segunda sí se percibe, aunque, como ya veremos más adelante, el receptor de la publicidad tiende a asociar la marca del producto anunciado con otra distinta⁴⁰.

Por el otro, destacamos principalmente que, en la publicidad subliminal los mensajes publicitarios solo pueden ser captados por el subconsciente, mientras que en la publicidad

³⁷ BECERRA NAVARRO, A. B. “El mensaje subliminal: tácticas de publicidad ilícita”. En: *Información para la paz: autocrítica de los medios y responsabilidad del público*. Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2005. pp. 169-182.

³⁸ Es un efecto óptico que se produce al iluminar mediante destellos, un objeto que se mueve en forma rápida y periódica.

³⁹ SUTIL MARTÍN, D.L. *Mensajes subliminales en la publicidad*. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

⁴⁰ LEMA DEVESA, C. *Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Estudio Jurídico Lema, Madrid, 2007.

encubierta y en el “product placement” (aquellas en las que la presencia del producto pasa prácticamente desapercibida) los mensajes se perciben conscientemente, pero ocultando el carácter publicitario de la información⁴¹.

5. El emplazamiento del producto o “Product placement”

El “product placement” o emplazamiento del producto es la novedad más relevante de la LGCA en el ámbito publicitario; de hecho, la Directiva sobre el Servicio de Comunicación Audiovisual de 2010 se encarga de regular la realidad del emplazamiento publicitario, aunque permite que sean los Estados los que decidan si el emplazamiento de producto es lícito o no.

Dicho de otra manera, se podría definir como «la inclusión pagada de productos de marca o identificadores de marca, a través de medios de audio y/o visuales, dentro de la programación de los medios masivos de comunicación».

En mi opinión, juega con el subconsciente de los potenciales consumidores, puesto que los productos, servicios o las marcas que anuncian, se perciben en un entorno cómico, cariñoso, familiar (por ejemplo, en las series de televisión⁴²) pero en ningún momento se hace referencia directamente a la publicidad de los productos.

Según MARTÍ PARREÑO, la característica más notable de este fenómeno, es la hibridación de discursos entre el entretenimiento y la publicidad; o la ficción audiovisual y la presencia de marcas⁴³. Bien es cierto que comenzó desarrollándose principalmente en el cine, sin embargo, también es susceptible de abarcar otras producciones narrativas audiovisuales; como las series de televisión (u otras plataformas como Netflix, Amazon, HBO...etc.), los videojuegos o los videoclips, e incluso otros ámbitos narrativos, como la novela, el teatro, el cómic o los programas radiofónicos⁴⁴.

⁴¹ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010.

⁴² Véase STS 18 noviembre, RJ 2012\1631.

⁴³ MARTÍ PARREÑO, J. *Publicidad y entretenimiento en la web: estrategias, formatos y tipologías de Advertainment* Tesis doctoral, Universidad Politécnica de Valencia, 2003.

⁴⁴ CRISTÓFOL RODRÍGUEZ, C., MÉNDIZ NOGUERO, A. “Análisis del brand placement en las revistas femeninas. Hibridación de discursos: informativo, publicitario y de la moda”. *Revista Mediterránea*, Málaga, 2015.

Esta nueva práctica comercial implica la necesidad de diferenciar tres modos de utilizar el *product placement*, para esclarecer que aun sin la existencia de un pago por el emplazamiento de los productos o marcas, todos ellos constituyen efectos que pueden condicionar la decisión de compra o consumo de los espectadores.

Son los siguientes:

- ***Product placement pagado***, donde la publicidad comercial que se incluye en las producciones culturales se hace a cambio de una determinada cantidad de dinero.
- ***Product placement como cesión de producto, servicio o marca***, se da cuando las productoras se ponen en contacto con los anunciantes de productos o marcas que necesitan para el desarrollo de las producciones, y el coste se limite a la propia cesión.
- ***Product placement “inocente”***. Este emplazamiento se da cuando por decisión de los productores y sin que los anunciantes paguen por ello, se distingue la presencia de productos o marcas en la producción; ya sea por casualidad como parte del entorno que ambienta la escena, para ofrecer realismo a la actuación o porque lo exija el propio guion.

Para poder entenderlo mejor, además debemos distinguir los siguientes tipos de emplazamiento publicitario:

- ***Product placement pasivo***. Es aquel que permite única y exclusivamente visualizar la marca, pero sin que sea utilizada o nombrada por los personajes⁴⁵.
- ***Product placement activo***. Se da cuando la marca o producto forma parte de la acción, aunque no se mencione su nombre o las cualidades que posee. Es decir, los actores interactúan consumiendo, manipulando o utilizando dicha marca o producto. (En la aclamada película “No Time to Die”, Aston Martín DBS conducido por el personaje de James Bond).
- ***Product placement verbal***. Es el caso en el que se menciona expresamente el nombre del producto o la marca. Cuando además de mencionarla se valoran sus características estamos ante un *product placement* verbal valoración.

⁴⁵ Véase STS 18 noviembre 2011 (RJ 2012\1631). Dicha resolución estudia un caso en el que se hacía promoción del consumo de una marca comercial de tabaco aprovechando el escenario de una comedia televisiva, anunciándola en reiteradas ocasiones en la parte frontal de una máquina expendedora integrada en el decorado de un bar siendo perfectamente visible para los espectadores. De modo que el Tribunal declaró la ilicitud de esta técnica de emplazamiento pasivo.

- **Product placement hiperactivo.** En este emplazamiento además de mencionarse la marca de forma explícita, se consume o manipula, con el objetivo de que el espectador fije su atención en ello. También ocurre como en el anterior tipo, si se valoran sus cualidades estamos ante un product placement hiperactivo valoración.
- **Product placement musical.** Este último implica la explotación comercial de la música; ya que cada vez con más frecuencia se elaboran bandas sonoras o se incluyen canciones de artistas en estas producciones comerciales. Como ejemplo podemos destacar a Chavela Vargas en la película *La flor de mi secreto* dirigida por Pedro Almodóvar en 1995.

Estos son algunos ejemplos de cómo este concepto se adapta a las nuevas formas de emitir la publicidad⁴⁶.

Volviendo al tema que nos ocupa, la LGCA lo define como una modalidad comercial audiovisual que consiste en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa.

Sobre la propia definición, surge debate acerca de la posible ilicitud de esta práctica comercial.

Actualmente en el ámbito europeo, la regulación vigente sobre el emplazamiento del producto viene determinada por la Directiva 2010/13/UE de Servicios de la Comunicación Audiovisual (en adelante DSCA). Debido a su naturaleza, resultaba difícil distinguir el “product placement” de la publicidad encubierta, por ello el contenido de dicha norma condicionaba la ilicitud del emplazamiento al cumplimiento de una serie de requisitos, cuyos límites cualitativos señalaban cuándo se consideraba admisible esta modalidad de comunicación comercial audiovisual. Se sustanciaba necesariamente en dos aspectos básicos: la manera en la que se presenta e integra la marca o producto en el contenido editorial de la producción y la obligatoriedad del deber informativo a los espectadores sobre la presencia del emplazamiento publicitario, de modo que quedase suficientemente identificado⁴⁷.

⁴⁶ MOVILLA MENGUAL, L. A.: *La función de comunicación comercial del product placement y su influencia en los sistemas de producción audiovisual*. Tesis de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias de la Información, Departamento de Comunicación Audiovisual y Publicidad I, 06/03/2009.

⁴⁷ SÁNCHEZ RUIZ, M. “La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto y la propuesta de reforma de la directiva de servicios de comunicación audiovisual”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* octubre 2007, Vol. 9, núm. 2, pp. 506-529.

Es por ello que el legislador español optó por seguir las directrices europeas transponiendo su contenido a nuestro ordenamiento jurídico y complementándolo con una serie de requisitos adicionales detallados en la LGCA; sin perjuicio de que los diferentes Estados miembros posean la posibilidad de restringir la regulación de productos en el marco propio de cada Estado. principalmente confirman que el criterio de la contraprestación económica es un elemento esencial pero no suficiente para probar el carácter comercial del emplazamiento del producto.

Por último, y debido a que esta técnica tiene varias versiones en el relato audiovisual que se aplica según la intencionalidad final que tiene el mensaje publicitario, es importante definir y diferenciar el *product placement* del *brand placement*. El primero de ellos ya lo conocemos pues lo venimos analizando anteriormente. El segundo se refiere a toda referencia o presencia audiovisual hecha de forma intencionada a una marca que se identifica claramente, que se consigue tras negociar con la productora, para integrarla en el contexto espacial o narrativo de la producción desempeñada. Dicho de otra manera, sirve para generar una imagen de marca consensuada⁴⁸.

En la Jurisdicción contencioso-administrativa podemos encontrar varios ejemplos de sentencias que consideraron el emplazamiento del producto ilícito⁴⁹.

III. PUBLICIDAD DE INFLUENCERS

1. Introducción y concepto de influencer

En el tema que nos ocupa, no podemos olvidarnos de uno de los tipos de publicidad más significativos actualmente, que es la publicidad realizada a través de *influencers*. Podemos decir que, el fenómeno “influencer” está de moda. Con este nuevo término tan popular nos referimos a todas aquellas personas que divulgan y crean contenido en las distintas redes sociales (Instagram, TikTok, Youtube...etc)

⁴⁸ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V. “Types of product placement: A theoretical overview”. *Revista Irocomm*, 2020, Vol. 1, núm. 3, pp. 7-22.

⁴⁹ Para más detalles véase cada una de ellas respectivamente: SAN de 26 de julio 2007, (*Hotel Zouk - Aquí no hay quien viva*), RJCA 2007/629. SAN de 11 de octubre 2007 (*Ducados - Aída*), JUR 2007/346187. SAN de 19 de febrero 2008 (*Marina d'Or - Ana y los siete*), JUR 2008/173979. SAN de 2 de noviembre 2009 (*Sony - Operación Triunfo*), JUR 2009/459288. SAN de 10 de noviembre 2009 (*Largometraje 300 - La Sexta Noticias horas*), JUR 2009/468046. SAN de 25 de octubre de 2010 (*Escenas de Matrimonio*), RJCA 2010/837. SAN de 11 de noviembre 2010 (*Vive Soy - La Lola*), JUR 2010/397526. SAN de 24 de febrero 2011 (*Yosport -La Lola/Nancy - El Internado*). RJCA 2011/156.

donde logran una gran popularidad e impactan en las decisiones de compra de seguidores. A través de estas plataformas logran una comunicación más cercana y llegan con más fuerza a los consumidores; lo hacen mostrando su estilo de vida o generando opiniones y experiencias sobre determinadas marcas y productos⁵⁰.

Indiscutiblemente la presencia de estas personas se ha convertido en una herramienta muy recurrente para el desarrollo de la actividad publicitaria junto a las redes sociales, que también tienen mucho que ver en esto, pues se han convertido en nuevos espacios publicitarios para las marcas. Han transformado la perspectiva del marketing y la comunicación influyendo tanto en el ámbito comercial como sobre aspectos culturales. Mediante la estrategia Social Media, ofrecen otra fuente de información y entretenimiento, que tanto el sector público como el privado, utiliza cada vez más para llevar a cabo sus estrategias de marketing. Es decir, las redes son un nuevo canal publicitario a través del cual estos líderes de opinión, cuenta con el poder de impulsar e influenciar en las decisiones de compra de sus seguidores. Una de las características que marca la diferencia con otros líderes de opinión, es que los *influencers* son nativos digitales, es decir, han nacido en las redes sociales, son personas anónimas que no son conocidas previamente por ser famosos o por desarrollar su profesión; sino que su salto a la vida pública se produce en estos canales⁵¹.

Para identificarlos mejor, a continuación, veremos los tipos de *influencers* que existen (aunque sería imposible nombrarlos todos, pues hay tantos como temáticas en el mercado), y cómo actúan.

2. Tipos de influencer

Los principales son⁵²:

- Según el contenido que comparten o la temática de conocimiento (moda, belleza, videojuegos, gastronomía...etc.

⁵⁰ GÓMEZ NIETO, B. “El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa”. *Revista de Ciencias Sociales*, 2018, Vol. 1, núm. 3, pp. 149-156.

⁵¹ PADILLA CASTILLO, G., OLIVER GONZÁLEZ, A. “«Instagramers» e «influencers». El escaparate de la moda que eligen los jóvenes menores españoles”. *Revista Internacional de Investigación en Comunicación*, 2018, Vol. 18 núm.18, pp. 42 a 59.

⁵² ¿Qué es un influencer y qué tipos de influencers existen?, *Clickage. Marketing Digital* <https://clickage.es/social-media/que-es-un-influencers-y-que-tipos-de-influencers-existen/#tipos>

- Según el canal que utilizar para desarrollar esta actividad; es decir, la red social en la que más destacan: Instagram, TikTok, Youtube...etc; y en función de esto se les llama instagramers, tiktokers, youtubers.
- Según su audiencia, que viene dada por el número de seguidores que tenga su canal. Aquí hay una clasificación interna: nano *influencers* (entre 2k y 5k), micro *influencers* (entre 5k y 100k), macro *influencers* (entre 100k y 1m) y mega *influencers* (más de 1m).
- El perfil puede ser profesional o personal: famosos, expertos en un determinado sector, consumidores, exploradores.
- También podemos diferenciarlos entre: individuales, colectivos y comunitarios. El primero es aquel perfil cuyo contenido lo genera una única persona independiente. El segundo se da cuando lo administran un grupo cerrado de personas (suelen ser entre 2 y 8). El último consta de un grupo de administradores que gestionan el perfil, pero el contenido lo crea una comunidad de usuarios.

Es este momento es cuando nos damos cuenta de que se trata de una actividad económica y profesional puesto que la presencia de la marca en el contenido que publica el *influencer* no es casualidad, sino que se está respondiendo a un contrato previo, y a cambio se reciben una remuneración económica o en especie⁵³.

No debemos olvidar el hecho de que no deja de ser una persona que simplemente da su punto de vista sobre una marca o producto, y cabe la posibilidad de que esté equivocado. Incluso para la mayoría de ellos, comenzó siendo un *hobbie*, y a día de hoy es su profesión habitual.

El conflicto de intereses surge cuando esto no dan a conocer la relación contractual con la empresa o marca, pues aquí no actúa como mero opinionista, sino como anunciante, y es cuando cometen prácticas comerciales fuera del marco de la ley.

3. Publicidad encubierta a través de *influencers*.

Como venimos analizando, deben darse una serie de presupuestos para poder considerar un determinado mensaje publicitario como un supuesto de publicidad

⁵³ SIXTO-GARCÍA, J., y ÁLVAREZ VÁZQUEZ, A.). *Influencers* en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular, *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 2020, 26(4), pp. 1611- 1622.

encubierta. Son: la acreditación del propósito publicitario, la no identificabilidad de su naturaleza publicitaria y la ausencia de advertencia sobre la naturaleza publicitaria⁵⁴.

3.1 Acreditación del propósito del mensaje: ánimo de lucro

En primer lugar, debemos acreditar el propósito publicitario del mensaje. Puede ser bien demostrando que efectivamente existe una contraprestación económica por la difusión del mensaje; o bien probarlo a través del contenido o el origen del mensaje.

Por un lado, toda aquella persona que difunda un mensaje y reciba una compensación económica a cambio, está haciendo publicidad⁵⁵. En el caso de los *influencers*, pueden recibirla de varias formas: de forma pecuniaria, esto es mediante un pago; o en especie⁵⁶ que suelen ser los productos que ellos mismos anuncian.

Por el otro, cuando no encontramos pruebas que acrediten que existe dicha compensación o pago, analizamos el origen del mensaje, para ver si es realmente es simplemente informativo o esconde esa intención publicitaria⁵⁷.

3.2 Identificar la naturaleza publicitaria y su eventual carácter engañoso

En segundo lugar, el artículo 26 LCD especifica claramente 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”. Esto significa que, todo mensaje publicitado por un *influencer* debe poder claramente identificarse.

⁵⁴ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C., “La reforma...”, ob. Cit. pp. 133 y ss.

⁵⁵ FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., “La publicidad encubierta”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. 1976, pp. 371-400.

⁵⁶ Son las llamadas retribuciones en especie. Se definen en el artículo 42 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), como “la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda”.

⁵⁷ FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., *Estudios de derecho de la publicidad: homenaxe da Facultade de Dereito ó autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*. Universidad de de Santiago de Compostela, 1989, pp. 102.

De igual forma la LSSI expone en su artículo 20 que las comunicaciones comerciales hechas por vía electrónica deben ser identificables como tales e indicar claramente en nombre de quien se realizan. Además, cuando se haga a través del correo electrónico y otro medio de comunicación electrónica el mensaje deberá llevar la palabra publicidad.

3.3 Advertencia sobre la naturaleza publicitaria

El último aspecto a tener en cuenta es la naturaleza publicitaria del mensaje. Cuando los *influencers* publican un post sobre algún producto o marca, deben especificar mediante una etiqueta o hashtag que es publicidad. Sin embargo, no todos lo especifican. Según el artículo 20.1 LSSI, “las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable”. Esto significa que hay que dejar claramente evidenciado a los destinatarios que es contenido publicitario. De la misma forma el propio Código de Conducta Publicitaria, establece prácticamente lo mismo⁵⁸.

En el Código de Autocontrol y las normas publicitarias existen modelos suficientes para indicar y señalar que hay publicidad. Algunos ejemplos son las etiquetas o hashtags #publicidad, publi, #add (que son las que la mayoría del público reconoce); o también haciendo mención a que es un patrocinio o una colaboración. Todas aquellas menciones que no lo adviertan de forma directa se consideran insuficientes. Tipo, #collab #sp #información...etc⁵⁹.

En conclusión, se calificará como supuestos de publicidad encubierta siempre que los *influencers* publiquen mensajes a cambio de una retribución económica (ya sea mediante pago o especie), se identifique el origen publicitario analizando las características del mensaje, o escondan el carácter publicitario de cara al público o no lo evidencien claramente⁶⁰.

⁵⁸ Véase el Código de Conducta Publicitario art. 19: la naturaleza patrocinada de una recomendación o testimonio debe quedar clara mediante una advertencia adecuada en aquellos casos en que el mensaje, por sus características formales o de contenido, puede inducir a error al usuario sobre dicha naturaleza.

⁵⁹ TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales («influencers»)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2019, núm. 311/2019, pp. 6 y ss.

⁶⁰ Véase TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad...” pág. 5.

IV. REPRESIÓN DE LA PUBLICIDAD ILÍCITA POR OCULTAR SU FINALIDAD EN EL FENOMENO INFLUENCER

1. Autorregulación Publicitaria

En el ámbito publicitario, España junto a la mayoría de países de su entorno, dispone de autorregulación, un sistema extrajurídico de resolución de conflictos de gran relevancia en la práctica, pues su principal objetivo es ofrecer una solución a los conflictos que puedan surgir entre empresarios y consumidores siguiendo una vía alternativa a la judicial. Es un sistema creado voluntariamente por los anunciantes, las agencias de publicidad y los medios de comunicación cuyo objetivo es ejercer la publicidad dentro de los parámetros de la legalidad, de forma responsable y honesta con los consumidores y usuarios. A nivel europeo, opera la European Advertising Standards Alliance (EASA)⁶¹. Este organismo de autorregulación de la publicidad en Europa actúa coordinando y ofreciendo recomendaciones sobre la buena práctica comercial y promoviendo el cumplimiento de los principios comunes. A pesar de que no son vinculantes, resultan importantes para el desarrollo de esta actividad a nivel europeo.

La autorregulación publicitaria consta de cuatro elementos constitutivos⁶²:

- La agrupación voluntaria de los miembros que forman parte de la industria publicitaria.
- La elaboración por parte de estos mismos de una serie de normas que sigan los principios de la ética y la moral recogidas en los Códigos de conducta publicitaria.
- La creación de un órgano de control que supervise y garantice la eficacia y el cumplimiento de estos códigos.
- El carácter sancionador del mencionado órgano de control, que podrá ejecutar sus sanciones respecto de los miembros que se hayan adherido voluntariamente a este sistema.

⁶¹ Define la autorregulación como un sistema mediante el cual la industria de la publicidad se controla activamente. Las tres partes de la industria: los anunciantes que pagan por la publicidad, las agencias de publicidad responsables de su forma y contenido, y los medios que lo llevan a cabo: trabajar juntos, acordar estándares publicitarios y establecer un sistema para asegurarse de que los anuncios que no cumplan con esos estándares se corregido o eliminado.

⁶² PATIÑO ALVÉS, B.: *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*, Tesis Doctoral, J.M. Bosch, Barcelona, 2007.

Hoy en día el hecho de la autorregulación está ampliamente aceptado, y opera de la mano del sistema legislativo. Se complementan con un fin solidario, como evitar las prácticas publicitarias engañosas. Además, ha adquirido un reconocimiento legal, y así viene establecido en la DSCA; “los Estados miembros deben, con arreglo a sus respectivas tradiciones jurídicas, reconocer el cometido que puede desempeñar la autorregulación efectiva como complemento de la legislación y los mecanismos judiciales o administrativos vigentes y su valiosa contribución con vistas a la consecución de los objetivos de la presente Directiva”; puntualizando a continuación que “no obstante, si bien la autorregulación puede ser un método complementario para aplicar ciertas disposiciones de la presente Directiva, en modo alguno puede sustituir a las obligaciones del poder legislativo nacional”.⁶³

Como veremos, una de las principales ventajas del sistema de autorregulación es la opción de resolver conflictos a través de un órgano especializado tanto en el ámbito publicitario como en el del Derecho de la Competencia; es el llamado Jurado de la Publicidad. Lo compone un Presidente, seis Vicepresidentes y dieciocho vocales de indiscutible imparcialidad. Cada Vicepresidente será Presidente de una Sección de forma permanente. Además, los miembros no podrán mantener relaciones laborales con las empresas asociadas al momento de su nombramiento o durante su mandato, que será cada 2 años pudiendo renovarse, excepto los vocales que se hará cada año. También lo compone un Secretario que tendrá voz, pero no voto, el Director General de la Asociación o el Técnico de la misma a quien este delegue⁶⁴.

Por el tema que nos ocupa, es importante analizar en este trabajo el nuevo sistema de autocontrol de la publicidad en el fenómeno *influencers*.

⁶³ EUROPEAN ADVERTISING STANDARDS ALLIANCE (EASA) *Guía Práctica para el Establecimiento y Desarrollo de una Entidad de Autorregulación en Materia de Publicidad*. Versión Española, marzo 2008. [23/06/2021] <https://easa-alliance.org/sites/default/files/Guide%20to%20Setting%20Up%20an%20SRO%20%282008%29%20-%20Spanish%20version.pdf>

⁶⁴ Véase el Reglamento del Jurado de la Publicidad aprobado por la Junta Directiva de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial el día 23 de abril de 1997. Última versión, con las modificaciones aprobadas por la Junta Directiva el día 10 de mayo de 2006. Art. 1 y 3.

2. Códigos de Conducta Publicitaria

2.1 Significado y alcance de los Códigos de Conducta Publicitaria

Es de vital importancia destacar la función de los Códigos de Conducta en la actividad publicitaria. Se originó en la Asamblea General Extraordinaria del 19 de diciembre de 1996 en la que se aprobó el Código de Conducta Publicitaria de acuerdo con los Estatutos de Autocontrol. Son una herramienta clave para guiar a las empresas adheridas a cumplir los compromisos deontológicos plasmados en los mismo, junto a la normativa legal vigente. Relacionándolo con lo que venimos planteando anteriormente, suponen un conjunto de normas que imponen o prohíben llevar a cabo una conducta determinada. Todas ellas se desarrollan de acuerdo a los principios, normas y reglas que determinan que se está llevando a cabo una práctica publicitaria lícita. Dicho de otra manera, persiguen todas aquellas que se consideran ilícitas.

Por ello, Autocontrol ha elaborado este mecanismo de *soft law* cuyo valor jurídico es de vital importancia para lograr el fin con el que se redactan; que no es otro que hacer que se cumpla la ley en el ámbito publicitario.

Dicho Código determina que las entidades que voluntariamente se hayan adherido a este, deberán cumplir el deber de información legal que como venimos analizando consiste en facilitar claramente a los receptores la lectura y comprensión del mensaje. Asimismo, debe informarse del fin publicitario que se esté realizando, en forma de cláusula informativa completa. De igual forma, los interesados pueden mostrar la oposición al tratamiento de sus datos personales para estos fines. Cabe mencionar además que, si se hace uso de las *cookies* con fines publicitarios, tienen la obligación de especificarse expresamente⁶⁵.

Como es sabido el art. 37 LCD, mediante la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre trata de fomentar los códigos de conducta, que cumplan ciertos requisitos, al señalar:

“1. Las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores podrán elaborar, para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales, códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores

⁶⁵ SERRANO RODRÍGUEZ, G. “¿Qué puede aportar el *soft law* a la protección de datos de carácter personal en el ámbito publicitario?”, *Revista de Derecho Civil*, 2020. Vol. VIII, núm. 1, pp. 295-298.

y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores.

2. Los códigos de conducta respetarán la normativa de defensa de la competencia y se les dará una publicidad suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios.

3. Las Administraciones públicas promoverán la participación de las organizaciones empresariales y profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta con este mismo fin.

4. Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente.

5. El recurso a los órganos de control de los códigos de conducta en ningún caso supondrá la renuncia a las acciones judiciales previstas en el artículo 32”.

Y, en la misma dirección, el art. 38 LCD, recoge acciones judiciales de cesación y rectificación frente a los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas. Y prevé que, con carácter previo al ejercicio de esas acciones, dirigidas frente a los responsables de los códigos, deberá instarse del responsable de dicho código la cesación o rectificación de la recomendación desleal, así como el compromiso de abstenerse de realizarla cuando todavía no se hayan producido.

Y no hay que ignorar, además, la gran relevancia que posee el art. 39 LCD, que prevé acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta.

2.2 Código de Conducta sobre el uso de *Influencers* en la Publicidad

En los últimos años hemos observado cómo las nuevas estrategias de marketing han utilizado los denominados *influencers*; estas personas que han adquirido una posición con un alto nivel de influencia sobre su público en las diferentes redes sociales. Ante la problemática existente, la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) y la Agencia Española de Anunciantes (en adelante AEA) vieron necesaria la creación de este código, publicado el pasado 9 de octubre de 2020 que entraría en vigor el pasado 1 de enero de 2021. En él pretenden recoger una serie de normas que vinculen a los anunciantes adheridos tanto a Autocontrol como a la AEA, a otros anunciantes del sector y a los *influencers* que hayan adherido voluntariamente. Fue una buena (y largamente esperada) noticia en el ámbito de la publicidad digital.

Este Código se desglosa en cuatro apartados: una breve introducción de la materia a regular, una serie de normas éticas que deben respetarse, las normas de aplicación del código y el anexo.

En la introducción trata de presentar de qué trata este nuevo fenómeno del marketing de *influencers*, y la dificultad de evidenciar si se trata o no de una publicación fruto de una relación contractual entre el *influencer* y el anunciante.

En el apartado de las normas éticas, se regulan los elementos específicos necesarios para considerarse publicidad de *influencers*. Principalmente se categorizan como promocionales aquellas publicaciones que estén dirigidas a la promoción de productos o servicios, que su divulgación se realice a través de colaboraciones o exista retribución económica (en metálico o en especie), y que los anunciantes controlen el contenido, en otras palabras, deben darle el visto bueno a la publicación. También niega la consideración de contenido publicitario cuando estas publicaciones caigan a cuenta de la iniciativa del propio *influencer*. Además se recomienda evidenciar expresamente esta actividad publicitaria utilizando diversas formas⁶⁶.

Finalmente, en cuanto a las normas de aplicación del Código, establece que va dirigido tanto a las empresas adheridas a ambas asociaciones (AEA y AUTOCONTROL) como a otras empresas o los propios *influencers* que se hayan

⁶⁶ TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales («influencers»)", Revista de Derecho Mercantil, 2019, núm. 311/2019, pp. 6 y ss.

adherido voluntariamente. Además, la competencia para resolver las reclamaciones derivadas del incumplimiento de este Código pertenece al Jurado de Autocontrol.

Bajo mi punto de vista, la aprobación de este Código de Conducta aporta un poco de luz a este nuevo fenómeno publicitario, pues establece unas pautas que resultan de gran ayuda tanto para anunciantes como para consumidores⁶⁷.

3. Principios éticos

Es conveniente tener en cuenta que, junto a todas las normas y reglas establecidas en dichos códigos, aparecen integrados una serie de valores éticos que también deben respetarse.

De manera que, entendemos por ética publicitaria aquel conjunto de principios y valores sociales, culturales, religiosos y morales, cuyo objetivo consiste en dirigir la conducta de una o varias personas para lograr el bienestar común y una buena convivencia en la sociedad⁶⁸.

Por lo que respecta al tema que nos ocupa, entendemos que la ética publicitaria se ve vulnerada cuando no se respetan las normas deontológicas recogidas en el Código de Conducta Publicitaria⁶⁹. Se estructura de la forma siguiente: los principios básicos, la autenticidad publicitaria, la exigencia de veracidad (es decir, prohíbe explícitamente la publicidad engañosa), las normas sobre algunas formas y técnicas publicitarias, la protección a la salud (para no fomentar comportamientos nocivos), la protección de niños y adolescentes, la publicidad de entidades de crédito y, por último, el control de su cumplimiento a través de los órganos competentes.

Al margen de lo anterior, destacamos también el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva, que entró en vigor en enero de 2003, y la reciente aprobación del Código de Confianza Online cuya última versión se actualizó en 2015 aplicable a la publicidad interactiva y al comercio electrónico con consumidores.

⁶⁷ GARCÍA PÉREZ, F.J. “El nuevo «Código de conducta sobre el uso de «influencers» en la publicidad» una buena (y esperada) noticia en el ámbito de la publicidad digital” *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2020, núm. 967/2020.

⁶⁸ IRÁKULIS ARREGUI, N; LEIÑENA MENDIZÁBAL E.: “Publicidad lícita y ética”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, 2008, pp. 71-128.

⁶⁹ Fue aprobado en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1996, según lo establecido en los Estatutos de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial y tras consulta al Jurado de AUTOCONTROL y al Consejo de Consumidores y Usuarios. Última versión, con las modificaciones aprobadas por la Asamblea General Ordinaria, el día 4 de junio de 2019.

Finalmente cabe reseñar la importancia de Autocontrol, pues ha trabajado firmemente en la elaboración de estos códigos siempre con la colaboración activa de diferentes asociaciones y organizaciones con el objetivo común de la autorregulación.

4. Casos más relevantes

A lo largo de este trabajo hemos ido estudiando los diferentes tipos de publicidad ilícita que existen, y en especial, esta nueva problemática que se presenta con la llegada de los *influencers* en materia de publicidad. Debido a que aún no existe una regulación específica en este ámbito tan novedoso, muchos *influencers* siguen sin respetar el principio de identificación del contenido publicitario, provocando esa confusión en los usuarios. En vista de esto, Autocontrol ha colaborado con diferentes asociaciones para desarrollar estos códigos anteriormente mencionados, y ha sido entonces cuando se ha podido llegar a amonestar a estos *influencers* por realizar publicidad encubierta en sus publicaciones. A continuación, vamos a analizar algunos de los casos más relevantes sobre este tipo de prácticas.

Para empezar, encontramos el caso de Paula Eriksson, de nacionalidad sueca pero residente en Marbella. Fue la primera amonestación a una *influencer* en España⁷⁰, por dos publicaciones en las que posaba con unos auriculares inalámbricos con el siguiente texto “No molestar cuando estoy escuchando música”, y una mención a la marca «Urbanista», creadora de los accesorios musicales. En el momento de la publicación, no se alertaba de que se trataba de un anuncio, aunque una vez iniciado el procedimiento sí agregó el hashtag #ad. Posteriormente, un particular presentó una reclamación a la Advertising Standards Authority⁷¹, que trasladó al Jurado de Autocontrol. No obstante, Paulina no presentó escrito de contestación, por lo que se procedió a emitir dictamen⁷² concluyendo que dicha publicación vulneraba el

⁷⁰ SOLÍS LERICI A. *Uno de cada tres influencers españoles encubre la publicidad. Más del 60% de los influencers en España cree que no identificar contenidos como patrocinados no molesta a sus seguidores, según un estudio* [05/02/2020] https://www.economiadigital.es/tecnologia/uno-de-cada-tres-influencers-espanoles-encubre-la-publicidad_20031081_102.html

⁷¹ Véase STC JURADO DE AUTONCONTROL. (*Particular (Transfronteriza ASA) vs. Paulina Eriksson “Auriculares sin etiquetar influencer RRSS”*) https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/01/dictamen_rev-jurado_influencer-2534-1.pdf

⁷² De conformidad con el Reglamento del Jurado de Autocontrol y los siguientes artículos:

principio de autenticidad de la publicidad⁷³. Sin embargo, debemos destacar que la resolución emitida no tiene carácter vinculante ni para la *influencer* ni para la marca, pues no estaban adheridos al código, aunque puede acabar generando sanciones económicas importantes. Fue el primer paso de muchos contra la publicidad encubierta en el marketing de *influencers*⁷⁴.

Así mismo, quiero destacar un caso a nivel internacional, en relación con la pandemia causada por el Covid-19. La *influencer* Elizabeth Loaiza de nacionalidad venezolana, ha promocionado en sus redes sociales unas pruebas llamadas “ProMed Covid 19 Rapid Test” que supuestamente detectaban el virus. Además, anunciaba que disponía de pruebas que contaban con la aprobación de las autoridades sanitarias, pero sólo estaban disponibles para personas con cargos políticos, gobernadores o profesionales sanitarios. La Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) expuso que «el Estatuto del Consumidor contiene disposiciones que protegen contra la publicidad engañosa, indistintamente del medio de comunicación que se utilice para emitir en mensaje»; y mediante la resolución 36872 interpuso la sanción de multa por valor de 136 millones de dólares por incurrir en publicidad engañosa. Gracias a la posterior investigación del SIC y teniendo en cuenta los informes requeridos por esta autoridad se comprobaron que dichas afirmaciones eran falsas. En la mencionada resolución se consideraba que el canal mediante el cual se difundió esta publicidad no era restrictivo, sino que concurren un gran número de seguidores

Artículo 4.c): funciones: ... Emitir, en los supuestos y términos previstos en el presente Reglamento, Dictámenes que expresen su opinión deontológica y no vinculante acerca de la corrección de comunicaciones comerciales realizadas por terceros no vinculados que no aceptaren participar en el procedimiento previsto en el apartado anterior”.

Artículo 11.c): competencia para: ... Emitir, en los supuestos y términos previstos en el presente Reglamento, Dictámenes que expresen su opinión deontológica y no vinculante acerca de la corrección de comunicaciones comerciales realizadas por terceros no vinculados que no aceptaren participar en el procedimiento previsto en el apartado anterior”.

Artículo 18.2: “En caso de que el escrito presentado por el reclamante se dirija contra las comunicaciones comerciales de un tercero no vinculado que no aceptare participar en el procedimiento, la Sección correspondiente no emitirá resolución, pero podrá emitir, de oficio o a solicitud de interesado con interés legítimo, un dictamen que exprese su opinión deontológica no vinculante acerca de la corrección de las comunicaciones comerciales realizadas por dicho tercero”.

⁷³ *Vid.* AUTOCONTROL “Código de Conducta de la publicidad”, *Autocontrol*, 2019, art. 13 “Las comunicaciones comerciales serán identificables como tales sea cual sea su forma, formato, o el medio utilizado”.

⁷⁴ PEDRÓN PARDO V. *Análisis de la 1ª amonestación a un influencer en España por publicidad encubierta* [29/06/2021] <https://terminosycondiciones.es/2020/01/27/analisis-de-la-1a-amonestacion-a-un-influencer-en-espana-por-publicidad-encubierta/>

que visionaron este contenido y pudieron verse motivados a acceder al producto o a contactar con empresa que los proporciona. A través de este caso vemos la importancia que tienen estos Códigos de Conducta, y lo peligroso que puede llegar a ser la no regulación de la práctica publicitaria engañosa pues nos hemos visto afectados ya a nivel de salud pública.

Otro caso relacionado con el tema, es la reclamación presentada por un particular contra una publicidad difundida por la *influencer* Sandra Barneda, de la empresa Samsung Electronics Iberia S.A.⁷⁵. Anunciaba dos móviles y una Tablet; y atendiendo a las características de la publicación, no se reconoció su naturaleza publicitaria, ni de forma explícita ni inmediata ni adecuada al medio que se utilizaba y por ello incumplía las normas del Código de Conducta sobre el uso de *Influencers* en la publicidad⁷⁶. Basándose en estos hechos, y teniendo en cuenta que la empresa Samsung Electronics Iberia S.A. es socia de la AEA y consecuentemente, está adherida al Código de Conducta sobre *influencers* en la publicidad, es competencia del Jurado de Autocontrol emitir dictamen de carácter vinculante sobre este caso⁷⁷.

Pongamos por último un caso en el que el Jurado de Autocontrol estima una reclamación presentada por un particular, contra una publicidad de la que es responsable la empresa Renault España Comercial, S.A.⁷⁸. La reclamación se dirigía

⁷⁵ Véase AUTOCONTROL “Código de Conducta sobre los influencers y la publicidad”, 5 de marzo de 2021. Asunto C- 30/R/febrero 2021 (*Particular vs Samsung Electronics Iberia, S.A. Samsung influencer*)

⁷⁶ *Vid.* CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE LOS INFLUENCERS Y LA PUBLICIDAD, norma 5. Se recomienda para aquellos casos en los que la naturaleza publicitaria deba indicarse mediante una advertencia explícita e inmediata, lo siguiente: “A tal fin se recomienda usar indicaciones genéricas claras tales como “publicidad”, “publi”, “en colaboración con” o “patrocinado por”, o alternativamente descriptivas en función de la concreta colaboración de que se trate (por ejemplo, “Embajador de [marca]”, “Gracias a [marca]”, “Regalo de [marca]”, “Viaje patrocinado”, etc.). b. Por el contrario, se desaconsejan indicaciones genéricas (tipo “información”, “legal” o similar), indicaciones que requieran una acción por parte del usuario (por ejemplo, hacer clic), e indicaciones poco claras (tales como “Colab”, “Sponso” o “sp”).”

⁷⁷ *Vid.* REGLAMENTO DEL JURADO DE AUTOCONTROL, artículo 29. “Las resoluciones del Jurado de la Publicidad serán vinculantes para todos los asociados de AUTOCONTROL, para cualesquiera otras personas que se encuentren vinculadas a las mismas, y para aquellas personas no vinculadas que hayan aceptado expresa o tácitamente su competencia”.

⁷⁸ *Vid.* AUTOCONTROL “Código de Conducta Publicitaria”, de 1 de octubre de 2020. Asunto C-155/R/septiembre/2020 (*Particular vs. Renault España Comercial, S.A. “Renault Captur Híbrido Enchufable Desde 200€/mes. RRSS”*).

contra una publicidad difundida en el que se promueve la adquisición de un vehículo comercializado por la reclamada desde 200 euros al mes.

El reclamante consideraba que la pieza publicitaria era engañosa en la medida en que omitía la existencia de una entrada y una cuota final de importe considerablemente superior al de la cuota que se promocionada, así como la necesidad de financiar con la entidad financiera determinada por la anunciante.

El Jurado consideró que era incompatible con las normas 3.3 y 14 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL, en tanto es apta para inducir a error al destinatario acerca del alcance real de la oferta promocionada, al trasladar la expectativa errónea de que resultase posible comprar el vehículo promocionado con el pago de la cantidad mensual mínima de 200 euros cuando, realmente, es obligatorio desembolsar una entrada y una cuota final de importes elevadamente superiores, así como financiar la adquisición del vehículo con una determinada entidad de crédito. Además, la publicidad difundía también una oferta financiera, que debe analizarse desde la perspectiva de la normativa bancaria. Entonces previó que se infringiría también la norma 30 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL en relación con la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de

la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.

Existen muchas otras resoluciones del Jurado de Autocontrol, en las que poco a poco observamos como a través de los Códigos de Conducta, se van delimitando los límites legales a este nuevo marketing de influencia. A pesar de toda esta problemática y de lo novedoso que es aún hoy día vemos que la autorregulación trata de aportar un poco de luz a esto.

5. Las distintas acciones de la ley frente a los actos de publicidad ilícita

Avanzando en nuestro razonamiento, vamos a analizar las distintas vías de control o represión previstas en la ley, las cuales pueden generar responsabilidad en el ámbito civil, penal y administrativo. En virtud de la normativa aplicable, los tribunales

competentes en materia publicitaria conocerán de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a los actos de competencia desleal y de publicidad entre otros⁷⁹.

Respecto a las acciones que general responsabilidad en el ámbito civil, encontramos la Ley 29/2009, que modificaba el régimen legal de la competencia desleal y la publicidad para mejorar la protección de los consumidores y usuarios. Dicha norma derogaba el Título IV de la LGP suprimiendo así la acción de cesación o rectificación de la publicidad ilícita. Que se contenía en dicha ley, objetivos de estas acciones que tras la aprobación de la Ley de 2009 se pueden alcanzar con la LCD. Como resultado, se resuelve el conflicto que surgía debido a la duplicidad generada por los dos textos legales, los cuales preveían un régimen de acciones propio que creaba confusión a la hora de determinar qué acciones emprender ante supuestos tipificados al mismo tiempo de publicidad ilícita y de competencia desleal; pues, por un lado, estaba la LGP para las acciones por publicidad ilícita, y por el otro la LCD para las acciones por competencia desleal.

Actualmente, se prevé un único régimen de acciones legales en materia de publicidad basado en la nueva redacción del artículo 6.1 de la LGP que establece que “las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”.

A continuación, veremos que la LCD plantea seis acciones judiciales contra los actos de competencia desleal y publicidad ilícita aludidos en la LGP; y con ello debemos destacar que la LGP otorga la posibilidad de acumular las diferentes acciones ejercitadas. Son las siguientes⁸⁰:

- Acción declarativa de deslealtad. A través de ella, el afectado por una publicidad que haya quebrantado lo dispuesto por las distintas leyes, puede solicitarla en el juzgado un examen que analice la conducta del anunciante para determinar si efectivamente se determina su carácter ilícito sin llegar a ejecutar la condena, ya que esta acción es meramente declarativa.

⁷⁹ Véase en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 22/07/1985. Art. 86 ter. 2 a). Posteriormente, ha sido modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio «BOE» núm. 174, de 22/07/2015.

⁸⁰ Víd. Ley de Competencia Desleal, Art 32.

En la práctica, se suele acumular con el resto de acciones que veremos a continuación.

- Acción de cesación⁸¹ o prohibición preventiva o futura de la publicidad ilícita. Prevé tres fines: el cese de la publicidad contraria a las leyes, prohíbe su reiteración y su futura difusión⁸².
- Acción de remoción de los efectos producidos por la publicidad engañosa. El perjudicado solicita que se eliminen los efectos producidos. Se diferencia de la anterior porque no evita que se produzca la publicidad, sino que una vez anunciada, pretende que se eliminen los efectos derivados de esta. Las medidas que pueden adoptarse van desde la modificación, retirada del mercado o incluso destrucción de material publicitario cuando resulte imitación o confusión por explotación de la reputación ajena.
- Acción de rectificación⁸³ de informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Tiene como objetivo obligar al anunciante de la publicidad ilícita a realizar una campaña publicitaria para corregir la que se emitió inicialmente. De la misma forma deberá necesariamente especificarse que viene estimado por una sentencia judicial condenatoria por competencia desleal. Mediante esta acción, el demandante persigue que el mercado conozca el carácter ilícito de la publicidad previamente difundida. Cabe señalar, además, que el público destinatario debe ser el mismo que el que recibió la publicidad engañosa inicial.

⁸¹ SAP Madrid 23 octubre 2010 (AC 2010\130). En este supuesto, la AP ejecuta la acción de cesación por publicidad ilícita. Se expone que “no cualquier beneficiado por el anuncio o interesado en el acto publicitario, que conforme al diccionario de la Lengua Española de la Real Academia sería cualquier persona que tiene interés en la publicidad, goza de legitimación pasiva sino sólo el interesado que impulsa el acto publicitario y tiene la posibilidad de controlar la ejecución de la campaña de publicidad y, en consecuencia, de cesar en la conducta ilícita, esto es, aquél en cuyo interés se realiza la publicidad”.

⁸² SAP Barcelona 2 octubre 2017 (AC 2017\1331). Ejecución de la AP de la acción declarativa, de cesación y prohibición y de rectificación de la publicidad difundida por la empresa “Granini” por presentar un producto como si fuera un zumo de naranja natural, omitiendo la información de que era néctar de naranja con edulcorantes y aditivos.

⁸³ SAP Castellón 17 abril 2001 (AC 2001\1779).

- Acción de resarcimiento de daños⁸⁴ y perjuicios. Sólo podrá ejercitarse cuando haya dolo o culpa⁸⁵ del anunciante. El objetivo es conseguir la indemnización para compensar los daños⁸⁶ y perjuicios causados. En la demanda debe apreciarse el daño emergente (el valor de la pérdida sufrida) o lucro cesante (la ganancia que se ha dejado de obtener), la relación de causalidad entre la lesión y la acción del anunciante y el dolo o culpa.
- Acción de enriquecimiento injusto. Únicamente procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva y otra de análogo contenido económico. A diferencia de la anterior, no exige la existencia de dolo o culpa para poder ejercitarse; sin embargo, exige la concurrencia de los siguientes presupuestos: el primero, la obtención de una ventaja patrimonial del anunciante causando así el empobrecimiento del consumidor; segundo, la relación de causalidad entre la actuación y el resultado producido; tercero, que no exista causa lícita para justificar esta situación; y cuarto y último, la lesión de una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido.

Respecto de lo anterior, se ofrece la posibilidad de publicar la sentencia de los cuatro primeros tipos de acciones siempre que el tribunal lo estime, y deberá solicitarse siempre a instancia de parte, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad.

Por otra parte, aunque la publicidad ilícita siempre ha sido considerada un supuesto del ámbito civil, gracias al nuevo Código Penal (en adelante CP), promulgado en 1995, se contempla también en el ámbito penal, y se castiga el delito publicitario del artículo 282 CP, cuya sanción puede derivar en multa o incluso prisión. Gracias a ello se ha reforzado la protección del consumidor. Conviene subrayar que existe una diferencia sustancial entre el ilícito civil de publicidad engañosa y el delito penal. Este último sólo

⁸⁴ Entendemos por daño el desembolso realizado por la publicidad ilícita para prevenir los efectos que pudiera tener sobre los destinatarios de esta.

⁸⁵ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO - CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. *La reforma...* Ob. Cit. Pp. 133 y ss.

⁸⁶ Respecto de los daños morales, es preciso indicar que debido a la dificultad probatoria que suponen (el propio TS lo ha reconocido) cabe declarar que serán indemnizables cuando el acto repercuta en daños extra patrimoniales de la cualidad de la persona; como pueden ser la dignidad, el prestigio social o la salud física o psíquica.

castiga aquellos mensajes publicitarios que formulen alegaciones falsas o manifiesten características inciertas. Esto conlleva que aquellos fundamentados en alegaciones verídicas que puedan causar confusión por ser engañosos, no podrían ser perseguidos por la vía penal⁸⁷.

Para terminar, mencionar también que en el ámbito administrativo se sanciona a través de multa pecuniaria, recurrible ante los tribunales vía contencioso-administrativa.

⁸⁷ LEMA DEVESA, C. *Problemas jurídicos de la publicidad...* Ob. Cit. Estudio Jurídico Lema, Madrid, 2007. Pp. 392 y ss.

CONCLUSIONES

De las consideraciones o estudio realizado a lo largo de este trabajo se pueden extraer al menos las siguientes conclusiones, en las que subrayamos las principales aportaciones del mismo.

En primer lugar, dentro de esta problemática, he querido centrarme sobre todo en la materia de publicidad, entendiendo que hay muchos otros temas que se quedan fuera. Con la elaboración de este trabajo he querido abordar de forma comprensible y clara los objetivos expuestos inicialmente en relación con la publicidad encubierta realizada por los *influencers* en los nuevos medios de comunicación de la publicidad.

En segundo lugar, he podido darme cuenta de la importancia de la publicidad en nuestras vidas, pues día a día nos vemos expuestos a ella de una forma directa o indirecta percibiéndola de diferentes formas. Abarca desde los modelos tradicionales como la televisión, la radio, el periódico o las revistas; hasta las nuevas plataformas digitales y las redes sociales utilizadas por infinidad de empresas y anunciantes. De esta forma han conseguido que sus mensajes promocionales se propaguen rápidamente a un enorme número de personas, en este caso, los seguidores de quien lo emite. Además, en nuestro ordenamiento jurídico, la publicidad se percibe como una manifestación de la libertad de expresión, fomentando así el mercado único europeo, pues todos los agentes operan dentro del margen normativo de la Unión Europea u con respecto a la normativa nacional.

En tercer lugar, la publicidad constituye una estrategia de asentamiento o afianzamiento de los empresarios en el mercado, dirigida a captar la atención del público a favor de sus productos y servicios, lícita si se realiza dentro del marco legal establecido. Si no respetase dicho marco legal nos encontraríamos ante la publicidad ilícita, pudiendo apreciarse los siguientes tipos contenidos en la LGP:

- La publicidad contraria a valores constitucionales o a la dignidad humana.
- La publicidad que vaya dirigida a menores incitando a la compra de bienes y servicios o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores.
- La publicidad contraria a la normativa sectorial.
- Y, por último, la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva contempladas por la LCD como actos de competencia desleal;

teniendo en cuenta que, al final, este tipo de prácticas son mayormente la base general de prácticamente todas las demás.

Además, cabría mencionar en esta lista los supuestos de la LCD, como la publicidad confusionista, la publicidad denigratoria y la comparativa; y sólo en ciertos casos se pueden considerar también prácticas desleales la publicidad imitativa y la publicidad adhesiva.

Si bien se deben reprimir todos los supuestos de publicidad ilícita, nos hemos centrado en el análisis de la publicidad encubierta, pues debido al nuevo panorama actual respecto de los medios de comunicación publicitarios y los intentos de evasivas que muestran las marcas y anunciantes, ha supuesto una nueva alternativa que, considero que el legislador debe hacer frente.

En cuarto lugar, respecto de los nuevos sujetos que intervienen en este tipo de publicidad, los *influencers*, puede afirmarse que el fenómeno “influencer” está de moda. Hemos podido analizar este nuevo término tan popular, que abarca a todas aquellas personas que divulgan y crean contenido en las distintas redes sociales donde han logrado tal popularidad que mediante sus publicaciones impactan en las decisiones de compra de seguidores. Considero que esta forma de comunicación se percibe de forma más cercana y menos agresiva que la tradicional, pues lo hacen mostrando su estilo de vida o generando opiniones y experiencias personales sobre determinadas marcas y productos. Es por ello que muchas veces llega al consumidor sin este ser consciente del carácter publicitario que tiene, de forma que sin quererlo ha inducido en él la necesidad de compra.

En quinto lugar, hemos de resaltar que este tipo de actividad publicitaria a través de *influencers*, realizada como publicidad online, presenta una serie de ventajas respecto de los medios usados tradicionalmente, que evidencian su importancia económica actual y en el futuro y que, pese a su trascendencia, y también los riesgos que puede conllevar si no se realiza correctamente, no dispone de una normativa específica.

En efecto nos damos cuenta de que con la normativa publicitaria vigente en la mano nos encontramos con situaciones que a priori pudiera pensarse, al no estar expresamente mencionadas, que se escapan de lo regulado, pero que una interpretación sistemática de la ley, nos permite concluir que sí constituye una actuación prohibida cuando se actúa de forma engañosa o encubierta, pese a no estar explícitamente enumerada como tal.

Por todo ello considero que es de extraordinaria importancia que el legislador se mantenga actualizado y al día sobre todas estas nuevas formas de publicidad, y regularlas convenientemente, para que no se produzcan desajustes en el funcionamiento del mercado, en perjuicio de los destinatarios de la publicidad o de otros competidores. Y es que, no hay que ignorar que, si hemos avanzado mucho para lograr una publicidad libre, un mercado único y libertad de información, se ha de continuar realizando los esfuerzos necesarios para que ahora a resultas de los nuevos formatos de la publicidad no se pongan en peligro los intereses de los consumidores y usuarios, o incluso los de las empresas y anunciantes que sí actúan de buena fe bajo el amparo de la ley.

En sexto lugar, al hilo de lo planteado en el párrafo anterior, cabe hacer especial mención a los mecanismos de autorregulación y las asociaciones publicitarias, pues han sabido responder a todas estas novedades de forma que han ido desarrollando Códigos de Conducta a los que de forma voluntaria se adhieren los sujetos participantes en la publicidad., En los últimos años hemos observado cómo las nuevas estrategias de marketing han evolucionado y se han reinventado a través de los *influencers*, que han adquirido una posición con un alto nivel de influencia sobre su público en las diferentes redes sociales. Ante la problemática existente, la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial) y la AEA vieron necesaria la creación de este Código de Conducta sobre el uso de *Influencers* en la publicidad.

En séptimo lugar, tema fundamental para poner freno a las actuaciones publicitarias ilícitas que hemos examinado en el trabajo, es el de las vías de represión frente a estas actuaciones que contempla el legislador. Como hemos analizado existen tres ámbitos desde los cuales puede generarse responsabilidad. En el ámbito civil, ateniéndonos a la normativa de competencia desleal, desde la que abordamos el tema, plantea seis acciones judiciales contra los actos de competencia desleal y publicidad ilícita contenidos en la LGP; destacando la posibilidad que otorga de acumular las diferentes acciones ejercitadas. Son la acción declarativa de deslealtad, de cesación, de rectificación, de remoción, de resarcimiento de daños y perjuicios y por último de enriquecimiento injusto. En el ámbito penal, con la particularidad de que se castiga sólo cuando se formulen alegaciones falsas o manifiesten características inciertas del producto o servicio. Esto quiere decir, que aquellos fundamentados en alegaciones verídicas que puedan causar confusión por ser engañosos, no podrían ser perseguidos por la vía penal. Y

finalmente encontramos la vía administrativa cuya sanción consiste en una multa pecuniaria recurrible.

Por último, como conclusión final de este Trabajo de Fin de Grado, no cabe más que afirmar que la publicidad es un mecanismo de comunicación comercial realmente muy valioso, pero ha de ser utilizado, como no podía ser de otra forma, conforme al Ordenamiento Jurídico y, dentro de él, especialmente, la normativa vigente en materia de publicidad. Los nuevos tipos de publicidad pueden resultar útiles en la sociedad actual y no debemos mostrarnos reacios a su admisión siempre que cumplan lo anteriormente expuesto. De entre estos nuevos tipos de publicidad, me resulta muy interesante la publicidad realizada por los *influencers*, siempre que cumpla con las características para ser identificable como tal, y por supuesto, no sea ajeno a la normativa de competencia desleal, pues de no respetar dichas normas, de ser ilícita, cabe ejercitar acciones frente a ella.

En este sentido, a fin de fomentar una publicidad de *influencers* lícita, considero que ha de valorarse muy positivamente que se haya aprobado por Autocontrol un código específico sobre publicidad de *influencers*, que ha contribuido a dotar de unas ciertas normas una materia caracterizada por la escasa regulación. Con todo, no hay que olvidar que este Código sólo vincula a las entidades y sujetos adheridos al mismo. Para los demás, es de cumplimiento voluntario, si bien es de esperar que las personas, adheridas o no, que vivan de la publicidad tengan interés en ser consideradas por el público como sujetos responsables y confiables. Y en mi opinión, además, tiene gran relevancia que el art. 39 LCD recoge acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta

Finalmente, a nivel personal me ha resultado muy satisfactorio investigar en un tema tan novedoso que carecía de normativa aplicable específica, y me ha servido para analizar un tipo de publicidad que no aparece enumerado como una práctica ilícita, pues no viene contemplado expresamente en la ley. Es una manera de aplicar los conocimientos adquiridos en la materia de derecho de la competencia desleal al mundo de la publicidad, ayudándome a seguir profundizando en este tema.

BIBLIOGRAFÍA

BECERRA NAVARRO, A. B. “El mensaje subliminal: tácticas de publicidad ilícita”. En: *Información para la paz: autocrítica de los medios y responsabilidad del público*. Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2005. pp. 169-182.

BENALDO GARÍN, B. “El nuevo modelo de regulación audiovisual”. En: B. BENALDO GARÍN, y G. MONTIEL ROIG. *Contenidos y mercado en la regulación de la Comunicación Audiovisual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. Obtenido de <http://catalogo.rebiun.org/rebiun/record/Rebiun02423042>

BENDITO CAÑIZARES, M. "La autenticación de publicidad y anunciante en la publicidad nativa y en particular, en la publicidad de «influencers»". En *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2020, pp. 1-36.

BERNAD MONFERRER, E. Aproximación a la publicidad redaccional. Inadecuación al principio de actuación de los códigos deontológicos de la profesión periodística. En CASERO-RIPOLLÉS, A. *Redefiniendo los vínculos entre periodismo y democracia en la era digital: XIX Congreso Internacional Sociedad Española de Periodística : Actas de las comunicaciones presentadas en el Congreso*. Universidad de Castellón, 2015, pp. 886-906. Obtenido de <https://www.periodistica.es/sep2016r/images/pdf/Actas-XIX-CONGRESO-SEP-CASTELLON.pdf>

CARBAJO CASCÓN, F. “*La competencia desleal (I): Cláusula general e ilícitos por competencia desleal. La publicidad comercial desleal*”, Tirant lo Blanch, vol. I, 2017, pp. 341-413.

CRISTÓFOL RODRÍGUEZ, C., MÉNDIZ NOGUERO, A. “Análisis del brand placement en las revistas femeninas. Hibridación de discursos: informativo, publicitario y de la moda”. *Revista Mediterránea*, Málaga, 2015.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. [Recurado del 18 de marzo de 2021]. <https://dle.rae.es>

MARKETING DIGITAL, C. *¿Qué es un influencer y qué tipos de influencers existen?*, [Recuperado del 23 de diciembre de 2020]. <https://clickage.es/social-media/que-es-un-influencers-y-que-tipos-de-influencers-existen/#tipos>

DOMINGUEZ URANGA, A. *Influencers en el Derecho*, de IurisFácil, [Recuperado el 2021 de junio de 29]. <https://iurisfacil.com/todo/influencers-en-el-derecho/>

EUROPEAN ADVERTISING STANDARDS ALLIANCE (EASA) *Guía Práctica para el Establecimiento y Desarrollo de una Entidad de Autorregulación en Materia de Publicidad*. Versión Española, marzo 2008. [Recuperado el 23 de junio de 2021] <https://easa-alliance.org/sites/default/files/Guide%20to%20Setting%20Up%20an%20SRO%20%282008%29%20-%20Spanish%20version.pdf>

FERNÁNDEZ BURGUEÑO, PABLO., PORTO CORTÉS, ALEJANDRA., MOLINA ÁVILA, MANUEL. (2013). *Manual de derecho de consumo*. España: Lex Nova. [Recuperado el 4 de Abril de 2021], de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Bib_Publicidad%20engañosa%20y%20competencia%20desleal_BIB_2013_14848.pdf

FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., “La publicidad encubierta”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. 1976, vol. III, pp. 371-400.

FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., *Estudios de derecho de la publicidad: homenaxe da Facultade de Dereito ó autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*. Universidad de de Santiago de Compostela, 1989, pp. 102.

GARCÍA PÉREZ, F.J. “El nuevo «Código de conducta sobre el uso de «influencers» en la publicidad» una buena (y esperada) noticia en el ámbito de la publicidad digital” *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2020, núm. 967/2020.

GARCÍA-CRUCES, J.A. *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*. España: Tirant lo Blanch, 2014 (Vol. II), pp. 1948-1950. [Recuperado el 19 de marzo de 2021], de <http://catalogo.rebiun.org/rebiun/record/Rebiun14599189>

GÓMEZ NIETO, B. “El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa”. *Revista de Ciencias Sociales*, 2018, Vol. 1, núm. 3, pp. 149-156. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.212>

GONZÁLEZ VAQUÉ, L. “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, núm. 17, pp. 47-82.

Guías jurídicas.wolterskluwer.es. [Recuperado el 6 de abril de 2021], de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjC1NztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAd1gQIDUAAAA=WKE#I383

IRÁKULIS ARREGUI, N; LEIÑENA MENDIZÁBAL E.: “Publicidad lícita y ética”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, 2008, pp. 71-128.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. y IRÁKULIS ARREGI, N. “La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2007, pp. 12-200.

LEMA DEVESA, C. *Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Estudio Jurídico Lema, Madrid, 2007.

LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J. La protección constitucional del consumidor frente a la publicidad engañosa. *Methados Revista De Ciencias Sociales*. 2018, vol. 6, núm. 1, pp. 94-107. Obtenido de <https://doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.209>

MARÍN LÓPEZ, M. J. (marzo, 2010): La “lista negra” de prácticas comerciales engañosas con consumidores. *Centro de Estudios de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha. Véase en <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp->

[content/uploads/2013/08/Practicas-comerciales-engañosas-España-2010.pdf](https://www.marketingdirecto.com/digital-general/social-media-marketing/influencers-marcas-aprueba-codigo-regulacion-publicitaria-influencers)

Marketingdirecto. (9 de octubre de 2020). *Influencers y marcas: Se aprueba un Código de regulación publicitaria con influencers*. [Recuperado el 23 de junio de 2021]. <https://www.marketingdirecto.com/digital-general/social-media-marketing/influencers-marcas-aprueba-codigo-regulacion-publicitaria-influencers>

MARLENE ISLER SOTO, E. (2010). Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor. En *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins*, núm. 6, vol. I, 2010, pp. 125-148.

MARTÍ PARREÑO, J. *Publicidad y entretenimiento en la web: estrategias, formatos y tipologías de Advertainment* Tesis doctoral, Universidad Politécnica de Valencia, 2003.

MASSAGUER FUENTES, J. “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”, Civitas, 1999, pp. 60-67.

MOVILLA MENGUAL, L. A.: *La función de comunicación comercial del product placement y su influencia en los sistemas de producción audiovisual*. Tesis de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias de la Información, Departamento de Comunicación Audiovisual y Publicidad I, 06/03/2009.

PADILLA CASTILLO, G., OLIVER GONZÁLEZ, A. “«Instagramers» e «influencers». El escaparate de la moda que eligen los jóvenes menores españoles”. *Revista Internacional de Investigación en Comunicación*, 2018, Vol. 18 núm.18, pp. 42 a 59.

PATIÑO ALVÉS, B.: *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*, Tesis Doctoral, J.M. Bosch, Barcelona, 2007.

PEDRÓN PARDO V. *Análisis de la 1ª amonestación a un influencer en España por publicidad encubierta* [Recuperado el 29 de junio de 2021],

<https://terminosycondiciones.es/2020/01/27/analisis-de-la-1a-amonestacion-a-un-influencer-en-espana-por-publicidad-encubierta/>

PORTO CORTÉS, A. “Capítulo 13: Publicidad engañosa y competencia desleal”. En: P. FERNÁNDEZ BURGUEÑO *Manual de derecho de Consumo*, España, Lex Nova, 2013.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V. “Types of product placement: A theoretical overview”. *Revista Irocamm*, 2020, Vol. 1, núm. 3, pp. 7-22. Obtenido de [doi:https://dx.doi.org/10.12795/IROCAMM.2020.v01.i03.01](https://dx.doi.org/10.12795/IROCAMM.2020.v01.i03.01)

ROMO ÁLVAREZ, M.J, OCHOA HERRERA V. *Los influencers y su impacto en el comportamiento de compra de los millennials*. Guayaquil - Ecuador: Supera, 2020, pp. 8-31.

SANCHEZ GALÁN, J. (14/01/2018): Publicidad encubierta. *Economipedia.com*. Véase en <https://economipedia.com/definiciones/publicidad-encubierta.html>

SÁNCHEZ RUIZ, M. “La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto y la propuesta de reforma de la directiva de servicios de comunicación audiovisual”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* octubre 2007, Vol. 9, núm. 2, pp. 506-529. Obtenido en [doi:https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3884](https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3884)

SANZ-MARCOS, P; JIMÉNEZ-MARTÍN, G; ELÍAS ZAMBRANO, R. "La incorporación de la figura del influencer en las campañas publicitarias: Consecuencias para las agencias de publicidad españolas". En *adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, 2019, pp. 63-86. Obtenido en [doi:http://dx.doi.org/10.6035/2174-0992.2019.18.5](http://dx.doi.org/10.6035/2174-0992.2019.18.5)

SIXTO-GARCÍA, J., y ÁLVAREZ VÁZQUEZ, A. *Influencers en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular*, *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 2020, núm. 26, vol.4, pp. 1611- 1622. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.5209/esmp.66921>

SOLÍS LERICI A. (5 de febrero de 2020). *Uno de cada tres influencers españoles encubre la publicidad. Más del 60% de los influencers en España cree que no identificar contenidos como patrocinados no molesta a sus seguidores, según un estudio*. En *Economía Digital*. [Recuperado el 29 de junio de 2021], https://www.economiadigital.es/tecnologia/uno-de-cada-tres-influencers-espanoles-encubre-la-publicidad_20031081_102.html

STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, P. “Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial. Introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal”. *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, 2007, núm. 34, pp. 179-200.

SUTIL MARTÍN, D.L *Mensajes subliminales en la publicidad*. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

TATO PLAZA, A. *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad (II): Tercera parte. Régimen jurídico de la publicidad*. Tirant lo Blanch, 2014, pág. 1923.

TATO PLAZA, A. La publicidad comparativa, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, pp. 217 y ss.

TATO PLAZA, A. (2019). “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales («influencers»)”. En *Revista de Derecho mercantil*, núm.311, vol. II.

TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010.

TOBÍO RIVAS, A. M. Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea. En L. C. MIRANDA SERRANO, *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad* Madrid:Marcial Pons, 2018, pp. 63-92.

VELASCO SAN PEDRO, L.A. “Competencia Desleal y Publicidad”. En L.M MIRANDA SERRANO, J. COSTAS COMESAÑA, J.M SERRANO CAÑAS, A. CASADO NAVARRO, *Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de la actualidad*. España, Marcial Pons, 2018, pp. 39-60.

VILAJOANA ALEJANDRE, S. *Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, Barcelona, 2015.

Web de Marketing.net. [Recuperado el 7 de abril de 2021], de https://webdemarketing.net/publicidad-encubierta/#Ejemplos_mas_descarados

WELLS W., BURTNETT, J., MORIARTY, S. *Publicidad. Principios y prácticas*. Prentice-Hall Hispanoamericana, México, 1996. [Recuperado el 27 de 04 de 2021].

Www.aytojaen.es. Obtenido de <http://www.aytojaen.es/portal/RecursosWeb/>