

## El principio de autenticidad en la comunicación comercial

José Justo Megías Quirós  
Universidad de Cádiz  
[josejusto.megias@uca.es](mailto:josejusto.megias@uca.es)

**Resumen:** *La ley exige que los consumidores puedan siempre percibir la publicidad como tal, pero existen prácticas para evitarlo difíciles de perseguir. Los códigos de conducta recogen también este principio y permiten un seguimiento más estricto. En estas páginas se analiza la actividad desarrollada por el Jurado de la Publicidad (Autocontrol) en esta materia.*

**Palabras clave:** *publicidad, ética, autenticidad, veracidad, autorregulación*

---

**Abstract:** *The Law requires that consumers can always perceive advertising as such, but there are practices to avoid it difficult to pursue. Codes of Conduct also collect this principle and allow tighter monitoring. In these pages we analyze the activity of the Jury of Advertising (Autocontrol) in this regard.*

**Keywords:** *advertising, ethic, authenticity, veracity, self-regulation*

*Recibido:* 29 de septiembre de 2012

*Aceptado con modificaciones:* 21 de marzo de 2013

## 1. Introducción y marco normativo

El principio de autenticidad proscribía aquellas prácticas publicitarias que pudieran generar confusión en el consumidor sobre el carácter publicitario de la comunicación. Así se desprende del artículo 9 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP) al exigir a los medios que deslinden de forma clara entre información y publicidad y a los anunciantes desvelar el carácter publicitario de sus anuncios. El artículo 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) prohíbe otorgar a la publicidad la apariencia de comunicación informativa. Ambas normas fueron modificadas por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, de modificación del régimen general de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>1</sup>. La modificación no afectó al contenido de la LGP, en la que sólo se reenumeró el artículo; la LCD, en cambio, incorporó matices para reforzar el deber de los anunciantes de hacer identificable su publicidad.

El interés por una publicidad transparente se advierte también en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA). Establece en su artículo 13.1 que “La publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial”, concretando el artículo 14 que “2. Tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas [...] 3. En la emisión de publirreportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación *publicidad*”<sup>2</sup>.

En cuanto a la publicidad por medios electrónicos, es la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI) la que la regula en sus artículos 18 a 22. Además de prohibir la publicidad no deseada, en su artículo 20.1 establece que “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”.

Aunque podríamos pensar que las citadas normas son suficientes para asegurar el principio de autenticidad, la ley tiene unos contornos tan rígidos, en contraste con la creatividad e imaginación de los profesionales de la publicidad, que no resulta difícil encontrar vías para eludir sus restricciones<sup>3</sup>. De ahí la necesidad de promover los sistemas de autorregulación, cuyos órganos de control no se limitan –o no deben

---

<sup>1</sup> Las modificaciones venían exigidas por el deber de transposición de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DO L 149, de 11 de junio de 2005), y de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DO L 376, de 27 de diciembre de 2006).

<sup>2</sup> En los mismos términos se expresa, incluyendo algún matiz más, el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LGCA.

<sup>3</sup> Si a ello le unimos la lentitud de los tribunales en la resolución de las demandas, podemos coincidir en la necesidad de revalorizar el papel de los códigos de conducta y de los órganos de control contemplados en ellos.

limitarse- a juzgar si la publicidad se ajusta o no la ley, sino si es honesta o no lo es, así como las posibles consecuencias negativas para la sociedad en general o para los consumidores en particular<sup>4</sup>.

En el ámbito de la autorregulación, el principio de autenticidad viene recogido en el artículo 9.1 del Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia de la ICC (versión de junio de 2011); establece que el mensaje comercial “debe percibirse claramente como tal, cualquiera que sea su forma y el medio utilizado. Cuando un anuncio aparezca en un medio que contenga noticias o material editorial, éste debe ser presentado de tal forma que pueda ser fácilmente reconocido como un anuncio y la identidad del anunciante también debe ser evidente”. Más escueta, pero en el mismo sentido, se pronuncia la norma 13 del Código de Conducta Publicitaria (CCP) de Autocontrol al establecer que la publicidad debe ser “identificable como tal sea cual sea su forma o el medio utilizado”. En el ámbito de la publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia, el artículo 5 del Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (Confianza Online) es muy explícito al establecer que la publicidad “será fácilmente identificable como tal. No se admitirá la publicidad encubierta”.

El respeto de estas normas y su correcta aplicación por los órganos de control no sólo beneficiará a la sociedad con una publicidad más honesta, sino a los propios profesionales de la publicidad, cuyos mensajes serán recibidos por los consumidores con mayor confianza<sup>5</sup>.

## 2. Objetivo y metodología

A lo largo de estas páginas trataremos de analizar los tipos y modelos de publicidad idóneos para soslayar las exigencias del principio de autenticidad, es decir, para generar confusión en los consumidores acerca de su carácter publicitario o sobre los productos y servicios publicitados. Aunque la prohibición normativa más explícita recae sobre la publicidad encubierta y el ocultamiento de la identidad del anunciante, también puede ser idónea para generar confusión la publicidad indirecta cuando, de forma fraudulenta, persigue la promoción de productos (medicamentos, alcohol, tabaco, armas, etc.) o servicios cuya publicidad esté prohibida o restringida por la ley en determinados medios u horarios. También encajaría en estos supuestos la publicidad subliminal<sup>6</sup>, pero por razones de espacio, nos ocuparemos de analizar

---

<sup>4</sup> No le falta razón a Méndiz cuando afirma que tampoco podemos conformarnos con los códigos deontológicos, que vienen a establecer alguna restricción más de las contempladas en la ley. “Existe también una ética no basada en limitaciones, sino en modelos, cualidades, virtudes o valores que los profesionales de la publicidad deben tratar de alcanzar, de imitar o –cuando menos- deberán respetar. Si reducimos la Ética a los códigos, nos aproximamos llamativamente al ámbito del Derecho –perdemos la identidad de la Ética- y olvidamos muchos aspectos verdaderamente centrales de la Deontología publicitaria” (Méndiz Noguero, 2005: 71).

<sup>5</sup> La falta de ética es percibida por el consumidor, que puede ser engañado una o varias veces, pero que termina por recelar de todos los mensajes publicitarios. Cuando ese juego sucio es percibido, “los públicos reaccionarán sin duda con una penalización, no sólo contra el producto, sino también contra los productos similares de otros fabricantes e incluso contra instituciones relacionadas, de manera más intensa cuanto más aguda sea la percepción del desfase sufrido y del daño económico percibido”(León, 2008: 18).

<sup>6</sup> La publicidad subliminal está prohibida por los artículos 3 c) y 4 LGP y 18 LGCA. Aunque la norma 13 CCP no se refiere a ella de forma expresa, es ilícita porque resulta imposible su

únicamente la publicidad encubierta e indirecta emitida o insertada en los medios de comunicación durante los últimos años, así como de las resoluciones del Jurado de la Publicidad (Autocontrol) relacionadas con estas prácticas.

El estudio tiene como objetivo también la exposición de los criterios utilizados por el Jurado para entender cumplido el deber de identificación. Para llevar a cabo este cometido, hemos examinado la publicidad reclamada ante el Jurado –procediendo posteriormente al análisis crítico de las resoluciones dictadas por éste-, así como otras comunicaciones que, sin llegar a ser reclamadas ante el Jurado, han suscitado en la opinión pública ciertos recelos por su posible carácter publicitario sin que éste quedara suficientemente de manifiesto.

### 3. Publicidad encubierta

En ocasiones, la comunicación comercial está revestida de una apariencia que impide al consumidor su inmediata identificación como tal, de ahí su ilicitud<sup>7</sup>. El Jurado de la Publicidad considera ilícita toda publicidad que de forma escrita, verbal, visual o sonora presente –en cualquier tipo de formato o medio- “bienes, servicios, nombre, marca, actividad o elementos comerciales propios de un empresario con propósito publicitario, pudiendo inducir al público a error en cuanto a su naturaleza por no identificar las piezas publicitarias como tales”<sup>8</sup>.

Es frecuente que estas prácticas, que tratan de enmascarar su carácter publicitario, encuentren acomodo por lo general en los medios de comunicación, pero no resulta extraño el uso de otras vías con las que se logra que el consumidor preste mayor atención de la que hubiera prestado de haberla identificado como publicidad desde un principio. Un ejemplo de ello lo tenemos en el folleto publicitario de Sono Clinic reclamado por un consumidor. Su diseño, combinado con el modo de hacerlo llegar a los destinatarios<sup>9</sup>, hizo estimar al Jurado que se trataba de publicidad encubierta. En su anverso figuraba un texto que imitaba una nota manuscrita con el mensaje “He estado llamando 5 minutos, pero no me has debido oír... Por favor, lee la parte de atrás y llámame. Un abrazo”. En el reverso del folleto figuraba la información sobre los servicios del anunciante, relacionados con el cuidado del sistema auditivo. Para el Jurado, el formato publicitario utilizado contravenía la norma 13 CCP al impedir, por su propio diseño, la inmediata identificación como publicidad, induciendo al destinatario a percibirla inicialmente como una comunicación de carácter personal:

La recepción de una nota –aparentemente manuscrita- en la puerta de tu domicilio advirtiéndote de una circunstancia como la indicada en la publicidad (*“he estado llamando 5 minutos, pero no me has debido oír... Por favor, lee la parte de atrás y llámame. Un abrazo”*), llevará a un consumidor medio a entender que el objeto de la

---

identificación, lo que la hace idónea para condicionar las decisiones libres y conscientes de los consumidores. Vid. Becerra, 2005 y Ferrer, 2000.

<sup>7</sup> No sólo es ilícita –contraria a la ética-, sino también ilegal al establecerlo así el artículo 18.2 LGCA: “Está prohibida la comunicación comercial encubierta [...]”.

<sup>8</sup> Resolución de la Sección Sexta del Jurado de 15 de diciembre de 2005, AUC vs. Diageo España, S.A., “VAT 69”, Fundamento Deontológico (FD) 3º.

<sup>9</sup> El folleto no fue depositado en el buzón para publicidad habilitado en el edificio, ni siquiera en los buzones particulares, sino que fue adherido a las puertas de cada vivienda como si se tratara de una nota personal dirigida al propietario por algún conocido.

nota es el de transmitir un mensaje según el cual algún allegado está intentando contactar con él, cuando en realidad no sólo no es así, sino que se utiliza dicha confusión como reclamo publicitario, buscando captar un mayor grado de atención por parte del consumidor al crear en él un sentimiento de atención superior producido por una presumible preocupación y curiosidad<sup>10</sup>.

Los primeros en hacer uso de la publicidad encubierta fueron los medios escritos de comunicación. Aparentaban ofrecer información objetiva sobre algún producto o servicio cuando en realidad se trataba de publicidad<sup>11</sup>. Posteriormente también los medios audiovisuales le dieron acogida en programas, concursos, entrevistas, etc. En relación a los medios escritos, el Jurado ha reiterado una doctrina clara:

El principio [de autenticidad] pretende delimitar con precisión las manifestaciones que realicen los medios de información en cumplimiento de su función informativa respecto de aquellas otras que realicen cumpliendo una función publicitaria. Por tanto, en virtud de tal principio, el formato elegido por el anunciante como soporte de su publicidad ha de permitir la indiscutible identificación como tal de la misma; es decir, su presentación general debe desvelar inequívocamente el carácter publicitario del mensaje que se envía al consumidor destinatario, de forma que éste no pueda atribuir a la comunicación recibida un carácter informativo o cualquier otro distinto del estrictamente publicitario.

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

Los destinatarios esperan que los mensajes informativos posean un grado de objetividad y neutralidad mayor que el que inspiran los mensajes publicitarios. De modo que si un mensaje publicitario se disfraza bajo la apariencia de un mensaje informativo se puede desencadenar un grave error en los destinatarios, que pueden atribuir al mensaje publicitario el mismo grado de objetividad y neutralidad que atribuyen a los mensajes informativos<sup>12</sup>.

Por ello, para evitar cualquier confusión en el consumidor es preceptivo adoptar precauciones que le permitan distinguir claramente su carácter. Las más frecuentes consisten en incluir una advertencia destacada sobre su carácter publicitario, cambiar el tipo de letra de forma notoria respecto del resto de los contenidos, modificar el diseño o presentación del supuesto artículo, etcétera<sup>13</sup>.

En ocasiones es complicado determinar si se trata de un artículo informativo con un efecto publicitario secundario<sup>14</sup> o de publicidad revestida de apariencia informativa

---

<sup>10</sup> Resolución de la Sección Sexta del Jurado de 23 de enero de 2008, Particular vs. Sono Clinic, FD 2º.

<sup>11</sup> A. Labio realiza un atractivo y certero recorrido sobre las diversas prácticas utilizadas por los medios escritos que permiten presentar la publicidad como información (Labio, 2006: 57-63).

<sup>12</sup> Resolución de la Sección Cuarta del Jurado de 26 de enero de 2006, Particular vs. Daimlerchrysler-Mercedes Benz, "Mercedes Clase S", FD 1º.

<sup>13</sup> No basta con indicar su carácter publicitario si todo lo demás hace creer al lector que se trata de información objetiva e imparcial (Labio, 2006: 63-64). Así lo entendió la Sección Primera del Jurado en Resolución de 26 de junio de 1998, UCE vs. Tecnos Sakura, "Aire acondicionado Fujitsu". A pesar de incluir la advertencia de que se trataba de publicidad, la presentación visual y literaria del texto (tipo de letra, títulos, subtítulos y firma del autor) inducían claramente a pensar que se trataba de un artículo de información.

<sup>14</sup> Algunas reclamaciones han llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), pues están en juego la libertad de expresión del periodista y la reputación del profesional sobre el que se realiza la información, cuya honestidad se pone en tela de juicio. En los asuntos *Barthold c. R.F. de Alemania* (Sentencia de 25 de marzo de 1985) y *Stambuk c. Alemania* (Sentencia de 17

para captar así la atención del lector y reforzar la credibilidad del contenido. Esto exige al Jurado analizar las circunstancias de cada caso. Si sólo se persigue informar –aunque se produzca un efecto publicitario secundario-, no existen problemas éticos.

En relación a los medios audiovisuales la doctrina del Jurado no ofrece dudas sobre la aplicabilidad de la norma 13 CCP. Aunque reconoce que la prohibición de la publicidad encubierta fue establecida para frenar las prácticas abusivas en los medios escritos, entiende que este concreto origen no impide extender la prohibición “a nuevas modalidades publicitarias en las que el carácter publicitario del mensaje no aparece adecuadamente revelado. Sobre todo, cuando entre estas nuevas modalidades y las hipótesis tradicionales de publicidad encubierta existe una identidad de fondo”<sup>15</sup>. En los últimos años se hizo frecuente ver en televisión a un informador, aparentemente neutral, promocionar un producto dentro del propio programa informativo. Y también a un presentador, a un invitado, a un director de concurso, etc., que, sin solución de continuidad pasaban del contenido del programa en cuestión al contenido publicitario, pudiendo pasar inadvertido al televidente su carácter publicitario. Tras las últimas modificaciones legales, resulta más sencilla su identificación pues la nueva regulación exige la inserción en la pantalla de una advertencia sobre su carácter publicitario. Sin embargo, aún no se ha logrado establecer medidas eficaces contra estas prácticas en la radio, en la que continúa ganando terreno a la típica cuña publicitaria “enlatada”.

La mayor dificultad en el control de la publicidad encubierta radica en probar de forma fehaciente que se trata de publicidad<sup>16</sup>. La satisfacción de un pago por parte del anunciante allanaría su calificación, pero no siempre se puede demostrar su existencia; ello ha llevado al Jurado a estimar que la imposibilidad de esta prueba no debe conllevar la desestimación de las reclamaciones, sino que será preciso analizar el contexto para proceder a su calificación como publicidad encubierta o no<sup>17</sup>. A mayor abundamiento, ni siquiera es necesaria la contraprestación económica por parte del anunciante, pues pueden existir otras razones no económicas –vínculos de amistad o profesionales entre el anunciante y el medio o el informador- que hayan motivado su inclusión gratuita<sup>18</sup>.

---

de octubre de 2002), el TEDH vino a confirmar que un efecto publicitario secundario no implica que nos encontremos necesariamente ante una publicidad encubierta, precisándose elementos claros que corroboren el fin publicitario perseguido (Rubí i Puig, 2008: 120-161).

<sup>15</sup> Resolución AUC vs. Diageo España, S.A., “VAT 69”, cit., FD 4º. Las normas contemplan medidas para evitar estas confusiones intencionadas en la medida de lo posible, como es, por ejemplo, el uso de *cortinillas* en televisión. El problema es el alto nivel de incumplimiento. Vid. Informe IE-AC 09/34 *Sobre identificación de la publicidad en operadores bajo la competencia del Consejo Audiovisual de Andalucía*, de 18 de septiembre de 2009.

<sup>16</sup> Como ejemplo de publicidad encubierta se pueden citar las resoluciones de julio de 2009 de la autoridad estatal italiana. Sancionó a Mediaset por anunciar de forma encubierta la marca de ropa Monella Vagabonda en las emisiones de *Este domingo* y *Tarde 5*, y a la RAI por la emisión de *La isla de los famosos*, en la que los concursantes lucían joyas de la colección de MyMara. Tanto las prendas de vestir como las joyas ocuparon numerosos primeros planos no justificados, lo que dio lugar a una investigación que concluyó con la sanción de 440.000 euros.

<sup>17</sup> Cfr. Resolución AUC vs. Diageo España, S.A., “VAT 69”, cit., FD 5º.

<sup>18</sup> Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 9 de junio de 2011, al resolver una cuestión prejudicial. La sentencia recoge que no sólo es publicidad encubierta aquella por la que el anunciante ha realizado un pago, sino toda aquella que lo sea realmente, aunque se haya insertado de forma gratuita (Arias Máiz, 2012)

De igual modo, tampoco precisa para su calificación como publicidad encubierta que el anunciante haya participado en la elaboración de la pieza. Este criterio, fijado por la jurisprudencia europea, ha sido utilizado por el Jurado en reiteradas resoluciones, calificando como publicidad algunas comunicaciones informativas sobre bebidas alcohólicas; por ejemplo, cuando, excediendo el objetivo informativo, incluyen expresiones que promocionan el consumo de la bebida<sup>19</sup>. Puede que en estos supuestos se exima de responsabilidad ética al anunciante y se considere como único responsable al medio de comunicación; así ocurre si logra demostrar que no tuvo participación alguna en los hechos ni prestó su consentimiento a la publicación. El Jurado aplicó este criterio al resolver la reclamación sobre una información insertada en la revista *Diez Minutos*, que publicó gratuitamente y por iniciativa propia una información remitida por una bodega, pero sin que ésta interviniera en su redacción final, presentación, configuración, etc., y sin satisfacer contraprestación alguna. Denunciada por carecer de la llamada al consumo moderado, la Sección Segunda del Jurado consideró responsable a la bodega y estimó que no se trataba de información, sino de publicidad de bebida alcohólica que debería haber incluido la advertencia. El Pleno del Jurado, sin embargo, anuló la resolución sancionadora al estimar que, aún rebasando el carácter informativo y reconociendo su carácter publicitario, la bodega ni había participado en la elaboración del artículo, ni había consentido el incumplimiento de la exigencia ética de instar al consumo moderado<sup>20</sup>.

Las polémicas suscitadas en torno a las prácticas de publicidad encubierta en las redes sociales son más recientes. Las primeras controversias surgieron a raíz de los posts con contenidos supuestamente publicitarios publicados en blogs sin advertir a los seguidores que mediaba una relación económica entre el blogger y la marca mencionada, práctica que fue calificada como publicidad encubierta. La dificultad en estos casos se encontraba en determinar si se trataba realmente de un comentario personal libremente formulado por el blogger o si había recibido por ello algún tipo de compensación. Para frenar los posibles abusos, EEUU modificó en 2010 su *Guide Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising*<sup>21</sup>; la nueva redacción considera lícitos los posts patrocinados siempre que se haga constar la recepción de una contraprestación, de modo que los seguidores puedan valorar con objetividad la imparcialidad de los comentarios. Se entiende por contraprestación no sólo una cantidad de dinero, sino todo tipo de compensación (productos, invitaciones a eventos, viajes, etc.). La nueva regulación persigue así una mayor transparencia en la comunicación, que el usuario pueda percibir que se trata de publicidad.

En diciembre de 2010, el Parlamento Europeo llamaba la atención sobre la extensión de estas prácticas en el ámbito comunitario, denunciando

el desarrollo de una publicidad encubierta en Internet (...) mediante la difusión de comentarios en redes sociales, foros y blogs, que se distinguen difícilmente por su contenido de una simple opinión; considera que existe, desde luego, un riesgo de que los consumidores tomen decisiones equivocadas en la creencia de que la información

---

<sup>19</sup> Vid. Resolución de la Sección Segunda del Jurado de 5 de mayo de 2011, *AUC vs. Pernod Ricard, S.A., “Premium Ballentine’s Blue”* y Resolución de la Sección Segunda del Jurado de 28 de julio de 2011 y del Pleno de 8 de septiembre, *AUC vs. Pernod Ricard, S.A., “Absolut Vodka”*.

<sup>20</sup> Vid. Resolución de la Sección Segunda del Jurado de 1 de diciembre de 2011 y del Pleno de 3 de enero de 2012, *AUC vs. Protos Bodegas de Ribera de Duero Peñafiel, “Protos”*.

<sup>21</sup> Federal Trade Commission, 16 CFR Part 255, FTC Act (15 U.S.C. 45), Section 5.

en que se basan deriva de una fuente objetiva; denuncia los casos en que ciertos operadores de empresas financian directa o indirectamente acciones para favorecer la difusión de mensajes o comentarios en forma electrónica sobre los productos o servicios que parezcan emanar de los propios consumidores cuando se trate realmente de mensajes de carácter publicitario o comercial<sup>22</sup>.

Se sobrentiende que, aunque no se haya procedido aún a una modificación normativa que permita el control eficaz de estos comentarios patrocinados, las prácticas que ocultan tal información deben ser consideradas como publicidad encubierta. Su utilización en Twitter puso en alerta a la británica Advertising Standards Authority (ASA), sorprendida en enero de 2012 por la coincidencia de imágenes de tuiteros con más de un millón de seguidores (Amir Khan, Cher Lloyd, Ian Botham, Rio Ferdinand, Katy Price, etc.) que aparecían en sus tuits consumiendo con naturalidad las barritas de chocolate Snickers. Algunos de ellos llegaron a incluir la frase “no eres tú cuando tienes hambre”, utilizada en la campaña de Mars para promocionar su producto. Meses más tarde emitía la ASA su primera resolución en la que consideraba publicidad encubierta los tuits de los futbolistas Wayne Rooney y Jack Wilshere que incluían el hashtag utilizado por Nike en una de sus campañas y un enlace a la web de la marca<sup>23</sup>. En España, sin que se haya llegado a presentar reclamación ante el Jurado, también se han producido casos similares. En este sentido, la prensa se hizo eco en 2012 de los tuits de Andrés Iniesta, Carles Puyol y Víctor Valdés; no sólo aludían a los anuncios de Estrella Damm, sino que incluían enlaces a los anuncios de la cerveza colgados en Youtube. De estilo similar fueron los tuits de David Villa y Álvaro Arbeloa sobre los anuncios de Sunny Delight y su ResBall. En ninguno de ellos se incluyó advertencia alguna sobre su carácter publicitario.

Incluir comunicaciones comerciales en los tuits ni es ilegal ni es contrario a la ética, siempre que se advierta que se trata de publicidad<sup>24</sup>. De hecho es una práctica que se extiende cada día más, y no sólo entre personajes de relevancia pública con millones de seguidores, sino entre titulares de cuentas que, sin ser famosos y estar a gran distancia de esas cifras, cuentan con suficientes seguidores como para hacerlas atractivas a las marcas que guardan relación con sus contenidos habituales. Aunque no alcancen un impacto considerable, no deja de constituir publicidad encubierta cuando se omite la advertencia de su carácter publicitario.

---

<sup>22</sup> Resolución de 15 de diciembre de 2010 sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores (2010/2052(INI)), n.º 17. Documento P7\_TA(2010)0484.

<sup>23</sup> Cfr. Resolución de 20 de junio de 2012, particular vs. Nike. Obligaba a Nike a cesar en estas prácticas publicitarias y le recordaba la obligación de identificar siempre la publicidad: “We told Nike to ensure that its advertising was obviously identifiable as such”.

<sup>24</sup> Así se desprende de lo establecido en la LSSI, que en la letra f) de su Anexo (Definiciones), afirma que “no tendrán la consideración de comunicación comercial (...) las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”. Debe entenderse, *sensu contrario*, que, de existir contraprestación, tales comentarios tendrán la consideración de publicidad y así debe ser advertido a los usuarios. De lo contrario, se trataría de publicidad encubierta.

## 4. Una práctica delicada: el emplazamiento de producto

Distinto de la publicidad encubierta es el emplazamiento de producto<sup>25</sup> o *product placement*, que se convierte en publicidad encubierta cuando no respeta los requisitos exigidos para su licitud. Prohibido durante muchos años, su relieve en el cine durante la primera mitad del siglo XX y la presión de la industria tabaquera abocaron a su legalización (Lum, Polansky, 2008). Su uso se extendió, más tarde, a la promoción de todo tipo de productos, como se aprecia en el cine más reciente<sup>26</sup>. Esta práctica publicitaria es lícita cuando cumple los requisitos exigidos por la ley, pero no deja de ser criticada, pues, además de tratar como consumidores a los espectadores –sin que éstos puedan evitarlo–, no todos ellos son conscientes del carácter publicitario.

La LGCA define el emplazamiento de producto como “toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa” (artículo 2.31); admite dos modalidades, la visual (el producto aparece de forma explícita en las imágenes) y la verbal (sólo se menciona en el diálogo). Su inserción no se corresponde con una necesidad del guión de la película o del programa, sino que se introduce como consecuencia del acuerdo económico entre el productor del programa o de la película y el anunciante. La ventaja de este recurso es que permite insertar publicidad sin necesidad de reservar espacios o tiempos propios en el medio de comunicación, y tampoco necesita un guión específico, sino que se acomoda al guión principal. A ello se añade la ventaja de que los destinatarios no pueden evitarla con el *zapping* –perderían el hilo de la acción–, frecuente con la publicidad tradicional.

La ley permite el emplazamiento en películas, largometrajes, cortometrajes, series de televisión, documentales y programas deportivos y de entretenimiento, siempre que tenga un carácter secundario en el guión y que no inste directamente al consumo. Lo prohíbe en la programación infantil (artículo 17 LGCA), pues los espectadores suelen asociar el producto con el personaje que interactúa con él,

provocando de esta forma lo que en la ciencia del marketing se conoce como transferencia de imagen: esto es, la transferencia al producto de los valores que el público normalmente anuda al personaje en cuestión. [...] Un sector significativo del público puede pensar que el consumo del producto en cuestión forma parte de las características esenciales y de la propia personalidad del personaje. En cambio, el efecto que se consiga será menor cuando el público conozca que la presencia del producto no obedece a su indiscutible vinculación con el personaje, sino a una finalidad puramente publicitaria<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Se pone de manifiesto, por ejemplo, en el artículo 2.32 de la LGCA, que define la publicidad encubierta como “La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, *distinta del emplazamiento del producto*, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”. La cursiva es mía.

<sup>26</sup> En la película *Transformer III. El lado oscuro de la luna* (2011), por ejemplo, se insertaron escenas con alusiones a setenta y una marcas distintas.

<sup>27</sup> “De donde se deduce que también en el emplazamiento de producto es necesaria la identificación de la finalidad publicitaria del mensaje para que éste pueda ser adecuadamente valorado por el público”. Resolución AUC vs. Diageo España, S.A., “VAT 69”, cit., FD 4º.

Resulta evidente que los menores carecen de capacidad crítica suficiente para distinguir entre una escena más de su programa o ante un emplazamiento<sup>28</sup>.

#### 4.1. Otras modalidades publicitarias: similitudes y diferencias

Junto al emplazamiento de producto, existen otras prácticas, como el patrocinio y la telepromoción, con algunas características similares. En el patrocinio<sup>29</sup>, que implica la contribución económica con un programa, ni se insta al consumo ni los actores o presentadores interactúan con el producto o servicio publicitado; sólo comunica el patrocinio mediante un mensaje explícito que precede al programa (patrocinio dinámico: “Heineken patrocina este partido” mientras aparece la imagen de la cerveza) o mediante la simple presencia de la marca o producto en el escenario (patrocinio estático) en el que se desarrolla la acción (micrófono, set del programa, plató, etc.); en ambos casos se percibe con claridad la finalidad publicitaria<sup>30</sup>.

En la telepromoción el presentador interactúa con el producto o servicio, pero a diferencia de lo que ocurre en el emplazamiento, lo hace al margen del guión principal, aunque utilice el mismo escenario, la ambientación y el atrezzo del propio programa<sup>31</sup>; supone una especie de pausa en el guión –en el emplazamiento no se produce tal pausa- para hablar del producto o servicio que se publicita. Dado que debe apreciarse de forma clara y expresa que se trata de una actividad publicitaria, se exige que –al principio y al final de su emisión- se sobreimprima de forma visible la palabra “publicidad”. Con ello se persigue evitar que el espectador asocie inconscientemente el producto con el personaje que interactúa con él, originándose la ya referida transferencia de imagen.

En los últimos años se ha abierto camino una nueva modalidad cuyo carácter publicitario no es percibido fácilmente por los consumidores, el *branded content* o contenido vinculado a la marca. Se construye sobre la producción de contenidos atractivos de entretenimiento, de información, de educación, etc., con el objetivo de destacar los valores de una marca sin instar al consumo de los productos o servicios de ésta (Ramos, 2006: 39). Los mensajes positivos se insertan en el marco de un reportaje, una entrevista, un concurso, un programa, una broma, etc., en cuya producción participa el anunciante, integrando de forma natural los valores propios que desea destacar. A diferencia de la publicidad convencional, que entra en la vida

---

<sup>28</sup> Así lo puso de manifiesto el TEDH en el asunto *Nederlandse Omroepprogramma Stichting c. Holanda* (Sentencia de 13 de octubre de 1993). Consideró que la aparición de chicos bebiendo Coca-cola en un reportaje sobre un campamento de verano constituía publicidad encubierta, imperceptible como tal para los menores por su inmadurez crítica.

<sup>29</sup> La LGCA lo define en su artículo 2.29 como “Cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos”. Queda regulado en el artículo 16 de la citada ley.

<sup>30</sup> El Reglamento de desarrollo de la LGCA, aprobado por Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre y en vigor desde el 7 de enero de 2012, ha establecido medidas más concretas para evitar la posible confusión sobre su carácter publicitario por parte del consumidor.

<sup>31</sup> La LGCA la define en su artículo 2.27 como “La comunicación comercial audiovisual en la que el presentador o cualquiera de los protagonistas del programa, utilizando el escenario, la ambientación y el atrezzo del programa, exponen por un tiempo claramente superior a la duración de un mensaje publicitario las características de un bien o servicio, de manera que el mensaje no puede ser emitido de manera independiente al programa correspondiente”.

del consumidor lo quiera o no, esta modalidad requiere la aceptación del propio consumidor: es el consumidor quien toma la decisión de ver, leer u oír el contenido que se le ofrece<sup>32</sup>. El fin publicitario –secundario- de los contenidos y la sutileza con la que se insertan los valores del anunciante han hecho ver en el *branded content* una evolución muy sofisticada del *product placement* (Ramos, 2006: 41 y Pineda, 2009: 131)<sup>33</sup> o considerarlo como el “hermano prodigioso del patrocinio” (Hermoso de Mendoza, 2012).

Hasta ahora no se han producido reclamaciones ante el Jurado de la Publicidad ni se ha puesto en tela de juicio su legalidad, exigiéndose tan sólo que la información sea veraz, también en cuanto a los valores promocionados. No obstante, no deja de ser publicidad de la marca en cuestión, por lo que sería deseable reflexionar sobre la necesidad de incluir algún tipo de indicación, pues no todos los consumidores serán conscientes del fin publicitario secundario que se persigue<sup>34</sup>.

## 4.2. Problemas de identificabilidad o autenticidad

El patrocinio y la telepromoción, por tanto, no deben presentar problemas de identificabilidad, pues la ley exige que conste visiblemente que es publicidad o se perciba claramente como tal, según las modalidades. Sin embargo, el *branded content*, al que las normas han ignorado hasta el momento, está separado por una delicada línea de la publicidad encubierta que adopta sus formas. El debate sobre esta cuestión cobró notoriedad en enero de 2013 con el inicio de la plataforma BrandCont, cuya publicidad ofrecía la producción de campañas publicitarias disfrazadas de contenidos informativos en los medios digitales<sup>35</sup>. En estos supuestos se trataría de verdadera publicidad encubierta, pues el consumidor, aunque accede al contenido voluntariamente, lo hace sin ser consciente de que se trata de publicidad disfrazada de información.

También el emplazamiento plantea dificultades cuando no se ajusta a la legalidad, pues aparenta ser una escena más de la película o del programa cuando en realidad se trata de publicidad<sup>36</sup>. Ante las reclamaciones, el Jurado se ve en la tesitura de juzgar si es lo uno o lo otro, y no resulta sencillo porque no siempre se pueden obtener pruebas de la existencia del contrato publicitario. Como ya hemos afirmado, no exime de responsabilidad el hecho de que no se pueda demostrar la existencia de un contrato publicitario, por ello reitera el Jurado que no cabe alegar que

---

<sup>32</sup> Más detalles en Muñoz Torregrosa, 2006.

<sup>33</sup> Esta consideración ha sido analizada más extensamente por Hudson y Hudson, 2006.

<sup>34</sup> Esta es la razón de la polémica suscitada en torno a los contenidos de dos de los programas *I+* emitidos en TVE2 en febrero de 2013 y titulados *Hidratación y deporte* y *El ADN del trigo*. Aunque no queda claro en la noticia si se trata de patrocinio o *branded content*, el sindicato denunciante estimaba que se incurría en publicidad encubierta por la supuesta participación de marcas en la producción de los reportajes. Vid. Torrús, A., “El sindicato CGT señala que el programa ‘I+’ del segundo canal de TVE tiene como fin la promoción de marcas...”, en *Público*, 20 de febrero de 2013.

<sup>35</sup> En el vídeo promocional de la plataforma se llega a afirmar que “Los contenidos se publican en la zona editorial de los medios y la audiencia los percibe como si fueran creados por el propio medio”. Sobre los *advertorials*, Ramos, 2006: 38.

<sup>36</sup> Un estudio más extenso en Iráculis Arregui, 2011.

la falta de prueba en cuanto a la existencia de una contraprestación económica por el emplazamiento del producto en el sketch pueda eximir directamente a esa pieza de constituir un supuesto de publicidad encubierta. Antes bien, la calificación del emplazamiento de producto como un supuesto de publicidad encubierta, más allá de la prueba de la existencia de una contraprestación económica (que raras veces se producirá) exige un detallado análisis de la justificación y características del emplazamiento. Será a través del análisis de las circunstancias que rodeen a cada caso concreto cuando se pueda concluir si el emplazamiento persigue una pura finalidad escénica o, más allá de ésta, persigue también un propósito publicitario a favor de un determinado producto. Para ello será pues necesario que se analicen las características del emplazamiento y su relación con el resto de elementos de la pieza<sup>37</sup>.

En estos casos, afirma Tato Plaza, habría que considerar que existe emplazamiento ilícito “cuando no está justificado desde una perspectiva escénica, ya sea porque no existe ninguna relación entre el producto y la escena en la que se inserta, ya sea porque el producto ha sido insertado en la película o serie de forma que excede o resulta desproporcionada respecto de la necesidad escénica que justificaba el emplazamiento” (Tato Plaza, 2001: 592)<sup>38</sup>. Así lo estimó el Jurado al juzgar la reclamación presentada contra el cortometraje *Soberano, el rey canalla*, producido por Miguel Bardén<sup>39</sup>. A juicio del Jurado, las escenas que hacían referencia a la bebida eran tan explícitas y destacadas que no se les podía atribuir un carácter secundario. Se trataba de publicidad explícita, pero encubierta, por lo que requirió a los reclamados la inserción de una advertencia al respecto tanto en los créditos iniciales como finales del cortometraje.

## 5. Publicidad indirecta

La publicidad indirecta no oculta en ningún momento su carácter publicitario, de modo que los consumidores la identifican sin dificultad. La falta de autenticidad se produce –en esta modalidad– sobre el producto o servicio que realmente se pretende publicitar, pues utiliza rótulos, distintivos, eslóganes, símbolos u otros elementos que con facilidad llevan a los consumidores a realizar una asociación con un producto no “mencionado”.

No constituye una publicidad ilícita en sí misma, pues se puede utilizar para publicitar productos que no están sometidos a restricciones. Sin embargo, constituye una vía idónea para salvar las limitaciones legales o éticas que restringen la publicidad de determinados productos (como el alcohol o el tabaco) y que se eluden de este modo (Iráculis Arregui, 2010). En este supuesto, estaríamos ante una publicidad ilícita, pues con ella se persigue de un modo indirecto lo que la ley y la ética no permiten hacer de modo directo<sup>40</sup>. Por lo general, para que estas prácticas publicitarias alcancen su objetivo es necesario que el producto –cuya publicidad se

---

<sup>37</sup> Resolución AUC vs. Diageo España, S.A., “VAT 69”, cit., FD 5º.

<sup>38</sup> Rubí i Puig pone de relieve que el inconveniente de este criterio es que obliga al Jurado a erigirse en crítico de cine sin que sus miembros sean expertos en esta materia (2008: 369).

<sup>39</sup> Resolución de la Sección Tercera del Jurado de 26 de abril de 2001 y del Pleno de 4 de junio de 2001, FEBE vs. González Byass, S.A., “Soberano”.

<sup>40</sup> Estas restricciones legales no son caprichosas, sino que tienen sus motivos y tratan de salvaguardar determinados bienes y valores sociales.

haya restringido- sea suficientemente conocido entre los consumidores, siendo éstos quienes realizan la asociación de productos prácticamente de forma inconsciente.

Las prácticas más habituales suelen ser tres. La primera consiste en la presentación de un producto de tal forma que induce a la asociación por parte del consumidor con otro producto cuya publicidad está prohibida. No es extraño, por ejemplo, encontrar en el mercado prendas de vestir comercializadas por una empresa que también comercializa tabaco, como Marlboro. Para la publicidad de sus prendas utilizaba imágenes o mensajes de gran similitud a los utilizados en los anuncios del tabaco, de modo que aprovechaba la popularidad por asociación. La imagen del legendario cowboy de Marlboro se hacía presente en la publicidad de las prendas junto a eslóganes como “El espíritu cowboy se renueva”, “Espíritu legendario del oeste americano” o “Concebida para el hombre que busca un estilo propio y genuino”, etc. En la actualidad, este tipo de publicidad que induce a asociar los dos productos constituye publicidad indirecta ilícita por la prohibición que recae sobre el tabaco. Aunque sigue comercializándose la ropa como *Marlboro Classic* y mantiene el mismo *look* o estilo de siempre, su presentación publicitaria debe evitar que se genere en el consumidor cualquier tipo de asociación con el tabaco<sup>41</sup>.

La segunda modalidad persigue, a través de la publicidad corporativa o genérica de una marca –en la que no se mencionan productos concretos–, inducir al consumidor a establecer la asociación con uno de sus productos en particular. Entre los supuestos enjuiciados por el Jurado encontramos la reclamación contra la publicidad de Larios en 1997. El anuncio reclamado contenía escenas, en blanco y negro, de jóvenes en situaciones desenfadadas, mientras una voz en off las acompañaba con mensajes en sintonía con las imágenes (“Tantos días por estrenar”, “tanta vida por vivir”, etc.). En ningún momento se mostraban productos de la destilería, pero sí aparecía un cubito de hielo cayendo en un vaso. El spot finalizaba con la imagen en color de “Larios, S.A. Material sensible”. El Jurado juzgó que sería inevitable para el consumidor asociar esta publicidad corporativa con el producto más notorio de la empresa, su ginebra, cuya graduación era superior a los 20 grados permitidos por la ley. Fue determinante para su consideración como publicidad ilícita el hecho de que, de forma paralela a esta publicidad televisiva, Larios desarrollara otra campaña en prensa y vallas publicitarias de su ginebra con mensajes idénticos a los del anuncio reclamado, lo que haría inevitable la asociación por parte de los consumidores<sup>42</sup>.

Por último, la tercera práctica más común de publicidad indirecta ilícita, consiste en crear o utilizar un producto *máscara* o *pretexto* para publicitar otro producto distinto sometido a restricciones legales. Como su propio nombre indica, el producto pretexto no es el que realmente se quiere publicitar, no es el *auténtico* objeto de la publicidad; puede, incluso, que haya sido creado expresamente con esta intención, resultando idóneo para que el consumidor establezca la asociación buscada por el anunciante. Cabe citar, entre otras reclamaciones, las presentadas contra la publicidad realizada

---

<sup>41</sup> La firma textil fue condenada en 2008 por un Tribunal de Nancy a pagar una multa de 30.000 euros al estimar que los diseños y decoración de sus tiendas, así como algunos de sus mensajes, constituían publicidad indirecta del tabaco.

<sup>42</sup> Consideraciones similares a este supuesto merecieron la campaña “Así somos” realizada por la firma Osborne, declarada ilegal por la Audiencia Provincial de Cádiz en el año 2002.

por Osborne y protagonizada por el toro característico de la firma bodeguera<sup>43</sup>. Uno de los *spots* promocionaba un nuevo licor de 17,5<sup>o</sup>, apareciendo sobreimpresionada en la pantalla esta graduación. Pero en ningún momento se mencionaba el nombre del licor, sino que tan sólo aparecía al final del spot la palabra *Veterano*, brandy perfectamente conocido y con graduación superior a la permitida por la ley en la publicidad. Para el Jurado resultaba evidente que el anunciante se había servido de un producto pretexto (el supuesto licor de 17,5<sup>o</sup>) para anunciar lo que realmente quería anunciar, el brandy *Veterano*.

Otros supuestos que han requerido el pronunciamiento del Jurado son los casos “ForSun”<sup>44</sup> y “Winston American Campus”<sup>45</sup>. En el primero se juzgó ilícita la publicidad de unas gafas de sol; incluía distintivos muy similares a los utilizados para los cigarrillos *Fortuna*, además de coincidir el término *For* con la grafía y color de la cajetilla de tabaco. En el segundo supuesto se juzgaba la publicidad de prendas de vestir para jóvenes; dos asociaciones de consumidores presentaron reclamación al entender que se servía de un producto lícito para promocionar de forma indirecta el tabaco de la marca Winston. Analizada por el Jurado, estimó que la publicidad denunciada promocionaba exclusivamente prendas de vestir y que no introducía elemento alguno que indujera al consumidor a establecer asociación alguna con el tabaco, salvo la marca, por lo que consideró que se trataba de publicidad lícita. Aclaraba el Jurado que del simple hecho de que apareciera la marca Winston en la publicidad no debía concluirse inevitablemente la intención de promocionar el tabaco, pues ello supondría obligar a la firma a comercializar el resto de sus productos con una marca distinta y perder así su capital imagen. En definitiva, el Jurado venía a reconocer la legitimidad de publicitar los diversos productos de una misma empresa, existieran o no restricciones sobre alguno de ellos, bajo la misma marca comercial, aunque debía exigirse en estos casos un cuidado especial al anunciante para evitar las asociaciones indebidas por parte del consumidor<sup>46</sup>.

Entre las reclamaciones más recientes encontramos la presentada por un particular en 2012 con motivo de la intervención de Carlos Jean en el programa *El Hormiguero*<sup>47</sup>. Su emisión coincidió en el tiempo con el desarrollo del conocido *Plan B* musical del artista (patrocinado por Ballantine’s) y con la publicidad en vallas de “Plan Ballantine’s y Carlos Jean”. El reclamante entendía que el *Plan B* constituía en realidad un producto pretexto para realizar publicidad indirecta del whisky

---

<sup>43</sup> Vid. Resolución de la Sección Segunda del Jurado de 17 de diciembre de 1996, FACUA-CECU vs. Osborne, S.A., “Veterano”. Posteriormente Osborne modificó el anuncio mínimamente para introducir la sobreimpresión “Licor de brandy”, pero el Jurado volvió a considerar que se trataba de publicidad indirecta ilícita.

<sup>44</sup> No sólo el Jurado declaró su ilicitud mediante Resolución de 15 de julio de 1997, sino que también fue declarada ilegal por la Audiencia Provincial de Madrid (vid. Fernández Neira, 2000: 295-318).

<sup>45</sup> Vid. Resolución de la Sección Primera del Jurado de 19 de noviembre de 1997, FACUA-CECU y AUC vs. Winston, “Winston American Campus”.

<sup>46</sup> “El anunciante debe velar por el cumplimiento de sus especiales obligaciones y cargas. En especial debe velar por el cumplimiento de sus obligaciones de honestidad y buena fe, procurando poner todos los medios a su alcance para evitar que la publicidad de sus nuevos productos pueda ser entendida por el público destinatario como una publicidad indirecta de una marca de tabaco”. Resolución FACUA-CECU y AUC vs. Winston, “Winston American Campus”, cit., FD 4<sup>o</sup>.

<sup>47</sup> Resolución de la Sección Primera del Jurado de 24 de mayo de 2012, Particular vs. Pernod Ricard España, S.A., “Plan Ballantine’s”.

Ballantine's. El Jurado, descartada cualquier ilicitud del patrocinio o de las vallas, concluyó tras visionar el vídeo del programa que resultaba improbable que los telespectadores pudieran relacionar el contenido ni con el *Plan B* ni con las vallas publicitarias, pues no se hacía referencia alguna a ellos, ni directa ni indirecta, razón por la que desestimó la reclamación<sup>48</sup>.

Es cierto que no es sencillo determinar cuándo se produce este fraude de ley, esta carencia de autenticidad, pero el Jurado ha logrado fijar una serie de criterios que pueden ayudar en este sentido. Lema Devesa (1998: 90-92), coincidiendo con la doctrina del Jurado, los concreta del siguiente modo:

- a) análisis del diseño del anuncio: puede aportar claridad sobre si se pretende realmente promocionar el producto que aparece en la publicidad o si, por el contrario, persigue enmascarar la promoción del producto restringido;
- b) el tipo de producto anunciado: deberá evaluarse si se trata de un *producto pretexto* que permite promocionar indirectamente el restringido o si es un producto real más del anunciante; para determinar si se trata de un producto pretexto se podrá tener en consideración su volumen de fabricación (insignificante o no) y la inversión realizada (razonable o no para lograr el éxito promocional);
- c) la simultaneidad de campañas: si de forma simultánea se promociona un producto en un medio y el producto restringido en otro medio con similares alegaciones, elementos gráficos, diseños, etc., se podría concluir la intención de realizar publicidad indirecta del segundo;
- d) la mención o no de un producto: cuando la publicidad no menciona productos, sino sólo la marca, puede intuirse la intención de promocionar indirectamente los productos restringidos.

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

## 6. Conclusiones

El primer dato que llama la atención es la insuficiencia de las normas legales para lograr una protección eficaz de los consumidores frente a la publicidad encubierta y frente a la publicidad indirecta ilícita. Aunque los conceptos generales fueron definidos de forma clara, la creatividad y el espíritu innovador propios del campo publicitario hacen que las leyes queden desfasadas en un breve lapso de tiempo. Los sistemas de autorregulación, gracias a la mayor flexibilidad de sus normas –de carácter más abierto- y a la agilidad de sus órganos de control, permiten una eficacia mayor en la protección del consumidor. En especial porque el Jurado, al no estar sujeto a la literalidad de las normas, puede establecer criterios que las complementen

---

<sup>48</sup> “Esta Sección ha procedido a visionar con cauteloso detenimiento el vídeo aportado por el reclamante y objeto de la controversia. A lo largo de este examen minucioso, no se ha logrado apreciar la existencia de elemento o referencia alguna, ni directa ni indirecta, al “Plan B” ni a la marca Ballantine's. Por consiguiente, la Sección no ha podido apreciar en el vídeo aportado por el reclamante ningún elemento que pueda ser calificado como publicidad, ni directa ni indirecta, de Ballantine's. En consecuencia, debe desestimarse la reclamación”. Resolución citada, FD 2º.

y permitan declarar la ilicitud de nuevas prácticas que no vulneran la legalidad porque no están contempladas en ellas, pero que son idóneas para generar confusión y, por lo tanto, contrarias a la ética.

En segundo lugar, se aprecia una disminución de las reclamaciones ante el Jurado por publicidad encubierta o indirecta ilícita<sup>49</sup>. Tras la restricción legal de la publicidad del tabaco y de las bebidas alcohólicas, las grandes marcas trataron de suplir el espacio perdido mediante subterfugios que les permitieran continuar publicitando sus productos. Las resoluciones del Jurado, con criterios firmes y claros, han contribuido a concienciar a los anunciantes de la necesidad de ajustarse a la ley.

Por último, el mayor reto se plantea con las comunicaciones en las redes sociales. Los comentarios, posts, tuits, etc., realizados por terceros ajenos al anunciante y en los que aparecen citados productos o marcas han cobrado notable relevancia durante los últimos meses. La apariencia de objetividad o neutralidad hacen precisa una regulación más estricta para evitar que tales comentarios tengan su origen en una contraprestación por parte de un anunciante.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAS MÁIZ, Vicente (2012): “Publicidad encubierta y emplazamiento de producto. Sentencia del TJUE , de 9 de junio de 2011 (caso ‘Alter Chanel’)”, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 66, pp. 169-196.
- BECERRA, Ana Belén (2005): “El mensaje subliminal: tácticas de publicidad ilícita”, en *VVAA: Información para la Paz. Autocrítica de los medios y responsabilidad del público*. III Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información. Fundación COSO, Valencia, pp.169-182.
- FERNÁNDEZ NEIRA, Carmen (2000): “La publicidad indirecta del tabaco en televisión. Comentario a la SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2000, caso *ForSun*”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 21, pp. 295-318.
- FERRER, Clemente (2000): *Publicidad subliminal*, Edimarco, Madrid.
- HERMOSO DE MENDOZA, Carmelo (2012): “El hermano prodigioso del patrocinio”, en *Ipmark: Información de Publicidad y Marketing*, nº 774, pp. 42-47.
- HUDSON, Simon y HUDSON, David (2006): “Branded entertainment: A new Advertising technique of product placement in disguise?”, en *Journal of Marketing Management*, vol. 22, nn. 5-6, pp. 489-504.
- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea (2011): “El emplazamiento de producto ilícito en televisión como una modalidad de publicidad encubierta”, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 9, pp. 113-132.
- \_\_\_\_ (2010): “Publicidad indirecta de tabaco en prensa escrita. A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de marzo de 2009”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, nº 34, pp. 303-327.

---

<sup>49</sup> En los últimos años tan sólo se han presentado dos reclamaciones en 2006, una en 2008, una en 2011 y dos en 2012.

- LABIO, Aurora (2006): “Publicidad encubierta: la información que vende”, en *Questiones Publicitarias*, vol. I, nº 11, pp. 51-65.
- LEMA DEVESA, Carlos (1998): “La publicidad indirecta”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* nº 19, pp. 73-92.
- LEÓN, José L. (2008): *Persuasión pública*, Universidad del País Vasco, Bilbao.
- LUM, Kristen L., POLANSKY, Jonathan R. y otros (2008): “Signed, sealed, and delivered: ‘big tobacco’ in Hollywood, 1927-1951”, en *British Medical Journal*, vol. 17, issue 5, pp. 313-323.
- MÉNDIZ NOGUERO, Alfonso (2005): “Una Ética olvidada: publicidad, valores y estilos de vida”, en VVAA: *Información para la Paz. Autocrítica de los medios y responsabilidad del público*. III Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información. Fundación COSO, Valencia, pp. 61-84.
- \_\_\_\_ (2000): *Nuevas formas publicitarias: patrocinio, product placement, publicidad e Internet*, Universidad de Málaga, Málaga.
- MUÑOZ TORREGROSA, Pablo (2006): “Branded content y advertainment: compartir valor para crear valor”, en CARCELÉN, Sonia, RODRÍGUEZ WAGÜEMERT, Carmen y VILLAGRA, Nuria (coords.): *Propuestas para una comunicación de calidad*. Ed. Edipo, Madrid, pp. 215-220.
- PINEDA CACHERO, Antonio (2009): “Branded content antes del branded content: la Modelación Cultural Propagandística como forma de propaganda encubierta”, en *Ámbitos: Revista Internacional de Comunicación*, nº 18, pp. 117-134.
- RAMOS, Marina (2006): “Cuando la marca ofrece entretenimiento: aproximación al concepto de *advertainment*”, *Questiones Publicitarias*, vol. I, nº 11, pp. 33-49.
- RUBÍ I PUIG, Antoni (2008): *Publicidad y libertad de expresión*. Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- TATO PLAZA, Anxo (2001): “*Product placement* y publicidad encubierta. Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y 4 de junio de 2001, caso *Soberano*”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 22, pp. 573-598.