

1. Introducció.....	2
2. La publicitat.....	4
2.1 Sentit ampli i sentit estricte de la publicitat.....	4
2.2 Delimitació conceptual	6
2.2.1 Delimitació professional.....	6
2.2.2 Delimitació legal.....	7
2.3 Marc jurídic	10
2.4 Sistema d'autoregulació publicitària	15
2.5 Publicitat, mercat i competència.....	18
2.6 La publicitat il·lícita	20
3. La Publicitat Encoberta	28
3.1 La publicitat enganyosa	28
3.2 Definició legal i característiques	29
3.3 Prova de l'existència de la publicitat encoberta	32
3.4 El product placement o l'emplaçament de producte	36
3.4.1 Definició i característiques	37
3.4.2 Marc jurídic	39
3.5 La CNMC i la publicitat encoberta.....	43
4. La Publicitat Subliminal	50
4.1 Definició legal i característiques generals	50
4.2 Prova de la producció dels efectes inconscients.....	52
4.3 Casos relacionats	53
5. Conclusions	56
6. Fonts de consulta.	58

1. Introducció

Un dels motius principals que m'han dut a desenvolupar aquesta temàtica és l'interès que sempre m'ha despertat el món relatiu a la publicitat. La seva omnipresència, les seves il·limitades possibilitats d'influir en la societat, i sobretot la pacífica i acceptada convivència amb la vida quotidiana de tothom, són característiques de la publicitat que, si més no, condueixen a qüestionar-se el perquè de la seva existència.

Aquesta omnipresència portada fins al límit, ens fa ser conscients de la importància que té la publicitat actualment, ja que per exemple, resulta una autèntica utopia imaginar-se un dia qualsevol sense cap manifestació de caràcter publicitari. D'altra banda, la publicitat és una figura generalment acceptada i fins i tot considerada necessària, la qual cosa, degut a l'economia de mercat en què ens trobem immersos, resulta indiscutible.

Les funcions de la publicitat poden ser vistes des de dues perspectives diferents, ja sigui des del punt de vista dels empresaris, o des del punt de vista dels consumidors. Un exemple d'aquesta varietat de funcions que dur a terme la publicitat és la contribució enorme que fa a l'exercici de la competència entre els diferents operadors del mercat, ja que permet que els consumidors coneguin els productes i els comparin, millorant així la relació qualitat-preu dels productes o dels serveis oferts, o augmentant el ventall de productes o serveis dels consumidors, desenvolupant així la funció informadora, o fins i tot seductora, respecte als productes o serveis que menciona.

La poca eficàcia actual de la publicitat convencional és una de les raons de l'aparició d'aquests tipus publicitaris, la qual cosa ha obligat als operadors publicitaris a buscar noves modalitats publicitàries, per tal de seguir aconseguint l'impacte en els destinataris tan desitjat.

Així doncs, al tractar-se d'una eina tan poderosa i amb tantes possibilitats, els oferents del mercat han d'explorar tècniques cada vegada més complexes, i és en aquest punt on el dret i l'ordenament jurídic hi juguen un paper essencial, per tal de protegir a tots els operadors del mercat, garantint un conjunt de valors com la integritat moral dels consumidors o l'existència d'una lliure competència.

Per aquests motius, la regulació legal relativa a l'activitat publicitària ha de ser estricta, establint un seguit de pràctiques il·lícites per tal de poder protegir aquest conjunt de valors tan necessaris. Algunes d'aquestes modalitats de publicitat il·lícita són relatives

al missatge publicitari, és a dir, fan referència a la il·licitud d'allò que es comunica o es transmet, mentre que en d'altres, trobem la seva il·licitud en la forma de comunicació publicitària.

Per al desenvolupament del treball, ens interessen aquestes segones, que seran aquelles modalitats publicitàries la il·licitud de les quals resideix en la forma, i no pas en el missatge o en el contingut.

En primer lloc, un dels il·límits publicitaris per la forma de la seva comunicació és la publicitat encoberta, que a grans trets, el que pretén és amagar el caràcter publicitari d'una determinada comunicació, per tal que els destinataris no reconguin el tipus de comunicació amb el que s'estan trobant.

Relacionat amb la publicitat encoberta, trobem una modalitat publicitària que ha anat guanyant importància progressivament: el product placement o emplaçament de producte. Aquesta tècnica consisteix en introduir comunicacions publicitàries en un context no publicitari, la qual cosa pot atorgar més credibilitat i pot influir més en els destinataris. Es tracta d'una tècnica amb una regulació molt recent, i tal com veurem en el desenvolupament del treball, hi ha un gran nombre de conflictes relacionats amb la matèria.

En segon lloc, l'altra modalitat de publicitat il·lícita degut a la seva forma és l'anomenada publicitat subliminal. Aquest tipus de publicitat té unes característiques molt peculiars, que condicionen enormement la seva breu regulació, així com l'escassa aparició en conflictes jurisdiccionals.

La característica més rellevant d'aquest il·lícit publicitari és la impossibilitat dels destinataris de reconèixer la presència de la comunicació comercial, ja que es basa en influir en els destinataris mitjançant estímuls extrasensorials, i per tant, imperceptibles conscientment pels receptors de la comunicació.

Aquest treball doncs, ens aproparà doncs a una visió més entenedora del context jurídic publicitari, desenvolupant la situació jurídica actual relativa a aquests il·límits, així com l'evolució de les corresponents legislacions i dels casos relacionats.

2. La publicitat

La importància de la publicitat a la nostra societat es fa evident en qualsevol moment o context, ja que la trobem present a gairebé tot arreu. Per tant, degut a aquesta omnipresència de la publicitat, resulta indiscutible que aquesta incideix, en major o menor mesura, en la societat, i en definitiva en els nostres comportaments tant col·lectius com personals vers allò que ens envolta.

Aquesta importància publicitària ens condueix a la necessitat de disposar d'una regulació jurídica molt estricta, per tal de poder establir uns criteris o pautes de comportament publicitari.

Tal i com veurem a continuació, la publicitat exerceix una funció de persuasió molt important pels destinataris, exercint influències que poden acabar repercutint i influenciant el seu comportament econòmic. Aquestes influències poden incidir de manera indeguda, podent lesionar els drets dels destinataris i dels propis competidors del mercat. Aquests són els principals motius que justifiquen i fan enormement necessària la intervenció del Dret en l'àmbit publicitari.

2.1 Sentit ampli i sentit estricte de la publicitat

La complexitat del terme publicitat és notable, i per aquest motiu és adequat fer una breu diferenciació d'allò que entenem com a sentit ampli o sentit estricte del terme¹.

El sentit ampli de la publicitat es troba estrictament lligat amb l'accepció genèrica de la paraula d'acord amb la *Real Academia Española* (RAE), i així, atenent estrictament a una de les accepcions del terme "*publicitat*" es pot dir que no és altra cosa que "*fer públic quelcom*".

Aquesta definició té una rellevància jurídica molt important degut al que entenem com publicitat institucional o publicitat legal, que compleix una funció molt rellevant de seguretat jurídica, que trobem recollida a l'article 9.3 de la Constitució Espanyola, on s'estableix que "*La Constitució garanteix el principi de legalitat, la jerarquia normativa, la publicitat de les normes...*" per tal de permetre la difusió de les

¹ De La Cuesta, José María. (2002). Curso de derecho de la publicidad. Pamplona: EUNSA. Pàg. 25 i ss.

disposicions legals en els corresponents butlletins estatals, com el *Boletín Oficial del Estado (BOE)*.

Aquest sentit ampli de la publicitat no acaba amb aquesta publicitat legal, ja que la publicitat actua en moltes altres institucions jurídiques de la nostra societat, tals com els Registres o les Administracions públiques, entre d'altres, realitzant la funció de seguretat jurídica esmentada prèviament.

D'altra banda, fent referència al sentit estricte del terme, cal dir que consisteix en una tècnica específica comunicativa dins del gènere de la comunicació col·lectiva, sent acceptable considerar la publicitat com “*un fenomen o una tècnica comunicativa de caràcter autònom i diferenciat d'altres fenòmens o tècniques anàlogues*”², la qual cosa ens permetrà catalogar i regular aquesta tècnica comunicativa de manera diferenciada, atenent a les seves peculiaritats i tenint en compte la importància que té a la nostra societat.

Per tant, al considerar la publicitat com un propi model comunicatiu i no pas com un mitjà, com podria ser la comunicació oral o escrita, ens permet un tractament jurídic diferenciat del conjunt d'activitats informatives i comunicatives, englobades en un fons comú: el Dret de la Informació, en el que alhora hi trobarem el Dret dels Mitjans Audiovisuals i el Dret de la Publicitat, tots ells estrictament lligats³.

Prenent com a referència ambdós sentits del terme, resulta coherent afirmar que la publicitat representa una manifestació singular de la llibertat d'expressió, que degut a les seves característiques, i al estar lligada a un dret fonamental, ha d'estar sotmesa a una gran regulació.

En aquest context relatiu a la llibertat d'expressió, l'article 2 de la Llei General de Publicitat (LGP), es refereix a la publicitat com a “*forma de comunicació*”, reconeixent doncs una dimensió comercial i una dimensió comunicativa o informativa. Pel que fa a aquesta dimensió comunicativa, atribueix un fonament constitucional a la publicitat, al trobar-se estrictament lligat al dret que reconeix l'article 20.1.d) de la CE, consistent en comunicar o rebre informació veraç per qualsevol mitjà de difusió⁴.

² Santaella, Manuel. (2003). *Derecho de la publicidad*. Madrid: Thomson Civitas. Pàg. 17.

³ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 29.

⁴ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 91 i ss.

Aquesta postura, però, no fou adoptada fins a l'any 1994, amb la Sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans (TEDH) de 24 de febrer de 1994, a l'entendre que l'article 10 del Conveni Europeu dels Drets Humans (CEDH) garanteix la llibertat d'expressió a tota persona, independentment de la naturalesa comercial o no de l'objectiu perseguit, diferint-se així de previs pronunciaments del Tribunal Constitucional espanyol (TC)⁵.

En aquest punt, aquesta diferent especificitat de la publicitat no és altra que la funció comunicativa que la defineix, que és la d'incidir en el mercat de béns i serveis, la qual anomenem publicitat comercial. Així doncs, la publicitat que ens interessa tractar és aquesta que anomenem comercial, ja que, tal com veurem posteriorment, és la que resulta susceptible d'esdevenir il·lícita, i en definitiva, la que incideix en el mercat i la competència.

2.2 Delimitació conceptual

Per tal de delimitar un concepte més acurat d'aquest sentit estricte de publicitat, farem menció de quina és la definició del terme “*publicitat*” depenent d'on emani aquesta, és a dir, farem referència a les diferents definicions de la paraula en funció de qui sigui el que la defineix.

2.2.1 Delimitació professional

Començarem fent una petita referència a les definicions que han realitzat experts en la matèria publicitària i de màrqueting, tant en l'àmbit nacional com internacional. Des d'un punt de vista general i terminològic, al Diccionari de comunicació empresarial, hi trobem definida la publicitat com “*aquella comunicació persuasiva i/o informativa sobre els productes, serveis marques, etc, d'un anunciant, difosa per un mitjà, fonamentalment, d'anuncis subscrits i pagats pel mateix, amb l'objectiu d'incidir directa o indirectament en els comportament de compra i de consum del públic al que*

⁵ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 99.

va dirigit”⁶. D'altra banda, el terme anunci és descrit com “*un missatge publicitari difós en qualsevol format i a través del qualsevol mitjà*”⁷.

En primer lloc, experts de l'àmbit del màrqueting com Philip Kotler i Gary Armstrong defineixen el terme com “*qualsevol forma pagada de presentació i promoció no personal de idees, béns o serveis per un patrocinador identificat*”⁸.

En l'àmbit nacional, Enrique Ortega la descriu com “*un procés de comunicació de caràcter impersonal i controlat que, a través de mitjans passius, pretén donar a conèixer un producte, servei, idea o institució, amb l'objectiu d'informar, influir en la seva compra o acceptació*”⁹.

A diferència dels dos anteriors, trobem altres experts publicistes que han optat per altres tipus de definicions, d'un caràcter més creatiu o simbòlic, entre les que destaca l'elaborada per Luis Bassat definint-la com “*l'art de convèncer consumidors*”¹⁰.

Així, d'acord amb les definicions tractades del terme publicitat, mentre que Kotler i Armstrong es centren més en la vessant promocional de la paraula degut a la seva condició d'experts en màrqueting, Bassat i Ortega es basen més en la influència que pot causar la publicitat en els destinataris.

2.2.2 Delimitació legal

En aquest punt farem una breu referència a les delimitacions que trobem a diferents disposicions legals. Per tal de fer una petita pinzellada a l'evolució del terme legal de publicitat, establim un ordre cronològic per tal d'acabar veient la definició actual del terme, i l'evolució o els canvis que ha sofert.

En primer lloc, en l'àmbit europeu trobem l'instrument de ratificació del Conveni Europeu de Televisió Transfronterera fet a Estrasburg el 5 de maig de 1989, on a

⁶ TermCat, Centre de Terminologia. (1999). *Diccionari de comunicació empresarial: publicitat, relacions públiques i màrqueting*. Barcelona: Enciclopèdia Catalana. Pàg. 192.

⁷ TermCat, Centre de Terminologia. (1999). *Diccionari de comunicació empresarial: publicitat, relacions públiques i màrqueting*. Barcelona: Enciclopèdia Catalana. Pàg. 27.

⁸ Kotler, Philip; Armstrong, Gary. (2008). *Fundamentos de Marketing*. (8a edició). Mèxic: Pearson Educación. Pàg. 363.

⁹ Ortega, Enrique. (1999). *La Comunicació Publicitaria*. Madrid: Ed. Pirámide. Pàg. 22.

¹⁰ Bassat, Luis. (1994). *El Libro Rojo de la Publicidad: Ideas que mueven montañas*. Barcelona: DeBolsillo. Pàg. 20.

l'article 2 s'estableix que el terme publicitat *“designa tot anunci públic realitzat amb la finalitat d'estimular la venta, la compra o l'arrendament d'un producte o d'un servei, de promoure una causa o una idea, o de produir qualsevol altre efecte desitjat per l'anunciant, pel qual es cedeix un temps de transmissió a l'anunciant mitjançant una remuneració o qualsevol contraprestació similar”*.

En segon lloc, també de caràcter europeu, trobem la Directiva 98/43, de 6 de juliol de 1998, relativa a l'aproximació de les disposicions legals en matèria de publicitat i patrocini dels productes de tabac, que en el seu article 2 s'estableix el que s'entén per publicitat com *“qualsevol tipus de comunicació comercial amb l'objectiu o efecte directe o indirecte sigui la promoció...”*. Tot i que aquest cas fa referència a la publicitat de productes de tabac, podem extreure la idea general del concepte, d'acord amb la directiva anterior, i com veurem a continuació, també amb les disposicions legals nacionals.

Finalment, trobem la Directiva 2006/114, de 12 de desembre de 2006, sobre publicitat enganyosa i publicitat comparativa, que en el seu article 2 estableix una definició de publicitat, en aquest cas definint-la com *“tota forma de comunicació realitzada en el marc d'una activitat comercial, industrial, artesanal o liberal amb la finalitat de promoure el subministrament de béns o la prestació de serveis, inclosos els béns immobles, els drets i les obligacions”*. Aquesta directiva europea és la que realitza una delimitació més correcta i completa, en comparació amb les anteriors, i tal com veurem a continuació, comparteix aquesta postura amb l'estat espanyol. Així, aquesta evolució de la definició legal de publicitat amb el pas dels anys, ens permet fer-nos una idea de la rellevància del terme.

D'altra banda, pel que fa a l'àmbit nacional, l'article 2 de la LGP estableix la delimitació jurídica del concepte de publicitat, com *“Tota forma de comunicació realitzada per una persona física o jurídica, pública o privada, en l'exercici d'una activitat comercial, industrial, artesanal o professional, amb la finalitat de promoure de forma directa o indirecta la contractació de béns mobles o immobles, serveis, drets i obligacions”*¹¹.

¹¹ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 29.

Tal i com veiem, la definició establerta en la Directiva 2006/114 i l'establerta a l'article 2 de la LGP, són extremadament similars, ja que, al cap i a la fi, la LGP s'ha anat adequant a les premisses establertes en les directives europees.

Resulta interessant destacar l'Associació Autocontrol de la Publicitat, la qual es tracta d'un òrgan no jurisdiccional i que forma part del sistema d'autoregulació publicitària¹², que fou creat pels principals anunciants, agències i mitjans de comunicació l'any 1995, amb l'objectiu inequívoc de vetllar per una publicitat legal, honesta i lleial. Aquest òrgan, al no tenir caràcter jurisdiccional, ha pres una postura consistent en adoptar la definició establerta en l'article 2 de la LGP, renunciant a elaborar un concepte diferent de publicitat, per tal de no supplantar el sistema legal establert¹³.

D'altra banda, tenint en compte normes sectorials com la Llei 34/2002, de 11 de juliol, de Serveis de la Societat de la Informació i de Comerç Electrònic, a l'annex hi trobem també una breu definició del concepte, presentat com "*comunicació comercial*" i definit com "*tota forma de comunicació dirigida a la promoció, directa o indirecta, de la imatge o dels béns o serveis d'una empresa, organització o persona que realitzi una activitat comercial, industrial, artesanal o professional*". Tot i la presentació de la definició com "*comunicació comercial*", és coherent esmentar que es tracta d'una referència al terme "*publicitat*", degut a la coherència entre les característiques que presenta i el mateix context en que la trobem.

D'aquestes definicions de caràcter legal en podem extreure els trets més importants de la seva definició¹⁴:

- Es tracta d'una *forma de comunicació*.
- Realitzada per una *persona física o jurídica*.
- En l'exercici d'una *activitat comercial, industrial, artesanal o professional*.
- Amb la finalitat directa o indirecta de *promoure la contractació*.
- Amb *irrellevància del destinatari* del missatge publicitari.

¹² Tractat amb més profunditat a l'apartat 4 d'aquest capítol.

¹³ Dades extretes del web "www.autocontrol.es" en data 2 d'abril de 2015.

¹⁴ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 33-38.

Tal i com podem veure, la delimitació conceptual de caràcter legal és molt més completa i acurada que no pas la que podem extreure de les efectuades pels experts en la matèria, els quals realitzen definicions més enfocades al seu camp específic, com ho poden ser el màrqueting o el sector de la comunicació.

2.3 Marc jurídic

Degut a aquesta polisèmia esmentada del terme publicitat, aquesta apareix en una gran quantitat de disposicions legals, així com en moltes sentències i resolucions. Val a dir, però, que per al desenvolupament del treball el que ens interessa és el sentit estricte del terme, és a dir, la publicitat en el sentit comercial a la que hem fet referència prèviament.

Així doncs, a continuació veurem les disposicions legals i jurídiques més rellevants que regulen l'àmbit publicitari, tant de caràcter nacional com europeu.

En l'àmbit europeu, trobem la Directiva 2005/29/CE, sobre les pràctiques comercials deslleials, que com a novetat més important, introdueix la prohibició de les pràctiques comercials deslleials que distorsionin el comportament econòmic dels consumidors, tals com la publicitat enganyosa o la publicitat agressiva. A banda de la prohibició d'aquestes pràctiques, també incorpora una referència als codis de conducta, reconeixent la seva compatibilitat amb la legislació vigent, la qual cosa deixa entreveure la voluntat de fomentar aquests tipus de codis a nivell europeu. D'altra banda, i amb caràcter d'annex, la directiva inclou un seguit de pràctiques comercials i agressives que hauran de ser considerades deslleials sota qualsevol circumstància.

En definitiva, es tracta d'una normativa que explícitament estableix un seguit de proteccions vers els consumidors, aspecte que només trobàvem de manera implícita a la directiva que mencionem a continuació¹⁵.

També de caràcter europeu, trobem la Directiva 2006/114/CE, que és la que recull els principis bàsics que han de regir l'activitat publicitària en tots els Estats Membres, i és la que deroga l'anterior Directiva 84/450/CEE, de 10 de setembre de 1984, sobre publicitat enganyosa, així com les seves modificacions. Es tracta d'un text legal breu i

¹⁵ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC. Pàg. 22 i ss.

sistemàtic, de caràcter general, que persegueix l'objectiu de protegir als comerciants per una banda, i per l'altra tracta d'establir les condicions que ha de complir una publicitat comparativa lícita. Pel que fa al contingut, estableix les diferents tipologies de publicitat, així com els principis bàsics als que s'han de regir els Estats Membres per tal de reprimir la publicitat enganyosa i poder garantir al màxim la licitud de la resta de pràctiques publicitàries¹⁶.

Pel que fa a l'àmbit audiovisual, la Directiva 2010/13/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 10 de març de 2010, anomenada *Directiva de Serveis de Comunicació Audiovisual*, recull totes les modificacions que havia sofert l'antiga Directiva 89/552/CEE, més coneguda com la *Directiva de Televisión Sin Fronteras*. En aquest punt, la nova directiva regula matèries com la publicitat televisiva, la comunicació audiovisual encoberta, el patrocini, la televenda i el *Product Placement*.

Finalment, també resulta rellevant la menció de dues directives que regulen productes la publicitat dels quals és més sensible, degut a les característiques d'aquests productes. Així, fem referència a la Directiva 2001/83/CE del Parlament Europeu i del Consell, per la que s'estableix un codi comunitari sobre medicaments per a ús humà, la qual integra en el seu articulat l'anterior directiva relativa a la publicitat dels medicaments d'ús humà; d'altra banda, els productes de tabac també disposen d'una directiva relativa a la publicitat i el patrocini d'aquests, la Directiva 2003/33/CE del Parlament Europeu i del Consell.

Un exemple d'aquesta diferent regulació d'aquests productes especials, la trobem a la Sentència 797/2011 de 18 de novembre, que tracta un supòsit de publicitat il·lícita de productes de tabac. La part actora va interposar una demanda vers Altadis SA, Editorial Compostela SA i Televisión de Galicia per la suposada inclusió de publicitat encoberta i la promoció de productes de tabac en una popular sèrie televisiva. Segons la demandant, en la sèrie "*Pratos Combinados*" es feia publicitat encoberta de la marca de tabac "*Nobel*", ja que en diverses escenes hi apareixia una màquina de venda de tabac.

El tribunal va resoldre desestimant l'existència de publicitat encoberta, considerant que el supòsit es podria incloure en la modalitat del "*Product Placement*"¹⁷. Tot i així, al

¹⁶ Catalá, Manuela; Díaz, Óscar. (2014). *Publicidad 360°*. Zaragoza: Universidad San Jorge Ediciones. Pàg. 43.

¹⁷ Tractat amb més profunditat al Capítol 4.

tractar-se de productes de tabac, degut a la seva regulació especial, va considerar que la publicitat era il·lícita atenent-se a la prohibició de qualsevol tipus de publicitat dels productes de tabac.

Així doncs, aquest supòsit exemplifica aquesta especial regulació d'aquests productes, ja que en cas d'haver-se tracta de qualsevol altre producte amb regulació general, no s'hagués produït cap tipus de publicitat il·lícita.

D'altra banda, pel que fa a l'àmbit nacional, a Espanya trobem la regulació de caràcter general de la publicitat a la Llei 34/1988, de 11 de novembre, General de Publicitat (LGP), la qual, té part de la seva raó de ser en la seva antecessora, l'Estatut de la Publicitat (EP), aprovat en virtut de la Llei 61/1964, de 11 de juny.

La LGP, va derogar l'anterior EP, així com qualsevol altre disposició que fos contrària a nova llei, adaptant-se així al nou marc constitucional assolit amb la Constitució Espanyola de 1978.

La LGP en el seu l'article 1 ja estableix que *“la publicitat es regirà per aquesta Llei, per la Llei de Competència Deslleial i per les normes especials que regulen determinades activitats publicitàries”*.

En atenció a la definició legal de la publicitat més rellevant, la que realitza l'article 2 de la LGP, cal esmentar unes consideracions prèvies¹⁸:

1. Es tracta d'un acte de competència i d'una pràctica comercial, esdevenint una tècnica comunicativa de caràcter persuasiu que té l'objectiu de canviar el comportament econòmic dels seus destinataris.
2. La naturalesa de la publicitat comporta que aquesta es presenti com ho fan els actes de competència, concretament en les pràctiques comercials.
3. La publicitat ha de respectar la licitud, així com la lleialtat concurrencial.

En el marc jurídic de la publicitat, també resulta molt important la menció de la Llei de Competència Deslleial, que amb la seva recent modificació, s'intenta assolir la

¹⁸ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC. Pàg. 31 i ss.

racionalització del dret espanyol contra la competència deslleial, així com diversos problemes de duplicitat en la regulació d'alguns supòsits publicitaris, degut a la regulació paral·lela d'alguns supòsit de l'antiga LCD i la LGP. Així doncs, amb aquesta modificació es realitza la incorporació a l'ordenament jurídic espanyol d'algunes de les directives europees anteriorment mencionades, i en segon lloc, s'intenten eliminar les possibles disparitats sorgides entre LCD i LGP.

Un exemple d'aquestes possibles disparitats es podia donar en supòsits relatius a la publicitat enganyosa o la publicitat comparativa, degut a que la Llei 3/1991 de Competència Deslleial regulava aquests supòsits en paral·lel a la LGP, així com també el règim d'accions per competència deslleial o les accions per publicitat il·lícita, i per tant, una situació d'aquestes característiques podia *“provocar situacions de notable inseguretat jurídica”*¹⁹.

La LGP, realitza una remissió en bloc a allò establert a la LCD pel que fa a la regulació d'altres modalitat de publicitat il·lícita, evitant així aquesta possible duplicitat de la seva tipificació. D'altra banda, la nova LCD unifica el règim d'accions per publicitat il·lícita, derogant el Títol IV de la LGP, establint una nova remissió en bloc al règim d'accions per competència deslleial de la LCD.

Per tant, la LGP estableix, a grans trets: unes disposicions generals incloent-hi el concepte legal de publicitat; les diferents tipologies de publicitat il·lícita; estableix els productes determinats que hauran de regular la seva publicitat per normes especials; remet a la LCD en matèria d'accions judicials referents a la publicitat il·lícita; i finalment, estableix les especialitats dels contractes publicitaris²⁰.

En el referent a la LCD, aquesta recull les següents disposicions: en primer lloc, la finalitat i l'àmbit d'aplicació de la llei; estableix una clàusula general amb els requisits de consideració d'una conducta determinada com a deslleial; estableix els actes de competència deslleial de caràcter general; inclou uns supòsits de pràctiques comercials deslleials; estableix les diferents accions executables contra els actes de competència

¹⁹ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC. Pàg. 28.

²⁰ *Ibídem*.

deslleial; i per acabar, detalla el reconeixement i la regulació dels codis de conducta en la resolució extrajudicial de conflictes²¹.

Així doncs, vistes les característiques d'ambdues lleis i el seu contingut, podem veure que la LGP té un contingut molt més concret i determinat, encarat al món publicitari i requerint la remissió a la LCD en matèria d'accions judicials per publicitat il·lícita; d'altra banda, la LCD regula un camp molt més ampli, i en referència a la LGP, deroga el títol IV, que era el que establia el règim d'accions per publicitat il·lícita, ara regulat a la LCD, tal i com s'ha esmentat.

Tal com hem vist, la importància de la publicitat obliga a regular de maneres dispars determinats productes, obligant a la LGP a coexistir amb altres règims especials, en referència als mitjans de difusió, les matèries o els sectors d'activitat als que pertanyen els productes o serveis determinats, essent per aquest motiu, la gran quantitat de disposicions que regulen directa o indirectament la publicitat.

En aquest punt, un exemple d'aquesta varietat legislativa referent als mitjans de difusió publicitària, podria ser la publicitat televisiva, que pren un gran protagonisme, havent de fer referència a la Llei de Comunicació Audiovisual, o la que regula els serveis de la societat de la informació.

D'altra banda, un exemple de varietat legislativa en funció dels sectors d'activitat determinats, podrien ser-ho les legislacions publicitàries especials dels productes farmacèutics²², productes de tabac²³, del sector immobiliari²⁴, del sector del joc²⁵, etc.

Així doncs, la publicitat es troba estrictament lligada al dret de la competència, i és per aquest motiu que trobem les nombroses remissions esmentades entre la LGP i la LCD. Aquest fet es deu doncs, a que la publicitat en si és un acte de competència, ja que al capdavant, la publicitat consisteix en una activitat consistent en un oferent determinat

²¹ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC. Pàg. 28.

²² Llei 10/2013, de 24 de juliol, per la que s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives 2010/84/UE sobre farmacovigilància, i 2011/62/UE sobre prevenció de l'entrada de medicaments falsificats en la cadena de subministrament legal, i es modifica la Llei 29/2006, de 26 de juliol, de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris.

²³ Llei 28/2005, de 26 de desembre, de mesures sanitàries en front al tabaquisme i reguladora de la venda, el subministrament, el consum i la publicitat dels productes de tabac.

²⁴ Reial Decret 515/1989, de 21 d'abril, sobre protecció dels consumidors en relació a la informació a subministrar en la compravenda i arrendament d'habitatges.

²⁵ Llei 13/2011, de 27 de maig, de regulació del joc.

que pretén atreure o captar clients, compradors o contractants vers a un altre competidor.

Dit això, resulta molt adient que el dret de la competència englobi el dret de la publicitat, tenint en compte els interessos que protegeix el dret de la competència²⁶:

- Interès privat dels empresaris.
- Interès col·lectiu dels consumidors .
- Interès públic de l'Estat.

Finalment, cal destacar que *“la transposició de la directiva 2005/29/CE suposa una oportunitat per millorar el nostre ordenament en l'àmbit de la competència deslleial, simplificant el règim de repressió de la competència deslleial, eliminant les possibles duplicitats i solapaments de les normes que no aporten res, i també superant les contradiccions que es poden apreciar”*²⁷. Per tant, a banda de resultar ser una modificació estrictament necessària degut al seu caràcter europeu, ha resultat ser també molt adient per tal de millorar la regulació de l'àmbit de la competència deslleial i de la publicitat il·lícita.

2.4 Sistema d'autoregulació publicitària

D'acord amb l'apartat anterior, que fa referència al marc jurídic de la publicitat, és a l'ordenament jurídic on trobem les diferents lleis i normes, emanades dels poders de l'Estat, que són les que regularan la situació publicitària en el nostre país. Tot i així, el fet que ens trobem amb aquestes normes jurídiques, no exclou la possibilitat d'autoregulació dels subjectes publicitaris, els quals, voluntàriament poden decidir sotmetre la seva activitat a les seves pròpies normes ètiques o deontològiques.

El sistema d'autoregulació publicitària té molta rellevància en el desenvolupament de les activitats dels subjectes publicitaris; tant és així, que la LGP, a la seva Exposició de

²⁶ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 47 i ss.

²⁷ Massaguer, José. (2006). Estudio de *“La transposición al derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre Prácticas Comerciales Desleales”*. Informe del Grupo de Trabajo constituido en el seno de la Asociación Española de Defens de la Competencia. (Boletín núm. 2013).

Motius, reconeix l'existència d'un control voluntari de la publicitat a través d'organismes autodisciplinaris. D'altra banda, també la LCD dedica un capítol del seu desenvolupament al reconeixement de codis de conducta dels sistemes d'autoregulació²⁸.

D'acord amb la professora Patiño Alves, l'autoregulació publicitària es defineix com la *“regulació portada a terme pels subjectes que participen activament en la realització, creació, execució i difusió de la publicitat, amb la finalitat d'imposar-se a si mateixos, de manera voluntària, una norma en matèria de publicitat”*²⁹.

D'altra banda, Fernando Magarzo defineix l'autoregulació com *“un sistema voluntàriament establert per les empreses que integren el sector publicitari (anunciants, agències i mitjans de comunicació) a través del qual es procura que l'exercici de l'activitat publicitària es dugui a terme de manera legal, honesta i responsable, en benefici dels consumidors, dels competidors, del mercat publicitari i de la societat en general”*³⁰.

L'autoregulació publicitària no va fer-se efectiva a Espanya fins a l'any 1995, amb la creació d'Autocontrol, que posteriorment, aquell mateix any, seria anomenat *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AACC)*, que es tracta d'una associació de caràcter privat i sense ànim de lucre, creada i integrada pels principals anunciants, agències de publicitat, mitjans de comunicació i associacions relacionades amb la activitat publicitària al nostre país. Aquesta associació pretén ser un útil complement a la legalitat publicitària, mitjançant tres objectius bàsics³¹:

- Contribuir a la lleialtat i a l'ètica publicitària per tal d'afavorir als destinataris de la mateixa.
- Verificar el compliment de la legislació publicitària.
- Vetllar per la pacífica i ràpida resolució de les reclamacions.

²⁸ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC. Pàg. 231 i ss.

²⁹ Patiño, Beatriz. (2007). *La autoregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*. Barcelona: Bosch. Pàg. 37.

³⁰ Fernando, M^a del Rosario. (2008). Revista Autocontrol. *La consolidación de la autorregulación en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial*. Pàg. 71.

³¹ Dades extretes del web “www.autocontrol.es” en data 2 d'abril de 2015.

Amb aquests objectius establerts, i amb “*l’explicació de les característiques principals de l’AACC, podem comprovar com s’ha convertit en el mecanisme preferent de resolució de controvèrsies en matèria publicitària*”³².

En una primera instància, hem de fer referència al *Código de Conducta Publicitaria (CCP)*, que fou aprovat l’any 1996 en base al Codi Internacional de Pràctiques Publicitàries de la Cambra Internacional de Comerç i en els seus principis bàsics de veracitat, legalitat, honestat i lleialtat de les comunicacions comercials. A banda d’aquest codi de conducta, l’AACC ha aprovat també altres codis com el *Código Confianza Online*, i ha col·laborat en l’elaboració de diversos codis sectorials que també resulten aplicables pel Jurat de la Publicitat³³.

Per tal de poder entendre la manera d’actuar d’aquest sistema d’autoregulació, cal esmentar en que consisteixen els mecanismes de control de l’AACC, que consta de dos instruments³⁴:

- Copy Advice o Consulta Prèvia: Fou creat l’any 2001 com un complement al control de la postdifusió, per tal d’augmentar el control previ a la difusió publicitària. Així, el *Copy Advice* és el principal servei del Gabinet Tècnic d’Autocontrol, consistent en assessorament voluntari, confidencial i no vinculant sobre la correcció legal i ètica d’un projecte publicitari prèviament a la seva difusió.
- Jurat de la Publicitat: És la peça més important del sistema d’autoregulació publicitària espanyol. Es tracta de l’òrgan extrajudicial de resolució de controvèrsies i reclamacions en matèria publicitària.

La seva composició està formada per experts independents i de prestigi reconegut en els sectors del dret, la publicitat i l’economia.

Pel que fa a la legitimació activa, és de caràcter general, ja que qualsevol persona amb un interès legítim pot presentar les reclamacions que consideri oportunes davant del Jurat

³² Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Anglofort. Pàg 235.

³³ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Anglofort. Pàg 235.

³⁴ Dades extretes del web “www.autocontrol.es” en data 2 d’abril de 2015.

de la Publicitat, resultant gratuït pels consumidors, associacions de consumidors i l'Administració.

El funcionament, doncs, es basa en resolucions dictaminades pel Jurat, que determinarà si s'han vulnerat o no les normes. En cas d'haver-se vulnerat, podrà sol·licitar la modificació o el cessament de les campanyes publicitàries corresponents. Aquestes resolucions són públiques, i tot i no tenir efectes vinculants, són d'obligat compliment pels socis de l'AACC³⁵.

Finalment, cal destacar que al tractar-se d'una via extrajudicial, no impedeix als reclamants acudir a la via judicial amb posterioritat a la reclamació per tal de resoldre el conflicte, i per tant, el sistema d'autoregulació acaba suposant un augment de la protecció jurídica del subjectes que puguin resultar afectats en el procés publicitari, ja siguin els consumidors o destinataris, o bé els propis subjectes que realitzen la comunicació publicitària.

2.5 Publicitat, mercat i competència

Resulta força complicat poder entendre el sistema d'economia de mercat sense la publicitat, ja que una de les característiques principals d'aquest sistema és la competència entre empreses i distribuïdors, partint dels drets fonamentals de llibertat d'empresa (art. 38 CE) i de propietat privada (art. 33 CE)³⁶.

En aquest context, l'exercici del dret fonamental de llibertat d'empresa ens aboca a un determinada situació de competència, on totes les empreses que volen exercir les seves determinades activitats es troben en un front comú: el mercat.

En primer lloc, l'ordenament jurídic tutela el lliure accés al mercat d'aquells que volen operar en ell; i en segon lloc, estableix un seguit de pautes i normes a les que s'hauran de sotmetre tots els operadors del mercat, que no són altra cosa que les normes relatives al dret de competència.

A banda de la protecció jurídica de la competència, cal fer referència també a la tutela de l'empresa que hem esmentat, ja que la lliure competència es pot veure amenaçada

³⁵ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Anglofort. Pàg. 232 i ss.

³⁶ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 47 i ss.

constantment. Per tant, la inclusió de normes protectores de la lliure competència, o dit d'una altra manera, la inclusió de normes prohibitives de les limitacions a la lliure competència, resulta essencial pel bon funcionament del mercat³⁷.

En definitiva, la publicitat és una part essencial d'aquest mercat, i en conseqüència del dret de competència, i per tant, l'Estat, a través d'una determinada política legislativa, haurà de definir els paràmetres sobre el comportament d'aquestes empreses o operadors econòmics, establint quines conductes en el mercat resulten lícites o il·lícites. Tot això es “condensa en el deure general de competir correcta o lleialment, exigible a aquells que ofereixen la contractació de productes o serveis al mercat; deure contingut en els articles 1 a 4 de la LCD”, la qual té com a objectiu la regulació de la competència en el sistema de mercat³⁸.

La publicitat és un acte de competència que podem incloure'l en les pràctiques comercials regulades en la LCD com a una classe específica dels actes de competència. Així doncs, “la publicitat encaixa en la concepció legal de l'acte de competència que es deriva dels articles 1 a 3 de la LCD, i així ho confirma el primer d'ells al prohibir els actes de competència deslleial”, d'acord amb la LGP, forma part del gènere dels actes de competència deslleial tal com defineix l'article 18 de la LCD³⁹.

En aquest sistema de mercat, la publicitat hi pot jugar un paper molt rellevant, exercint la seva funció com a instrument al servei de la competència entre els diferents operadors. Lluny d'eliminar la competència, la publicitat contribueix enormement al desenvolupament de l'activitat competitiva; algunes de les influències que la publicitat pot tenir en el mercat són les següents⁴⁰:

- Pot permetre la millora de la relació qualitat-preu dels productes o serveis oferts, beneficiant als consumidors.
- Pot promoure la innovació fomentant la competència en la recerca i millora de les qualitats dels productes.

³⁷ Catalá, Manuela; Díaz, Óscar. (2014). *Publicidad 360°*. Zaragoza: Universidad San Jorge Ediciones. Pàg. 26.

³⁸ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 51.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

- Pot permetre als consumidors augmentar el ventall de productes als que estan interessats.
- Pot afavorir a que el flux d'informació i educació dels consumidors sigui més ampli.

Aquest paper tan rellevant, però, es troba sotmès a que aquesta publicitat es dugui a terme de manera lleial. Aquesta influència en el mercat és tan gran, que pot fer augmentar la competència fins a uns nivells il·lícits o deslleials, podent esdevenir un instrument molt poderós al servei de males pràctiques competencials tals com⁴¹:

- Pot ser utilitzada deslleialment per augmentar els preus de manera injustificada.
- Pot ser utilitzada per bloquejar el progrés en la innovació.
- Pot ser utilitzada per bloquejar o dificultar l'accés de nous competidors al mercat.
- Pot ser utilitzada per a induir a vicis o trastorns als consumidors, així com fomentar falsos cànons o falses expectatives.

Per tant, la publicitat pot incidir de manera enorme en el nostre sistema de mercat, tot i que aquestes aparicions han de ser regulades legalment per tal d'evitar al màxim aquestes possibles males pràctiques.

Resulta molt important, doncs, que la publicitat que es desenvolupa en el mercat es dugui a terme respectant els cànons de lleialtat, bona fe i correcció, i en aquest punt és on el dret i la regulació jurídica hi juga un paper protagonista.

2.6 La publicitat il·lícita

Tal i com hem anat veient, la importància de la publicitat a la nostra societat no deixa d'augmentar. Es prou recurrent, que vers aquest increment de la publicitat a gairebé totes les esferes de la vida, els destinataris adoptin actituds o postures de desconfiança o de previsió, per tal de poder afrontar els mecanismes de persuasió que saben que seran

⁴¹ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 51.

emprats pels anunciants. Per aquest i entre d'altres motius, molts anunciants recorren a tècniques cada vegada més complexes per tal de poder evadir aquestes actituds i persuadir als destinataris de la mateixa manera. En aquest punt és on hi poden aparèixer tàctiques o tècniques que, en l'esforç d'esdevenir més eficaces per complir la seva finalitat, poden resultar il·lícites, i per tant, contràries a l'ordre legal establert⁴².

La norma legal encarregada d'establir els supòsits que esdevindran il·lícits és la Llei General de Publicitat, que juntament amb la LCD, i recorrent a diverses remissions, acabaran establint totes les modalitats de publicitat il·lícita. D'altra banda, també cal fer referència a les normatives específiques en funció dels serveis o productes oferts, les quals també podran establir supòsits d'il·licitud dels productes o serveis que regulin, tal i com hem mencionat prèviament⁴³.

Arran de la modificació de la LCD l'any 2009, a banda dels canvis anteriorment desenvolupats, a l'article 1 s'introdueix la similitud entre la consideració de publicitat il·lícita i deslleial, canviant així la classificació diferenciadora de la publicitat il·lícita i deslleial, que existia prèviament.

En aquest punt, doncs, ens trobem amb que l'article 1 de la LCD delega a la LGP la consideració i l'establiment dels supòsits de publicitat il·lícita, els quals, d'acord amb aquesta recent modificació, seran considerats sota la denominació d'actes de competència deslleial. Així doncs, la LGP, al seu article 3, estableix els possibles casos d'il·licitud publicitària, que seran breument analitzats a continuació⁴⁴:

- **Prohibició d'atemptar contra la dignitat de la persona o la vulneració dels valors o drets reconeguts a la CE, fent especial referència a la infància, la joventut i la dona:**

Tal i com hem vist, l'article 3 de la LGP estableix que serà considerada il·lícita aquella *“publicitat que atempti contra la dignitat de la persona o vulneri els valors i drets*

⁴² Tobío, Ana María. (2000). Revista de Derecho Mercantil. Núm. 237. *La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria*.

⁴³ Tractat a la pàgina 15.

⁴⁴ Catalá, Manuela; Díaz, Óscar. (2014). *Publicidad 360°*. Zaragoza: Universidad San Jorge Ediciones. Pàg. 27 i ss.

reconeguts a la CE, especialment als que es refereixen els seus articles 14, 18 i 20, apartat 4''.

Així, aquest apartat a) de l'article 3 fa referència a la dignitat, als valors i als drets reconeguts a la CE, fent especial menció a uns articles determinats de la CE, concretament el 14, 18 i 20.4.

La dignitat a la que es refereix l'article descrit, fa referència al reconeixement dels principis de dignitat i d'igualtat recollits als articles 10 i 14 de la CE, i que prohibeixen establir qualsevol diferència per motius de raça, religió, opinió, sexe, orientació sexual, edat, etc, establint així que hom és igual a qualsevol altre⁴⁵.

L'article també fa referència a l'article 18, que tracta el dret a l'honor, la intimitat i la imatge de les persones, el qual té una gran importància ja que en una gran quantitat de casos, la publicitat i la comunicació social incideixen en els drets regulats en aquest article 18⁴⁶.

Pel que fa al també esmentat article 20.4 CE, aquest dóna especial èmfasi a la protecció d'un dels grups més vulnerables, com ho són els infants i els adolescents, entesos com a menors d'edat⁴⁷.

Finalment, el segon paràgraf del primer apartat de l'article fa especial menció a la protecció de la dona en la publicitat, que, a grans trets, pretén aconseguir una visió de la dona en condició d'igualtat i de no discriminació en el món de la publicitat.

Aquest supòsit de publicitat il·lícita relatiu a la dignitat i els drets reconeguts a la CE, és un dels casos per als que resulta més complicat treure'n una posició definitiva al respecte, ja que hi entren en joc els límits de la llibertat d'expressió, on les ideologies i les idees preconcebudes de cada subjecte hi tenen molta importància⁴⁸.

A banda de la complexitat d'aquests supòsits, cal afegir-hi també el paper de l'autoregulació publicitària⁴⁹, que tot i ser una eina molt útil i eficaç, contribueix a la creació de certes llacunes i dubtes, que en cas de que la publicitat tingués una

⁴⁵ Catalá, Manuela; Díaz, Óscar. (2014). *Publicidad 360º*. Zaragoza: Universidad San Jorge Ediciones. Pàg. 29.

⁴⁶ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 103.

⁴⁷ Article 12 de la CE: "Els espanyols són majors d'edat als divuit anys".

⁴⁸ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 103.

⁴⁹ Tractat a la pàgina 16.

judicialització més pronunciada, podrien ser solucionats adoptant la hipotètica postura plantejada pel TC⁵⁰. Un exemple d'aquesta complexitat el trobem en el conegut cas *Mitsubishi*, on es varen produir disparitats notables entre les decisions preses per la primera⁵¹ i segona instància⁵², i la decisió final del TS⁵³, relatives a la consideració o no de publicitat il·lícita d'acord amb l'article 3.a) de la LGP per incitar a la violència o a comportaments antisocials essencialment contraris a la dignitat humana⁵⁴.

- **Protecció dels menors en la publicitat:**

Prèviament hem fet referència a l'article 20.4 de la CE, que estableix una protecció especial a la joventut i a la infància, i a l'hora de referir-nos a l'article 3.b) de la LGP, reitera d'una manera més clara aquesta protecció especial esmentada. A banda d'aquests preceptes legals, també trobem un article relacionat a la Llei General de la Comunicació Audiovisual, que a l'article 7.3 estableix que les comunicacions comercials no podran produir cap perjudici moral o físic als menors⁵⁵.

Aquesta especial protecció exemplifica la prioritat que dóna el dret i el legislador a l'hora de regular qualsevol matèria relacionada amb aquest grup. Això és degut a la consideració de que els menors es troben en una fase de desenvolupament tant físic com mental, i per tant poden ser més vulnerables⁵⁶.

Per tal de dur a terme aquesta tutela dels menors en front de la publicitat, es dur a terme des de dues perspectives:

- Protecció del menor com a destinatari de la publicitat
- Ús i abús de la figura del menor amb objectius comercials.

⁵⁰ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 104.

⁵¹ Sentència del Jutjat de Primera Instància n°34 de Madrid, de 16 de juliol de 2002. (Extret de la base de dades VLex).

⁵² Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid, de 10 de desembre de 2004. (Extret de la base de dades VLex).

⁵³ STS 860/2009, de la sala de lo civil, de 15 de gener. (Extret de la base de dades VLex).

⁵⁴ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 104.

⁵⁵ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 111.

⁵⁶ Catalá, Manuela; Díaz, Óscar. (2014). *Publicidad 360°*. Zaragoza: Universidad San Jorge Ediciones. Pàg. 32.

Un exemple de publicitat il·lícita relatiu a l'ús de la figura del menor el podríem trobar en un cas que fou força mediàtic en el seu moment, que consistia en un spot televisiu en què es produïa una situació de discriminació infantil per vestir una samarreta determinada. En l'anunci, un dels nens (vestint una samarreta vermella simulant la de la selecció espanyola) no permetia participar en un partit de futbol a un altre nen per vestir la samarreta de la selecció catalana, la qual cosa va suposar la consideració de l'anunci com il·lícit, per resultar contrari a la protecció de la infància al fomentar la discriminació⁵⁷.

- **Prohibició de la publicitat subliminal.**

La publicitat subliminal la trobem definida a l'article 4 de la LGP com aquella *“que mitjançant tècniques de producció d'estímuls d'intensitat frontereres amb els llindars dels sentits o anàlegs, pugui actuar sobre el públic destinatari sense ser conscientment percebuda.”*

Així, la seva il·licitud resta principalment en la forma de realització de la comunicació publicitària, sense entrar gairebé a valorar-ne el contingut. En definitiva, el legislador pretén evitar que amb la publicitat s'origini un receptor inconscient, lesionant així la seva llibertat⁵⁸.

- **Prohibició d'infringir el disposat en les normatives reguladores de la publicitat de determinats productes, béns, activitats o serveis.**

En aquest cas atenem a allò establert a l'apartat d) de l'article 3 de la LGP, així com també al 5 LGP, ja que ambdós fan referència a normatives publicitàries de determinats productes, béns, activitats o serveis⁵⁹.

⁵⁷ Sentència del Tribunal de Justícia de Catalunya nº 620/2007, de 27 de juny de 2007. (Extret de la base de dades VLex).

⁵⁸ Tractat amb més profunditat al punt 4 del treball.

⁵⁹ Catalá, Manuela; Díaz, Óscar. (2014). *Publicidad 360º*. Zaragoza: Universidad San Jorge Ediciones. Pàg. 32.

De l'article 5, se'n desprèn un llistat obert, ja que no estableix taxativament els productes o serveis determinats, sinó les característiques que determinaran quins productes o serveis han de sotmetre's a aquesta regulació⁶⁰.

De manera general, aquestes disposicions fan referència a productes com el tabac, l'alcohol, els medicaments o els béns immobles, que degut a les seves característiques, tenen legislacions publicitàries diferenciades dels productes o serveis corrents⁶¹.

Per tant, són productes o serveis entorn els quals el legislador ha establert uns límits respecte a la possible publicitat que es pugui realitzar d'ells, prohibint-ne certes modalitats publicitàries, establint continguts obligatoris o limitant els seus destinataris, entre d'altres límits específics.

- **Prohibició de la publicitat deslleial, la publicitat enganyosa i la publicitat agressiva.**

Finalment, l'últim il·lícit que inclou l'article 3 LGP, fa referència a la publicitat deslleial, enganyosa i agressiva.

Pel que fa al primer cas, referent a la publicitat deslleial, es tracta d'una prohibició que trobem a l'esmentat article de la LGP, i als articles 4.1 i 18 de la LCD. L'article 4.1 és el que defineix el concepte "deslleial", definint-lo amb caràcter general com "*tot comportament que resulti objectivament contrari a les exigències de la bona fe.*"

Tal i com s'ha mencionat, els diferents tipus de publicitat il·lícita s'inclouen sota la consideració d'actes de competència deslleial, que resulta diferent del que entenem per publicitat deslleial, ja que aquesta fa referència a un acte o comunicació publicitària amb caràcter deslleial, essent considerada il·lícita per la LGP i regulant-se en la LCD⁶². És a dir, mentre que la publicitat il·lícita s'engloba dins del concepte d'acte de competència deslleial, la publicitat deslleial es tracta d'una modalitat de publicitat il·lícita segons la LGP.

⁶⁰ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg 117.

⁶¹ Tractat a la pàgina 17.

⁶² Catalá, Manuela; Díaz, Óscar. (2014). *Publicidad 360º*. Zaragoza: Universidad San Jorge Ediciones. Pàg. 35.

En segon lloc, el concepte jurídic de la publicitat enganyosa només el trobem en l'article 3 de la LGP com una modalitat de la publicitat il·lícita. Aquest precepte estableix que la publicitat enganyosa adquirirà caràcter d'acte de competència deslleial d'acord amb la LCD. Per tant, atenent a la LCD, podem afirmar que la publicitat enganyosa es troba compresa dins dels conceptes “*actes d'engany*” i d’ “*omissió enganyosa*”, regulats als articles 5 i 7 de la LCD.

Les característiques més importants d'aquest il·lícit són el possible error al que indueix o pot induir als consumidors, i la potencialitat econòmica d'aquest error, és a dir, que pugui influir de manera notable en el comportament econòmic dels destinataris de la publicitat⁶³.

Atenent a la temàtica d'aquest treball, la publicitat enganyosa té molta rellevància, ja que un dels supòsits a tractar és la publicitat encoberta, que es troba compresa en aquest il·lícit.

Finalment, la publicitat agressiva fou introduïda en la nova redacció de la LGP, i tal i com succeeix amb la publicitat deslleial i l'enganyosa, es troba plenament regulada en la LCD. A l'article 8 d'aquesta LCD, trobem definit el que legalment s'entén com a pràctica agressiva: “*considerant-se deslleial tot comportament que, tenint en compte les seves característiques i circumstàncies, sigui susceptible de minvar de manera significativa, mitjançant persecució, coacció, incloent-hi l'ús de la força, o influència indeguda, la llibertat d'elecció o conducta del destinatari en relació amb el bé o servei i, per tant, n'afecti o en pugui afectar el comportament econòmic. Amb aquesta finalitat, es considera influència indeguda*”.

Tot i que aquests il·límits publicitaris tenen una gran rellevància a nivell jurídic, fer-ne un desenvolupament més acurat s'allunyaria de l'objectiu del treball. En aquest punt, vistes breument les característiques que defineixen cada il·lícit, entrarem a tractar aquells que resulten més rellevants per al cos del treball: aquells en els que trobem la seva il·licitud en la forma, és a dir, la publicitat subliminal i la publicitat encoberta.

⁶³ Bercovitz, Alberto. (2014). *Apuntes de Derecho Mercantil* (15ª edición). Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Pàg. 417 i ss.

3. La Publicitat Encoberta

Una de les tècniques publicitàries més emprades per tal de poder aconseguir la tant preuada atenció i posterior persuasió dels destinataris és la publicitat encoberta.

Aquest tipus d'activitat publicitària es realitza mitjançant tècniques que aconseguixen que una publicitat determinada no tingui la forma o característiques que la defineixen, donant-li una estructura o forma diferent, canviant-ne la seva aparença persuasiva per una aparença, en molts casos, informativa. Així, l'anunciant dota la publicitat d'un caràcter informatiu, presentant la informació de manera objectiva, per tal de proporcionar al destinatari la confiança que hauria mancat en cas d'haver presentat la publicitat en la forma tradicional i corrent⁶⁴.

Tot i tractar-se, tal i com s'ha mencionat en el capítol anterior⁶⁵, d'un tipus de publicitat enganyosa, i en conseqüència de publicitat il·lícita, veiem com augmenten progressivament aquests il·lícits, donant-se en major mesura en els mitjans televisius. Aquest augment, ens aboca a reflexionar sobre la necessitat o no de realitzar una regulació més exhaustiva, ja sigui de caràcter més obert o permissiu, o de caràcter encara més restrictiu i prohibitiu.

3.1 La publicitat enganyosa

Tal i com s'ha esmentat anteriorment, la publicitat enganyosa la trobem recollida a l'article 3.e) de la LGP com una de les modalitats de publicitat il·lícita, sense oblidar la nova consideració d'acte deslleial de qualsevol modalitat de publicitat il·lícita introduïda per la LGP⁶⁶.

Per tant, es produeix un canvi substancial en la regulació de la publicitat enganyosa, ja que amb aquesta nova regulació, s'ha passat a trobar compresa en els conceptes “*d'actes d'engany*” i “*d'omissió enganyosa*” dels articles 5 i 7 de la LCD, o d'altra banda, en el de “*pràctica comercial deslleial*”. Així doncs, la LGP ens remet a la LCD per la regulació de la publicitat enganyosa.

⁶⁴ Catalá, Manuela; Díaz, Óscar. (2014). *Publicidad 360º*. Zaragoza: Universidad San Jorge Ediciones. Pàg. 27.

⁶⁵ Tractat a la pàgina 28.

⁶⁶ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 156.

Les característiques més rellevants d'aquesta publicitat són⁶⁷:

- L'error o possible error al que pot induir als destinataris de la publicitat.
- La possibilitat d'incidir econòmicament als destinataris.

Pel que fa a la tipologia d'aquest il·lícit, no només es fa referència a les afirmacions publicitàries enganyoses, sinó també a les omissions d'informació que puguin complir amb els requisits d'inducció a l'error i la possibilitat d'incidir en el comportament econòmic dels destinataris. En conseqüència, podríem establir una classificació de les possibles accions o omissions enganyoses que conformen la publicitat enganyosa:

- Actes d'engany: Aquest tipus d'engany fa referència a aquelles conductes que continguin informació falsa o informació, que tot i la seva veracitat, pugui induir a error als destinataris, tal i com es desprèn de l'article 5 LCD.
- Omissions enganyoses: Es desprèn de l'article 7 de la LCD, en el que s'estableix la prohibició *“d'omissió o ocultació d'informació necessària per tal que el destinatari pugui adoptar una posició o decisió amb comportament econòmic amb el degut coneixement de causa”*.

3.2 Definició legal i característiques

D'acord amb el que hem esmentat, la característica més rellevant de la publicitat encoberta és que els destinataris no la reconeixen com a manifestació publicitària, sinó que la forma i presentació que adopten poden conduir a possibles confusions amb manifestacions informatives o de naturalesa semblant. D'aquesta manera la defineix l'autor Lema Devesa, que també s'atreveix a denominar-la *“publicitat disfressada”*⁶⁸.

Val a dir, que la publicitat encoberta no es limita a presentar-se en manifestacions o contextos informatius, sinó que també pot aparèixer en altres situacions, tals com sèries de televisió, pel·lícules, programes d'entreteniment, concursos, etc. Aquesta modalitat publicitària exerceix doncs un enorme poder de persuasió, però presentat de manera poc visible i difícilment identificable pels destinataris.

⁶⁷ Catalá, Manuela; Díaz, Óscar. (2014). *Publicidad 360º*. Zaragoza: Universidad San Jorge Ediciones. Pàg. 35.

⁶⁸ Ribón, Eugenio (coordinador). (2010). *Las Prácticas Comerciales Desleales*. CEACCU Estudios y documentación. Pàg. 36.

En aquest punt, per tal de veure la dimensió i possibilitats que atorga la publicitat encoberta, és important esmentar la credibilitat que poden tenir certs programes informatius o personatges d'entreteniment que, a l'incloure missatges publicitaris de manera oculta, poden tenir una forta repercussió en els receptors de la publicitat. Aquesta és una de les característiques que dota a la publicitat encoberta d'una importància i unes possibles repercussions més pronunciades en els destinataris que les que trobem en la publicitat sotmesa a la legalitat.

D'altra banda, tal i com s'ha esmentat, la LCD estableix la publicitat encoberta com un dels supòsits de publicitat enganyosa dels articles 5 i 7 LCD, a banda d'un supòsit concret de publicitat encoberta en el seu article 26, anomenat “publicitat *redaccional*”⁶⁹, que tots ells seran tractats a continuació.

En primer lloc, l'article 5 de la LCD estableix la consideració de deslleial per enganyosa una publicitat determinada per la seva forma de presentació; d'altra banda, el referit article 7 LCD qualifica com a omissió enganyosa la que “*no doni a conèixer el propòsit comercial d'aquella pràctica, quan no resulti evident pel context*”.

Pel que fa a l'article 26 LCD, es tracta d'un supòsit introduït amb la modificació l'any 2009 de la LCD i es tracta d'un article destinat estrictament a regular les pràctiques comercials encobertes. Així doncs, estableix que una pràctica comercial podrà ser declarada de caràcter encobert, i per tant enganyosa i deslleial, sense que hagin de concórrer els requisits esmentats de l'article 5 i 7 de la LCD, si concorren els següents requisits: 1) Inserció del missatge en el contingut editorial del mitjà emissor; 2) Existència d'una contraprestació; 3) Absència d'elements identificatius publicitaris.

Així doncs, la LCD determina que la publicitat encoberta és aquella que pot induir a error per la seva forma de presentació, confonent als destinataris a l'encobrir el caràcter publicitari de la comunicació.

⁶⁹ Publicitat redaccional (art. 26 LCD): Es considera deslleial per enganyós incloure com a informació en els mitjans de comunicació comunicacions per promocionar un bé o servei, pagant l'empresari o professional per l'esmentada promoció, sense que quedi clarament especificat en el contingut o mitjançant imatges i sons clarament identificables per al consumidor o usuari que es tracta d'un contingut publicitari.

Per tant, l'element constitutiu de l'engany el trobem en la forma comunicativa, i no pas en el missatge, tal i com veurem que succeirà d'una manera semblant amb la publicitat subliminal.

Per tal de concretar més, el professor Lema Devesa sosté que *“la publicitat encoberta indueix a error als destinataris sobre la classe, l'origen i el valor de les al·legacions publicitàries”*⁷⁰, comportant un seguit de conseqüències:

- El públic no identifica la naturalesa del missatge publicitari, confonent-la amb qualsevol altre tipus de comunicació.
- Els destinataris no reconeixen l'emissor del missatge com a anunciant, ja que es produeix una falsa impressió d'imparcialitat per part de l'emissor.
- El públic atorga un grau més alt de credibilitat a les informacions emeses.

Amb objectiu de reduir les possibles pràctiques publicitàries encobertes, la LGP recull el *“principi d'identificació publicitària”*, mitjançant el qual estableix l'obligació de realitzar una diferenciació perceptible de les comunicacions de caràcter publicitari vers la resta de comunicacions. Mitjançant l'article 9 LGP, també s'obliga als anunciant a revelar, sense possibilitat d'error, el caràcter publicitari dels seus anuncis⁷¹.

En aquest punt, també resulta rellevant tenir en compte la postura adoptada per l'AACC (Autocontrol) anteriorment mencionada⁷², en el referent a la publicitat encoberta. L'organisme, al seu principi bàsic número 13 del seu Codi de Conducta⁷³ fa una referència rellevant a la publicitat encoberta, establint que *“la publicitat haurà de ser identificable sigui com sigui la seva forma o el mitjà utilitzat”*.

Per tal d'exemplificar l'activitat de l'AACC, així com la repercussió que pot tenir en el referent a la publicitat encoberta, resulta interessant esmentar la Resolució de 30 d'octubre de 2014, per la que s'estima la reclamació presentada per un particular en relació amb una publicitat de la que es responsable la mercantil *“Indemnización Directa*

⁷⁰ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC. Pàg. 75.

⁷¹ Article 9 LGP: Els mitjans de difusió delimitaran perceptiblement les afirmacions efectuades dins de la seva funció informativa de les que es facin com simples vehicles de publicitat. Els anunciant hauran de revelar inequívocament el caràcter publicitari dels seus anuncis.

⁷² Tractat a la pàgina 19.

⁷³ Codi de Conducta Publicitària aprovat a la Assemblea General Extraordinària celebrada el 19 de desembre de 1996.

SL”⁷⁴. Aquesta publicitat consistia en un anunci inserit a la premsa amb un format idèntic al d’una notícia. L’anunci presentava una fotografia d’un accident de cotxe, i a continuació un petit text descrivint les possibles reclamacions que es poden realitzar en aquest tipus de casos, destacant les habilitats i els èxits de la mercantil “*Indemnización Directa SL*” en casos de característiques similars. Finalment, en última instància, hi apareixia la direcció i dades de contacte de la mercantil esmentada.

L’AACC doncs, va considerar l’existència d’una infracció de la norma 13 del Codi de Conducta esmentada, al tenir una forma idèntica a una notícia periodística i estar introduïda en un context també periodístic, comportant que el consumidor no pugui identificar de manera indubtable el caràcter promocional de l’anunci, al poder confondre’l amb comunicacions de naturalesa diferent a la comercial.

3.3 Prova de l’existència de la publicitat encoberta

Tal i com veurem posteriorment amb la publicitat subliminal⁷⁵, un dels conflictes amb que ens trobem a l’hora d’analitzar jurídicament aquestes figures, es dona en el moment de provar-ne la seva existència⁷⁶.

Per tal d’exemplificar i veure les peculiars característiques d’aquest il·lícit, farem referència a dues “*fases*”⁷⁷ que tenen l’objecte de provar l’existència o no d’una comunicació publicitària de caràcter encobert.

En la primera fase, ens haurem d’atenir a l’anàlisi del missatge, estudiant de quina manera es produeix l’aparició del producte o servei, per tal de poder determinar si posseeix o no, una finalitat comercial o promocional. Les característiques d’aquest tipus d’il·lícit publicitari ens comporten entrar en un terreny on la presumpció hi té molta rellevància, ja que provar la finalitat d’una comunicació o aparició pot resultar molt complex.

⁷⁴ Resolució de 30 d’octubre de 2014, de la Secció Segona del Jurat de la Publicitat.

⁷⁵ Tractat a la pàgina 53.

⁷⁶ Massaguer, José; Palau, Felipe. (2002). Informe sobre *El régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la comisión de seguimiento del libro verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*. (Barcelona).

⁷⁷ Tobío, Ana María (2000). Revista de Derecho Mercantil. Núm. 237. *La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria*. Pàg. 1158.

Per tal d'exemplificar algunes d'aquestes presumpcions o indicis, a la doctrina italiana, concretament l'autor Federico Unnia⁷⁸ estableix un seguit d'indicis que poden ser molt útils per tal de determinar la finalitat promocional del missatge:

- Que es doni una única descripció d'un producte en un missatge.
- Que el contingut i el to del missatge resultin incoherents en un context informatiu.
- Que es doni l'aparició simultània de missatges gràfics relatius al producte referenciat al missatge.
- Que s'inclogui en missatge en un secció de publicació regular.
- Quan s'inclogui la firma del periodista o col·laborador autor de l'article, quan la finalitat principal d'aquest no sigui la informativa.
- Quan es presentin productes o serveis de manera innovadora en formes poc adients, com per exemple, quan aquests productes ja havien estat disponibles prèviament, i per tant, la finalitat informativa deixa de tenir sentit.

En segon lloc, en cas d'haver-se pogut provar el caràcter publicitari del missatge o comunicació, s'haurà d'analitzar si apareixen suficients signes o elements que permetin al públic adonar-se de la finalitat promocional d'allò que es presenta, per tal de que el receptors puguin identificar la naturalesa del missatge o comunicació. Alguns d'aquests elements podrien ser l'advertència clara i expressa del caràcter publicitari, la forma gràfica, el contingut o l'estructura, l'ús d'eslògans, etc⁷⁹.

Aquesta apreciació té unes connotacions subjectives, ja que es pot donar que una part dels destinataris reconeguin la finalitat publicitària del missatge, i l'altra part no. En aquest punt doncs, haurem d'atendre a la figura del *consumidor mitjà*⁸⁰. Aquesta figura la trobem definida a les consideracions prèvies a la Directiva 2005/29/CE, prenent com

⁷⁸ Vid. citat per l'autora: Tobío, Ana María (2000). Revista de Derecho Mercantil. Núm. 237. *La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria*. Pàg. 1203.

⁷⁹ Tobío, Ana María. (2000). Revista de Derecho Mercantil. Núm. 237. *La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria*. Pàg. 1204.

⁸⁰ Consumidor mitjà: Entès com el consumidor o usuari mitjà. El concepte ha estat adoptat en la jurisprudència del TJCE com la reacció típica del consumidor normalment informat, raonablement atent i perspicaç, tenint en compte els factors social, culturals i lingüístics.

a referència la interpretació que ha fet d'aquest concepte el Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea.

Aquestes dues fases són només uns indicis que ens poden indicar la possibilitat d'existència d'una determinada publicitat il·lícita, tot i que actualment, amb les modificacions de la LCD i amb els pronunciament doctrinals que veurem a continuació, aquests indicis ja no tenen el pes que podien tenir amb anterioritat. Així doncs, tot i que poden servir d'ajuda, el que finalment determinarà l'existència o no de publicitat encoberta, són les directrius que veurem a continuació.

Per tant, cada supòsit mereixerà el seu anàlisi i valoració, per tal de determinar si la finalitat publicitària és fàcilment reconeguda o no pel consumidor mitjà.

Tenint en compte aquestes dues directrius probatòries, val a dir que la millor manera de provar l'existència o no d'una determinada publicitat encoberta, serà l'acreditació de l'existència d'un contracte publicitari entre el mitjà de comunicació i el promotor del producte o servei, tot i que, tal com es pot desprendre de les pròpies característiques de la figura, les hipotètiques parts contractants, promouran esforços per tal de no deixar cap mena de prova de l'existència del contracte. Tot i així, en determinades ocasions es pot deduir la prèvia existència d'un pacte o acord publicitari, que permetrà, deduir la finalitat publicitària per mitjà de l'anàlisi del missatge tot i no acreditar l'existència del contracte.

D'altra banda, si prenem com a referència el que estableixen els articles 5 i 7 de la LCD, la doctrina espanyola ha establert quatre supòsits que hauran de concórrer per tal de poder qualificar una pràctica comercial com a encoberta⁸¹:

1. La pràctica o comunicació ha de tenir un propòsit comercial o publicitari, sense ser necessària l'existència d'un contracte publicitari entre anunciant i emissor.
2. La pràctica o comunicació ha de ser suficient per a induir a error als destinataris del missatge, tenint en compte la configuració del missatge i el mitjà de difusió.

⁸¹ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC. Pàg. 76.

3. L'absència d'elements identificatius suficients que puguin informar als destinataris de la naturalesa publicitària del missatge.
4. Finalment, en cas d'haver-se complert les tres anteriors premisses, una pràctica només serà considerada com a encoberta si incideix en el comportament econòmic dels consumidors.

Així doncs, tot i no existir proves clares de l'existència d'una contracte previ, la finalitat publicitària d'un missatge serà indagada emprant indicis o presumpcions, que ens permetran deduir la finalitat publicitària del missatge.

Així doncs, l'existència d'una contraprestació o remuneració no serà un element necessari per determinar el caràcter intencional de la publicitat encoberta. En aquest context, la sentència del TJCE/2011/171⁸², resol una qüestió prejudicial que plantejava si l'existència d'una remuneració, un pagament o una contraprestació era considerat com un element conceptual indispensable del propòsit publicitari. Així, tot i que la definició de la publicitat encoberta la descriu com *“la presentació es considerarà intencionada, en particular, si es fes a canvi d'una remuneració o d'un pagament similar”*, la sentència dictamina que aquesta disposició no pot ser objecte d'una interpretació estricta segons la qual tal presentació només pugui considerar-se intencionada si es fa a canvi d'una remuneració o pagament similar, i per tant, la remuneració o pagament similar no constitueix un element necessari per poder determinar el caràcter intencional d'una publicitat encoberta.

En l'àmbit nacional, trobem també jurisprudència relacionada amb aquesta necessitat d'acreditació o no de l'existència d'un pagament o remuneració. En trobem un exemple a una sentència del Tribunal Suprem que resol un recurs de cassació interposat per “GESTEVISIÓN TELECINCO SA”⁸³. El cas tractava un supòsit de responsabilitat per sis infraccions administratives greus, relatives a l'emissió de publicitat encoberta. Les comunicacions publicitàries feien referència a begudes amb graduació alcohòlica superior a vint graus centesimals, així com a la presentació d'altres productes i serveis amb finalitats publicitàries, que apareixien en dos capítols d'una coneguda sèrie televisiva.

⁸² Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Cas Eleftheri Tileorasi AE i altres contra Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis i altres. Sentència de 9 de juny de 2011. (Extret de la base de dades VLex).

⁸³ Sentència del Tribunal Suprem, Sala 3a, Contenciosa-Administrativa, de 30 de juliol de 2013.

Tot i que el subjecte demandat va recórrer la resolució per suposadament no concórrer la voluntat promocional i l'existència de contraprestació, el tribunal va considerar que si que es complien els requisits d'existència de publicitat encoberta, ja que les presentacions dels productes permetien deduir el seu caràcter indubtablement promocional, al atorgar als productes un protagonisme innecessari per representar una escena quotidiana.

D'aquesta manera, mitjançant l'estudi dels elements concordants, es podrà determinar que l'única explicació coherent a l'aparició d'un determinat missatge, teòricament al servei de la publicitat encoberta, sigui la seva finalitat promocional.

En definitiva, de tot el que hem tractat en podem extreure que cal identificar la publicitat de manera adient, mitjançant els corresponents recursos gràfics, auditius, visuals o audiovisuals, per tal de poder reconèixer indubtablement el caràcter promocional de la comunicació.

3.4 El product placement o l'emplaçament de producte

El product placement o emplaçament de producte és una de les modalitats de publicitat encoberta que ha causat més polèmica recentment, donat el notable creixement de les seves aparicions tant abans com després de l'aprovació de la nova Llei General de la Comunicació Audiovisual (LGCA)⁸⁴.

Troblem aquesta modalitat publicitària gairebé des de l'inici del segle XX, tot i que no va començar a tenir rellevància a Espanya fins a principis de la dècada dels 90, degut a diversos motius com l'entrada de les cadenes privades (com Antena 3 TV, Tele 5 o Canal Plus), la saturació publicitària, la crisi de la publicitat convencional, l'aparició de les primeres sèries televisives de gran audiència, el redescobriment de la imatge de la marca o l'aparició de la primera agència de Product Placement⁸⁵. Així doncs, tot i que es tracta d'una figura publicitària amb gran importància a altres països com als Estats

⁸⁴ Llei 7/2010, de 31 de març, General de la Comunicació Audiovisual. (Extret de la base de dades VLex).

⁸⁵ Cinemarc, dirigida per Leonor Pérez.

Units des de ben entrat al segle XX, no va ser fins al 1990 que va irrompre a l'estat espanyol⁸⁶.

Tot i que la seva regulació més profunda i concisa ha arribat amb aquesta nova LGCA, el Product Placement ha estat una pràctica amb gran importància també amb anterioritat a l'aprovació d'aquesta llei. La seva proliferació l'hem trobat en el món audiovisual, ja que es tracta d'una tècnica comunicativa d'aquest caràcter, sobretot en sèries televisives, programes de televisió, i fins i tot en el món cinematogràfic.

3.4.1 Definició i característiques

Si prenem com a referència la LGCA, concretament el seu article 2.31, trobem la seva definició com *“tota forma de comunicació comercial audiovisual consistent en incloure, mostrar o referir-se a un producte, servei o marca comercial de manera que figuri en un programa”*. D'altra banda, si ens basem en les definicions d'estudiosos de la matèria, Alfonso Mèndiz, en el seu llibre *Nuevas Formas Publicitarias*, defineix l'emplaçament de producte com *“la inclusió de productes o serveis comercials en obres cinematogràfiques o televisives a canvi d'un cert pagament o d'una col·laboració en la promoció d'aquestes obres”*⁸⁷.

D'altra banda els autors Baños i Rodríguez elaboren la seva pròpia definició dient que *“el Product Placement consistiria en col·locar un producte, marca, servei,... de manera intencionada en una obra audiovisual, gràfica, o literària, a canvi d'una retribució econòmica o de qualsevol altre intercanvi entre l'empresa i la productora, intercanvi que pot ser d'abastiment d'equips, assessorament, etc”*⁸⁸.

De tot això, podem destacar tres característiques molt rellevants de l'emplaçament de producte:

⁸⁶ Mèndiz, Alfonso. (2007). *Nuevas formas publicitarias*, “Patrocinio, Product Placement, Publicidad en Internet”. Màlaga: Universidad de Málaga. Pàg. 46.

⁸⁷ Mèndiz, Alfonso. (2007). *Nuevas formas publicitarias*, “Patrocinio, Product Placement, Publicidad en Internet”. Màlaga: Universidad de Málaga. Pàg. 48.

⁸⁸ Baños, Miguel; Rodríguez, Teresa. (2003). *Product Placement: estrella invitada la marca*. Madrid: Cie Inversiones Editoriales Dossat 2000.

1. El missatge publicitari adquireix molta més credibilitat, ja que arriba a l'audiència a través d'un emissor qualificat, imparcial o molt proper a l'audiència.
2. El missatge no és controlat de manera tan exhaustiva com succeeix amb la publicitat convencional, ja que serà l'emissor qui finalment decideix com presentar el producte, podent variar el discurs prèviament planejat.
3. El missatge aconsegueix integrar-se plenament en els mitjans de comunicació.

Així doncs, veiem que les característiques més importants d'aquesta figura són: la participació d'un emissor imparcial; un missatge poc controlat per l'anunciant; i la recerca de notorietat de la marca en qüestió⁸⁹.

D'altra banda, aquesta modalitat publicitària ofereix un gran ventall de possibilitats (passiu⁹⁰, actiu⁹¹ i verbal⁹²), donant un seguit d'avantatges vers altres modalitats, d'entre les que podem destacar:

1. L'associació de la marca a un context més proper per al destinatari, al produir-se la inclusió publicitària en entorns més realistes i quotidians.
2. No hi ha intervencions de possibles competidors que puguin restar importància o credibilitat al missatge.
3. L'espectador no pren la mateixa postura com en la publicitat convencional, ja que es troba en una postura més positivament predisposada.
4. Es poden desenvolupar situacions de compra i de consum, donant més credibilitat al missatge.

⁸⁹ Méndiz, Alfonso. (2007). *Nuevas formas publicitarias, "Patrocinio, Product Placement, Publicidad en Internet"*. Màlaga: Universidad de Málaga. Pàg. 55.

⁹⁰ Modalitat passiva: Permet la mera visualització de la marca apareixent en decorats, productes de consum o disseny relacionats. (Méndiz, Alfonso. (2007). *Nuevas formas publicitarias, "Patrocinio, Product Placement, Publicidad en Internet"*. Màlaga: Universidad de Málaga. Pàg. 58).

⁹¹ Modalitat activa: El producte adquireix protagonisme en el desenvolupament de l'acció. (Méndiz, Alfonso. (2007). *Nuevas formas publicitarias, "Patrocinio, Product Placement, Publicidad en Internet"*. Màlaga: Universidad de Málaga. Pàg. 58).

⁹² Modalitat verbal: Es menciona el producte o servei de manera explícita. (Méndiz, Alfonso. (2007). *Nuevas formas publicitarias, "Patrocinio, Product Placement, Publicidad en Internet"*. Màlaga: Universidad de Málaga. Pàg. 58).

Tot i aquestes avantatges vers la publicitat convencional, també hi ha un seguit de punts febles o desavantatges del product placement: com el poc control del missatge per part de l'emissor; risc de passar desapercebut; necessitat d'aparèixer repetides vegades, sense provocar la saturació del destinatari; possibilitat de defectes de presència; possibles variacions en l'emissió, ja sigui en una franja horària diferent, o que fins i tot no s'arribi a emetre; risc d'inadequació o associació equivocada⁹³.

Així doncs, ens trobem davant d'una tècnica publicitària cada vegada més recurrent, i amb unes grans possibilitats d'influir en els destinataris als que va dirigida. D'altra banda, tot i que en un primer moment es tractava d'una matèria molt vagament regulada, a mesura que ha anat guanyant protagonisme en el món audiovisual, també ha anat augmentant la legislació relacionada, per tal de protegir, en última instància als consumidors i potencials destinataris d'aquesta figura.

3.4.2 Marc jurídic

La seva definició, que aparentment sembla senzilla, ens condueix a una inevitable delimitació dels seus aspectes definitoris degut a la seva condició de comunicació comercial, que resulta molt problemàtica.

En un primer moment, a l'hora d'abordar el concepte, es va produir un debat doctrinal força rellevant en l'àmbit nacional, per tal de delimitar si el product placement era o no pròpiament publicitat, ja que aquest fet acabaria condicionant el caràcter legal de la figura. Finalment, després de diversos pronunciaments al respecte d'organitzacions i associacions relacionades amb la matèria, es va arribar a l'acord⁹⁴, força primitiu, d'equiparar el product placement amb el patrocini, per tal d'atorgar-li un suport legal que el recolzés⁹⁵.

El problema que es planteja partint de la delimitació conceptual, és que aquesta modalitat publicitària comporta la possibilitat de que el destinatari no capti la finalitat

⁹³ Méndiz, Alfonso. (2007). *Nuevas formas publicitarias, "Patrocinio, Product Placement, Publicidad en Internet"*. Màlaga: Universidad de Málaga. Pàg. 56.

⁹⁴ L'acord es va produir en la *Jornada sobre Nuevas Técnicas de Comunicación Comercial*, organitzada per la *Asociación Autocontrol de la Publicidad*, l'any 1997.

⁹⁵ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC. Pàg. 144.

publicitària del contingut audiovisual en que consisteix el missatge, la qual cosa comportaria l'incompliment del principi esmentat d'identificació publicitària, contingut a la LGP.

Aquest aspecte és un dels desencadenants del profund debat comentat prèviament, ja que la possibilitat de tractar-se d'una pràctica il·lícita es deixava entreveure degut al possible incompliment d'aquest principi.

No va ser fins l'any 2007, i des de l'àmbit europeu, que es va realitzar la primera distinció entre la publicitat encoberta i l'emplaçament de producte. En aquest punt, es va mantenir la prohibició genèrica de la publicitat encoberta, mentre que, d'altra banda, es van establir un seguit de requisits per tal de determinar la licitud del product placement. La Directiva que va permetre la inclusió d'aquesta nova regulació fou la 2007/65/CE, que, a banda d'introduir les modificacions esmentades, va deixar en mans dels Estats Membres la permissió o no de les possibles excepcions per motius de naturalesa, havent de respectar però, els mínims introduïts per la Directiva.

Per tal de complir amb les premisses europees establertes en aquesta anterior directiva, el legislador espanyol ha inclòs a la LGCA en el seu article 17.1, *“el dret a emetre amb emplaçaments de productes llargmetratges, curtmetratges, documentals, pel·lícules i sèries de televisió, programes esportius i programes d'entreteniment”*, permetent així l'emplaçament de producte en els espais mencionats, tot i afegir que *“en la resta de programes, únicament es podrà realitzar l'emplaçament de productes a canvi del subministrament gratuït de béns o serveis, així com les ajudes materials a la producció o els premis, amb mires a la seva inclusió en un programa”*.

Cal afegir també, la regulació posterior que realitza la LGCA en aquest mateix article 17, establint un seguit de requisits innegociables:

1. *“S'estableix l'obligació d'informar clarament als destinataris de l'emplaçament del producte, tant al principi com al final del programa, així com quan es retorni d'una pausa publicitària, en cas de que el programa hagi estat produït o encarregat pel prestador del servei o una filial.*

Amb aquesta obligació es pretén protegir el principi d'identificació publicitària, protegint en última instància als destinataris de la publicitat. Val a dir que, pel

que fa a la forma d'aquesta identificació, l'autor Fernando Magarzo⁹⁶ destaca que la LGCA no preveu de manera expressa la possibilitat d'establir un "logotip neutre" per identificar l'emplaçament de producte. Tot i així, des d'un punt de vista doctrinal, s'entén que no cal identificar a totes les empreses o marques que apareixeran en l'emplaçament de producte determinat, de tal manera que ja s'ha adoptat una pràctica habitual consistent en la utilització d'un logotip amb la indicació "emplaçament publicitari", que se situa a l'angle superior esquerra de la pantalla, que permet conèixer als destinataris que en aquell espai es produeixen emplaçaments de producte.

- 2. L'emplaçament de producte no pot condicionar la independència editorial del prestador del servei o emissor del missatge.*
- 3. L'emplaçament no pot realitzar una incitació directa a l'adquisició o arrendament de béns o serveis, ni realitzar una promoció concreta dels mateixos, ja que aquestes no són característiques de la modalitat del Product Placement.*
- 4. Es prohibeix donar una prominència indeguda al producte en el context del programa que l'inclou.*
- 5. Es prohibeix, en qualsevol cas, la inclusió de l'emplaçament de producte en la programació infantil. Aquesta prohibició es deu a la consideració de destinataris més vulnerables i, tot i que es realitzi la identificació o senyalització de l'emplaçament, es pot donar la falta d'identificació dels objectius comercials d'aquesta pràctica"⁹⁷.*

A banda del vessant legal de regulació publicitària, tal i com s'ha esmentat en capítols anteriors, trobem la possibilitat de l'autoregulació publicitària⁹⁸. Aquesta hipotètica autoregulació, que no s'ha produït, té una importància reconeguda per experts de la matèria, ja que garantiria una situació lliure d'abusos de la pròpia tècnica.

⁹⁶ Fernando, M^a del Rosario. (2008). Revista Autocontrol. Núm. 127. *La nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. En especial, la regulación de las comunicaciones comerciales audiovisuales. PARTE II.* Pàg. 25.

⁹⁷ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria.* Barcelona: Editorial UOC. Pàg. 145.

⁹⁸ Tractat a la pàgina 18.

Tot i així, aquesta possibilitat no ha estat abordada en l'actualitat, i per tant, el product placement no disposa d'un codi de conducta específic que el reguli, la qual cosa resulta poc coherent tenint en compte la importància creixent d'aquesta modalitat publicitària.

Per tal de realitzar una regulació adient, s'hauria de trobar una fórmula que permetés la diferenciació racional entre allò que es tracta d'una comunicació comercial, d'una exigència narrativa, o només es tracta de l'aparició de productes, marques o serveis que formen part del decorat. Aquesta diferenciació és un dels motius pels quals resulta extremadament complexa la seva regulació.

En definitiva, després d'anys de pràctiques relacionades amb la matèria i de debats doctrinals sobre la licitud o no d'aquesta modalitat publicitària, s'ha establert una regulació més profunda del product placement que, tal i com veurem a continuació, no ha evitat l'augment de conflictes i casos relacionats.

En força ocasions, sobretot amb anterioritat a la nova regulació, s'han donat situacions en que l'emplaçament de producte s'ha utilitzat per realitzar activitats publicitàries de difícil cabuda legal⁹⁹.

Fem referència, per exemple, a l'aparició de begudes alcohòliques de graduació superior a 20 graus o a productes de tabac, la publicitat de les quals està sotmesa a una regulació legal especial molt taxativa. En aquest punt tornem a trobar-nos amb el conflicte esmentat amb anterioritat, fins a quin punt aquests productes són part necessària de l'activitat audiovisual, o resulten introduïts amb finalitats comercials o de promoció?

Per tant, resulta molt complicat valorar la participació d'aquests tipus de productes, que, aprofitant aquesta dificultat interpretativa, acaben tenint cabuda ens els mitjans audiovisuals.

Trobem així molts exemples en les sèries televisives i ens els films cinematogràfics, ja sigui amb l'aparició durant la pel·lícula del protagonista fumant una determinada marca de cigarretes, o bevent un tipus o un altre de beguda alcohòlica.

⁹⁹ Movilla, Luis Antonio. (2009). *La función de comunicación comercial del product Placement y su influencia en los sistemas de producción audiovisual*. Tesis doctoral no publicada, Universidad Complutense de Madrid.

3.5 La CNMC i la publicitat encoberta

La Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (CNMC) *“és l'organisme encarregat de la lliure competència i la regulació de tots els mercats i sectors productius de l'economia espanyola, amb l'objectiu de protegir als consumidors”*¹⁰⁰.

Es tracta d'un organisme públic amb personalitat jurídica pròpia, independent del govern però sotmès a control parlamentari.

La CNMC és un organisme força recent, ja que la seva entrada en funcionament es dona al 2013, amb l'aprovació de la Llei 3/2013, de Creació de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (Llei CNMC), quan es decideix la unificació dels organismes reguladors i de defensa de la competència amb la finalitat de garantir la seva independència, incrementar la seguretat jurídica i la promoció d'una regulació eficient. D'altra banda, amb el Reial Decret 657/2013 de 30 d'agost, es va aprovar el seu estatut orgànic (Estatut de la CNMC)¹⁰¹.

*“Es tracta de la consolidació del model de les Administracions independents per la supervisió de determinats sectors o activitats, en un intent de neutralitzar políticament aquesta actuació administrativa de garantia de les regles del joc. Aquest model organitzatiu, del qual trobem el primer exponent en el nostre Dret en el Consell de Seguretat Nuclear i que es va estendre a un bon nombre de sectors clau de l'economia, es caracteritza per l'atribució de la supervisió d'un sector, o de determinades activitats, a una entitat que es configura legalment de manera que el Govern i la resta de l'Administració governativa deixen de tenir les facultats de direcció”*¹⁰².

Així doncs, aquest organisme té l'objectiu de garantir, preservar i promoure el correcte funcionament, la transparència i l'assistència d'una competència efectiva en tots els sectors i mercats en benefici dels consumidors i usuaris. La seva novetat principal la trobem en la concentració de competències de supervisió sobre els diferents sectors, tots ells conjuntats sota un mateix organisme de competències sectorials o verticals, en l'àmbit de l'energia, el transport i les comunicacions¹⁰³.

¹⁰⁰ Extret de la pàgina web “www.cnmc.es” en data 18 d'abril de 2015.

¹⁰¹ Magide, Mariano. (2013). Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez). Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Pàg. 118 – 121.

¹⁰² Magide, Mariano. (2013). Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez). Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Pàg. 118 – 121.

¹⁰³ *Ibidem*.

Pel que fa a la seva estructura, s'organitza entorn a dos òrgans de govern: el president, i un consell format per deu membres elegits en seu parlamentària, que alhora s'organitza en dues sales.

La seva funció es basa principalment en l'emissió de dictàmens i resolucions, amb les corresponents investigacions, així com l'admissió de les denúncies que siguin realitzades per qualsevol persona física o jurídica, pública o privada, nacional o estrangera que tingui coneixement de la possible vulneració de les normes protegides per la CNMC¹⁰⁴.

Vistes les característiques principals, i quines són les seves funcions, resulta apropiat que la CNMC acabi tenint poder d'intervenció en possibles pràctiques publicitàries que puguin produir vulneracions en la competència dels mercats, ja que al cap i a la fi, és la seva finalitat principal.

Així trobem diverses intervencions de la CNMC en conflictes relacionats amb la publicitat encoberta i el product placement. A continuació veurem alguns casos que exemplificaran millor aquesta contínua aparició de conflictes, i en els que la CNMC hi juga un paper rellevant:

- **Resolució de la CNMC per la qual es requereix a “Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, SA” per a que cesi en l'emissió d'emplaçaments que no s'ajustin a allò disposat a l'article 17 de la LCA:**

Aquesta resolució dirigida a la Corporació Atresmedia SA, es deu a l'apreciació per part de la CNMC de la inserció de continguts publicitaris relacionats amb el product placement a programes de televisió com l'emblemàtic “*Karlos Arguiñano en tu Cocina*” o a l'espai “*Planeta Calleja*”. Tal i com hem explicat, el product placement no està pas prohibit, però les seves peculiars característiques han conduït a realitzar una regulació molt estricta i taxativa continguda principalment en la LGCA. En aquest punt, sembla ser que s'està aprofitant aquesta modalitat publicitària per acabar vulnerant aquesta normativa, en donar-se casos de vulneració

¹⁰⁴ Extret de la pàgina web “www.cnmc.es” en data 18 d'abril de 2015.

del màxim de minuts publicitaris per hora, o la incorrecta senyalització de l'emplaçament de productes.

Aquest cas va iniciar-se amb l'exercici de les facultats d'inspecció i supervisió que atorga l'article 9 de la Llei CNMC, procedint a la visualització i posterior anàlisi dels programes emesos per la corporació esmentada, per tal de comprovar el grau de compliment de les condicions establertes en matèria d'emplaçaments publicitaris.

En aquest punt, la CNMC detecta un seguit d'irregularitats en el programa televisiu "*Karlos Arguiñano en tu Cocina*", d'acord amb l'article 17.3 de LGCA, el qual estableix que l'emplaçament no pot incitar directament a la compra o arrendament de béns o serveis, realitzar promocions concretes d'aquests, o donar prominència indeguda al producte.

A l'hora de realitzar la valoració, la CNMC té en compte totes les característiques i peculiaritats de l'espai audiovisual analitzat, ja que, per exemple, en aquest cas, al tractar-se d'un programa de caràcter gastronòmic, permet una presència important d'emplaçaments de productes.

Així doncs, es troben diverses irregularitats referents a la indeguda exhibició de productes de manera excessivament reiterada, així com la col·locació de productes determinats en situacions prominents i massa destacades¹⁰⁵. D'altra banda, en relació a productes que formen part de la recepta protagonista del programa, se'ls dóna una rellevància excessiva, degut a la quantitat de temps que apareixen en primer o segon pla, així com algunes manifestacions verbals que mencionen característiques dels productes emprats d'una manera poc apropiada¹⁰⁶.

A tenor d'aquest anàlisi, resulta adient concloure de la mateixa manera que ho fa la CNMC, que els emplaçaments de producte tenen una enorme i excessiva carga promocional, no resultant concordants amb les característiques establertes en la LGCA per aquesta modalitat publicitària.

¹⁰⁵ Esdevenint emplaçaments de producte de caràcter passiu. (Méndiz, Alfonso. (2007). *Nuevas formas publicitarias*, "*Patrocinio, Product Placement, Publicidad en Internet*". Màlaga: Universidad de Málaga. Pàg. 58).

¹⁰⁶ Esdevenint emplaçament de producte de caràcter actiu i verbal. (Méndiz, Alfonso. (2007). *Nuevas formas publicitarias*, "*Patrocinio, Product Placement, Publicidad en Internet*". Màlaga: Universidad de Málaga. Pàg. 58).

Finalment doncs, la resolució tractada estableix un requeriment a la corporació Atresmedia per a que adopti les mesures que consideri oportunes, per tal d'adequar els emplaçaments publicitaris a la legalitat, evitant-ne la prominència indeguda, i procedint a la correcta senyalització. Val a dir però, que aquesta resolució posa fi a la via administrativa, i per tant la corporació sancionada podrà interposar un recurs contenciós-administratiu davant l'Audiència Nacional.

- **Resolució del procediment sancionador, incoat a “Mediaset España Comunicación SA”, per la vulneració dels articles 14.2 i 14.4, paràgraf 1r, de la Llei 7/2010 de 31 de març, General de Comunicació Audiovisual.**

Aquesta resolució posa fi a un procediment sancionador iniciat per una inspecció de la *Direcció de Telecomunicacions i del Sector Audiovisual*¹⁰⁷, d'acord amb les potestats d'inspecció i sanció establertes a l'article 29.1 de la Llei CNMC, de programes emesos en els canals televisius “Cuatro” i “Energy”, durant l'emissió dels quals es varen introduir dues campanyes publicitàries sense la interrupció dels corresponents programes (“Deportes Cuatro” i “Tiki Taka”), no respectant el que estableixen els articles 14.2 i 14.4 de la LGCA. Aquests articles estableixen la necessitat de diferenciar els programes dels continguts publicitaris i la necessitat de respectar la integritat dels programes, respectivament.

La CNMC, a l'entendre que Mediaset podria haver infringit els articles 14.2 i 14.4 de la LGCA, a l'haver inserit publicitat durant l'emissió del programa sense respectar el principi de separació de la publicitat i la programació, inicia un procediment sancionador.

En aquest punt, Mediaset va presentar al·legacions:

- En primer lloc, manifestant que al tractar-se de programes d'entreteniment sense caràcter informatiu, les insercions publicitàries són fidels al que estableix la llei.

¹⁰⁷ La *Direcció de Telecomunicacions i del Sector Audiovisual* és l'òrgan encarregat de les funcions d'instrucció dels expedients de la CNMC en matèria de comunicacions electròniques i del sector audiovisual. (Extret de la pàgina web “www.cnmc.es” en data 18 d'abril de 2015).

- En segon lloc, que les insercions respecten la integritat del programa, ja que inclouen la sobreimpressió “publicitat” en la part superior esquerra de la pantalla.

Tot i així, la CNMC segueix considerant que s’han comès dues infraccions administratives continuades de caràcter greu, d’acord amb l’article 58.7 de la LGCA, a l’haver inserit publicitat en els programes sense interrompre’ls, i mesclant els continguts editorials i els continguts publicitaris, alterant la integritat del programa.

El prestador del servei va reiterar les al·legacions, però la resolució actual estableix finalment que “*Mediaset España Comunicación SA*” és responsable de la comissió d’una infracció administrativa de caràcter greu, per la vulneració dels articles 14.2 i 14.4 de la LGCA, ja que el primer d’aquests estableix l’obligació del prestador del servei a diferenciar clarament el contingut publicitari del contingut del programa; i el segon article esmentat estableix l’obligació de respectar la integritat del programa. En conseqüència, s’imposa una sanció de multa, per import de 111.000€.

- **Acord d’incoació d’un procediment sancionador a “*Mediaset España Comunicación SA*”, pel presumpte incompliment de l’article 18.2 de LGCA.**

Aquest cas fa referència a la presumpte vulneració de l’article 18.2 de la LGCA, que estableix la prohibició de qualsevol comunicació comercial encoberta o subliminal, per part del programa “*Qué Tiempo Tan Feliz*” de la cadena televisiva “*Telecinco*” del grup “*Mediaset*”.

Aquesta vulneració es pot haver donat durant la presentació de determinats productes o serveis per mitjà d’una entrevista entre la presentadora del programa i una convidada, destacant-ne el caràcter publicitari de l’entrevista, i tenint en compte que en cap moment es mostra cap mena de distintiu que permeti al espectador o destinatari, distingit aquest caràcter publicitari de l’espai, tal com preveu l’article 14.2 de la LGCA.

Durant aquesta entrevista, teòricament de caràcter informatiu o lúdic, es tracten temes relacionats amb la salut, el pes o la bellesa, presentant productes i consells

acompanyats de sobreimpressions de les avantatges dels productes, i fins i tot, en alguns casos, indicant els preus i les marques.

Així doncs, l'entrevista acaba tenint un caràcter excessivament promocional, afegint-hi també, les posteriors remissions que realitza la convidada al seu espai personal on-line, en el que resulta evident la seva vinculació amb l'empresa "*Naturlider*".

En conseqüència, en l'actual resolució, la CNMC troba indicis suficients i fundats per acusar Mediaset del possible incompliment de l'article 18.2 de la LGCA, a l'haver emès presumptament publicitat encoberta dels productes i serveis esmentats.

Així doncs, aquests tres casos comentats reflecteixen en gran mesura la situació actual de l'emplaçament de producte i de la publicitat encoberta. Podem veure com les cadenes de televisió aprofiten aquesta dificultat de regulació d'aquests conceptes, i recorren a tècniques que poden vorejar el límit legal que estableix principalment la LGCA, però que en molts casos el sobrepassen, i en última instància, els que acaben sortint perjudicats d'aquest conflicte són els consumidors o destinataris de la publicitat.

Per tant, trobem vulneracions dels articles de la LGCA que regulen específicament aquestes modalitats de manera concisa, i en els que cada exigència normativa és rellevant per tal de garantir la legalitat establerta.

Al tractar-se d'il·lícits causats per la seva forma publicitària, i no pel contingut, l'anàlisi per determinar-ne la seva legalitat o no, resulta molt complex, obligant a la CNMC o l'organisme encarregat de la instrucció, a estudiar a fons cada supòsit, sense poder realitzar una consideració de caràcter global.

En definitiva, des de la meua perspectiva, considero que les cadenes televisives es troben contínuament tantejant i vorejant els límits legals de l'àmbit publicitari, realitzant les interpretacions legals segons els seus propis interessos i menystenint els nostres drets com a destinataris de la publicitat. Així doncs, la funció supervisora i protectora de la CNMC crec que té una gran importància, ja que si ens deixem en mans d'aquestes empreses, de ben segur que aquestes no vetllaran per la nostra protecció com a consumidors.

4. La Publicitat Subliminal

Tot i tractar-se d'un il·lícit publicitari amb una presència jurídica gairebé irrellevant, és conegut per bona part de la població, i degut a les seves característiques tant peculiars, han comportat que sigui objecte de falsos casos jurídics i fins i tot d'hipotètiques conspiracions.

Partint d'aquesta base, podem suposar que ens trobem davant d'una figura, si més no interessant, i tot seguit veurem les seves repercussions legals, així com les característiques que la defineixen.

4.1 Definició legal i característiques generals

Aquest tipus de publicitat es tracta d'un dels esmentats supòsits de publicitat il·lícita de l'article 3 LGP. La característica principal d'aquesta modalitat publicitària és la impossibilitat dels seus destinataris de reconèixer-la. És a dir, els receptors publicitaris no la perceben de manera conscient. D'acord amb aquestes característiques, l'article 4 de la disposició legal esmentada, defineix de manera prou acurada el que des del punt de vista jurídic s'entén per publicitat subliminal: *“la que, mitjançant tècniques de producció d'estímul d'intensitats frontereres amb els llindars dels sentits o anàlogues, pugui actuar sobre el públic destinatari sense ser conscientment percebuda”*.

Tal i com s'ha fet referència en punts anteriors del treball¹⁰⁸, la seva il·licitud no rau en el missatge o en el seu contingut, sinó que resulta il·lícita d'acord amb la forma de realització de l'activitat publicitària. En definitiva, la publicitat pot resultar subliminal en funció de la forma, i no pas del contingut.

Aquesta antijuridicitat de la forma té la seva raó de ser en la possible lesió, manipulació o anul·lació de la llibertat de decisió del destinatari, ja que resulta ser un destinatari inconscient del missatge publicitari, i per tant, amb independència del missatge, la il·licitud ja hi és present.

¹⁰⁸ Tractat a la pàgina 27.

D'acord amb l'article 4 de LGP, la publicitat subliminal consta de tres elements fonamentals¹⁰⁹:

1. L'estimulació subliminal: Aquest element és el que el diferencia de manera més notable de la resta d'il·lícits publicitaris, ja que fa referència a la percepció inconscient que es tindrà d'un missatge publicitari subliminal. D'acord amb el que estableix l'article, un missatge publicitari subliminal ha de ser totalment imperceptible pels sentits, ja que la seva actuació es basa en generar una reacció determinada al destinatari.

D'acord amb Sutil Martín, els estímuls subliminals es poden agrupar en quatre grans grups (auditius, olfactius, tàctils i visuals), esdevenint els més rellevants, en el cas publicitari, els de caràcter visual¹¹⁰.

2. Possible producció d'efectes inconscients: L'estimulació esmentada ha de produir algun efecte inconscient al destinatari, per tal de que la reacció a la publicitat tingui alguna repercussió en el mercat. En aquest punt, l'autor García Rodríguez esmenta la importància de que aquesta repercussió no sigui identificada pel destinatari publicitari, ja que en cas de ser detectat, esdevindria un tipus de publicitat amb consciència del receptor, que és exactament oposat a l'efecte perseguit de la publicitat subliminal¹¹¹.

En aquest punt, rau un dels problemes més importants als que ens aboca la publicitat subliminal, que és la prova d'aquests efectes inconscients, que en definitiva és el que ens permetrà qualificar una publicitat determinada com a antijurídica.

3. Irrellevància del contingut i de les característiques del missatge: Tal i com hem esmentat, l'antijuridicitat de la publicitat subliminal la trobem en la forma publicitària, deixant de banda el missatge i les seves característiques. Així, la producció dels efectes inconscients que pretén produir ja esdevenen suficients per qualificar una publicitat com il·lícita.

¹⁰⁹ Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 128.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Vid citat per l'autor: Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 128

4.2 Prova de la producció dels efectes inconscients

Tal i com hem subratllat anteriorment, una de les dificultats més importants que comporta la publicitat subliminal la trobem a l'hora de provar que, efectivament, una publicitat resulta ser subliminal perquè produeix efectes inconscients en els destinataris.

Tal i com hem vist, el missatge publicitari subliminal s'ha d'insertar en una comunicació que no té caràcter publicitari, i que mitjançant tècniques extrasensorials, acaben transmetent o emetent uns missatges de caràcter publicitari. És per aquest motiu, que resulta molt complexa la possibilitat de formular una acció jurídica vers una publicitat que es denomini subliminal, ja que en el moment en que el destinatari és conscient de que es troba davant d'una acte publicitari subliminal, aquest deixa de ser-ho, degut a que la millor demostració de que un missatge no és subliminal, és la seva consciència.

Així doncs, atenent a aquesta dificultat probatòria de la publicitat subliminal, podem deduir que tan sols mitjançant processos tècnics, i amb anàlisis professionals podríem descobrir si una comunicació determinada conté o no missatges subliminals.

Aquest aspecte suposa grans conflictes al legislador a l'hora de catalogar la publicitat subliminal en la disciplina jurídica de la publicitat o no. També resulta interessant la possible catalogació de la publicitat subliminal com a il·lícit per vulneració de la dignitat humana i de les llibertats personals, ja que els destinataris mereixen un respecte a la seva dignitat, podent reconèixer quan es troben davant d'un missatge publicitari i quan no, evitant així una manipulació inconscient de la seva persona, que en qualsevol cas, no seria respectuós amb la dignitat i la llibertat de les persones¹¹².

El millor exemple d'aquesta peculiaritat de la publicitat subliminal és que des de la seva regulació, no hi ha hagut mai cap campanya publicitària que hagi estat modificada o condemnada per part del tribunal espanyols per aquest il·lícit¹¹³.

En aquest punt, la falta de sentències en aquesta matèria ens obliga a preguntar-nos quin n'és el motiu principal. Tot i que, tal i com hem vist, les característiques de l'il·lícit fan molt difícil el reconeixement de campanyes subliminals, podria ser que la regulació no

¹¹² Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters. Pàg. 128.

¹¹³ Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Anglofort. Pàg. 62.

fos la més adient, ja sigui per la seva falta, o per el seu excés, ja que l'absència de casos relacionats ens pot conduir a pensar que es tracta d'una regulació del tot innecessària.

4.3 Casos relacionats

Degut a les característiques d'aquest il·lícit publicitari a les que hem fet referència, resulta comprensible que l'activitat jurisdiccional relacionada amb la publicitat subliminal sigui inexistent. Tot i així, la paraula subliminal és un terme força recurrent, i tot i que no sempre és emprat amb la idoneïtat que requereix, trobem alguns casos en que apareix. A continuació veurem alguns exemples:

- **Publicitat subliminal de TVE a favor del Partit Popular:**

Aquest cas fa referència a un recurs realitzat pel PSOE davant de la Junta Electoral l'any 2000. Aquest recurs es basava en un estudi del catedràtic de Sociologia de la Universidad Complutense de Madrid Fermín Bouza, que qualificava de "*sospitosa coincidència*" la similitud entre els fons que apareixen al darrere dels presentadors dels informatius de TVE, i els utilitzats en les tanques publicitàries i en l'escenografia preelectoral del PP¹¹⁴.

Aquest informe del Partit Socialista detalla coincidències entre la propaganda electoral i els fons infogràfics o ciclorames dels informatius de TVE, com l'ús del mateix codi cromàtic, l'ús d'un mateix codi tipogràfic o l'ús del mateix cos i tipus de lletra.

Així doncs, el PSOE va demanar a la Junta Electoral la declaració d'il·lícita d'aquests fons determinats dels informatius de TVE.

Finalment, la Junta Electoral Central va desestimar la denúncia presentada, al entendre que no es desprèn cap ànim de voler influir subliminalment en els electors, ja que la similitud que presenten els elements denunciats no sembla que tingui la intenció d'influir subliminalment en els electors, ja que l'ús d'aquests elements per

¹¹⁴ Extret de la pàgina web http://elpais.com/diario/2000/02/15/espana/950569203_850215.html en data 24 d'abril.

part del PP es remunta als anys 80, i els elements de l'informatiu de TVE té grans similituds amb els que presenten altres cadenes de televisió¹¹⁵.

Així doncs, havent estudiat el cas, tots els indicis condueixen a compartir opinió amb la Junta Electoral, ja que la denúncia del PSOE no sembla disposar de grans fonaments a banda de l'estudi del psicòleg en qüestió, resultant totalment insuficient per poder condemnar uns elements o unes determinades conductes com a subliminals.

- **Publicitat subliminal de Marlboro a la Fórmula 1:**

Durant l'any 2010, professionals del camp de la medicina i la psicologia van exigir que es realitzessin investigacions de la suposada publicitat subliminal que realitzava la marca de tabac Marlboro a l'equip Ferrari de la Fórmula 1¹¹⁶.

Aquests professionals van trobar indicis al cotxe i a l'uniforme dels pilots que semblaven indicar la possible presència d'imatges que conduïen a una possible publicitat subliminal. Aquesta acusació va prendre com a referència els colors vermell, blanc i negre existents en el cotxe i els uniformes, destacant una franja horitzontal blanca a l'alçada del pit, que podia induir als espectadors a recordar un paquet de la coneguda marca de tabac.

Aquest franja o codi de barres, va ser descrit per la Comissió Europea de Salut Pública com una campanya de "màrqueting subliminal" de la marca Marlboro.

Tot i les negatives de l'escuderia Ferrari i de la pròpia marca de tabac a reconèixer aquesta hipotètica publicitat subliminal, es van acabar retirant les imatges, teòricament per donar la polèmica per acabada¹¹⁷.

A diferència del supòsit anterior, les característiques d'aquest cas ens poden conduir a arribar a pensar que realment ens trobem davant d'un cas de publicitat subliminal. Cal tenir en compte, tal i com hem esmentat amb anterioritat en aquest mateix

¹¹⁵ Extret de la pàgina web http://elpais.com/diario/2000/02/16/espana/950655602_850215.html en data 24 d'abril.

¹¹⁶ Extret de la bases de dades VLex: http://app.vlex.com/#ES/search/date:...+content_type:1/publicidad+subliminal/vid/199690507 en data 25 d'abril de 2015.

¹¹⁷ Extret de la pàgina web "<http://redgrafica.com/Ferrari-retira-publicidad>" en data 16 d'abril de 2015.

capítol, que la possibilitat de deduir conscientment que aquests especials codis de barres són efectivament publicitat subliminal, dificulta la seva consideració de subliminal, ja que una de les característiques més importants d'aquest il·lícit és la inconsciència vers la comunicació publicitària.

Així doncs, hauríem de recórrer a un anàlisi tècnic per poder descartar o determinar el caràcter subliminal de la comunicació.

5. Conclusions

La publicitat resulta una eina molt potent en favor de la competència, tot i que aquest poder que la caracteritza, pot acabar originant la situació oposada, minvant la competència entre els diferents competidors del mercat, o vulnerant drets dels destinataris.

Tal i com s'ha desenvolupat, el Dret té una gran importància en el món publicitari, resultant ser un actor protagonista, jugant-hi un paper essencial, essent un garant de drets i deures de consumidors i competidors.

Aquesta importància jurídica ha comportat que ens els darrers anys s'hagi produït una evolució progressiva i incessant de la legislació relativa a l'activitat publicitària en el marc de la competència, en especial per protegir consumidors i usuaris. Aquesta evolució és proporcional amb l'augment de la importància del món de l'activitat publicitària, així com de la creixent innovació de noves tècniques cada vegada més complexes, com per exemple la figura de l'emplaçament de producte.

Aquesta evolució ha estat fortament marcada per l'activitat legislativa en l'àmbit europeu l'aprovació de directives que posteriorment s'han incorporat a l'ordenament jurídic espanyol. Per tant, de les corresponents directives, ha tingut una gran rellevància l'activitat legislativa estatal, d'entre les que destaca la recent modificació de la LCD realitzada l'any 2009, a l'incloure la nova consideració de qualsevol tipus de publicitat il·lícita sota la denominació d'actes de competència deslleial.

Aquesta activitat legislativa europea i nacional ha resultat ser completament necessària, per exemple, per respondre a la problemàtica que plantegen casos relacionats amb el product placement. Certament, en el seu inici trobàvem una gran activitat publicitària que utilitzava aquesta tècnica, però, d'altra banda, no disposàvem una legislació suficient que pogués respondre a aquest creixent nombre de casos. Aquesta situació ha provocat que en força ocasions es vulneressin drets dels consumidors i dels competidors del mercat, trobant-nos davant d'una situació insostenible i inadmissible.

Actualment, però, han sorgit un enorme nombre de casos relacionats amb la publicitat encoberta, però la reacció dels tribunals i dels organismes autònoms, ens indica que ens trobem davant d'un enfortiment de la regulació jurídica sobre aquest tema molt més

idònia i adequada que anteriorment, situació en la que no disposàvem d'una normativa tan estricta.

Des del meu punt de vista, la creació de la CNMC ha permès agilitzar la resolució d'aquests tipus de supòsits, al donar una resposta ràpida i segura augmentant així la seguretat jurídica. Tot i així, la normativa és objectiva i cal una interpretació posterior per ser aplicada a cada supòsit concret, i crec que a partir de la creació de la CNMC, aquesta comissió ens proporcionarà els paràmetres necessaris per tal de poder delimitar els contorns d'una figura tan complexa com el product placement, entre d'altres.

En el referent a la publicitat subliminal, s'ha plasmat la situació tan peculiar que caracteritza aquest tipus publicitari, en que, tot i trobar una legislació prou acurada, no es donen supòsits en els que es pugui aplicar aquesta legislació. En aquest punt, s'ha valorat la necessitat o no d'aquesta regulació, degut a la dificultat de provar els efectes inconscients i extrasensorials que produeix la publicitat subliminal.

6. Fonts de consulta.

⇒ Bibliografia:

- Baños, Miguel; Rodríguez, Teresa. (2003). *Product Placement: estrella invitada la marca*. Madrid: Cie Inversiones Editoriales Dossat 2000.
- Bercovitz, Alberto. (2014). *Apuntes de Derecho Mercantil* (15a edición). Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- Catalá, Manuela; Díaz, Óscar. (2014). *Publicidad 360º*. Zaragoza: Universidad San Jorge Ediciones.
- De La Cuesta, José María. (2002). *Curso de derecho de la publicidad*. Pamplona: EUNSA.
- Fernando, M^a del Rosario. (2008). Revista Autocontrol. Núm. 127. *La nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. En especial, la regulación de las comunicaciones comerciales audiovisuales. PARTE II*.
- Kotler, Philip; Armstrong, Gary. (2008). *Fundamentos de Marketing*. (8a edición). Mèxic: Pearson Educación.
- Lázaro, Emilio J. (2012). *Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Méndiz, Alfonso. (2007). *Nuevas formas publicitarias, "Patrocinio, Product Placement, Publicidad en Internet"*. Màlaga: Universidad de Màlaga.
- Ortega, Enrique. (1998). *La Comunicació Publicitaria*. Madrid: Ed. Pirámide.
- Patiño, Beatriz. (2007). *La autoregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*. Barcelona: Bosch.
- Ribón, Eugenio (coordinador). (2010). *Las Prácticas Comerciales Desleales*. CEACCU Estudios y documentación.
- Santaella, Manuel. (2003). *Derecho de la publicidad*. Madrid: Thomson Civitas.
- Tobío, Ana María (2000). Revista de Derecho Mercantil. Núm. 237. *La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria*.

- Vilajoana, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: Límites de la actividad publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC.

⇒ Informes:

- Magide, Mariano. (2013). Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez). Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.
- Massaguer, José. (2006). Estudio de “*La transposición al derecho espanyol de la directiva 2005/29/CE sobre Pràcticas Comerciales Desleales*”. Informe del Grupo de Trabajo constituido en el seno de la Asociación Española de Defensa de la Competencia. (Boletín núm. 2013).
- Massaguer, José; Palau, Felipe. (2002). *El régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la comisión de seguimiento del libro verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*. Informe inèdit, Instituto Nacional de Consumo.
- Méndiz, Alfonso. *Publicidad, educación y nuevas tecnologías*. Informe inèdit, “Nuevas Formas Publicitarias y Nueva Economía” i “AUPEMEC”.

⇒ Altres fonts:

- Article del diari El País extret de la pàgina web:
http://economia.elpais.com/economia/2015/04/09/actualidad/1428592352_077977.html
- Article del diari El País extret de la pàgina web:
http://elpais.com/diario/2000/02/16/espana/950655602_850215.html en data 24 d’abril.
- Article extret de la base de dades Vlex:
http://app.vlex.com/#ES/search/date:..+content_type:1/publicidad+subliminal/vi d/199690507.
- Article extret de la pàgina web: <http://redgrafica.com/Ferrari-retira-publicidad>

- Extret de la pàgina web:
http://elpais.com/diario/2000/02/16/espana/950655602_850215.html en data 24 d'abril.
- Movilla, Luis Antonio. (2009). *La función de comunicación comercial del product Placement y su influencia en los sistemas de producción audiovisual*. Tesis doctoral no publicada, Universidad Complutense de Madrid.
- www.autocontrol.es
- www.cnmc.es