



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Propiedad Intelectual e Industrial

Publicidad de *influencers*: regulación y
autorregulación

Trabajo fin de estudio presentado por:	Alba Carpintero García
Tipo de trabajo:	Trabajo Fin de Máster
Director/a:	Irene Lorenzo Rego
Fecha:	28/02/2024

Resumen

En la actualidad, constituye una práctica consolidada el uso de *influencers* por parte de las marcas como estrategia de publicidad. No obstante, en muchas ocasiones, el modo de presentación del mensaje publicitario por los *influencers* no es del todo claro, induciendo a error en los usuarios, quienes no son capaces de discernir precisamente dicho carácter publicitario. Con la finalidad de evitar estas prácticas encubiertas de publicidad, la Asociación Española de Anunciantes y Autocontrol suscribieron un Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad junto al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y el Ministerio de Consumo. En este sentido, se impone la necesidad de estudiar dicho Código, de forma conjunta con el resto del ordenamiento jurídico vigente, a fin de analizar las vías de control establecidas para el uso de *influencers* en la publicidad.

Palabras clave: código de conducta, publicidad encubierta, *influencer*, autorregulación, Autocontrol.

Abstract

Currently, the use of influencers by brands as an advertising strategy is an established practice. However, on many occasions, the way in which the advertising message is presented by influencers is not entirely clear, misleading consumers, who are not able to precisely discern the advertising nature of the message. In order to avoid these surreptitious advertising practices, the Spanish Association of Advertisers and Autocontrol signed a Code of Conduct on the use of influencers in advertising together with the Ministry of Economic Affairs and Digital Transformation and the Ministry of Consumer Affairs. In this regard, it is necessary to study this Code, together with the rest of the current legal system, in order to analyze the controls established for the use of influencers in advertising.

Keywords: Code of Conduct, surreptitious advertising, influencer, self-regulation, Autocontrol.

Índice de contenidos

1.	Introducción	6
1.1.	Justificación del tema elegido	6
1.2.	Problema y finalidad del trabajo	7
1.3.	Objetivos.....	8
2.	Consideraciones generales acerca de la publicidad encubierta	9
2.1.	El concepto de publicidad	9
2.2.	Marco jurídico de la publicidad encubierta.....	10
2.2.1.	Ley General de Publicidad	10
2.2.2.	Ley de Competencia Desleal.....	11
2.2.3.	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información	16
2.2.4.	Normativa sobre Servicios de Comunicación Audiovisual	16
2.3.	Distinción con otras figuras afines	19
2.3.1.	Publicidad ilícita.....	19
2.3.2.	Publicidad subliminal.....	20
2.3.3.	Publicidad nativa	20
2.3.4.	Emplazamiento de producto	20
3.	La autorregulación publicitaria	25
3.1.	Consideraciones iniciales sobre la autorregulación publicitaria	25
3.1.1.	Origen	25
3.1.2.	Distinción entre autorregulación y correulación.....	26
3.1.3.	Naturaleza y características principales	28
3.2.	El sistema de autorregulación publicitaria español: Autocontrol.....	29
3.2.1.	Resolución de controversias: el Jurado de la Publicidad.....	31
3.2.2.	Asesoramiento previo	37

4. Los Códigos de conducta.....	41
4.1. Regulación de los Códigos de conducta en España.....	41
4.1.1. El fomento de los Códigos de conducta	41
4.1.2. El deber de respetar la normativa.....	42
4.1.3. La promoción de la creación de Códigos de conducta comunitarios.....	44
4.1.4. Los responsables de los Códigos de conducta y sus acciones.....	45
4.2. Especial referencia al Código de conducta sobre el uso de <i>influencers</i> en la publicidad: sus normas y principios.....	46
4.3. Situación en otros países	49
4.4. Aplicación de los Códigos de conducta en resoluciones del Jurado	51
5. Conclusiones.....	55
Referencias bibliográficas.....	57
Listado de abreviaturas	65

1. Introducción

1.1. Justificación del tema elegido

Las redes sociales constituyen en la actualidad una de las principales fuentes de comunicación colectiva. Asimismo, las redes sociales se emplean con asiduidad por parte de las empresas, ya sean públicas o privadas, como medios publicitarios. A grandes rasgos, las estrategias de publicidad en las redes sociales pueden distinguirse en dos clases. Por un lado, se encontraría el método publicitario tradicional, en virtud del cual los mensajes publicitarios se muestran al destinatario como un contenido más de la propia red social, formando parte de su *feed*, si bien personalizando los distintos anuncios que emergen. Esto se efectúa gracias a los datos que la red social recaba del usuario, accediendo a información tal como los perfiles que visualiza, las publicaciones con las que interactúa, así como todo tipo de comportamientos que mantiene en la red social. Por otro lado, se encontraría el llamado marketing de influencia, el cual consiste en la contratación de los servicios de un usuario de la red social, al que se le conoce como *influencer*, con el fin de que comparta vivencias y experiencias propias que sirvan de promoción de los productos y marcas de una empresa (GUTIÉRREZ GARCÍA 2021, p. 3).

Generalmente, el *influencer* es una persona que dispone de un cierto grado de prestigio que le permite generar influencia sobre sus seguidores, hasta el punto de lograr que sus recomendaciones u opiniones modifiquen la capacidad de actuar de los mismos y los lleven a adquirir los productos publicitados (SIXTO-GARCÍA y ÁLVAREZ-VÁZQUEZ 2020, p. 1613).

Uno de los principales problemas que plantea la utilización de los *influencers* en las estrategias de publicidad de las empresas radica en que, en incontables ocasiones, debido a la manera en la que los *influencers* presentan el mensaje publicitario a los usuarios de la red social, este no es percibido correctamente como contenido publicitario, induciendo así a error. El *influencer* propicia este ecosistema dado que habitualmente la intención de la empresa anunciante es transferir la imagen de éxito de que dispone el sujeto en las redes sociales al producto que está publicitando, sin mostrar la contraprestación que está percibiendo éste a cambio, lo que da la sensación al usuario de que el producto está siendo mostrado con total naturalidad y genera credibilidad (RAMOS GUTIÉRREZ y FERNÁNDEZ BLANCO 2021, p. 63).

Estas prácticas pueden ser constitutivas de publicidad encubierta, la cual se encuentra expresamente prohibida por la normativa aplicable. A este respecto, puede citarse el artículo

3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP), el cual considera publicidad ilícita la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, indicando además que tendrán la consideración de actos de competencia desleal en los términos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD). Por su parte, la LCD recoge y sanciona a lo largo de su clausulado distintas prácticas constitutivas de publicidad encubierta o engañosa, diferenciando entre actos de engaño, omisiones engañosas y prácticas específicas de engaño frente a los consumidores.

Con el objetivo de reducir al máximo estas prácticas de publicidad encubierta, el legislador español ha promovido distintas herramientas, destacando el uso de mecanismos de autorregulación publicitaria y el fomento de la elaboración de Códigos de conducta. Fruto de dicho empeño es el Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, elaborado por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol) y la Asociación Española de Anunciantes (en adelante, AEA), cuya entrada en vigor fue el 1 de enero de 2021.

Con carácter general, la misión principal de este Código de conducta consiste en que los mensajes de contenido publicitario presentados por los *influencers* sean claramente identificados como tales por sus destinatarios. Por ello, en aquellos casos en que la naturaleza publicitaria del mensaje pudiera no ser del todo transparente o clara para el usuario, el Código de conducta impone la obligación al *influencer* de incluir una indicación al respecto (RAMOS GUTIÉRREZ y FERNÁNDEZ BLANCO 2021, p. 64).

En consecuencia, el deliberado aumento de estas prácticas publicitarias encubiertas, proliferadas por el ámbito inmediato de las redes sociales y la figura del *influencer*, así como la necesidad de dotar de una protección suficiente a los consumidores y usuarios, son las principales razones que han motivado la elección de este tema de trabajo.

1.2. Problema y finalidad del trabajo

En consonancia con lo anterior, el principal problema que presenta el uso de *influencers* por parte de empresas para emitir sus mensajes publicitarios es que con asiduidad estas conductas constituyen prácticas de publicidad encubierta, a la luz de la normativa y ética.

Por tanto, la finalidad del presente trabajo no es otra que realizar un análisis de los mecanismos existentes en torno a la problemática expuesta, a fin de valorar si los mismos

resultan adecuados. Adicionalmente, con el presente trabajo se pretende advertir y concienciar al público acerca de la gravedad de las prácticas publicitarias encubiertas que llevan a cabo a los *influencers*, a fin de prevenir, en la medida de lo posible, la perpetración de esta clase de conductas, reprochables tanto desde un punto de vista ético como legal.

1.3. Objetivos

El objetivo principal de este trabajo consiste en ofrecer al lector un profundo estudio acerca del fenómeno del uso de los *influencers* en la publicidad y su inevitable conexión con la publicidad encubierta. Para su elaboración, se han utilizado como fuentes indispensables la legislación comunitaria y estatal, enfocadas especialmente en los ámbitos de la publicidad, la competencia desleal, los servicios de la sociedad de la información y los servicios de comunicación audiovisual. Lo anterior se ha visto complementado con un estudio y revisión de la jurisprudencia existente en la materia, claramente insuficiente, y de las resoluciones emitidas por el Jurado de la Publicidad en supuestos verídicos.

Con la finalidad de lograr el objetivo principal descrito, se ha decidido efectuar en primer lugar un análisis introductorio de la normativa que afecta a la publicidad en distintos ámbitos territoriales, para continuar centrando la atención en el concepto de publicidad encubierta y su posible afectación por el uso constante de las redes sociales y el empleo de *influencers* como estrategia publicitaria de las empresas.

Asimismo, el trabajo centra el foco en el sistema de autorregulación publicitaria, haciendo referencia al funcionamiento de este mecanismo en otros Estados y contraponiéndolo con la situación de España. Es este punto donde se tratará en profundidad el Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, comentando sus principales objetivos y características, y complementando dicha explicación con el análisis de diversas resoluciones alcanzadas por el Jurado de la Publicidad en casos reales.

Finalmente, se indicará que, pese a los continuos intentos de promover una regulación completa acerca del fenómeno de la publicidad encubierta en las redes sociales y prever una protección íntegra de los consumidores y usuarios en este ámbito, lo cierto es que continúa no siendo suficiente. Por tanto, se examinará cómo el Código de conducta sobre el uso de los *influencers* en la publicidad y, en especial, la labor de vigilancia de Autocontrol, siguen sin suplir la falta de una respuesta jurídica adecuada al problema.

2. Consideraciones generales acerca de la publicidad encubierta

2.1. El concepto de publicidad

El estudio de la publicidad encubierta en el ámbito de los *influencers* y las redes sociales debe venir precedido de una primera delimitación acerca del concepto de publicidad.

La LGP recoge en su artículo 2 el concepto de publicidad: *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

De la definición anterior, pueden resaltarse los siguientes aspectos principales del concepto de publicidad:

En primer lugar, toda forma de comunicación engloba cualquier modalidad de difusión del mensaje, siendo completamente irrelevante el medio empleado y el número de personas a que va dirigido. Por tanto, dentro de este concepto se incluyen tanto las modalidades de comunicación más tradicionales, como la televisión, la radio o la prensa, como las más actuales, como las redes sociales.

En segundo lugar, la LGP, al hablar de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, está incluyendo dentro del concepto de sujetos de actividad publicitaria a las personas públicas. Ahora bien, para ello es preciso que ejerzan una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, y no una actividad institucional propiamente dicha.

En tercer lugar, cabe decir que la publicidad puede efectuarse sobre bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. En cuanto a la inclusión de derechos y obligaciones, la doctrina ha entendido que la normativa hace referencia a aquellos supuestos en los que el mensaje publicitario trata de que el consumidor adquiera un determinado compromiso con el fin de obtener un derecho, como puede ser el caso de los planes de pensiones (FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, 2023).

En cuarto lugar, conviene subrayar que la publicidad persigue exclusivamente la finalidad de promocionar la contratación de bienes y servicios en el mercado. Por tanto, debe tratarse de una comunicación dirigida a promover la venta de productos y servicios en el mercado, y no

limitarse a efectuar estimaciones positivas acerca de los mismos. Además, esta finalidad podrá perseguirse de forma directa o indirecta, lo que implica que también se incluyen dentro del concepto de actividad publicitaria aquellas comunicaciones cuyo objetivo sea simplemente elevar la imagen del anunciante en el mercado.

Finalmente, por lo que refiere a la necesidad de que el mensaje sea difundido en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, debe entenderse que la norma excluye de categorización como publicitaria a aquella comunicación que no sea realizada por un agente económico.

2.2. Marco jurídico de la publicidad encubierta

El marco jurídico de la publicidad está constituido esencialmente en nuestro país por la LGP y la LCD. En efecto, la publicidad, en tanto actividad dirigida a la promoción de la contratación de bienes y servicios en el mercado, constituye uno de los métodos principales utilizados por los profesionales para competir entre sí en el mercado. Por su parte, el Derecho de la competencia desleal prohíbe las conductas de competencia desleal, siendo su finalidad principal la eliminación de estas conductas en el mercado y la propagación de la libre competencia entre empresarios.

La publicidad puede resultar un importante instrumento precompetitivo, en la medida en que fomenta la propagación de la transparencia en el mercado, la libre competencia entre los empresarios y la protección de los intereses de consumidores y usuarios. No obstante, en determinadas circunstancias, los mensajes publicitarios pueden ser contrarios a las reglas de la libre competencia y, en definitiva, dar lugar a conductas de publicidad desleal. Por ello, puede afirmarse que existe una profunda conexión entre la publicidad y el Derecho de la competencia desleal (VELASCO SAN PEDRO 2017, p. 1).

2.2.1. Ley General de Publicidad

La regulación de la publicidad encubierta en España comienza con la publicación de la LGP, que vino a transponer al Derecho español la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. En el momento de su promulgación, se optó por una regulación de la publicidad encubierta independiente del marco jurídico de la competencia desleal.

En este sentido, la LGP prohibía la publicidad encubierta en su artículo 11, actual artículo 9, de la siguiente manera: *“Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”*.

Uno de los principales problemas que planteó esta regulación es la situación del artículo dentro de la norma. El artículo estaba situado dentro del Título III, dedicado a la contratación publicitaria, lo que planteaba dudas acerca de la posibilidad de emprender, ante estas conductas de publicidad encubierta, las acciones frente a la publicidad ilícita establecidas en el artículo 6, por cuanto las conductas de publicidad ilícita se encontraban exclusivamente determinadas en el Título II y no en el Título III (TOBÍO RIVAS 2018, p.3).

En efecto, la LGP no mencionaba, dentro de las clases de publicidad ilícita dispuestas en su Título II, la publicidad encubierta. Pese a ello, se venía considerando por la doctrina que la publicidad encubierta constituía una clase de publicidad ilícita, concretamente por encontrarse subsumida dentro de los supuestos de publicidad engañosa del artículo 4, que reputaba ilícita aquella publicidad que *“de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”*. Otros autores entendían que constituía publicidad ilícita en virtud de la prohibición de publicidad desleal recogida en los artículos 3 y 6 de la anterior LGP.

En la actualidad, la LGP sanciona expresamente como publicidad ilícita la publicidad engañosa y la publicidad desleal, al establecer en su artículo 3. e) que *“es ilícita la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”*. Por tanto, se habría disipado toda duda acerca de la calificación de la publicidad encubierta como publicidad ilícita y, por ende, de la posibilidad de ejercer las acciones determinadas en el artículo 6 de la LGP ante estos supuestos.

2.2.2. Ley de Competencia Desleal

La categorización de la publicidad engañosa y la publicidad desleal como actos de competencia desleal tiene su origen en la transposición al ordenamiento jurídico nacional de la Directiva

2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Esta Directiva introdujo por primera vez una regulación armonizada en la Unión Europea acerca del Derecho de la competencia desleal. Fruto de dicha transposición, surgió la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que vino a modificar aspectos sustanciales de la LCD.

Fundamentalmente, la Ley 29/2009, al hilo de la propia Directiva 2005/29/CE, efectuó una unificación de la materia de competencia desleal en la LCD, aunque manteniendo una diferenciación entre conductas generales y conductas que atañen a los consumidores y usuarios, regulando así una cláusula general y una suerte de supuestos específicos para éstos.

Adicionalmente, y tal y como se tendrá ocasión de destacar con posterioridad, la Ley 29/2009, en línea con lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE, realiza un reconocimiento explícito de los sistemas de autorregulación en materia de competencia desleal, fomentando la elaboración y aplicación de Códigos de conducta, con el fin de elevar el nivel de protección para los consumidores y usuarios.

Regresando a los actos de competencia desleal, conviene resaltar en primer lugar que, la LCD, al delimitarlos, establece una cláusula general en su artículo 4, a la que añade una lista enunciativa de actos concretos de competencia desleal en sus artículos 5 a 31. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la cláusula general contenida en el artículo 4 de la LCD *"no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley, sino que tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la Ley ha estimado tipificar en concreto. Consiguientemente, esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular"* (SSTS 1169/2006, de 24 de noviembre de 2006, y 468/2013, de 15 de julio de 2013, entre otras). Por tanto, la conducta contenida en el artículo 4 de la LCD consistiría en un acto de competencia desleal con sustantividad propia, que aplica en aquellos supuestos en los que no es posible

sancionar la conducta como alguno de los actos de competencia desleal concretos enunciados en los artículos 5 a 31 de la Ley.

Expuestas las consideraciones generales anteriores, conviene ahora centrar nuestra atención en la publicidad encubierta. La LCD equipara la publicidad encubierta a la publicidad engañosa y establece una regulación específica para ésta, haciendo distinción entre los actos de engaño (artículo 5), las omisiones engañosas (artículo 7) y las prácticas de engaño concretas frente a los consumidores (artículos 19 a 27). Por tanto, mientras los artículos 5 y 7 de la LCD tendrían una aplicación general, las conductas de engaño específicas recogidas en los artículos 19 a 27 se aplicarían exclusivamente a las relaciones entre empresarios y consumidores, por lo que constituirían normas especiales respecto de aquellos (TOBÍO RIVAS 2018, p.5).

Así pues, en primer lugar, la publicidad encubierta podría tener la consideración de acto de engaño: *“Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”*, señalando a continuación una serie de elementos sobre los que ha de incidir el engaño en cuestión, como la existencia o la naturaleza del bien o servicio, o las características principales del bien o servicio (art. 5.1 de la LCD).

En segundo lugar, la publicidad encubierta también puede adoptar la forma de omisión engañosa, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1 de la LCD. Tendría tal categorización aquella conducta consistente en la ocultación de la información necesaria para que el consumidor adopte una decisión con repercusión en su comportamiento económico, así como la aportación de información poco clara, ininteligible, ambigua, en un momento no adecuado o sin identificación de su propósito comercial.

En tercer lugar, de entre las prácticas de engaño concretas frente a los consumidores, cabe mencionar por su especial interés al tema que nos ocupa las prácticas comerciales encubiertas que se detallan en el artículo 26.1 de la LCD. Según este precepto, serán desleales por engañosas aquellas conductas consistentes en la inclusión en los medios de comunicación de mensajes con finalidad de promoción de bienes o servicios, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, cuando no quede debidamente especificado en el contenido mediante imágenes u otros mecanismos que se trata de un contenido publicitario.

De las definiciones anteriores, la doctrina ha extraído los requisitos que han de concurrir para calificar una práctica como publicidad encubierta (TATO PLAZA y FERNÁNDEZ CARBALLO-

CALERO 2010). En primer lugar, la conducta debe tener una finalidad publicitaria o comercial, la cual se determina habitualmente por la existencia de una contraprestación económica en favor del anunciante, pero también puede venir precedida de indicios distintos. En segundo lugar, la práctica ha de ser apta para inducir a error en los destinatarios sobre su finalidad comercial. Para determinar este requisito, habrán de ser tenidas en consideración todas las circunstancias del supuesto concreto, así como, para el caso de que la conducta se realice con consumidores, el punto de vista del consumidor medio. En efecto, según lo dispuesto en el artículo 4.2 de la LCD, *“para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio”* que, según se ha fijado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sería aquel que está normalmente informado y sea razonablemente atento y perspicaz. En tercer lugar, la conducta deberá ser apta para incidir en el comportamiento económico de sus destinatarios.

Finalmente, ha de señalarse que determinado sector doctrinal sostiene que la publicidad encubierta no es un acto de competencia desleal por su equiparación a la conducta engañosa, sino que su categorización como acto de competencia desleal se debe a que infringe normas jurídicas cuyo objeto es la regulación de la actividad concurrencial. Por tanto, este sector doctrinal entiende que la publicidad encubierta tendría cabida en el artículo 15.2 de la LCD, no así en los artículos anteriormente citados. En este sentido, ARREGUI IRÁCULIS (2011, p. 145) sostiene que la publicidad encubierta infringiría el principio de autenticidad contenido en el artículo 9 de la LGP, lo que llevaría a considerarlo como un ilícito publicitario, así como un ilícito concurrencial, en tanto en cuanto estaría violando normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, como es el caso de la LGP.

En opinión de la autora del presente trabajo, nada obstaría a considerar las prácticas de publicidad encubierta como actos de competencia desleal que vulneran las normas jurídicas concurrenciales. No obstante, dado que se subsumen de forma más idéntica y exacta en las conductas de engaño determinadas a lo largo del redactado de la LCD, es preferible su determinación como acto de competencia desleal engañoso, y no por infringir la normativa sobre competencia.

La constante evolución de la actividad publicitaria y su implantación en los medios digitales hacía necesaria la adaptación de la normativa expuesta con anterioridad a estas nuevas situaciones. Como consecuencia de lo anterior, se promulgó a nivel comunitario la Directiva

(UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Entre los objetivos de la Directiva (UE) 2019/2161 se encontraba precisamente la modernización de la normativa en línea con la realidad actual del mercado digital.

Dicha Directiva se transpuso al ordenamiento jurídico español por medio del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. Este Real Decreto-Ley introdujo modificaciones en distintas normas jurídicas, entre ellas, la LCD.

En concreto, se implementaron modificaciones en la LCD en lo que refiere a las prácticas engañosas y agresivas, puesto que, con motivo de su proliferación por el uso de las redes sociales y las herramientas digitales, se consideró que merecían una mayor protección (ORTEGA 2022, p. 126).

Así pues, el artículo 26.1 de la LCD expuesto con anterioridad fue ligeramente modificado en el siguiente sentido: *“Se consideran desleales por engañosas las prácticas que incluyan como información en los medios de comunicación o en servicios de la sociedad de la información o redes sociales, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido, o a través de imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario, que se trata de un contenido publicitario”*.

En efecto, el legislador, consciente de la carencia de normativa específica sobre las prácticas de publicidad encubierta llevadas a cabo por los *influencers* en el marco de las redes sociales, incluyó los servicios de la sociedad de la información y las redes sociales como ámbitos posibles en los que podían darse este tipo de conductas. Por tanto, esta clase de conductas publicitarias que, hasta el momento, no se encontraban cubiertas al completo por parte de la

legislación aplicable, pasan a estar específicamente previstas como actos ilícitos de competencia desleal (OROZCO 2022).

2.2.3. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información

Además de la LGP y la LCD, que establecen una regulación general acerca del concepto de publicidad encubierta, cabe citar la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI), en lo que refiere especialmente al ámbito digital. En efecto, tal y como predica el artículo 1.1 de la LSSI, el objeto de la Ley consiste en la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, tratando, entre otras cuestiones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica. A este respecto, conviene destacar que el artículo 19.1 de la LSSI establece que las comunicaciones comerciales por vía electrónica se regirán por la presente Ley y por la normativa aplicable a la generalidad de las prácticas publicitarias, añadiendo el artículo 20.1 que estas comunicaciones deberán ser claramente identificables como tales, así como la persona física o jurídica en nombre de la cual se realicen. Por tanto, lo relevante es que se identifique tanto el carácter comercial e industrial de las comunicaciones como la identidad del anunciante en cuestión (GUTIÉRREZ GARCÍA 2021, p.7).

2.2.4. Normativa sobre Servicios de Comunicación Audiovisual

En la normativa sobre servicios de comunicación audiovisual, a diferencia de lo que sucede en la LGP, sí encontramos referencias expresas acerca de la publicidad encubierta, si bien referida al sector de la publicidad audiovisual y televisiva.

Al respecto, cabe señalar la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, comúnmente conocida como la Directiva de servicios de comunicación audiovisual. Esta Directiva ofrece en su artículo 1 una serie de definiciones acerca de conceptos generales que atañen a los servicios de comunicación audiovisual.

De entre los mismos, es preciso resaltar el concepto de comunicación comercial audiovisual encubierta, que se define en la letra j) como *“la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del*

prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar". Por tanto, de la definición anterior se desprende que constituyen elementos esenciales para la determinación de la existencia de publicidad encubierta en el sector audiovisual que las manifestaciones que se efectúen sobre los bienes o servicios tengan una finalidad publicitaria y que sean aptas para inducir a error en los destinatarios en cuanto a su naturaleza.

Adicionalmente, la Directiva de servicios de comunicación audiovisual contempla una prohibición expresa acerca de las comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas, al disponer en su artículo 9. 1. a) que: *"Los Estados miembros velarán por que las comunicaciones comerciales audiovisuales realizadas por prestadores sujetos a su jurisdicción observen las siguientes prescripciones: las comunicaciones comerciales audiovisuales deben ser fácilmente reconocibles como tales; queda prohibida la comunicación comercial audiovisual encubierta"*.

Dicha Directiva sería modificada por la posterior Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, si bien cabe indicar que no se establecieron modificaciones en lo que respecta a las prácticas de comunicación audiovisual encubierta, manteniéndose la definición y la prohibición en los sentidos que se han expuesto con anterioridad.

En el panorama nacional, es preciso citar la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), que vino a transponer la Directiva de servicios de comunicación audiovisual de 2010. En consonancia con lo dispuesto en la Directiva, la LGCA recogió en su artículo 2 una serie de definiciones sobre ciertos conceptos de los servicios de comunicación audiovisual que se tratarán durante su redactado, estableciendo concretamente en su apartado 32 una definición acerca de la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta: *"La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal*

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

Siguiendo a TOBÍO RIVAS (2018, p. 7 y 8), de la definición anterior pueden resaltarse una serie de aspectos principales. Así pues, en primer lugar, la presentación del bien, servicio, nombre o marca puede ser verbal o visual, directa o indirecta. Por tanto, tienen cabida en la definición todo tipo de manifestaciones o presentaciones, incluidas las implícitas. En segundo lugar, se excluye de la definición de comunicación comercial audiovisual encubierta al emplazamiento de producto, si bien esto debe ser matizado, en tanto en cuanto en determinadas condiciones el emplazamiento de producto puede constituir una práctica comercial encubierta. En tercer lugar, y en consonancia con lo que se mencionó más arriba al tratar la Directiva de servicios de comunicación audiovisual de 2010, es preciso que la presentación tenga un propósito publicitario y que sea apta para inducir a error en el público acerca de su naturaleza. Finalmente, la LGCA dispone que se entenderá particularmente que existe un propósito publicitario en aquellos casos en los que la presentación o comunicación se efectúe a cambio de una contraprestación, en consonancia con lo que ya venía a establecer la Directiva.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado el elemento anterior en el sentido de que no constituye un aspecto necesario para la determinación del propósito de la publicidad encubierta la existencia de una remuneración o contraprestación económica (STJUE de 9 de junio de 2011, C-52/10). En idéntico sentido han venido pronunciándose los tribunales españoles, determinando que lo preciso es que la publicidad encubierta disponga de una finalidad publicitaria, no tanto que exista una remuneración económica a cambio (SAN de 25 de octubre de 2010, entre otras).

Por lo demás, cabe indicar que la LGCA también prohíbe expresamente la comunicación comercial encubierta en su artículo 18.2.

Por último, es preciso matizar que la LGCA se encuentra derogada, habiendo sido modificada por la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, que vino a transponer al Derecho español la Directiva de servicios de comunicación audiovisual de 2018. Tal y como se indicó más arriba con respecto a las Directivas, las modificaciones introducidas por la LGCA de 2022 no habrían afectado al concepto de comunicación comercial audiovisual encubierta.

Examinado el marco jurídico que atañe a la publicidad encubierta, esta autora ha podido analizar cómo se encuentra regulada en diferentes instrumentos legales, ya sea de una forma más explícita o implícita. Se ha observado cómo la proliferación de regulaciones en la materia y las distinciones existentes en los conceptos utilizados para referirse a esta clase de publicidad ilícita pueden llevar a cierta confusión en el lector. Por tanto, en opinión de la autora, sería aconsejable establecer una regulación más clara acerca del concepto de publicidad encubierta, que contuviere una definición de ésta y de sus aspectos más esenciales, para a continuación prohibirla con rotundidad. Adicionalmente, dicha regulación debería utilizarse de forma uniforme en todos los textos legales en que fuere mencionada.

Un ejemplo de clarificación, según el parecer de la presente autora, se localiza en la normativa sobre servicios de comunicación audiovisual que se ha analizado anteriormente, que trata con claridad y amplitud el concepto de comunicación comercial encubierta, lo cual se echa en falta en la normativa general de publicidad y de competencia desleal.

No obstante, cabe indicar que la última modificación de la normativa de competencia desleal acaecida en el año 2022 se acerca a una mayor clarificación de esta clase de prácticas de publicidad encubierta y deja a un lado la indeterminación legal, lo que es reseñable.

2.3. Distinción con otras figuras afines

La publicidad encubierta analizada con anterioridad puede distinguirse de otras figuras que en la práctica pueden resultar afines.

2.3.1. Publicidad ilícita

En este contexto, cabe indicar que la publicidad encubierta en ocasiones es confundida con la publicidad ilícita. La publicidad ilícita se encuentra definida en el artículo 3 de la LGP y se refiere a aquella publicidad que atenta contra los principios y valores constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico. En particular, el legislador reputa ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución; la publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores; la publicidad subliminal; la publicidad que infrinja la normativa publicitaria específica sobre determinados productos, bienes, actividades y servicios; y la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva.

Por tanto, de la definición anterior, se extrae que la publicidad encubierta o engañosa, es una clase de publicidad ilícita, tal y como específicamente establece el artículo 3 de la LGP.

2.3.2. Publicidad subliminal

A menudo, la publicidad encubierta es confundida con la figura de la publicidad subliminal. Por ello, conviene recordar que la publicidad subliminal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la LGP, es aquel tipo de publicidad en la que el mensaje publicitario se transmite al usuario con la intención de que no lo aprecie conscientemente, utilizando técnicas aparentemente no perceptibles por los sentidos. En cambio, en la publicidad encubierta el mensaje publicitario se transmite al consumidor bajo la apariencia de un mensaje de carácter no comercial, por lo que se le induce a error o confusión sobre la verdadera naturaleza del mensaje. Por tanto, la principal diferencia entre ambas figuras radica en que en la publicidad encubierta el mensaje sí es percibido por el consumidor, si bien con desconocimiento acerca de su carácter comercial, mientras que en la publicidad subliminal el mensaje no es percibido conscientemente por el destinatario (SIXTO-GARCÍA y ÁLVAREZ-VÁZQUEZ 2020, p. 1612).

2.3.3. Publicidad nativa

Por otro lado, conviene hacer una distinción entre la publicidad nativa o *native advertising* y la publicidad encubierta que se ha venido analizando.

La publicidad nativa consiste en aquel tipo de publicidad en el que se incluye contenido comercial en una página web o plataforma respetando el formato y estilo de los contenidos editoriales de dicha página. En efecto, cuando en las plataformas se emplean mensajes publicitarios intrusivos como los banners o pop-ups, generalmente los usuarios se ven saturados por la cantidad de estímulos recibidos y los rechazan. En cambio, cuando los contenidos publicitarios se insertan de forma respetuosa y no intrusiva, advirtiendo de su carácter comercial, suelen ser percibidos por sus destinatarios positivamente. De esta manera surge la publicidad nativa, pudiendo citar a modo de ejemplo los tuits promocionados, los gráficos interactivos, las imágenes y cualquier otro contenido orgánicamente integrado en la página o plataforma (GÓMEZ NIETO 2018, p. 152).

2.3.4. Emplazamiento de producto

La Directiva 2010/13/UE, conocida como la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, implantó a nivel comunitario una regulación acerca del emplazamiento de

producto. El emplazamiento de producto se define en el artículo 1. m) de la Directiva como *“toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar”*. De la definición anterior pueden extraerse las siguientes conclusiones: el emplazamiento consiste en la presentación de producto, servicio o marca comercial; el emplazamiento tiene finalidad publicitaria, por lo que el contenido no se inserta en el programa casualmente o por razones artísticas, informativas o de otro tipo; y el emplazamiento se lleva a cabo en un programa, concepto que se define también en la Directiva en su artículo 1. b) (TOBÍO RIVAS 2018, p. 11).

La Directiva establece como regla general la prohibición del emplazamiento de producto en su artículo 11.2, indicando más tarde, no obstante, que éste será admitido siempre que se den determinadas circunstancias acumulativas (art. 11.3):

- No se podrá influir en su contenido y, en el caso de las radiodifusiones televisivas, en su horario de programación, de manera que se vea afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación.
- No podrán incitar directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios.
- No darán una prominencia indebida a los productos o servicios emplazados.
- Los espectadores deberán ser claramente informados de la existencia de emplazamiento de producto, por lo que los programas deberán establecer indicaciones acerca del emplazamiento tanto al inicio como al final del programa, así como cuando éste se reanude tras cualquier pausa publicitaria. Por el contrario, no será preciso incluir una advertencia acerca del emplazamiento de producto en el preciso instante en el que tiene lugar. En este sentido, conviene indicar que la Directiva matiza que los Estados miembros pondrán decidir no incluir esta obligación de información siempre que el programa de que se trate no haya sido producido o encargado por el propio prestador del servicio de comunicación o una empresa filial de éste último.

Adicionalmente, la Directiva dispone en su artículo 11.4 que el emplazamiento de producto no podrá versar sobre ciertos bienes o servicios, como son los productos del tabaco o cigarrillos, ni otros productos de empresas cuya principal actividad sea la fabricación o venta

de éstos, así como los medicamentos o tratamientos médicos que únicamente puedan adquirirse mediante receta en el Estado miembro que se trate.

La regulación anterior fue modificada por la Directiva (UE) 2018/1808. En este sentido, cabe indicar, tal y como se recoge en los Considerandos 32 y 33 de la Directiva, que el mercado de los servicios de comunicación audiovisual había evolucionado radicalmente, con la aparición de nuevos servicios a disposición de los consumidores, por lo que era preciso establecer una mayor flexibilidad en lo relativo a las comunicaciones comerciales audiovisuales y, en particular, al emplazamiento de producto. De hecho, la prohibición general del emplazamiento de producto no había otorgado la seguridad jurídica esperada a los prestadores de servicios, por lo que se estimaba preciso permitir el emplazamiento de producto en todos los servicios de comunicación audiovisual y plataformas de intercambio de vídeos, a salvo de determinados supuestos específicos.

De esta manera, el artículo 11.2 de la Directiva pasa a ser redactado en el siguiente sentido: *“El emplazamiento de producto estará autorizado en todos los servicios de comunicación audiovisual, excepto en los programas de noticias y actualidad, los programas de asuntos del consumidor, los programas religiosos y los programas infantiles”*. A este respecto, el Considerando 34 de la Directiva recuerda que la publicidad que se incorpora en los programas puede afectar al comportamiento de los niños, de ahí la necesidad de mantener la prohibición del emplazamiento de producto en los programas infantiles. Por lo que refiere a los programas de asuntos del consumidor, la Directiva recuerda que se trata de programas en que se ofrece un análisis genuino y leal sobre la compra de productos y servicios determinados, por lo que permitir el emplazamiento de producto en los mismos desdibujaría la línea existente entre publicidad y asesoramiento real.

Por lo demás, la Directiva (UE) 2018/1808 mantiene los requisitos que debe cumplir el emplazamiento de producto y que se han analizado con anterioridad, así como las prohibiciones relativas a los productos de tabaco y medicamentos.

A nivel nacional, la LGCA establece una definición del emplazamiento de producto en idénticos términos que la Directiva examinada, así como los mismos requisitos y prohibiciones estudiados, por lo que no existe mucha diferenciación entre ambas regulaciones. La única diferencia patente sería que la LGCA tan solo exige que se informe al público acerca del emplazamiento de producto cuando el programa haya sido producido o encargado por el

prestador del servicio de comunicación audiovisual o por una de sus filiales, y no en la totalidad de los programas en que se incorpore. Por tanto, en este punto la normativa nacional hace uso de la restricción expresamente permitida por la Directiva, que se ha señalado con anterioridad al comentar los requisitos.

En relación con el emplazamiento de producto, resulta interesante resaltar que cierto sector doctrinal entiende que la regulación comunitaria y nacional existente es excesiva. En este sentido, estos autores entienden que el emplazamiento de producto debería tener como único límite la identificación del carácter publicitario del mensaje, al ser precisamente esto lo que hace que los espectadores queden advertidos acerca de la naturaleza comercial del mensaje. En cambio, serían irrelevantes los requisitos relativos a la imposibilidad de influir en el contenido audiovisual y de dar prominencia indebida a los productos, por cuanto si los anunciantes acatan estas restricciones, finalmente llegarán a la conclusión de que no les sale rentable emplazar su producto, puesto que carecen de margen de decisión sobre aspectos sustanciales tales como cuándo y cómo se inserta el contenido publicitario en el programa, si se realiza en un pico de audiencia máxima, etc. (PATIÑO ALVES 2019).

Respecto a la diferencia existente entre el emplazamiento de producto y la publicidad encubierta, que a menudo resulta difusa en la práctica, cabe indicar que la publicidad encubierta tiene una clara finalidad comercial, mientras que el emplazamiento de producto se limita a la presentación del producto de forma insustancial y carente de carga promocional. Además, en la publicidad encubierta el mensaje no se transmite de manera explícita o abierta, sino que se presenta de una manera oculta, lo que hace que pueda inducir a error en el consumidor acerca de su verdadera naturaleza (PÉREZ TEROL y SANTOS E SILVA 2022).

En este contexto, conviene hacer referencia a la STS 1462/2021, de 13 de diciembre de 2021, en la que se confirma la sanción impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a un prestador de servicios de televisión por la realización de comunicaciones comerciales encubiertas durante la emisión de un episodio. En concreto, en el capítulo en cuestión, se celebra una sesión de *tuppersex* en el apartamento de una de las protagonistas, en la que se presentan una serie de productos de una marca específica, ensalzando sus beneficios, incluyendo imágenes del catálogo de productos que maneja la marca e indicando la página web en la que pueden ser obtenidos. Por su parte, el operador televisivo defendía que la presencia de la marca y sus productos era puntual y se explicaba por el propio

argumento del capítulo, estando, en todo caso, amparada por la figura del emplazamiento del producto, al haber cumplido, entre otros, el requisito de advertencia al espectador mediante la inclusión de las palabras “EP” y “EMPLAZAMIENTO PUBLICITARIO”.

El Tribunal Supremo concluye que el emplazamiento de producto, aun cumpliendo los requisitos de información previa al público o independencia editorial, puede ser igualmente categorizado como una práctica de publicidad encubierta cuando de la naturaleza o el contexto de los mensajes pueda entenderse que no se trata de una mera presentación del producto, sino que resulte prominente la finalidad promocional existente y, por ende, pueda inducir a error al consumidor sobre el verdadero carácter del contenido.

3. La autorregulación publicitaria

3.1. Consideraciones iniciales sobre la autorregulación publicitaria

Los poderes públicos han aprobado una serie de normas jurídicas relacionadas con la publicidad y las prácticas que atañen contra la misma con el fin de garantizar la protección de los consumidores y la libre competencia en el mercado. No obstante, más allá de la legalidad, los sujetos que participan en la publicidad pueden evidenciar su compromiso con los valores anteriormente citados por la vía de la autorregulación.

Por tanto, la autorregulación publicitaria puede definirse como aquella regulación elaborada por los propios sujetos que participan en la creación, ejecución y difusión de la publicidad, estos son, anunciantes, agencias y medios de comunicación, con el fin de imponerse a sí mismos, voluntariamente, una norma en materia publicitaria, procurando así que la publicidad se efectúe de una forma leal, honesta y responsable (VILAJOANA-ALEJANDRE y ROM-RODRÍGUEZ 2017, p. 194).

3.1.1. Origen

La autorregulación publicitaria y los Códigos de conducta gozan de un origen distinto en el Derecho anglosajón del que tienen en el Derecho continental. Así pues, en Europa la autorregulación surge en un contexto en el que la legislación en materia publicitaria ya existía, por lo que su comienzo se debe más bien a una forma de complementar las carencias del ordenamiento jurídico vigente e impulsar los mecanismos de autorregulación.

En particular, la autorregulación aparece en el ámbito europeo en el año 1937 con la aprobación del Código de prácticas publicitarias y mercadotecnia de la *International Chamber of Commerce*, cuyo objetivo era establecer un mecanismo global para la publicidad responsable. Posteriormente, cabe citar la Resolución del Consejo de Europa de 18 de febrero de 1972, sobre la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa, en la que se encomendaba a los Estados miembros la elaboración de Códigos de conducta y la creación de organismos de autorregulación publicitaria, en los que participaran tanto instituciones públicas como asociaciones de consumidores. Finalmente, en este contexto, nace en 1992 la *European Advertising Standards Alliance* (en adelante, EASA), una organización encargada de la promoción de la autorregulación publicitaria en Europa (PATIÑO ALVES 2013, p. 2).

3.1.2. Distinción entre autorregulación y correulación

Frente a la figura de la autorregulación publicitaria, en la que son los propios responsables del sector quienes implementan medidas con el fin de mejorar sus prácticas, se encuentra la correulación. La correulación adquiere diversas definiciones en función del sector doctrinal que la trate, si bien su elemento diferenciador con respecto a la autorregulación reside en que ésta pretende promover la participación, colaboración y cooperación de diferentes organismos y grupos en la regulación de la publicidad, mientras que la autorregulación centra esta tarea en la industria.

Así pues, la correulación puede definirse en primer lugar en relación con el papel de intervención que se concede a la Administración Pública. Según este sector doctrinal, la correulación sería aquel conjunto de procesos e instrumentos implantados por las administraciones públicas con el fin de establecer un marco de actuación adecuado a la normativa publicitaria, en el que se tengan en cuenta tanto los intereses de la industria como los de los usuarios, siendo ambos grupos de interés corresponsables de su funcionamiento. Por tanto, en esta visión de la correulación, la Administración adquiere un papel prioritario, siendo la encargada de iniciar el proceso y de ostentar las facultades de supervisión e intervención en el mismo, mientras que la industria se limitaría a implementarlo.

Por otro lado, según otro sector doctrinal, la correulación puede definirse en función de la participación y colaboración de los distintos grupos de interés en el proceso. En concreto, esta visión de la correulación apuesta por una participación en la toma de decisiones igualitaria entre los distintos actores públicos y privados, de tal manera que las herramientas que se confeccionen no protejan exclusivamente los intereses de los anunciantes.

En definitiva, la correulación, a diferencia de lo que sucede con la autorregulación, apuesta por la cooperación de diferentes grupos, ya sea mediante la intervención de los poderes públicos o la participación de todas las personas implicadas (FEENSTRA 2019, p. 3 y 4).

A nivel comunitario, se contempla por primera vez la implantación de sistemas de correulación publicitaria en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). En efecto, en esta Directiva se establece una importante novedad con respecto a las anteriores Directivas sobre la materia, puesto que no

solo se impulsa la creación de Códigos de conducta, sino que se establece expresamente que tanto los Estados miembros como la Comisión deberán fomentar su elaboración y participar en su aplicación.

Dicha Directiva se transpuso a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la LSSI. Así pues, encontramos ejemplos de mecanismos de corregulación en su artículo 18, en el que se encomienda a las administraciones públicas la tarea de impulsar la elaboración y aplicación de Códigos de conducta voluntarios, por parte de asociaciones profesionales y de consumidores, sobre materias relacionadas con la Ley. Adicionalmente, en su disposición final 8ª se establece la misión del Gobierno de aprobar en el plazo de un año un distintivo que permita identificar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico que respeten Códigos de conducta elaborados juntamente con las asociaciones de consumidores y usuarios, en los que se prevea, entre otras cosas, su adhesión al Sistema Arbitral de Consumo u otros métodos de resolución extrajudicial de conflictos (PATIÑO ALVES 2013, p. 3 y 4).

No obstante, esta evolución desde la autorregulación hacia la corregulación se vio paralizada con la entrada en vigor de la citada Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. En efecto, en esta Directiva tan solo se reconoce la existencia de los Códigos de conducta, así como se encomienda a cada Estado miembro la decisión sobre el método de resolución de conflictos que se empleará en las controversias que surjan sobre prácticas comerciales desleales.

En opinión de la autora del presente trabajo, el sistema de autorregulación configurado por la Directiva 2005/29/CE constituye un auténtico atraso en la progresión que se venía experimentado gracias a los mecanismos de corregulación implementados por la Directiva 2000/31/CE. En efecto, en la corregulación se promueve la participación de los sujetos privados, con la ventaja de que su actuación se encuentra controlada en una última instancia por la Administración Pública, quien interviene tanto en el impulso de los Códigos de conducta como en la resolución de los conflictos emergentes. Por tanto, la corregulación mantiene los beneficios propios de los sistemas de autorregulación, si bien dota de una mayor seguridad jurídica al sistema. Por esta razón, se considera preferible que la política legislativa de la Unión Europea evolucionara hacia un sistema híbrido de corregulación, en el que se dotara de determinada participación a los poderes públicos, para paliar en cierto sentido los efectos negativos que comportan tanto la regulación como la autorregulación.

3.1.3. Naturaleza y características principales

Examinado el concepto y origen de la autorregulación publicitaria, se impone la necesidad de comentar brevemente sus características principales (PATIÑO ALVES 2013; LÓPEZ JIMÉNEZ, DITTMAR y VARGAS PORTILLO 2022):

- **Voluntariedad:** Las normas que forman parte de los Códigos de conducta propios de los sistemas de autorregulación son de carácter voluntario. Es decir, se trata de normas de conducta que son creadas y aprobadas por sujetos privados para regular el sector concreto en el que operan y que, en consecuencia, son de obligado cumplimiento únicamente para éstos. Por el contrario, los sujetos que no intervengan en el proceso de creación de los Códigos de conducta o que decidan no asociarse a los mismos, no tendrán el deber de cumplir sus normas. En consecuencia, estas normas vinculan exclusivamente a aquellos sujetos que se encuentren adheridos al sistema, lo que las diferencia de las normas jurídicas, que resultan de aplicación general para todos.
- **Sectorialidad:** Las normas que integran los Códigos de conducta son de carácter sectorial, por cuanto establecen una serie de principios y pautas de conducta que resultan aplicables a una práctica comercial o sector económico concreto.
- **Coercibilidad limitada:** Los sistemas de autorregulación, al no disponer de intervención de los poderes públicos, carecen de capacidad coercitiva completa, al contrario de lo que sucede con las normas jurídicas. Es decir, las normas que componen los Códigos de conducta se imponen de forma limitada, puesto que su castigo únicamente puede imponerse a aquellos que se han comprometido a su cumplimiento, no así a terceras personas. Adicionalmente, cabe señalar que dicho castigo es limitado, por cuanto el infractor puede decidir voluntariamente cumplir o no la sanción impuesta, careciendo el sistema autorregulatorio de mecanismos suficientes para obligar a su cumplimiento, al contrario de lo que sucede, por ejemplo, con los tribunales ordinarios.
- **Organismo de control:** Los sistemas de autorregulación generalmente se valen de un órgano encargado de supervisar la observancia y el cumplimiento de las normas de conducta, así como de la resolución de las controversias que pudieren surgir entre los sujetos adheridos al sistema y los usuarios. Ahora bien, la facultad de control de dicho organismo no se equipara al poder resolutivo y coercitivo propio de los tribunales ordinarios. Es decir, este método de resolución de controversias sería adicional

respecto de los procedimientos judiciales o administrativos, pudiendo los sujetos acudir libremente a este sistema sin que suponga renuncia alguna a aquellos.

- Capacidad de sanción: En los sistemas de autorregulación, el órgano de control está provisto de una serie de medidas sancionadoras que puede imponer en caso de inobservancia de las normas recogidas en el Código de conducta por parte de alguno de los sujetos adheridos. Entre las medidas que se pueden imponer se encuentra la cesación o rectificación de la práctica, el compromiso de abstenerse a realizar el acto cuando todavía no se hubiere realizado, la publicación total o parcial de la decisión alcanzada por el órgano de control, en función de la gravedad del acto, y la publicación de una comunicación rectificativa por parte del infractor.

3.2. El sistema de autorregulación publicitaria español: Autocontrol

Los primeros antecedentes de la autorregulación publicitaria en España datan del año 1965, momento en el que los profesionales del sector comienzan a elaborar los primeros textos sobre normas éticas y de conducta relacionados con la actividad publicitaria. Como continuación de este paso inicial, en 1977 los representantes de anunciantes, agencias y medios de comunicación se unen y, con apoyo de la Administración Pública, constituyen la sociedad Autocontrol de la Publicidad, S.A., el primer organismo de autorregulación publicitaria español. El primer organismo en la materia se constituye como sociedad anónima, lo que implicaba una importante novedad a nivel europeo en relación con otros organismos ya existentes. Como tal sociedad anónima, debía contar con una Junta General y un Consejo de Administración, si bien como organismo de autorregulación también debía disponer de determinados órganos encargados de la gestión de esta temática. Esta elección fue enormemente criticada por la doctrina, quien continuamente señalaba la incompatibilidad de este tipo de organización con la legislación española sobre las sociedades anónimas (TATO PLAZA 1997, p. 161 y 162).

Por todo ello, en 1993 la forma social de este organismo se modifica, pasando a ser Autocontrol de la Publicidad, S.L. Al igual que en el supuesto de la sociedad anónima, la sociedad limitada tampoco constituía una figura idónea para la creación de un sistema de autorregulación publicitaria (LEMA DEVESA 2018, p.12).

Finalmente, en el año 1995 se liquida y disuelve la sociedad limitada, modificándose nuevamente la forma de la organización del sistema de autorregulación publicitaria, esta vez, en forma de asociación sin ánimo de lucro. De esta manera nace la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, que años más tarde modificará su nombre a la denominación actual: Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

Autocontrol es, por tanto, el organismo independiente de autorregulación publicitaria español, que está formado por anunciantes, agencias, medios de comunicación y asociaciones profesionales y vela por la consecución de una publicidad veraz, honesta y leal (AUTOCONTROL 2024a).

El sistema de autorregulación publicitaria gestionado por Autocontrol se establece sobre la base de las siguientes actividades o herramientas principales (VILAJOANA-ALEJANDRE y ROM-RODRÍGUEZ 2017, p. 195):

- La elaboración de Códigos de conducta. Esta actividad será estudiada en profundidad en el siguiente epígrafe, en el que se hace especial referencia al Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad que nos atañe.
- La existencia de un órgano independiente de control, llamado Jurado de la Publicidad, que se encarga de verificar la observancia y el cumplimiento de las normas éticas, mediante la tramitación y resolución de las reclamaciones interpuestas por consumidores individuales, asociaciones de consumidores u otras empresas sobre prácticas comerciales concretas.
- El asesoramiento jurídico previo prestado por profesionales expertos en materia de publicidad, privacidad y protección de datos, cuya misión consiste en asesorar jurídicamente a las empresas sobre el marco jurídico de estas actividades y las obligaciones que les competen.
- La prestación de cursos y seminarios formativos, dirigidos a profesionales del sector publicitario y jurídico, que deseen desarrollar sus conocimientos sobre la normativa publicitaria y los sistemas de autorregulación.

Por lo demás, conviene resaltar que Autocontrol, desde el momento de su constitución, es miembro de EASA, el organismo de autorregulación publicitaria europeo, que engloba a todos los organismos nacionales y asociaciones de la materia, ocupando, en la actualidad, su

presidencia. Entre los principales objetivos de EASA, se encuentra velar por la consecución de prácticas publicitarias leales y honestas, así como la resolución de las controversias publicitarias transfronterizas, un mecanismo que habilita a los consumidores pertenecientes a un Estado miembro de la Unión Europea a someter un asunto al organismo de autorregulación publicitaria competente en otro Estado a través del organismo equivalente de su país.

Asimismo, Autocontrol es miembro del *International Council for Ad Self-Regulation* (en adelante, ICAS), una plataforma internacional fundada en 2016, en la que participan distintos organismos regionales, nacionales e internacionales y asociaciones de la industria publicitaria, incluida EASA. ICAS contribuye a la consolidación de la autorregulación publicitaria como un mecanismo eficaz frente a las prácticas comerciales desleales y a la discusión global de las problemáticas existentes en torno a la publicidad (AUTOCONTROL 2024b).

3.2.1. Resolución de controversias: el Jurado de la Publicidad

En cumplimiento de lo dispuesto en la legislación vigente, concretamente en el artículo 37.4 de la LCD, el sistema de autorregulación publicitaria español dispone de un órgano extrajudicial independiente encargado de velar por el cumplimiento de los Códigos de Conducta, así como de resolver las reclamaciones interpuestas por los consumidores frente al material publicitario difundido en España: el Jurado de la Publicidad (AUTOCONTROL 2024c).

El Jurado se rige en su actividad y funcionamiento por lo dispuesto en su propio Reglamento, el Reglamento del Jurado de la Publicidad, que fue aprobado por la Junta Directiva de Autocontrol el día 27 de abril de 1997.

El Jurado está compuesto por un presidente, entre tres y seis vicepresidentes y entre nueve y veinte vocales de indiscutible imparcialidad. El Reglamento pone énfasis en la palabra imparcialidad, dado que resulta indispensable que los miembros del Jurado no mantengan relación alguna con las empresas anunciantes adheridas a Autocontrol. Por este motivo, para la tramitación de las reclamaciones presentadas por los consumidores a título individual, el Reglamento prevé la constitución de una séptima Sección, cuyos miembros serán designados en un 66,66% por la Junta Directiva de Autocontrol de entre juristas de reconocido prestigio y representantes de la industria publicitaria, y en un 33,33% por asociaciones de consumidores. No obstante, pese a los intentos llevados a cabo, numerosas asociaciones de consumidores

continúan insistiendo en la falta de imparcialidad e independencia de los miembros del Jurado, indicando que se trata de un proceso en el que no sienten representados los intereses de los consumidores y en el que siempre surgen dudas acerca de las decisiones adoptadas por el Jurado en sus resoluciones, ya que al tratarse de un órgano creado por los anunciantes pueden tender a decantarse a su favor (GONZÁLEZ-ESTEBAN y FEENSTRA 2018, p. 111).

El Jurado puede actuar en Pleno o por Secciones. Entre otras cuestiones, el Pleno es competente para analizar y elaborar los proyectos de los Códigos de Conducta, así como para resolver los recursos de alzada interpuestos frente a las resoluciones dictadas por las Secciones, mientras que éstas son competentes para resolver en primera instancia las reclamaciones planteadas por los consumidores sobre infracciones de las normas de conducta, emitir dictámenes que expresen su opinión deontológica y no vinculante, y resolver en primera instancia las consultas previas.

Mención significativa merece el hecho de que el Jurado tan solo enjuicia la publicidad comercial, excluyéndose, por tanto, la publicidad institucional, política y religiosa. Adicionalmente, cabe indicar que ha de tratarse de publicidad difundida en España en los últimos doce meses, alcanzando también a la publicidad transfronteriza y a la publicidad emitida en otro país que hubiere sido condenada por el organismo de autorregulación publicitaria competente en el mismo y que presumiblemente pudiere ser difundida en España (LÓPEZ JIMÉNEZ 2011, p. 938).

En cuanto a los textos que sirven de fundamento a los pronunciamientos del Jurado de la Publicidad, cabe indicar que no se trata de normas legales, puesto que en tal caso el Jurado estaría invadiendo la función jurisdiccional que atribuye nuestra Constitución a jueces y tribunales. En cambio, se trata de Códigos de conducta, cuyas normas y principios merecen la calificación de deontológicas o éticas.

De hecho, la actuación del Jurado de la Publicidad no implicará en ningún caso la renuncia a las acciones que pudieren corresponder a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.5 de la LCD. Asimismo, el Jurado no podrá admitir a trámite una reclamación basada en un anuncio que estuviere siendo o se hubiere tramitado en un procedimiento judicial, así como deberá paralizar aquel procedimiento que se hubiere iniciado y en el que hubiere sido admitida a trámite una demanda por parte de los órganos jurisdiccionales (PATIÑO ALVES 2013, p. 49).

Pese a lo anterior, lo cierto es que en la práctica la diferenciación sobre las normas que sirven de base a las resoluciones del Jurado se diluye. Ello se debe a que los Códigos de conducta establecen la obligatoriedad de cumplir las normas jurídicas vigentes, lo que traduce en la posibilidad de que el Jurado de la Publicidad condene la infracción de la legislación vigente como una conducta contraria a los preceptos deontológicos (LÓPEZ JIMÉNEZ 2011, p. 939).

En cuanto a la legitimación activa para la interposición de reclamaciones ante el Jurado de la Publicidad, cabe indicar que cualquier persona, ya fuere un particular, una empresa, una organización empresarial, una asociación de consumidores o un organismo público, que tenga interés legítimo en que se proceda contra una concreta comunicación comercial o conducta contraria a las normas éticas puede iniciar una reclamación (PERELLÓ OLIVER y MUELA MOLINA 2016, p. 28).

Respecto al procedimiento de reclamación, cabe indicar que, una vez interpuesta la reclamación por el interesado, ésta es trasladada a la parte reclamada, para que en el plazo de 5 días hábiles acepte la reclamación y se comprometa a la cesación de la conducta, o bien formule escrito de contestación, al cual acompañe cuantos documentos y pruebas considere oportunas. En el segundo de los casos, el Jurado de la Publicidad examinará los escritos, documentos y pruebas aportados por las partes y practicará cuantas pruebas adicionales considere pertinentes, procediendo finalmente a adoptar una resolución de fondo. Las resoluciones adoptadas por el Jurado siempre estarán suficientemente motivadas y se publicarán en la revista, página web u otros medios distintos de Autocontrol (GÓMEZ CASTALLO 2011, p. 179).

Ahora bien, cabe indicar que el procedimiento y el pronunciamiento del Jurado es distinto según esté enjuiciando conductas comerciales de empresas adheridas a Autocontrol o de terceros (LÓPEZ JIMÉNEZ 2011; PATIÑO ALVES 2018).

En este sentido, tal y como se ha tenido ocasión de señalar con anterioridad a la hora de examinar las características de los sistemas de autorregulación publicitaria, las normas que los componen son de carácter voluntario, lo que implica que tan solo vinculan a aquellos sujetos que específicamente hayan decidido adherirse a las mismas. En consecuencia, nunca podrá demandarse el cumplimiento de estas normas éticas a aquellas empresas que hayan decidido no asociarse a Autocontrol y hayan renunciado expresamente someterse al Jurado.

No obstante, pese a que en estos casos no será posible que el Jurado de la Publicidad dicte una resolución, sí que podrá emitir un dictamen, cuando el interesado así lo solicite explícitamente, en el que expresará su opinión deontológica y no vinculante sobre la comunicación o conducta publicitaria llevada a cabo por el tercero no asociado.

Lo anterior supone una auténtica novedad en el sistema de autorregulación publicitaria español, por cuanto de forma previa a la reforma operada en 2006 en el Reglamento del Jurado de la Publicidad el Jurado disponía de competencia suficiente para resolver reclamaciones interpuestas frente a empresas adheridas y no adheridas por la presunta infracción de los Códigos de conducta, lo que implicaba que era irrelevante la condición de asociado o no del presunto infractor y si éste había aceptado expresa o tácitamente su competencia.

Sin embargo, a raíz de la SAP Madrid 400/2004, de 24 de mayo de 2004 se introdujeron determinadas restricciones a la actuación del Jurado. Concretamente, se dispuso que el Jurado podría dictar resolución cuando ambas partes fueren miembros de Autocontrol o, en el caso de que una parte no lo fuera, hubiere manifestado su consentimiento expreso y voluntario. Se hace hincapié en la necesidad de que la autorización sea expresa, por cuanto el Jurado venía entendiendo como sumisión tácita los supuestos en los que el tercero guardaba silencio o no actuaba frente a las comunicaciones recibidas del Jurado. Adicionalmente, para estos supuestos de rechazo de la competencia del Jurado por la empresa no adherida, se contempló la posibilidad de que el reclamante solicitase la emisión de un dictamen en el que el Jurado expresare su opinión sobre la corrección de la publicidad de este tercero.

Algunos autores (PATIÑO ALVES 2018) critican la inclusión de la figura del dictamen, indicando que mediante la misma no se hace otra cosa que permitir que el Jurado de la Publicidad pueda pronunciarse sobre cualquier tipo de publicidad, provenga de un miembro de Autocontrol o no, lo que contraría en cierto modo los principios de cualquier sistema autorregulatorio.

La opinión anterior se refuerza con la reforma operada en el año 2015 en el Reglamento del Jurado, en virtud de la cual tanto las resoluciones como los dictámenes del Jurado serán publicados, salvo aquellos que se refieran a procedimientos en los que el reclamado hubiere rechazado expresamente la competencia de éste. Estos autores no entienden la modificación del carácter privado del dictamen. Argumentan que, si el tercero no ha aceptado expresamente la competencia del Jurado para enjuiciar su publicidad y someterse al

procedimiento, el Jurado tan solo podrá emitir un dictamen con su opinión deontológica al respecto. Ahora bien, como el tercero no ha aceptado la sumisión, el eventual dictamen que se emita no podrá ser publicado a tenor de lo dispuesto en el Reglamento. Esto lleva a pensar en qué dictámenes realmente pueden ser publicados, por cuanto aquellos que se refieren a conductas de terceros no adheridos que hubieren rechazado la sumisión no lo pueden ser.

La autora del presente trabajo coincide con la opinión de los autores anteriores por cuanto, tras analizar el redactado de los artículos del Reglamento del Jurado de la Publicidad, no se entiende realmente los casos en los que procede la publicación de los dictámenes. Si el Jurado tan solo tiene competencia para emitir dictámenes sobre la corrección de las conductas realizadas por terceros no asociados que no aceptaren participar en el procedimiento de reclamación habitual (art. 4 del Reglamento) y los dictámenes se publican únicamente en el supuesto de que se refieran a personas adheridas o personas no adheridas que hubieren aceptado la sumisión (art. 29 del Reglamento), no debería ser publicado ningún dictamen. Sea como fuere, la publicación de los dictámenes es hoy en día una realidad, lo que fácilmente puede comprobarse consultando la página web de Autocontrol.

Por lo demás, conviene resaltar que mientras las resoluciones son vinculantes para las personas adheridas a Autocontrol y las personas no adheridas que hubieren aceptado expresamente la competencia del Jurado, los dictámenes simplemente serán comunicados a su solicitante, así como a las autoridades administrativas o jurisdiccionales competentes, cuando así venga establecido en las normas de conducta o cuando lo determine el Jurado. Pese a la existencia de esta posibilidad de comunicación a las autoridades, no hay que olvidar que las opiniones emitidas por el Jurado de la Publicidad en sus dictámenes se amparan en el derecho a la libertad de expresión contemplado en nuestra Constitución y que no suponen vinculación ni obligatoriedad alguna para la empresa no adherida a las que se refieran.

Distinto del supuesto anterior sería el caso en el que el Jurado de la Publicidad estuviere enjuiciando el comportamiento de una empresa no adherida que, en el momento en que tuvo lugar aquel, sí se encontraba asociada a Autocontrol. Este supuesto fue objeto de un procedimiento judicial seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº35 de Madrid. La demandante se posicionaba en contra de la conducta realizada por el Jurado de la Publicidad, consistente en la continuación de un procedimiento sancionatorio y la emisión de una resolución condenatoria, por cuanto alegaba que había puesto en conocimiento del Jurado al

inicio del procedimiento su baja en Autocontrol, y aun así éste habría actuado contraviniéndola, lo que podría suponer una vulneración del derecho fundamental de asociación. El órgano judicial determinó que el Jurado de la Publicidad habría actuado correctamente dado que la resolución adoptada se refería a una conducta cometida por la actora con anterioridad a su marcha de la asociación, esto es, mientras permanecía como asociada de Autocontrol, resaltando asimismo que la baja de la asociación nunca puede tener efectos retroactivos. En consecuencia, en esta sentencia se reconoce la naturaleza vinculante de las normas de conducta elaboradas por Autocontrol para aquellas personas que voluntariamente decidan asociarse, evitando que una simple solicitud de baja de la asociación eluda de la responsabilidad que compete a una persona por las infracciones que hubiere cometido mientras se encontraba sometida (LÓPEZ JIMÉNEZ 2011, p. 941).

Finalmente, cabe señalar que el Jurado de la Publicidad se ha situado como método de resolución de controversias preferente en materia publicitaria, por delante de los procedimientos jurisdiccionales. De hecho, la gran mayoría de los asuntos sometidos al Jurado de la Publicidad no alcanzan la vía judicial, siendo despachados en esta instancia. Y, aquellos asuntos que tras haber sido analizados por el Jurado de la Publicidad son sometidos a los tribunales de justicia, normalmente mantienen el mismo pronunciamiento, esto es, el fallo judicial coincide sustancialmente con el contenido de la resolución del Jurado. Lo anterior no constituye sino una auténtica muestra de la confianza que ha generado la labor del Jurado en el sistema publicitario y en la sociedad en general.

En este mismo sentido se han pronunciado diversas asociaciones de consumidores que, al ser preguntadas sobre la actividad del Jurado en la resolución de las controversias planteadas, han resaltado características tales como “profesionalidad”, “rapidez” o “formalidad”, situando este sistema por encima de otras vías para la reclamación de la corrección de la publicidad, como la administrativa o la judicial. No obstante, también señalaron determinadas cuestiones a mejorar, como por ejemplo la necesidad de establecer un mayor control de la observancia de las normas de conducta y de reforzar las sanciones existentes, incluyendo, incluso, la expulsión de Autocontrol de aquellas empresas que sistemáticamente infrinjan las normas deontológicas. Otra cuestión que resaltaron era la reivindicación de una mayor participación de las asociaciones de consumidores en la elaboración y revisión de los Códigos de conducta, así como la modificación del procedimiento de reclamación actual, convirtiéndolo en menos

riguroso y tecnicista. Finalmente, subrayaron la necesidad de aumentar la representatividad de las asociaciones de consumidores en la composición del Jurado de la Publicidad, dado que, al ser Autocontrol un organismo de autorregulación creado por anunciantes, agencias y medios de comunicación, existe cierta desconfianza sobre su labor, ante la posible existencia de relaciones de interés entre asociación y asociados (GONZÁLEZ-ESTEBAN y FEENSTRA 2018, p. 110 a 112).

En opinión de esta autora, el sistema de resolución de controversias implementado por Autocontrol es claramente satisfactorio, resaltando por su rapidez y eficacia frente a otras vías a disposición de los interesados. No obstante, pese al gran avance que ha supuesto, lo cierto es que aún existen determinadas cuestiones mejorables dentro del sistema, como son el seguimiento y control de las resoluciones dictadas, la facilitación del procedimiento de interposición de reclamaciones y la ideación de herramientas para aumentar la participación de los consumidores en el sistema, ya sea en la confección de las normas de conducta o en la composición del Jurado. Solo de esta manera podrán disiparse las dudas existentes acerca de la coincidencia de los intereses de Autocontrol y sus asociados.

3.2.2. Asesoramiento previo

El sistema de autorregulación publicitaria español está provisto también de un servicio de asesoramiento y consulta previa, denominado *Copy Advice*, en el cual un equipo de profesionales presta consejo legal y ético sobre la corrección de campañas de publicidad de forma previa a su emisión o difusión.

En particular, este servicio consiste en la emisión de un informe confidencial, voluntario y generalmente no vinculante sobre la licitud y corrección deontológica de anuncios que se encuentren en fase de creación o que se vayan a emitir o difundir al público. Resulta relevante resaltar que el informe es generalmente no vinculante, a excepción de que dispongan lo contrario las normas jurídicas reguladoras de determinados productos o los propios Códigos de conducta, como es el caso de los productos y servicios bancarios, de inversión o de seguros.

Respecto a la legitimidad activa, cabe indicar que puede solicitar el *Copy Advice* el propio anunciante, su agencia de publicidad o el medio de comunicación que fuere a difundir el anuncio en cuestión. Es recomendable que se solicite durante las primeras etapas del proceso creativo de la campaña publicitaria, para así intentar evitar los costes económicos y

reputacionales que pudieren ocasionarse al anunciante o medio en caso de reputarse necesaria la modificación total o parcial de la publicidad. Asimismo, se aconseja someter la versión final de la publicidad a este servicio, para asegurar de esta manera que las modificaciones que se hubieren podido implementar no alteran la valoración inicial del anuncio (AUTOCONTROL 2024d).

Los informes emitidos al amparo del servicio de asesoramiento y consulta previa serán redactados por el Gabinete Técnico de Autocontrol y no serán vinculantes para el Jurado de la Publicidad ni para el propio solicitante, salvo que un Código de conducta disponga lo contrario. Los informes comunicados podrán ser revisados, en caso de disconformidad del solicitante con su contenido, en cuyo caso deberá efectuar un escrito aportando las alegaciones, documentos y pruebas que estime convenientes, encargándose la Sección del Jurado que por turno corresponda de su resolución. La resolución que se adopte en relación con este procedimiento de reclamación sí será vinculante para el solicitante.

Por lo demás, cabe indicar que el interesado puede solicitar diversos tipos de *Copy Advice*, a saber: el *Copy Advice Express*, cuya única diferencia con respecto al *Copy Advice* normal radica en la reducción de los plazos; el *Copy Advice Briefing Influencers*, que está previsto específicamente para el análisis de los *briefings* que anunciantes y agencias de publicidad ponen a disposición de los *influencers*, con el objetivo de evitar que se incurra en prácticas publicitarias contrarias a las normas jurídicas y de conducta; el *Copy Advice Complejo*, configurado para materias concretas como los créditos inmobiliarios, los etiquetados de productos alimenticios y los productos sanitarios o medicamentos; el *Copy Advice de inversión*, ideado para aquellos productos y servicios que han de supervisarse por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como los fondos de inversión o las carteras gestionadas; y el *Copy Advice de actualización de índices financieros en medios digitales*, contemplado únicamente para la revisión de la publicidad sobre el índice de referencia y el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (AUTOCONTROL 2024d).

Junto con el *Copy Advice*, en el que el consejo versa sobre la corrección de campañas de publicidad, Autocontrol también presta un servicio de asesoramiento y consulta previa en otras temáticas.

Un primer ejemplo de ello es el llamado *Cookie Advice*, un servicio de consultoría técnica y jurídica en el que se evalúa la adecuación de las páginas web a la normativa sobre el uso de

las Cookies, en particular, a la Guía sobre el uso de las Cookies elaborada por la Agencia Española de Protección de Datos en colaboración con Autocontrol y otras asociaciones, a la LSSI, al Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales y a recomendaciones en la materia (AUTOCONTROL 2024e).

Otro ejemplo lo constituye el *Data Advice*, un servicio de consultoría implementado por Autocontrol con el objetivo de brindar asesoramiento a las empresas en el área del cumplimiento normativo y la observancia de las normas contenidas en el Reglamento General de Protección de Datos. Entre otras cuestiones, el *Data Advice* puede versar sobre el análisis de las campañas de publicidad en el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos, la revisión de contratos de Encargo de Tratamiento, etc. (AUTOCONTROL 2024f).

En tercer lugar, se encuentra el llamado *Web Advice*, un servicio de asesoramiento consistente específicamente en la evaluación de las cláusulas de protección de datos contenidas en los sitios web, incluida la política de privacidad. En este sentido, cabe matizar que el *Web Advice* no incluye el análisis de la política de cookies, que corresponde al servicio *Cookie Advice*, así como tampoco otros servicios en materia de cumplimiento de la normativa de protección de datos personales, que competiría al servicio *Data Advice* (AUTOCONTROL 2024g).

Examinadas las características principales del servicio de consulta previa desarrollado por Autocontrol, así como las distintas clases existentes y sus diferencias, conviene ahora centrar la atención en su eficacia. A este respecto, puede señalarse que, gracias a la rapidez e inmediatez del servicio, así como a la confianza que genera la amplia experiencia de los miembros que componen el Gabinete Técnico de Autocontrol, el *Copy Advice* y sus variedades constituyen una herramienta eficaz y altamente utilizada por anunciantes, agencias y medios, en detrimento del mecanismo de resolución de controversias propio del Jurado de la Publicidad (GÓMEZ CASTALLO 2011, p. 181). De hecho, según lo recogido en la propia página web de Autocontrol, desde la entrada en vigor de este servicio de asesoramiento previo se han atendido más de 390.200 consultas (AUTOCONTROL 2024d).

En línea con lo anterior, en un estudio reciente en el que fueron entrevistadas las principales agencias de publicidad españolas, éstas confirmaron que para la supervisión de sus campañas de publicidad acuden a diversas vías: el control interno, desarrollado en la propia agencia, la consulta al Gabinete Técnico de Autocontrol y la consulta a abogados especializados. En

particular, la mayoría de las agencias manifestaron ser miembros de Autocontrol y utilizar recurrentemente el servicio de *Copy Advice* como un herramienta complementaria para garantizar la adecuación de sus anuncios a la legalidad y ética vigentes y evitar así incurrir en costes económicos futuros derivados de la necesidad de retirar la publicidad o de no poder difundirla (VILAJOANA-ALEJANDRE y ROM-RODRÍGUEZ 2017, p. 198).

En opinión de esta autora, el éxito del servicio de consulta previo no hace otra cosa sino evidenciar el elevado y creciente compromiso de anunciantes, agencias y medios de comunicación en la creación y difusión de una publicidad conforme a las normas jurídicas y éticas vigentes. Esta conclusión se alcanza al constatar que los distintos agentes someten su actividad publicitaria a varias vías de supervisión, siendo el *Copy Advice* la herramienta principal. Pero, además, el uso recurrente del *Copy Advice* se traduce en un incremento del conocimiento de los agentes de la industria publicitaria acerca del marco jurídico y ético propio de su actividad y de las obligaciones que han de observar.

4. Los Códigos de conducta

4.1. Regulación de los Códigos de conducta en España

Tal y como se señaló *ut supra*, la promulgación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, supuso un claro avance en materia de autorregulación publicitaria, dado que el texto legal pasar a reconocer explícitamente los sistemas de autorregulación y fomentar la creación de Códigos de conducta.

En particular, la Ley 29/2009 introduce el Capítulo V en la norma, que lo denomina Códigos de conducta, en el que en su artículo 37 fomenta la elaboración de normas de conducta, en su artículo 38 prevé una serie de acciones procesales contra los responsables de los Códigos y en su artículo 39 establece un conjunto de acciones a interponer de forma previa frente a las personas adheridas a los Códigos de conducta.

Ahora bien, la implementación de regulación sobre la materia no queda ahí, puesto que la Ley 29/2009 configura a lo largo de su clausulado determinadas conductas contrarias a los Códigos de conducta como actos de competencia desleal. Así pues, el artículo 5.2 de la LCD reputa desleales aquellos actos de engaño que consistan en el incumplimiento de los compromisos adquiridos por una persona adherida a un Código de conducta, siempre que esta conducta sea susceptible de distorsionar significativamente el comportamiento económico de su destinatario. Por su parte, el artículo 21 de la LCD reputa desleales por engañosas aquellas prácticas comerciales que afirmen, sin ser cierto, que un empresario en particular está adherido a un Código de conducta o que un Código de conducta ha recibido algún tipo de acreditación por parte de un organismo público.

Tras esta breve introducción, se procederá a continuación a examinar en profundidad la regulación que la LCD contiene acerca de los Códigos de conducta.

4.1.1. El fomento de los Códigos de conducta

El artículo 37.1 de la LCD promueve la elaboración de Códigos de conducta por parte de corporaciones, asociaciones y organizaciones profesionales y de consumidores, con el fin de que se adhieran los empresarios voluntariamente a aquellos y elevar así la protección otorgada a consumidores y usuarios. El precepto hace hincapié en la participación de las

asociaciones de consumidores en esta tarea, por lo que éstas no solo deberán componer los órganos encargados de velar por el cumplimiento de los Códigos de conducta, sino que también deberán participar en los grupos de trabajo que se encarguen de la elaboración de los proyectos de Códigos éticos.

Pese a lo anterior, algunos autores consideran que, si bien la modificación se efectuó con el fin de dotar de mayor valor a los intereses de los consumidores, dicha modificación se habría quedado en la letra de la ley, al no verse reflejada en la práctica (PATIÑO ALVES 2013, p. 24). Esta autora coincide con dicho planteamiento.

En efecto, si se examina el funcionamiento del organismo de autorregulación publicitario, este es, Autocontrol, se observa que, tanto en sus Estatutos como en el Reglamento del Jurado de la Publicidad, se determina que el Jurado dispone de competencia para analizar y elaborar los proyectos de Códigos de conducta, correspondiendo su aprobación definitiva a la Junta Directiva. Por su parte, la Junta Directiva se compone de un máximo de treinta y ocho miembros, de los cuales dieciocho serán anunciantes, ocho serán asociados colectivos, seis serán agencias de publicidad y seis serán medios de comunicación. Además de la aprobación definitiva de los Códigos de conducta, la Junta Directiva dispone de atribución suficiente para nombrar y renovar los cargos del Jurado de la Publicidad que, como se ha indicado, resulta competente para la elaboración de las normas éticas. Por todo lo anterior, no cabe otra cosa sino afirmar que la participación de las organizaciones de consumidores en la formulación y aprobación de Códigos de conducta resulta, aún hoy en día, y pese a la modificación legal introducida, insuficiente.

4.1.2. El deber de respetar la normativa

El artículo 37.2 de la LCD establece que los Códigos de conducta deberán respetar la normativa sobre defensa de la competencia. Según cierto sector doctrinal (PATIÑO ALVES 2013, p. 27), el motivo por el cual el legislador alude específicamente a la normativa sobre defensa de la competencia radica en que detrás de un sistema de autorregulación se sitúan una serie de asociaciones de empresas que elaboran y se someten voluntariamente a unas normas de conducta, lo cual podría dar lugar en determinados supuestos a la comisión de prácticas comerciales anticompetitivas.

En efecto, según el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) se encuentran prohibidos los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de restringir parcial o totalmente la libre competencia en el mercado nacional. A la vista del precepto, queda claro que la normativa reputa anticompetitivas las decisiones o recomendaciones que las asociaciones profesionales dirijan a sus asociados, lo que lleva a pensar inevitablemente en las decisiones adoptadas por el Jurado de Autocontrol relativas a la prohibición de difundir la campaña o de retirar la publicidad que se dirigen frente a los profesionales adheridos que hubieren infringido las normas éticas.

La situación descrita con anterioridad puede suponer un auténtico problema puesto que anunciantes, agencias y medios de comunicación, en tanto que se han vinculado voluntariamente a Autocontrol, tienen la obligación de acatar las resoluciones del Jurado de la Publicidad, so pena de ser sancionados con su expulsión. Pero, a su vez, si acatan las decisiones provenientes del Jurado, podría considerarse que están cometiendo prácticas colusorias, en tanto que estarían cumpliendo decisiones emanadas de una asociación de empresas, Autocontrol, dirigidas específicamente a sus asociados.

Sin perjuicio de lo expuesto previamente, esta autora opina que no pueden equipararse las prácticas colusorias con las decisiones adoptadas por el Jurado de Autocontrol en el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas. En efecto, estas decisiones, en la gran mayoría de los casos, no tienen por objeto o efecto impedir la competencia en el mercado, requisito que se considera indispensable para reputarlas colusorias según el artículo 1.1 de la LDC. En cambio, estas decisiones se emiten con el propósito de hacer valer el compromiso asumido por los empresarios o profesionales adheridos a Autocontrol consistente en cumplir las normas de conducta.

Además, es preciso señalar que, al tratarse el sistema de autorregulación de un sistema voluntario y limitado, si el empresario decide no acatar la sanción impuesta por el Jurado en su decisión, no se produciría ningún efecto restrictivo de la competencia, tan solo podría imponérsele una sanción por dicho incumplimiento, en su condición de asociado.

Por lo demás, y para finalizar, cabe indicar que, pese a que la LCD no lo establece específicamente, los Códigos de conducta habrán de respetar no solo la normativa concreta de defensa de la competencia, sino la totalidad de las normas jurídicas que regulan el

mercado. Esto no debe confundirse con la posibilidad de que los sistemas de autorregulación apliquen las normas jurídicas ya que, como se citó en un momento anterior, dicha potestad jurisdiccional viene atribuida en exclusiva en nuestro ordenamiento jurídico a los jueces y tribunales, aplicando aquellos únicamente las normas de conducta propias.

4.1.3. La promoción de la creación de Códigos de conducta comunitarios

El artículo 37.3 de la LCD establece que el Estado fomentará la participación de asociaciones y organizaciones profesionales en la creación de Códigos de conducta a nivel comunitario.

Pese a la intención manifestada en el precepto anterior, lo cierto es que no se ha creado aún un sistema de autorregulación comunitario único, en el que existieren una serie de Códigos de conducta aplicables a todos los asociados.

Uno de los escasos esfuerzos que se han llevado a cabo ha sido el establecimiento de una serie de principios y buenas prácticas comunes, elaborados conjuntamente entre EASA y los sistemas de autorregulación nacionales. Así, por ejemplo, entre los principios comunes de autorregulación se encuentran la imparcialidad e independencia de los sistemas, tanto de los organismos públicos como de intereses individuales, y la transparencia y accesibilidad de los procedimientos de reclamación para los consumidores, sin privarles de la posibilidad de acudir a los medios de protección previstos por la legislación vigente, de suerte que estos procedimientos otorguen una protección complementaria a éstos (SEMOVA 2016, p. 832).

No obstante, la fijación de estos principios y buenas prácticas comunes es un ejercicio incompleto. Por tanto, puede afirmarse que los esfuerzos efectuados por los Estados miembros no son suficientes, debiendo recabarse mayor participación tanto de los sistemas nacionales de autorregulación, como de otros organismos internacionales y europeos como EASA, a fin de obtener los resultados deseados, esto es, un sistema comunitario de autorregulación único y completo.

En materia de publicidad y marketing de *influencers*, cabe indicar que esta necesidad ha sido señalada recientemente por el Comité Económico y Social Europeo (en adelante, CESE) en su Dictamen de fecha 13 de julio de 2023 titulado “La publicidad a través de *influencers* y su impacto en las personas consumidoras”. En dicho Dictamen el CESE pone de relieve la evolución que ha experimentado la publicidad en los últimos años, utilizando de forma cada vez más recurrente a los *influencers* frente a la publicidad tradicional, dado que aquella puede

pasar más desapercibida para el consumidor, quien generalmente tiene en consideración las opiniones del *influencer* al considerarlo como un consumidor más, lo que lo hace más cercano, auténtico y fiable. Precisamente por los peligros que puede acarrear este tipo de publicidad, el CESE ha advertido de la necesidad de elaborar una regulación específica en la que se recojan los derechos y obligaciones de cada agente implicado, a fin de que los consumidores puedan conocer qué conductas son aceptables o no a la luz de la legalidad vigente. Adicionalmente, el CESE señala que, pese a que algunos Estados miembros de la Unión Europea como Francia, España y la región de Flandes han introducido normas acerca de este fenómeno, sería ideal contar con una regulación armonizada a nivel comunitario (CEC 2023).

La autora de este trabajo coincide completamente con la opinión vertida por el CESE en su Dictamen, por cuanto el establecimiento de una normativa comunitaria común en materia de publicidad de *influencers* otorgaría el alto grado de protección de los consumidores y usuarios que la legislación señala constantemente.

4.1.4. Los responsables de los Códigos de conducta y sus acciones

Finalmente, se hará referencia a las acciones procesales previstas en el artículo 38 de la LCD para los responsables de los Códigos de conducta. A este respecto, cabe señalar que la LCD no ofrece una definición acerca del concepto de responsable del Código de conducta, lo que sí realiza acertadamente la Directiva 2005/29/CE. En palabras de la Directiva, responsable del Código sería cualquier entidad cuya responsabilidad consista en la elaboración y análisis de un Código de conducta, incluida la supervisión o el control de su observancia por parte de las personas comprometidas al efecto.

Sentada la definición anterior, conviene indicar que el artículo 38 de la LCD dispone que podrán ejercitarse las acciones de cesación y rectificación de la conducta contra los responsables de los Códigos que recomienden, fomenten o impulsen la conclusión de prácticas comerciales desleales. De forma previa a su ejercicio, el precepto establece la necesidad de que se inste al responsable del Código de conducta a cesar o rectificar su comportamiento, o a comprometerse en no realizarlo cuando aún no hubiere tenido lugar.

Según algunos autores (PATIÑO ALVES 2013, p. 43), el legislador debería dotar de mayor grado de responsabilidad a Autocontrol del que le otorga por medio de este artículo. En efecto, según esta opinión doctrinal, las decisiones que adopta el Jurado de Autocontrol en

cumplimiento de sus funciones pueden acarrear importantes consecuencias para anunciantes, agencias y medios que resultan infractores, al verse obligados a modificar o retirar su campaña publicitaria, lo que les produce una suerte de pérdidas. Por este motivo, estos autores consideran que, en aquellos casos en que el Jurado hubiere dictaminado el cese de una campaña de publicidad que posteriormente se hubiere considerado lícita por los órganos jurisdiccionales, Autocontrol debería responder tanto de los daños económicos como reputacionales que se hubieren ocasionado a dicho anunciante.

Esta autora coincide con la opinión doctrinal expuesta. En efecto, si se examina el artículo 1902 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial construida en torno al mismo, se concluye que el responsable deberá reparar el daño causado al tercero, en su vertiente de daño emergente y lucro cesante, por lo que en el supuesto que nos ocupa podrían incluirse tanto las pérdidas económicas sufridas por la necesidad de retirar la campaña como los daños ocasionados a la reputación del anunciante, agencia o medio en cuestión, quien habría sido señalado como infractor ante toda la industria publicitaria.

4.2. Especial referencia al Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad: sus normas y principios

El incremento del uso de *influencers* por parte de anunciantes y agencias de publicidad ha dado lugar, inevitablemente, a la proliferación de conductas ilícitas en las redes sociales.

Este aumento obedece a distintas causas, destacando por encima de todas ellas la naturalidad con la que un *influencer*, que no olvidemos que se trata de una persona exitosa y normalmente querida entre el público, muestra el producto o servicio a publicitar, lo que hace que el consumidor perciba que no existe intención publicitaria alguna en su mensaje y que, por ende, éste gane credibilidad. Pero, además, el incremento puede deberse al uso de *influencers* para promocionar ciertos productos o servicios que están sometidos a prohibiciones o restricciones legales, como es el caso del tabaco o del alcohol. Si tales productos se ofrecieran a través de medios publicitarios más tradicionales, serían más prontamente identificables como tales por los consumidores (CABRERA 2021, p. 8).

Estas conductas, que provocan confusión en el consumidor acerca de la verdadera naturaleza del mensaje publicitario, además de considerarse ilícitas por parte de la normativa vigente, tal y como se señaló *ut supra*, se consideran contrarias a la ética.

A este respecto, conviene mencionar el Código de Conducta Publicitaria, aprobado por la Asamblea General Extraordinaria de Autocontrol en fecha 19 de diciembre de 1996, el cual contiene un conjunto de normas deontológicas y éticas aplicables a toda actividad publicitaria, con independencia del medio o formato utilizado para emitir o difundir el mensaje, siempre que la actividad en cuestión consista en promover la adquisición de productos o servicios.

En particular, el Código de Conducta Publicitaria contempla en su artículo 13 el llamado principio de autenticidad o identificación de la publicidad, en virtud del cual anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación tienen la obligación de identificar el carácter publicitario de todas sus comunicaciones comerciales. Adicionalmente, el precepto establece que los agentes tienen el deber de ser transparentes, lo que implica que toda comunicación que promueva la contratación de un bien o servicio deberá mostrarse tal cual como es, y no hacerla pasar por un mensaje de naturaleza distinta. Dentro de estos mensajes cita expresamente una publicación privada en redes sociales. Esta inclusión se efectuó en el año 2019 precisamente con motivo del aumento de la publicidad en las redes sociales y del uso de la figura de los *influencers* como prescriptores.

Como continuación de este empeño en velar por una publicidad honesta y leal en el ámbito de las redes sociales, Autocontrol, junto con AEA, promovió la elaboración de un Código de conducta específico en este ámbito, llamado Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, que entró en vigor el 1 de enero de 2021. En este Código se establecen una serie de normas éticas sobre el uso de *influencers* en las comunicaciones comerciales, a las cuales se encuentran sometidas todas las personas adheridas a Autocontrol y AEA, así como cuales quiera otras empresas de la industria publicitaria o *influencers* que voluntariamente lo decidan.

El Código de conducta establece en su introducción una definición acerca de la figura del *influencer*, indicando que se reputará *influencer* a toda persona que tenga un nivel alto de influencia en el público por el número de seguidores de que dispone en las redes sociales y que interactúe en las mismas a través de *posts*, *blogs*, *tweets*, videos u otros mensajes de índole distinta. En particular, incluye dentro del concepto de *influencer* a los *bloggers*, *youtubers*, *instagrammers* y *facebookers*. El Código de conducta también establece ejemplos de conductas comerciales que pueden llevar a cabo estos *influencers*, como la mención de productos o servicios de una marca en sus mensajes.

Por lo demás, en relación con la parte dispositiva del Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, conviene hacer hincapié en primer lugar en el artículo 3, el cual establece cuándo se considerará publicitaria una mención o comunicación del *influencer*. Particularmente, el precepto prevé la concurrencia de tres requisitos acumulativos: que el mensaje tenga intención comercial, esto es, que promueva la adquisición de productos y servicios; que el mensaje se difunda con el objeto de recibir una contraprestación a cambio, ya sea dineraria o de otra índole; y que el anunciante o agente del *influencer* ejerza determinado control editorial sobre el mensaje publicitado. De la definición anterior se extrae la conclusión de que no tendrá la consideración de publicitaria aquella comunicación que efectúe el *influencer* bajo su iniciativa y creatividad propia, es decir, sin control ajeno, aunque pudiera derivar de ello cierto efecto comercial (CABRERA 2021, p. 20).

Ahora bien, en opinión de la presente autora, el requisito anterior no debe ser entendido de forma que cualquier comunicación del *influencer* en la que la creatividad del mensaje a difundir se delegue totalmente en éste carece de la categorización de publicidad. Como sabemos, a menudo son las marcas quienes delegan en los propios *influencers* la ideación de la presentación del mensaje publicitario a los destinatarios. Por tanto, tan solo aquel mensaje que emita el *influencer* a completa iniciativa suya y sin ningún tipo de control por parte de un tercero quedará excluido de la definición de publicidad según el precepto de la norma ética.

Por otro lado, el artículo 4 del Código de conducta contempla acertadamente una definición sobre el concepto de contraprestación, el cual habría sido objeto de tanta controversia en la doctrina y la industria publicitaria. En particular, el precepto establece que tendrán la consideración de contraprestaciones el pago directo o indirecto a través de agencias, la entrega gratuita de productos, la prestación gratuita de servicios, los cheques regalo, las bolsas regalo, los viajes, etc. Nótese la importancia de la inclusión del término “entre otros”, dado que con ello el Código deja entrever que la lista ofrecida es abierta, por lo que el Jurado de la Publicidad, a la hora de resolver las reclamaciones particulares, deberá verificar si el *influencer* en cada caso en particular ha recibido o no algún tipo de contraprestación o favor por parte del anunciante o agencia por la difusión del contenido.

Por su parte, el artículo 5 del Código de conducta recoge el mencionado principio de autenticidad de la publicidad, al indicar que el carácter publicitario de las menciones o comunicaciones que realicen los *influencers* en los medios digitales deberán ser identificables

como tales por parte de sus seguidores. Por ello, para el caso de que la naturaleza publicitaria del mensaje del *influencer* no quede clara y palpable, el Código establece que los *influencers* deberán incluir una indicación explícita, inmediata y adecuada al medio y al mensaje acerca de su carácter publicitario.

A continuación, el precepto establece una serie de recomendaciones de indicaciones que puede utilizar el *influencer* para advertir del carácter publicitario de su mensaje: “publicidad”, “publi”, “en colaboración con”, “patrocinado por”, “embajador de”, “gracias a”, “regalo de”, “viaje patrocinado por”. Adicionalmente, el precepto desaconseja el empleo de indicaciones genéricas nada claras como “información” o “legal”, indicaciones poco claras como “colab”, “sponso” o “sp”, o indicaciones que requieran algún tipo de acción por parte del usuario, como hacer clic en un link.

Como continuación de su empeño en que la publicidad sea identificable, el Código incluye un Anexo específico en el que establece un listado ejemplificativo de la ubicación recomendada para hacer la identificación de la naturaleza publicitaria del contenido, según la red social o medio digital que se emplee (LÓPEZ JIMÉNEZ, DITTMAR y VARGAS PORTILLO 2022, p. 69).

Tras haber examinado brevemente el contenido más sustancial del Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad, cabe afirmar que se ha producido un claro avance en España, aunque sea a nivel autorregulatorio, en el castigo de las prácticas de publicidad encubierta en las redes sociales y en la importancia de identificar el carácter publicitario de las comunicaciones de los *influencers*. No obstante, esta autora opina que la precisión de estas conductas en las normas éticas, aunque supone un gran paso, no resulta suficiente, siendo preciso que anunciantes, agencias e *influencers* se comprometan verdaderamente al cumplimiento de estas normas y que los poderes públicos fomenten la adhesión de empresarios y profesionales al sistema de autorregulación publicitario. De esta manera, se incrementarían las herramientas de control y se lograría una mayor concienciación en la industria publicitaria de la problemática existente.

4.3. Situación en otros países

En el ámbito internacional, pueden considerarse sistemas pioneros en la regulación del uso de los *influencers* en la publicidad efectuada en redes sociales y medios digitales a los países anglosajones, más concretamente, a Estados Unidos y Reino Unido.

En este sentido, cabe indicar que, en Estados Unidos, la Federal Trade Commission (en adelante, FTC) promulgó en 2010 su “*Guide Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising*”, en la que se reputaban ilícitos aquellos contenidos patrocinados en los que no se hiciera constar que existe algún tipo de relación con el titular del producto o servicio promocionado (CABRERA 2021, p. 15).

En 2013 publicó su “*How Make Effective Disclosures in Digital Advertising*”, en la que la FTC introdujo recomendaciones concretas sobre el uso de *influencers* en la publicidad de las marcas, lo que suponía una importante novedad con respecto a otros países (LÓPEZ JIMÉNEZ, DITTMAR y VARGAS PORTILLO 2022, p. 70).

Más tarde, en abril de 2017, la FTC envió diversas cartas a *influencers* y agencias del país, advirtiéndoles de la necesidad de que todo contenido publicitario fuera claramente identificable como tal, a no ser que por el propio contexto del contenido quedare patente su naturaleza publicitaria. En dichas cartas, la FTC dejó claro que la colaboración entre el *influencer* y el empresario no tenía por qué traducirse exclusivamente en el pago de una contraprestación económica, sino que también podía tratarse de la entrega gratuita de productos. También recomendaba el uso de algunos términos para que el *influencer* pudiere advertir a sus seguidores sobre la naturaleza comercial del mensaje, como “patrocinado por”, desaconsejando el empleo de otros más ambiguos como “thanks” o “ambassador” (AGUILLEIRO PRATS, MIQUEL-SEGARRA, GARCÍA MEDINA y GONZÁLEZ ROMO 2020, p. 20).

En noviembre de 2019, la FTC publicó una nueva guía en la materia, denominada “*Disclosures 101 for Social Media Influencers*”, en la que detallaba las obligaciones que competen a anunciantes e *influencers* en la materia (GONZÁLEZ VAQUÉ 2021, p. 4).

Por lo que refiere a Reino Unido, cabe mencionar que existe, de un lado, un organismo encargado de velar por el cumplimiento de las normas éticas en materia de publicidad, la Advertising Standards Authority (en adelante, ASA) y, de otro lado, un organismo formado por anunciantes, agencias y medios de comunicación, que se ocupa de la elaboración de los Códigos de conducta, la Competition and Markets Authority (en adelante, CMA) (GONZÁLEZ VAQUÉ 2021, p. 6).

En 2018 ASA publicó una guía denominada “*An Influencer's Guide to making clear that ads are ads*”, en la que recalca la necesidad de que el contenido publicitario efectuado por los

influencers se identificara como tal y recomendaba el uso de determinados términos como “ad”, “advert”, “advertising”, “advertisement”, desechando otros tantos como “sponsorship”, “sponsoredcontent”, “spon” o “sp” (AGUILLEIRO PRATS, MIQUEL-SEGARRA, GARCÍA MEDINA y GONZÁLEZ ROMO 2020, p. 21).

Como conclusión de la explicación efectuada acerca de la normativa ética del uso de *influencers* en la publicidad en otros países, puede afirmarse que los Estados anglosajones supusieron un gran avance en la materia, sirviendo, sin lugar a duda, de un magnífico antecedente para su regulación en los sistemas de autorregulación publicitaria de otros Estados, como es el caso de España.

4.4. Aplicación de los Códigos de conducta en resoluciones del Jurado

Como colofón del presente trabajo, se hará referencia a una serie de resoluciones adoptadas por el Jurado de la Publicidad en relación con la posible conducta de *influencers* contraria a las normas éticas de publicidad. En particular, tal y como se tendrá ocasión de señalar, el Jurado hará referencia en sus pronunciamientos tanto a preceptos del Código de Conducta Publicitaria general como del Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad.

En primer lugar, se mencionará la Resolución de 24 de febrero de 2023 de la Sección Segunda del Jurado de Autocontrol, en la que se enfrenta a la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra Altania del Mar, S.L. En este caso, la controversia surge en torno a un vídeo subido por una *influencer* en la red social Instagram en el que contaba su experiencia con la salud mental y aconsejaba acudir a terapia psicológica. No obstante, junto a dicho vídeo, la *influencer* incorporaba un texto en el que recomendaba una plataforma online de terapia psicológica, señalando las ventajas de poder conectarse desde cualquier lugar y destacando la profesionalidad de sus miembros.

En los fundamentos deontológicos de la resolución, el Jurado hace alusión al principio de autenticidad recogido en la norma 13 del Código de Conducta Publicitaria, recordando que consiste en que todo mensaje publicitario sea fácilmente identificable como tal. Asimismo, el Jurado señala que, según ha declarado en ocasiones anteriores, el principio de autenticidad se infringe cuando tiene lugar una conducta de publicidad encubierta, especialmente, cuando concurren estos dos presupuestos: el mensaje tiene finalidad publicitaria y el mensaje se difunde a sus destinatarios de manera oculta, esto es, como un mensaje de índole distinta,

induciéndoles así a error sobre su verdadera naturaleza. Pues bien, en el caso que nos ocupa, el Jurado determina que existe publicidad encubierta dado que la *influencer* no habría incluido en su publicación ningún elemento acerca del carácter publicitario del contenido, por lo que se habría contravenido el principio de autenticidad recogido en la norma 13. En efecto, el mensaje publicitario se incluye en la propia red social de la *influencer* y en el vídeo ésta se limita a comentar sus vivencias personales en relación con la salud mental y la ayuda psicológica, lo que no permite deducir a sus seguidores que se encuentran ante un contenido publicitario. Además, el hecho de que la *influencer* acompañe los comentarios sobre su experiencia personal de las ventajas que comporta la plataforma de psicología en cuestión, incluyendo incluso un enlace a la cuenta de Instagram de ésta, hace que el destinatario lo perciba como una opinión personal de la *influencer*, alejada de todo propósito comercial.

Otra cuestión interesante por resaltar tiene relación con las alegaciones vertidas por la plataforma de psicología, la cual aseguraba que disponía de un contrato suscrito con la *influencer* en el que ésta se comprometía al cumplimiento de la normativa sobre consumidores y usuarios y exoneraba a la plataforma de toda responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación anterior. A este respecto, el Jurado recuerda que el artículo 11 de la LGP establece que en los contratos publicitarios no podrán preverse cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad frente a terceros. Por tanto, la cláusula aludida por la reclamada en ningún caso supondría exoneración de la responsabilidad que le correspondería frente a terceros, sin perjuicio de que sí pueda determinar el incumplimiento de obligaciones internas asumidas por la *influencer* en el contrato suscrito entre las partes.

En segundo lugar, se hará referencia a la Resolución de 16 de diciembre de 2022 de la Sección Primera del Jurado de Autocontrol, que enfrenta a la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra Compañía de Servicios de Bebidas Refrescantes, S.L. (Coca-Cola). En la presente resolución, se enjuicia la publicación difundida en Instagram por la *influencer* María Castro, en la que se incluía una fotografía de la *influencer* junto a otras personas alrededor de una mesa, sobre la que había botellas de la marca Coca-Cola. A dicha imagen la *influencer* acompaña un texto en el que se limita a realizar reflexiones personales sobre su relación con familiares y amigos.

En dicha resolución, el Jurado alude al principio de autenticidad o identificación de la publicidad que también viene reconocido en el Código de conducta sobre el uso de *influencers*

en la publicidad, concretamente en su artículo 5. El Jurado indica que no existen dudas acerca del carácter publicitario del *post*, centrando su atención en el análisis del segundo de los requisitos mencionados con anterioridad, consistente en si el mensaje identifica claramente esta naturaleza publicitaria o, por el contrario, la oculta. Pues bien, el Jurado llega a la conclusión de que la publicación no resulta manifiestamente identificable como publicidad dado que no se incluye en la cuenta de Coca-Cola, sino en la cuenta personal de la *influencer* y se introduce junto a imágenes personales de ésta, lo que no permite identificar inequívocamente el carácter publicitario, es más, lleva a confusión a los destinatarios, quienes pueden llegar a pensar que se trata de una vivencia más que comparte la *influencer*.

Pero, además, en cuanto a las alegaciones efectuadas por la parte reclamada sobre la inclusión de las expresiones “@coca-cola_esp” y “publi” en la publicación, el Jurado indica, de un lado, que la mención de la marca del producto no advierte al consumidor sobre la intención publicitaria del *post*, puesto que con asiduidad los *influencers* aluden a diversas marcas en sus publicaciones sin que exista un acuerdo de colaboración o un propósito comercial detrás.

De otro lado, en cuanto a la inclusión del término “publi”, cabe señalar en primer lugar que dicha expresión se incorporó por la *influencer* tras conocer la reclamación interpuesta frente al anunciante y ella misma. Por ello, el Jurado indica que la mención no debe tenerse en cuenta, por cuanto no figuraba en el momento en el que la reclamante interpuso su reclamación. En cualquier caso, el Jurado añade que, de admitirse esta modificación posterior, hay que tomar en consideración que el término “publi” no se incluye de manera inmediata, esto es, al inicio del mensaje, de forma que el consumidor pueda advertir desde un primer momento su naturaleza publicitaria, sino que se incorpora al final de la publicación, lo que hace que pueda pasar desapercibido entre sus destinatarios. Esto iría en contra de la propia recomendación que efectúa el Código de conducta de *influencers* en su Anexo acerca de la ubicación preferible de las menciones publicitarias, por cuanto en el caso de Instagram determina que la etiqueta deberá figurar en el título de la imagen o al inicio del texto, además de poder hacer uso de la etiqueta de que dispone la propia red social (“Paid partnership tag”). Por todo ello, el Jurado concluye que la parte reclamada habría infringido el artículo 5 del Código de conducta de *influencers*.

En tercer lugar, se mencionará la Resolución de 16 de marzo de 2023 de la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol, en la que la parte reclamante vuelve a ser la Asociación de Usuarios

de la Comunicación y la parte reclamada es la *influencer* Marta Simón. La comunicación objeto de controversia en este caso consiste en una publicación realizada por la *influencer* en la red social Instagram, en la que aparece una imagen del limpiador facial de la marca Biotherm y un texto donde comenta las principales características del producto y su opinión favorable respecto del mismo.

Nuevamente, el Jurado de la Publicidad analiza la publicación anterior a la luz del artículo 13 del Código de Conducta Publicitaria. Llega a la conclusión de que no existe en este caso infracción del citado precepto, por cuanto no se ha podido acreditar la existencia de intención publicitaria en la publicación de la *influencer*, siendo éste el primero de los requisitos exigidos para la apreciación de publicidad encubierta contraria a las normas éticas. En concreto, el Jurado indica que, de las pruebas aportadas por la *influencer* y la marca al caso en cuestión, ha quedado acreditado que no existe relación mercantil alguna entre las partes y que la *influencer* no ha recibido ningún tipo de contraprestación, ya fuere económica o en especie, a cambio de publicar el contenido cuestionado. Asimismo, el Jurado apunta que la *influencer* habría probado que ha publicado en ocasiones anteriores contenidos similares en su cuenta de Instagram, en los que relata su experiencia personal con relación a distintos productos o servicios que utiliza, evidenciando que en todos esos casos las publicaciones se efectuaron al margen de la marca titular de aquellos. En consecuencia, el Jurado determina que no existiría infracción del principio de autenticidad y desestima la reclamación presentada.

5. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo, se ha venido realizando un estudio de la publicidad encubierta derivada del uso de *influencers* en las redes sociales y de su calificación como conducta ilegal y contraria a las normas éticas elaboradas por Autocontrol. Fruto de este análisis, se han alcanzado a una serie de conclusiones que se expondrán a continuación.

Primera.- El marco jurídico de la publicidad encubierta resulta extremadamente amplio, al tratarse de una clase de publicidad que obtiene referencias en diversos instrumentos legales. Pese lo anterior, es de resaltar la última modificación legal en la materia, consistente en la inclusión en el artículo 26.1 de la LCD de los servicios de la sociedad de la información y las redes sociales como contextos en los que pueden producirse prácticas comerciales encubiertas frente a consumidores. Aun así, se estima necesaria una regulación más definida acerca del concepto de publicidad encubierta.

Segunda.- Sería conveniente evolucionar desde los sistemas de autorregulación publicitaria ideados a nivel comunitario hacia sistemas de corregulación. De esta forma, sería posible mantener las ventajas que comportan los mecanismos de autorregulación, a lo que se añadiría la colaboración de la Administración Pública tanto en el desarrollo de Códigos de conducta como en la resolución de las controversias, a fin de dotar de mayor seguridad y nivel de protección a consumidores y usuarios.

Tercera.- Pese a que la legislación fomenta los Códigos de conducta y asegura una mayor participación de las asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios en su creación y aprobación, lo cierto es que dicha herramienta no se ha visto implementada aún en la práctica. Ello se debe a que los miembros de los órganos de Autocontrol competentes para la elaboración de los proyectos de Códigos de conducta y su aprobación definitiva continúan, a fecha actual, siendo nombrados y renovados en su mayoría por anunciantes, agencias y medios de comunicación.

Cuarta.- En lo referente al servicio de *Copy Advice* implementado por Autocontrol, debe resaltarse que ha supuesto un auténtico éxito en la industria publicitaria, dado que cada vez se utiliza más por parte de anunciantes, agencias y medios, lo que evidencia su cada vez más elevado compromiso para con el sistema de autorregulación.

Quinta.- También el sistema de resolución de controversias del Jurado de la Publicidad configurado por Autocontrol ha resultado bastante satisfactorio en la práctica, al haber afirmado reclamantes y reclamados que resulta una vía rápida y eficaz en la que resolver sus disputas, sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial, con el consiguiente coste procesal para las partes. Pese a ello, en este ámbito se han localizado ciertas mejoras a implementar, como el incremento de las herramientas de control sobre las resoluciones dictadas, el establecimiento de facilidades para el acceso a los procedimientos de reclamación y la dotación de mayor participación a los consumidores en el sistema, particularmente en la estructura del Jurado.

Sexta.- La promulgación del Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad ha supuesto un importante avance en el control de las prácticas de publicidad encubierta en las redes sociales y los medios digitales. Sin embargo, se estima necesario que anunciantes, agentes, medios de comunicación e *influencers* se conciencien realmente sobre la problemática existente, para lo cual sería ideal que la Administración Pública adquiriese un papel más relevante en la materia, fomentando verdaderamente la adhesión de empresarios y profesionales a los Códigos de conducta y desarrollando campañas de concienciación en el público.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

AGUILLEIRO PRATS, A., MIQUEL-SEGARRA, S., GARCÍA MEDINA, I. y GONZÁLEZ ROMO, Z. F. «El reto de regular un perfil no profesionalizado: microinstagramers de moda». *Fonseca, Journal of Communication*. 2020, núm. 20, 15-34.

ARREGUI IRÁCULIS, N. «Prácticas comerciales encubiertas». *Revista Aranzadi Civil – Mercantil*. 2011, vol. 1, núm. 8, 133-147.

AUTOCONTROL. «¿Qué es la Autorregulación Publicitaria?». *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. 25 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/autorregulacion-publicitaria/> (Referenciado en el texto del trabajo como AUTOCONTROL 2024b).

AUTOCONTROL. «Código de Conducta Publicitaria». *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. 31 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/05/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol.pdf>

AUTOCONTROL. «Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad». *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. 31 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>

AUTOCONTROL. «Cookie Advice®». *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. 29 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/servicios/cookie-advice/> (Referenciado en el texto del trabajo como AUTOCONTROL 2024e).

AUTOCONTROL. «Copy Advice®». *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. 29 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/servicios/copy-advice/> (Referenciado en el texto del trabajo como AUTOCONTROL 2024d).

AUTOCONTROL. «Data Advice®». *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. 29 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/servicios/data-advice/> (Referenciado en el texto del trabajo como AUTOCONTROL 2024f).

AUTOCONTROL. «Estatutos de la Asociación». *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. 30 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2023/03/estatutos-autocontrol.pdf>

AUTOCONTROL. «Quiénes somos». *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. 25 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/autocontrol/quienes-somos/> (Referenciado en el texto del trabajo como AUTOCONTROL 2024a).

AUTOCONTROL. «Reclamaciones consumidores individuales». *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. 29 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/servicios/reclamaciones-consumidores-individuales/> (Referenciado en el texto del trabajo como AUTOCONTROL 2024c).

AUTOCONTROL. «Reglamento del Jurado de la Publicidad». *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. 30 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2023/12/reglamento-del-jurado-de-la-publicidad-autocontrol.pdf>

AUTOCONTROL. «Web Advice®». *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. 29 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/servicios/web-advice/> (Referenciado en el texto del trabajo como AUTOCONTROL 2024g).

CABRERA CARO, L. «*Influencers* y publicidad encubierta en las redes sociales». *Ius et Scientia. Revista electrónica de Derecho y Ciencia*. 2021, vol. 7, núm. 2, 7-28.

CEC. «Publicidad de *influencers*: El CESE propone un reglamento europeo para marcar una línea roja». *Centro Europeo del Consumidor en España*. 8 de agosto de 2023. Disponible en: https://cec.consumo.gob.es/CEC/comunicacion/noticias/2023/NI_PUBLICIDAD_E_INFLUENCERS_10_08_2023.htm

FEENSTRA, R. A. «La corregulación de la publicidad a debate: una aproximación teórica». *Revista Mediterránea de Comunicación*. 2019, vol. 10, núm. 2, 105-114.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. «Publicidad encubierta e *influencers*. (A propósito de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual)». *Revista de Derecho Mercantil*. 2023, núm. 327. ISSN 0210-0797.

GÓMEZ CASTALLO, J. D. «La autorregulación de la publicidad en España». *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. 2011, vol. 1, núm. 4, 167-186.

GÓMEZ NIETO, B. «El *influencer*: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa». *Methaodos, Revista de Ciencias Sociales*. 2018, vol. 6, núm. 1, 149-156.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «*influencers*» en los medios sociales?». *La Ley Unión Europea*. 2021, núm. 88, 1-9.

GONZÁLEZ-ESTEBAN, E. y FEENSTRA, R.A. «Ética y autorregulación publicitaria: perspectiva desde las asociaciones de consumidores». *El profesional de la información*. 2018, vol. 27, núm. 1, 106-114.

GUTIÉRREZ GARCÍA, E. «La publicidad encubierta a través de *influencers*: la urgencia de una regulación». *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. 2021, núm. 29, 1-30.

LARA NAVARRA, P., LÓPEZ-BORRULL, A., SÁNCHEZ-NAVARRO, J. y YÁNEZ, P. «Medición de la influencia de usuarios en redes sociales: propuesta social engagement». *El profesional de la información*. 2018, vol. 27, núm. 4, 899-908.

LEMA DEVESA, C. «Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España». *Methaodos. Revista de Ciencias Sociales*. 2018, vol. 6, núm. 1, 7-15.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D. «Los límites éticos de la publicidad: el jurado de autocontrol de la publicidad como paradigma de buenas prácticas», 933-944. En: SUÁREZ-VILLEGAS, J.C. (coord.). *La ética de la comunicación a comienzos del siglo XXI*. 1ª ed. Sevilla: Ed. Edufora. Editorial Mad, S.L., 2011.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D., DITTMAR, E. C. y VARGAS PORTILLO, J. P. «Nuevas estrategias publicitarias con *influencers*: Un examen multidisciplinar». *Revista de Ciencias Sociales*. 2022, vol. 28, núm. 4, 63-78.

OROZCO ROMÁN, I. «Prácticas comerciales encubiertas en Redes Sociales y en búsquedas online como nuevos actos de competencia desleal y constitutivos de publicidad ilícita». *Belzuz Abogados*. 28 de junio de 2022. Disponible en: <https://www.belzuz.net/es/publicaciones/en->

SIXTO-GARCÍA, J. y ÁLVAREZ-VÁZQUEZ, A. «*Influencers* en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular». *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*. 2020, núm. 26, 1611-1622.

TATO PLAZA, A. «El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España», 161-186. En FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XVIII*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.

TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., «Actos de engaño y omisiones engañosas», 103-178. En TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, C. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2010.

TOBÍO RIVAS, A. M. «Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea». *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. 2018, núm. 22, 1-27.

VELASCO SAN PEDRO, L. A. «Competencia desleal y publicidad». *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. 2017, núm. 21, 1-21.

VILAJOANA-ALEJANDRE, S. y ROM-RODRÍGUEZ, J. «Sistema de autorregulación publicitaria: del compromiso ético al control efectivo de la publicidad en España». *El profesional de la información*. 2017, vol. 26, núm. 2, 192-200.

Legislación citada

Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 19 de septiembre de 1984, núm. 250. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1984-80507>

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 17 de julio de 2000, núm. 178. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2000/178/L00001-00016.pdf>

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 11 de junio de 2005, núm. 149. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf>

Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). *Diario Oficial de la Unión Europea*, 15 de abril de 2010, núm. 95. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2010-80642>

Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2018/303/L00069-00092.pdf>

Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 18 de diciembre de 2019, núm. 328. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81968>

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de noviembre de 1988, núm. 274, p. 32464. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/11/34>

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de enero de 1991, núm. 10, p. 959. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1991/01/10/3/con>

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de julio de 2002, núm. 166, p. 25388. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/07/11/34/con>

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de julio de 2007, núm. 159, p. 28848. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15/con>

Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 2009, núm. 315, p. 112039. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/12/30/29>

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. *Boletín Oficial del Estado*, 1 de abril de 2010, núm. 79, p. 30157. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2010/03/31/7>

Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de julio de 2022, núm. 163, p. 96114. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/07/07/13/con>

Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de noviembre de 2021, núm. 263, p. 133204. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/11/02/24>

Jurisprudencia referenciada

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 9 de junio de 2011, C-52/10. Caso Eleftheri tileorasi AE «ALTER CHANNEL» y Konstantinos Giannikos contra Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis y Ethniko Symvoulío Radiotileorasis. ECLI:EU:C:2011:374.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) 400/2004, de 24 de mayo de 2004. ECLI:ES:APM:2004:7532.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº35 de Madrid 1354/2006, de 6 de noviembre de 2006. ECLI:ES:JPI:2006:76.

Sentencia del Tribunal Supremo 1169/2006, de 24 de noviembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo 468/2013, de 15 de julio de 2013. ECLI: ES:TS:2013:4498.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 25 de octubre de 2010. ECLI: ES:AN:2010:4736.

Sentencia del Tribunal Supremo 1462/2021, de 13 de diciembre de 2021. ECLI:ES:TS:2021:4659.

Resoluciones del Jurado de la Publicidad referenciadas

Resolución 203/R/ NOVIEMBRE 2022, de 16 de diciembre de 2022, de la Sección Primera del Jurado de AUTOCONTROL por la que se estima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente a una comunicación comercial de la que es responsable la empresa Compañía de Servicios de Bebidas Refrescantes, S.L. (Coca-Cola). *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*, 16 de diciembre de 2022.

Resolución 35/R/FEBRERO 2023, de 24 de febrero de 2023, de la Sección Segunda del Jurado de AUTOCONTROL, por la que se estima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable Altania del Mar, S.L. *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*, 24 de febrero de 2023.

Resolución 55/R/MARZO/2023, de 16 de marzo de 2023, de la Sección Tercera del Jurado de AUTOCONTROL, por la que se desestima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación en relación con un mensaje difundido en redes sociales por parte de la *influencer* Marta Simón en relación con un producto de la empresa L’Oreal España, S.A. *Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*, 16 de marzo de 2023.

Listado de abreviaturas

<i>AEA</i>	Asociación Española de Anunciantes
<i>CESE</i>	Comité Económico y Social Europeo
<i>EASA</i>	European Advertising Standards Alliance
<i>FTC</i>	Federal Trade Commission
<i>ICAS</i>	International Council for Ad Self-Regulation
<i>LCD</i>	Ley de Competencia Desleal
<i>LGCA</i>	Ley General de la Comunicación Audiovisual
<i>LGP</i>	Ley General de Publicidad
<i>LSSI</i>	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico
<i>SAP</i>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>STJUE</i>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>SSTS</i>	Sentencias del Tribunal Supremo