

¿EL VASO ESTÁ MEDIO LLENO O MEDIO VACÍO?

PUBLICIDAD ENCUBIERTA

AUTOR: Enrique Delgado Flores
Abogado egresado de la Pontificia Universidad
Católica del Perú. Socio del Estudio Barrios & Fuentes Abogados

1. INTRODUCCIÓN.

Actualmente, la sociedad vive un apogeo en temas de empresariales, dentro de los cuales, las transacciones representan el sustento dentro de este nuevo ciclo de vida. En el mundo contemporáneo, no podemos desligar los vínculos que existen entre las sociedades y las empresas, las cuales, son la que muchas veces nos brindan la manera de subsistir.

Las empresas ligadas íntimamente en una relación simbiótica con la sociedad, subsisten gracias a los ingresos que éstas les otorgan y al mismo tiempo les dan lo necesario para subsistir. Sin embargo, las empresas para poder subsistir necesitan no solamente los ingresos, sino que estas buscan mucho más y naturalmente tienden a buscar masificar esta relación, con lo cual nace lo que se denomina empresario en masa.

¿Cómo lograr incrementar mis ingresos con una bajo costo?, así nace lo que se denomina Ppublicidad, son herramientas, las cuales utilizan los empresarios para masificar la cantidad de personas que requieran de sus servicios o productos. La relación intrínseca que existe entre la publicidad, la sociedad y el empresario en masa, es definido por Diez Picazo, por lo tanto, la publicidad induce a los posibles compradores a adquirir el producto o servicio que brinda la empresa.

La publicidad es importante en una economía de mercado, pues sin ella el consumidor no podría elegir el producto que desea, no hacer una comparación entre productos o servicios de distintos competidores para adoptar una decisión de consumo adecuada.; Sin publicidad, el consumidor se vería privado de la información que los anuncios le proporcionan¹.

Asimismo, í mismo existen diferentes casos de Publicidad que es mal proporcionada por las entidades de las que las emanan, ya sea publicidad netamente falsa, publicidad parcialmente falsa, o publicidad incompleta. Sin embargo, existe otro tipo de publicidad la cual ha sido muy poco tratada por nuestro ordenamiento: la cual es publicidad encubierta.

2. MARCO TEÓRICO.

En principio, podríamos preguntarnos si la publicidad encubierta es un tipo de publicidad engañosa, como a prime-

ra impresión podríamos considerarla, o si, por el contrario, es un tipo independiente con contenido propio.

Para ello, primero debemos definir en qué consiste la publicidad encubierta. En ella, se presenta una actividad publicitaria de tal forma que el destinatario no es consciente de que constituye publicidad, sino que la percibe como si fuese una información noticiosa.

Así, para algunos autores, la publicidad engañosa lesiona el principio de veracidad, mientras que la publicidad encubierta lesiona el principio de autenticidad, por lo que no deben confundirse.

Otros tratadistas mantienen que la publicidad encubierta es engañosa, por su «forma de presentación», al considerar que este método puede llegar disfrazado al destinatario, de tal manera que externamente no se reconozca. Así, puede esconderse en una noticia, en una información, en una entrevista, en un programa de entretenimiento, en un concurso, etc. Postura a favor de la que no nos inclinamos del todo, ya que si bien, el legislador nacional reconoce la naturaleza de la figura de publicidad encubierta, éste no le da un tratamiento adecuado dentro de la generalidad de la definición de publicidad engañosa, siendo la razón de su inclusión que su forma de presentación también puede inducir a error a los destinatarios.

Un supuesto que puede incluirse en este tipo de publicidad y que se utiliza desde hace algunos años con relativa frecuencia, es la «figura del emplazamiento», más conocido como product placement, la cual consiste en una forma de publicidad que, en ocasiones, pasa inadvertida para muchos destinatarios, al no identificarla como mensaje publicitario por creer que aparece de forma casual. Para mayor claridad, basta con mirar alguna de las series televisivas donde sus protagonistas beben una determinada marca de refresco, o aparece constantemente en el lugar donde transcurre la escena, de forma intencional con fines publicitarios.

Ahora bien, el art. 31.2 Ley General de Comunicación Audiovisual de España, define que toda comunicación comercial consiste en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un

programa. Así, entre esta definición y la de 'Product placement'² se llega a la de comunicación comercial encubierta como 'La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre marca o actividades de un productor de mercancías o prestador de servicios en programas de televisión distintos al emplazamiento de producto.'

La mera presentación de un producto, como por ejemplo, un cartel que forma parte del decorado, la mención circunstancial de un producto en una escena, la aparición de una marca determinada como algo común, tiene que distinguirse de la promoción de un producto determinado por medio de la utilización de un mensaje reiterado e insistente, tanto verbal como visual, utilizando una escena como una excusa para realizar una promoción encubierta³. Sin embargo, aA pesar de que en la doctrina se hacen diferencias al respecto, tanto en España como en el resto de países de la Unión Europea, el emplazamiento de producto en televisión es considerado publicidad encubierta y, por tanto, una práctica prohibida.

3. ASPECTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1 Concepto de publicidad encubierta y su aplicación en la normativa peruana

Para poder llegar a un concepto de publicidad encubierta, es preciso en principio avocarnos a la definición de publicidad. Entendemos, ésta, como toda comunicación dirigida a informar y/o persuadir a agentes del mercado a realizar una transacción comercial sobre determinados bienes o servicios.⁴

Según el artículo 2 del decreto legislativo 691 - Ley de normas de la publicidad en defensa del consumidor—, la publicidad en general debe ser juzgada teniendo en cuenta el hecho de que el consumidor queda influenciado mediante un mero examen superficial del mensaje publicitario.

De acuerdo a lo anterior, esto entonces no puede asumirse que los destinatarios del mensaje publicitario realicen análisis exhaustivos, detallados o específicos de los mensajes comerciales que reciben, sino sobre el íntegro del 'paquete de información'.

En el caso de la publicidad encubierta o disfrazada, el consumidor percibe y considera que se encuentra ante una noticia, reportaje, una opinión, una editorial o una nota que corresponde al medio de comunicación como parte de su contenido no publicitario. Este mensaje es recibido conscientemente bajo la creencia de que se trata de una opinión periodística o un dato informativo, pero no es identificado como comercial, aunque de una forma encubierta lo sea.

Por ejemplo, sería publicidad encubierta un anuncio que tuviera forma de noticia y que pese a resaltar las características y atributos de un bien o servicio, por encargo de la

empresa que los ofrece en el mercado, no pudiera ser reconocido por el consumidor como emitido con fines comerciales debido a su disfraz noticioso. No podemos entender esta como una publicidad subliminal, ya que esta última no es percibida conscientemente por el destinatario del mensaje publicitario como sí lo es en la publicidad encubierta⁵.

En la actual Ley de Represión de Competencia Desleal se establece en el numeral 16.2 del art. 16° que se refiere a Actos contra el principio de autenticidad, que se considerará como la 'inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publipreportaje o un anuncio contratado.'

Es evidente que la presente Ley no presenta gran variación y mantiene el tema de contraprestación inmerso en ella, lo que permite ser consecuente con el actual precedente de observancia obligatoria.

3.1.1 Jurisprudencia peruana.

La Comisión de Represión de la Competencia Desleal consideró que la publicidad encubierta o disfrazada es aquella que:

'no reconocida como tal por los consumidores, por encontrarse oculta bajo la apariencia de noticias, opiniones o material recreativo, sin presentarse de tal forma que sea reconocible como anuncio'(art. 6 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor“).

Bajo esta perspectiva, se puede afirmar que la publicidad encubierta lesiona el principio de autenticidad, exigiendo éste que los anunciantes y los medios de comunicación presenten los anuncios publicitarios de una manera tal que puedan ser reconocidos como publicidad por los destinatarios de esta⁶. Por tanto queda expresamente prohibida por el artículo sexto de la mencionada Ley, puesto que ordena que los anuncios deberán distinguirse claramente como tales, cualquiera que sea su forma y medio empleado para su difusión.

4. CRITERIOS APLICABLES PARA SANCIONAR PUBLICIDAD ENCUBIERTA.

4.1 Criterios aplicables en la normativa peruana, ¿Son claros y suficientes?

Existe como precedente sancionador de este tipo de publicidad la RESOLUCION N° 289-97-TDC recaída en el EXPEDIENTE N° 043-97-CCD, emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal., En ella se establece criterios para determinar cuando se está frente a publicidad encubierta⁷.

a) La publicidad encubierta se presenta de modo tal que un consumidor razonable no podría identificar fácilmente su verdadero carácter: Es decir que la presunta publicidad encubierta debe encontrarse ubicada en las páginas, columnas o espacios informativos característicos del medio de comunicación. Asimismo, debe contar con similar formato, diseño, caracteres tipográficos, estructura y/o extensión que las notas periodísticas, programas radiales o televisivos, reportajes o entrevistas características del medio de comunicación.

b) El efecto persuasivo de la publicidad encubierta difiere de aquél que se produciría si la misma información fuese presentada abiertamente como un anuncio publicitario: En este punto, el análisis que efectúe la autoridad, en cada caso, deberá partir de una comparación abstracta entre el efecto persuasivo que tendría la misma información, ya sea que fuese difundida como un anuncio publicitario o como una nota periodística. De este modo, no serán aplicables las disposiciones sobre publicidad encubierta si, una vez efectuado dicho análisis, se llegara a la conclusión de que la información difundida no tendrá un efecto persuasivo substancialmente distinto, en uno u otro caso. Debe cuidarse, sin embargo, algunos aspectos que podrían generar el abuso de este tipo de publicaciones. Si la noticia publicada como tal llevara opiniones o calificativos que pudiesen modificar su efecto persuasivo, dependiendo de quién provienen, la autoridad deberá ser más cautelosa.

c) Necesidad de que exista un pago o cualquier otra prueba que acredite la intención del medio de efectuar publicidad encubierta.”

Del mismo modo, en el precedente de observancia obligatoria, se señala que:

“El elemento de juicio de mayor importancia para determinar la intencionalidad del medio de comunicación será la existencia de un pago o contraprestación de cualquier tipo por el espacio en que fue difundida la publicidad encubierta. No obstante ello, cuando no existan tales pruebas, se podrá tener en cuenta cualquier otro elemento de juicio relevante que demuestre que la actuación del medio de comunicación estuvo encaminada a efectuar publicidad de bienes o servicios, utilizando para ello la apariencia de sus propias noticias, reportajes o entrevistas.”

Nosotros no consideramos que el juicio de mayor importancia para determinar la intencionalidad del medio de comunicación sea la existencia de un pago o contraprestación, para ello es importante que tomemos como referencia lo dicho por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que menciona en una sentencia, de fecha 9 de Junio del 2011, que la publicidad encubierta es la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías y/o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del organismo de radio-

difusión televisiva, 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 hiciera a cambio de una remuneración o de un pago similar⁸, sin embargo, este elemento no será esencial ni característico o necesario para que en efecto estemos ante una publicidad encubierta.

En el art. 26 de la nueva Ley de Competencia Desleal española se considera como requisito el pago de una contraprestación al empresario; sin embargo, no impide que en algunos supuestos en los que concurren algunos requisitos exigidos por el art. 26 sean considerados publicidad encubierta., Ees evidente que no hay una relevancia de este requisito, ya que si bien la contraprestación constituiría una prueba definitiva, como lo considera el tratamiento español, es importante saber que en ausencia de este se puede recurrir a indicios y características objetivas.

Creemos que otros elementos de juicio relevantes, —que demostrarían que la actuación del medio de comunicación estuvo encaminada a efectuar publicidad de bienes o servicios, utilizando para ello la apariencia de sus propias noticias, reportajes o entrevistas—. deben estar enfocados en los cuatro puntos siguientes:

- Expresiones reiteradas de la marca: cuando la imagen de la marca o del producto se despliega constantemente con la intención de transmitir un mensaje de forma continua.

- Referencia a precios: cuando hay una constante indicación o referencia a precios de productos en un espacio informativo, referencias que no están justificadas para el desarrollo de la información.

- Descripción de un producto o servicio de manera reiterada: cuando en una secuencia de carácter informativo se presenta de manera reiterada e injustificada las características de un producto o servicio, descripciones que no son importantes para el desarrollo de la información.

- El modo de inserción de los diálogos publicitarios: Se suele introducir diálogos desviados de la finalidad de simplemente informar, pero la particularidad de estos diálogos es que se mezclan con la misma nota informativa, logrando con ello confundirse con la información misma. Con ello, quienes reciben la información recibirán al mismo tiempo, sin posibilidad de discriminar, la publicidad sobre el producto.

Elementos de juicio que no dependen de la contraprestación y aseguran que el consumidor pueda ser protegido de la presentación de publicidad encubierta en espacios informativos, los mismos que deben obedecer a su naturaleza.

Considerar como *elemento de juicio de mayor importancia la existencia de un pago o contraprestación de cualquier tipo para determinar la intencionalidad de un medio

de comunicación para difundir publicidad encubierta, es un error”, ya que no es la única forma en que una televisora, agencia de publicidad o una empresa que posea una marca pueda contratar, es más, no es necesario que haya un contrato., Habrán formas menos evidentes e incluso ilegales para que se generan estas actividades, Así que depender de la existencia de una contraprestación de cualquier tipo, la misma que debe ser probada, para poder sancionar, es un esfuerzo poco justificado.

Por ello, consideramos insuficiente el tratamiento que la actual norma y precedente de observancia obligatoria le da a la figura de publicidad encubierta, la misma que no puede depender por la simple existencia de una contraprestación, sino que debe obedecer a aspectos de forma de presentación de la publicidad y protección del consumidor, el mismo que percibe la información.

Del mismo modo, erróneamente la normativa peruana ha ubicado la publicidad encubierta como un subtipo de publicidad engañosa, toda vez que la publicidad engañosa es aquella publicidad que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor, asimismo es engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios⁹.

Por otro lado la publicidad encubierta es aquella publicidad que “el consumidor percibe y considera que se encuentra ante una noticia, un reportaje, una opinión, un editorial o una nota que corresponde al medio de comunicación como parte de su contenido no publicitario”¹⁰.

Podemos observar entonces, que mientras la publicidad engañosa afecta al consumidor informándolo indebidamente —por lo que su comportamiento frente al producto será consecuencia de una percepción errónea o incompleta de la realidad—; la publicidad encubierta lo afecta de manera psicológica respecto de la forma en que procesará la información que recibe, puesto que, “la imposibilidad de reconocer el fin publicitario de dicha información afectará la capacidad del consumidor para atribuir los juicios personales del anunciante al supuesto juicio imparcial de una nota periodística”¹¹.

Por ello, la regulación y sanción de la publicidad encubierta no puede ni debe ser la misma, ya que, afecta de manera distinta al consumidor, y se desarrolla de manera diversa.

4.2 El programa Polizontes, ¿Es o no publicidad encubierta?

Este programa presenta claros ejemplos de publicidad encubierta en los siguientes casos:

- ‘ROXXI RESTAURANT’

Publicidad inserta en lo que debería ser exclusivamente una nota informativa sobre una exposición de cuadros en

el local del Restaurant.

Los primeros momentos de la nota muestran enfoques del nombre del Restaurant lo que en un principio no parece constituir más que una referencia al lugar donde se lleva a cabo la exposición de cuadro; sin embargo, a pesar de ello, en efecto se presentan despliegues de imagen sobre los cuadros y se llevan a cabo entrevistas sobre la exposición en sí misma, dos de estas entrevistas están única y exclusivamente dedicadas a detallar los platos y bebidas que se pueden encontrar en este Restaurant, cuando en estricto la finalidad de esta nota es informar sobre la exposición de cuadros. Estas entrevistas justamente se colocan en medio de aquellas entrevistas, que en efecto, sí tratan sobre la exposición de cuadros justamente con el fin de encubrir las.

El ánimo de publicitar el Restaurant queda explícito en las entrevistas que tienen la única finalidad de describir las cualidades del dicho lugar.

- ‘NATURA día de la Madre 2010’

Esta nota informativa debió tratar únicamente del Show room por el día de la Madre organizado por Natura, en la cual la conductora debe mantener conversaciones con el público asistente. Sin embargo, aunque puede parecer que lo único que hace la conductora es llevar una conversación amena con las madres presentes, la conversación está dirigida a publicitar las bondades de Natura, incluso la primera entrevista termina con “Utiliza Natura”. Mayor despliegue de publicidad se presenta cuando se entrevista a una señora que se encuentra con el producto en mano aplicándolo.

Resulta curioso que ninguna de las entrevistas llevadas a cabo con las señoras asistentes trataron sobre la fecha que se supone se celebraba, sino por el contrario, se avocó a los productos de quien ofrecía el evento.

REFLEXIONES FINALES.

En beneficio de poder sancionar actividades ilícitas, bajo criterios objetivos que obedezcan a una protección más adecuada del destinatario de la publicidad, se deberá estructurar un nuevo tratamiento a la figura de publicidad encubierta. Lo que permitirá no depender de la existencia de una contraprestación, que a todas luces parece difícil de encontrar, y optar por situaciones más concretas que guarden relación con la forma de presentación de una publicidad, la misma que debe obedecer al principio de autenticidad.

En síntesis, de las fuentes normativas analizadas y del caso concreto presentado podemos concluir que la publicidad encubierta puede tener un tratamiento autónomo, el cual puede identificarse sobre la base de criterios o elementos de juicios que nos permitirán verificar cuando nos encontramos ante un supuesto de este tipo y no depender necesariamente de la existencia de una contraprestación

como elemento relevante.

Al parecer, en mención al título de estos humildes comentarios, creemos que el vaso está medio lleno, ya que en ningún momento decimos que lo que hay actualmente en materia normativa y jurisprudencial no sirva para el tratamiento de este tipo de publicidad, sino que es insuficiente.

- 1 *CALLE CASUSOL, Jean Paul. En: Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa, Lima: 2002, pp. 133*
- 2 *TATO PLAZA, A., «Product Placement y Publicidad Encubierta (Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad, de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso Soberano)», en Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo 22, 2001, págs. 573 a 595.*
- 3 *CISNEROS, Luis. "El Product Placement y la publicidad encubierta".*
- 4 *LOPEZ RAYGADA, Pierino Stucchi. "Apreciación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial". En: Ius Et Veritas, Lima, número 34, 2007, pp. 179.*
- 5 *Ídem, pp. 181-185*
- 6 *Ídem, pp. 185*
- 7 *Comisión de Represión de la Competencia Desleal, RESOLUCION N° 289-97-TDC recaída en el EXPEDIENTE N° 043-97-CCD, 27 de diciembre.*
- 8 *TEJEDOR, Lourdes. "Algunos supuestos de publicidad engañosa. Revisión crítica a la luz de la jurisprudencia y de las nuevas Directivas 2005/29, del 11 de mayo de 2005, «Directiva sobre las prácticas comerciales desleales», y del 12 de diciembre de 2006, Directiva 2006/114 sobre publicidad engañosa y comparativa".*
- 9 *MALLAP RIVERA, Johny. Jurisprudencia INDECOPI: precedentes de observancia obligatoria, lineamientos. Trujillo: Normas Legales, 2000.*
- 10 *Ídem, pp. 185.*
- 11 *Comisión de Represión de la Competencia Desleal, RESOLUCION N° 289-97-TDC recaída en el EXPEDIENTE N° 043-97-CCD, 27 de diciembre.*