

PUBLICIDAD ILÍCITA POR VÍA ELECTRÓNICA COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL: PUBLICIDAD PERSONALIZADA EN INSTAGRAM

ILLICIT ELECTRONIC ADVERTISING AS AN ACT OF UNFAIR COMPETITION: PERSONALISED ADVERTISING ON INSTAGRAM

CARMEN DE VIVERO DE PORRAS*

RESUMEN

Los anuncios y comunicaciones comerciales en Instagram aparecen en toda la aplicación, y en ocasiones son muy similares a las publicaciones normales, a salvo de aquellas funciones tales como enlaces o botones de llamada a la acción. Cómo, cuándo y en qué cantidad recibe el usuario esta publicidad es lo que se conoce hoy como publicidad personalizada, basada en la propia actividad del usuario y en la información que los que participan en la red le remiten. La utilización de herramientas informáticas, algoritmos y datos de los usuarios condicionan el modelo publicitario de Instagram que por ello podría estar influyendo indebidamente en el comportamiento económico del usuario medio, alterando el mismo y sin que además sea consciente de ello. Nos proponemos analizar estas cuestiones y, por tanto, delimitar si estamos o no ante una práctica publicitaria ilícita y por tanto desleal.

Palabras clave: publicidad agresiva, encubierta, desleal, personalizada, redes sociales, Instagram.

ABSTRACT

Advertisements and marketing communications on Instagram appear throughout the app, and are sometimes very similar to normal posts, except for features such as links or call-to-action buttons. How, when and in what amount the user receives this advertising is what is known today as personalised advertising, based on the user's own activity and the information that

* Profesora Ayudante Doctora (acr. Contratada Doctora) de Derecho Mercantil en la Universidad de Málaga. Esta publicación es parte del proyecto Marco jurídico para la competencia dinámica en mercados digitales y para la innovación a través de Inteligencia Artificial (CODIG-IA), ref. PID2021-122536OB-I00 (IP Eugenio Olmedo Peralta), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGeneration-EU»/PRTR; así como del proyecto Consumidores y pequeños profesionales en la contratación en Mercados Digitales: prácticas anticompetitivas, desleales y explotación de dependencia económica (CoMeDi), Ref. Proy-Excel_00665. Proyectos de Excelencia, Programa de Ayudas a la I+D+i, en régimen de concurrencia competitiva, Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) (IPs: Olmedo Peralta / Benavides Velasco).

those who participate in the network send them. The use of computer tools, algorithms and user data condition Instagram's advertising model, which could therefore be unduly influencing the average user's economic behaviour, altering it without them being aware of it. We propose to analyse these issues and, therefore, to determine whether or not we are dealing with an unlawful and therefore unfair advertising practice.

Keywords: aggressive, surreptitious advertising, unfair, personalised, social networks, Instagram.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FORMATOS DE PUBLICIDAD MÁS POPULARES EN INSTAGRAM.—1. Las *stories*.—2. Los *reels*.—3. El *feed*.—4. Publicidad personalizada.—III. APROXIMACIÓN A LA PUBLICIDAD ELECTRÓNICA.—1. Algunas consideraciones en el ámbito de la legislación española.—2. El marco normativo europeo como punto de partida en la regulación sobre la publicidad por medios electrónicos.—3. El TJUE y la publicidad electrónica.—IV. BREVE REFERENCIA A LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA COMO PRÁCTICA ENGAÑOSA.—V. PUBLICIDAD AGRESIVA Y SU REGULACIÓN.—VI. EL MODELO PUBLICITARIO DE INSTAGRAM Y LOS LÍMITES A LA PUBLICIDAD: ¿PUBLICIDAD DESLEAL?—VII. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. INTRODUCTION.—II. MOST POPULAR ADVERTISING FORMATS IN INSTAGRAM.—1. The stories.—2. The reels.—3. The feed.—4. Personalized advertising.—III. APPROACH TO ELECTRONIC ADVERTISING.—1. Some considerations in the field of Spanish legislation.—2. The European regulatory framework as a starting point in the regulation of advertising by electronic means.—3. The CJEU and electronic advertising.—IV. BRIEF REFERENCE TO COVERT ADVERTISING AS A MISLEADING PRACTICE.—V. AGGRESSIVE ADVERTISING AND ITS REGULATION.—VI. SAW: THE INSTAGRAM ADVERTISING MODEL AND THE LIMITS TO ADVERTISING: UNFAIR ADVERTISING?—VII. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

La publicidad es un fenómeno comunicativo complejo, que afecta a diversos campos de la actividad humana, y entre ellas al Derecho, por cuanto influye sobre aspectos tanto del Derecho a la información como del Derecho mercantil¹. El modo de hacer publicidad ha cambiado en los últimos tiempos, produciéndose una auténtica revolución en atención también a los diversos canales utilizados para la difusión y promoción de aquella. No obstante, lo que no varía es la necesaria atracción de la atención del público objetivo o *target*, elemento común en cualquier mensaje publicitario y es por ello que su finalidad no es otra que la de convencer a aquellos para que cambien su conducta. Así las cosas, la publicidad podría definirse como aquel mensaje informativo con un carácter determinado, persuasivo, que se ejecuta y difunde de acuerdo con técnicas específicas².

No obstante, si acudimos a su régimen jurídico, obtendremos su definición legal conforme al artículo 2 LGP³, llevándonos a la denominada *publicidad comercial*⁴, respecto de la cual, cuatro son los principios que tradicionalmente se

¹ RODRÍGUEZ PARDO (1999), págs. 174-175.

² RODRÍGUEZ (2012), pág. 260. Como además señala VEGA, en lo que al Derecho mercantil respecta, los distintos fines que persigue la publicidad exigen, en virtud de los principios que rigen la libertad de competencia y la protección de los consumidores, que la comunicación que surge entre el emisor del mensaje y el receptor deba ajustarse a ciertos valores jurídicos, pues, de no ser así, esa interrelación podría afectar negativamente a los competidores y a los destinatarios de la publicidad. *Vid.* VEGA VEGA (2014), pág. 180.

³ Según el citado precepto publicidad será «toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles, inmuebles, servicios, derechos y obligaciones».

⁴ VEGA VEGA (2014), pág. 181.

han anudado a toda comunicación comercial: i) principio de legalidad; ii) principio de veracidad; iii) principio de lealtad, y iv) principio de autenticidad⁵. Con base en el principio de autenticidad, toda comunicación comercial deberá reconocerse como tal por sus destinatarios y estos habrán de interpretarla correctamente. Se trata de evitar que puedan ser objeto de eventuales situaciones de engaño o manipulación. Por su parte el principio de lealtad, basado en el criterio de obrar de buena fe, exige a los anunciantes una actuación honesta y profesional en materia comercial. A esto último se refiere la cláusula general contenida en la LCD⁶ y, por tanto: «Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». De hecho, en las relaciones con consumidores y usuarios se presume contrario a la buena fe, aquel comportamiento (del empresario o profesional) contrario a la diligencia profesional, entendida esta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica. En este contexto, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) han aportado una perspectiva diferente, y por tanto, no resulta extraño afirmar que gracias a Internet⁷ ha sido posible, y hoy en día lo es, difundir comunicaciones comerciales electrónicas, a través de diferentes canales, como puedan entre otros, las redes sociales y las plataformas de contenidos. Nosotros en el presente trabajo nos centraremos en el análisis de la red social Instagram (en adelante, IG) y algunas de las herramientas de comunicación comercial que utiliza, de cara a promocionar los bienes y servicios de los anunciantes en dicha red social y que se conoce como «publicidad personalizada».

II. FORMATOS DE PUBLICIDAD MÁS POPULARES EN INSTAGRAM

Las redes sociales⁸ han revolucionado el mundo en Internet, ya que no sólo han influido en la forma en la que nos relacionamos sino también ha afectado sobremanera en el mercado y la publicidad, y por ello las relaciones con los

⁵ MARTÍNEZ OTERO (2019), pág. 3.

⁶ Vid. el párrafo 1.º del artículo 4 LCD.

⁷ La primera referencia a Internet data del año 1973 en el nodo Arpanet, University College London, que transmitió su primera información entre Londres y el Information Science Institute (ISI) en California. Vid. VEA I BARÓ (2013), pág. 11.

⁸ El término red social fue definido en el «Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea» y, por tanto, son plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes, calificándolos como servicios de la sociedad de la información y destacando entre sus principales características las siguientes: i) los usuarios deben proporcionar sus datos personales para generar su descripción o perfil; ii) proporcionan herramientas que permiten a los usuarios poner su propia información en línea, y iii) funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuario, con las que los usuarios pueden interactuar. Vid. «Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea», adoptado el 12 de junio de 2009 (WP 163), disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_en.pdf. Igualmente, y la luz de la LSSI, las redes sociales podrían considerarse igualmente como un servicio de la sociedad de la información al cumplir los cuatro requisitos previstos en la misma, a saber: servicio prestado a distancia, por vía electrónica, a título oneroso y a petición individual del interesado. Para FERNÁNDEZ DE MARCOS, que se trate de un servicio oneroso ofrece mayores dudas, dada la gratuidad de este, vid., al respecto, FERNÁNDEZ DE MARCOS (2017B), págs. 205-207. En nuestra opinión, podríamos no estar ante un servicio gratuito toda vez que estas plataformas acceden a nuestros datos personales disponiendo de los mismos y guardando una elevada información sobre nosotros y nuestro perfil de preferencias, lo que hace que no pueda hablarse de un servicio estrictamente gratuito. De hecho, tanto Instagram como Facebook ya empiezan a cobrar por algunos servicios como por ejemplo la verificación de cuentas.

destinatarios se han visto afectadas. La primera red social de la que tenemos constancia data del año 1995, conocida como *classmates*⁹ creada con el objetivo de poner en contacto a los estudiantes de un colegio una vez habían terminado sus estudios. Actualmente existe un número considerable de redes sociales, pero podemos decir que una de las más relevantes hoy en día es IG¹⁰.

Se trata de una de las redes sociales más utilizadas por los usuarios, donde la actividad publicitaria ha ido creciendo de forma contundente, y al igual que ocurre en Facebook¹¹, los anuncios publicitarios pueden aparecer en toda la aplicación. Se vale para ello, de diferentes formatos que por su interés y diversidad analizamos a continuación.

La dinámica publicitaria en IG suele presentarse mediante anuncios que, con demasiada frecuencia se asemejan a publicaciones normales, presentándose, entre otros espacios de la interfaz de los usuarios, en el *feed*, en las historias (*stories*), así como en los *reels*, lo que, a nuestro entender, en ocasiones provoca confusión en los usuarios quienes pueden no percibir claramente, que se trata de un mensaje comercial. A continuación, resumiremos las notas características de estos tres espacios, que, entre otros, son los más populares entre los usuarios de esta red.

1. Las *stories*

La publicidad en las *stories* consiste en anuncios de imagen o video de pantalla completa que aparecen entre las historias de los usuarios, en la parte superior de la pantalla de inicio. Es una de las partes más utilizadas de la aplicación, al reproducirse y desplazarse las historias de forma automática. Que el formato de las *stories*, cubra toda la pantalla del dispositivo, provoca una mayor interacción con los anuncios publicitarios, incrementándose la inmersión de los usuarios. Estamos ante un espacio muy atractivo para aquellos, pese a lo efímero de las publicacio-

⁹ Red social disponible en <https://www.classmates.com>.

¹⁰ Se trata de una red social que nos permite compartir fotos y vídeos con nuestros seguidores de forma instantánea, añadiendo *gifts*, emoticonos, enlaces web, música, etc., y nos ofrece la oportunidad de mantenernos conectados de forma visual con ellos. Además, su aplicación para dispositivos (App) combina las mejores características de otras redes sociales, tales como Facebook, Twitter y Snapchat, en una sola, permitiendo por ejemplo etiquetar personas y amigos en las fotos y añadir ubicaciones, pudiendo además utilizar la bandeja de mensajes directos para estar en contacto con otros usuarios, no sólo mediante mensajes escritos sino también con notas de voz. En cuanto a su uso, y si la comparamos con otras como Twitter y Snapchat, Instagram es relativamente fácil de usar, siendo una red social muy intuitiva que además permite realizar publicaciones cruzadas con otras plataformas como Facebook, Twitter o Tumblr, función esta última que ha facilitado la actividad de los creadores de contenido que ven como pueden compartir sus publicaciones en diferentes plataformas. Se trata de una funcionalidad muy efectiva que les permite optimizar su actividad en redes sociales y crecer de forma simultánea en diferentes canales. Para más información sobre el funcionamiento y los servicios que ofrece puede consultarse directamente en su página web <https://www.instagram.com>.

¹¹ Facebook es una red social cuya sociedad matriz es Meta Platforms, Inc. (Meta es su nombre comercial), junto a otras redes sociales como Instagram o WhatsApp. Como la propia Meta recoge en el Informe Anual de 2022 ante la SEC: «*Our mission is to give people the power to build community and bring the world closer together*». Informe disponible en <https://d18rn0p25nwr6d.cloudfront.net/CIK-0001326801/e574646c-c642-42d9-9229-3892b13aabfb.pdf>. La principal fuente de ingresos de Meta consiste en la venta de anuncios a sus comercializadores y así lo recoge en su informe: «*Currently, we generate substantially all of our revenue from selling advertising placements on our family of apps to marketers, which is reflected in FoA. Ads on our platforms enable marketers to reach people across a range of marketing objectives, such as generating leads or driving awareness. Marketers purchase ads that can appear in multiple places including on Facebook, Instagram, Messenger, and third-party applications and websites. RL reflects our efforts to develop the meta-verse and generates revenue from sales of consumer hardware products, software and content*».

nes, pues desaparecen después de veinticuatro horas. La publicidad en las *stories*, en la mayoría de las ocasiones se percibe como si se tratara de historias normales de otros perfiles (ya se trate de usuarios a los que seguimos o no) y en ocasiones, cuesta detectar que nos encontramos ante un anuncio con contenido publicitario. Los anunciantes en estas publicaciones hacen uso de las funciones orgánicas que les permite IG y como ejemplo, utilizan filtros, texto, música, GIFs, etc., y en su mayoría etiquetan la palabra «publicidad». Pese a que la similitud con las publicaciones normales en *stories*, es importante, bien es cierto que suelen tener más funciones que una publicación normal, como, por ejemplo, enlaces o botones de llamada a la acción tales como «comprar» o «más información».

2. Los reels

Los *reels* se han convertido en el contenido estrella en IG, tanto a nivel de alcance como de interacciones¹² y vienen siendo muy utilizados para la publicación de comunicaciones comerciales por parte de los anunciantes. El *reel* consiste en la realización de videos verticales de pantalla completa con una duración de hasta noventa segundos y la posibilidad de utilizar múltiples herramientas de edición junto a una amplia biblioteca de pistas de audio (lo que incluye, no sólo canciones sino además fragmentos de contenido viral de otros usuarios). Al igual que ocurre con la publicidad mediante *stories*, aquí los anuncios se muestran entre los *reels* que el usuario esta visionando, por lo que quedan perfectamente integrados entre la cadena de *reels* que se va mostrando al usuario.

3. El feed

La publicidad en el *feed* de IG, también conocida como anuncios de compras, se muestra de manera nativa en dicho espacio, por lo que se integra perfectamente con el contenido regular de IG y no suponen interrupción alguna para el usuario. El *feed*, es un destino optimizado para dispositivos móviles donde los usuarios pueden compartir fotos y videos, conectarse con su comunidad explorando aquellos contenidos que les interesa. Ante la aparición de un anuncio en el *feed* del usuario, se les ofrece la posibilidad de pulsar en la leyenda «publicidad», «comprar» o la también muy utilizada «más información», lo que lleva directamente al usuario a una página de descripción del producto dentro de la aplicación de IG y luego estos pueden comprar a través del sitio web móvil.

4. Publicidad personalizada

Tal y como acabamos de mencionar, los anunciantes en Instagram pueden promocionar cualquier publicación y convertirla en un anuncio fácilmente, sólo les resta elegir un objetivo, un público y un presupuesto que se adapte a los objetivos del anunciante para llegar a más usuarios¹³.

¹² Según Metricool en las cuentas de 0 a 500 seguidores, el alcance de los *reels* fue de 1.218,31 en promedio frente a 96 en los *posts*. Vid. el «Estudio redes sociales: Instagram 2022», Metricool, disponible en <https://metricool.com/es/estudio-instagram/#Interacciones>.

¹³ Además, IG informa al usuario sobre las diferentes opciones que tiene para anunciarse en dicha red social en el siguiente enlace: https://business.instagram.com/advertising?locale=es_ES.

La publicidad que IG ofrece a los usuarios de esta red social suele conocerse como *publicidad personalizada* a partir de datos¹⁴, ya que como la propia IG reconoce en su política de privacidad, los anunciantes pueden llegar a los usuarios según los temas que dicha red social considera que son del gusto de aquellos a partir de su actividad en la red¹⁵. No obstante, IG informa y permite a los usuarios revisar aquellos temas respecto de los cuáles el usuario quiera ver «menos contenido», pero no existe una opción en la que podamos elegir «no visualizar algún tipo de contenido», aunque sí permite bloquear anuncios. Y dado que IG muestra a los usuarios anuncios que dicha red considera relevante para aquellos, lo lleva a cabo en función de los datos de los que disponen sus socios (Facebook, por ejemplo) u otros anunciantes. Permite, además, que el usuario pueda activar o desactivar la opción por la cual IG utiliza los datos de otros anunciantes o socios para mostrarle los anuncios de forma personalizada¹⁶. No obstante, si el usuario desactiva esta opción, IG le advierte, que seguirá mostrándole mismo número de anuncios, como quiera que además le informa que el único cambio que percibirá el usuario es que los anuncios serán «menos pertinentes» con sus gustos y preferencias¹⁷.

En cuanto a los datos, que tanto los anunciantes como otros socios proporcionan a IG sobre el usuario, son los relativos a la actividad de estos en sus sitios web y aplicaciones, así como ciertas interacciones fuera de internet, como las compras realizadas. Por ejemplo, si el usuario ha visitado el sitio web de una tienda de ropa, es posible que IG le muestre un anuncio sobre camisas. Sobre el uso y transferencia que de estos datos haga IG, informa al usuario que no serán transmitidos a terceros. Cabe, además, que el usuario ajuste los anuncios que ve en función de los datos de los socios de IG sobre la actividad del usuario¹⁸. Del mismo modo, permite al usuario consultar en la opción «Actividad publicitaria», su actividad, así como los anuncios con los que el usuario ha interactuado recientemente.

¹⁴ De interés SANJUÁN Y MUÑOZ (2023) para un estudio más profundo sobre los fallos de mercado en la economía de los datos.

¹⁵ La publicidad personalizada (*behavioural advertising*) se basa en la conducta del usuario en la red y permite hacer una estimación de sus intereses. Una modalidad de publicidad personalizada es la denominada *retargeting*, que muestra (independientemente del contexto o tipo de página) el mismo anuncio al consumidor de un producto sobre el que ya ha mostrado interés, en espera de que complete la compra. Para más información *vid.* el «Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad *online* en España», 2021, CNMC. Disponible en https://www.cnmec.es/sites/default/files/3626347_16.pdf.

¹⁶ Para ello informan al usuario con la siguiente leyenda: «Para mostrarte anuncios que te resulten relevantes, usamos los datos que los anunciantes y otros socios nos proporcionan sobre tu actividad en sus sitios web y aplicaciones, así como ciertas interacciones fuera de internet, como las compras que realizas». De interés PASTRANA ESPÁRRAGA (2021), págs. 361-378, en el estudio de los datos y el uso de algoritmos.

¹⁷ El aviso utiliza la siguiente leyenda: «Mediante esta configuración no se cambia el número de anuncios que verás. Si desactivas esta opción, te seguiremos mostrando la misma cantidad de anuncios, pero es posible que no te resulten tan pertinentes».

¹⁸ Esto podrá hacerlo el usuario en la opción: «Configuración», y seguidamente en «Anuncios» para finalmente llegar a la opción, «Datos de socios sobre tu actividad» debajo de «Preferencias de anuncios». El aviso que Instagram facilita a los usuarios es el siguiente: «Ten en cuenta que esta configuración controla si podemos mostrarte anuncios personalizados en Instagram basados en datos de nuestros socios relacionados con tu actividad. Si la desactivas, los anuncios que veas podrán seguir basándose en tu actividad en nuestra plataforma. También pueden basarse en información de un negocio específico que haya compartido una lista de personas o dispositivos con nosotros si hemos encontrado coincidencias entre tu perfil y la información de esa lista. Si has habilitado las experiencias conectadas en tus cuentas de Instagram y Facebook, puedes ajustar tu experiencia publicitaria de Facebook mediante la configuración Datos de socios sobre tu actividad. Cumplimos los principios de autorregulación de la publicidad en línea basada en el comportamiento y participamos en los programas de exención establecidos por Digital Advertising Alliance, Digital Advertising Alliance of Canada y European Interactive Digital Advertising Alliance. Accede a estos sitios web para inhabilitar esta opción para todas las empresas participantes».

Finalmente, con la opción «Temas de anuncios», el usuario podrá administrarlos y buscar aquella temática de anuncios, que quiera ver menos (ya que la otra opción disponible es «sin preferencia»). Esto le permitirá, elegir la temática, en el box que se le muestra. No obstante, requiere que el usuario vaya añadiendo una a una la opción de la temática del desplegable que IG le muestra para «ver menos» publicidad. En ningún caso, esto supondrá que, a partir de ese momento, el usuario reciba menos publicidad en general, y, por ejemplo, si la aplicación, permite elegir la opción ver menos «compras online», en ningún caso podrá el usuario desactivarla por completo.

También, en la información general que IG muestra al usuario, este podrá consultar, los «Intereses para anuncios»¹⁹, la «actividad publicitaria»²⁰ así como la «Información sobre anuncios»²¹. Ahora bien, el acceso a todas estas cuestiones, parte de la previa aceptación por parte de los usuarios a su Política de privacidad²², que se llevará a cabo con la suscripción y aceptación de los términos y condiciones al momento de darse de alta el usuario. Es aquí, donde los anuncios publicitarios, ocupan una de las cuestiones centrales incluidas en la referida política, que abarca no sólo el modo en el que el usuario visualiza los anuncios, sino también como interactúa con ellos, así como las compras y transacciones que realiza. Los socios²³ de IG también comparten información con esta red social, tales como: dirección de correo electrónico, las *cookies* y el identificador publicitario del dispositivo, lo que ayuda a IG a relacionar las actividades de los usuarios con sus cuentas.

¹⁹ Aquí IG informa al usuario de aquellas categorías de intereses que los anunciantes usan para llegar al usuario, las cuales se han añadido en función de la actividad e información que el usuario ha proporcionado.

²⁰ Sobre la actividad publicitaria IG informa al usuario sobre los anuncios con los que ha interactuado recientemente y le permite visualizarlos de nuevo, tanto anuncios en *Stories* como en el *Feed*.

²¹ En esta opción IG enlaza directamente con el servicio de ayuda de la aplicación donde se nos muestra un desplegable con información acerca de los anuncios en IG y su funcionamiento, con preguntas tales como: ¿Cómo decide IG los anuncios que te muestra? Y para controlar los anuncios que ve el usuario, este puede: i) ajustar las preferencias de temas de anuncios; ii) ocultar o denunciar un anuncio que no le guste; iii) ajustar anuncios que el usuario visualiza en función de los datos que los anunciantes les facilitan acerca de su actividad, y iv) obteniendo más información sobre los anuncios y la privacidad en la Política de Privacidad. El usuario en esta última opción puede pinchar en la opción Política de Privacidad, que le redirige directamente a la política de privacidad de Meta, para lo cual utiliza no sólo el condicionado general correspondiente, sino que se ayuda de infografías para facilitar su comprensión. Cuando se consulta la política de privacidad, se advierte al usuario de la una nueva política de privacidad a partir del 1 de enero de 2023, y por el momento puede consultarse la anterior.

²² Recientemente se publicaba la nota de prensa por la que se informaba que el regulador de privacidad de datos de Irlanda ha multado a Meta con 390 millones de euros por infracciones de la normativa de protección de datos europea, en sus servicios tanto de Facebook como de Instagram, conminando a que ambas redes reevalúen la base legal sobre la que muestran publicidad basada en los datos personales de los usuarios en la Unión Europea. El problema reside en la forma en la que IG recibe el permiso legal de los usuarios para recopilar sus datos y poder ofrecerles la denominada «publicidad personalizada», dado que IG incluye en su acuerdo de términos del servicio, una declaración de términos y condiciones que los usuarios deben aceptar antes de acceder a IG y en ella se expresa que los usuarios deben permitir que sus datos se usen para ofrecerles anuncios personalizados, en caso contrario no podrán utilizar dicha red social, y por tanto utiliza como base el contrato que el usuario firma con Meta para la entrega de publicidad conductual como parte de los servicios de Facebook e Instagram, lo que supone una infracción del Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD), y a continuación extractamos una parte de dicha nota por su relevancia: «*The DPC disagreed, reflecting its view that the Facebook and Instagram services include, and indeed appear to be premised on, the provision of a personalised service that includes personalised or behavioural advertising. In effect, these are personalised services that also feature personalised advertising. In the view of the DPC, this reality is central to the bargain struck between users and their chosen service provider, and forms part of the contract concluded at the point at which users accept the Terms of Service*». Vid. la nota de prensa del regulador disponible en <https://www.dataprotection.ie/en/news-media/data-protection-commission-announces-conclusion-two-inquiries-meta-ireland>.

²³ Los denominados «socios» también comparten con IG las comunicaciones que mantienen con los usuarios.

III. APROXIMACIÓN A LA PUBLICIDAD POR VÍA ELECTRÓNICA

1. Algunas consideraciones en el ámbito de la legislación española

En el contexto de las comunicaciones electrónicas, la publicidad ha encontrado el mejor vehículo para llegar a sus destinatarios, no olvidemos que hoy en día, es una de las herramientas más utilizadas en la transmisión e intercambio de todo tipo de información. La implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropezó con algunas incertidumbres jurídicas, lo que hizo necesario precisar y aclarar un marco jurídico adecuado, de cara a todos los intervinientes en este nuevo medio en materia de publicidad y comunicación comercial.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSI), recoge lo que debe entenderse por comunicación comercial electrónica²⁴ en términos parecidos a los contenidos en la LGP²⁵, la cual establece la obligación de los medios a la hora de deslindar de forma clara, lo que es información de lo que es publicidad, a cuyos efectos, los anunciantes deberán desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios²⁶. Según, las previsiones contenidas en la LSSI, las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales que se lleven a cabo por vía electrónica se regirán tanto por lo dispuesto en dicha norma como por su normativa específica en materia comercial y de publicidad²⁷.

Pero una de las cuestiones centrales de la LSSI, se recoge en el artículo 20.1, por cuanto se refiere a la necesaria y clara identificación de la naturaleza comercial de las comunicaciones electrónicas, así como también, a la exigencia de identificación de la persona física o jurídica en nombre de la cual se realiza la publicidad²⁸. También preocupa, el envío de comunicaciones por vía electró-

²⁴ *Vid.* el apartado *f*) del anexo sobre definiciones de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (*BOE* núm. 166, de 12 de julio, LSSI)

²⁵ Como la propia LGP recoge en su artículo 2, se entenderá publicidad «toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional». Como considera VÁZQUEZ RUANO (2020), pág. 427, siempre que el anunciante sea una persona física o jurídica que ostente la condición de empresario, artesano o profesional, y cuya intención sea la promoción, directa o indirecta de la contratación de los bienes o servicios ofertados, la delimitación conceptual operada por la LSSI deja al margen del concepto otro tipo de promociones distinguidas por una finalidad diversa como también actuaciones promocionales que no se realizan en el contexto de una comunicación entre el anunciante y el público destinatario. Es el caso del nombre de dominio y la dirección de correo electrónico.

²⁶ Artículo 9 LGP.

²⁷ *Vid.* el artículo 19 LSSI. Dado que la normativa general de publicidad nada menciona al respecto, esta modalidad específica de publicidad (publicidad electrónica) ha venido regulándose por la normativa contenida en la LSSI a la vista de las prácticas poco afortunadas ejecutadas por esta vía. La protección al destinatario en la LSSI es más amplia que la normativa europea pues engloba a todas las personas físicas y jurídicas contratantes, sin que sea preciso que se trate de un concreto destinatario final. Se reforzó con ello, no sólo la protección de los intereses de los destinatarios de servicios, en el ámbito del comercio electrónico, sino también la protección de los intereses de los consumidores. De hecho, en palabras de VEGA, la protección que se dispensa al destinatario de bienes o servicios en la LSSI es más amplia que la normativa europea ya que, en nuestro país, en su tutela quedan englobadas todas las personas físicas y jurídicas contratantes, sin necesidad de que sea un destinatario final. Por su parte, la protección de los consumidores tiene como principal objetivo suplir el déficit de información y las consecuencias por la irreflexión en las compras compulsivas. *Vid.* VEGA VEGA (2014), pág. 191. Entre otras cuestiones relevantes puestas de manifiesto en la LSSI, encontramos el principio de autenticidad publicitaria y el de lealtad, y al respecto *vid.* el trabajo de, MARTÍNEZ OTERO (2019), pág. 4. De interés también, SÁNCHEZ DEL CASTILLO (2007), pág. 228, en cuanto al alcance del principio de autenticidad en las comunicaciones comerciales.

²⁸ Por tanto, la promoción comercial por vía electrónica se encuentra limitada al impedirse *ex lege* que se lleven a cabo prácticas comerciales mediante la utilización de herramientas o técnicas electrónicas que oculten

nica previamente no solicitadas o autorizadas²⁹, a lo que igualmente se refiere nuestra LCD³⁰.

No olvidemos, además, que el interés por una publicidad auténtica y transparente también se aprecia en la regulación sobre competencia desleal, que prohíbe aquella publicidad bajo la apariencia de comunicación informativa³¹, de hecho, se recoge aquella información no sólo en los medios de comunicación, sino también aquella que se lleve a cabo a través de los servicios de la sociedad la información o redes sociales³².

En el ámbito de la comunicación audiovisual, la normativa europea³³ ha sido traspuesta recientemente por la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (LGCA)³⁴, dedicando una especial atención a la emisión

o disimulen su carácter comercial, así como no se identifique de forma precisa al anunciante. De interés, FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ (1976), págs. 371-400. Esta práctica ha sido sancionada como un acto ilícito de publicidad encubierta por el Jurado de Autocontrol, en su Dictamen de 28 de noviembre de 2019, concretamente la Sección Cuarta que consideró ilícito el mensaje publicitario de una *influencer* (Paulina Eriksson) al publicar en su perfil de la red social Instagram una comunicación relativa a los auriculares inalámbricos de una conocida marca, destacando sus características y prestaciones. En ningún momento en la publicación se hacía referencia a su carácter publicitario. Dicho Dictamen fue especialmente relevante, puesto que dado que, aunque la *influencer* argumentó que no recibió beneficio económico por dicha publicación, el Jurado de Autocontrol consideró que constituía un acto ilícito de publicidad encubierta con independencia de la percepción o no de retribución o compensación económica. Si bien la autora de la publicación incluyó al final del mensaje la palabra «Ad», el Jurado de Autocontrol consideró que, dicha advertencia se insertó al final del mensaje de manera diluida, pasando totalmente desapercibida para el público destinatario. En cuanto a la retribución, parece que el artículo 26.1 de la LCD viene a exigir como requisito para la consideración de una práctica comercial encubierta, no sólo la infracción del principio de autenticidad, sino que además exista retribución por dicha promoción.

²⁹ Quedando proscrito el envío mediante correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de aquellas. *Vid.* el artículo 21.1 LSSI.

³⁰ La LCD incluye dentro del elenco de conductas que reputa como desleales con los consumidores y usuarios, aquellas prácticas agresivas que consistan en la realización de «propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual». *Vid.* el capítulo III de la LCD.

³¹ Artículo 26 LCD.

³² Ocurre, además, que, dado que la LSSI determina el régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, la tutela de dicha norma se centra en el comercio electrónico, por cuanto servicio a distancia, por vía electrónica, a petición individual del destinatario. Ahora bien, debe responder a una prestación de carácter onerosa. De interés LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (2003), pág. 29, quién considera que el requisito de onerosidad se cumple cuando el servicio se presta a título oneroso en términos objetivos, o «porque la norma atribuye este carácter incluso a los servicios recibidos a título gratuito siempre que puedan considerarse parte de una actividad más amplia que el prestador ofrece en condiciones empresariales, es decir, persiguiendo un lucro global».

³³ Directiva (UE) 2018/1808, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre (en adelante, Directiva de servicios de comunicación audiovisual), que vino a regular, entre otras cuestiones, los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, espacio que pone a disposición del público en general, contenidos audiovisuales.

³⁴ La nueva norma, establece como novedad, lo que debe entenderse por servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, y así en el artículo 2, apartado 13, se define al Servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, como aquel «servicio cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en proporcionar, al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, así como emitir comunicaciones comerciales, y cuya organización determina el prestador, entre otros medios, con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación». Quien sea el prestador de ese servicio, se define en el apartado 17 del mismo precepto y por tanto lo será aquella «Persona física o jurídica que presta el servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma». En el apartado 16 se define igualmente al Prestador del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual como aquella «Persona física o jurídica que ofrece de manera agregada, a través de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicación audiovisual de terceros a usuarios». Parece, por tanto, que IG podría ser considerada como aquella plataforma a través de la cual se prestan los servicios antes mencionados.

de comunicaciones comerciales³⁵. En este ámbito, una de las cuestiones que está suscitando mayor debate es la consideración del prestador de servicios de comunicación audiovisual.

La ERGA recientemente ha reconocido³⁶ que cuando en la actividad que desarrollan los *vloggers*³⁷ concurren determinados requisitos, estos pueden ser considerados como prestadores de servicios de comunicación audiovisual. En esta misma línea, recientemente la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) emitió una comunicación³⁸ en la que concluyó que, para que una actividad en el sector audiovisual pueda catalogarse como un servicio de comunicación audiovisual en los términos de la LGCA habrán de concurrir

³⁵ El concepto de comunicación comercial en el ámbito audiovisual viene definido en el artículo 121 LCA, como aquella «comunicación audiovisual de imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica, que acompañan o se incluyen en un programa o en un vídeo generado por el usuario», además a cambio deberá recibirse una remuneración similar a favor del prestador del servicio de comunicación audiovisual. En aras a una mayor transparencia en la comunicación comercial a través de medios audiovisuales, el apartado 3 del artículo 121 LGCA requiere que dichas comunicaciones deban estar claramente diferenciadas del contenido editorial, mediante mecanismos ópticos y/o acústicos y/o espaciales. Pero además se prohíbe expresamente la comunicación comercial audiovisual encubierta (*vid.* art. 122.4 LGCA) cuando dicha comunicación tenga de manera intencionada un propósito publicitario y que, mediante la presentación verbal o visual, directa o indirecta de bienes, servicios, nombres, marcas o actividades pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Conviene mencionar aquí, que en el ámbito de la promoción comercial audiovisual habremos de diferenciar determinadas actuaciones que tendrían la consideración de emplazamiento de producto, regulada en el artículo 129 LGCA, que admite la realización de este tipo de práctica con carácter general en toda la programación salvo en los noticiarios y los programas de contenido informativo de actualidad, aquellos relacionados con la protección del consumidor y los programas religiosos o infantiles. El precepto exige que el emplazamiento de producto, cumpla con una serie de condiciones, a saber: i) no influir en el contenido editorial ni en la organización del horario de programación ni en el del catálogo de una manera que afecte a la responsabilidad e independencia editorial; ii) no incite directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios ni incluya referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios; iii) no conceda una prominencia indebida a los productos de que se trate, y iv) se identifique que estamos ante un emplazamiento de producto al principio, al inicio de cada reanudación posterior a una interrupción y al final del programa cuando dichos programas hayan sido producidos o encargados por el prestador del servicio de comunicación audiovisual o por una de sus filiales.

³⁶ European Regulatory Group for Audiovisual Media Service (ERGA), grupo creado por la Comisión Europea mediante Decisión de 3 de febrero de 2014, compuesto por las autoridades independientes competentes en materia audiovisual de los Estados miembros de la Unión Europea. La CNMV es miembro de dicho grupo. *Vid.* el Informe sobre «Análisis y recomendaciones sobre la regulación de los *vloggers*», ERGA, 2021. Disponible en <http://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/12/ERGA-SG1-2021-Report-Vloggers.pdf>. Además, con el objeto de dar recomendaciones al resto de reguladores de la UE sobre su identificación, enuncia una serie de principios relativos a cómo se pueden interpretar en el ámbito de estos agentes, los requisitos necesarios para encuadrarlos o excluirlos del marco normativo audiovisual.

³⁷ El término *vloggers* se ha venido utilizando a nivel europeo y de forma general engloba a los creadores de contenido que publican dicho contenido en Internet, en formato vídeo.

³⁸ La CNMC, con la finalidad de aclarar, desde una perspectiva neutral, cuales debían ser los criterios necesarios para determinar si estamos o no ante un servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, emitió la Consulta pública sobre el proyecto de comunicación por la que se publican los criterios que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá en cuenta para identificar a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que se soportan en plataformas de intercambio de vídeos. Comunicación/DTSA/003/21/criterios *vloggers*. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Audiovisual/Proyecto%20COMUNICACION-DTSA-003-21.pdf. Los citados criterios, han sido referidos por la CNMC, entre otros, en los siguientes Acuerdos de la Sala de Supervisión Regulatoria: Acuerdo de 21 de enero de 2021, por la que se archiva la denuncia recibida contra Twitter y Cervezas Ambar por el presunto fomento de conductas contrarias al uso obligatoria de mascarilla en espacios públicos (IFPA/DTSA/034/20); Acuerdo de 10 de junio de 2021, por el que se archiva la denuncia de la Asociación Española de la Pirotecnia contra la emisión del contenido «Sólo un petardo» en diversas plataformas (IFPA/DTSA/090/21/AEPIRO); Acuerdo de 25 de noviembre de 2021, por el que se archiva la denuncia de un particular contra el uso no consentido de sus imágenes extraídas de un programa de televisión y publicadas en una página electrónica de contenido erótico (IFPA/DTSA/287/21/CHICASTV); y Acuerdo de 25 de noviembre de 2021, por el que se archiva la denuncia recibida contra la emisión del anuncio «Besos Icónicos» de la entidad «Mercado Libre» (IFPA/DTSA/111/21/BESOS).

en la misma de forma cumulativa siete criterios³⁹. Consecuencia de ello es la aplicación de LGCA y las obligaciones que se derivan de la misma⁴⁰, quedando fuera aquellos servicios en los que no concurren dichos criterios, como por ejemplo es el caso de los vídeos generados por los usuarios finales (*user generated content*)⁴¹.

En la dimensión autoregulatoria y en línea con los principios contenidos en la normativa antes citada, contamos con el Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia de la ICC⁴², el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol⁴³, así como en el ámbito electrónico, con el

³⁹ Los siete criterios son los siguientes: i) debe tratarse de un servicio económico; ii) el prestador debe ostentar la responsabilidad editorial sobre los contenidos que ofrece; iii) debe ser un servicio dirigido al público en general; iv) la función de los contenidos debe ser principalmente informar, entretener o educar; v) su propósito principal debe ser la provisión de programas; vi) los programas creados deben ser audiovisuales, y vii) los programas deben proveerse mediante redes de comunicaciones electrónicas. Dicha concurrencia cumulativa determinará que los *vloggers* que se soportan en plataformas de intercambio de vídeos sean considerados prestadores de servicio de comunicación audiovisual.

⁴⁰ Con objeto de reforzar la protección del espectador audiovisual, frente a las comunicaciones comerciales, los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma deberán disponer de una funcionalidad para que aquellos usuarios que suban vídeos puedan declarar si a su entender, o hasta donde cabe razonablemente esperar que llegue su entendimiento, dichos vídeos contienen comunicaciones comerciales audiovisuales. En igual sentido, la LGCA fija una serie de requisitos específicos para el caso de comunicaciones comerciales relacionadas con los juegos de azar y apuestas, así como bebidas alcohólicas. Igualmente, se les exige a los prestadores del servicio de intercambio de vídeos (*vid.* el art. 91.3 LGCA) que informen claramente a los usuarios cuando los programas y vídeos generados por los usuarios contengan comunicaciones comerciales audiovisuales, siempre que los usuarios que hayan subido los vídeos así lo hayan declarado, o bien, siempre que el prestador tenga conocimiento de ese hecho.

⁴¹ En este caso no prima el interés económico y carecen de impacto significativo en la audiencia, así como aquellos servicios que se presten de manera accesoria a una actividad principal. Resultan de interés las Directrices adoptadas por la Comisión para proporcionar orientaciones para la aplicación práctica del criterio de funcionalidad al que se hace referencia en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, *vid.* Comisión Europea « Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma en virtud de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual» (2020/C 223/02), *DO C 223*, 7 de julio de 2020, pág. 3.

⁴² Dicho código recoge como toda publicidad comercial debe ser legal, decente, honesta y veraz, por lo que deberá realizarse con el sentido de responsabilidad social y profesional adecuado y deben cumplir con los principios de competencia leal, generalmente aceptados en el entorno empresarial. Asimismo, y en cuanto al principio de autenticidad, se refiere a él, cuando recoge que la publicidad comercial debe distinguirse claramente como tal, sin importar su forma o medio utilizado. De hecho, en la misma línea que lo hace la LGCA, cuando un anuncio publicitario aparezca en un medio que contenga noticias o material editorial, este debe ser presentado de tal forma que pueda ser fácilmente reconocido como tal, así como la identidad del anunciante debe ser evidente. *Vid.* el artículo 1 del Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia de la ICC (International Chamber of Commerce, Ed. 2018), disponible en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-advertising-and-marketing-communications-code-spa.pdf>. El artículo 7 titulado Identificación y transparencia expresamente señala en su párrafo 2.º: «El verdadero propósito de la publicidad comercial debe ser transparente y no distorsionar su verdadero propósito comercial. Por tanto, un mensaje que promueve la venta de un producto no debe hacerse pasar, por ejemplo, por estudio de mercado, encuesta de consumidores, contenido generado por el usuario, *blogs* privados, publicaciones privadas en redes sociales o análisis independiente». En cuanto a la identidad del anunciante el artículo 8 recoge que: «La identidad del anunciante debe ser transparente. La publicidad comercial debe, cuando corresponda, incluir información de contacto para permitir que el consumidor se comuniquen con el anunciante sin dificultad».

⁴³ Destaca el valor de la publicidad y como ninguna comunicación comercial podrá afectar negativamente a la percepción social de la publicidad, deteriorando así la confianza de los consumidores o menoscabando su importancia, lo que garantizará un correcto funcionamiento del mercado, así como también, la publicidad deberá identificarse como tal, con independencia de su forma o el medio utilizado para su transmisión. *Vid.* el Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL, aprobado en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1996 e inspirado en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que vincula a todas las empresas adheridas. Disponible en <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/05/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol.pdf>. Para Autocontrol, las comunicaciones comerciales no deberán constituir nunca un medio para abusar de la buena fe del consumidor. No caben, por tanto, comunicaciones comerciales susceptibles de mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del destinatario, mediante el uso, entre otras, de la influencia indebida, y, por consiguiente,

Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (Confianza Online)⁴⁴.

2. El marco normativo europeo como punto de partida en la regulación sobre la publicidad por medios electrónicos

El trabajo legislativo en el marco de la Unión Europea provocó cambios notables en distintos ámbitos del mercado interior y, en lo que aquí interesa, la regulación sobre competencia y prácticas comerciales, publicidad, protección de los consumidores y el comercio minorista se vio afectada. Estos cambios fueron operados a través de dos Directivas⁴⁵, transpuestas al ordenamiento español en virtud de la LCD. Con el objetivo de armonizar las legislaciones de los Estados miembros, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, igualmente vieron la luz dos Directivas, sobre comercio electrónico y tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas⁴⁶.

El último paquete normativo digital europeo ha venido compuesto por dos normas que tendrán gran impacto en el mercado⁴⁷ y los servicios digitales⁴⁸.

no serán admisibles aquellas acciones que puedan afectar o afecten el comportamiento económico de los destinatarios, en línea con las previsiones contenidas en al LCD.

⁴⁴ Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (2003) que lo recoge en su artículo 5. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/ct-confianza-online.pdf>. A estos efectos recoge que: «La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá ser conforme a la ley aplicable, leal, honesta y veraz», por lo que no deberá constituir nunca un medio de competencia desleal, para lo cual aquella que se lleve a cabo por correo electrónico u otros medios de comunicación individual deberá precisar de la previa solicitud o autorización expresa del destinatario, debiendo además informar con claridad al destinatario, a través de su página o sitio de Internet o por otros medios electrónicos, sobre la posibilidad de notificar su deseo de no recibir ofertas posteriores, a través de medios sencillos y gratuitos, así como en todo caso será fácilmente identificable como tal no admitiéndose la publicidad encubierta.

⁴⁵ En primer lugar, la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, 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) núm. 2006/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante, Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), y en segundo lugar, la Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que codifica las modificaciones de la Directiva 84/450/CE.

⁴⁶ Estas directivas fueron, de un lado, la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, Directiva sobre el comercio electrónico), con el objetivo de crear un marco jurídico que garantizase la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre Estados miembros; de otro lado, la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) a los efectos de proteger el derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas. Posteriormente el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril (RGPD) amplió el ámbito de aplicación de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, incluyéndose a los proveedores de servicios basados en Internet, y por tanto al Internet de las cosas. Un estudio sobre el mismo puede encontrarse en FERNÁNDEZ DE MARCOS (2017A), pág. 175.

⁴⁷ Vid. el Reglamento (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (DMA, por su acrónimo en inglés). *DOUE* núm. 265, de 12 de octubre de 2022.

⁴⁸ Vid. el Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (DSA, por su acrónimo en inglés). *DOUE* núm. 277, de 27 de octubre de 2022. Como recoge el considerando 68 DSA: «La publicidad en línea desempeña un papel importante en el entorno en línea, también en relación con la prestación

La DSA establece un conjunto de responsabilidades y un marco claro de rendición de cuentas y transparencia para los proveedores de servicios de intermediación⁴⁹, entre otros, las redes sociales lo que supondrá que, para dichas plataformas en línea y que ofrezcan sus servicios en el mercado interior, tanto si están establecidos en la UE como fuera de ella, tengan que ajustarse a la nueva normativa⁵⁰. Además, conlleva concretas obligaciones para las plataformas en línea y la publicidad en cuanto a la forma de presentación de los anuncios publicitarios en sus interfaces en línea⁵¹. Veremos en la práctica cómo las plataformas implementarán las referidas exigencias legales⁵². En definitiva la nueva regulación europea obliga a los prestadores de plataformas en línea, a velar por que los destinatarios del servicio posean determinada información individualizada que les sea necesaria para saber cuándo y en nombre de quién se presenta el anuncio, así como que garanticen que dicha información esté destacada, también por medio de marcas visuales o sonoras normalizadas (claramente identificables de

de plataformas en línea, cuando en ocasiones la prestación del servicio se remunera total o parcialmente, directa o indirectamente, a través de ingresos publicitarios. La publicidad en línea puede contribuir a la generación de riesgos significativos, desde anuncios publicitarios que sean en sí mismos contenidos ilícitos hasta contribuir a incentivar económicamente la publicación o ampliación de contenidos y actividades en línea que sean ilícitos o de otro modo nocivos, o la presentación discriminatoria de anuncios que afecten a la igualdad de trato y oportunidades de los ciudadanos»

⁴⁹ Para la DSA un servicio intermediario en línea consistirá en: i) servicios de mera transmisión; ii) memoria tampón («*caching*»), y iii) alojamiento de datos, por tanto, la DSA sigue en lo sustancial las definiciones recogidas en la Directiva 2000/31, con la finalidad de aplicar el acervo jurisprudencial comunitario existente al respecto. De las tres categorías aludidas, consideramos que los servicios de alojamiento de datos son los que actualmente tienen una mayor incidencia social, al incluir dentro de ellos como subcategoría a las plataformas en línea (las redes sociales y los mercados en línea, por ejemplo), pues estos últimos no sólo almacenan la información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición suya, sino que al mismo tiempo la difunden, también a petición de aquellos. *Vid.* el artículo 3 DSA.

⁵⁰ La DSA define la publicidad como aquella «información diseñada para promocionar el mensaje de una persona física o jurídica, con independencia de si trata de alcanzar fines comerciales o no comerciales, y presentada por una plataforma en línea en su interfaz en línea a cambio de una remuneración específica por la promoción de esa información». Nótese que la definición hace referencia a fines comerciales y no comerciales, por lo que, por ejemplo, también incluye aquellas comunicaciones dirigidas a compartir información con el fin de advertir o concienciar a los destinatarios.

⁵¹ *Vid.* el artículo 26 DSA, que requiere que, por cada anuncio publicitario concreto presentado a cada destinatario específico, estos deberán ser capaces de identificar, de manera clara, concisa e inequívoca y en tiempo real, las siguientes cuestiones: i) que la información facilitada es un anuncio publicitario, mediante las correspondientes indicaciones destacadas; ii) la persona física o jurídica en cuyo nombre se presenta el anuncio publicitario (nos referimos aquí al anunciante); iii) la persona física o jurídica que ha pagado por el anuncio publicitario, si es diferente del anunciante, y iv) información significativa, que sea accesible (directa y fácilmente) desde el anuncio, relativa a los principales parámetros utilizados para determinar el destinatario a quien se presenta el anuncio publicitario y, en su caso, acerca de cómo cambiar esos parámetros. Ahora bien, para los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño se establecen medidas adicionales, por lo que deberán adaptar sus sistemas publicitarios y adoptar medidas específicas para limitar o ajustar la presentación de anuncios publicitarios en asociación con el servicio que prestan, así como medidas de transparencia adicional sobre la publicidad en línea. Según la DSA serán plataformas o buscadores de muy gran tamaño aquellas que cuentan con un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión Europea igual o superior a 45 millones (10 por 100 de la población total de la UE). Además, los propios prestadores deberán publicar no más tarde del 17 de febrero de 2023 en su interfaz cuál es su promedio mensual de usuarios activos. La Comisión Europea será la encargada de designar cuáles serán las plataformas y buscadores considerados de «muy gran tamaño». En caso de discrepancia con la información declarada por los aquellos, se procederá a la apertura del trámite de alegaciones. Los Estados miembros de la UE deberán facultar a un Coordinador de servicios digitales, lo que deberán llevar a cabo a más tardar el 17 de febrero de 2024, fecha general de entrada en vigor de la DSA.

⁵² La finalidad no es otra que la de establecer un entorno competitivo, transparente y equitativo en la publicidad en línea, y muy en particular en materia de competencia y protección de la privacidad y de los datos personales. Otra de las cuestiones destacadas en la DSA es la relativa a los Códigos de Conducta voluntarios y su puesta en valor, dada la contribución que prestan a una mayor transparencia para los actores de la cadena de valor de la publicidad en línea y así se recoge en el considerando 107.

forma inequívoca para el destinatario medio del servicio) y para ello deberán adaptarse a la naturaleza de la interfaz en línea de cada servicio.

En todo esto, cobra una especial relevancia el destinatario de la publicidad y la información a la que pueda acceder. No en vano, deberá ser capaz de acceder desde la interfaz en línea en la que se presente el anuncio publicitario, a aquella información relativa a los principales parámetros que utilice la plataforma para determinar que se le presente un anuncio publicitario específico. Y, además, la plataforma deberá ofrecerle explicaciones útiles sobre la lógica utilizada con ese fin (también cuando se base en la elaboración de perfiles). Las explicaciones, por ejemplo, deben incluir información sobre el método utilizado por la plataforma para presentar el anuncio publicitario (si se trata de publicidad contextual o de otro tipo), y, en su caso, los principales criterios utilizados para la elaboración de perfiles.

3. El TJUE y la publicidad electrónica

Pero también, la publicidad por vía electrónica ha sido objeto de algún que otro pronunciamiento judicial a nivel europeo, y muy recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tuvo ocasión de pronunciarse ante la solicitud de cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Alemania, en relación con la denominada práctica del *inbox advertising*⁵³. En este caso, el TJUE consideró que carecía de importancia el hecho de que el destinatario de los mensajes publicitarios se elija de forma aleatoria, ya que lo determinante es que exista una comunicación con fines comerciales que llegue directa e individualmente a uno o varios usuarios de servicios de mensajería electrónica no encontrándose esta autorizada, por falta de consentimiento previo del destinatario⁵⁴. Y todo ello, con independencia de que la aparición de dichos mensajes además conlleve, una carga para el usuario afectado.

En palabras del TJUE la citada práctica se puede calificar como acto desleal ya que nos encontramos ante «proposiciones no solicitadas y persistentes» tal y como se recoge en la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, pues la inserción de los mensajes publicitarios: i) tiene un carácter suficientemente frecuente y regular para poder ser calificada de «proposiciones persistentes», y ii) así como cabe calificarla de «proposiciones no solici-

⁵³ Dicha práctica, consiste en la inserción de mensajes publicitarios en la bandeja de entrada de los usuarios, que llega directa e individualmente al usuario del servicio de mensajería electrónica al insertarse en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico, con fines de venta directa en el sentido de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Para el TJUE estos mensajes presentan un riesgo de confusión, habida cuenta que pueden llevar a que el usuario que pulse en la fila del mensaje publicitario sea redirigido contra su voluntad a un sitio de Internet que muestra la publicidad en cuestión. *Vid.* la STJUE (Sala 3.ª) de 25 de noviembre de 2021, dictada en el asunto C-102/20. Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=250043&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=254137>. En el asunto analizado por el TJUE, los mensajes aparecían en el momento en que los usuarios del servicio de mensajería electrónica abrían su bandeja de entrada y tanto los usuarios afectados como los mensajes mostrados se elegían aleatoriamente. Visualmente, sólo se distinguían de la lista de los otros correos electrónicos del usuario de la cuenta por el hecho de que la fecha se sustituía por la mención «Anzeige» (anuncio), no se hacía referencia a ningún remitente y el texto aparecía sobre un fondo gris. El campo «Objeto» correspondiente a esta entrada de lista contenía un texto destinado a la promoción de los precios en oferta de los servicios de electricidad y de gas.

⁵⁴ *Vid.*, en este sentido, la STJUE de 11 de noviembre de 2020, *Orange Romania*, C-61/19, EU:C:2020:901, apartado 52.

tadas» al no darse el consentimiento del referido usuario con carácter previo a esa inserción.

Como además tuvo ocasión de pronunciarse el TJUE en el asunto *Peek & Cloppenburg*⁵⁵, pese a que el artículo 5.1 de la Directiva 2005/29 prohíbe, las prácticas comerciales desleales y, en su apartado 2, establece los criterios que permiten determinar si una práctica comercial reviste carácter desleal, el apartado 4 del citado artículo precisa, que, en particular, serán desleales las prácticas comerciales que sean engañosas de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Directiva y las que sean agresivas conforme a los artículos 8 y 9, por lo que se lleva a cabo una armonización completa a escala de la Unión en cuanto las reglas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones. De hecho, el anexo I, contiene una lista exhaustiva de 31 prácticas comerciales que, con arreglo al artículo 5.5, se consideran desleales «en cualquier circunstancia» y, por tanto, se trata de las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales como tales, sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9 de la Directiva.

IV. BREVE REFERENCIA A LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA COMO PRÁCTICA ENGAÑOSA

El ordenamiento jurídico español prohíbe expresamente la publicidad encubierta⁵⁶ y partiendo de la LCD⁵⁷, se consideran prácticas encubiertas y por tanto desleales por engañosas, entre otras, aquellas comunicaciones destinadas a promocionar un bien o servicio, 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. Como apuntábamos al inicio, el principio de autenticidad exige que la publicidad sea reconocida como tal por sus destinatarios, y en consecuencia es necesario que estos puedan interpretarla correctamente⁵⁸, por lo que cualquier actuación que

⁵⁵ STJUE de 2 de septiembre de 2021, *Peek & Cloppenburg*, C-371/20, EU:C:2021:674, apartado 34.

⁵⁶ Un estudio sobre esta cuestión puede encontrarse en TOBÍO RIVAS (2018), págs. 63-93.

⁵⁷ El artículo 26 LCD considera desleales por engañosas las prácticas que: «1. 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».

⁵⁸ En el ámbito de la comunicación audiovisual la Directiva de servicios de comunicación audiovisual hace mención a esta cuestión, respecto de la publicidad que tiene lugar en el seno de las plataformas de compartición de vídeo en Internet, y su artículo 28 ter 2.º exige no sólo que las plataformas respeten el principio de autenticidad en las comunicaciones comerciales gestionadas por ellas, sino que además deben establecer mecanismos para informar claramente a los usuarios cuando los programas y vídeos generados por usuarios contengan publicidad. También lo exige la reciente LGCA, cuando establece a cargo de los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, la obligación de que estos informen claramente a los usuarios cuando los programas y vídeos generados por usuarios contengan comunicaciones comerciales audiovisuales, siempre que se den cualquiera de las siguientes circunstancias, a saber; i) que los usuarios que suban vídeos hayan declarado que, a su entender, o hasta donde cabe razonablemente esperar que llega su entendimiento, dichos vídeos contienen comunicaciones comerciales audiovisuales, o ii) siempre que el prestador tenga conocimiento de ese hecho. Como señala MARTÍNEZ OTERO (2019), pág. 5, para el cumplimiento de estas obligaciones, las plataformas de compartición de vídeos deberán habilitar una opción en la que el usuario pueda informar de que el contenido que comparte tiene una naturaleza comercial. De interés igualmente, OTERO COBOS (2018), pág. 827, quién considera que «también cabría facilitar una herramienta accesible en la plataforma para que el usuario la pulse cuando perciba que está ante publicidad encubierta,

pretenda ocultar o disimular la naturaleza comercial del acto publicitario queda prohibida (v. gr. publicidad subliminal, indirecta o encubierta). Esto habremos de ponerlo en conexión con el artículo 7 LCD, que califica como omisión engañosa, toda acción que no dé a conocer el propósito comercial de un mensaje comercial, cuando dicho propósito «no resulte evidente por el contexto».

Por tanto, será desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, cualquier comunicación con la finalidad de promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario⁵⁹.

La publicidad encubierta ha sido definida como aquella publicidad disfrazada bajo diferentes apariencias⁶⁰ con el objetivo de confundir al destinatario mediante la forma o presentación del anuncio publicitario buscando que no sea posible saber si estamos o no ante un contenido de naturaleza comercial⁶¹.

Como se ha defendido, tres son las condiciones que deben darse para que un mensaje publicitario pueda ser calificado de encubierto, a saber: i) el mensaje ha de perseguir una finalidad publicitaria o un propósito promocional⁶²; ii) esta finalidad comercial no debe ser claramente identificable por el público destinatario y, por tanto, apta para inducir a error a los destinatarios⁶³, y iii) el mensaje no debe incluir advertencias que informen explícitamente a los destinatarios de su finalidad comercial⁶⁴. Por tanto, para evitar precisamente la conducta prohibida, la LGP recoge a cargo de los medios de comunicación, «la obligación de deslindar 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»⁶⁵.

ofreciéndole las mismas opciones que cuando se encuentra ante espacios publicitarios en la propia red social: ocultar o denunciar el anuncio».

⁵⁹ De interés, FERNÁNDEZ-NOVOA (1989), pág. 197, en cuyo trabajo describe la necesaria relación entre publicidad encubierta y engañosa. Como señala igualmente TATO PLAZA (2009), págs. 529-572, «en el contexto de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, la publicidad encubierta puede ser calificada tanto como una acción engañosa como un supuesto de engaño por omisión». En palabras del citado autor, el legislador europeo parece haber concluido en la exigencia de la combinación de dos factores distintos, a saber: i) la forma de presentación adoptada para la correspondiente práctica o mensaje (acción engañosa), y ii) la ausencia de información específica sobre el carácter o propósito publicitario de aquel (omisión engañosa).

⁶⁰ FERNÁNDEZ-NOVOA (1989), pág. 187.

⁶¹ AKDOĞAN y ALTUNTAÇ (2015), pág. 137, para quienes, los consumidores se enfrentan constantemente a técnicas de marketing encubiertas en su vida cotidiana. La puesta en práctica de la estrategia de marketing utilizada vendría limitada por la imaginación de los profesionales de esta rama y puede aplicarse en cualquier momento y lugar que implique una interacción con el consumidor. *Vid.* la interesante tipología de técnicas de marketing encubierto, que estos autores recogen, atendiendo al nivel de encubrimiento utilizado para ocultar la fuente real y/o el mensaje en el proceso de comunicación.

⁶² Como señala TATO PLAZA (2009), págs. 529-572, la prueba de la existencia de una contraprestación económica por parte de un comerciante al medio que ha difundido el correspondiente mensaje constituye una prueba definitiva del propósito o de la finalidad publicitaria de aquel. En ausencia de esta prueba, podrá afirmarse el propósito comercial mediante indicios derivados de su origen y características objetivas.

⁶³ Para TATO PLAZA, sería suficiente con a simple aptitud para generar un riesgo de error en punto a la naturaleza y finalidad de la práctica, sin que quepa exigir la existencia de un engaño efectivo. De interés, TATO PLAZA (2009), págs. 529-572.

⁶⁴ TATO PLAZA (2019), pág. 53.

⁶⁵ *Vid.* el artículo 9 LGP.

Como último requisito⁶⁶, será necesario además que aún con el cumplimiento de los anteriores, la comunicación comercial no conlleve para el destinatario que pueda adoptar una decisión que de otro modo no hubiera tomado —incidiendo en el comportamiento económico del destinatario—, lo que por otra parte sería suficiente con la mera aptitud para distorsionar, tanto el proceso de formación de preferencias como la adopción final de comprar. Estas cuestiones, deberán analizarse siempre desde la perspectiva del consumidor medio dentro del concreto círculo de destinatarios de la publicidad. No obstante, habrá de tenerse en cuenta la regla *de minimis* que persigue modular el requisito de la distorsión del comportamiento económico del destinatario, en tanto en cuanto, no toda distorsión habrá de llevarnos a considerar que una práctica publicitaria pueda calificarse como encubierta. Sólo aquellas que distorsionen de forma «sustancial» el comportamiento serán aptas para merecer dicha calificación⁶⁷.

Hemos mencionado al inicio del presente trabajo, las diferentes técnicas publicitarias más populares en la interfaz de IG, en lo que parece ser, una sucesión de recursos de los que se sirve dicha red social, para llevar a cabo su actividad comercial. De hecho, la forma en la que se presenta podría llevarnos a considerar, una actuación bastante cercana a la proscrita publicidad encubierta, y nos explicamos a continuación.

El usuario, en más ocasiones de las que debiera, al interactuar con este tipo de recursos en la interfaz de IG puede creer, que o bien, está ante un mensaje informativo de carácter objetivo (no viciado por el deseo persuasivo y subjetivo que envuelve cualquier mensaje publicitario), o bien, está ante un perfil del que ya es seguidor disociándolo de cualquier contenido publicitario *a priori*, ya que puede estar en la creencia de encontrarse ante un perfil sin contenido comercial. Esto supone, para el usuario, que le conceda una mayor credibilidad y confianza a este tipo de contenidos. A diferencia de la credibilidad que el usuario otorgaría al mensaje publicitario de ser otra la forma en la que la red social lo presentase.

Pero es que, además, no podemos perder de vista, que nos encontramos ante lo que se conoce como publicidad nativa⁶⁸. Este tipo de publicidad, se integra y utiliza el estilo, recursos y aspecto que aparecen en la red social, y por tanto como ocurre en IG, la actividad publicitaria se mezcla con el contenido audiovisual del que es consumidor el usuario. Evitar que este tipo de publicidad sea calificada como publicidad encubierta, precisa que, en la utilización de los recursos propios de la plataforma, se aclare de forma concreta que el usuario está ante un contenido publicitario. Nótese, por ejemplo, que la diferencia entre una historia (*story*) sin contenido publicitario a otra que, si lo tiene, es mínima, y por tanto será altamente probable que el usuario no sea consciente de que se encuentra ante un contenido patrocinado, y por tanto ante una más eventual publicidad encubierta. Con esto, podría darse, el segundo de los requisitos mencionados, habida cuenta que el primero existe, ya que nos encontramos ante un mensaje con finalidad comercial. En

⁶⁶ TATO PLAZA (2009), págs. 529-572.

⁶⁷ Como se apunta por cierto autor, la aplicación de la regla *de minimis* debería llevar a excluir la calificación como engañosa de aquella publicidad que sea apta para inducir a error sobre un extremo del producto o servicios prácticamente irrelevante, sin la entidad suficiente para ejercer incidencia alguna en el comportamiento económico del consumidor. *Vid.*, al respecto, TATO PLAZA (2009), págs. 529-572. Un estudio completo sobre las conductas *de minimis* en el ámbito de la competencia puede encontrarse en GONZÁLEZ JIMÉNEZ (2023), págs. 1-324.

⁶⁸ Un estudio sobre la materia puede encontrarse en UNZUÉ ROSSI (2017), págs. 203-223.

tercer y último lugar, respecto de las advertencias que informen explícitamente a los destinatarios de la finalidad comercial en este tipo de formatos, con demasiada frecuencia se recurre a botones de llamada que ocultan esta información al usuario (el tan utilizado «más información»), en lo que sería la simple aptitud para generar un riesgo de error (teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de la práctica), sin que sea preciso exigir el engaño efectivo.

V. PUBLICIDAD AGRESIVA Y SU REGULACIÓN

Desde una visión sistemática legislativa, este tipo de prácticas podemos encontrarlas recogidas en la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales como sigue⁶⁹: i) la configuración de las prácticas agresivas como conducta ilícita⁷⁰; ii) la modalidad de influencia indebida⁷¹, y iii) los indicadores que delimitan si una conducta es relevante a estos efectos⁷². La mencionada norma, contiene la definición de práctica comercial agresiva⁷³ en términos muy parecidos a como lo recoge nuestra LCD⁷⁴. No obstante, a diferencia de aquella, que alude al consumidor medio, la norma española menciona al destinatario, ampliándose, por tanto, la protección⁷⁵.

⁶⁹ En este mismo sentido *vid.* MASSAGUER (2010), pág. 1-17. De interés en el ámbito de prácticas agresivas entre competidores *vid.* también MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS (2012), págs. 173-194.

⁷⁰ *Vid.* el artículo 8 que textualmente recoge: «Se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado». Nuestra LCD contiene en el artículo 8 la disposición general en materia de prácticas agresivas, la cual se complementa con la categoría de actos de competencia desleal que se reputarán como prácticas comerciales desleales con los consumidores (art. 19.1 LCD) así como con ciertas modalidades o grupos de prácticas agresivas con los consumidores que se reputan desleales en todo caso y en cualquier circunstancia (art. 19.2 LCD).

⁷¹ *Vid.* el artículo 2, apartado j), que recoge la definición de influencia indebida como sigue: «Influencia indebida: utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa». Nuestra LCD recoge en el artículo 8.1, párrafo 2.º, lo que debemos entender por influencia indebida y, por tanto, «se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso».

⁷² *Vid.* el artículo 9, y por tanto si se hace uso del acoso, coacción o influencia indebida.

⁷³ Se entenderá por tal, «toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado». *Vid.* el artículo 8 de la Directiva, respecto de la cual cuatro son las cuestiones que habitualmente se han tomado en consideración para determinar si una conducta es agresiva o no: i) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; ii) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador, insultante o bajo una situación de poder; iii) la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto, y iv) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante.

⁷⁴ En particular el artículo 8 recoge que se considera desleal por agresiva toda práctica que conlleve un «comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario con relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico».

⁷⁵ Esto supone, que la protección alcanzará no sólo a los consumidores, como tales, sino también a otros destinatarios de la publicidad, como puedan ser las personas jurídicas.

Además, es preciso el concurso de dos requisitos para que podamos calificar una práctica desleal por agresiva, a saber: i) deberá producirse mediante alguna de las conductas establecidas: acoso, coacción o influencia indebida, y ii) así como, la realización de las merítadas conductas deberá ser susceptible de afectar a la libertad de elección del destinatario de los bienes y servicios. La agresividad de la conducta no debe buscarse sólo en el tono o las palabras o conductas empleadas, sino que es preciso que con ello se trate de coartar la libertad del consumidor al que va referida la publicidad⁷⁶.

Nos centraremos aquí, en el análisis de la expresión «influencia indebida» y, conforme a la LCD podremos entender por tal, toda utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso⁷⁷. Lo determinante en la influencia indebida a diferencia de la coacción⁷⁸, es la situación de poder sin que sea necesaria el uso de la fuerza ni que se amenace con su uso, como tampoco será necesaria la existencia de una situación de subordinación jerárquica⁷⁹. Pero también, será esencial, que pueda influirse indebidamente en el destinatario de forma directa o indirecta, aprovechando dicha situación de poder para ejercer presión. Aquí habremos de considerar las circunstancias concurrentes que rodeen el entorno en el que se lleve a cabo la práctica, su naturaleza y persistencia, como también la situación de vulnerabilidad de los destinatarios, para quienes pueda apreciarse esa influencia indebida que conlleve como resultado la afectación en el comportamiento económico de aquellos.

Como ocurre en la norma europea, para apreciar esta conducta, habrán de valorarse cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador.

La afectación a la conducta económica del destinatario a la que se refiere el artículo 8 puede ser tanto efectiva como sólo potencial, por lo que no será preciso que una u otra decisión y que la adoptada no sea libremente adoptada, sería suficiente con el riesgo real de que, en atención a las circunstancias del caso, ello pudiera ser así.

Del mismo modo habremos de acudir a la cláusula general contenida en el artículo 4 LCD a la hora de interpretar conceptos tales como «comportamiento económico» así como «distorsionar de manera significativa el comportamiento económico». Es por ello, que toda decisión por la que el consumidor o usuario opte por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con una serie de cuestiones, entre otras, la selección de una oferta u oferente, así como el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

⁷⁶ SAP de Tenerife núm. 10/2015 (ECLI:ES: APTF:2015:1359).

⁷⁷ Con anterioridad a la modificación de 2009 el fundamento de la deslealtad de los actos de indebida presión de compra se encontraba en su aptitud para influir de forma reprochable en la conducta de mercado de los consumidores, basándose la deslealtad de las prácticas molestas en la invasión inaceptable de la esfera privada del consumidor y su conversión en escenario de la vida concurrencial. Para más información sobre esta cuestión *vid.* el interesante trabajo de MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS (2012), págs. 173-194.

⁷⁸ Atendiendo a la concepción de obligar a alguien a hacer lo que no quiere, *vid.* Sentencia núm. 230/2019 del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid (ECLI:ES:JMM:2019:4336).

⁷⁹ De interés AGUILAR OLIVARES (2020), págs. 129-131.

En el ámbito de la publicidad a través de redes sociales, deberemos analizar el canal y concretamente como se muestra la publicidad en la interfaz de la aplicación, pues no será lo mismo que los destinatarios sean adultos, que por el contrario se trate de jóvenes adultos o incluso menores, como también encontraremos diferencias respecto del género de los destinatarios en relación con el producto o servicio publicitado⁸⁰.

En cuanto a la calificación de publicidad ilícita respecto de un eventual comportamiento comercial de carácter agresivo, nuestra normativa de competencia desleal preceptúa que «la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad se reputará desleal»⁸¹, remisión al artículo 3.e) LGP, según el cual se considera 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.

VI. EL MODELO PUBLICITARIO DE INSTAGRAM Y LOS LÍMITES A LA PUBLICIDAD: ¿PUBLICIDAD DESLEAL?

Como hemos analizado al inicio del presente trabajo, la publicidad en IG sigue un modelo basado no sólo en la conducta del usuario (publicidad personalizada o conductual) sino que además se sirve de diferentes herramientas disponibles en la interfaz de la aplicación. Así es como, los anunciantes presentan su publicidad, entre otros, mediante el *feed*, las *stories* o los *reels*, ya descritos.

En el contexto de las mencionadas herramientas, dos son los supuestos de publicidad desleal en los que nuestra atención se centra, a saber: i) la publicidad encubierta, así como ii) la publicidad agresiva en su modalidad de influencia indebida. Ambos supuestos desleales requieren, que la conducta sea susceptible de afectar a la libertad de elección del destinatario⁸².

Partimos en IG, de una publicidad nativa, donde la actividad promocional se mezcla con el contenido audiovisual que consume el usuario, integrándose en la interfaz de la red social. Pero, el funcionamiento de este tipo de recursos, a nuestro entender, podría estar muy cerca de los parámetros de la publicidad encubierta, no sólo porque en numerosas ocasiones no se aclara de forma concreta que el usuario está ante un contenido promocionado (p. ej., botones de llamada a la acción de compra, frente al muy usual mensaje de «más información»), sino

⁸⁰ Según la teoría de las cohortes generacionales (TCG), las poblaciones pueden dividirse en segmentos generacionales en función de su edad y, por tanto, existen claras diferencias en el comportamiento de consumo de distintas generaciones, por ejemplo, los Baby Boomers y la Generación Z, *vid.* GILAL *et al.* (2021), págs. 197-219.

⁸¹ *Vid.* el artículo 18 LCD.

⁸² Como algún autor ha considerado si bien es cierto que el objetivo es proteger la libertad en la formación de la decisión del consumidor, no es menos cierto que en ella subyace la necesidad de amparar otros bienes jurídicos que trascienden la actuación en el tráfico mercantil por su relevancia intrínseca. Por una parte, la libertad de pensamiento del artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que protege la libre construcción de la propia conciencia frente a coacciones, en cualquier circunstancia. *Vid.* en este sentido CAPODIFERRO CUBERO (2017), págs. 15-43, quien además considera que estas prácticas agresivas lo son, frecuentemente, por su carácter invasivo de la privacidad de los ciudadanos, conllevan una lesión del derecho al respeto de la misma conforme al artículo 7 CDFUE, pudiendo extenderse al derecho a la protección de datos de carácter personal del artículo 8 cuando el mensaje comercial se base en el uso de esta clase de información, que tiene su máxima expresión, en el caso de la publicidad a través de Internet.

porque con demasiada frecuencia se ven interrumpidos por contenidos promocionados de perfiles a los que no sigue el usuario.

Así las cosas, la confusión estaría servida, habida cuenta de la escasa diferencia que existe entre el contenido promocionado del que no lo es, y, por tanto, en más ocasiones de las que debiera, al usuario le será difícil distinguir aquellos perfiles a los que sigue (*follower*), de los que no es seguidor. Consecuencia de lo anterior, es la mayor confianza con la que el usuario estaría actuando ante los contenidos publicitarios. Baste poner como ejemplo, el formato de las *stories*, en las que el usuario ve interrumpida la visualización de los perfiles que sigue, por una *story* con contenido comercial, que podrá percibirse como una publicación normal. También ocurriría lo mismo, con los *reels* o la publicidad en el *feed* del usuario.

Por tanto, partiendo de la naturaleza y finalidad de la práctica, estaríamos ante la mera aptitud para generar un riesgo de error en el usuario.

Pero, además, desde la perspectiva de la publicidad agresiva, en su modalidad de influencia indebida, para que una conducta publicitaria pueda influir indebidamente en el usuario de IG es necesario analizar si se está ejerciendo desde la red social una situación de poder con la finalidad de ejercer presión sobre el usuario de IG, que como resultado afecte al comportamiento económico de aquel. En línea con esto, ciertos autores, han señalado que el contenido de marca publicado en las cuentas de IG sí que influye significativamente en la actividad de los usuarios, generando nuevas necesidades entre ellos, que conducen a la compra de los productos de las marcas⁸³. Estaríamos aquí, ante comportamientos de compra impulsiva⁸⁴ dadas las circunstancias concurrentes en IG (formato publicitario, publicidad personalizada, etc.). Téngase en cuenta, como acabamos de mencionar, que los anuncios publicitarios que IG muestra al usuario pueden corresponder con perfiles de usuarios de los que sea o no seguidor (*follower*) aquel.

Asimismo, la propia dinámica intuitiva de la interfaz de la aplicación de IG le permite al usuario moverse con gran facilidad e interactuar con otros usuarios a través de las herramientas antes mencionadas, interactuando no sólo con otros usuarios a los que sigue sino con los propios anunciantes o marcas a las que puede o no seguir. Recordemos en este punto, como, según la política de anuncios, estos le serán mostrados al usuario en la misma cantidad, y la única opción que le permite IG es «ver menos» de una temática concreta de anuncios contenidos en el desplegable que la aplicación le muestra.

Para que podamos hablar de influencia indebida, debe darse una situación de poder (no es necesario el uso de la fuerza ni la amenaza de su uso) respecto

⁸³ STACHOWIAK-KRZYŻAN (2019), págs. 84-108.

⁸⁴ Vid. el interesante trabajo de XIANG *et al.* (2016), págs. 333-347, quién considera que el uso de Instagram actúa como estímulo para las compras impulsivas. El servicio Instagram shopping, que se amplió en 2018 para permitir a los minoristas etiquetar imágenes de productos para vender directamente a los seguidores, también se ha convertido en un importante estimulador de las compras impulsivas. En este sentido *vid.* HANDAYANI *et al.* (2018), págs. 50-56. Pese a los pocos estudios doctrinales sobre el papel de Instagram en la decisión de compra impulsiva, por ejemplo, dentro de la industria de la moda, existen estudios donde se observa que los encuestados actúan sobre estímulos, como las imágenes de productos, desencadenando compras impulsivas de moda, de interés KIM y JOHNSON (2016), págs. 98-108. En el sector de la moda, Instagram es la red social que más influye en las compras impulsivas, debido principalmente a la importancia del aspecto visual en su promoción, *vid.* ARAGONCILLO y ORUS (2018), págs. 42-62.

del destinatario. En este caso, el usuario de IG, aunque pueda consultar la política de anuncios, nunca tendrá la información suficiente para conocer realmente cuáles son los parámetros que IG utiliza para mostrarle publicidad, situación que sólo controla y conoce la propia red social. Esto sin duda afectará a la libertad de elección del usuario y, por ende, a la compra impulsiva⁸⁵. De darse el citado impulso, estaríamos ante el requisito exigido por la norma, en cuanto a la alteración del comportamiento económico del destinatario. Pero igualmente podríamos estar ante una presentación discriminatoria de anuncios con afectación clara a la igualdad de trato, al tratarse de una publicidad dirigida y marcada por el comportamiento del usuario.

Creemos que la cuestión podría cambiar en un escenario no muy lejano, atendiendo a las nuevas exigencias previstas en la DSA que imponen, entre otras a IG, que tanto la información comercial que se facilite a los usuarios sea percibida inequívocamente por el usuario como una comunicación comercial, como que además se identifique tanto el anunciante y en caso de ser distinta la persona que ha pagado el anuncio, la identificación de la misma.

Ahora bien, lo relevante es aquella información de carácter significativo, que, hasta el momento, el usuario ni conoce ni dispone de ella, pero que un futuro no muy lejano, IG deberá facilitarle. Esta nueva obligación supondrá, que desde el anuncio el usuario deba poder acceder con facilidad, sin obstáculos y de forma directa, a los principales parámetros que la plataforma ha utilizado para elegir al destinatario de la publicidad y más importante si cabe, como modificar dichos parámetros. Como hemos visto al inicio de nuestro trabajo, esta última cuestión, requiere que el usuario lleve a cabo un esfuerzo de búsqueda importante, y por tanto se ve obligado a navegar por distintas opciones de la interfaz de la aplicación hasta llegar al menú de la política de anuncios. Pero como a buen seguro no sólo las obligaciones de IG quedarán ahí, por su posible consideración de plataforma en línea de muy gran tamaño, deberá adoptar medidas para limitar o ajustar la presentación de anuncios publicitarios en los términos contenidos en el artículo 39 DSA, en aras a una mayor transparencia sobre la publicidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR OLIVARES, Yolanda (2020), *Las prácticas agresivas desleales en el Mercado y la tutela del consumidor*, Aranzadi, págs. 129-131.
- AKDOĞAN, M. Sükrü, y ALTUNTAÇ, Basar (2015), «Covert Marketing Strategy and Techniques», *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, núm. 207, págs. 135-148.
- ARAGONCILLO, Laura, y ORUS, Carlos (2018), «Impulse buying behaviour: an online-offline comparative and the impact of social media», *Spanish Journal of Marketing*, ESIC, págs. 42-62.
- CAPODIFERRO CUBERO, Daniel (2017), «La insuficiencia de la regulación europea sobre los límites de la publicidad comercial», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 65, núm. 1, págs. 15-43.
- FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena Davara (2017A), «El Reglamento Europeo de protección de datos», en LORENTE LÓPEZ, M. C., y FAYOS GARDÓ, A. (coords.), *Derecho digital: perspectiva interdisciplinar*, págs. 175-202.

⁸⁵ De interés, AGUILAR OLIVARES (2020), pág. 130, quién considera que la situación de dependencia del consumidor, y la presión ejercida por el profesional lleva a que el consumidor modifique y altere su capacidad volitiva y se vea constreñido a tomar una decisión de compra, que de otra manera no hubiera llevado a cabo.

- (2017B), «Régimen jurídico de las redes sociales», en LORENTE LÓPEZ, M. C., y FAYOS GARDÓ, A. (coords.), *Derecho digital: perspectiva interdisciplinar*, págs. 203-242.
- FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, Carlos (1976), «La publicidad encubierta», *ADI*, t. 3, págs. 371-400.
- (1989), «La publicidad encubierta», *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Universidad de Santiago de Compostela, pág. 187.
- GILAL, Faheem Gul *et al.* (2021), «Intergenerational differences in fans' motivation to watch the T20 world cup: a generation cohort theory perspective», *International Journal of Sports Marketing and Sponsorship*, vol. 22, núm. 2, págs. 197-219.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Pedro Mario (2023), *Las conductas de menor importancia en el derecho de la competencia*, Marcial Pons, págs. 1-324.
- HANDAYANI, Regina C. *et al.* (2018). «The impact of Instagram “Call-to-Action” buttons on customers' impulse buying», *ICBIM '18: the 2nd International Conference on Business and Information Management*. Association for Computing Machinery, New York, págs. 50-56.
- KIM, Angella J., y JOHNSON, Kim K. P. (2016), «Power of consumers using social media: Examining the influences of brand-related user-generated content on Facebook», *Computers in Human Behavior*, vol. 58, págs. 98-108.
- LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, Mónica (2003), «Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)», en MATEU DE ROS, R., y LÓPEZ-MONÍS, M. (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 25-64.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan (2019), «Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet», *RDM*, núm. 314, págs. 5-17.
- MASSAGUER, José (2010), «Prácticas agresivas como acto de competencia desleal», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, págs. 1-17.
- MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS (2012), «La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores», *ADI* 32, págs. 173-194.
- OTERO COBOS, María Teresa (2018), «El patrocinio publicitario con influencers, ¿publicidad encubierta?», en MADRID PARRA (dir.), *Derecho Mercantil y Tecnología*, Cizur Menor, págs. 809-833.
- PASTRANA ESPÁRRAGA, María (2021), «Algoritmos, big data e inteligencia artificial: nuevos desafíos en el derecho de la competencia», en OLMEDO PERALTA, E. (dir.), *La aplicación del Derecho de la competencia en la economía de los datos*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 219-248.
- RODRÍGUEZ, Gladys (2012), «Riesgos del consumidor electrónico en las prácticas publicitarias», *Revista de Derecho*, núm. 37, págs. 254-282.
- RODRÍGUEZ PARDO, José Manuel (1999), *Derecho de la comunicación*, Laverde, Santiago de Chile.
- SALAZAR VELARDE, Mela, y LAU, Eyleen (2010), «Product placement en el cine, análisis publicitario de la categoría Autos a través de diversos filmes medición de factores de influencia que afecten los objetivos publicitarios», *Revista de Comunicación*, núm. 9, págs. 60-94.
- SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma (2007), «La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas», *La Ley*, págs. 228-236.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique (2023), «Fallos de mercado y Competencia efectiva en mercados digitales. Una propuesta desde la DMA (Mercados Digitales) “The winner takes it all”?», en OLMEDO PERALTA, E. (dir.), *El derecho de la competencia ante las plataformas digitales*, Aranzadi, Cizur Menor (en prensa).
- STACHOWIAK-KRZYŻAN, Magda (2019), «The use of social media by young consumers in purchasing processes», *Marketing of Scientific and Research Organizations*, 31 (1), págs. 84-108.

- TATO PLAZA, Anxo (2009), «Prácticas comerciales engañosas con los consumidores», *ADI* 29, págs. 529-572.
- (2019), «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (*Influencers*)», *RDM*, núm. 311, pág. 53.
- TOBÍO RIVAS, Ana María (2018), «Competencia desleal y publicidad encubierta recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea», en MIRANDA SERRANO, L. M., y COSTAS COMESAÑA, J. (dirs.), *Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, págs. 63-93.
- UNZUÉ ROSSI, Julio, «Publicidad nativa mediante *influencers*», en TATO PLAZA, A. T. *et al.* (dirs.), *Nuevas Tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial*, págs. 203-223.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad (2020), «La promoción electrónica personalizada y la privacidad», en PEREA ORTEGA, R. (dir.), *Estudios de Derecho Digital*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, págs. 425-464.
- VEA I BARÓ, Andreu (2013), *Como creamos internet*, RedIRIS, pág. 11.
- VEGA VEGA, José Antonio (2014), «Publicidad y mercado», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, págs. 177-193.
- XIANG, Li *et al.* (2016), «Exploring consumers' impulse buying behavior on social commerce platform: the role of parasocial interaction», *International Journal of Information Management*, vol. 36, núm. 3, págs. 333-347.