



## El pago en la publicidad encubierta: un concepto amplio

*A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de septiembre de 2021*

### Antecedentes

El pasado mes de septiembre, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán, en un caso que enfrentaba dos sociedades alemanas en un asunto de publicidad encubierta. Una de ellas lanzó una campaña publicitaria en una revista nacional, en la que, si bien se promocionaba un evento, se incluían fotografías de los productos de la anunciante. Una compañía competidora demandó a la anunciante por no identificar claramente, en la publicación, que se trataba de un anuncio publicitario.

La sentencia interpreta el punto 11, anexo I de la Directiva 2005/29/CE que establece, como práctica engañosa, la promoción de un producto por medio de un contenido editorial en los medios de comunicación, pagando por dicha promoción, pero sin que ello quede claramente especificado.

La cuestión que se plantea es, concretamente, si el concepto de “pago” al que se refiere el punto 11, abarca cualquier forma de contraprestación (no únicamente dineraria) y, en tal caso, si la misma debe realizarse como contraprestación directa de dicha publicación. En el caso de autos, la anunciante no abonó directamente una cantidad de dinero como contraprestación por la publicación, pero proporcionó a la editora las imágenes de la campaña gratuitamente, las cuales estaban protegidas por derechos de propiedad intelectual.

### Valoración del TJUE

El TJUE analiza tanto la literalidad del punto 11 en cuestión, como su elemento teleológico, concluyendo que el concepto de “pago” incluye cualquier forma de contraprestación con valor patrimonial. Además, entiende el TJUE que la obligación de identificar el interés comercial detrás de cualquier publicación responde a la protección del consumidor / lector respecto a la neutralidad de la prensa y, desde este punto de vista, la forma concreta de pago o contraprestación es irrelevante.

En vista de lo anterior, a juicio del TJUE, la concesión gratuita, en favor de la sociedad editora, de imágenes amparadas por derechos de autor, puede constituir un pago directo por dicha publicación, existiendo además interés comercial por el hecho de que las imágenes eran fotografías de los productos de la anunciante. Es decir, el TJUE concluye que existe “pago” o valor patrimonial, y éste tiene por objeto promover las ventas de los productos del comerciante.

En consecuencia, toda vez que el pago, cualquiera que sea su forma, tenga por objeto la promoción de un producto a través de contenido editorial, y siempre que exista un vínculo cierto entre el pago o ventaja patrimonial y el contenido editorial, se entenderá que existe interés comercial detrás de este último, debiendo así identificarse en la publicación.