



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Mercantil

Curso 2015/2016

EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO EN LAS REDES SOCIALES

Irene González López

Fernando Carbajo Cascón

Julio 2016

TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO
Departamento de Derecho Privado
Derecho Mercantil

EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO
EN LAS REDES SOCIALES

PRODUCT PLACEMENT IN SOCIAL
MEDIA

Irene González López
irene.g.lopez@usal.es

Fernando Carbajo Cascón

RESUMEN (15 líneas)

Este trabajo de fin de grado tratará de discutir la conveniencia de la expansión de la aplicación de la legislación actual sobre emplazamiento de producto a los nuevos medios de comunicación social. Para ello será imprescindible, en primer lugar, un análisis exhaustivo de la evolución legislativa del fenómeno teniendo en cuenta su estrecha relación con la publicidad encubierta. Como resultado obtendremos no sólo la delimitación conceptual del emplazamiento de producto con respecto a figuras afines, sino una mejor comprensión de las motivaciones que han llevado a la actual configuración del derecho y las propuestas para su reforma. En segundo lugar, explicaremos como el emplazamiento de producto, junto con otras técnicas de comunicación de imagen de marca, se han expandido a las redes sociales con gran éxito. El ánimo será entroncar jurídicamente estos fenómenos incipientes a través de un estudio del régimen jurídico aplicable a las redes sociales, en especial en lo relativo a los deberes de los titulares de las cuentas con respecto a las comunicaciones comerciales y publicidad en Internet. Para concluir, trataremos de evaluar si la legislación aplicable al objeto es suficiente para garantizar la igualdad de los operadores económicos con independencia del medio, o, por el contrario, resultaría conveniente un reconocimiento del derecho al emplazamiento de producto en los nuevos medios de comunicación social, a fin de garantizar el cumplimiento de los principios que tradicionalmente han informado el régimen jurídico de la publicidad, así como la consecución de una publicidad más honesta, auténtica y veraz.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6):EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO, PUBLICIDAD ENCUBIERTA, COMUNICACIONES COMERCIALES, PRINCIPIO DE IDENTIFICACIÓN, IMAGEN DE MARCA, REDES SOCIALES.

ABSTRACT

This end-of-degree project will be centered in the discussion of whether or not it would be convenient to expand the implementation of the current product placement legislation to social media. To this end, a comprehensive analysis of the legislative development of the phenomenon, taking into account its close linkage with surreptitious advertising will be essential, primarily. As a result, we will obtain not only the conceptual delineation of product placement with regard to other linked figures, but a better understanding of the grounds that have led to the current configuration of the right and also the future reform proposals. Secondly, we will explain how product placement, alongside with other brand-image communication techniques have spread across the social media with great success. The aim will be to legally embed this emerging phenomena through the assesment of the legal scheme applicable to social media, specially in relation with the duties and obligations of the account holders with regard to commercial communications and online adverstising. In order to conclude, we will try to assess if the current applicable advertising legislation in social media is enough guarantee for ensuring the equality of treatment of the operators concerned regardless the field, or if, conversely, it would be desirable the recognition of a broader right to product placement that includes social media, in order to guarantee compliance with the basic principles that have traditionally guided the legal scheme of advertising, as well as the implementación of a more honest, authentic and truthful advertising.

KEYWORDS: PRODUCT PLACEMENT, SURREPTITIOUS ADVERTISING, COMERCIAL COMMUNICATIONS, PRINCIPLE OF IDENTIFICATION, BRAND IMAGE, SOCIAL MEDIA .

1. Introducción
2. Caracterización del fenómeno
 - a. Aproximación al concepto
 - b. Origen histórico, expansión y llegada a nuestro país.
 - c. Problema en su origen: debate ético-legal
 - d. Solución provisional
 - e. Acusaciones de ilegalidad
 - i. Publicidad subliminal
 - ii. Publicidad engañosa
 - f. Principio de separación de programas y principio de autenticidad
3. Evolución legal y jurisprudencial
 - a. Historia de su regulación y situación actual
 - b. Autorregulación
 - c. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
 - d. Posibles modificaciones legislativas
4. De la publicidad de masas a la publicidad en internet.
 - a. Expansión del emplazamiento de producto a las redes sociales
 - b. Figuras afines: nuevas formas de financiación y herramientas de marketing en las redes sociales
5. Entronque legal de las redes sociales: marco jurídico aplicable.
6. Adaptación del fenómeno a la legislación existente con respecto al emplazamiento de productos
7. Conclusión
8. Bibliografía

1. Introducción

Este trabajo de fin de grado tiene por objeto el análisis de la evolución legislativa del “derecho al emplazamiento de productos” o “*product placement*” (PPL) en los medios de comunicación masivos, así como la discusión de su posible aplicación a los nuevos medios de comunicación social; más específicamente, a las redes sociales. Sin embargo, una comprensión conceptual del emplazamiento de producto desde el punto de vista legal, precisa de una comprensión, más detallada, del fenómeno al que se encuentra más estrechamente vinculado en el ordenamiento jurídico mercantil: la publicidad encubierta.

Para facilitar su comprensión, este trabajo se dividirá en dos partes. En la primera de ellas se realizará un análisis jurídico del tratamiento legislativo y jurisprudencial de la publicidad encubierta y el emplazamiento de producto, siguiendo un orden cronológico. Este análisis jurídico estará guiado por la voluntad del legislador europeo el cual, a través de distintas directivas, ha tratado de acrecentar la competitividad del sector europeo de medios mediante la armonización de las distintas regulaciones sobre emplazamiento de producto por parte de los distintos Estados Miembros. En el estudio de la transposición de estas directivas a nuestro ordenamiento jurídico interno, examinaremos la Ley General de la Publicidad, la Ley 25/1994 de 12 de julio, la Ley de Competencia Desleal y, por último, la Ley General de la Comunicación Audiovisual donde se recoge, por fin, el régimen jurídico del derecho al emplazamiento de producto para este sector.

En la segunda parte de este trabajo, analizaremos la expansión del *product placement* a las redes sociales, sobre todo a través de los perfiles titularidad de celebridades e *influencers* y el posible entronque de este fenómeno en la legislación existente por el momento. Para ello, estudiaremos la aplicabilidad de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información a estos perfiles y su compatibilidad con las leyes y principios estudiados en la primera parte, que definen la licitud del emplazamiento.

Siendo el *product placement* una importante fuente de financiación del sector de europeo medios, y, con el objetivo de garantizar que las obligaciones que pesan sobre el sector de las comunicaciones audiovisuales sean las mismas que las rigen el emplazamiento a través de las redes sociales – tanto o más efectivo que en el primero de los medios -; este trabajo, aspirará a proporcionar un entendimiento de las limitaciones de la actual

configuración del “derecho” al emplazamiento de productos; así como de las reclamaciones a las que hacen frente las propuestas legislativas para su modificación.

Para ello, la metodología empleada en la realización de este trabajo, combinará el recurso a materiales bibliográficos dedicados al estudio del emplazamiento de producto desde el punto de vista de la doctrina publicitaria, junto con un análisis de la legislación aplicable al caso y, contadas explicaciones desde el punto de vista sociológico para facilitar la comprensión del fenómeno en algunos momentos. De este modo, entenderemos mejor las expectativas puestas por parte de los distintos sectores implicados, en la regulación de la práctica y, valoraremos, de un modo más crítico, su configuración actual.

2. Caracterización del fenómeno:

a. Aproximación al concepto

Siguiendo a PANDA el emplazamiento de producto puede ser descrito como una práctica consistente en ‘incluir el nombre, producto, embalaje, señalización u otro artículo de *merchandising* de una marca, en una película de cine, en televisión o en otros medios con el fin de incrementar la notoriedad y el reconocimiento inmediato de la marca en el punto de compra’¹. Según la doctrina dedicada al estudio de las comunicaciones de marketing, el emplazamiento constituiría un claro ejemplo de *mensaje híbrido*. Por mensaje híbrido se entiende “todo intento pagado de influir en las audiencias para obtener un beneficio comercial usando comunicaciones que presentan un carácter no comercial; bajo estas circunstancias, las audiencias pueden no ser conscientes del intento de influencia comercial y/o de procesar el contenido de estas comunicaciones de forma diferente a como procesan los mensajes comerciales”². En el emplazamiento la comunicación será pagada por la organización sin que, por otra parte, sea claramente identificada como emisora del mensaje. Esta aparente falta de intencionalidad comercial, redundará en una mayor credibilidad del mensaje por parte del receptor y, por tanto, la hará más eficaz. La

¹ PANDA, T.K., “*Effectiveness of Product Placements in Indian Films and its Effects on Brand Memory and Attitude with Special Reference to Hindi Films*”, The ICFAI Journal of Marketing Management, 2004 pág. 42

² BALASUBRAMANIAN, S.K. “*Beyond Advertising and Publicity: Hybrid Messages and Public Policy Issues*”, Journal of Advertising, 23 (1994) pag. 29

“ausencia de control del anunciante sobre el medio” será fundamental para esto. Cuando el anunciante tiene control sobre el medio, ya sea eligiendo los planos, el encuadre o la duración de la exposición hacia los productos ‘la credibilidad se pierde, el emplazamiento molesta al espectador, y la comunicación de la marca pierde toda su eficacia’³.

La simple aparición de un producto de marca en el contenido audiovisual de que se trate, no determina la existencia de emplazamiento de producto. Para que esta aparición pueda ser considerada como tal, es necesario que la misma traiga cuenta de algún tipo de remuneración por parte de la organización.⁴

A parte de los beneficios derivados del carácter híbrido de estos mensajes, las principales ventajas que facilitan el éxito del emplazamiento de producto y que justifican su especial idiosincrasia son las siguientes:

- 1) La marca se presenta en entornos familiares para el espectador, al contrario de lo que sucede en el *spot* tradicional, en el que los productos aparecen presentados en ambientes de una perfección artificiosa.
- 2) Aunque aparezcan más productos en la escena o película, el producto emplazado tendrá una mayor presencia, por lo que se elimina el “ruido” de la competencia.
- 3) El espectador, se encuentra positivamente predispuesto hacia el programa o película, por lo que también lo estará hacia las marcas que usan o consumen los protagonistas.⁵

Esto redundará en indudables ventajas para las organizaciones, aunque la cuantificación de los beneficios sea complicada. El aumento en el volumen de facturación es obviamente importante, sin embargo, los principales problemas aparejados a esta técnica son: la dificultad para medir su eficacia, así como la remisión de los efectos sobre la audiencia tanto a medio, como a largo plazo. Por ello, aunque a través del emplazamiento de productos se busque aumentar la contratación de bienes o servicios, su utilización, en muchos otros casos, persigue ‘potenciar la marca’, ‘favorecer su notoriedad’⁶. Además,

³ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas publicitarias*, Universidad de Málaga, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Málaga, 2007, págs. 48 y ss.

⁴ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., págs. 48 y ss.

⁵ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., págs. 48 y ss.

⁶ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., p. 53

la utilización del *product placement* será notablemente más asequible que el recurso a las técnicas de publicidad tradicional.

Desde el punto de vista de los medios de difusión, la posibilidad de recurrir al emplazamiento de producto, aportará también grandes beneficios. En primer lugar, el emplazamiento de productos ‘supone una importante fuente de recursos⁷’ que permite a las productoras abaratar costes tanto en la fase de producción, como en la fase de rodaje. Por un lado, permite la obtención de liquidez en la fase previa, mientras que, por otra parte, se eliminan los costes de obtención de estos productos durante la realización del film o programa en cuestión⁸.

Además, esta técnica puede ser utilizada sin riesgo de alterar la integridad de la obra visual antes, al contrario, ‘el *product placement*, bien utilizado, puede permitir que la película o serie reflejen mejor la realidad y, por ende, resulten más creíbles⁹’. En este sentido, la inserción de marcas en la ficción dramática, no solo ayuda a conferir mayor verosimilitud o realismo a una determinada escena, sino que, además, facilita la contextualización histórica de la trama y contribuye a la definición del carácter de los personajes. Así pues, al igual que la aparición de marcas populares durante la época de la transición española, nos ayuda a ubicar temporalmente la acción de la serie ‘Cuéntame cómo pasó’, el ‘Martini revuelto, pero no agitado’, es parte de la identidad del Agente 007. Entendido así, MÉNDEZ NOQUERO justifica - muy acertadamente en mi opinión – que la lógica de la aparición del *product placement* ligada al cine, no viene motivada por un mero oportunismo comercial en detrimento de la inocencia narrativa de la ficción audiovisual para beneficio propio, sino que, es, precisamente, ‘la propia seducción narrativa del cine, la que llama a su aprovechamiento para fomentar la notoriedad comercial de forma más o menos natural’.

⁷ TATO PLAZA, A. “*Product placement y publicidad encubierta (Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y 4 de junio de 2001, caso “Soberano”)*” Actas de derecho industrial y derecho de autor. Tomo XXII.(2001) pag. 580.

⁸ MÉNDEZ NOQUERO, A. Nuevas formas... op., cit., p. 50 y ss.

⁹ TATO PLAZA, A “*Product placement y ...*” op., cit., pag. 580

b. Origen histórico, expansión y llegada a nuestro país.

El fenómeno del *product placement*, es tan antiguo como el medio al que nace vinculado, el cine¹⁰. Aunque no hay consenso a la hora de concretar su origen histórico de un modo preciso¹¹, la mayor parte de la doctrina coincide en situar éste, en la película “*Mildred Pierce*” [1945], a razón de la escena en la que Joan Crawford aparece bebiendo un Bourbon de la marca *Whisky Jack Daniel’s*¹². Sea cual fuere su origen concreto, el mundo del cine se convertiría en el ‘medio sin parangón’ en el que las marcas, gracias a esta nueva técnica, encontrarían su mejor escenario¹³. La industria, empezaría a percatarse del potencial económico del PPL a consecuencia de famosas escenas que propiciaron aumentos exponenciales en las ventas de los productos emplazados. Entre ellos, es célebre el incremento en un 65% en las ventas de los caramelos *Reeses’s Pieces* tras su utilización por Elliot en E.T ‘El Extraterrestre (1982)’¹⁴.

Las primeras manifestaciones de este fenómeno en nuestro país, se remontan a los años 90. Por aquel entonces, se produciría el asentamiento de determinadas circunstancias que provocaría la expansión de este fenómeno, a otros nuevos medios audiovisuales.

En primer lugar, la evolución del sector televisivo provocada por la irrupción de las cadenas privadas de televisión, supuso el fin de las grandes audiencias.

En segundo lugar, la saturación publicitaria a la que el espectador había sido expuesto, trajo consigo la falta de credibilidad del público hacia el *spot* convencional. Los telespectadores, empoderados ante la reducción de su dependencia a canales únicos para encontrar entretenimiento, consagraron el *zapping* como arma ante el bombardeo publicitario al que con anterioridad se les había sometido. Estos primeros síntomas de la

¹⁰ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., pág. 45

¹¹ TATO PLAZA, A “*Product placement y ...*” op., cit., pag. 578-579

¹² Cfr. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. “*Product placement o emplazamiento de productos (a propósito de la regulación contenida en la nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual)*”, Actas de derecho industrial y derecho de autor, Tomo 25, 2007-2008; TATO PLAZA, A “*Product placement y ...*” op., cit., pag. 578-579

¹³ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit. Pág 40 y ss.

¹⁴ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., pág. 45 y ss.

“crisis de la publicidad convencional”¹⁵ - una crisis que no hará, sino agravarse hasta nuestros días -, hicieron surgir en los anunciantes, la necesidad de encontrar nuevas formas publicitarias que se adaptaran a un consumidor cada vez más crítico.

En tercer lugar y, paralelamente a todos estos fenómenos, se produce un ‘redescubrimiento de la imagen de marca’ por parte del sector empresarial. Empezará a desarrollarse un nuevo interés en el ámbito de las comunicaciones y del marketing en general, que traerá consigo una nueva sensibilidad hacia la marca como reflejo de la ‘identidad, imagen y cultura corporativas’¹⁶.

Para culminar, surge en nuestro país el fenómeno de las teleseries, y con ellas se abriría el camino a esta técnica; universalizándose, no solo el ámbito de utilización del emplazamiento de producto- pues, como veremos, éste va a seguir creciendo -, sino la intensidad del debate ético-legal que había acompañado al fenómeno desde su nacimiento. A pesar de su rápida expansión y de su consolidación como una práctica habitual para el sector de las comunicaciones, la evolución legal del emplazamiento de producto, se vio fuertemente entorpecida por los motivos que ahora veremos.

c. Problema en su origen: debate ético legal.

El reconocimiento y la regulación del emplazamiento como una forma de comunicación comercial lícita, se vio entorpecido desde un principio por dos motivos: en primer lugar, por las acusaciones de ilegalidad que la figura recibió por parte de distintos sectores que buscaban su prohibición y, en segundo lugar, por la dificultad de su regulación habida cuenta de los principios generales de identificación y separación de programas que informan la regulación publicitaria¹⁷.

Lo que estaba claro desde un principio, era que, si el *product placement* se consideraba publicidad, lógicamente debería serle de aplicación la legislación al respecto¹⁸. Legislación que, por aquel entonces, no sólo no incluía aún pronunciamientos explícitos

¹⁵ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., págs. 47 y 48

¹⁶ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., pág. 48

¹⁷ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., págs. 102 y ss.

¹⁸ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., págs. 102 y ss.

sobre la técnica, sino que prohibía las conductas con las que el emplazamiento de producto estaba acusado de identificarse.

d. Solución provisional

En la práctica, y, teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, a la hora de llegar a un acuerdo en cuanto a la regulación del emplazamiento, los distintos sectores afectados trataron de presionar, en función de sus intereses.

Por su parte, la Confederación Estatal de Consumidores y Usuarios (CECU), defendió que el emplazamiento debía considerarse “publicidad encubierta”, ya que a través de ella se anunciaban los productos en cuestión ‘sin que el espectador se percate de que está asistiendo a contenidos publicitarios’. Por consiguiente, debía estar prohibido¹⁹.

En sentido contrario, por parte del sector de las comunicaciones, se pretendió evitar – sin éxito – la calificación del emplazamiento de producto como publicidad. Según el parecer de la directora de la Agencia ‘Cinemarc’ – especializada en el emplazamiento de productos -, el PPL ‘distaba mucho de ser acción publicitaria, y más aun de ser publicidad encubierta’²⁰. En defensa de este argumento, se esgrimió que, al contrario de lo que sucede con la publicidad televisiva, donde ‘el anunciante diseña y dirige la producción por completo’, en el caso del PPL ‘el anunciante no decide ni influye en el mensaje, sino que lo único que hace es aprovechar una oportunidad concreta de comunicación’²¹. En este mismo sentido, la Asociación Española de Anunciantes (AEA), en nota fechada de 1996 defendió que ‘el emplazamiento de productos es una técnica diferente de la publicidad’ y que, ‘desde el punto de vista de las técnicas de comunicación, se encuentra más próxima al patrocinio o a la publicidad estática, que a la publicidad’²².

A consecuencia de este debate, la Asociación Autocontrol de la Publicidad, reunió a todas las partes implicadas en un Seminario en junio de 1997²³. La finalidad fue que la

¹⁹ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., pág. 48

²⁰ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., pág. 48

²¹ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., pág. 48

²² MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., págs. 48 y 49

²³ Seminario sobre técnicas de comunicación comercial, organizado por la Asociación Autocontrol de la Publicidad, Madrid, 30 de junio de 1997

regulación de este fenómeno no cayera en manos ajenas al mundo publicitario. Como resultado, se articuló una solución provisional: el PPL se equipararía al patrocinio en su regulación²⁴.

Esto, por dos razones. En primer lugar, aunque el tratamiento legal del patrocinio todavía formaba parte de la “agenda” reguladora, se esperaba que éste fuera flexible²⁵. En segundo lugar, se trata de dos figuras que están profundamente relacionadas y, aun hoy en día, sus respectivos regímenes jurídicos guardan una incuestionable similitud.

e. Acusaciones de ilegalidad

Hoy en día, nadie duda de que el emplazamiento de producto sea publicidad²⁶. Por aquel entonces, los únicos recursos por parte de la heterorregulación, se encontraban en las leyes que se encargaban de regular la publicidad. En concreto, a nivel europeo, nos encontramos con la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de publicidad engañosa. Ésta última, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 24/1998 General de la Publicidad, que derogó el antiguo Estatuto de la Publicidad de 1964. A partir de este momento, y hasta el 2010, la LGP – junto con las leyes especiales que la complementan - sería la única encargada de regular el régimen jurídico de la publicidad.²⁷

La definición legal de *publicidad*, aparecía – y hoy día así se mantiene - en el artículo 2 del texto original como ‘toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal

²⁴ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., págs. 48 y ss.

²⁵ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., págs. 48 y ss.

²⁶ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., págs. 48 y ss.

²⁷ Según la redacción original del artículo 1 LGP ‘La publicidad se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias’. Según la modificación operada en este mismo artículo 1 LGP por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre el contenido de este artículo pasará a ser: ‘la publicidad se regirá por esta Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias’.

o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones’.

Teniendo en cuenta esta definición, el problema no fue tanto la aceptación del carácter publicitario de emplazamiento, como su delimitación conceptual. Los límites conceptuales difusos entre el PPL y otras modalidades publicitarias ilícitas, despertaron reticencias sobre todo por parte de los sectores vinculados con la defensa de los derechos de los consumidores. Entre las acusaciones de ilicitud más importantes que ha recibido el emplazamiento de producto, se le ha acusado de ser publicidad subliminal, publicidad engañosa y publicidad encubierta, ‘además de infringir el principio de separación de los programas y la publicidad’²⁸.

Las modalidades publicitarias prohibidas por la ley en aquel momento, se encontraban reguladas en el Título II LGP, conformado por los artículos de 3 a 8²⁹. En el primero de ellos, se establecía un listado taxativo de las modalidades consideradas “ilícitas”, entre las que se incluían: ‘a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer; b) La publicidad engañosa; c) La publicidad desleal.; d) La publicidad subliminal; e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios’.

De una forma breve – debido a la limitada extensión de este trabajo – trataremos de exponer algunas de las diferencias más significativas a nivel conceptual entre estas figuras ilícitas y el emplazamiento de producto.

i. Publicidad subliminal

Siguiendo al profesor DE LA CUESTA RUTE, debemos considerar *manipulación subliminal* a aquella en la que el mensaje publicitario se transmita ‘en tal forma que no pudiendo ser percibido por los sentidos del receptor, lo sea por su subconsciente’³⁰.

²⁸ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., págs 56 y ss.

²⁹ Actualmente, este Título II se encuentra compuesto por los artículos 3 a 6.

³⁰ DE LA CUESTA RUTE, J. M^a., Curso de Derecho de la Publicidad, Eunsa, Pamplona 2002

La misma formulación, aparece en el artículo 7 de la LGP actual que define la *publicidad subliminal* como ‘la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida’.

Por tanto, la razón fundamental de la prohibición publicidad subliminal³¹ es que ésta ‘no puede ser percibida de forma consciente’ y que, consecuentemente, ‘los destinatarios no podrán controlar estos estímulos de una forma racional.’³². Por parte de la doctrina³³, parece que esta acusación de ilegalidad con respecto al emplazamiento de producto, se encuentra infundada. El *product placement* no se enmarcaría dentro de esta categoría ‘por el mero hecho de que lo que prima es la intencionalidad que existe de que la marca se perciba’³⁴. Así pues, no podría considerarse el emplazamiento de producto como una técnica de persuasión subliminal pues ‘su objetivo principal es la notoriedad, con lo que el producto es visto conscientemente, aunque éste integre de forma disimulada en los contenidos en busca de la cotidianidad y perfecta integración con la narración-’³⁵.

En este sentido, la resolución del JP de octubre de 2000, consideró que no existía publicidad subliminal si la imagen podía ser vista, aunque de forma breve, en condiciones normales de visionado. Es decir, aunque en el emplazamiento, el producto se muestre “confundido” o disfrazado”, participando de otros ambientes³⁶, no será considerado

³¹ Ya hemos visto como la LGP recoge la publicidad subliminal como una de las modalidades de publicidad ilícita. En el mismo sentido, el artículo 18 LGCA prohíbe en cualquiera de sus formas las comunicaciones comerciales que utilicen técnicas subliminales.

³²MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. & HERRERO SUÁREZ, C. & MARTÍN GARCIA, L. & HERNÁNDEZ RICO, J.M., *Derecho de la Publicidad*, Thomson Reuters, 1ª Edición, junio de 2015, pg 108

³³ Vid. MÉNDEZ NOGUERO, A. op., cit., pág. 101; Castro Pérez, J. (2005 – Número 5) Entrevista sobre Product Placement, a Dr. Manuel Sánchez de Diego (UCM). Revista Derecho e Información, Publicación universitaria sobre cuestiones jurídicas de la comunicación. Desde <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/di/5/product.htm>

³⁴ NOVILLA MENGUAL, LUIS A. (2009). *La función de comunicación comercial del product placement y su influencia en los sistemas de producción audiovisual* (Tesis doctoral). Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p.218

³⁵ NOVILLA MENGUAL, LUIS A. (2009). *La función...* op., cit., p. 218.

³⁶ NOVILLA MENGUAL, LUIS A. (2009). *La función...* op., cit., p. 218.

publicidad subliminal siempre que pueda haber apreciación consciente por parte del destinatario.

Por tanto, y aunque tanto el emplazamiento de producto, como la publicidad subliminal buscan ‘ocultar la naturaleza publicitaria del mensaje a sus destinatarios’, la manipulación del subconsciente del espectador que busca la publicidad subliminal es la que determina la prohibición total de ésta última y su constitución en una categoría separada con respecto al emplazamiento de producto. Además – como ya hemos mencionado –, el emplazamiento de producto no busca tanto ocultar esta finalidad promocional, como que no se le atribuya a la marca directamente, y sí al medio emisor.

ii. Publicidad engañosa

Según el artículo 4 del texto original LGP, es engañosa la ‘publicidad que, de cualquier manera, incluida su presentación, induce o pueda inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios’³⁷.

Siguiendo a BODEWIG³⁸ **el emplazamiento puede inducir a error por su presentación**. Es decir, el emplazamiento induce a engaño sobre los motivos que han llegado a insertar el producto en la película o serie. La audiencia puede llegar a pensar que la aparición del producto en una determinada escena, responde a aspectos artísticos o creativos y, sin embargo, una remuneración económica ha sido el único motivo de su inclusión. Esto, supone un engaño por ocultación, y, en teoría, un riesgo para el consumidor.

³⁷ Esta redacción desaparecerá con la modificación operada por el artículo 2.1 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

³⁸ BODEWIG, H. “Product Placement and andere Arten der “Absatzfördernden Kommunikation” Die neue Formen der Schleichwerbung? Die neuen Formen der Schleichwerbung BB Beilage 1986. Vid. MÉNDEZ NOGUERO, A. op., cit., pág. 104

Este *error* puede ser descrito – en línea con las resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001 - como la posibilidad de que el público destinatario (o un sector significativo del mismo) ‘piense que la inserción del producto (...) obedece a una libre decisión creativa de los responsables del filme, decisión motivada por la especial adecuación de aquel producto a los rasgos del personaje que lo consume durante la trama’. El emplazamiento, por su credibilidad, es susceptible de provocar mecanismos de transferencia de imagen en los consumidores, haciéndoles creer que, por consumir el producto emplazado, su estilo de vida va a asemejarse de algún modo al de los personajes a los que se asocia este producto en la ficción³⁹. Por tanto, el riesgo al que se somete al consumidor está en que, de realizarse el emplazamiento de manera oculta, ilícita, – lo cual nos reconduciría a un caso, no de emplazamiento, sino de publicidad encubierta – se desencadenen estos mecanismos de identificación en los consumidores⁴⁰, los cuales no hubieran surgido de haberse realizado el emplazamiento de una forma lícita; es decir, habiendo mediado una correcta identificación de los contenidos como publicitarios. Es precisamente esta posibilidad de “engaño” - según el Jurado de Autocontrol -, la que lleva a la prohibición de la publicidad encubierta. Por tanto, el hecho de que la publicidad encubierta sea considerada - cómo veremos más adelante⁴¹ -, como un supuesto de “publicidad engañosa”, no quiere decir que el emplazamiento de producto legítimo, sea asimilable per sé, a la publicidad engañosa.

Además, la acusación de que el emplazamiento de producto es publicidad engañosa, ha sido también discutida abiertamente bajo el pretexto de ser demasiado paternalista ya que, para algunos autores, ‘el público es mucho menos ingenuo de lo que este planteamiento sostiene’⁴².

Así pues, una vez descartada también esta acusación, pasaremos a estudiar la relación entre el emplazamiento de producto y la publicidad encubierta. Ciertamente, la historia de la regulación del emplazamiento de producto, ha estado marcada por su estrecha relación con la publicidad encubierta. De hecho, su reconocimiento solo ha sido posible, una vez producido el deslindamiento, de esta práctica publicitaria, de la prohibición

³⁹ TATO PLAZA, A “*Product placement y ...*” op., cit., pag. 580

⁴⁰ TATO PLAZA, A “*Product placement y...*” op., cit., pag 580

⁴¹ Remisión al punto 3.a

⁴² MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., pág 104

general de publicidad encubierta– tema que abordaremos ampliamente en el apartado dedicado al tratamiento legislativo y jurisprudencial del emplazamiento de producto⁴³–.

f. Principio de separación de programas o principio de autenticidad

En el punto en que se encuentra la legislación en el momento en que comienza la polémica en torno a la regulación del emplazamiento de producto, la publicidad encubierta no se encuentra aún dentro de las modalidades de publicidad ilícita prohibidas por la LGP. Sin embargo, el artículo 11 de la redacción original⁴⁴ de la ley, establecía el deber de los medios de difusión ‘de deslindar perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad’, así como el deber de los anunciantes de ‘desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios’.

En opinión de MÉNDEZ NOGUERO, el reconocimiento del principio de identificación y separación, podría considerarse como una declaración, aunque indirecta, de la ilicitud de la publicidad encubierta⁴⁵. Sin embargo, esto no supuso una gran novedad, pues ya se encontraba una formulación similar bajo el rótulo de ‘principio de autenticidad’ en el artículo 2 del antiguo Estatuto de la Publicidad de 1964. Según SABATÉ LÓPEZ el principal motivo por el cual el emplazamiento de producto no se reconoce de forma específica - sobre todo a nivel europeo-, hasta un momento tan tardío, es, precisamente, que éste ‘desafía a los principios de identificación y diferenciación que tiene que mantener la publicidad con respecto al resto de la programación’ y que, por tanto, ‘atenta contra la prohibición (hasta ahora indirecta) de la práctica de publicidad encubierta’⁴⁶.

⁴³ Remisión al punto 3.a

⁴⁴ Actualmente se encuentra formulado en el artículo 9 LGP tras la reforma operada por el artículo 2.2 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre

⁴⁵ MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas...* op., cit., pág 103.

⁴⁶ SABATÉ LÓPEZ, J. & SOLANAS GARCÍA, I. *El tratamiento de la publicidad en la Directiva Europea de Televisión sin Fronteras*. Quaderns del Consell de l’Audiovisual de Catalunya: número 22, 2005

3. Evolución legal y jurisprudencial.

a. Historia de su regulación y situación actual

Uno de los instrumentos legales más importantes en torno a la regulación del sector de las comunicaciones, se encuentra en la Directiva 89/522/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, más conocida como ‘Ley de Televisión sin Fronteras’ (LTSF en adelante). El objetivo principal de la directiva, consiste en armonizar la regulación del sector de medios por parte de los diferentes Estados Miembros, a fin de garantizar la libre competencia de los operadores a través de – entre otros – una regulación más consistente de la publicidad televisiva y el patrocinio. Por tanto, esta directiva se aplicará tan sólo al ámbito de la comunicación televisiva. Con la finalidad de aclarar conceptos, el artículo 1 de la directiva, incorpora varias definiciones que interesan a este trabajo pero que, sin embargo, no vamos a transcribir, ya que serán contempladas en términos idénticos en su adaptación a nuestro ordenamiento interno – como a continuación veremos -. Serán importantes, sobre todo, las definiciones de “publicidad televisiva”⁴⁷, y “publicidad encubierta”⁴⁸. En cuanto al tratamiento legal de la publicidad encubierta por el que la LTSF aboga, el artículo 10, en su apartado 4, establece su prohibición general. Con respecto a la posibilidad de realizar emplazamiento, no aparecen menciones directas. Sin embargo, el artículo 11 de la directiva establece que la “publicidad deberá insertarse entre programas” aunque seguidamente se prevé la posibilidad de la inserción de publicidad dentro de los éstos; siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones, que nuestra ley se encargará de repetir.

Tras unos años de la publicación de la LTSF, se promulgó en nuestro país la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español ésta directiva 89/522/CEE⁴⁹. Según el preámbulo de ésta, la Ley 25/1994 sería, junto con las previsiones

⁴⁷ La “publicidad televisiva” aparece definida en el artículo 1, apartado b) de la directiva.

⁴⁸ La “publicidad indirecta” aparecerá definida en el artículo 1, apartado d) de la directiva.

⁴⁹ Posteriormente complementada y modificada por las disposiciones de la Ley 22/1999, de 7 junio.

establecidas en la LGP, la encargada de regular el ámbito de la televisión como medio de comunicación social, hasta su derogación en el 2010 por la promulgación de la LGCA.

Siguiendo el estilo y el contenido de la directiva en su artículo 1, la ley 25/1994 incorpora en su artículo 3 las definiciones de “publicidad” y “publicidad encubierta”. Algunos elementos de estas definiciones, han supuesto – como veremos -, un gran esfuerzo de interpretación para nuestra jurisprudencia en varios casos.

Empezando con las definiciones contenidas en esta ley, en el artículo 3, apartado b) encontramos definida la “publicidad por televisión” como ‘cualquier forma de mensaje televisado emitido a cambio de una remuneración de cualquier naturaleza, realizado por orden de una persona física o jurídica, pública o privada, y relativo a una actividad comercial, industrial, artesanal o a una profesión liberal, con el fin de promover la contratación de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones’.

El apartado c), en su párrafo primero, por su parte, define “publicidad encubierta” como, ‘aquella forma de publicidad que suponga la presentación verbal o visual, de forma no esporádica u ocasional, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un fabricante de mercancías o de un empresario de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte de la entidad que preste el servicio público de televisión, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación’.

Además, en el párrafo segundo de este apartado, se aclara que ‘la presentación de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades se considerará intencionada, y por consiguiente tendrá el carácter de publicidad encubierta, si se hiciera a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta’.

En el capítulo III⁵⁰ de esta Ley, se incluirá una nueva regulación más detallada a la ofrecida por la LGP, entre las que destaca, como novedad, la prohibición expresa de la publicidad encubierta. En concreto, el artículo 10 apartado 2 de la redacción original⁵¹ prohíbe explícitamente la publicidad encubierta, considerándola, además, como una infracción

⁵⁰ CAPITULO III “De la publicidad por televisión y del patrocinio publicitario”.

⁵¹ Tras su modificación, por la Ley 22/1999, este artículo cambiaría su numeración pasando a estar recogido en el artículo 9.

grave según el artículo 19.1 de la misma versión original de la ley⁵². Por lo demás, y reforzando esta prohibición de publicidad encubierta, el artículo 12 establece⁵³ – como ya lo hacían la LGP y el Estatuto de la Publicidad –, el “deber de identificación y colocación de la publicidad”⁵⁴. Además – y al igual que se establecía ya en la directiva – en el apartado 3 de este mismo artículo, se advierte que ‘la publicidad deberá insertarse entre los programas’. No obstante, la ley también puntualiza que ‘la publicidad podrá también insertarse dentro de los programas siempre que no perjudique su unidad ni desmerezca el valor o calidad de éstos y su emisión se realice teniendo en cuenta las propias interrupciones naturales del programa, su duración y naturaleza, y de modo que, en ningún caso, se perjudiquen los derechos de los titulares de los programas dentro de cuya emisión la publicidad se inserta’.

Con respecto a la posibilidad de realizar emplazamiento y a su licitud, en primer lugar, la definición de publicidad encubierta que esta ley nos ofrece, resulta lo suficientemente amplia como para amparar cualquier forma de emplazamiento de producto dentro de la misma. Además, tampoco es el artículo 3 excesivamente claro en cuanto a lo que se debe entender por “propósito publicitario”, o la importancia que tiene la existencia o no de remuneración. No parecen tampoco claras las condiciones que deben cumplirse a hora de introducir la publicidad “entre programas” – supuesto en que se da el emplazamiento televisivo – o qué tipo de publicidad puede incluirse. Aunque valorando estas circunstancias, todo pudiera apuntar a la “prohibición” del emplazamiento de producto, su utilización estaba ya consolidada en la práctica publicitaria.

Ante la incertidumbre y falta de claridad legislativa, estas dudas fueron resolviéndose por nuestra jurisprudencia en una serie de casos que apuntan a señalar los límites conceptuales entre la publicidad encubierta y emplazamiento de producto.

En cuanto a los elementos constitutivos de la “publicidad encubierta” que se establecen en el artículo 3, la Audiencia Nacional, en su Sentencia (SAN) de 11 de noviembre de 2010, a través de un análisis de la legislación aplicable a los hechos enjuiciados en el momento en que fueron cometidos, concluye que en el segundo párrafo del artículo 3,

⁵²Tras su modificación por la Ley 22/1999, de 7 de junio, este artículo cambiaría su numeración pasando a estar recogido en el artículo 20.

⁵³ Tras su modificación por la Ley 22/1999, de 7 de junio, este artículo cambiará su numeración pasando a estar recogido en el artículo 13.

apartado c) se establece lo que podría denominarse como un **“subtipo” de la publicidad encubierta**. Así entendido, si la presentación de los bienes, servicios, marca o actividades en cuestión, traen cuenta de una remuneración – cualquiera que sea la natura de esta-, se considerará automáticamente “intencionada” y, por tanto, tendrá carácter de publicidad encubierta. Esta sentencia, en concreto, considera que, existe remuneración ‘cuando la empresa propietaria del producto o servicio mantiene estrechas relaciones comerciales de patrocinio publicitario (...) con la empresa titular del medio’ Por tanto, para determinar si la presentación de productos constituye un supuesto de publicidad encubierta, la Audiencia señala que, una vez probada la existencia de la “remuneración” a la que el “subtipo” del párrafo segundo asocia la “intencionalidad de la presentación”, la cuestión a solventar radicarán, ‘no en si hubo o no contraprestación por la aparición del producto en el visionado, sino en si hubo o no intención o propósito publicitario’, “el cual, además, pudiera haber inducido a error al público”, tal y como recoge el párrafo primero del artículo 3.d). El tribunal califica así a la **finalidad promocional como ‘el verdadero elemento subjetivo de la publicidad encubierta que –en el caso de la publicidad encubierta–, se lleva a cabo de manera oculta’**. Por tanto, una vez acreditada la existencia de remuneración, queda acreditada automáticamente la intencionalidad de la presentación, y, lo que será clave en estos casos, es analizar la existencia de propósito publicitario que pueda inducir a error al público para determinar si la presentación de estos bienes o servicios debería considerarse publicidad encubierta.

Yendo más allá, **la existencia de remuneración no es imprescindible para calificar esta presentación como publicidad encubierta**. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2013, establece que ‘la existencia de remuneración opera como una circunstancia que confirma *ex lege* la intencionalidad publicitaria’ de la presentación de los productos, bienes, servicios o marca en cuestión. Sin embargo, ‘esto no implica que sea imposible la existencia de publicidad encubierta sin que exista remuneración’, ni, por tanto, carácter intencional. Según la STS es precisamente por éste hecho que no se establece la existencia de remuneración, como requisito, en el artículo en que se establece

la definición de la publicidad indirecta⁵⁵, ni tampoco en los artículos de esta misma ley que prohíben la publicidad encubierta y la califican como infracción grave⁵⁶.

Además, aunque este avance legislativo es importante - ya que por primera vez se establece la prohibición explícita de la publicidad encubierta -, la regulación recogida en esta ley, no será aplicable a otros medios que no sean el televisivo. Al hilo de esto, el Jurado de Autocontrol de la Publicidad, en las Resoluciones de 26 de abril y de 4 de junio de 2001 establecen que, aunque los artículos⁵⁷ de la Ley 25/1994 no sean directamente aplicables al caso – pues en este caso, el pretendido “emplazamiento de productos” se había llevado a cabo en varias páginas web – al no tratarse de una hipótesis de publicidad televisiva; la sala reconoce la existencia de un “concepto genérico y global de publicidad encubierta” que se formula con la finalidad de “poner coto a aquellos casos en los que un mensaje publicitario se disfraza como aparentemente informativo o neutral, de modo que la aparente imparcialidad de aquel que alaba el producto provoca que el mensaje tenga un mayor grado de credibilidad para su público destinatario”⁵⁸.

Teniendo esto en cuenta estos pronunciamientos, nos será fácil entender la diferencia conceptual entre “emplazamiento de producto” y “publicidad encubierta” para nuestros tribunales y órganos.

Según TATO PLAZA, habría que considerar – y así lo estimó el jurado en el último caso que hemos mencionado - que **existe emplazamiento ilícito “cuando éste no está justificado desde una perspectiva escénica**, ya sea porque no existe ninguna relación entre el producto y la escena en la que se inserta, ya sea porque el producto ha sido insertado en la película o serie de forma que excede o resulta desproporcionada respecto de la necesidad escénica que justificaba el emplazamiento”⁵⁹. Este mismo planteamiento es seguido por la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 23 de marzo de 2009 en la cual el tribunal especifica que ‘la diferencia entre publicidad encubierta y la mera presentación (“asentamiento” o “emplazamiento” de producto), reside en que en la

⁵⁵ Artículo 3 apartado d).

⁵⁶ Tras la reforma operada por la ley 22/1999 de 7 de junio, pasarán a ser los artículos 9.2 y 20.2 respectivamente.

⁵⁷ En concreto, el artículo 3 de la Ley 25/1994.

⁵⁸ MEGÍAS QUIRÓS, J.J., “*El principio de autenticidad en la comunicación comercial*”, Revista Comunicación, Nº 12, Vol. 1 (2014), pg 76

⁵⁹ TATO PLAZA, A “*Product placement y ...*” op., cit., pag. 580 y ss.

publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el “asentamiento” la aparición del producto o servicio de que se trate es ‘solo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional o apologética’.

Simplificando, cabría afirmar que para que un emplazamiento de producto sea lícito, la presentación de éste, tiene que, o bien guardar algún tipo de relación con el ambiente en que aparece presentado, o bien darse de forma anecdótica o puntual.⁶⁰ Desde el punto de vista práctico estos límites a la exposición del producto resultan un tanto subjetivos a la hora de su valoración y a veces, poco realizables en la práctica.

Siendo esta la situación, y, aprovechando la consulta pública realizada entre 2003 y 2004 por la Comisión Europea al objeto de revisar la Directiva de Televisión sin Fronteras, la *European Association of Communications Agencies* (EACA) solicitó, en una contribución escrita de julio de 2003⁶¹, el esclarecimiento de las ‘indefiniciones y los equívocos’ que pesaban sobre la técnica del emplazamiento de producto en relación con la publicidad encubierta. En definitiva, lo que se reclamaba por parte de las asociaciones interesadas, era certidumbre en la regulación de una práctica utilizada ‘de forma intensiva’ en la producción audiovisual que constituía una importante fuente de ingresos para el sector de medios – fuertemente necesitado de protección -⁶².

El resultado de esta consulta, tuvo su fruto en la Comunicación interpretativa de la Comisión de 23 de abril de 2004 relativa a algunos aspectos de las disposiciones de la directiva (LTSF) sobre publicidad televisiva. Entre los objetivos de esta Comunicación, estaba, el de aclarar la posición de la LTSF en relación con las ‘nuevas técnicas publicitarias’, entre las que menciona de un modo directo - por primera vez -, al emplazamiento de productos⁶³.

De un modo resumido, la Comisión aclara que estas nuevas prácticas “no son incompatibles per se con la directiva” y se muestra partidaria de su admisión siempre y cuando se respeten determinados objetivos de interés general perseguidos por la directiva.

⁶⁰ En este sentido, Resolución de 5 de septiembre de 2013 de la Sección Sexta del Jurado de AUTOCONTROL.

⁶¹ “*Review of the Television without frontiers directive*”

⁶² SABATÉ LÓPEZ, J. & SOLANAS GARCÍA, I. *El tratamiento ...*”. op., cit., pg.66

⁶³ En concreto la comunicación se refiere a la “colocación de productos”

En concreto, la comunicación se refiere con “objetivos de interés general”, a ‘el derecho de los telespectadores a una separación clara entre la publicidad y contenido editorial’ (principio de identificación); ‘el derecho de los telespectadores a una protección contra una publicidad excesiva’; y, ‘el derecho de los titulares de derecho al respeto de la integridad de sus obras audiovisuales’.

En consideración con las necesidades del sector, y “para facilitar la tarea a las autoridades nacionales”, la directiva dedica una especial atención al esclarecimiento de las pautas para la identificación de la publicidad encubierta.

En primer lugar, para que ‘la presentación verbal o visual de bienes, servicios, nombre o marcas’ tenga la consideración de publicidad encubierta, tienen que darse “**tres condiciones simultáneas**”: (1) ‘que el ente de radiodifusión televisiva la haga de manera intencionada; (2) que tenga propósito publicitario y; (3) que pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación’. Además, para facilitar esta calificación— que la misma comunicación considera complicada -, la Comisión ‘considera conveniente la aplicación del “**criterio de la prominencia indebida**” del producto, servicio, marca o nombre de empresa’⁶⁴ A fin de valorar esta prominencia indebida, la directiva aclara que habrá de tomarse en consideración ‘el contenido editorial de los programas en los que se insertan estos elementos’. Por ejemplo, para la Comunicación, ‘la presentación prominente de un producto constituye un indicio de publicidad encubierta si las necesidades editoriales del programa no justifican dicha presentación o si ésta es consecuencia de una influencia en el contenido editorial con fines comerciales’.

Estos tres requisitos, junto con el criterio de la prominencia indebida, han sido seguidos tanto por nuestra jurisprudencia como por AUTOCONTROL en sus resoluciones a la hora de esclarecer los casos en los que el emplazamiento de producto se presenta como justificación por parte de los implicados para esconder un claro propósito publicitario oculto o para burlar normas restrictivas de la publicidad⁶⁵.

En primer lugar, conviene recordar que estos tres requisitos ya aparecen en el tenor literal del artículo 3 d) de la Ley 25/1994. Hemos comentado la valoración de los tribunales con respecto a la importancia o necesidad del carácter “intencional” de la presentación del

⁶⁴ Apartados 33 y 34 de la Introducción de la directiva

⁶⁵ Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso "Soberano"

producto en cuestión, dejando claro que es la “finalidad promocional” el elemento subjetivo de la publicidad encubierta⁶⁶. Por tanto, el análisis de la finalidad promocional es importante por dos razones. En primer lugar, en los casos de publicidad encubierta, esta finalidad promocional no se da de forma explícita o abierta, sino que se hace con ocultación al público destinatario. Es precisamente esta ocultación, la circunstancia susceptible de inducir a error a los consumidores tal y como se establece desde el artículo 3.d). En segundo lugar, la apreciación de finalidad promocional es importante con respecto al emplazamiento de producto ya que, para que el emplazamiento sea lícito, no debe existir en él esta finalidad.

Como primer paso para identificar la finalidad promocional de una determinada presentación– siguiendo las recomendaciones de la directiva -, hay que tener en cuenta el criterio de la “prominencia indebida”. Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2010, el tribunal entendió que ‘la visualización del producto en el caso, gozaba de una prominencia indebida, ‘habida cuenta de su forma de presentación, clara, precisa, destacada y sin figuras, de forma que el complejo en cuestión resulta claramente identificable, lo que puede inducir al público a error en su presentación’. La apreciación de este criterio es un poco subjetiva, y, como vemos, precisa de un análisis casuístico.

En cuanto al error al que estas circunstancias inducen a los destinatarios, parece que la jurisprudencia mantiene, fundamentalmente, dos enfoques dispares. Ya hemos hablado de la diferencia entre publicidad subliminal, publicidad encubierta y emplazamiento de producto⁶⁷. Con respecto a las dos primeras, si bien es cierto que ambas pretenden ocultar, su carácter publicitario al espectador, la imposibilidad de percepción consciente de la publicidad subliminal hace que esta se deslinde conceptualmente de la publicidad encubierta. A pesar de esto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2009, entiende que la ocultación del carácter promocional por sí mismo, ‘entraña un riesgo para los consumidores de provocar su error, a través del estímulo, no consciente, al consumo al producto’. Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2013 va incluso más allá al determinar que, la ocultación de la finalidad publicitaria crea un indudable riesgo de provocar error en los consumidores, ‘invitándoles

⁶⁶ Vid. Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2010

⁶⁷ Remisión al punto 2.e.i.

o inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, al consumo del producto exhibido o presentado’.

Aunque según hemos expuesto en este trabajo, no haya manipulación subliminal en tanto y en cuanto el producto en cuestión pueda apreciarse en condiciones normales de visionado y más, teniendo en cuenta que el emplazamiento de producto busca una cierta presencia, parece que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo consideran que el riesgo al que la publicidad encubierta expone a los consumidores, tiene más tintes subliminales que engañosos.

Sin embargo, también encontramos pronunciamientos a favor de la consideración de esta ocultación del carácter publicitario como susceptible de inducir al consumidor a engaño por ‘error en la presentación’. En este sentido encontramos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2010, así como las Resoluciones de 26 de abril y 4 de junio de 2001 del Jurado de Autocontrol de la Publicidad – ya mencionadas -. Como veremos a continuación, también estará en la intención de la Ley el considerar la esta ocultación de la finalidad promocional en la publicidad encubierta, como una omisión engañosa.

Volviendo con el reconocimiento expreso del emplazamiento a nivel europeo, la Comisión tan sólo aclara en la Comunicación, que se muestra partidaria de la admisibilidad de estas ‘nuevas técnicas de referencia lícita a productos, marcas y operadores económicos’, **como “excepción” a la prohibición general de publicidad y tele venta encubierta**, siendo este criterio de la “prominencia indebida”, necesario para deslindar ambos supuestos.⁶⁸ Aunque supone un gran paso, el tratamiento del emplazamiento de producto permanece, por consiguiente, formulado en líneas un tanto imprecisas, sin quedar resuelto definitivamente⁶⁹ ya que, tal como reconoce la comunicación de la Comisión en la conclusión, el objetivo de esta misma no es ‘enunciar normas nuevas, sino precisar las disposiciones vigentes de la directiva’. Habría que esperar, por tanto, hasta la modificación de la directiva LTSP para obtener una formulación más consistente.

⁶⁸ MIRANDA SERRANO, L.D., & PAGADOR LÓPEZ D.J., El difícil emplazamiento del derecho de emplazamiento de producto: panorama legal, COPYME (Consejo Consultivo para Pequeña y Mediana Empresa) Martes 17 de junio de 2014. Desde <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=125>

⁶⁹ SABATÉ LÓPEZ, J. & SOLANAS GARCÍA, I. *El tratamiento ...*”. op., cit., pg.66

Un año más tarde, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, conocida con el nombre de ‘Directiva sobre prácticas comerciales desleales’, introduciría novedades en nuestro país en relación con el régimen jurídico encargado de regular la publicidad encubierta.

Como consecuencia de la armonización de mínimos que se incluía en la directiva 84/450/CEE de 10 de septiembre de 1984, las legislaciones de los EM sobre publicidad engañosa diferían de forma significativa. Para superar esta incertidumbre y derribar obstáculos a la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios⁷⁰, la presente directiva considera conveniente que se considere como práctica comercial desleal, por engañosa -valga la redundancia -, a la publicidad engañosa⁷¹.

La Directiva – que clasifica las prácticas engañosas en acciones engañosas y omisiones engañosas – considerará engañosa ‘toda práctica comercial que (...), incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio⁷²’ y ‘establece un número limitado de datos esenciales que el consumidor necesita para poder tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa’.

La transposición de la Directiva se produjo gracias a la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Desde la Exposición de Motivos, la ley 29/2009 aclara que, conforme a la preminencia del derecho comunitario, ‘las prácticas comerciales de los empresarios respecto a los consumidores, se regularán según lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal y en el Texto Refundido de la ley para la Defensa para Consumidores y Usuarios’. Hasta este momento, tanto la publicidad engañosa, como la desleal, habían estado reguladas por la LGP. Tras la reforma, el artículo 1 de la LGP pasaría a tener el siguiente contenido: ‘la publicidad se regirá por esta Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias’. Además, el artículo 4 LGP⁷³ establecería, en su apartado e), el carácter ilícito ‘la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la

⁷⁰ Introducción, apartados (3), (4) y (5) de la directiva.

⁷¹ Introducción, apartado (14) de la directiva.

⁷² En el artículo 6, apartado.1 de la directiva se recogen las “acciones engañosas”.

⁷³ Artículo 3 de la formulación anterior.

publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados por la Ley de Competencia Desleal’.

Por su parte, ésta última añade en su artículo 18 que ‘la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal’.

En cuanto a la **consideración de la publicidad encubierta como engañosa**, el artículo 26 LCD considera ‘desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para 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 publicitario’. Sin embargo, según algunos autores, el concepto recogido en el artículo 26 LCD tan sólo se refiere a la llamada “publicidad redaccional” o “publi-reportajes y por tanto, no se puede deducir de él el carácter desleal de la publicidad encubierta⁷⁴. Estos mismos autores, abogan por la consideración de la publicidad encubierta, como un supuesto de publicidad ilícita autónoma, fundamentada en la infracción de los artículos 9 LGP⁷⁵ y 13.1 LGCA⁷⁶, y, por tanto, desleal en el sentido que establece el artículo 15 LCD⁷⁷. Sin embargo, esta consideración puede ser demasiado estricta y, dar un rodeo innecesario, ya que, la LCD ofrece diversas menciones que, aunque abiertas y generales, son suficientes para reconducir la consideración de la publicidad encubierta a un supuesto de publicidad desleal⁷⁸.

En concreto, los artículos 5 y 7 de la LCD regulan los actos de engaño y las omisiones engañosas respectivamente. En cuanto a los “actos de engaño”, en el primer párrafo del artículo 5 nos encontramos con la consideración de desleal por engañosa a ‘cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico (...)’. Ya analizamos, en relación a

⁷⁴ MIRANDA SERRANO, L.D., & PAGADOR LÓPEZ D.J., El difícil emplazamiento... op., cit.

⁷⁵ El artículo 9 de la LGP establece el principio de identificación de los contenidos publicitarios.

⁷⁶ En el párrafo segundo del artículo 13.1 se establece que “La publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial.”

⁷⁷ Según el artículo 15 LCD ‘Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa’.

⁷⁸ Miranda Serrano, L.D., & Pagador López D.J., El difícil emplazamiento... op., cit.

la acusación de asimilación del emplazamiento de producto con la publicidad engañosa, las consideraciones con respecto al riesgo que corren los destinatarios en estos casos⁷⁹.

Con respecto a las omisiones engañosas, el artículo 7 LCD reconoce que se considerará desleal ‘la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto’.

Sea como sea, la publicidad encubierta será reputada desleal. Esta consideración, tendrá consecuencias para el emplazamiento de producto, aunque de forma indirecta. Así pues y aunque ya del tenor literal de la directiva se desprendera que la misma ‘no afectaría a las prácticas publicitarias y de comercialización aceptadas, como el (product placement), legítimas’, dada la estrecha relación entre el emplazamiento de producto y la publicidad encubierta, si las prácticas comerciales encubiertas van a pasar a estar reguladas por el régimen de la competencia desleal, tendrán que tenerse en cuenta también sus indicaciones a la hora de llevar a cabo emplazamientos de la forma más correcta posible. De hecho - como veremos -, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ha estado involucrada activamente en el control del cumplimiento de la legislación relativa al emplazamiento de producto por parte de diversos medios⁸⁰.

Volviendo con el emplazamiento de producto, el parecer anunciado por la Comunicación interpretativa de 2004, de deslindar la regulación de nuevas prácticas publicitarias de la publicidad encubierta, tomó cuerpo en la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

⁷⁹ Remisión a apartado 2.e.ii

⁸⁰ La CNMC requiere a Atresmedia para que adecúe la calificación y emisión de la telenovela “El secreto de Puente Viejo, 2016”. Información accesible en el link <https://www.cnmc.es/CNMC/Prensa/TabId/254/ArtMID/6629/ArticleID/1478/La-CNMC-requiere-a-Atresmedia-para-que-adec250e-la-calificaci243n-y-emisi243n-de-la-telenovela-%E2%80%9CEl-secreto-de-Puente-Viejo%E2%80%9D.aspx>

La directiva aclara— como ya hacía en la comunicación que hemos mencionado — que ‘el principio de separación, no debe impedir el uso de las nuevas técnicas de publicidad’, siendo procedente **permitir el emplazamiento de productos en determinadas circunstancias, debiendo permanecer siempre prohibido cuando éste se realice de manera encubierta**⁸¹. Este impulso europeo se debe a la necesidad de armonización en el tratamiento de la materia por parte de los EM, en aras a ‘garantizar la igualdad de condiciones y acrecentar así la competitividad del sector europeo de medios, aunque les reconoce un amplio margen de discrecionalidad’.

La Comisión se guarda de advertir, que, ‘debe prohibirse, en principio, el emplazamiento de producto’. Por tanto, recomienda un enfoque excluyente de la técnica. Es decir, la directiva aboga por decretar una prohibición general de emplazamiento de producto que ha de complementarse con una lista positiva de excepciones para determinados tipos de programas. Será requisito fundamental para su admisión, que ‘siempre se informe adecuadamente al espectador de dicho emplazamiento’. Además, para facilitar las formas en que dicha identificación puede llevarse a cabo, señala que esta identificación ‘puede llevarse a cabo (...), por ejemplo, mediante un logotipo neutro’.

La definición de emplazamiento aparecerá en la directiva en el artículo 1, apartado b) como ‘toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que aparezca en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar’⁸².

En cuanto a la articulación del régimen jurídico del emplazamiento de producto, los requisitos de los que dependerá la licitud de éste, aparecen en el artículo 3 *octies* de la directiva. No vamos a reproducir su contenido literalmente, puesto que de esto ya se encargará nuestra ley en su transposición, la cual analizaremos con más detalle. Sin embargo, vamos a exponer el régimen jurídico que propone.

En primer lugar, la directiva establece en el apartado 1 del artículo 3 *octies* la prohibición de la publicidad encubierta. Sin embargo, en su apartado 2) reconoce - como excepción a esta prohibición - el derecho al emplazamiento de productos siempre y cuando se den las

⁸¹ Este reconocimiento, será facultativo para los estados miembros

⁸² Definición que aparece en el artículo 1 apartado m) de la directiva

circunstancias recogidas en el artículo. Estas circunstancias podrían sintetizarse en dos condiciones generales previas y tres requisitos.

Con respecto a las “dos condiciones previas”, en primer lugar, para que el emplazamiento de producto sea lícito, tiene que traer cuenta de una remuneración. En el caso de que solo se suministren los bienes de forma gratuita, o en forma de ‘ayudas materiales a la producción o los premios’, la directiva aclara que este sólo será considerado emplazamiento si ‘los bienes y servicios a los que se refieren tienen un valor significativo’. En segundo lugar, el emplazamiento de producto solo estará permitido en los medios establecidos en el apartado 2, guion primero. Así pues, los Estados Miembros que decidan regular la técnica, podrán declarar su licitud en “obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento”. Sin embargo, acto seguido abre la posibilidad de su inclusión en otros medios ‘en los casos que acabamos de comentar en los que no se produzca ningún pago, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa’. La directiva aclara también que el emplazamiento estará prohibido en la programación infantil, así como lo estará el emplazamiento de determinados productos tales como los productos del tabaco y medicamentos – cuando estos solo puedan obtenerse mediante receta en el EM bajo cuya jurisdicción esté el prestador de servicios de comunicación –.

Una vez cumplidas estas condiciones; el emplazamiento habrá de cumplir, como mínimo, los siguientes requisitos:

En primer lugar, el emplazamiento no podrá influir en el contenido de la emisión, ni podrá verse afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación”. En segundo lugar, el emplazamiento no podrá ‘incitar directamente’ a la compra o arrendamiento de bienes o servicios”. En tercer lugar, no podrá dar una “prominencia indebida” a los productos de que se trate⁸³.

⁸³ Requisitos establecidos en los apartados a), b) y c) respectivamente del artículo en cuestión. Las líneas de análisis para valorar si un producto aparece con “prominencia indebida” o no, aparecen contempladas en la Comunicación interpretativa de la Comisión de 2003 que ya hemos analizado previamente.

Para finalizar, el artículo aclara la necesidad de identificación del emplazamiento. Así pues, la directiva considera que, el emplazamiento debe de estar claramente identificado – al principio y al final del programa, así como cuando este se reanude tras una pausa publicitaria, con el fin de evitar toda confusión al espectador -.

Quedarían así articulados los rasgos mínimos del emplazamiento a nivel europeo.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), será la encargada de regular en nuestro país el emplazamiento de producto, siguiendo este mismo enfoque establecido por la Directiva 2007/65/CE.

En primer lugar, el artículo 2, apartado 24, párrafo segundo LGCA, siguiendo el deseo comunitario, señala que el emplazamiento tendrá, en todo caso, la consideración de ‘comunicación comercial audiovisual’. Este término, más amplio que el de “publicidad”, incluirá aquellas ‘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. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en el a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio’.

En el apartado 32 de este mismo artículo se define “comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta” como ‘la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio’. Por tanto, se produce el deslindamiento legal explícito del emplazamiento de producto con respecto a las prácticas comerciales encubiertas. Además, como vemos, la formulación que recoge es muy similar a la de “publicidad encubierta” que ya recogía la derogada Ley 25/1994.

La definición legal de “emplazamiento de producto” aparece, por su parte, en el apartado 31 descrito como ‘toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa’.

El “derecho al emplazamiento de productos”, aparecerá establecido en el artículo 17 LGCA. No vamos a transcribir el artículo original de la ley, sino que incluiremos el texto íntegro del artículo una vez modificado. Sin embargo, analizaremos el régimen jurídico primigenio que la nueva ley establece con respecto al emplazamiento de producto, prácticamente idéntico al europeo.

En primer lugar – tal y como señalaba la directiva europea -, el emplazamiento tiene que traer cuenta de una remuneración. Así pues, cuando el emplazamiento responda a la existencia de ésta, éste sólo será lícito cuando aparezca en alguno de los medios mencionados en el apartado 1 del artículo 17 LGCA, que son ‘largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento’. En el resto de medios, el párrafo 2 del apartado 1 permitirá el emplazamiento siempre y cuando su inclusión se haga ‘a cambio del suministro gratuito de bienes o servicios, así como de ayudas materiales a la producción’. Como veremos, esta formulación ha cambiado con la última modificación de la ley. En relación con esto, es interesante la Resolución de la Sección Sexta 16/05/2013 por la cual, el jurado de AUTOCONTROL, a través de un meticuloso estudio de este artículo 17 LGCA puesto en relación con la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria, establece que el emplazamiento de ordenadores Toshiba en los informativos de Tele5 y Cuatro, no suponían una infracción de la legalidad existente ya que al haber sido facilitados como ‘ayuda material a la producción’, estaba permitido su emplazamiento en medios informativos también, aunque éstos no estuvieran específicamente reconocidos en el artículo 17.1 párrafo 1.

En segundo lugar, el emplazamiento tendrá que estar siempre identificado en los términos que aparecen el apartado 2 siempre y cuando ‘el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales’. En estos casos, ‘el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria’. Además, el emplazamiento nunca podrá condicionar la independencia editorial del medio, ni incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios a través de promociones concretas de éstos o una prominencia indebida al producto. Por último, y al igual que ya afirmaba la directiva, nunca podrán aparecer productos emplazados en la programación infantil.

Este artículo, fue modificado en su redacción por la disposición final 7.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, quedando configurado de la forma en que se mantiene hoy en día:

Artículo 17. El derecho al emplazamiento de productos.

‘1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a realizar **a cambio de contraprestación** emplazamiento de productos en largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento.

En los casos en que no se produzca pago alguno, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, tales como ayudas materiales a la producción o premios, con miras a su inclusión en un programa, únicamente constituirá emplazamiento de producto y por tanto estará permitido, **siempre que estos bienes o servicios tengan un valor significativo**.

2. Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, **el público debe ser claramente informado del emplazamiento** del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria.

3. El emplazamiento **no puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamientos de bienes o servicios**, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto.

4. Queda prohibido el emplazamiento de producto en la programación infantil’.

Las modificaciones que la nueva redacción introducirá, no serán muy abundantes. En primer lugar, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tendrán derecho al emplazamiento de productos ‘a cambio de contraprestación’ en los mismos medios que ya especificaba la redacción original, y que aparecen taxativamente reconocidos en el apartado 1. Como novedad, se elimina la posibilidad que aparecía en la redacción originaria, de permitir el emplazamiento en el ‘resto de medios’ siempre y cuando mediara el ‘suministro gratuito de determinados bienes o servicios (...)’ como hemos visto en la resolución de AUTOCONTROL.

En otras palabras, con la modificación operada por la Ley 9/2014, la configuración del emplazamiento como derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual quedará definitivamente ligada a la existencia de contraprestación al añadirse que, cuando el emplazamiento sea motivado por este ‘suministro gratuito de bienes o servicios’, estos deberán tener un ‘valor significativo’ para que el emplazamiento sea lícito (como ya hacía la directiva). En aras a intentar aclarar esta formulación, el reglamento de desarrollo de la LGCA⁸⁴, incluye un capítulo V dedicado al emplazamiento de productos. Este capítulo – que cuenta con un único artículo 14 -, introduce la traslación en términos cuantitativos de lo que debe entenderse por ‘valor significativo’.

De este modo, el artículo 14, apartado 2 del citado reglamento establece que ‘el emplazamiento de producto será también admisible en los casos en que no se produzca pago alguno, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, tales como ayudas materiales a la producción o premios, con miras a su inclusión en un programa siempre que estos bienes o servicios tengan valor significativo. A estos efectos, se considera que **éste suministro tendrá un valor significativo cuando el importe de los referidos bienes y servicios incluidos en el programa sea superior en un diez por ciento a la tarifa estándar establecida para un mensaje publicitario correspondiente a la franja horaria en la que se emite el programa donde se incluyen.**’

Por tanto, parece ser que el emplazamiento de productos no podrá ser considerado como tal de no superarse este umbral. Aunque este artículo tenga por finalidad dar mayor seguridad jurídica a los agentes implicados, y facilitar la labor de las autoridades nacionales; en opinión de SERRANO MIRANDA resulta ‘dudoso que una norma de rango reglamentario pueda reducir de este modo el concepto legal de emplazamiento de producto’⁸⁵.

Por su parte, los apartados 2) y 4) mantienen el tenor literal de su redacción originaria y el apartado 3) se modifica añadiendo que el emplazamiento no puede condicionar ‘la

⁸⁴ Introducido en su actual redacción por el apartado 3 del artículo único del R.D 21/2014, de 17 de enero, por el que se modifica el previo Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación televisiva.

⁸⁵ Miranda Serrano, L.D., & Pagador López D.J., *El difícil emplazamiento...* op., cit.

responsabilidad' ni la independencia editorial 'del prestador del servicio de comunicación audiovisual'⁸⁶.

Con respecto al incumplimiento de estos deberes de identificación, el artículo 6 de la LGCA establece el “derecho a una comunicación audiovisual transparente” que incluye, como contenido en su apartado 5 el derecho de todas las personas a que ‘la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales, en los términos previstos por la normativa vigente’. El incumplimiento de este deber de “identificación plena” será castigado como infracción grave por el artículo 58 LGCA. Por último -reforzando esta prohibición -, el artículo 18 LGCA, en su apartado 2, prohíbe en cualquiera de sus formas las comunicaciones comerciales encubiertas.

b. Autorregulación

Por último, es de una transcendencia fundamental la autorregulación del sector publicitario en nuestro país. Fundamental y brevemente – debido a lo limitado de este trabajo -, destaca la labor de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL). Son dos, los puntos clave en los que este sistema hace descansar su eficacia. En primer lugar, destacan los Códigos de Conducta aplicados por la Asociación entre los que nos interesa el **Código de Conducta Publicitaria**. Entre sus normas, y por lo que interesa a este trabajo, son especialmente importantes los **principios de autenticidad**⁸⁷ y **de legalidad**⁸⁸ que se recogen en las normas de dicho Código. En segundo lugar, el **sistema de resolución de controversias** que la asociación lleva a cabo a través de un jurado de expertos independientes es fundamental, tal y como ha reconocido la Comisión Europea al incluir el órgano a la Red EJE (Red Extra-judicial Europea)⁸⁹.

Además de los Códigos de Conducta, y de las distintas resoluciones del jurado, es muy importante la función que AUTOCONTROL lleva a cabo a través del “**COPY ADVICE**”. Mediante este mecanismo de consulta previa, Autocontrol ‘revisa un

⁸⁶ Ninguna de las menciones entrecomilladas aparecían en el artículo primigenio.

⁸⁷ Norma 13 del Código de Conducta Publicitaria

⁸⁸ Norma 2 del código de Conducta Publicitaria

⁸⁹ Autocontrol: ¿Qué es? ¿Qué hace? ¿Cumple su función? – Bloggin Zenith (2012)

proyecto de anuncio o campaña publicitaria antes de su difusión y emite una respuesta en un plazo hábil de 3 días, sobre su corrección ética y legal’.⁹⁰

c. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

También es muy importante la labor de la CNMC en su función de control de los operadores del mercado en relación con la publicidad. Con fecha de 17 de septiembre de 2014⁹¹ la misma, publicó un ‘Acuerdo por el que se da Contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas’. En este mismo, la CNMC aclara que **el hecho de que la publicidad por emplazamiento haya sido ‘legalizada’⁹² por la LGCA** - en caso de que se den determinados requisitos - , **‘exige un especial rigor en el cumplimiento de las condiciones impuestas a los prestadores’**.

Como novedad, el acuerdo incluye especificaciones con respecto a la forma de identificación del emplazamiento. A tal efecto, el acuerdo considera que ‘la identificación al principio y al final de los programas, y cuando se reanuden tras una pausa publicitaria, será adecuada ‘siempre que consista en una sobreimpresión o transparencia claramente legible y con una duración mínima de 5 segundos en la que se indique: “este programa contiene emplazamiento publicitario”’⁹³.

Por otro lado, también dentro de esta función de control y supervisión de los operadores del mercado, la CNMC, en una publicación del gabinete de prensa de 9 de abril de 2015, ha requerido de modo independiente a distintas entidades como A3Media y Mediaset ‘para ajustar los contenidos publicitarios en varios programas a la legislación existente en materia de Emplazamiento de productos’⁹⁴.

⁹⁰“Autocontrol”, [www. Autocontrol.es](http://www.Autocontrol.es)

⁹¹ Acuerdo disponible en el link:

https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Telecomunicaciones/Resoluciones/2014/Septiembre/140917_IN F_DTSA_1356_14_Criterios%20publicidad.pdf

⁹² Pagina 14 del Acuerdo.

⁹³ Página 13 del Acuerdo.

⁹⁴ Publicación del Gabinete de prensa de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia disponible en el link <https://www.cnmc.es/CNMC/Prensa/TabId/254/ArtMID/6629/ArticleID/1176/La->

Además, Es muy importante el reciente acuerdo firmado por la CNMC y AUTOCONTROL para el fomento de la co-regulación sobre publicidad en televisión⁹⁵. En este acuerdo, la CNMC reconoce su apoyo al sector de la autorregulación, independientemente de sus funciones de inspección, control y sanción sobre los servicios de comunicación audiovisual.

Hasta aquí, las notas más importantes con respecto a la actual configuración legal del emplazamiento de producto.

d. Posibles modificaciones legislativas

Aunque la actual regulación del emplazamiento de producto permanece pacíficamente asentada, parece que el panorama legislativo es susceptible de incorporar cambios en el futuro. En este sentido, la reciente Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE -la cual no hemos mencionado ya que no aporta novedades significativas con respecto a la regulación del emplazamiento de producto -, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, aboga por una mayor flexibilidad en cuanto a la regulación del emplazamiento de producto, a la vista de la evolución de las realidades del mercado ⁹⁶. Por una parte, la directiva tiene en cuenta el valor económico de la práctica del emplazamiento, pues supone una importante fuente de financiación del sector audiovisual. Por otra parte, también tiene en cuenta los costes a los que asciende la normativa sobre emplazamiento de productos al año a nivel de la UE (2,2 millones EUR). Una mayor flexibilidad, reduciría estos costes, ya que la mayor parte de ellos ‘derivan de la aplicación de criterios subjetivos como el criterio de la “prominencia indebida”’.

[CNMC-requiere-a-Atresmedia-y-Mediaset-para-que-cumplan-la-legislaci243n-en-materia-de-%E2%80%9CEmplazamiento-de-Producto%E2%80%9D-publicitario-en-varios-programas.aspx](#)

⁹⁵ ("La CNMC y AUTOCONTROL firman un acuerdo para el fomento de la corregulación sobre publicidad en televisión", 2016), desde

<https://www.cnmc.es/CNMC/Prensa/TabId/254/ArtMID/6629/ArticleID/1329/La-CNMC-y-AUTOCONTROL-firman-un-acuerdo-para-el-fomento-de-la-corregulaci243n-sobre-publicidad-en-televisi243n.aspx>

La propuesta aboga por una **mayor flexibilidad** ‘por lo que se refiere a las comunicaciones comerciales audiovisuales, y en particular a las normas cuantitativas para el emplazamiento de productos’, pues la aparición de nuevos servicios ha conducido a una ‘mayor libertad de elección para los espectadores, que pueden pasar fácilmente a ofertas alternativas’. Además, en esta nueva regulación la propuesta aboga por abandonar el enfoque excluyente que había mantenido necesario en propuestas regulativas anteriores y **cree que debe reconocerse el emplazamiento de productos ‘en todos los servicios de comunicación audiovisual, con excepciones** (al contrario de ser el emplazamiento en sí una excepción)⁹⁷.

Con respecto a los requisitos a valorar en cuanto a la licitud del emplazamiento, la propuesta reconoce que la aplicación del criterio de la “prominencia indebida” ha ‘limitado el despegue del emplazamiento de productos, ya que el emplazar un producto implica cierto nivel de exposición prominente para poder alcanzar cierto valor’. Por tanto, **los nuevos requisitos que las legislaciones establezcan, deberán limitarse a que se cumplan los requisitos de identificación suficientes.**

El régimen jurídico por el que aboga la propuesta, sería el siguiente:

«Artículo 11

1. Lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 se aplicará solamente a los programas producidos con posterioridad al 19 de diciembre de 2009.
2. El emplazamiento de productos será admisible en todos los servicios de comunicación audiovisual, excepto en los programas de noticias y actualidad, los programas de asuntos del consumidor, los programas religiosos y los programas con una importante audiencia infantil.
3. Los programas que contengan emplazamiento de productos deberán observar las siguientes prescripciones:
 - a. bajo ninguna circunstancia se podrá influir en su contenido y, en el caso de la radiodifusión televisiva, en su horario de programación de manera que se vea afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador de servicios de comunicación;
 - b. no deberán incitar directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios;

⁹⁷ Estas excepciones aparecen en el apartado (16) del texto de la propuesta

- c. los espectadores deberán ser claramente informados de la existencia de emplazamiento de productos. Los programas que contengan emplazamiento de productos deberán estar debidamente identificados al principio y al final del programa, así como cuando se reanude el programa tras una pausa publicitaria, con el fin de evitar toda confusión al espectador. Excepcionalmente, los Estados miembros podrán optar por no exigir las prescripciones establecidas en la letra c) siempre que el programa de que se trate no haya sido ni producido ni encargado por el propio prestador del servicio de comunicación o una empresa filial de este último.
4. En ningún caso podrán los programas emplazar los siguientes productos:
- a. productos del tabaco o cigarrillos, ni otros productos de empresas cuya principal actividad sea la fabricación o venta de cigarrillos y otros productos del tabaco;
 - b. medicamentos o tratamientos médicos específicos que solo puedan obtenerse mediante receta en el Estado miembro bajo cuya competencia judicial se encuentre el prestador del servicio de comunicación.»

Será importante tener en mente el enfoque por que abogan estas modificaciones a la hora de proseguir con el estudio del emplazamiento de producto.

4. De la publicidad en medios de masas a la publicidad en internet.

El emplazamiento de productos en redes sociales.

De lo expuesto en apartados anteriores vemos como el PPL ha experimentado una evolución legislativa que abarca desde su prohibición por equiparación con la publicidad encubierta, a un reconocimiento expreso como derecho de los anunciantes (siempre y cuando se cumplan los requisitos expuestos).

Sin embargo, la evolución que el PPL ha sufrido, no ha sido solo legislativa. Su mecanismo de presentación no ha cambiado significativamente, pero si los medios en los que aparece utilizado.

Recapitulando lo expuesto anteriormente, en un principio, el fenómeno nació vinculado a la seducción narrativa de la gran pantalla, ayudando a contextualizar tramas y a definir personajes. Posteriormente, las series de televisión resultaron ser un canal perfecto para

mostrar la preeminencia y presencia de las marcas, a través de entornos domésticos y más familiares. El principal factor que facilitó el éxito de la técnica fue, en un primer momento, la crisis de la publicidad tradicional. Así, las primeras manifestaciones del emplazamiento, se debieron a la saturación publicitaria a la que se había sometido al espectador, y su consiguiente empoderamiento a través de una posibilidad de elección más amplia, trayendo consigo la necesidad de buscar nuevos recursos. Hoy en día, esta crisis se ha acentuado con la revolución de los medios de comunicación, el nacimiento de Internet, el desarrollo de sus productos definitorios y su progresiva mayor accesibilidad.

Estas circunstancias, han vuelto a redefinir las actitudes de consumidores, industrias y anunciantes hacia la publicidad tradicional. Con respecto a los consumidores, Internet ha reducido nuestra dependencia de los medios de masas para acceder a entretenimiento, información y fuentes de opinión. Además, el usuario no se encuentra solamente empoderado por la posibilidad de cambiar de programa o canal web si la publicidad le resulta molesta, o no le atrae el contenido audiovisual. Todo lo contrario, la principal característica de la Web 2.0 es su interactividad⁹⁸. Así pues, al contrario del consumidor televisivo, el usuario de Internet no solo se limita a recibir información, sino que también es una fuente de contenidos (cualquiera puede ser público y autor). Es por ello que algunos autores, hayan rebautizado el término consumidor, sustituyéndolo por el de prosumidor⁹⁹. Desde la perspectiva de la industria, estas circunstancias, sumadas al aumento cuantitativo en los canales de información, hace que cada vez sea más difícil crear estrategias de marketing para mandar mensajes eficaces a consumidores potenciales¹⁰⁰.

Con la emergencia de los nuevos medios de comunicación social y en especial, de las redes sociales, empresas y profesionales han empezado a usar estas como parte de sus estrategias para promocionar sus marcas, productos y servicios¹⁰¹. En especial, buscan

⁹⁸ ALBERT AGUSTINOY GUILAYN, A. & MONCLÚS RUIZ, J. *Aspectos legales de las redes sociales*, BOSCH, Barcelona, 2006 p. XXX

⁹⁹ McLUHAN, M. NEVITT, B. *Take today; the executive as dropout* Harcourt Brace Jovanovich, 1972, pg. 4

¹⁰⁰ SU-HOUN LIU , CHEN-HUEI CHOU , HSIU-LI LIAO , (2015) "An exploratory study of product placement in social media", Internet Research, Vol. 25 Iss: 2, págs. 300 - 316

¹⁰¹SU-HOUN LIU , CHEN-HUEI CHOU , HSIU-LI LIAO , (2015) "An exploratory study of... págs. 300 - 316

entender a sus potenciales consumidores y sus conductas de mercado y especificar las actitudes de consumidores hacia el marketing, a través de ellas. Todo esto, les permitirá estrategias publicitarias de mayor precisión y eficacia. De todas estas estrategias, en opinión de SU-HOUN LIU, el PPL en las redes sociales es la más eficaz¹⁰². De hecho, estas nuevas técnicas han despertado la atención de las autoridades. Desde el Reino Unido, *the Advertising Standard Authority (ASA)*, en su “*New vlogging advertising guidance*”¹⁰³, describió ocho escenarios en los cuales el titular de la cuenta en la red social en cuestión, necesita identificar el contenido publicitario de sus publicaciones; con la finalidad de ayudar a estos titulares a entender como las reglas de publicidad se aplican a sus perfiles¹⁰⁴. En especial, ASA se refiere explícitamente a dos casos. En primer lugar, establece la necesidad de que los titulares de las cuentas identifiquen ‘cualquier tipo de emplazamiento de producto, incluso si la red social no versa sobre éste’. En segundo lugar, establece la necesidad de esta misma identificación en los casos en los que la marca manda al titular de la cuenta estos productos de forma gratuita, con vistas a su inclusión en el contenido de ésta ‘sin ningún control sobre el medio’. Aunque de cara a los seguidores de la cuenta los productos vayan a aparecer presentados de la misma forma en cualquiera de los dos casos, recordemos que, si no hay remuneración, la ley no contempla el emplazamiento de productos y por ello, separa estos casos en apartados distintos.

A. Expansión del emplazamiento de producto a las redes sociales

Antes de empezar con el análisis jurídico, vendría bien contextualizar un poco la especial idiosincrasia de las redes sociales y el *product placement* para entender, por qué a día de hoy, el debate en torno a publicidad encubierta /emplazamiento de producto, vuelve a estar abierto.

Aunque el término “red social” no se encuentra definido a nivel legal, encontramos una aproximación al concepto bastante útil, aportada por el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información en su estudio de diciembre de 2001 “*Las Redes Sociales en Internet*” En dicho artículo, se define a las redes sociales

¹⁰²SU-HOUN LIU , CHEN-HUEI CHOU , HSIU-LI LIAO , (2015) "*An exploratory study of...* op., cit. 300-316

¹⁰³“New vlogging advertising guidande – Advertising Standards Authority”, 2016

como ‘servicios dentro de las plataformas web que permiten al usuario 1) construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema limitado; 2) articular una lista de otros usuarios con los que compartir conexiones; 3) visualizar y rastrear su lista de contactos y las elaboradas por otros usuarios dentro del sistema’.¹⁰⁵

La piedra angular de las redes sociales es, por tanto, el llamado ‘perfil personal’. Este, permite al usuario ‘tener su espacio’ en la red en cuestión, generando y recibiendo contenidos de otros perfiles que el usuario haya aceptado ‘seguir’, creándose así ‘sistemas cruzados e interactivos de generación y difusión de información’. Es por ello que algunos autores definen a las redes sociales como ‘medios creados por el consumidor’¹⁰⁶. Así podrían describirse una gran variedad de fuentes de información online que son creadas, iniciadas y puestas en circulación por consumidores intentando mostrar a otros productos, marcas, servicios, consejos, información, obras de arte, etc.

En cuanto a la *tipología* de redes sociales, teniendo en cuenta el perfil de los potenciales usuarios de los contenidos, nos interesaran especialmente las redes sociales horizontales. Estas, tienen un marcado ánimo generalista y permiten a los usuarios la creación de un perfil sin ningún requisito de vocación específica predefinida, y compartir información a través de múltiples formatos. Por tanto, concurrirán en estas redes perfiles confinados al ámbito doméstico o personal, con otros pertenecientes a profesionales o dedicados al entrenamiento. Ejemplos de este tipo de red social serán Facebook (www.facebook.com) o Twitter (www.twitter.com). Teniendo en cuenta los contenidos ofrecidos por sus usuarios y sus correspondientes formatos, también nos interesan las redes especializadas, en particular las redes de imágenes como Instagram (www.instagram.com) y las redes de video como Snapchat y Youtube (www.youtube.com)¹⁰⁷.

En cuanto al *perfil de usuario* de red social del que hablamos, hay dos potenciales perfiles que debemos explicar:

En primer lugar, se encuentran los perfiles de *celebrities*, los cuales cuentan con miles y millones de seguidores, y son frecuentemente utilizados para la promoción de productos

¹⁰⁵ ALBERT AGUSTINOY GUILAYN, A. & MONCLÚS RUIZ, J. *Aspectos legales.. op., cit., p. 20*

¹⁰⁶ SU-HOUN LIU , CHEN-HUEI CHOU , HSIU-LI LIAO , (2015) "*An exploratory study of...* op., cit. págs 300-316

¹⁰⁷ ALBERT AGUSTINOY GUILAYN, A. & MONCLÚS RUIZ, J. *Aspectos legales.. op., cit., p. 17-23*

o servicios de determinadas marcas. En realidad, antes de la existencia de redes sociales, estas prácticas ya se llevaban a cabo a través de la estrategia de marketing denominada ‘*celebrity endorsement*’. Básicamente, el endoso de celebridades puede ser definido como un ‘testimonio o endoso consistente en una identificación escrita, visual o hablada’, el cual, habitualmente se había practicado a través de revistas basadas en este tipo de personajes públicos y TV shows. La principal diferencia con el PPL entendido tradicionalmente es que, el emplazamiento, no proporciona ningún tipo de divulgación sobre las bondades o beneficios del producto en el momento que es suministrado. Sin embargo, las líneas entre ellos se han difuminado¹⁰⁸. Las cuentas de redes sociales de estas figuras públicas están plagadas de productos de marca simplemente emplazados, sin aludir a ellos, ni identificarlos con ningún tipo de finalidad promocional. Otras veces, sin embargo, aparecen alusiones verbales a los productos. Así pues, existen incluso compañías que ofrecen asesoramiento a las marcas para realizar lo que han venido en bautizar como “*celebrity product placement*”¹⁰⁹.

El segundo perfil de redes sociales que nos interesa en nuestro estudio sobre el emplazamiento de producto es, si cabe, más efectivo y polémico. Se trata de cuentas creadas por individuos, en sus inicios desconocidos, pero, potencialmente talentosos que, a base de expresar sus diversos ‘encantos’ a través de las redes sociales, se han ganado la lealtad, admiración y crédito de miles y – en muchos casos –, millones de seguidores. Los motivos que llevan a la comunidad virtual a otorgar crédito propio a estos personajes, son variados: proporcionan entretenimiento a través de diversos contenidos; nos gusta la forma en la que visten; se han ganado una reputación por su forma de deconstruir temas de actualidad; dan buenos consejos de cocina o de maquillaje; tienen un gran talento artístico... etc. Son responsables de reinventar el discurso público, de construir una cultura más accesible para todos y de liberarnos de nuestra dependencia de los medios de masas para acceder a entretenimiento e información. Por ello, son rebautizados con el nombre de *influencers*. La denominación, no es casual. Por poner un ejemplo, Ciara Ferragni, - una de las *bloggers* más demandada por las marcas -, ha sido coronada por la

¹⁰⁸ “Blurry Lines: Product Placement and Celebrity Endorsement – Critical Commons”, 2016.

¹⁰⁹ Un ejemplo es la página web de “Frankly Communications”
<http://www.franklycommunications.com/experience/celebrity-seeding/>

revista Forbes como una de las 30 personas más influyentes de menos de 30 años en el mundo¹¹⁰.

En definitiva, se trata de perfiles de usuarios reales de redes sociales con gran presencia y credibilidad en las redes sociales. Lo importante es que esta presencia se construyó, en un principio, a base de autenticidad y contenidos interesantes, divertidos y naturales y, es precisamente lo que las marcas trataran de explotar a través del emplazamiento de productos en el contenido habitual de estas cuentas.

Como ya hemos visto, las marcas, a través del emplazamiento de producto no buscan sino crear cotidianeidad, cercanía y credibilidad a través de su aparición en entornos familiares; a través de personas o situaciones con las que el espectador es susceptible de verse identificado. Si, por ejemplo, el público objetivo de un determinado producto se encuentra en la población masculina de 25 a 35 años, ¿Qué mejor escaparate que un perfil influyente de esas características – elegido por este mismo público objetivo - para promocionar el producto de una manera más cercana? El mensaje, ciertamente, nos parecerá más creíble que si lo vemos aparecer en una serie de televisión. Por lo demás, se comparten el resto de características con las que ya contaba el emplazamiento de producto tradicional. Así pues, la falta de control por parte del anunciante en el medio y la ‘sutileza’ con la que estos contenidos se integran, siguen siendo “visibles” en el emplazamiento de productos en redes sociales. Por tanto, el riesgo de que se creen “mecanismos de transferencia de imagen”¹¹¹ es mucho más grande, de no identificarse correctamente el emplazamiento.

El emplazamiento sigue siendo una fuente de ventajas multilateral. Por una parte, permitirá a marcas que ya cuentan con una notoriedad en el mercado mantener su presencia en los nuevos medios de comunicación, o acercarse a un público más joven, por ejemplo. Para las marcas nuevas, será una oportunidad más asequible y efectiva de acercarse a potenciales consumidores y empezar a consolidar su crédito personal. Para los titulares de estos perfiles, las ventajas son también claras. En ocasiones, colaborar con determinadas marcas les proporcionada un extra de prestigio añadido, pero; sobre todo, les permitirá ganar cantidades de dinero más que suficientes para dedicarse a atender su perfil de forma profesional. Esto último, beneficia también a los seguidores de estos

¹¹⁰ Forbes “30 under 30, Europe”(2016) desde www.forbes.com

¹¹¹ TATO PLAZA, A “*Product placement y ...*” op., cit., pag. 580

perfiles, ya que podrán beneficiarse de más y mejores contenidos producidos por parte de estos usuarios

Una vez en este punto, hay dos preguntas fundamentales:

¿Cómo podemos distinguir cuando el usuario en cuestión está emplazando el producto porque quiere y cuando lo está haciendo porque le pagan? Y, ¿Por qué es esto importante?

En España, el carácter publicitario de una red social no ha sido objeto de análisis por parte de ningún tribunal ni autoridad. Sin embargo, en el Reino Unido, la autoridad británica de la publicidad ASA, determinó en una resolución en la que condena a Nike por publicidad encubierta a través de la cuenta de Twitter de Wayne Rooney¹¹², que era suficiente para identificar el carácter publicitario de una comunicación a través de una red social y evitar así, cualquier tipo de confusión a los consumidores, “la inclusión junto a la imagen publicada, de la cuenta oficial de la marca y el *hashtag* de la campaña en cuestión”¹¹³.

Más recientemente, en Estados Unidos, la Federal Trade Commission (FTC) acaba de pronunciarse al respecto de lo que el organismo considera como ‘publicidad encubierta en las redes sociales’ por cuenta de una famosa bloguera. La bloguera en cuestión, confirmó, a través de su cuenta en Instagram, su nueva colaboración – valorada en 500.000 dólares al año – con una marca de cosméticos. El problema para la Comisión es que, independientemente de que se anunciara por parte de la titular de la cuenta, en un determinado momento su colaboración con la marca, la existencia de esta colaboración debe de ser indicada en todos los post que aparezcan productos de la marca, pues no todos tienen que haber leído el primer *post*. Está claro, tanto para la FTC como para la mayoría de usuarios de redes sociales, que estos casos van a seguir dándose y que traen cuenta de una remuneración. El problema está, cuando se comparan las obligaciones que los usuarios de redes sociales tienen que cumplir, con los que se exigen en el resto de los medios¹¹⁴. Este caso, y no otro, ha sido estudiado por las autoridades, precisamente por

¹¹² La mencionada resolución se encuentra disponible en

[http://www.asa.org.uk/Rulings/Adjudications/2012/6/Nike-\(UK\)-Ltd/SHP_ADJ_183247.aspx](http://www.asa.org.uk/Rulings/Adjudications/2012/6/Nike-(UK)-Ltd/SHP_ADJ_183247.aspx).

¹¹³ ALBERT AGUSTINOY GUILAYN, A. & MONCLÚS RUIZ, J. *Aspectos legales..* op., cit., p. 102

¹¹⁴ ¿Se les está acabando el chollo a las blogueras?. *La Vanguardia*. Desde <http://www.lavanguardia.com/de-moda/moda/20160527/402080160843/bloggers-publicidad-enganosa->

el propio reconocimiento de la bloguera de la colaboración. Sin embargo, en la mayoría de casos, es deseable tanto para el *blogger* como para la marca, que permanezcan en “secreto” Para ver en que difieren – si es que lo hacen - las obligaciones exigibles a los usuarios de redes sociales, con las obligaciones exigibles a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, vamos a intentar analizar la legislación aplicable a estos perfiles.

B. Figuras afines: nuevas formas de financiación y herramientas de marketing en redes sociales

De todo lo expuesto, podemos deducir que la imagen de estas personas puede alcanzar un valor muy relevante en el mercado. Estas, tendrán un interés en obtener un rendimiento económico a través de la explotación de su propia imagen o de su propio **poder sugestivo**. Esta explotación, se llevará a cabo en redes sociales de dos formas fundamentalmente.

Por un lado, marcas y empresas aprovecharán la **oportunidad de comunicación comercial** que las cuentas de estos perfiles suponen, explotándola a través de distintas técnicas. Este trabajo se ha centrado en el emplazamiento de producto, sin embargo, las figuras del sponsor y el patrocinio en redes cuentan hoy con una gran visibilidad y, además, se encuentran profundamente relacionadas entre sí. Sobre este tema, volveremos más adelante.

Por otro lado, marcas y empresarios buscarán utilizar rasgos de estos personajes para individualizar sus productos y servicios en el mercado. Para ello, recurrirán a las actividades de *merchandising*. De un modo genérico, podemos definir estas técnicas como “el **uso de elementos distintivos para incrementar la promoción o la venta de productos o servicios**”¹¹⁵. De un modo más técnico, el contrato de *merchandising* podría definirse como el “acuerdo mediante el cual una persona, denominada licenciante o “*merchandiser*”, a cambio de una contraprestación, autoriza a un tercero, denominado licenciatario, a utilizar un derecho que recae sobre un bien inmaterial para distinguir unos

[delito.html](#); Jung, L. & Jung, L. (2015). *Why Do Bloggers Charge for Sponsored Posts?*. *The Shelf*. desde <http://www.theshelf.com/the-blog/2015/3/18/why-do-bloggers-charge-for-sponsored-posts>

¹¹⁵ Definición propuesta para explicar este concepto por la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Intelectual (AIPPI) RUIJSENAARS, H.E., “Legal Aspects of Merchandising: The AIPPI Resolution”, *European Intellectual Property Review*, junio 1996, núm. 6, pág. 330

productos o servicios determinados durante un tiempo y en un espacio determinado”¹¹⁶. Doctrinalmente se reconocen 3 tipos de *merchandising*, clasificados según el tipo de bien inmaterial sobre el que recae “cuyo uso se autoriza a un tercero”¹¹⁷, ya que de él dependerá la protección jurídica aplicable a la transacción.

Básicamente, a través de la figura del *merchandising* se busca (1) “presentar un producto o identificar un servicio en el mercado en conexión con el nombre o el aspecto de la imagen de una persona famosa (*personality merchandising*); o, (2) “identificar el producto o el servicio con una marca de renombre (*trade mark merchandising*) o con una creación original reconocida (*character merchandising*). (34)

En primer lugar, el *character merchandising*, o, *merchandising* de los derechos de autor, se caracteriza porque el bien inmaterial que se utilizará para individualizar los productos o servicios se haya protegido con la Ley de propiedad intelectual.¹¹⁸ Sería el caso, por ejemplo, de la cesión de derechos de autor para la explotación comercial de un determinado personaje de ficción por parte del titular.



En segundo lugar, el *brand merchandising*, *corporate merchandising* o *merchandising de marcas*, se caracteriza porque “el bien inmaterial utilizado para distinguir los productos se encuentra registrado¹¹⁹ como marca”. Básicamente, el titular de la marca registrada autoriza su uso para que con ella se distingan productos o servicios que la marca todavía no distingue¹²⁰.



¹¹⁶ FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de licencia de personality merchandising* (Tesis doctoral), Universitat Rovira i Virgili. Tarragona, pág. 30

¹¹⁷ FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., pág 30

¹¹⁸ FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., pág 30

¹¹⁹ Por tanto, gozará con la protección de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

¹²⁰ FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., pág 35

Además, esto no sólo se dará en relación con marcas de renombre, puesto que también pueden registrarse como marca, nombres e incluso rasgos o expresiones vinculadas a personas famosas o ficticias¹²¹. Ahora bien, la protección de estos elementos está garantizada de otras formas por el ordenamiento jurídico, como ahora veremos.



Kilye Jenner junto a su nueva marca de cosméticos Kylie (SM). (Imagen extraída de su propia cuenta de Instagram).

Efectivamente, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, desarrolla el principio general de garantía de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española de 1978.

En primer lugar, cabría destacar que el concepto de imagen al que hacemos relación aquí, es bastante amplio. Este concepto abarcaría el nombre y la voz de una persona como incluidas dentro del concepto de imagen. Así lo reconoce de un modo temprano la STC 117/1994, de 25 de abril¹²² y la misma LO en su artículo 7.6. Según IGARTUA, el elemento clave a la hora de determinar si un rasgo de la personalidad se encuentra incluido dentro del derecho a la imagen de una persona, es la “recognoscibilidad” o “identificabilidad” de éste como perteneciente a aquella¹²³. Así pues, GITRAMA llega a incluir las caricaturas como parte del derecho a la propia imagen de una persona¹²⁴.

¹²¹ ¹²¹ FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., pág 35

¹²²En el Fundamento de derecho Quinto el Tribunal establece que “el derecho a la propia imagen [...] garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”

¹²³ IGARTUA, F., *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid 1991, págs. 35 y ss.

¹²⁴ ¹²⁴ Vid. GITRAMA, M., voz: “Imagen (derecho a la propia)”, Nueva Enciclopedia Seix, Barcelona 1979, pág. 305 , se reconoce que la caricatura, en cuanto fuese reconocible el efigiado, constituirá una verdadera y propia imagen de la persona de este.

Sea como sea, el **poder sugestivo** que la imagen de *celebrities e influencers* tiene, es susceptible de generar grandes beneficios económicos y, es precisamente la configuración del derecho a la explotación publicitaria o comercial de la propia imagen, junto con la normativa aplicable a estos negocios jurídicos, lo que ocupará las siguientes líneas de este trabajo.¹²⁵

Nuestro ordenamiento¹²⁶ no reconoce explícitamente un derecho patrimonial a la propia imagen, con el correspondiente debate doctrinal que se origina en cuanto a la configuración de la naturaleza jurídica de éste como un derecho de la personalidad o como un mero derecho patrimonial autónomo. Será nuestra doctrina y jurisprudencia la encargada de dotar de sentido a una práctica habitual en las relaciones comerciales. Brevemente:

El artículo 1, apartado 3 de la LO, establece el carácter “irrenunciable, inalienable e imprescriptible” del derecho a la propia imagen. Así pues, como derecho fundamental, la titularidad es ciertamente, irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Sin embargo, esto no quiere decir que no se pueda disponer o ejercitar las facultades que forman parte del contenido de este derecho¹²⁷.

El artículo 2, apartado 2 de la misma Ley, prevé la posibilidad de intromisión legítima en este ámbito protegido siempre y cuando esta esté “autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”. Siguiendo a CLAVERÍA¹²⁸ la propia Ley Orgánica presenta un modo de disposición sobre el derecho, al condicionar la legitimidad de estos actos que en otro caso serían considerados como intromisiones, a la “autorización” que, con tal fin, otorgara el sujeto titular del derecho.

Este consentimiento o autorización, será revocable según el apartado 3 de este mismo artículo, será “revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso,

¹²⁵ Aunque de un modo no muy desarrollado, debido a las circunstancias del momento de su promulgación.

¹²⁶ El sistema estadounidense considera la existencia de un “right of publicity” de una forma autónoma al derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad. Vid. FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., pág 171

¹²⁷ FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., pág 165

¹²⁸ CLAVERÍA, L.H., “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, Anuario de Derecho Civil, tomo XLVII, fascículo III, julio-septiembre 1994, pág. 32 y ss.

los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”. Independientemente de que, en el momento de su promulgación, la ley orgánica no previera las dificultades de la revocabilidad del consentimiento *ad nutum* en la práctica comercial¹²⁹, y, recurriendo una vez más a CLAVERÍA, este apartado es importante ya que se reconoce el valor patrimonial de éste derecho al introducir la necesidad de indemnizar los daños que la revocación de la autorización pudiera ocasionarle al cesionario¹³⁰.

Este mismo razonamiento puede ser aplicado con respecto al artículo 7, apartado 6 de la LO. Según éste, se considerarán como “intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley”, la “utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. La LO reconoce nuevamente el valor patrimonial de la propia imagen de las personas, aunque sin pronunciarse sobre el propio derecho a la explotación comercial de ésta.

A parte de estos reconocimientos indirectos por parte de la Ley, y de las interpretaciones doctrinales, desde un momento temprano, nuestro Tribunal Constitucional en la STC 99/1994, de 11 de abril, deslindó este derecho en lo que consideró como “dos vertientes”. Por una parte, se encontraría la “vertiente constitucional” del derecho, y, por otra, “las vertientes colaterales” que quedarían “**remitidas a lo que al respecto establezca la legalidad ordinaria en lo relativo a los efectos indemnizatorios de los daños eventualmente causados; de los estrictamente sancionadores; o, por último, de los derechos patrimoniales que puedan corresponder a la persona cuya imagen se reproduce en los supuestos en que esta sea explotada comercialmente**”.

Esta vertiente colateral podría definirse, según IGARTUA como “el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad, con fines publicitarios o comerciales”.¹³¹ En la misma línea, MARTÍN¹³² habla de este derecho

¹²⁹ Vid. FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., 182 y ss.

¹³⁰ CLAVERÍA, L.H., “Negocios jurídicos de disposición...” págs. 48 y ss. 48 Y ss.

¹³¹ IGARTUA, F., *El mercado de las...* op., cit., págs. 323 y 328.

¹³² MARTÍN, A.J., *El merchandising. Contrato de reclamo mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona 1999, págs. 64 y ss.

como un “derecho autónomo al valor publicitario y comercial de la imagen”, que deberá tenerse en cuenta al margen del resto de derechos de la personalidad¹³³.

En definitiva, y adoptando una posición ajustada a la realidad comercial, es posible hablar, en nuestro ordenamiento, de un derecho a la explotación publicitaria o comercial de la propia imagen. A estos contratos se les aplicará el régimen general de las obligaciones y contratos contenido en el Código Civil y en el Código de Comercio, ya que el uso de estas facultades quedará fuera del ámbito de la LO. Sin embargo, esta siempre será aplicable en relación con las cuestiones relativas al núcleo fundamental de este derecho, en orden a prevenir abusos y en especial respeto a la dignidad de la persona¹³⁴.

Una vez aclarado este asunto, podemos finalizar con la modalidad de *merchandising* que más relación tiene con lo explicado y con el propio objeto de estudio de este trabajo de fin de grado: el *personality merchandising*. Este, consiste en la “utilización de un aspecto de la imagen de una persona famosa para diferenciar una gama de productos o un servicio en el mercado”. El fin, será la explotación comercial de la imagen de estas personas mediante la incorporación material del aspecto de la personalidad acordado (voz, imagen, etc.) en un producto para distinguirlo y comercializarlo en el mercado, o bien a la designación del servicio prestado por el empresario con un aspecto de la imagen de una persona.

Estamos acostumbrados a ver todo tipo de productos que incluyen la imagen de personajes famosos. Sin embargo, esta estrategia de marketing, ha llegado también al ámbito de las redes sociales.

Por ejemplo, en la web www.latostadora.com¹³⁵ podemos encontrar – por un valor que oscila entre los 15 y 30 € - camisetas y otro tipo de productos con el rostro, dibujo y frases más características de los *youtubers* más famosos del panorama español estampados en ellas.

Todas estas técnicas, supondrán una importante fuente de ingresos para los titulares de estas cuentas en redes sociales, al igual que los acuerdos publicitarios con las marcas a

¹³³ FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., pág 173

¹³⁴ FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., págs. 180 y ss.

¹³⁵Link completo en: <http://www.latostadora.com/youtubers.php>

través de los cuales se acuerda el emplazamiento de productos. Además, hay que reconocer su afinidad en ciertos aspectos.

Por un lado, las técnicas de *merchandising* buscan la individualización de productos o servicios a través de bienes inmateriales que posean un carácter claramente distintivo por parte del público, para lo cual estos han de ser, a su vez, reputados o populares¹³⁶. La finalidad será aumentar la adquisición de estos productos, o la contratación de estos servicios; no por sus cualidades o calidades especiales, sino por la identificación que el consumidor realizará entre estos y la marca, la persona o el personaje de ficción al que aparezcan asociados. Del mismo modo, el emplazamiento buscará despertar de la mano de *influencers* y *celebrities* mecanismos de transferencia de imagen en los consumidores que les inciten al consumo de los productos emplazados. La diferencia fundamental en este punto será que en el emplazamiento, la promoción del producto o servicio en cuestión, se hace a través del *influencer* o *celebrity* elegido, sin que se produzca la cesión de derechos de ésta. Esto no implica, que el emplazamiento no pueda ser pactado como una obligación accesoria a estas figuras en contratos “mixtos”¹³⁷, o como una concreción de las obligaciones de la persona en cuestión, en contratos de colaboración o patrocinio.

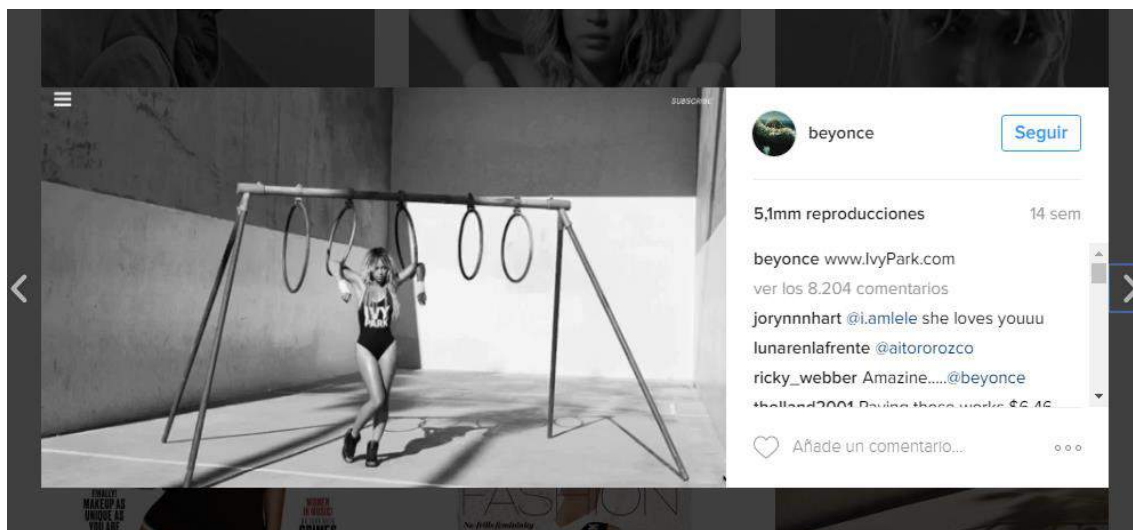
Aunque ambas figuras puedan insertarse dentro de las actividades de marketing, las actividades de *merchandising* estarían más enfocadas a mejorar la distribución de los bienes en el mercado, mientras que el emplazamiento de producto es una técnica de comunicación comercial, publicitaria¹³⁸.

Aunque desde la teoría se nos presentan casos de difícil encuadre, la realidad de los medios de comunicación social no hace sino difuminar los límites entre figuras.

¹³⁶ FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., pág 68

¹³⁷ Vid. FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., pág 35. La autora comenta como es habitual en la práctica comercial el contrato “mixto” de *personality merchandising* más patrocinio .

¹³⁸ Vid. FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de...* op., cit., págs. 34 y ss.



En esta imagen, extraída de la cuenta oficial de Instagram de Beyoncé, vemos como la cantante aparece con uno de los bañadores de la marca IVY PARK, creada por la *celebrity* en colaboración con la marca TOPSHOP, y disponible en sus tiendas. ¿Emplazamiento de producto?

Aunque todas estas manifestaciones han de ser tenidas en cuenta por nuestro ordenamiento jurídico, vamos a volver con el tema del emplazamiento de producto y la posibilidad de la adaptación de las normas existentes a los nuevos medios de comunicación social.

5. Entronque legal de las redes sociales: marco jurídico aplicable

En España, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), regula – como su nombre indica - los denominados servicios de la Sociedad de la Información.

La aplicación de la LSSI tendrá una doble utilidad en relación a las redes sociales. En este caso, no nos interesa tanto la aplicación de esta ley a aquellos servicios de oferta y operación de las plataformas en las que se operan las redes mismas, sino que nos incumbe determinar si los perfiles usuarios de redes sociales a los que nos hemos referido en el apartado anterior, pueden ser también calificados como prestadores de servicios de la sociedad de la información. Determinar su aplicabilidad, es importante a la hora de determinar los deberes de estos mismos usuarios y el régimen de responsabilidad de estos.

En la sección a) del Anexo de esta ley, se define a estos servicios como ‘todo servicio prestado normalmente a título (1) oneroso, (2) a distancia, (3) por vía electrónica y a (4) prestación individual del destinatario’. Para la aplicabilidad de este concepto y, por tanto, de la propia LSSI – a los usuarios de redes sociales, todos estos requisitos cumulativos se tienen que cumplir. Dos de ellos merecen especial atención (ya que los otros dos son un tanto obvios).

En primer lugar, la prestación a título oneroso implica que el servicio pueda enmarcarse ‘en general, dentro de las actividades comerciales o profesionales de su prestador’. Sin embargo, ya desde la misma sección a) del anexo de la ley, se introduce la posibilidad – coincidiendo con la jurisprudencia comunitaria¹³⁹ - de que el concepto de servicio de la sociedad de la información ‘comprenda también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que consistan una actividad económica para el prestador de servicios’. Por tanto, cabe concluir que solo los servicios electrónicos que tengan contenido económico entraran dentro del ámbito de aplicación de la LSSI. Por tanto, será posible su aplicación a los perfiles con fines comerciales pertenecientes a empresas, entidades y profesionales que utilicen las redes sociales para informar y promocionar sus servicios.

Además, esta circunstancia también determinara la aplicabilidad de la LOPD, al eliminarse el carácter doméstico de dicho uso. Por si quedara alguna duda sobre si los perfiles de *influencers* o *celebrities* tienen un carácter doméstico o no – porque por ejemplo no realizan ningún tipo de colaboración o promoción de marcas (que puede ser el caso), - el Informe Jurídico 0615-2008 de la Agencia Española de Protección de Datos y el dictamen 5/2009 relativo a las redes sociales en línea adoptado el 12 de junio de 2009 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos, establecen que un perfil con ‘un gran número de contactos puede indicar que no se aplique esta excepción doméstica y el usuario podría entonces ser considerado como un responsable del tratamiento de datos’¹⁴⁰. Por tanto, queda claro que este tipo de cuentas será susceptible de la aplicación tanto de la LSSI, como de la LOPD.

¹³⁹ALBERT AGUSTINOY GUILAYN, A. & MONCLÚS RUIZ, J. *Aspectos legales..* op., cit., p. 25 y ss

¹⁴⁰ Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, adoptado el 12 de junio de 2009 por el Grupo de Trabajo sobre Protección de datos del artículo 29.

En segundo lugar, en cuanto a la prestación a título individual del destinatario, esta cuarta característica podría cuestionarse desde numerosos ángulos porque hoy en día los servicios de retransmisión de contenidos audiovisuales personalizados y personalizables a través de medios electrónicos permiten que servicios incluso ofrecidos a una generalidad, puedan ser disfrutados de manera individualizada por el usuario.

- **Deberes de los operadores de redes sociales a la luz de la LSSI.**

Si la cuenta en la red social en cuestión cumple con los principios generales de aplicación de la LSSI, establecidos en su artículo 2, tendrá que cumplir con las obligaciones recogidas en esta Ley. Entre ellos, a este trabajo le interesan fundamentalmente los deberes respecto a comunicaciones comerciales.

La cuestión en este momento es determinar si una comunicación realizada por medio del perfil en una red social podría considerarse como tal. En primer lugar, la explotación de un perfil público con fines comerciales o profesionales debe considerarse sujeto a la LSSI –como acabamos de ver-.

En segundo lugar, dentro de esta misma ley se define el concepto de comunicación comercial como ‘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.’ A sensu contrario ‘no tendrán la consideración de comunicación comercial las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin prestación económica’.

Por ello, en caso de que la comunicación en un perfil social se haga promocionando un determinado producto o servicio, o una empresa o un profesional, y sin ser espontánea y gratuita, sino como consecuencia de una remuneración recibida por el titular del correspondiente perfil, deberá considerarse como una comunicación comercial en el sentido previsto por la LSSI. Estos podrán darse a través de distintas formas como, contenido patrocinado, endoso de celebridades, emplazamiento de producto... etc. A nosotros nos interesa este último.

Para concluir respecto a los deberes en relación a las comunicaciones comerciales, y del mismo modo que ya se menciona en la LGCA, el artículo 20 LSSI establece que dichas comunicaciones deberán identificarse como revistiendo un carácter comercial. Esto, será

especialmente en aquellos casos en que el usuario destinatario de ellas pueda tener dificultades a la hora de identificarlos como tal porque el carácter publicitario no sea claramente apreciable¹⁴¹.

6. Adaptación del fenómeno a la legislación existente con respecto al emplazamiento de producto.

Por un lado, según los conceptos de publicidad que se dan en los artículos 2 de la LGP y de medios de publicidad, es obvio que un perfil en una red social podrá constituir una plataforma publicitaria en su acepción legal del término¹⁴². Por tanto, se le aplicarán todos los principios en materia de publicidad existentes en la LGP, LCD y LGDCU que hemos tratado de clarificar durante la primera parte del trabajo, sobre todo en lo relativo a la necesidad de identificación de los contenidos publicitarios y en relación con el régimen jurídico de la publicidad encubierta entendido como práctica comercial engañosa.

Más problemática es la aplicación de la LGCA a estos perfiles. Desde un punto de vista integrador, para que una red social pueda ser considerada como un medio de comunicación audiovisual, se tienen que cumplir, como mínimo, los siguientes requisitos. En primer lugar, tienen que alojar contenidos de carácter audiovisual. En segundo lugar, de su actividad debe inferirse que tienen un control editorial efectivo¹⁴³.

Si concluimos que la LGCA no resulta de aplicación a las Redes Sociales, por no cumplirse estos requisitos, estas serán consideradas como servicios prestadores de servicios de la sociedad de la información y por tanto, será incompatible con una posible consideración de los mismos como medio de comunicación audiovisual. En este caso, serían aplicables a estos supuestos, los principios establecidos en la LGP y la LCD que hemos ido despuntando a lo largo del trabajo y que establecen la prohibición de prácticas

¹⁴¹ Exposición de motivos motivo III

¹⁴² ALBERT AGUSTINOY GUILAYN, A. & MONCLÚS RUIZ, J. *Aspectos legales*. op., cit., p. 103

¹⁴³ VÁZQUEZ, R. *De emplazamiento publicitario y Redes Sociales II: ¿Son las Redes Sociales Medios de Comunicación audiovisual?*. (2013). *Diario de un E-Letrado*. Desde <https://diariodeuneletrado.wordpress.com/2013/11/06/de-emplazamiento-publicitario-y-redes-sociales-ii-con-las-redes-sociales-medios-de-comunicacion-audiovisual/>

y comunicaciones comerciales con carácter general, obligando a la identificación de este tipo de contenidos independientemente del tipo de medio, junto con las prescripciones de la LSSI que acabamos de ver. La diferencia sería que, por tanto, los casos en los que aparezcan comunicaciones comerciales con productos emplazados, se reconducirán a supuestos de publicidad encubierta – en la formulación general que apuntaba la resolución de autocontrol – de incumplirse los deberes de identificación descritos en la LSSI¹⁴⁴, lo cual supondría una infracción de su régimen sancionador.

Si consideramos que las redes sociales cumplen los requisitos mínimos para su calificación como medios de comunicación audiovisual, le sería aplicable la legislación al respecto del emplazamiento de producto. Sin embargo, el emplazamiento de producto solo está reconocido en los medios explicitados en el artículo 17 Recapitulando, podrá realizarse emplazamiento de productos en ‘largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento’. Vemos como, de momento, no se reconoce la posibilidad de realizar emplazamiento en redes sociales.

7. Conclusiones generales

En primer lugar, hemos visto como el status jurídico del emplazamiento de producto ha evolucionado, desde su prohibición por su equiparación con la publicidad encubierta, hasta su reconocimiento como excepción a la prohibición general de esta misma, siempre y cuando se cumplan unos determinados requisitos y en determinados medios audiovisuales.

Este lento reconocimiento, no hubiese sido posible sin el impulso recibido por el legislador europeo, consciente, no sólo de la consolidación en la práctica de esta técnica publicitaria, sino de las ventajas que la misma aporta para la financiación del sector audiovisual.

¹⁴⁴ VÁZQUEZ, R. *De emplazamiento publicitario y Redes ... op., cit.,*

Estas últimas circunstancias han hecho que se plantee la posibilidad de reformar el tratamiento legislativo del emplazamiento de producto para decretar su permisión en todos los medios audiovisuales, así como relajar los requisitos que condicionan su licitud a una correcta identificación del contenido, como publicitario. El principio de identificación, informador del ordenamiento jurídico publicitario, ha acompañado la regulación de la técnica desde sus inicios y, sigue siendo, hoy en día, su eje limitador fundamental.

Como hemos visto, la admisión, reconocimiento y regulación del derecho al emplazamiento de productos, no ha supuesto, sino una posibilidad de mayor control de los contenidos publicitarios por parte de las autoridades, así como una mayor seguridad jurídica para anunciantes y organizaciones.

El emplazamiento de producto, ha ido adaptándose a distintos formatos, aprovechando las nuevas oportunidades de comunicación que la revolución de medios ha supuesto. De su nacimiento en el cine y, tras su expansión al ámbito de las teleseries, el *product placement* ha encontrado un nuevo medio en el cual resulta que su especial idiosincrasia es notoriamente eficaz: las redes sociales. El especial poder sugestivo que poseen determinados personajes públicos está revolucionando poco a poco las posibilidades de comunicación de la imagen de marca y empieza a llamar la atención de las autoridades nacionales.

Aunque el derecho al emplazamiento de producto no se reconozca en dichos medios, los principios generales de la publicidad, del régimen de competencia desleal y la normativa de servicios de la sociedad de la información, establecen la necesidad de identificación de los contenidos publicitarios y sancionan su incumplimiento.

Sin embargo, en vistas a una posible modificación del régimen jurídico del emplazamiento de productos, y con el fin de igualar los deberes de los operadores del mercado, sería beneficioso reconocer el derecho al emplazamiento de producto a los prestadores (e intermediarios) del servicio de la sociedad de la información.

En primer lugar, en aras a proteger el sector europeo de las comunicaciones para garantizar su competitividad, es necesario reconocer la igualdad jurídica de los operadores, con independencia del medio. En segundo lugar, en mi opinión, el consumidor es ya menos vulnerable a la publicidad televisiva, siendo capaz de identificar por sí mismo los emplazamientos en la mayoría de los casos. Sin embargo, la lógica

propia con la que el emplazamiento de producto se asienta en las redes sociales, puede hacer que se desencadenen en el usuario mecanismos de transferencia de imagen no susceptibles de darse de mediar una correcta identificación de los contenidos. Teniendo en cuenta la rapidez con la que se genera la información en las redes sociales y que la revisión de los contenidos publicitarios no está tan generalizada en Internet, es conveniente aclarar el régimen jurídico de la publicidad que se aplica a estos usuarios.

Gracias a una posible homogenización en el ámbito de aplicación de la legislación sobre emplazamiento de producto, los consumidores y a su vez usuarios de redes sociales, podrían empezar a intelectualizar esta lógica comercial progresivamente, siendo menos susceptibles de que la publicidad encubierta les conduzca a error. Por otra parte, esto aportaría seguridad jurídica a los titulares de los perfiles de redes sociales, de cómo los principios y normas que rigen la publicidad, se aplican a sus cuentas. Por último, igualaría el régimen jurídico de los operadores económicos y supondría un paso adelante en la consecución de una publicidad más honesta, transparente y veraz.

8. Bibliografía

LIBROS:

ALBERT AGUSTINOY GUILAYN, A. & MONCLÚS RUIZ, J. *Aspectos legales de las redes sociales*, BOSCH, Barcelona, 2006

BALASUBRAMANIAN, S.K. “*Beyond Advertising and Publicity: Hybrid Messages and Public Policy Issues*”, *Journal of Advertising*, 23 (1994)

CLAVERÍA, L.H., “*Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen*”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVII, fascículo III, julio-septiembre 1994, pág. 32 y ss.

DE LA CUESTA RUTE, J. M^a., *Curso de Derecho de la Publicidad*, Eunsa, Pamplona 2002

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. “*Product placement o emplazamiento de productos (a propósito de la regulación contenida en la nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual)*”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 25, 2007-2008

FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (2003) *El contrato de licencia de personalidad merchandising* (Tesis doctoral), Universitat Rovira i Virgili. Tarragona

GITRAMA, M., voz: “*Imagen (derecho a la propia)*”, *Nueva Enciclopedia Seix*, Barcelona 1979, pág. 305, se reconoce que la caricatura, en cuanto fuese reconocible el efigiado, constituirá una verdadera y propia imagen de la persona de este.

IGARTUA, F., *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid 1991

MARTÍN, A.J., *El merchandising. Contrato de reclamo mercantil*, Aranzadi Editorial, Pamplona 1999, págs. 64 y ss.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. & HERRERO SUÁREZ, C. & MARTÍN GARCIA, L. & HERNÁNDEZ RICO, J.M., *Derecho de la Publicidad*, Thomson Reuters, 1ª Edición, junio de 2015.

McLUHAN, M. NEVITT, B. *Take today; the executive as dropout*, Harcourt Brace Jovanovich, 1972

MEGÍAS QUIRÓS, J.J., “*El principio de autenticidad en la comunicación comercial*”, Revista Comunicación, Nº 12, Vol. 1 (2014)

MÉNDEZ NOGUERO, A. *Nuevas formas publicitarias*, Universidad de Málaga, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Málaga, 2007

NOVILLA MENGUAL, LUIS A. (2009). *La función de comunicación comercial del product placement y su influencia en los sistemas de producción audiovisual* (Tesis doctoral). Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p.218

PANDA, T.K., “*Effectiveness of Product Placements in Indian Films and its Effects on Brand Memory and Attitude with Special Reference to Hindi Films*”, The ICFAI Journal of Marketing Management, 2004

RUIJSENAARS, H.E., “*Legal Aspects of Merchandising: The AIPPI Resolution*”, European Intellectual Property Review, junio 1996

SABATÉ LÓPEZ, J. & SOLANAS GARCÍA, I. *El tratamiento de la publicidad en la Directiva Europea de Televisión sin Fronteras*. Quaderns del Consell de l’Audiovisual de Catalunya: número 22, 2005

SU-HOUN LIU , CHEN-HUEI CHOU , HSIU-LI LIAO , (2015) "An exploratory study of product placement in social media", Internet Research, Vol. 25 Iss: 2

TATO PLAZA, A. "*Product placement y publicidad encubierta (Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y 4 de junio de 2001, caso "Soberano")*" Actas de derecho industrial y derecho de autor. Tomo XXII.(2001)

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES:

SAN 11 de noviembre de 2010

SAN de 23 de mayo de 2009

STS de 30 de julio de 2013

Resolución de 26 de abril del Jurado de Autocontrol de la Publicidad

Resolución de 4 de abril del Jurado de Autocontrol de la Publicidad

ENLACES WEB:

"Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL)" www.autocontrol.es

"Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia" www.cnmc.es

“Advertising Standards Authority (ASA)” www.asa.org.uk

RECURSOS WEB:

“Frankly Communications” www.franklycommunications.com

“La Vanguardia” www.lavanguardia.com

“Diario de un letrado (Blog)” <https://diariodeunletrado.wordpress.com/>

“Consejo Consultivo para la Pequeña y Mediana Empresa (Blog)”
<http://www.ccopyme.org/index.php>