

# ***PRODUCT PLACEMENT***

**TFG presentado por Esther Testa  
Portomeñe**

Curso académico 2019/2020

Titor: Prof. Dr. Ángel García Vidal

## **PRODUCT PLACEMENT (EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO)**

### **PALABRAS CLAVE**

*Product placement*, emplazamiento de producto, publicidad encubierta, Ley General de Comunicación Audiovisual.

### **KEY WORDS**

Product placement, surreptitious publicity, general audiovisual communication act

### **RESUMEN**

El *product placement* es una técnica publicitaria que aparece de la mano del cine, debido a su capacidad de atraer a millones de personas. Pronto se extiende a otros medios audiovisuales, por tanto se hace necesaria una regulación, que viene de la mano de la directiva europea creada en 2010. En este trabajo se analizará la definición de *product placement* y se delimitará su concepto respecto de otras figuras, como el patrocinio o la telepromoción. También se analizará la legislación en la que se recoge esta figura. Por último, se delimitarán sus condiciones de licitud, lo que ayudará a diferenciarla de una figura muy próxima, la publicidad encubierta, y las consecuencias de su incumplimiento. Se recogerán brevemente las sanciones que se puedan derivar de la infracción de las distintas normas que regulan el *product placement*.

### **SUMMARY**

Product placement is an advertising method which appears by the hand of cinema, due to its capability to attract millions of people. It soon spreads to other audiovisual media, which makes the creation of a new regulation a necessity. This essay will cover the analysis of the definition of product placement and the delimitation of its concept in relation to that of other figures, such as sponsorship or telepromotion. There will also be an analysis of the legislation this legal concept is contained in. Lastly, the conditions necessary for the legality of the method will be defined, which will help differentiate it from a very similar figure, surreptitious publicity. The sanctions which derive from the breach of the different laws that regulate product placement will be briefly covered.

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>2. CONCEPTO.....</b>	<b>5</b>
2.1. Definición general.....	5
2.2. Delimitación de figuras afines.....	8
2.3. Éxito de la aplicación del product placement.....	12
<b>3. REGULACIÓN.....</b>	<b>12</b>
3.1. La regulación de la Unión Europea.....	13
3.2. La normativa nacional en España.....	14
3.2.1. Regulación anterior a la directiva.....	14
3.2.2. Ley General de la Comunicación Audiovisual.....	15
3.2.3. Reglamento de publicidad.....	16
3.2.4. Ley General de Publicidad.....	17
3.2.5. Ley de Competencia Desleal.....	17
3.2.6. La autorregulación publicitaria.....	19
<b>4. CONDICIONES DE LICITUD.....</b>	<b>19</b>
4.1. Respuesta de la legislación.....	20
4.2. Respuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.....	22
4.2.1. Acuerdo.....	22
4.2.2. Resoluciones.....	24
4.3. Respuesta de los tribunales.....	27
4.4. Respuesta de Autocontrol.....	28
<b>5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN CASO DE QUE NO SE RESPETEN LAS CONDICIONES DE LICITUD.....</b>	<b>30</b>
5.1. Vía administrativa.....	30
5.2. Vía judicial.....	33
5.3. Vía extrajudicial.....	35
<b>6. CONCLUSIÓN.....</b>	<b>35</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>38</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

El cine es uno de los inventos más revolucionarios de la época contemporánea. Ha marcado un antes y un después en la industria del entretenimiento. Su alcance es impresionante, pues una película puede llegar fácilmente a los millones de espectadores. Por supuesto, esto no se le escapó a los empresarios, que vieron en la gran popularidad de este medio la posibilidad de publicitar sus productos.

Debido a esto, cuando entramos en una sala de cine y nos sentamos en una butaca, sabemos que antes de que comience la película, veremos al menos media docena de spots publicitarios, no demasiado distintos a los que encontramos en la televisión o en Internet.

Sin embargo, estos no son todos los métodos usados en los distintos medios audiovisuales, existen otros que pueden pasar desapercibidos, pero que no se deben olvidar, pues son igualmente eficaces, y sin embargo, mucho menos transparentes. Existen, por supuesto, una gran cantidad de casos de técnicas de publicidad que evaden los espacios publicitarios, como la subliminal, que se esconde en aquello que el espectador está viendo, lo que hace que no la reconozca como tal. El caso más interesante de este tipo de publicidad, que no es tan fácil de detectar, es sin duda el *product placement*. Y no solo porque sea un claro intento de camuflar la publicidad, sino que además, en la gran mayoría de casos, está permitido.

El *product placement* es, a grandes rasgos, “una técnica de comunicación empresarial que consiste en el posicionamiento de un producto o marca en un contexto narrativo preconstituído”<sup>1</sup>. Debe esto entenderse como la técnica de estudiar la composición de la escena, de la necesidad del producto en ella.

Me parece interesante revisar, de manera muy abreviada, la historia del *product placement*. Se basa en la existencia de un soporte audiovisual, pero sus orígenes, según algunos autores, se puede remontar al Medievo, con la existencia del mecenazgo. La idea es simple, un artista intercambiaría una prestación por la mención de sus mecenas en sus obras. En el Renacimiento, esta práctica no hizo más que crecer, usada no para publicitar un producto, sino el nombre de una familia, para darle fama y prestigio<sup>2</sup>. Sin embargo, la verdadera historia del *product placement* comienza propiamente, con la creación del cine. La primera película así considerada aparece en 1895, de mano de los hermanos Lumière. En un principio, no se podía separar claramente lo que era publicidad de lo que no lo era, el público quedaba encandilado con la novedad de las imágenes en movimiento y no daba verdadera importancia a lo que realmente estaba viendo. En 1926, aparece en la película *The Texas Streak* por primera vez un producto

---

<sup>1</sup> CORTI, G., *Oculata sarà tua sorella!*, Editorial Alberto Castelvechchi, Roma, 2004, pág. 12.

<sup>2</sup> CORTI, G., *Oculata sarà tua sorella!*, Editorial Alberto Castelvechchi, cit., págs. 16 y ss.

que realmente destaca siempre que nos referimos al *product placement*, la *Coca-Cola*. Y a partir de este momento, la figura no hace más que crecer, sobre todo gracias a la invención del cine sonoro en los años treinta. Se pueden citar múltiples ejemplos que revolucionaron la historia de la publicidad, pero se puede decir que el caso paradigmático es la película *Laura* (1944), en donde se puede ver claramente una botella de whisky *Black Pony* en una de las escenas clave de la película. Muchas películas siguieron estos pasos, como la saga de *James Bond*, *2001: Odisea en el espacio* (1968) o *E.T. el extraterrestre* (1982). En la siguiente imagen se puede apreciar un ejemplo de una de las películas de James Bond.



Fotograma de una de *The World is Not Enough* (1999)

A estas alturas de la historia, el *product placement* ya es un instrumento consolidado, usado en definitiva para la publicidad de distintos productos. Hoy en día, esta práctica está ampliamente extendida, es difícil encontrar una película de alto presupuesto en la que no se de este tipo de publicidad, sobre todo debido a su aplicación generalizada en Estados Unidos, país que en estos momentos podemos afirmar que encabeza la lista de producciones cinematográficas.

No debemos olvidar que el *product placement* tiene sin duda su origen en el cine (al menos en sentido estricto), pero se traslada también a las distintas series y programas, que aparecen en la televisión, u otros medios, llamados de streaming, que permiten su visionado (como por ejemplo, Netflix), así como, desde hace unos años, de la mano de sus grandes avances gráficos y tecnológicos, la industria del videojuego.

Revisada la historia del *product placement*, compete comenzar con un análisis pormenorizado de su concepto y aplicación.

## 2. CONCEPTO

### 2.1. Definición general

La colocación de un producto en una película o serie puede ser decisión del director, en búsqueda, por ejemplo, de realismo. Sin embargo, lo más normal es que se haga deliberadamente para publicitar un producto, a cambio simplemente de dinero para su rodaje. Esta es una primera aproximación al concepto de *product placement*, el cual algunos autores, partiendo de esta idea, definen como “colocar un producto, marca, servicio... de forma intencionada en una obra audiovisual, gráfica o literaria, a cambio de una retribución económica o de cualquier otro intercambio entre la empresa y la productora”<sup>3</sup>. De esta definición, lo más destacado es quizás la idea de que el *product placement* no solo corresponde al cine, sino que efectivamente se ha extendido a todos los medios audiovisuales, e incluso otros medios de entretenimiento.

Esta definición general es una buena aproximación, pero lo realmente interesante es su aplicación al Derecho. Existen varias definiciones dadas por la doctrina, todas ellas similares. Entre ellas se encuentra: “la colocación de los productos en los programas televisivos mostrando sus marcas u otros elementos, incluida su forma de presentación, de modo tal que el público los reconoce y distingue de los demás del mismo género”<sup>4</sup>. Esta definición doctrinal de MASSAGUER se puede completar recogiendo la posibilidad de su aplicación a otros medios audiovisuales, y se puede comparar con la definición de publicidad que se recoge en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad<sup>5</sup> (LGP), en su artículo 2: “Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”. Si entendemos que la colocación del producto por parte del empresario es una forma de comunicación realizada con la intención de la posterior contratación con el consumidor, podemos afirmar que es un tipo de publicidad. Además, en la definición de la LGP se recoge que la publicidad puede ser indirecta, por tanto, no cabe duda de que el *product placement*, tal y como se define por MASSAGUER, entra perfectamente dentro del concepto legal de publicidad, pues es una colocación sutil, sin una promoción directa.

Y es que en lo que se basa el *product placement* es en la asociación por parte del espectador del producto con unos valores o personajes promulgados en la obra en la que se

---

<sup>3</sup> BAÑOS, M./RODRÍGUEZ, T., *Product placement. Estrella invitada: la marca*, Editorial. Cie Dossat, Madrid, 2003, pág. 37.

<sup>4</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pág. 227.

<sup>5</sup> «BOE» núm. 274, de 15/11/1988

produce<sup>6</sup>. Un buen ejemplo de esto lo vemos en la película *Doctor Strange* (2016), en la que el Doctor, persona que asociamos con el éxito y la riqueza, abre un cajón con una amplia colección de relojes y se detiene en uno de ellos, en cuya esfera claramente se puede leer *Jaeger-LeCoultre*. En ningún momento en la escena hay alguna referencia directa a las cualidades del producto, ni se menciona siquiera, pero el espectador subconscientemente lo une con una figura que admira, o con un ambiente opulento.



Fotograma de una escena de *Doctor Strange* (2016)

Otro ejemplo, ciertamente peculiar, es el *product placement* llevado a cabo en la película *Justice League* (2017). En esta película, presenciamos una divertida escena en la que Batman, acompañado de Barry, se sienta en su coche. Este coche en cuestión, denominado *Batmobile*, es en teoría un artilugio tecnológico tremendamente avanzado, creado específicamente para Batman. Por tanto, resulta ciertamente sorprendente que tan exclusivo vehículo sea un *Mercedes-Benz*.



Fotograma de una escena de *Justice League* (2017)

Un último ejemplo destacable es el curioso hecho de que todos los coches que existen en el universo de Marvel parecen ser *Audis*. Como se venía explicando, nunca se hace una mención directa, pero el espectador percibe ese hecho. Y es relevante tener presente que la saga de

<sup>6</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M., “Los presupuestos y límites del emplazamiento publicitario”, *Revista de Derecho Mercantil* núm.296, 2015, págs. 1 y ss. (6-7) (se maneja la versión electrónica disponible en la base de datos Aranzadi Insignis: BIB 2015\1978).

películas de *Avengers* es actualmente la más vista en el mundo, y es ciertamente impresionante que, sin notarlo, miles de millones de personas se hayan quedado con la idea de que en Marvel todo el mundo tiene un *Audi*.



Fotograma de la película *Avengers: Age of Ultron* (2015)

A la hora de hablar del *product placement*, podemos distinguir varias clases o categorías, dependiendo de la interacción que haya entre el producto y los personajes de la obra o las personas presentes en el set.

La principal clase de *product placement* es el pasivo. No existe ninguna mención particular al producto presente en pantalla, simplemente se encuentra contextualizado en la obra. Esta clase es la que más se corresponde con la definición que se ha dado hasta ahora. Un ejemplo claro sería el expuesto en el párrafo anterior, varios coches en el fondo de una escena.

El emplazamiento también puede ser también activo, lo cual sucede cuando los personajes interactúan con el producto. Un ejemplo de esto es el reloj mencionado en el ejemplo de Doctor Strange, pero también se ve con frecuencia a un personaje o presentador bebiendo un producto con una marca determinada en el costado. En ocasiones, incluso se hace referencia verbal expresa al producto.

La última clase de *product placement* es el activo con ensalzamiento, que implica no la mera mención del producto sino además la expresión de sus cualidades o virtudes. Como se verá más adelante, en lo referido a la licitud de esta figura, toda clase de emplazamiento de productos está permitida, con límites variables dependiendo del contexto, excepto la última, que está prohibida expresamente<sup>7</sup>.

## 2.2. Delimitación de figuras afines

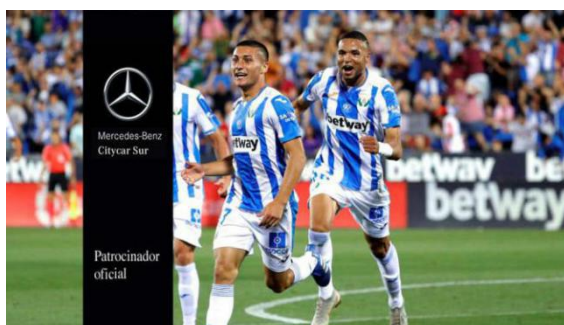
El *product placement* hace sin duda referencia a la colocación de un producto o marca, pero esta colocación no se basa meramente en mostrarlos en la pantalla. Consiste más bien en la

---

<sup>7</sup> LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., “Regulación actual del product placement”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2011, págs. 181 y ss. (182-183) (se maneja la versión electrónica disponible en la base de datos Aranzadi Insignis: BIB 2011\353)

colocación en la obra de manera que este tengan sentido en el contexto en que se incluye. Es decir, se buscará que este se encuentre en la escena con naturalidad. Por tanto, detrás del posicionamiento hay una labor de estudio y de integración encaminados a la verosimilitud o credibilidad del producto, cuanto más integrado está en una escena, más eficaz será esta técnica<sup>8</sup>, puesto que el espectador unirá más fácilmente el producto publicitado a la escena en la que se recoge, lo que, como arriba se ha dicho, es el efecto deseado por el empresario.

Por otra parte, existe la posibilidad del posicionamiento de un producto en una escena sin la intención de integrarlo en la misma, de tal modo que se enseña con la mera intención de que figure en pantalla. En este caso podemos hablar del patrocinio, que busca dar a conocer el producto, pero sin buscar la asociación por parte del espectador. La diferencia por tanto es clara, mientras el *product placement* busca crear un vínculo entre el producto y la obra, el patrocinio busca mostrarlo, sin dar importancia alguna al contexto.. En cuanto a su concepto, puede ser similar al *product placement*, puesto que se basa en la introducción de publicidad en el propio programa y no en un espacio publicitario, pero a la hora de la práctica se diferencia fácilmente, debido a la obligación de identificación del patrocinio e información al público de la existencia de este. Cabe adelantar que el *product placement* también se encuentra bajo un deber de identificación, pero no el mismo, pues en el patrocinio se hace necesaria su identificación como tal, escrito en letra en el momento en que está en pantalla, de manera que no se integra en el contexto del programa. Un claro ejemplo es el patrocinio que generalmente llevan a cabo varias marcas de deportes, coches o ropa en las retransmisiones de partidos de fútbol. Se enseña el logotipo, generalmente, acompañado de la información de que efectivamente se está llevando a cabo este tipo de publicidad.



Captura de una retransmisión de un partido del Leganés

De manera similar, la exposición de un producto dentro de un programa, junto con la exposición de sus características y cualidades (de manera que el mensaje no es independiente del programa, pues se da lugar a esta exposición en medio del mismo), es la telepromoción;

<sup>8</sup> CORTI, G., *Oculto sarà tua sorella!*, Editorial Alberto Castelvechchi, Roma, 2004, pág. 13

pero se puede diferenciar del *product placement* por dos motivos principales: el primero es que en este caso se habla activamente del producto y sus cualidades, no está pasivamente en escena, y el segundo es que aparece indicado en pantalla que el espectador se encuentra ante publicidad en el momento en que se da la telepromoción..



Captura de un programa de Telecinco

Además de estas figuras similares, existen variantes del *product placement* que es interesante mencionar, puesto que también tienen la característica de ser técnicas de publicidad.

La primera es la denominada *product linking*, una técnica que está viendo una gran expansión debido a su conexión con Internet. Se basa en la interactividad de este medio, puesto que consiste en la inclusión, dentro de un contenido audiovisual, de un enlace. La forma en la que funciona es: un usuario sube a Internet un video, en que el que incluye un enlace a la página de un producto. Cuando otro usuario entra en el enlace, el primero recibe una pequeña contraprestación económica. Debido al gran crecimiento de las redes sociales y el intercambio de información, esta es una figura muy usada actualmente, pues las grandes cifras de visualizaciones de un video pueden dar lugar a una contraprestación importante. El mayor ejemplo de esta figura es la plataforma *Youtube*, que permite a cualquier usuario subir videos e incluir enlaces o anuncios.

La segunda figura similar es el *product homage*. Esta figura consiste en el uso del producto como verdadera fuente de inspiración de la obra o programa, y no como objeto secundario.

La tercera figura se conoce como *reverse product placement*, y es un supuesto muy interesante. Se da lugar a esta figura cuando una película o serie emplaza, enseña, menciona e incluso ensalza un producto, pero este es ficticio. Posteriormente, este producto pasa a ser real, es decir, se comercializa un producto que existe previamente en una obra. Los conflictos derivados de esta figura suelen ser referentes a los derechos de los productores de la obra con respecto a la explotación de sus elementos.

Lo que más preocupa a los tribunales con respecto a este tema es la asociación que el espectador hace entre el producto real y la obra anterior, con lo que se viene denegando la posibilidad de explotación de un producto que pueda beneficiarse de la fama y reconocimiento

de un obra preexistente<sup>9</sup>. Este reconocimiento que no puede ser aprovechado por un tercero recibe el nombre de *good-will*. Como se habla del derecho sobre una obra, esta figura no se debe entender como un tipo de publicidad, sino que en este caso, lo apropiado es dirigirse a la regulación correspondiente al derecho de autor y al derecho de marcas. Otra alternativa es buscar la protección que brinda la regulación sobre la competencia desleal<sup>10</sup>.

Un ejemplo interesante de *reverse product placement* es la creación posterior a la película *Wonka y la fabrica de chocolate (1871)* de las barras de chocolate que en ella aparecen, bajo el nombre de *Wonka Bar*<sup>11</sup>.

El *product placement* también comparte muchas características con la publicidad encubierta, pero en este caso las diferencias son más sutiles y difíciles de encontrar, sobre todo debido a que la legislación llega a ser confusa y no ayuda a solucionar los problemas causados por la cercanía de estas figuras. Es ciertamente relevante, sin embargo, saber cuál es la diferencia, debido a que la publicidad encubierta no es legal, mientras que el *product placement* sí lo es. Debido a que para diferenciar los dos conceptos debo entrar en condiciones de licitud, me remito a la explicación recogida más adelante.

Por último, cabe mencionar una figura opuesta al *product placement*, que acertadamente se llama *product displacement*. Consiste en la situación en que un empresario quiere evitar que su producto aparezca emplazado en una obra audiovisual concreta, sobre todo cuando los sucesos en dicha obra pueden hacer que se vea reflejado negativamente, o en la situación contraria, en la que un prestador de servicios audiovisuales no quiere dar publicidad a un producto, generalmente debido a que no tiene un contrato y lo estaría haciendo sin contraprestación. El *product displacement* se puede conseguir, por ejemplo, físicamente alterando el producto para que no se vea su logo, o eliminándolo en posproducción. Un ejemplo más visual se puede encontrar en este fotograma de una escena de la serie NCIS, el ordenador que está de espaldas a la cámara ha sido editado para que no se vea el logo de la marca DEL<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> FRAMIÑÁN SANTAS, J., “[El "emplazamiento de producto inverso" \("reverse product placement"\)](#)” en TOBÍO RIVAS, A. M. (coord), *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 655-672 (660)

<sup>10</sup> FRAMIÑÁN SANTAS, J., “[El "emplazamiento de producto inverso" \("reverse product placement"\)](#)” cit, págs. 664 y ss.

<sup>11</sup> LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., “Regulacion actual del product placement”, cit. Pág. 183

<sup>12</sup> SANTIAGO, G., “Product Displacements Explained: Part 1”, <https://gladyssantiago.wordpress.com/2009/04/16/product-displacements-explained-part-1/>, 16.04.2009 (consultada por última vez el 1.7.2020).



Fotograma de una escena de la serie NCIS

### 2.3. Éxito de la aplicación del *product placement*

El *product placement* se diferencia bien de otros tipos de publicidad debido a la manera en que se aplica, lo que ciertamente explica su éxito como técnica publicitaria. Como decíamos, consiste en la colocación de un producto en un medio, generalmente audiovisual. Esto implica que el espectador ha decidido voluntariamente dedicar tiempo a la visualización de la obra. En la mayoría de ocasiones, la visualización se asociará al tiempo de ocio del espectador, y por esto, será la ocasión ideal para utilizar este tipo de publicidad. Debido a la asertividad derivada de la voluntariedad, se puede entender que el espectador estará mucho más abierto a aceptar esta técnica publicitaria que cualquier otra que deba estar basada en la existencia de un espacio publicitario<sup>13</sup>.

Sobre todo en una sociedad como la actual, donde vivimos expuestos a la publicidad, los métodos alternativos que juegan con el subconsciente de un consumidor salen ganando. Esto se deriva de la dificultad creciente para llamar la atención, debido a la crecida exponencial de la cantidad de publicidad a la que estamos sujetos. La tecnología actual nos permite ser tanto consumidores como productores de información, creando un mercado de expresión completamente sobresaturado, en el que capturar la atención del público es una tarea compleja. Además, los consumidores intentan crear una barrera contra la publicidad constante, aunque no consigan más que crear un filtro imperfecto. Debido a esta exposición cada vez mayor, los empresarios buscan métodos más extremos, y, sabiendo que la publicidad indirecta evade con facilidad el filtro que se crea, son atraídos por este tipo de métodos indirectos, donde destaca el *product placement*<sup>14</sup>.

## 3. REGULACIÓN

---

<sup>13</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M., “Los presupuestos y límites del emplazamiento publicitario”, cit. págs. 8-9.

<sup>14</sup> TUSHNET, R., «Attention Must Be Paid: Commercial Speech, User-Generated Ads, and the Challenge of Regulation», *Buffalo Law Review*, vol. 58, 2010, págs. 721 y ss. (721-730)

Debido a la pertenencia de España a la Unión Europea, la legislación producida por esta última es de obligada aplicación. Por este motivo, este apartado se dividirá en el análisis de la regulación europea, por una parte, y de la nacional, por otra.

### **3.1. La regulación de la Unión Europea**

La regulación vigente en la Unión Europea sobre el *product placement* se recoge en la Directiva 2010/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (DSCA)<sup>15</sup>. Debido a su naturaleza como directiva, y al principio de armonización mínima, esta norma permite un amplio margen a los Estados miembros de la UE a la hora de incorporarla a su Derecho nacional. La directiva consigue que efectivamente se mantengan unos principios y unas bases similares en todos los Estados, pero debido a la complicación de la materia y a la amplitud con la que se deja legislar a los Estados sobre el tema, esto deriva en diferencias sustanciales entre legislaciones nacionales<sup>16</sup>. Debido a esto, no cabe sino plantearse la verdadera efectividad de esta norma, puesto que en la práctica da lugar a legislaciones nacionales dispares que derivarán en problemas de aplicación de los distintos Derechos existentes en la UE en caso de darse un conflicto que afecte a más de un estado, que es justo lo que se quiere evitar cuando se busca una regulación armonizada entre los distintos Estados de la UE.

Entrando ya en la propia directiva, se puede encontrar la legislación del emplazamiento de producto (la traducción oficial de la UE para el *product placement*) en su artículo 11. Su primer apartado es una disposición transitoria, “Lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 se aplicará solo a los programas producidos con posterioridad al 19 de diciembre de 2009”, que cobra relevancia principalmente con referencia a programas episódicos. En su segundo apartado, recoge claramente la prohibición del emplazamiento de producto, sin embargo continúa con una serie de excepciones. Esto es un tanto chocante, pues no parece tener mucho sentido el hecho de que exista y después se excepcione ampliamente. La prohibición en sí posiblemente derive de su similitud con la publicidad engañosa, pues en un inicio no se diferenciaba esta del emplazamiento, lo que parece que hizo al legislador europeo buscar más severidad en la redacción. Se recoge la posibilidad de que un Estado miembro no atienda a las excepciones y prohíba el emplazamiento de producto (“el emplazamiento de producto será admisible, a menos que un Estado miembro decida otra cosa”), pero debido a que está tan excepcionado, los distintos Estados europeos han optado por no hacerlo. Esto es debido a que este amplio margen

---

<sup>15</sup> DO L 95, 15.4.2010, p. 1–24

<sup>16</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M., “La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto y la propuesta de reforma de la directiva de servicios de comunicación audiovisual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, no. 2, 2017 págs. 506 y ss. (507-508)

que deja para la aplicación, bajo la denominación de excepción, ha conseguido que en la práctica, efectivamente se pueda considerar que la directiva está admitiendo el emplazamiento como una técnica de publicidad legítima<sup>17</sup>.

Se recoge que cabe el emplazamiento de producto en caso de “obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento” (art. 11.3 DSCA), o en los casos en los que no haya un pago, sino un suministro de determinados bienes y servicios “como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa”. También se recoge la obligación de no influir en el contenido de la obra o programa, afectando así la independencia del autor, no incitar a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular mediante promoción, no dar prominencia indebida y la importantísima obligación de información de la existencia de emplazamiento de producto,, pues, según la directiva, “deberán estar debidamente identificados al principio y al final del programa, así como cuando el programa se reanude tras una pausa publicitaria, con el fin de evitar toda confusión al espectador”.

Estos apartados recogen condiciones de licitud que se aplican en España, debido a que la regulación es muy similar, y por ello se explicarán con detalle más abajo.

Por último, se recoge que no se permitirá el emplazamiento de productos de tabaco, cigarrillos y similares u otros productos de empresas tabaqueras, ni medicamentos o tratamientos que requieran receta (art. 11.4 DSCA).

### **3.2. La normativa nacional en España**

En el caso de España, tenemos varios instrumentos legales a los que corresponde hacer referencia, haciendo un pequeño inciso para explicar la situación anterior a la DSCA.

#### **3.2.1. Regulación anterior a la directiva**

La directiva europea cambió completamente el panorama para todos los Estados miembros, incluida España, que tuvo que modificar su legislación interna para transponer la directiva. De hecho, antes de la trasposición, no se recogía en España en ningún instrumento el *product placement*, al menos de manera explícita.

La falta de legislación nacional hizo necesario recurrir a 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

---

<sup>17</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M., “La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto...” cit. pág. 515

radiodifusión televisiva<sup>18</sup>, que ni siquiera estaba traspuesta al Derecho español, lo que implicaba que no cabía su aplicación directa y que se utilizaba meramente como referente. Esta directiva contiene una redacción muy similar a la DSCA, en cuanto a que prohíbe el *product placement*, pero a continuación redacta una serie de excepciones que, más bien, dejan ver la admisión del mismo como técnica publicitaria lícita.

De todas formas, el sólo basarse en una directiva no traspuesta sin ninguna ley propiamente aplicable directamente no hizo más que generar una muy fuerte inseguridad jurídica, que urgía corregir<sup>19</sup>, pues todas las situaciones relativas al *product placement* tenían que subsanarse recurriendo a normas no específicas para la materia de la publicidad audiovisual.

Una de estas normas por las que se guiaban los tribunales era la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva<sup>20</sup>. Esta ley recogía la prohibición de utilizar publicidad encubierta en la televisión y, sin regulación específica para el *product placement*, esta figura se entendía incluida dentro de la prohibición. Ahí se situaba debido a la definición de publicidad encubierta recogida en el artículo 3.d): “forma de publicidad que suponga la presentación verbal, visual o sonora, dentro de los programas, de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza. En particular [...], tendrá el carácter de publicidad encubierta, si se hiciese a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta”. Esta redacción viene recogida en la Ley 22/1999, de 7 de junio, de Modificación de la Ley 25/1994<sup>21</sup>, e implicaba que un mensaje que se presentara con una naturaleza distinta a la publicitaria sería considerado publicidad encubierta<sup>22</sup>.

### **3.2.2. Ley General de la Comunicación Audiovisual**

Como se veía, de la mano de la creación de una directiva se acompaña la obligación de su trasposición. Esta deriva en la creación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual<sup>23</sup>. En esta ley se recoge el derecho al emplazamiento de producto en

---

<sup>18</sup> OJ L 332, 18.12.2007, p. 27-45

<sup>19</sup> LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., “Regulación actual del product placement”, cit. págs.184-186

<sup>20</sup> BOE-A-1994-16224

<sup>21</sup> BOE-A-1999-12694

<sup>22</sup> VÁZQUEZ PENA, M. J., “Publicidad y promoción de los productos del tabaco y «product placement»”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXXII, 2011-2012, págs. 551-569 (567)

<sup>23</sup> «BOE» núm. 79, de 01/04/2010

el artículo 17, en cuyo primer apartado se dispone lo siguiente: “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”. (art. 17.1 LGCA). El artículo continúa con las condiciones de licitud, las cuales son prácticamente un calco de lo dispuesto en la DSCA. Como se apuntaba, debido a la debilidad de la prohibición del emplazamiento de producto en la directiva, en la ley española ya no recoge, sino que se admite el emplazamiento de producto como técnica publicitaria, diferenciándolo de la publicidad encubierta, que se encuentra recogida en el artículo 18.2 LGCA, según el cual “está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales”.

Por lo demás, la legislación española altera el orden de algunos artículos, dando lugar a que ciertos apartados recogidos en la directiva para el emplazamiento de producto se apliquen en la legislación española a toda la publicidad audiovisual. Estos son los apartados referentes a los productos del tabaco y medicamentos o tratamientos. En la legislación española no se trata de un subapartado del artículo 17 LGCA, sino que se encuentran recogidos en el artículo 18.3 LGCA: “Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud”, y en todo caso “comunicación comercial de cigarrillos y demás productos de tabaco, así como de las empresas que los producen. b) La comunicación comercial de medicamentos y productos sanitarios [...]”.

### **3.2.3. Reglamento de publicidad**

Después de la aprobación de la LGCA, se hizo necesaria la creación de un reglamento que regulara ciertos puntos con mayor profundidad, entre ellos, determinados aspectos sobre el emplazamiento de producto, como qué se debe entender como contraprestación, que es una de las piezas clave de su concepto.

Este reglamento se recoge en el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva<sup>24</sup>, denominado «Reglamento de publicidad» por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Este reglamento dedica un artículo al emplazamiento de producto, en donde recoge de nuevo la definición de la LGCA, y donde resalta que “los prestadores del servicio de comunicación

---

<sup>24</sup> «BOE» núm. 294, de 07/12/2011.

audiovisual tienen el derecho a emitir largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento, con emplazamiento de producto. A los efectos de la definición del apartado 31 del artículo 2 de dicha Ley, el emplazamiento de producto merece tal consideración cuando se realice a cambio de una remuneración o contraprestación similar” (art. 14.1 del Reglamento de publicidad). Se preceptúa, asimismo, que “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 tienen 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” (art. 14.2 del Reglamento de publicidad).

#### **3.2.4. Ley General de Publicidad**

El *product placement*, como cualquier tipo de publicidad recogido en la LGCA, queda sometido a lo dispuesto en el resto de la normativa prevista para la publicidad (art. 18 LGCA). Este inciso nos dirige directamente a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad<sup>25</sup> (LGP), que debemos tener en cuenta. Aunque no hable directamente del *product placement*, recoge el concepto de publicidad ilícita en el artículo 3, en donde se incluye, en su apartado e) “la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”.

Además, en su artículo 6, recoge las acciones que se pueden llevar a cabo contra la publicidad ilícita, para lo que se remite al capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal<sup>26</sup>.

#### **3.2.5. Ley de Competencia Desleal**

La ley de Competencia Desleal (LCD) cierra el círculo de leyes a tener en cuenta para la regulación de cualquier tipo de publicidad audiovisual. La LCD hace referencia a la publicidad ilícita recogida en la LGP en su artículo 18, según el cual “la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal”. Sin embargo, a efectos prácticos, la gran mayoría de conflictos derivados de la publicidad se podrán reconducir a alguno de los artículos de la LCD directamente, y la publicidad ilícita de la LGP tendrá el carácter de desleal, por tanto nos encontramos aquí con que la LCD es la ley que se aplicará generalmente. Esto es así debido

---

<sup>25</sup> «BOE» núm. 274, de 15/11/1988

<sup>26</sup> «BOE» núm. 10, de 11/01/1991.

a que la importancia de tener una ley específica para la publicidad desapareció junto con la concepción que se tenía previamente de que se debía separar, por un lado, acto desleal de un empresario en el mercado, y por otro, la publicidad desleal. Con la creación de la LCD y la unión de estos dos conceptos, se vació el contenido de la LGP<sup>27</sup>.

Cabe recoger un par de artículos a los que se pueden redirigir los conflictos relacionados con el *product placement*. En el artículo 7, de omisiones engañosas, se dispone que “se considera 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 [...] no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”. Por tanto, todo *product placement* que no esté correctamente identificado como publicidad se podrá reconducir a este artículo, pues su intención es específicamente no resultar evidente en el contexto de una obra como acto promocional. También existe en la LCD un artículo similar y de semejante aplicación, que en este caso se encuentra dentro del bloque de prácticas comerciales desleales con los consumidores. Es el caso del artículo 26, que declara desleal “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”.

En esta ley, como ya apuntaba la remisión del artículo 6 LGP, se recoge la regulación referente a las acciones disponibles contra la competencia desleal, dentro de la que se incluye la publicidad ilícita, como recoge explícitamente el artículo 32 LCD. En este artículo se recogen los tipos de acciones que se podrán ejercitar y la posibilidad de la publicación de la futura sentencia o una declaración rectificadora cuando los efectos de la infracción se puedan mantener a lo largo del tiempo.

Cabe mencionar que el Capítulo V de esta ley hace referencia a los Códigos de conducta, que se dotarán de “órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios” (art. 37 LCD). Esto es relevante debido a la referencia que realiza a la posibilidad de una autorregulación de la publicidad, que también se deberá tener en cuenta a la hora del estudio de la regulación del *product placement*.

---

<sup>27</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 210-211

### 3.2.6. La autorregulación publicitaria

En España, además de la vía judicial, para los asuntos relacionados con la publicidad, existe un organismo distinto, especializado en esta materia y compuesto por los principales anunciantes, medios de comunicación y agencias de publicidad, además de asociaciones involucradas en el ámbito publicitario en España. Este organismo es Autocontrol, una asociación sin ánimo de lucro que gestiona la autorregulación de este sector.

Este organismo cobra mucha importancia debido a la gran cantidad de anunciantes que se encuentran suscritos al mismo, por lo que la gran mayoría de conflictos sobre la publicidad en España van a caer dentro del área de Autocontrol.

Dentro de esta organización cabe destacar que existe un órgano independiente, el Jurado de la Publicidad de Autocontrol. Se puede entender este Jurado como una instancia extrajudicial para la resolución de conflictos<sup>28</sup>.

Autocontrol se asienta sobre el Jurado, una asesoría jurídica y unos códigos de conducta. Estos códigos interesan a la materia, puesto que toda persona o asociación adherida a Autocontrol debe cumplirlos. El código a destacar es el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, aprobado en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1996<sup>29</sup>. No hace referencia expresa al *product placement*, pero en su artículo 14 recoge la publicidad engañosa, exponiendo que “se entiende por publicidad engañosa aquella que de cualquier manera induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”. A este artículo se puede redirigir fácilmente un conflicto de licitud de cualquier tipo de publicidad..

Aunque no se recoja en los códigos, Autocontrol sí se manifestó sobre el *product placement*, a través del Jurado, debido a las distintas demandas que a ellos llegan sobre la publicidad en medios audiovisuales. Un ejemplo es la Resolución de la Sección 4ª del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril de 2001 (“Soberano, el rey canalla”)<sup>30</sup>, en caso de un cortometraje en que se exhibía de manera reiterada una marca de whiskey, que llegó al Jurado como caso referido al patrocinio, pero que en realidad hacía referencia a la figura del *product placement*.

## 4. CONDICIONES DE LICITUD

Tal y como se recoge en el apartado de concepto, es muy relevante analizar las condiciones de licitud del *product placement*, debido a que su descripción es ciertamente similar a la de publicidad encubierta. Nos encontramos con dos figuras muy similares, pero una es legal y la

---

<sup>28</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, cit., pág. 213

<sup>29</sup> Publicado en la página web de Autocontrol, <https://www.autocontrol.es/codigos-de-conducta/>

<sup>30</sup> FEBE Y AUC VS. GONZÁLEZ BYASS, S.A. (SOBERANO, EL REY CANALLA)

otra es ilegal, por eso cobra importancia entender correctamente el límite entre las dos. Desafortunadamente, la legislación de la que disponemos, como ya apunté más arriba, es ciertamente compleja y confusa, por lo que conviene un análisis pormenorizado tanto de la legislación como de las respuestas que han dado los distintos órganos legitimados a los requisitos recogidos sobre la licitud del *product placement*.

#### **4.1. Respuesta de la legislación**

Debemos acudir en primer lugar a la DSCA, en cuyo artículo 1, apartado m), se dispone que el *product placement*, traducido como emplazamiento de producto es “toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa a cambio de una remuneración o contraprestación similar”. Por otra parte, en el apartado j) de este mismo artículo se refiere a la publicidad encubierta en materia del sector audiovisual como “comunicación comercial audiovisual encubierta”, la cual define como “la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”. Como se puede observar, la diferencia entre definiciones es pequeña. En la definición de publicidad encubierta se hace una referencia al error en el público, referencia que no aparece en la otra definición. Esto marca ya la primera y principal diferencia entre estas figuras, el error.

Estas dos definiciones encuentran su cabida en el Derecho español debido a la trasposición de la DSCA. Se pueden encontrar en el artículo 2.31 LGCA, que define el emplazamiento de producto 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” y el artículo 2.32 LGCA, que define la publicidad audiovisual 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 definición es ciertamente curiosa, puesto que destaca que la publicidad encubierta no es emplazamiento de producto, lo cual parece más bien una obviedad.

Una vez vista la descripción general en la ley, que no proporciona demasiada información, podemos entrar propiamente en las condiciones recogidas en la normativa.

En la legislación española se recogen las condiciones para la utilización del emplazamiento de producto. Estas se pueden encontrar en art. 17 LGCA. Este artículo recoge el derecho de

realizar emplazamientos de producto en “largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento” a cambio de una contraprestación, o de bienes o servicios con un valor significativo. Esta definición se puede completar con lo recogido en el artículo 14 del Reglamento de publicidad sobre el valor de los bienes o servicios que sustituyan a una contraprestación, según el cual se entenderá que se pueden asemejar a una contraprestación “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”. Si no existe contraprestación, por tanto, no podemos hablar de que haya un emplazamiento de producto.

Este apartado tiene un origen fácilmente explicable. Hoy en día la publicidad nos rodea constantemente. Si un autor quiere crear una obra ambientada en la actualidad, el incluir distintas marcas y productos no hace más que darle realismo. Lo más posible es que las esté utilizando estéticamente, y, sin ningún tipo de contrato con un empresario para usar su producto, no tenga ningún interés en publicitarlo. Se puede entender, además, que su uso en una obra por motivos escénicos, no existe ningún tipo de influencia por parte del empresario en el creador de la obra<sup>31</sup>. Como se verá en el apartado 4 del artículo que se analiza, es importante dentro del emplazamiento de producto la individualidad del autor, aunque en este caso, desde el momento en que no hay contraprestación, ya no necesitamos analizar este apartado.

El artículo 17 LGCA continúa diciendo que “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”. Queda prohibido el emplazamiento de producto en la programación infantil. Por último, cabe destacar el apartado tercero, que recoge que 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”. Este es un apartado peculiar, pues se basa en la independencia del creador de la obra, busca que la publicidad no altere la realización del contenido pensado para la obra. Además es un apartado que delimita bien la idea de *product placement*, pues recoge la prohibición de incitación a la compra y de la promoción concreta de un producto, por ejemplo expresando las cualidades de este, pues debe estar, como ya se ha dicho, integrado en la obra, si no lo está, estaríamos hablando ya de otra figura distinta.

---

<sup>31</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M., “La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto...” cit. pág. 513

Es interesante analizar este artículo de la LGCA en comparación con su contexto legal, pues existe un principio de gran trascendencia que se aplica en general a la publicidad y se deja entrever en múltiples artículos. Este principio se denomina “regla general de separación de la publicidad”, y hace referencia a la separación efectiva entre la publicidad y el propio contenido de la obra o programa<sup>32</sup>. Esta regla se tipifica de manera clara en el artículo 6.5 LGCA, que recoge que “todas las personas tienen el derecho a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales, en los términos previstos por la normativa vigente”, y en el artículo 13.1 LGCA *in fine*, que a su vez recoge que “la publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial”, y se desarrolla en el artículo 14 LGCA, que en su apartado segundo dice “los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos según los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente [...]”, lo que choca directamente con la definición de *product placement*, que busca la integración del producto en la obra. Sin embargo, esta aparente contradicción en la ley se explica porque esta regulación se aplica a los mensajes publicitarios y a la televenta, excluyéndose expresamente el emplazamiento por el art. 14.1 LGCA, “se tendrá sólo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento”.

Hasta aquí lo recogido en la ley con referencia a la licitud. Como se puede observar, es una regulación con bastantes conceptos de difícil comprensión e indeterminados.

## **4.2. Respuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

### **4.2.1. Acuerdo**

Debido a la complejidad de la correcta aplicación de la legislación, aparece un acuerdo propuesto por la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC), que tiene la potestad sancionadora en esta materia<sup>33</sup>, con la intención de aclarar la correcta interpretación de ciertas figuras que aparecen en la regulación de la publicidad audiovisual, el “Acuerdo por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas”, de 17 de septiembre de 2014<sup>34</sup>. En el apartado VII, se hace referencia al emplazamiento de producto. Primeramente se recuerda la necesidad de la existencia de contraprestación para su existencia, el “emplazamiento de producto no computa en el límite de los 12 minutos por hora de reloj y siempre es a cambio de contraprestación”. Después recuerda que el incumplimiento de la normativa referida al emplazamiento de producto

---

<sup>32</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M., “Los presupuestos y límites del emplazamiento publicitario”, cit. pág. 12

<sup>33</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M., “La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto...” cit. págs. 510-511

<sup>34</sup> INF/DTSA/1356/14, se puede encontrar en <https://www.cnmc.es/expedientes/infdtsa135614>

da lugar a una infracción administrativa por dos motivos posibles, por un lado por el incumplimiento de las condiciones recogidas en el mencionado artículo 17 LGCA, o, por otro lado, debido a que se está incurriendo en un supuesto de publicidad encubierta.

Nuevamente nos encontramos con la publicidad encubierta, pero esta vez, la Comisión nos da una pista importante para entender la diferencia. Deja claro que el incumplimiento de la regulación relativa al emplazamiento da lugar a una infracción, pero dependiendo del incumplimiento, también puede dar lugar a publicidad engañosa. El emplazamiento de producto se diferencia de la publicidad encubierta principalmente en que cumple con un requisito de identificación, es decir, como recoge la LGCA, debe estar identificado en el propio programa. Aunque en el momento en que aparezca el producto no sea obvio para el espectador que se está llevando a cabo un tipo de publicidad, sí se le debe informar de que existe. Por este motivo, en el momento en que no se cumplen los requisitos recogidos relativos a la transparencia de la publicidad, nos movemos directamente al ámbito de la publicidad engañosa.

Esto se relaciona directamente con lo recogido al principio del apartado anterior, la definición legal de emplazamiento de producto y de publicidad engañosa que se recogen en la DSCA son prácticamente solapables, excepto por un inciso, el que recoge que, por no especificar la intención publicitaria de la colocación, el espectador puede caer en el error de que no es publicidad. Este error no se dará si existe una señalización dentro del programa de que existe dicha publicidad. Por tanto, si volvemos a la definición de la DSCA, podemos ver como efectivamente el *product placement* es una colocación de un producto en un medio audiovisual, que, al contrario que la publicidad encubierta, no da lugar a error sobre su naturaleza.

Después de las aclaraciones recogidas arriba, el acuerdo entra propiamente en la explicación de las condiciones de licitud recogidas en la ley: En cuanto a la condición de información al público de la existencia de emplazamiento de producto cuando el programa es producido por el prestador del servicio (o una de sus filiales), esta será adecuada cuando conste el principio y al final de los programas, y cuando se reanuden, y aparezca en pantalla una transparencia que indique “este programa contiene emplazamiento publicitario”, y además se recoja una lista de productos o marcas emplazados al final del programa, que “deben quedar perfectamente enumerados y claramente legibles, bien diferenciados del resto de menciones y agradecimientos, ya sea mediante transparencias u otras fórmulas de presentación gráfica”. También recuerda la prohibición en cuanto a la programación infantil.

Por otro lado, en cuanto a la prohibición de condicionar la independencia del prestador de servicio, aclara que implica que no debe influir en el guión o el contenido, ni se puede incitar a la compra o arrendamiento, ni dar prominencia indebida.

Se refiere el acuerdo al artículo 14.2 del Reglamento de Publicidad, para lo referente al valor necesario para que se entienda que los bienes o servicios intercambiados por el emplazamiento de producto sirven como contraprestación.

Por último, recuerda la importancia del riguroso cumplimiento de los requisitos recogidos en la ley, debido a lo controvertida que puede llegar a ser esta figura, provocando intensos debates sociales.

#### **4.2.2. Resoluciones**

Aún con la existencia del acuerdo, inevitablemente llegaron nuevos casos a la CNMC, que en sus resoluciones fue dando forma a las condiciones en las que se entiende que es lícito el *product placement*, así como la amplitud de su uso y su conexión con la publicidad encubierta.

Procedo a analizar dos resoluciones que analizan y detallan las condiciones de licitud, y reúnen de manera clara la interpretación llevada a cabo por la CNMC.

Una primera resolución a analizar es la Resolución del procedimiento sancionador incoado a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A., por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, del 4 de mayo de 2017<sup>35</sup>. En esta resolución, se discute la existencia de una infracción al artículo 17 LGCA, de emplazamiento de producto. La posible infracción viene dada por la colocación de productos de la marca *Coca-cola* en varios capítulos de la serie *Velvet*, en Antena 3. La resolución explica que el emplazamiento permitido no puede ser encubierto, debido al deber de señalización que informe al espectador de la utilización del mismo. Destaca que este es un caso distinto al de otros tipos de publicidad, que deben estar separados del contenido. Además recoge una idea interesante, el hecho de que debe permitirse la utilización de este instrumento no solo en el cine y la televisión, sino en otros medios audiovisuales, para garantizar la igualdad de condiciones entre los distintos medios. Esta es una idea que no viene expresamente recogida en la propia definición que se hace en la DCSA o la LGCA, y sin embargo, parece completamente necesario recoger, pues debido al avance de la tecnología actual, no parece justo olvidar a la industria de los videojuegos, por ejemplo.

Continúa la resolución aclarando que la diferencia con la publicidad encubierta se hace evidente no solo por la identificación, sino por las obligaciones impuestas por la normativa vigente a la forma en la que se deba enseñar o aludir a un producto. Entiende que el incumplimiento de lo recogido en el artículo 17 LGCA se considera incumplimiento de estas exigencias. La demanda contra Atresmedia deriva de la repetida alusión al producto de *Coca-Cola*, por lo que la Comisión analiza la posibilidad de que esto sea una “prominencia indebida”. Esta definición es compleja de entender, y por tanto de aplicar, por lo que la

---

<sup>35</sup> SNC/DTSA/002/17/ATRESMEDIA, se puede encontrar en <https://www.cnmc.es/en/node/356921>

Comisión hace referencia al acuerdo de 2014 para recordar que lo más importante es la efectiva información al espectador.

Esto no implica que no se deba ignorar el concepto de “prominencia indebida”, pero sí establece la necesidad de que sea llenado de contenido por aquel órgano que lo deba aplicar, puesto que se trata de un concepto indeterminado.

Es hecho probado que existen reiteradas apariciones de *Coca-cola* es un gran número de episodios de la serie, pero no todas ellas son objeto de análisis por la resolución, debido a su aparición muy secundaria. También se entiende que no merecen análisis los emplazamientos realizados en escenas en las que cabe encontrar el producto, como en un bar, pues no destaca.

Distintas son las escenas en las que el producto se muestra como foco de atención o durante demasiado tiempo. Si se muestra en escena de manera notoria, dice la resolución, puede calificarse de abusiva. Se documentan en la resolución los capítulos motivo de análisis, en donde claramente se puede ver el sobreuso de la *Coca-cola*, como su aparición en primer plano, por delante de los actores, o en varias mesas de un aeropuerto.

En cuanto al hecho de que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, en que se basa la defensa de Atresmedia, la resolución recoge que no existe problema para tipificar una conducta basándonos en este tipo de conceptos, pues en general acaba siendo imposible la no utilización de uno. Sí es necesario usar un concepto indeterminado bajo la razonabilidad y criterios que permitan la suficiente previsibilidad del resultado. Distinta sería una descripción demasiado genérica o abierta, pero este no es el caso.

La prominencia indebida en este caso se considera debido a la presencia habitual no justificada, y sobre todo ensalzada, del producto en la escena.

Esta resolución fue revocada por la Audiencia Nacional, en una sentencia que se analizará en el apartado correspondiente.

Una segunda resolución a analizar es la Resolución del procedimiento sancionador incoado a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A., por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual<sup>36</sup>. De nuevo se discute la infracción del artículo 17 LGCA, esta vez por parte del programa *Decogarden*, perteneciente a Atresmedia, a la hora de emplazar productos de las marcas *Titanlux*, *Cortina decor*, *Niessen*, *Flower* y *Tesa*.

En la resolución, la Comisión recuerda que realizar emplazamientos encubiertos, es decir, sin informar a los espectadores de que están contenidos en el programa, no solo está prohibido, sino que además puede perfectamente llegar a considerarse constitutivo de publicidad encubierta.

---

<sup>36</sup> SNC/D TSA/006/17/ATRESMEDIA, se puede encontrar en <https://www.cnmc.es/en/node/361327>

Esta es una aclaración muy relevante, pues en la ley no se encuentra recogida expresamente, pero debido a la similitud entre product placement y publicidad encubierta, se hace evidente que, si falta el elemento de la información, nos encontramos directamente ante publicidad encubierta, recogida en el artículo 58.8 LGCA, y no meramente en un incumplimiento del artículo 58.7 LGCA.

Una vez hecha esta puntualización, se discute la naturaleza del programa *Decogarden*. Esta discusión se hace relevante debido a que el emplazamiento está totalmente prohibido en programación infantil. Sin embargo, este programa se encuadra dentro de la apartado DIY (do it yourself, traducido generalmente como manualidades), que no entra dentro de la categoría infantil.

La siguiente discusión es la relativa a la forma de presentación de los productos. Una mera descripción, que se permitiría dentro del seno del artículo 17 LGCA, o por el contrario, una incitación o promoción. Se hace un análisis detallado por producto, donde se recoge, además de la prominencia de todos ellos, las menciones verbales a sus cualidades y virtudes.

La resolución aclara que no se incumple el artículo 17 LGCA por el mero hecho de expresar opiniones personales sobre los productos, pero sí cuando las opiniones son reiteradas en el tiempo, resaltando las cualidades del producto, ensalzándolo, en definitiva. Y esto por dos motivos ya vistos, primero, porque hablar de las virtudes de un producto repetidamente se puede entender como una promoción concreta del mismo, y segundo, porque la expresión de opiniones acerca del producto emplazado modifica el contenido del programa, condicionando la libertad e independencia del prestador del servicio audiovisual.

La resolución continúa con un tema importante, que no se recoge en la norma pero de gran trascendencia práctica. El *product placement* no es, y no puede ser igual para todos los medios audiovisuales, en cuanto a la amplitud permitida de su presencia. Es decir, no puede haber el mismo margen para una serie documental que para un programa DYI, pues en el segundo es prácticamente inevitable que aparezcan distintos productos, e incluso se puede aceptar una descripción de sus cualidades, siempre que sea objetiva.

En relación con este tópico, la CNMC ya se posiciona en la Resolución por la que se requiere a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. para que cese la emisión de emplazamientos que no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual<sup>37</sup>. En esta resolución se recoge que existen espacios que permiten la presencia de un alto nivel de emplazamiento de producto, debido a que son parte del decorado habitual o se utilizan diariamente en el ámbito específico de ese tipo de programa, como los espacios gastronómicos, motivo de esta resolución.

---

<sup>37</sup> REQ/DTSA/1/15/ATRESMEDIA, se puede encontrar en <https://www.cnmc.es/ca/node/342092>

No obstante, poco importa que la amplitud del emplazamiento sea mayor en estos casos si se incumple cualquiera de los requisitos recogidos en el artículo 17 LGCA. En el caso de *Decogarden*, la mención u opinión positiva de las cualidades del producto tienen una clara intención promocional, por lo que el hecho de que se admita la aparición y mención de estos no altera la infracción que se está llevando a cabo.

Es más, como recoge la resolución, una de las diferencias más claras entre el *product placement* y otras figuras publicitarias lícitas es que en este primero no puede haber ningún tipo de promoción.

#### **4.3. Respuesta de los tribunales**

Como se recogía, la resolución del 4 de mayo de 2017 dictada por la CNMC fue revocada por la Audiencia Nacional.

Es relevante tener esto en cuenta, pues implica que las respuestas a la correcta aplicación de las condiciones de licitud no son iguales entre los distintos órganos de resolución de conflictos. Si bien la CNMC se basa en su acuerdo y en los criterios lógicos que aplica su tribunal, los tribunales españoles se basan en sus propios criterios, dando lugar, en casos, a una disparidad de opiniones.

Teniendo esto en cuenta, es relevante examinar la sentencia de la Audiencia Nacional que revoca la resolución, para esclarecer la diferencia entre los criterios que utilizan los dos órganos.

La sentencia en cuestión es la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 1ª), núm. 363/2017, del 25 de julio de 2019<sup>38</sup>. La Audiencia comienza su argumentación jurídica recordando las distintas disposiciones legales y anterior jurisprudencia que son relevantes al caso.

Posteriormente comienza el análisis de este caso concreto. Argumenta que el producto presente en la serie *Velvet* está perfectamente contextualizado, que por este motivo no modifica el guión y por tanto no influye al contenido de la obra. Considera que, siendo las botellas parte primordial de la trama de la serie *Velvet*, su aparición como decorado está perfectamente justificada.

Por otro lado, en cuanto a la reiteración que pueda dar lugar a la prominencia indebida, considera que no es suficiente. Comparativamente, el tiempo que aparece en pantalla es escaso en relación con la duración total del programa. En cuanto a la posibilidad de que se esté resaltando el producto, la Audiencia no considera que su colocación en escena influya, sino que debe darse la aparición de carteles o mención, cosa que efectivamente no ocurre.

---

<sup>38</sup> Roj: SAN 3619/2019 - ECLI: ES:AN:2019:3619

En definitiva, la Audiencia no considera que exista una prominencia indebida, basándose en la legitimidad del uso del emplazamiento siempre que no sea encubierto, como es aquí el caso (pues se encuentre correctamente identificado), siempre que no se destaque el producto.

Como se puede comprobar, los criterios de la Audiencia tienden más a aceptar el *product placement* que los de la CNMC, que son más restrictivos en cuanto a la interpretación de la prominencia.

Por otra parte, cabe destacar que las sentencias judiciales que tratan la materia referente al *product placement* generalmente derivan de recursos a resoluciones administrativas o resoluciones dictadas por el CNMC, por tanto hay una menor cantidad de la que resultaría óptima para tener una jurisprudencia asentada. Además, no debemos olvidar que muchos conflictos que se llevan a cabo en el ámbito de la publicidad no llegan a tribunales debido a órganos extrajudiciales como Autocontrol.

Debido a esto, los últimos casos relevantes que llegan al Tribunal Supremo están bastante datados, pues aplican legislación anterior a la DSCA, que no recogía la existencia del *product placement*. Más recientes son varias sentencias de la Audiencia Nacional. En ellas, se incide principalmente en la naturaleza del emplazamiento. Se recoge que el emplazamiento derivado de la puesta en pantalla de un producto es lícito, mientras no vaya acompañado de una finalidad de promoción. En palabras de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), núm. 1500/2007, del 23 marzo de 2009<sup>39</sup>, "La diferencia entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la mera presentación ("asentamiento" o "emplazamiento") del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público". Recalca la Audiencia que este emplazamiento no debe adquirir protagonismo, en palabras de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), núm. 134/2013, del 2 marzo de 2015<sup>40</sup>, los requisitos exigidos en unos hechos para ser calificados como publicidad encubierta deben ser: "se ha producido una presentación directa, verbal y visual, de bienes y marcas de un productor de mercancías existentes en el mercado, en un programa de televisión), distinta del emplazamiento de producto (que carece siempre del protagonismo de estas emisiones)". Por tanto, entiende que una presentación directa y destacada daría lugar a que se pueda hablar de publicidad encubierta<sup>41</sup>.

#### **4.4. Respuesta de Autocontrol**

---

<sup>39</sup> JUR 2009\207239

<sup>40</sup> ECLI:ES:AN:2015:955

<sup>41</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M., "La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto..." cit. Pág. 512

Por su parte, como ya se apuntaba, el Jurado de Autocontrol también se manifestó sobre la licitud del *product placement*. Las conclusiones del Jurado de autocontrol son similares a las ya expuestas, su preocupación es la fina línea que divide al *product placement* y la publicidad encubierta.

En una resolución de 2001, Resolución de la Sección 4ª del Jurado de Autocontrol de la Publicidad, de 26 de abril de 2001 (“Soberano, el rey canalla”), la primera en la que se pronunció en cuanto a este asunto, ya marcó la línea a seguir por las siguientes resoluciones, y que posteriormente seguirían las resoluciones y sentencias motivadas por la LGCA.

Se preguntó el Jurado por la identificabilidad del carácter publicitario del *product placement*<sup>42</sup>, concluyendo que debe ser reconocido como tal, y no debe llevar al espectador a error sobre su contenido promocional. Para ello se basa en el artículo 13 del Código de Autocontrol, que recoge que “las comunicaciones comerciales serán identificables como tales sea cual sea su forma o el medio utilizado”. También recalca el Jurado que el hecho de que no haya un informante o una declaración expresa de la existencia de un producto no debe confundirnos, pues la asociación del producto con la obra y sus valores es lo que hace al emplazamiento una técnica tan eficaz. Para evitar el error del público y aminorar el efecto de esta técnica, es necesaria “la identificación de la finalidad publicitaria del mensaje para que éste pueda ser adecuadamente valorado por el público”.

Esta resolución se confirmó posteriormente por la Resolución de la Sección 4ª del Jurado de Autocontrol del 4 de junio de 2001<sup>43</sup>, que recoge que “debe ser calificada como publicidad encubierta toda aquella publicidad que no sea identificable como tal”.

En una resolución más reciente, Autocontrol da solución al problema que se plantea cuando existe emplazamiento de producto pero no entra en ninguno de los casos establecidos en el primer inciso del artículo 17.1 LGCA. Esta es la Resolución del Jurado de Autocontrol, sección 6ª, del 16 de mayo de 2013<sup>44</sup>. En estos casos, se debe acudir al segundo inciso del mismo apartado, y analizar si en el caso concreto, el emplazamiento se da a cambio de un suministro gratuito o ayudas materiales.

Otra resolución destacable discute la relevancia del carácter publicitario del *product placement*. En la Resolución del Jurado de Autocontrol, sección 6ª, del 5 de septiembre de

---

<sup>42</sup> MÉNDIZ NOGUERO, A., “Presencia de marcas comerciales (product placement) en las teleseries y películas cinematográficas: Límites éticojurídicos para la defensa del consumidor”, *Primer Congreso sobre Medios de Comunicación Social, Granada, Palacio de Congresos, 28, 29 y 30 de noviembre, 2002*, págs. 6 y 7

<sup>43</sup> GoNzález Byass, S.A. Vs. Resolución Sección Cuarta de 26 de Abril De 2001 [Febe y Auc Vs. González Byass, S.A. (Soberano, El Rey Canalla)]

<sup>44</sup> Particular vs. PUBLIESPAÑA, S.A.U. (“Toshiba”)

2013<sup>45</sup>, se recoge que para entrar a analizar la licitud de la publicidad, primero se debe estar tratando de verdadera publicidad. En el caso concreto, el producto objeto de recurso aparece en una escena de 2 segundos dentro de un spot de 60 segundos, con un efecto difuminado, por lo que parece que su aparición es mas bien anecdótica. Si no existe intención promocional, no existe product placement, y en consecuencia, no puede dar lugar a un caso de publicidad encubierta.

En conclusión, a pesar de que la legislación pueda resultar en casos abierta o poco específica, lo cierto es que a la hora de su control por los distintos órganos y tribunales, todos coinciden en la importancia de aplicar estrictamente lo recogido en el artículo 17 LGCA, y en particular, la importante característica de la identificación como publicidad. El incumplimiento de estas normas podrá llevar al prestador de servicios a caer en la publicidad encubierta.

## **5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN CASO DE QUE NO SE RESPETEN LAS CONDICIONES DE LICITUD**

Las consecuencias jurídicas relacionadas con el *product placement* son variadas, debido a la amplitud de motivos por los cuales se pueden incumplir los requisitos recogidos para la licitud del mismo.

### **5.1. Vía administrativa**

El régimen sancionador para el *product placement* viene recogido en la LGCA, en el Título VI. El artículo 55 LGCA nos indica que “el procedimiento sancionador en materia audiovisual se regirá por los principios generales previstos en el Capítulo II del Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y su desarrollo reglamentario”. Esta ley ha quedado derogada por la nueva ley de procedimiento administrativo. Esta es la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>46</sup> (LPAC), que recoge en su Título V, Capítulo I las garantías del procedimiento administrativo.

Por otra parte, debemos atender a lo dispuesto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>47</sup>, pues en su artículo 9 se recoge la competencia de la CNMC para la supervisión y control en materia de mercado de comunicación audiovisual, incluyendo la potestad sancionadora. En particular, su apartado 6 recoge la función de “controlar el cumplimiento de las obligaciones, las prohibiciones y los límites al ejercicio del

---

<sup>45</sup> Particular vs Corporación Radio Televisión Española, S.A. (“Descubre tu País San Clodio”)

<sup>46</sup> «BOE» núm. 236, de 02/10/2015

<sup>47</sup> «BOE» núm. 134, de 05/06/2013

derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales impuestos por los artículos 13 a 18 de la Ley 7/2010”, en donde se incluye el *product placement*.

En cuanto a las infracciones, existe una norma general a tener en cuenta, la recogida en el artículo 18.1 LGCA. Primeramente recoge la prohibición de emisión de publicidad “que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual” o la publicidad sexista. Este apartado es acorde con lo recogido en el artículo 14 CE.

En cuanto a esta prohibición, se recoge en el artículo 57.1 LGCA como infracción muy grave, que se sancionará según lo recogido en el artículo 60.1 LGCA. Una infracción muy grave da lugar a una multa de 500.001 hasta 1.000.000 de euros para los servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 100.001 a 200.000 para el resto de prestadores de servicios.

Se remite el artículo 18.1 LGCA además a lo dispuesto en la LGP con relación a la publicidad ilícita, lo cual se recoge en el Título II de la LGP, artículos 3 y ss. En este Título es interesante simplemente recordar que se incluye la publicidad engañosa como ilícita (art. 3 LGP) y que las acciones contra dicha publicidad serán establecidas tal y como recoge la LCD.

También existen una serie de supuestos específicos recogidos en el artículo 18.3 a 18.7 LGCA, aplicables a toda forma de publicidad recogida en esta ley.

Estos supuestos incluyen la prohibición de comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud, y en todo caso la comunicación comercial de “cigarrillos y demás productos de tabaco, así como de las empresas que los producen”, y de “medicamentos y productos sanitarios que contravenga lo dispuesto en el artículo 78, apartados 1 y 5, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios<sup>48</sup>”, es decir, aquellos que contradigan lo siguiente: “a) Que no se financien con fondos públicos. b) Que, por su composición y objetivo, estén destinados y concebidos para su utilización sin la intervención de un médico que realice el diagnóstico, la prescripción o el seguimiento del tratamiento, aunque requieran la intervención de un farmacéutico [...] c) Que no constituyan sustancias psicotrópicas o estupefacientes con arreglo a lo definido en los convenios internacionales”.

El siguiente supuesto prohibido es la comunicación comercial de bebidas alcohólicas de más de veinte grados, o “con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir”.

También se prohíbe comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos contra el medio ambiente o comportamientos nocivos para la seguridad de las personas, y

---

<sup>48</sup> «BOE» núm. 178, de 27/07/2006

comunicación comercial de naturaleza política salvo lo previsto en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General<sup>49</sup>.

Por último se introduce una cláusula que recuerda, de manera posiblemente innecesaria, que la comunicación comercial audiovisual estará sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad<sup>50</sup>. El incumplimiento de esta norma se recoge en el artículo 58.8 como una infracción grave.

Aunque no se estén incumpliendo en este caso las condiciones de licitud del *product placement* estrictamente, si se incumple alguno de estos apartados, se está infringiendo lo recogido en la LGCA, lo que irá acompañado de una sanción.

Cuando nos centramos específicamente en una acción que incumpla los requisitos recogidos en el artículo 17 LGCA, debemos acudir al artículo 58 LGCA, que es su apartado 7 recoge este incumplimiento como una infracción grave.

Debemos tener en cuenta el segundo inciso del apartado 7 del artículo 58 LGCA, que expone que “el incumplimiento de una de las condiciones previstas en los citados artículos no podrá dar lugar además a la sanción por comunicación comercial encubierta”.

Sin embargo, la infracción de los requisitos del *product placement* relativos a la identificación del producto, debido a su capacidad de llevar al error al consumidor, pueden dar lugar a la efectiva emisión de publicidad encubierta, por tanto interesa también lo recogido en el artículo 58.8 LGCA, que dispone que la emisión de esta publicidad es una infracción grave.

Una infracción grave da lugar a una multa de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 50.001 a 100.000 para el resto de servicios (art. 60.2 LGCA) que puede llevar aparejada la obligación de difundir la parte resolutive de las mismas (art. 60.5 LGCA). La cuantía de la sanción variará, dentro del margen marcado por este artículo, según la inclusión de la conducta en un código de autoregulación, previas sanciones, gravedad, repercusión social y beneficio que haya reportado (art. 60.4 LGCA), y teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta ley ha sido derogada, por tanto el artículo al que corresponde dirigirse es el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>51</sup>. Este artículo recoge el principio de proporcionalidad, que implica que las sanciones administrativas “en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad”, y a la hora de establecer una sanción pecuniaria, se “deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte

---

<sup>49</sup> «BOE» núm. 147, de 20/06/1985

<sup>50</sup> LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., “Regulación actual del product placement”, cit. págs. 192-193

<sup>51</sup> «BOE» núm. 236, de 02/10/2015

más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”. Por último, “se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”.

Por último, se recoge en el artículo 61 LGCA la responsabilidad por la infracción de lo recogido en la ley. Dice: “la responsabilidad administrativa por las infracciones de la presente Ley es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual”, y el infractor será en encargado de “reponer la situación alterada a su estado originario y resarcir los daños y perjuicios causados”.

## **5.2. Vía judicial**

Aunque los conflictos derivados de la publicidad audiovisual suelen dirigirse al ámbito administrativo, sigue existiendo la posibilidad de presentarlos ante los tribunales.

Primero cabe mencionar que una vez agotada la vía administrativa de recursos, se abre la vía judicial contencioso-administrativa, como recoge el artículo 123 LPAC, “los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo” y el artículo 126 LPAC, “transcurrido el plazo de tres meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión sin haberse dictado y notificado la resolución, se entenderá desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa”.

Además, como ya se recogía, el *product placement*, como forma de publicidad, queda afectado por lo establecido en la LGP, que recoge la publicidad ilícita. Las acciones que se puedan dar contra este tipo de publicidad, por su parte, serán las establecidas en la LCD, por remisión a esta ley (art. 6 LGP).

Por tanto, las acciones disponibles son las recogidas en el artículo 32 LCD: “1.<sup>a</sup> Acción declarativa de deslealtad. 2.<sup>a</sup> Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. 3.<sup>a</sup> Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. 4.<sup>a</sup> Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. 5.<sup>a</sup> Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. 6.<sup>a</sup> Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”, que completa lo anterior indicando que “En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup>, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora”.

La legitimación para interponer una acción se recoge en el artículo 33 LCD, que con respecto a la publicidad recoge “frente a la publicidad ilícita está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo”. Esto se debe completar con lo recogido en el artículo 6.2 LGP.

Estas acciones serán conocidas por los Juzgados de lo Mercantil, de acuerdo con lo recogido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>52</sup>, artículo 86 ter.2, “los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal [...]”.

Se ha discutido la posibilidad de admitir una infracción continuada (lo que es ciertamente relevante en esta materia si pensamos en las series y programas de televisión formados por múltiples episodios) que contribuiría efectivamente a bajar el importe de la posible sanción, pero la LGCA no recoge nada al respecto y no existe otra ley de mismo rango que así lo recoja, por tanto no se está admitiendo en los tribunales. El argumento más contundente, sin embargo, es el relativo a que una infracción que se repite en el tiempo como esta no debería en ningún caso rebajar la sanción, sino agravarla por recurrencia<sup>53</sup>.

Con referencia a este punto, procedo a analizar la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso), núm. 1500/2007, del 23 de marzo de 2009<sup>54</sup>. Consiste en un recurso por parte de Gestevisión Telecinco, S. A. contra una resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

La resolución sancionaba a Telecinco por el emplazamiento de productos de Marina D’or con finalidad promocional, efectivamente otorgándole la naturaleza de publicidad encubierta, en la serie “Yo soy Bea”. Telecinco argumenta la inexistencia de publicidad encubierta, por un lado, la falta de proporcionalidad de la sanción por otro, y por último la existencia de infracción continuada.

La infracción continuada se recoge en el Real Decreto 1389/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora<sup>55</sup>. En su artículo 4.6 *in fine* se expone que: “será sancionable, como infracción continuada, la realización de una

---

<sup>52</sup> «BOE» núm. 157, de 02/07/1985

<sup>53</sup> LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., “Regulación actual del product placement”, cit. pág 206

<sup>54</sup> PROV2009207239, se puede encontrar en <https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/contencioso-administrativo/sentencia-de-la-audiencia-nacional-de-lo-contencioso-administrativo-del-23-de-marzo-de-2009-2009-05-26/>

<sup>55</sup> «BOE» núm. 189, de 09/08/1993

pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.

No me detendré a explicar los motivos referentes a la existencia o no de publicidad encubierta o la proporcionalidad de la sanción, ya que la sentencia es anterior a la promulgación de la LGCA, y por tanto utiliza legislación no vigente.

Sin embargo, cabe analizar lo referente a la infracción continuada. La norma alegada, el RD 1389/1993 es de naturaleza reglamentaria, sin embargo, esto no necesariamente implicaría que no se pueda aplicar, si se entiende como emanación de principios punitivos preexistentes que ya fueron objeto de recepción por los tribunales.

Sin embargo, debe estar subrogada el principio de proporcionalidad, que en caso de la publicidad encubierta implica la necesidad de aplicar la sanción por separado como manera de impedir su reiteración.

### **5.3. Vía extrajudicial**

En el artículo 39 LCD, de acciones previas frente a empresarios profesionales adheridos a códigos de conducta., se recoge que se instará “con carácter previo al ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 2.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, ante el órgano de control del código de conducta, la cesación o rectificación del acto o la práctica comercial de quienes de forma pública estén adheridos al mismo, así como el compromiso de abstenerse de realizar el acto o la práctica desleal cuando éstos todavía no se hayan producido”.

La vía extrajudicial de resolución de conflictos está abierta a los interesados, en especial para casos que tengan relación con aquellos empresarios o profesionales adheridos a un código de conducta, reforzado por la existencia de un órgano especializado de resolución de conflictos.

El máximo exponente en esta materia es Autocontrol. Su Jurado es una entidad privada acreditada por el Gobierno español como entidad de resolución de conflictos alternativa, y acreditada por la Comisión Europea como parte de la Red Extra-Judicial Europea<sup>56</sup>. Autocontrol permite la presentación de una reclamación en materia publicitaria como consumidor individual o como persona o entidad jurídica.

## **6. CONCLUSIÓN**

A modo de conclusión, me gustaría reflexionar sobre la existencia de la figura del *product placement*. Como está expuesto, y como no podía ser de otra manera, apareció como tal de la mano del cine. Esto es fácil de entender, pues en la gran mayoría de las películas (y en la actualidad, series televisadas) se graba en el exterior, y con solo salir a la calle, cualquier persona se ve rodeada de letreros y rótulos de distintas empresas, lleva marcas en su ropa, en sus accesorios, como bolsos y joyas, productos claramente reconocibles. Por tanto, pretender evitar

---

<sup>56</sup> Esta información se puede encontrar en la página web de autocontrol, [autocontrol.es](http://autocontrol.es)

la aparición de cualquier tipo de marca o producto en una obra se me antoja una tarea sinceramente ardua y, muy posiblemente, inútil.

Además, como venía diciendo, no solo es difícil eliminar todas las marcas de una obra, sino que muchas veces, el autor quiere que aparezcan, porque ciertamente le dan realismo a una escena.

Personalmente, comprendo esta línea de pensamiento, pues aún sin tener grandes conocimientos de dirección, sí siento una leve desconexión cuando en una película o serie las calles están vacías de tiendas de ropa conocidas, o se piden bebidas genéricas en los bares.

Por otra parte, no puedo más que plantearme el estatus de figura legal del *product placement*. Los métodos de publicidad indirecta en general son inquietantes, por así decirlo. Muchos de estos se consideran ilícitos, como la publicidad subliminal, y no es difícil entender por qué. Y es que el consumidor no puede filtrar publicidad que no sabe que es publicidad, en cierto sentido se toma su libertad de decidir que publicidad consumir, o de evitarla completamente. El *product placement*, sin embargo, es legal. Y como he recogido, efectivamente debe estar identificado en la obra, pero, siendo honestos, nadie se fija en los créditos finales para buscar que marca se ha promocionado. No, el espectador ve la película o la serie e internaliza el hecho de que en una escena el protagonista bebía whisky de marca muy cara, y que en otra había un coche casi fantástico que llevaba la marca de *Mercedes*.

El hecho de que en el momento que la ve, el espectador no sabe que se enfrenta a publicidad es lo que realmente me preocupa. Creo que no merece la pena plantear la posibilidad de anunciar su existencia en el momento en que se produce, pues no me cabe duda de que ningún autor querría en medio de su obra una transparencia que ponga "*product placement*". Por tanto, la otra alternativa que se me ocurre es simplemente prohibirlo por completo. Como se vio, esto no impide que el autor use marcas para darle realismo a su obra, pero sí evitaría la intención promocional, y la posibilidad de influencia del empresario en la obra.

El único problema que surge de esto es que, inevitablemente, cuando sale un producto en pantalla, el espectador lo asocia con lo que está viendo, y al espectador lo mismo le da que de fondo haya o no una contraprestación o que se esté siguiendo la LGCA o no. Sin embargo, como decía, me parece completamente inviable el eliminar marcas y productos de todas las obras audiovisuales existentes.

Como decía, el *product placement* se trasladó del cine a otros medios, como los programas y los videojuegos. Sin embargo, en estos contextos, me parece más fácil dar una respuesta. Un videojuego está completamente programado de cero, y un programa de televisión se crea en un espacio controlado, por tanto, la existencia de publicidad en estos no deriva de un ambiente en el que es inevitable que se pueda encontrar un producto, sino que se coloca de manera consciente. En estos casos, no tendría problema en afirmar que preferiría su prohibición, por los

mismos motivos expuestos, pero además sabiendo que se puede evitar completamente, si así lo decidiera el director.

En definitiva, el *product placement*, aunque me parece un método de publicidad fascinante, también me preocupa, por la capacidad de colarse en la mente del espectador. Sin embargo, su prohibición, aunque tiene ventajas, nunca terminaría de eliminar el elemento de promoción derivado de enseñar un producto en pantalla, y no me queda más que plantearme cual será la solución a ese particular conflicto, si es que alguna vez se encuentra una.

## 7. **BIBLIOGRAFÍA**

BAÑOS, M./RODRÍGUEZ, T., *Product placement. Estrella invitada: la marca*, Editorial. Cie Dossat, Madrid, 2003

CORTI, G., *Oculto sarà tua sorella!*, Editorial Alberto Castelvechi, Roma, 2004

FRAMIÑÁN SANTAS, J., “El "emplazamiento de producto inverso" ("reverse product placement")” en TOBÍO RIVAS, A. M. (coord), *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 655-672

GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., “Regulación actual del product placement”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2011, págs. 181 y ss. (se maneja la versión electrónica disponible en la base de datos Aranzadi Insignis: BIB 2011\353)

MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Editorial Civitas, Madrid, 1999

MÉNDIZ NOGUERO, A., “Presencia de marcas comerciales (product placement) en las teleseries y películas cinematográficas: Límites éticojurídicos para la defensa del consumidor”, *Primer Congreso sobre Medios de Comunicación Social, Granada, Palacio de Congresos, 28, 29 y 30 de noviembre, 2002*

SÁNCHEZ RUIZ, M., “Los presupuestos y límites del emplazamiento publicitario”, *Revista de Derecho Mercantil* núm.296, 2015, págs. 1 y ss. (se maneja la versión electrónica disponible en la base de datos Aranzadi Insignis: BIB 2015\1978)

SÁNCHEZ RUIZ, M., “La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto y la propuesta de reforma de la directiva de servicios de comunicación audiovisual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, no. 2, 2017 págs. 506 y ss.

SANTIAGO, G., “Product Displacements Explained: Part 1”, <https://gladyssantiago.wordpress.com/2009/04/16/product-displacements-explained-part-1/>, 16.04.2009 (consultada por última vez el 1.7.2020)

TUSHNET, R., «Attention Must Be Paid: Commercial Speech, User-Generated Ads, and the Challenge of Regulation», *Buffalo Law Review*, vol. 58, 2010, págs. 721 y ss.

VÁZQUEZ PENA, M. J., “Publicidad y promoción de los productos del tabaco y «product placement»”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXXII, 2011-2012, págs. 551-569