

GUÍA LEGAL PARA BRANDED CONTENT Y FIGURAS PUBLICITARIAS AFINES

iab
spain legal

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN

2 ¿CÓMO ESTÁ REGULADA LA PUBLICIDAD EN ESPAÑA?

3 ¿QUÉ SE CONSIDERA PUBLICIDAD?

4 EL CONCEPTO DE BRANDED CONTENT Y FIGURAS PUBLICITARIAS AFINES

4.1 BRANDED CONTENT

4.2 PATROCINIO

4.3 PUBLIRREPORTAJE

4.4 PUBLICIDAD EN REDES SOCIALES

4.5 PROMOTED CONTENT

4.6 PUBLICIDAD NATIVA

5 CONSEJOS LEGALES

5.1 TRANSPARECIA (AVISO DE "PUBLI" O "PUBLICIDAD")

5.2 RESPETO A LOS DERECHOS DE TERCEROS

5.3 RESPETAR LAS PROHIBICIONES RESPECTO A DETERMINADOS PRODUCTOS O SERVICIOS

5.4 VIRALIDAD TRANSMEDIA, RECOMENDACIONES Y SPAM

5.5. MENORES

6 CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La presente guía nace con el objetivo de apuntar algunos de los aspectos legales más destacables de la comunicación de marcas a través de vías no convencionales, nuevos cauces y con formatos alejados de las campañas publicitarias tradicionales.

Ejemplo de ello resulta, sin duda, el branded content que, al no estar expresamente regulado presenta, en ocasiones, dificultades a la hora de conocer las obligaciones legales y las implicaciones o limitaciones a las que debe atenderse para su realización. Con el fin de posicionar el BC (desde una perspectiva legal) en el mapa de acciones de comunicación (y de publicidad, en su caso) analizaremos la visión actual del sector sobre esta nueva vía, así como otras figuras publicitarias afines, para establecer medidas claras y prácticas que ayuden a cumplir con la normativa y proporcionar transparencia a los consumidores.



2. ¿CÓMO SE REGULA LA PUBLICIDAD EN ESPAÑA?

La publicidad digital en España está regulada por una combinación de leyes¹ y diferentes normas de autorregulación, mediante las cuales se completan aspectos a los que la legislación no alcanza, ofreciendo una manera más fácil de resolver disputas y adaptar normas a las nuevas tecnologías y modelos de negocio.

Sin embargo, no cabe duda de que a mayor innovación en las vías de comunicación, más complicado resulta que la Ley haya podido prever soluciones específicas. Es por ello que, en muchas ocasiones las disputas, situaciones de conflicto o dudas sobre aplicación o no de determinadas obligaciones o limitaciones a una acción concreta vendrán a solucionarse mediante el fallo de un tribunal, la recomendación de una institución etc.

De este modo, a la hora de desarrollar el marco de cumplimiento aplicable al branded content y figuras publicitarias afines, deberá tenerse en cuenta no sólo la legislación vigente, sino también los acuerdos de autorregulación adoptados, las decisiones de los tribunales y las normas, instrucciones y prácticas de los citados organismos.

Existen diferentes organismos, tanto públicos como privados (en este caso, únicamente competentes respecto a las entidades adheridas a los mismos), que vigilan el cumplimiento esta normativa, entre los que destaca la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo que, entre otras funciones, se encarga de fijar los criterios de duración, contenido, horario y protección en caso de los anuncios televisivos así como de cuestiones relacionadas con la publicidad ofrecida en redes de telecomunicaciones. Por otro lado también es necesario hacer mención a Autocontrol, que vigila el cumplimiento de los códigos de autorregulación adoptados por los diferentes sectores.

Para conocer un poco más sobre la regulación publicitaria digital, puedes visitar el apartado [Guía Legal de la web de IAB Spain](#).

¹ Entre ellas, la Ley 34/1988 General de Publicidad; la Ley 3/1991, de Competencia Desleal; la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos; la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información, la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, así como normativa específica sobre menores, consumidores y usuarios, actividades publicitarias dirigidas a determinados productos (como el tabaco o los medicamentos)

3. ¿QUÉ SE CONSIDERA PUBLICIDAD?

La publicidad se define en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad, como:

“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”.



La publicidad ha sido reconocida por el Tribunal Supremo como una manifestación del derecho a la libertad de expresión e información, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Española, y sujeta únicamente a los límites o restricciones que legítimamente se impongan².

En cuanto al alcance del concepto, el uso de la expresión “toda forma de comunicación” parece quedar claro que se considerará publicidad aquellas actividades en las que se promueva (directa o indirectamente) la contratación de bienes o servicios. Una de las principales cuestiones a la hora de determinar los aspectos legales a tener en cuenta es valorar si el BC se circunscribe en el concepto de publicidad, algo que habrá que evaluar caso por caso ya que, en ocasiones, muy difícilmente podrá convencerse a la autoridad competente de lo contrario.

Uno de los riesgos a los que nos enfrentamos es que la pieza o acción sea considerada como publicidad ilícita, por lo que a continuación se analizan los algunos tipos que se recogen en el artículo 3 de la Ley General Publicitaria, y que son desarrollados por otras normativas, como la Ley de Competencia Desleal.

² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, pleno nº 860/2009 de 15 de enero de 2010.

PUBLICIDAD ENGAÑOSA

La publicidad engañosa se regula en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, como “Actos de engaño”, y literalmente establece que:

“Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: (...)”

Teniendo en cuenta lo anterior, la consideración de publicidad engañosa podrá venir determinada por la falta de información sobre la finalidad publicitaria, pudiendo inducir a error a los consumidores sobre su naturaleza y la forma de presentación del mensaje (que, no resultando evidente por su contexto) pueda alterar su comportamiento económico. Este aspecto resulta especialmente importante en aquellos contenidos en los que la marca que está “detrás del contenido”, no aparece de forma clara pero tiene un objetivo publicitario evidente.

PUBLICIDAD ENCUBIERTA

Por otro lado, la Ley de Competencia Desleal establece un catálogo de actos o prácticas prohibidos por engañosos y que se regulan en el Capítulo III (Prácticas comerciales con los consumidores o usuarios) de la misma.

Especial mención merece la publicidad encubierta, recogida en el artículo 26 de dicha Ley:

*“Se considera desleal por engañoso incluir como **información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio**, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, **sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario**”.*

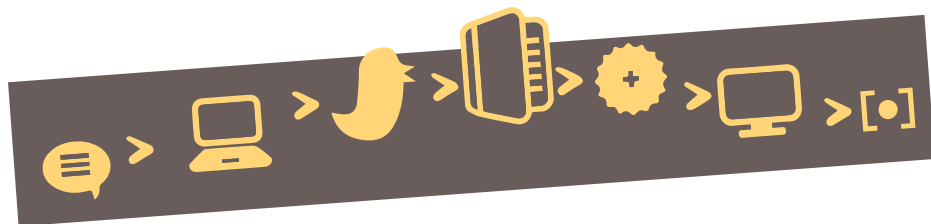
Para que un mensaje se considere publicidad encubierta se tienen en cuenta, entre otros, dos aspectos importantes:

- 1 El mensaje debe perseguir un **propósito publicitario** o comercial sin resultar evidente por el contexto. En este punto es especialmente importante el concepto de consumidor medio que ha establecido jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y que se refiere al “consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos”.

La frontera entre lo que se considera publicidad encubierta y lo que no, está, sin duda, llena de matices. Por eso, en cada caso, deberá atenderse con especial cuidado al tipo de consumidor al que potencialmente se está enfocando cada campaña, y considerar previamente si este consumidor medio podrá o no ser “engañado” de algún modo por el contenido que se le va a hacer llegar.

2 El hecho de que haya una **contraprestación económica** es una prueba definitiva. No obstante, la jurisprudencia más reciente ha establecido que la existencia de una remuneración (o de un pago similar) no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta. Dicho de otra forma: es posible que un juez considere una acción como publicitaria, aún sin haber un pago de por medio.

Es importante resaltar que el concepto de publicidad se aplica a todas las comunicaciones comerciales, incluidas las realizadas a través de Internet, aunque la normativa apenas incluya referencias a este medio. Es por ello que será preciso extrapolar los límites del mundo offline al online, para aumentar la seguridad jurídica de cada acción.



4. EL CONCEPTO DE BRANDED

CONTENT Y FIGURAS

PUBLICITARIAS AFINES

4.1. BRANDED CONTENT

La definición de Branded Content no está armonizada a nivel internacional, En España, la Comisión de Branded Content (BC) de IAB Spain ha definido esta práctica como:

“la creación de un contenido relevante, entretenido o interesante, de aspecto no publicitario, generado por una marca para crear audiencia y conectar con ella. El contenido comunica de forma implícita los valores asociados a la marca, aunque ésta pasa a segundo plano³.”

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando nos referimos a Branded Content, hablamos de una comunicación de contenidos especialmente creados por solicitud (o con participación) de una marca (que, en ocasiones, incluso produce directamente los contenidos), de forma que la marca o empresa se vea reconocida en los contenidos (de una u otra forma) por los usuarios que disfruten de los mismos. Con el BC se difuminan las fronteras convencionales entre lo que se considera publicidad y entretenimiento.

Esta definición, sin embargo, es tan amplia, que puede dar cabida a multitud de realidades: desde una app, un concierto, un cortometraje o una película donde tengan presencia determinadas marcas y/o los valores que las inspiran, a un programa de televisión o una acción especial.

En parte por esta amplísima posibilidad de diferentes formas y medios es por lo que el **branded content como tal no se encuentra expresamente regulado**

3 Según la [Infografía sobre branded content](#), no se considera como BC: Patrocinio; Publicity; Advertorial; Publireportaje; Product Placement; No es un canal para distribuir notas de prensa; No es la aparición de la marca dentro de una noticia en un medio; No es que la marca pueda pagar por publicar un contenido publicitario en un medio con aspecto de noticia.

en la normativa audiovisual ni en la publicitaria, si bien se ve directamente afectado por ambas. Y es que, pese a la naturaleza en principio “no directamente” promocional del BC, este tipo de proyectos podrían estar afectados por la normativa de publicidad convencional, hasta el punto que pueden ser causa de infracciones derivadas de la normativa de consumidores y usuarios, de competencia desleal o de servicios de la sociedad de la información.

Resulta indispensable tener claro si la presencia de la marca o empresa se encuadra en un contenido de entretenimiento o en un contenido informativo, ya que en base a esto nos encontraremos con unos límites u otros. Especialmente importante es diferenciar el BC del contenido integrado en contenido editorial tal y como veremos más adelante.

En todo caso, entendemos relevante que exista transparencia en lo que respecta a la participación de la marca o empresa en la generación del contenido, para evitar que, más allá de considerarse un proyecto concreto como publicidad, en su caso, sea considerado como una actividad de publicidad encubierta y, por tanto, prohibida.

Establecer cuáles serán las obligaciones y limitaciones legales en cada caso requiere conocer de forma exacta el alcance de cada proyecto concreto, por lo que para tratar de delimitar el concepto de BC haremos referencia a continuación a las diferentes figuras publicitarias que podrían estar próximas al BC, y que sí están expresamente reguladas (no siendo ésta una lista cerrada). Así, podremos situar las acciones “cercanas” al BC para tener una idea más aproximada de las obligaciones y limitaciones que afectarán al mismo en cada caso concreto.

4.2. PATROCINIO

La primera y más importante característica del Patrocinio, común para todos los medios, independientemente de que sea realizado en TV, en un evento, en radio o medios digitales, es que no permite ningún tipo de injerencia, control u obligación impuesta por el patrocinador al patrocinado. De este modo, la única intervención del patrocinador será la de ayudar a que determinada acción, evento, programa, obra o similar sea realizada, ya sea mediante una aportación económica o de otro tipo (aportando material, cediendo espacio, colaboradores...).

En cualquier caso es importante tener en cuenta que si la marca dirige o alecciona al autor a cambio de una remuneración, es posible que entremos en el marco de la publicidad convencional, con el riesgo legal implícito de ser considerada publicidad encubierta en caso de no informarse adecuadamente. Ésta es una cuestión delicada, por lo que habrá que analizar caso por caso.

Si se cumple la condición citada en el primer párrafo, en el patrocinio no será imprescindible que se informe de que la acción es publicidad convencional, siendo suficiente que se aprecie adecuadamente que la marca en cuestión patrocina el evento en que es mostrada (o al personaje patrocinado, en su caso) lo que, bajo ciertas condiciones, permite cierta flexibilidad en los avisos, además de no computar como publicidad a la hora de cumplir con las limitaciones de tiempo establecidas para tal fin en TV.

De este modo, independientemente del soporte, ya sea televisivo o digital, que una marca patrocine a un autor a la hora de publicar un libro, como contribución al arte o la cultura, no implica que esta acción deba ir anunciada como publicidad, aunque se mencione al patrocinador. La libertad del patrocinado será, en ese sentido, primordial, y la existencia de más o menos obligaciones para el mismo puede determinar la aparición de otras para la marca.

EJEMPLO:

Si una marca colabora con financiación para la realización del videoclip de un cantante, y por este motivo aparece en los títulos de crédito o en el mismo título de la canción, podría entenderse como patrocinio. Pero si la condición para financiar es que los productos de la marca figuren un número determinado de veces en el videoclip, ya entraríamos en el ámbito de la publicidad convencional (emplazamiento de producto).



La figura del patrocinio en medios digitales no está recogida, como tal, en la legislación pero (y aunque los requisitos para cada medio son diferentes) de las obligaciones impuestas para Tv, radio y otros medios podemos extraer los siguientes requisitos:

- A** Es preciso contar con un contrato de patrocinio, que expresamente defina la colaboración como tal, entre el patrocinador y la empresa/acto/marca patrocinada.
- B** No deberá incluirse ningún tipo de mensaje verbal o visual que incite directamente a la compra o arrendamiento de productos, bienes o servicios del patrocinador, en particular mediante referencias de promoción concretas a éstos.
- C** En TV no se permite superar los 10 segundos por patrocinador (con un máximo de 30) por programa, y únicamente al principio o al final de los mismos (nunca en mitad) por lo que aunque en principio no sea preciso respetar estos límites en videos y acciones online, deberá tenerse en cuenta si el formato pasa a televisión.
- D** Se debe identificar al patrocinador mediante el nombre, logotipo, símbolo, producto o servicio del mismo, que deberá reflejarse, dado que el público debe ser claramente informado de su existencia. La identificación del patrocinador puede hacerse de manera verbal, visual o de ambas formas.
- E** No se admitirán como patrocinios los mensajes publicitarios o de televenta, ni extractos de mensajes publicitarios o de televenta, ni aquellos cuyas características y presentación sean similares a los mensajes publicitarios o de televenta. Tampoco se admitirán menciones verbales o visuales a las posibles virtudes, méritos u otras características del patrocinador o de sus productos o servicios, en particular mediante referencias concretas a éstos de carácter promocional.

EJEMPLO:

Una marca de galletas podrá patrocinar un video de un youtuber, mediante su aparición en formato audio o video al principio o final del mismo indicando que es patrocinador, colaborador... pero no acordar con el youtuber en cuestión que aparezca durante todo el video comiendo sus galletas o recomendando que se compren de alguna manera: eso sería considerado publicidad a todos los efectos.

En este sentido, si la acción a realizar no cumple los anteriores aspectos, difícilmente podrá ser considerada patrocinio.

De este modo, si se realiza una película enteramente a base de juguetes de una marca, parece obvio que no es un contenido patrocinado, independientemente de que sea emitida en cine, televisión o a base de piezas o cortos en un canal de Internet. En este sentido, cumplir alguno de los requisitos explicados tratando de encajarla como patrocinio no sería de utilidad.

En caso de que una marca de bebidas energéticas patrocine un determinado evento deportivo, podría darse una doble situación: Podría considerarse patrocinio la presencia de stands o el logo de la marca en la meta, e incluso la aparición de la marca en el inicio o final de la retransmisión vía TV o internet. Pero si la marca realiza un contenido sobre el deporte en cuestión tratando de situar sus valores como marca en el mismo, es posible que fuera considerado como BC, y no patrocinio.



Si queremos realizar una acción de patrocinio deberemos ajustarnos a los tiempos y limitaciones expuestas, contar siempre con un contrato y no intervenir de ninguna forma en el desarrollo del evento/programa o similar patrocinado.



4.3. PUBLIRREPORTAJE

La televisión permite, por la relativa facilidad de diferenciar entre los espacios con finalidad publicitaria y los que no, comunicar los contenidos generados sin la necesidad de citar expresamente que estamos haciendo publicidad. Así, un contenido que se lance en el espacio publicitario de un programa televisivo, o entre dos programas o contenidos, ya es entendido por el público como una acción publicitaria, y no requiere el aviso a tal efecto.

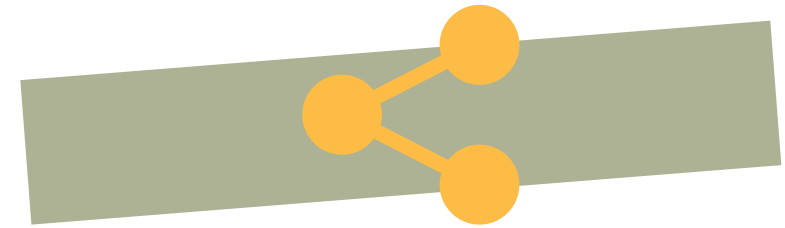
Pero en ocasiones, los mismos actores de una serie (por ejemplo) realizan un microespacio en base a sus papeles en la misma, desde el que promocionan un artículo. Si bien la intención publicitaria puede parecer clara para el espectador, no está de más insertar el aviso de publicidad en este tipo de contextos, para evitar posibles confusiones en el consumidor.

Del mismo modo, pueden aparecer este tipo de contenidos en formatos diferentes como en periódicos o revistas, caso en el que si resulta aconsejable mencionar que se trata de un contenido publicitario si no es evidente tal carácter. Así, si cambia el formato, tipografía, etc. puede no ser tan necesario este aviso (al ser fácilmente identificable que no se trata de un contenido más del periódico, por seguir con el ejemplo), pero si se mantiene el mismo formato y maquetación y cabe la posibilidad de que se confunda con una noticia más, si sería preciso avisar de su carácter de “publi” o “publirreportaje”.

El objetivo es evitar que el consumidor pueda confundir la información que recibe, ya que la veracidad u objetividad de, por ejemplo, un reportaje periodístico o un telediario, es muy diferente a un contenido pagado por una marca (que normalmente ensalzará sus virtudes), por lo que el cambio entre uno y otro ha de ser claro. Téngase en cuenta que algunas expresiones utilizadas ocasionalmente, como “remitido”, pueden no ser suficientes a efectos de informar al público de la naturaleza de tales contenidos.



El contenido publicitario debe avisarse de forma expresa al espectador o bien resultar evidente por el cambio de formato, etc. De este modo, tanto en medios online como offline deberá prestarse mucha atención a que realmente se produzca esta identificación, o existe el riesgo de que se considere publicidad encubierta.



4.4. PUBLICIDAD EN REDES SOCIALES

El uso de campañas utilizando redes sociales permite una amplia gama de situaciones posibles, ante las que habrá de actuar de diferente forma.

Las cuentas corporativas de las empresas, por ejemplo en Twitter, no precisan del aviso de “publi” en sus contenidos ni en sus bios, ya que para cualquier usuario informado es evidente que lo que una marca publica en su perfil tiene (en mayor o menor medida) intención de dar a conocer la empresa y los bienes y servicios que ésta ofrece.

Sin embargo, en el caso de que se creen cuentas “no oficiales” con el único objetivo de trasladar mensajes publicitarios (en el sentido directo o indirecto) a los seguidores, será conveniente que en la bio de la cuenta en cuestión se indique que se trata de una cuenta con fines publicitarios. El objetivo es, nuevamente, que los consumidores no confundan una cuenta propia de la marca en la que se realiza publicidad con el comentario de otro usuario/consumidor, al que no consideran vinculado a la marca (por lo que aumenta su objetividad o veracidad subjetiva).



Si se actúa como marca o empresa, trasladándose mensajes publicitarios, es preciso que resulte evidente el origen de estos mensajes. Si hay alguna duda, deberá indicarse en la “bio” o en algún lugar fácilmente visible, de modo que esas dudas queden despejadas y el consumidor sepa siempre que el emisor pertenece o está relacionado con la marca.



4.5. PROMOTED CONTENT

Para campañas que impliquen la publicación de contenidos por terceros (por ejemplo mediante acuerdos con actores, deportistas o similares que publiquen tweets, posts, vídeos... en los que aparezca la marca, a cambio de una remuneración), el tratamiento de estas acciones debe ser tratado con cautela. A mayor dificultad de detectar la intención de promover la compra o contratación de nuestra marca, más necesidad de identificar este tweet como publicidad, por ejemplo incluyendo la palabra “publi”.

De este modo, si un tenista publica un tweet invitando a comprar una determinada marca de auriculares (porque esta marca de sonido le ha pagado por ello), el riesgo de que el consumidor informado no identifique el mensaje como publicidad es menor que si el tenista cuelga una foto en la misma red social llevando unos cascos del anunciante colgados del cuello (también a cambio de una remuneración). A mayor riesgo, resultará más necesario informar de que un contenido es publicitario.

Ello sin perjuicio de que la acción se enfoque como un patrocinio, en cuyo caso bastaría que se informara de tal extremo por el deportista o por la marca (en la web del deportista o de la propia marca, por ejemplo). De este modo, no sería necesario mencionar expresamente que los contenidos son publicidad, lo que potenciaría el objetivo perseguido por la campaña.

La dificultad reside, en realidad, en la posibilidad del consumidor de identificar si el contenido es publicitario “per se” o no. En este caso, uno de los factores a

considerar es si el *twittero*, *blogger* o *youtuber* en cuestión ha sido contratado o recibido remuneración (o pago similar⁴) de parte de la marca para publicar un contenido en particular, o mostrar un determinado producto, recibiendo o no indicaciones al respecto. Si es así, deberá considerarse publicidad y quedaría obligado a identificar la publicación como tal, como veremos en el siguiente punto.

Respecto a la remuneración o “similar” parece claro que no se tratará únicamente de cuando se “pague” por mencionar el producto, o por presentarlo, sino que también otro tipo de remuneraciones serán tenidas en cuenta. Así, regalar unos cascos de música a un *youtuber*, ropa, un teclado o silla especial, con el compromiso de que los mencione en su espacio resultaría sin duda un caso de *promoted content*, pero siempre y cuando se haya hecho con esa condición. Para ello resulta especialmente importante que haya existido un compromiso (contrato, mails, etc..) por ambas partes en esas condiciones.

No es necesario, por tanto, que las obligaciones del *youtuber*, deportista, *blogger*... sean especificadas (“tienes que llevar los cascos durante 30 segundos y decir el nombre de la marca 3 veces”) sino que bastaría con el compromiso a llevarlos cuando haya cámaras, o en los videos de su canal, etc...

Un regalo sin compromiso para el receptor no se consideraría *promoted content*, pero será preciso contar siempre con el riesgo de que; a) el receptor del regalo no lo use, mencione o muestre en ningún caso y, b) si existen dudas de que la intención única es obtener promoción es posible que se considere publicidad encubierta siempre y cuando no quede claro, como en el resto de ocasiones, que se trata de publicidad. Si del contenido se deduce claramente (por ejemplo porque el *blogger* o *youtuber* en cuestión da las gracias a la marca por el regalo y por el tono o formato del contenido) que se trata de publicidad, en principio no supondría un problema.



Si queremos que un regalo no sea considerado en ningún caso como publicidad encubierta, resulta adecuado incluir en la nota que acompañe al mismo que el receptor no tiene obligación de mencionarlo o mostrarlo.

4

En este sentido es relevante la Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2011, Alter Channel (C-52/10) cuando dice que “una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hiciera a cambio de una remuneración o de un pago similar”.

4.6. PUBLICIDAD NATIVA

La publicidad nativa⁵ es aquella que se integra en el contenido editorial natural de la página o en la funcionalidad del medio en el que se publica. Esta forma de hacer publicidad, si bien no es nada nuevo, está seduciendo a marcas y soportes, que ofrecen una nueva experiencia al usuario y un modelo de negocio de publicidad online con multitud de posibilidades creativas donde la marca está presente, pero no es percibida como publicidad tradicional.



La publicidad nativa puede generar la duda de si se trata de contenido periodístico o publicitario. Al desdibujarse las fronteras entre ambos, conviene acudir al artículo 2 de la Ley General de Publicidad que, recordemos, define la misma como:

“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”.

En ese sentido, la Ley General de Publicidad establece que los medios de difusión han de deslindar perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad y que los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios.

En la misma línea, recordemos que la Ley de Competencia Desleal considera:

“desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario”.

5 En Estados Unidos existe otro concepto de publicidad nativa, relacionándolo con el ecosistema digital. Ante la dificultad de dar una definición exacta, IAB USA ha elaborado el *Native Advertising Playbook*, identificando 6 categorías de publicidad nativa y aportando ejemplos de información para cada uno de ellos. Independientemente de la forma de publicidad mostrada, IAB aboga una información clara y visible para el consumidor medio. En una reciente guía publicada por IAB USA, se han definido los tipos de publicidad nativa. Por otro lado, la Federal Trade Commission, organismo encargado de la regulación publicitaria, ha ido dando una serie de criterios a la industria publicitaria sobre cómo adaptar las normas publicitarias a este tipo de formatos. Algunos ejemplos son la *guía para las búsquedas patrocinadas*, o la *guía para prescriptores*, en el que se dan pautas de información a los bloggers o youtubers cuando estén promocionando un producto.

Y también lo es cuando afirma que “las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales”.



Si bien estas nuevas fórmulas son perfectamente válidas, se recomienda identificar el contenido de publicidad nativa como tal. Existen muy diversas formas para los diferentes entornos: expresiones como “*contenido presentado por*”, “*contenido destacado*”, “*contenido patrocinado*”, y diversas alternativas para informar al consumidor que está ante un mensaje publicitario frente a incluir la palabra publicidad o “*publi*” que pueden permitir al usuario conocer que está ante este tipo de contenido.

En cualquier caso, mencionar el nombre de la marca (o que aparezca) sin más, no es recomendable, ya que podría confundirse con un patrocinio (pero la falta de contrato etc... sería descartado) o con la colaboración de la marca en algún modo, no lográndose el objetivo de que quede claro que se trata de publicidad.

5. CONSEJOS LEGALES

Se enumeran a continuación algunas prácticas que pueden ayudarnos, desde el punto de vista legal, a evitar conflictos en nuestras acciones:

5.1. TRANSPARENCIA (AVISO DE “PUBLI” O “PUBLICIDAD”)

En España, la transparencia con el usuario se erige como uno de los principios intrínsecamente unidos a cualquier vía de comunicación de las marcas. La ley impone limitaciones a los contenidos, por lo que siempre que nos encontremos ante un contenido publicitario, tendremos que especificar la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios:

- Identificación del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúa. Esta información podrá pasarse al completo o direccionando a dónde pueda ser consultada, dependiendo del formato publicitario en que nos encontremos (que en ocasiones no permite por espacio, tiempo o maquetación informar de nombre, razón social y dirección completa de ambos).
- Características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado.

Uno de los principales puntos a tener en cuenta a la hora de realizar una campaña publicitaria es saber si se debe hacer o no mención a ese carácter: El conocido aviso de “publi” o “publicidad”.

Esta obligación dependerá en buena medida de la claridad con la que el usuario o consumidor pueda detectar que los contenidos son, efectivamente, publicitarios. Y esta circunstancia no sólo depende del contenido en sí, sino también del medio, el contexto en que se comunica y los participantes. Para conseguir esta claridad (especialmente si tenemos en cuenta lo adelantado sobre el consumidor medio) deberá atenderse caso por caso a lo que sea suficiente como para que se entienda, sin lugar a dudas, que el contenido es publicitario: frase en un post, una anotación en un vídeo de Youtube, incluir la palabra “publicidad” o “publi” en un tweet... las opciones son tantas como formas de hacer publicidad.

Mención aparte merece el envío de emails, donde merced a un reciente cambio normativo ya no será necesario incluir esta palabra, aunque sí que este correo se distinga como tal.

5.2. RESPETO A LOS DERECHOS DE TERCEROS

A Cesión de derechos para Internet

Habitualmente, cuando se solicita la cesión de derechos de propiedad intelectual al autor de una campaña, fotografía o video, de los artistas e intérpretes o de los derechos de imagen de los actores o colaboradores que aparezcan en la misma, se realiza respecto a una obra o grabación concreta. Así, se obtienen estos derechos, por ejemplo, para publicar espacios publicitarios con fotos de personas en una marquesina o el emitir anuncios de televisión o ponerlos a disposición en Internet.

En el ámbito de BC, la cesión de derechos va a tener más importancia si cabe, ya que los contenidos tienen en la mayoría de los casos una vocación de ser explotados en múltiples vías y medios (en ocasiones incluso previo pago por el acceso al mismo). Muchas veces, los contenidos de marca tienen como vocación el ponerse a disposición por Internet mediante el uso masivo y viral de las redes sociales.

El alcance territorial y temporal de estas cesiones debe recogerse de manera expresa y clara en el documento que recoja la cesión de derechos tanto de los derechos de imagen, como de los derechos de explotación de propiedad intelectual para su comunicación pública en medios convencionales y en los online (internet, redes sociales...).

B Derecho de sincronización

Debido a la variedad de posibilidades y formatos que, a priori, pueden utilizarse en una campaña, es posible que algunos de ellos incluyan la utilización de composiciones y obras musicales de terceros. Esto implica la acción de incluir una obra musical como parte de una obra audiovisual, habitualmente utilizando música preexistente, por lo que será necesario contar con los derechos oportunos para ello, de parte de su autor y de la compañía discográfica –titular de los derechos de los intérpretes y sobre las propias grabaciones fonográficas–.

Lo habitual es que este tipo de autorizaciones no sean concedidas por las entidades de gestión (como la SGAE), por lo que habrá que localizar a los titulares de derechos sobre estas músicas preexistentes para su incorporación del anuncio y su posterior comunicación pública.

En este sentido, se hace preciso contactar directamente con los derechos de los distintos titulares sobre la obra y grabación, y pactar unas condiciones específicas en función del tipo de uso y alcance que se vaya a realizar.

5.3. RESPETAR LAS PROHIBICIONES RESPECTO A DETERMINADOS

PRODUCTOS O SERVICIOS

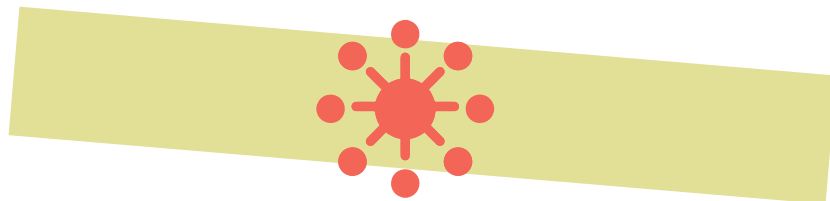
Siempre que hablemos de campañas y acciones publicitarias, deberán respetarse las prohibiciones respecto a ciertos productos y servicios, tales como las relativas a determinadas bebidas alcohólicas o cigarrillos, los contenidos que atenten contra la dignidad de la persona o sus derechos, la publicidad discriminatoria, racista, subliminal, desleal, agresiva, engañosa, etc...

En cualquier caso, los límites respecto a los contenidos deberán tratarse caso por caso, ya que el tono y forma de la campaña, así como el contexto, el humor y la sensibilidad del público afectado, tendrá una importancia decisiva sobre el carácter lícito o ilícito de la misma, aunque debe tenerse en cuenta que por su utilización en internet el público objetivo puede ser extremadamente amplio, por lo que cada acción de BC deberá valorarse detenidamente y caso por caso.

En este sentido, habrá de tenerse en cuenta también las especiales condiciones impuestas por determinados medios y "mercados" como las tiendas de aplicaciones de Apple y Google, que tienen sus propias limitaciones en lo que a publicidad de determinados productos se refiere (aunque en lo sustancial ya se hayan incluidas por la legislación española, como en el caso de bebidas alcohólicas, armas, y publicidad no permitida a menores...) para evitar que una campaña caiga antes incluso de empezar si está destinada a su desarrollo mediante uno de estos formatos (app).

5.4. VIRALIDAD, TRANSMEDIA, RECOMENDACIONES Y SPAM

Como ya hemos mencionado, tal vez una de las grandes ventajas de las acciones en internet sea su capacidad de viralidad, entendida esta como la multiplicación de visionados o partícipes de la misma, sin intervención directa del anunciante. De este modo, tras una acción de difusión inicial, el resto del "trabajo" de difusión se realiza directamente por los usuarios, aumentando exponencialmente su visibilidad mientras se reduce el esfuerzo dedicado a la difusión.



Sin embargo, esto no evita que hayan de tenerse en cuenta las mismas normas y reglas respecto a la difusión directa por el anunciante que las que afectan a la publicidad convencional. De este modo, deben evitarse las acciones que puedan ser consideradas spam, tanto mediante correo electrónico como mediante mensajes directos en las diferentes redes sociales o servicios de mensajería (SMS, MMS, Whatsapp, Telegram...). Al respecto, si se pretende montar una campaña de tipo "envía a un amigo" o "member get member", debe prestarse especial atención al cumplimiento de la legislación, pues este tipo de acciones han sido sancionadas en el pasado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

Las pautas que da la propia AEPD para este tipo de acciones son las siguientes:

- Las campañas tipo "envía a un amigo" tendrán la consideración de comunicación comercial no deseada cuando contenga en el propio mensaje la promoción de un producto o servicio de la entidad remitente y sea enviada desde la plataforma de la propia beneficiaria de la publicidad.

- No se considerará comunicación comercial (no encaja en la definición) cuando el cuerpo del mensaje incluya un link a la página (no el contenido), y siendo el propio receptor el que decide si visita la página destinataria y este envío se hace de forma voluntaria, sin contraprestación económica.

En cualquier caso, habrá de analizarse la acción concreta para determinar la opción adecuada, ya que las obligaciones de información así como los límites respecto a la difusión pueden variar en el contexto de transmedia que aplica a una acción. De este modo, un contenido que el TV sería claramente publicitario, puede requerir un aviso si se introduce en un blog de noticias, un canal de expertos en Youtube o una publicación científica.



Aunque no podemos controlar los destinatarios hagan con un determinado contenido (los "memes" por ejemplo, no son controlables, como no lo es la creatividad de los usuarios) resulta indispensable que se cumpla todo aquello que sí podemos controlar: Aspectos de protección de datos personales, propiedad intelectual, respeto a los derechos y limitaciones vigentes etc...

5.5. MENORES

Diversas leyes resultan de aplicación para los menores en el ámbito publicitario. La Ley General de Publicidad además prohíbe la comunicación comercial a menores cuando induzca a error, explote su inexperiencia o su relación de confianza con los mayores.

Por otro lado, la Ley General de Comunicación Audiovisual, que establece que no se podrá usar la imagen del menor y su voz sin autorización (y la de sus padres o tutores en su caso). Además, está prohibida su identificación en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación. Además, existen códigos de autorregulación que conviene tener en cuenta.



La publicidad dirigida a menores deberá ser especialmente cuidadosa, tanto en el contenido como en el formato. Su edad les sitúa en una situación de vulnerabilidad a la hora de confundir entre contenidos publicitarios y no publicitarios, por lo que identificar claramente los primeros es aquí más importante que en ningún caso.



6. CONCLUSIONES

La práctica totalidad de las acciones son consideradas como publicidad, y como tal, la solución más garantista es cumplir con los requerimientos legales aplicables a los modelos de publicidad tradicionales, especialmente en lo referente a prohibiciones, cesión de derechos para uso en internet y derechos de sincronización, tratamiento de menores y aviso e información del carácter publicitario del contenido en caso de que el usuario/consumidor pueda llevarse a engaño al respecto.

Por supuesto, estas obligaciones restarían, al menos en parte, la efectividad buscada, por lo que deberá estarse al estudio de cada caso particular de forma previa a su lanzamiento. De este modo, incluso desde la preparación de los contratos con los integrantes de la acción, puede diseñarse la misma de forma que las obligaciones legales sean lo menos invasivas posible, por ejemplo intentando acercarse más a sistemas como el patrocinio (más flexibles en cuanto a los avisos).

En cualquier caso, mientras no se modifique la legislación vigente, el ratio de inseguridad jurídica es elevado, y aumentar el nivel de cautela y cumplimiento de las mencionadas obligaciones legales resulta una práctica muy aconsejada.

PARA MÁS INFORMACIÓN:

Paula Ortiz

Directora Jurídica y de Relaciones Institucionales IAB Spain

☎ 91 402 76 99

✉ legal@iabspain.net

📍 C/ Lino, 7 28020 (Madrid)

🌐 www.iabspain.net

🌐 www.iabspain.net/legal

IAB es la asociación que representa al sector de la publicidad en medios digitales en España y engloba a los diferentes actores del panorama publicitario online: agencias de medios, agencias creativas, anunciantes, soportes, redes, empresas de mobile marketing, de vídeo, de e-mail marketing, digital signage, buscadores, consultoras, observadores, medios de comunicación y proveedores tecnológicos. El fin de IAB Spain, que en la actualidad cuenta con más de 200 empresas asociadas, se centra en impulsar el desarrollo de la publicidad, el marketing y la comunicación digital en España.

iab

Interactive Advertising
Bureau www.iabspain.net

