



FACULTAD DE DERECHO

# LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL Y LA COLOCACIÓN DE PRODUCTO: PANORAMA INTERNACIONAL

Autor: Paula Herranz Mancebo

4º E-1 BL

Derecho Mercantil

Tutor: Abel Veiga Copo

Madrid  
Abril 2018

## **Resumen**

Este trabajo tiene por objeto el estudio de dos modalidades publicitarias: la publicidad subliminal y el emplazamiento de producto. Se analizará su regulación tanto en el ordenamiento jurídico español así como en otros correspondientes a distintos países, debido a la relevancia de la publicidad a nivel internacional. Concretamente, la finalidad del trabajo es juzgar la legalidad de ambas figuras, y obtener unas características por las que poder identificarlas en el tráfico jurídico, y así diferenciarlas de otras categorías publicitarias similares. También habremos de cuestionarnos el raciocinio de tal regulación y tratar cuestiones conexas relevantes en la actualidad. Veremos, por un lado, que la publicidad subliminal es una técnica publicitaria prohibida por la mayoría de las legislaciones ya que perjudica a los consumidores, mermando su capacidad decisoria. Por otro lado, entenderemos el emplazamiento de producto como una categoría permitida por la ley siempre que se cumplan ciertos requisitos y no se incurra en determinadas prohibiciones. La exigencia, generalmente común en todas las legislaciones, es que los anunciantes deben poner en conocimiento de los destinatarios la naturaleza comercial de los mensajes.

## **Palabras clave**

Derecho de la Publicidad, Competencia desleal, Publicidad ilícita, Publicidad subliminal, Emplazamiento de producto, Internacional.

## ***Abstract***

*The objects of study of this paper are two modalities of advertisement: subliminal advertising and product placement. Their regulation will be analyzed through the Spanish legal system as well as through other countries legal systems, due to advertisement relevance at an international stage. Concretely, the purpose is to judge the legality of these figures, obtaining some characteristics convenient to identify and distinguish them from similar modalities of advertisement. We will also challenge the rationale of these regulations and deal with some pertinent issues nowadays. On the one hand, we will acknowledge that subliminal advertising is a prohibited advertising technique by the great majority of legal systems because it harms consumers' rational decision-making process. On the other hand, we will appreciate product placement as an allowed technique given that it complies with some requirements and does not lapse into certain prohibitions. The demand, generally adopted by all legislations, is that advertisers disclose the commercial nature of their messages to the public.*

## ***Key Words***

*Advertising Law, Unfair competition, Illegal advertising, Subliminal advertising, Product placement, International*

## Índice

1. INTRODUCCIÓN DEL TEMA .....	6
1.1. Justificación de la elección .....	6
1.2. Metodología seguida .....	6
1.3. Estructura del trabajo .....	7
2. LA PUBLICIDAD: VISIÓN GENERAL .....	8
2.1. Derecho y publicidad .....	8
2.2. Evolución legislativa .....	12
2.3. La publicidad ilícita: definición y categorías .....	14
2.4. Acciones frente a la publicidad ilícita .....	16
2.5. Autorregulación .....	18
3. VISIÓN GENERAL DE LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL Y LA COLOCACIÓN DEL PRODUCTO EN ESPAÑA .....	19
3.1. Publicidad subliminal .....	19
3.1.1 <i>Concepto y características</i> .....	19
3.1.2 <i>Ilicitud del uso de técnicas subliminales</i> .....	21
3.1.3 <i>Fundamentos de su prohibición</i> .....	22
3.1.4 <i>Diferenciación con otras categorías de publicidad ilícita</i> .....	26
3.1.5 <i>Ámbito judicial</i> .....	28
3.2. Colocación de producto o <i>product placement</i> .....	30
3.2.1 <i>Nociones básicas</i> .....	30
3.2.2 <i>Regulación</i> .....	32
3.2.3 <i>La fina línea entre el product placement y la publicidad encubierta</i> ....	34
3.2.4 <i>Publicidad en las redes sociales: ¿product placement o patrocinio de producto?</i> .....	36
3.2.5 <i>Aparición de marcas en revistas especializadas</i> .....	37

4. PANORAMA INTERNACIONAL .....	38
4.1. Relevancia del derecho comparado .....	38
4.2. Visión general de la materia en países europeos .....	39
4.3. Tratamiento en Estados Unidos .....	40
4.4. Regulación en Japón .....	42
5. CONCLUSIONES .....	43
6. BIBLIOGRAFÍA .....	46
7. ANEXO LEGISLATIVO .....	51
8. ANEXO DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DE AUTOCONTROL.....	53

## Listado de abreviaturas

<b>Art.</b>	Artículo
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>DSCA</b>	Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual
<b>EM</b>	Estado(s) Miembro(s)
<b>EP</b>	Estatuto de Publicidad
<b>EE.UU</b>	Estados Unidos
<b>FCC</b>	<i>Federal Communications Commission</i>
<b>FTC</b>	<i>Federal Trade Commission</i>
<b>LCD</b>	Ley de Competencia Desleal
<b>LGPu</b>	Ley General de Publicidad
<b>LGCA</b>	Ley General de Comunicación Audiovisual
<b>Pag.</b>	Página
<b>UE</b>	Unión Europea
<b>RAE</b>	Real Academia Española
<b>Ss.</b>	Siguientes
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Justificación de la elección del tema**

La publicidad es actualmente una de las herramientas más utilizadas por los agentes y cualesquier operador del mercado para hacer llegar sus mensajes comerciales a los consumidores. Las modalidades publicitarias objeto de estudio en este trabajo son la publicidad subliminal y el emplazamiento de producto. Por un lado, el aumento de competencia en los diferentes sectores empresariales y el creciente afán de innovación, puede llevar a los anunciantes a usar técnicas subliminales con el objetivo de que su marca o productos sean los elegidos por los consumidores. Por otro lado, el emplazamiento de producto ha demostrado una gran efectividad comercial, en gran parte gracias a las nuevas tecnologías, por lo que está más presente que nunca en el tráfico jurídico. En consecuencia, conocer su regulación legal, principalmente sus límites y prohibiciones, nos ayudará a identificar aquellas conductas que, por ser desleales, atacan, cuando no atentan, directamente a los intereses de los consumidores y del mercado en general.

Además, la perspectiva internacional puede resultar de gran utilidad dado que estamos en una sociedad globalizada y caracterizada por la interculturalidad, y donde los negocios entre diferentes países está a la orden del día. Así, también la publicidad traspasa fronteras por lo que es importante conocer el tratamiento dado en diferentes jurisdicciones.

### **1.2. Metodología seguida**

Para llevar a cabo el análisis del objeto de estudio del trabajo ha sido necesario realizar un exhaustivo proceso de investigación. Previamente a la búsqueda de información, hay que establecer las cuestiones a tratar sobre la materia, usando como criterios tanto su relevancia jurídica como su relevancia en la actualidad. En el proceso de investigación, he acudido principalmente a materiales bibliográficos propios del ámbito jurídico, donde destacan manuales, artículos doctrinales, libros y artículos de expertos en la materia, revistas jurídicas y jurisprudencia. Todos estos materiales se centran en el análisis y estudio del Derecho de la Publicidad y el Derecho de la Competencia Desleal.

### **1.3. Estructura del trabajo**

Este trabajo se puede dividir en tres grandes bloques. El primer bloque se centra en aportar una idea general del concepto de publicidad así como de las diferentes normas que regulan la materia. También analiza la publicidad ilícita en general: sus categorías y acciones ejercitables contra la misma. Se trata de un apartado fundamental para poder comprender adecuadamente los siguientes. El segundo bloque entra en la materia objeto de análisis del trabajo –publicidad subliminal y colocación de producto- desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español. Este bloque se puede dividir a su vez en dos grandes apartados: el relativo a la publicidad subliminal y el relativo a la colocación de producto. Ambos apartados analizan el régimen jurídico de cada una de las técnicas publicitarias, así como su diferenciación con otras categorías de publicidad y otros aspectos que considero relevantes. Por último, el tercer apartado ofrece un análisis de ambas figuras a nivel internacional. En este sentido, a través de un estudio de derecho comparado, expone el régimen jurídico de estas técnicas en los países de la Unión Europea, Estados Unidos y Japón. El objetivo de este último apartado es notar las diferencias y semejanzas existentes en el tratamiento legal de estos fenómenos.



## 2. LA PUBLICIDAD: VISIÓN GENERAL

### 2.1 Derecho y publicidad

El derecho de la publicidad es concebido por la doctrina mayoritaria como una rama del derecho privado, concretamente vinculado al derecho mercantil<sup>1</sup>. Esto es debido a que ambos, el derecho mercantil y el derecho de la publicidad, regulan actividades mercantiles y los estatutos de los que participan en las mismas: empresarios y destinatarios. Además, teniendo en cuenta su funcionalidad económica, “la publicidad debe considerarse una manifestación del derecho a la libertad de empresa en el marco del actual modelo de economía de mercado.”<sup>1</sup> Se tutelan, por tanto, diversos intereses, que lejos de yuxtaponerse unos a otros, se complementan pero también completan: libertad de ordenación económica, emprender actividades económicas, autonomía de decisión en el seno empresarial, participación en la aportación de recursos privados... A pesar de ello, no se trata de un derecho ilimitado e incondicional, sino que debe respetar las exigencias de la Constitución Española (CE) sobre economía social así como lo relativo a la protección de consumidores y otros empresarios (derecho de la competencia). Anteriormente, podía discutirse que el derecho de la publicidad pertenecía al derecho administrativo, debido a que la mayoría de órganos que controlaban el cumplimiento de las reglas relativas a la publicidad tenían tal naturaleza<sup>2</sup>. Asimismo, muchos autores defienden su inclusión en el derecho constitucional, ya que entienden que la esencia de la publicidad es la defensa del derecho fundamental a la libertad de expresión e información (artículo 20 CE). Sin embargo, la opinión mayoritaria entiende que, por su finalidad eminentemente económica y por ser ejercido, en su mayoría, por empresas con objeto mercantil, el derecho de la publicidad se encuentra especialmente vinculado con el derecho mercantil.

La publicidad es uno de los métodos de comunicación más recurridos por empresas y organismos para hacer llegar sus mensajes al público. “La publicidad se ha convertido en una carrera por crear un modo exclusivo, vanguardista y atractivo de transmitir información de interés para los clientes, de modo que facilite su decisión de compra e

---

<sup>1</sup> Villañoa Alejandro, S., *¿Cómo aplicar los límites jurídicos de la publicidad?* Tesis Doctoral, Universidad Ramón Llull, Barcelona, 2015, pag. 80-81.

<sup>2</sup> La Ley General de Publicidad fija un principio de juez ordinario, abandonando el control administrativo previamente empleado.

influya positivamente en ella”<sup>3</sup>. Será publicidad “la comunicación comercial que permite al anunciante la difusión de un anuncio a través de cualquier medio capaz de llegar a los agentes en el mercado con la finalidad de informarlos y/o persuadirlos para realizar una transacción comercial sobre determinados bienes o servicios”<sup>4</sup>. Una de las notas características de la publicidad es la persuasión: “las acciones comunicativas que se realizan con la intención de cambiar las creencias, opiniones, actitudes y conductas de los públicos, son definidas como persuasión. Cuando estas acciones persuasivas se refieren a productos y servicios estamos hablando de la comunicación publicitaria. La publicidad es una forma específica de persuasión”<sup>5</sup>. Además, la publicidad puede considerarse como un instrumento que justifica y acrecienta la libertad de mercado, tanto en la vertiente de la oferta (libre acceso a los oferentes que se esfuerzan en atraer hacia sí el mayor sector de los solicitantes), como en la de la demanda (libre elección por consumidores y usuarios de la prestación que les parece mas atractiva de las que el mercado presenta para la satisfacción de la necesidad que aquéllos experimentan)<sup>6</sup>.

La primera definición oficial del concepto de publicidad en España se recogió en el Estatuto de Publicidad (EP) de 1964: “por «publicidad» puede entenderse toda actividad que tiene por objeto o por finalidad «hacer público» el conocimiento de una cosa, de un hecho o de una situación”. Actualmente, la Ley General de Publicidad (LGPu) nos ofrece en su artículo segundo una definición de publicidad más específica: “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.” Realmente, está expresando un concepto amplio de publicidad (“toda forma de comunicación”)<sup>7</sup>, y esto se debe a que se trata de un campo en continua adaptación, progreso y mutación, permitiendo así su regulación aunque evolucionen las formas de publicidad. Al tratarse de un concepto amplio, “permite incluir en el mismo no

---

<sup>3</sup> Verbauwheide, L., *Cuestiones relativas a la propiedad intelectual en la publicidad*, WIPO. Consultado el 11 de enero de 2018 en [http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip\\_advertising.htm](http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm)

<sup>4</sup> Stucchi López Raygada, P., “*Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial*”, *Ius et veritas*, n.34, 2007, pp. 179 – 180.

<sup>5</sup> García Nieto, M. T., y Lema Devesa, C., “*Guía de intervención ante la publicidad sexista*”, Instituto de la Mujer, 2008, p.8.

<sup>6</sup> Pérez de la Cruz Blanco, A., *Derecho de la propiedad industrial, intelectual y de la competencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, p-181.

<sup>7</sup> Villañoana Alejandre, “cit.”, p.85.

sólo los mensajes publicitarios tradicionales, sino también otras formas atípicas de comunicación publicitaria e, incluso, los mensajes recogidos en el etiquetado y en la presentación comercial de los productos o servicios”<sup>8</sup>. Lo cierto es que esta definición recoge el contenido expresado por el legislador comunitario en el artículo 2 de la Directiva 84/450, actualmente derogada por la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa<sup>9</sup>.

Más allá de definiciones del concepto de publicidad, el artículo 1 de la Ley General de Publicidad nos indica que la publicidad estará regida por la misma (LGPu), por la Ley de Competencia Desleal (LCD), así como por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias. Y es que la publicidad es una actividad sumamente reglada a la vez que regulada, ya que hay muchos intereses dignos de tutela y que pueden entrar simultáneamente en conflicto: los intereses del autor, los de los consumidores y los del mercado.

En primer lugar, en cuanto a la protección de los intereses del autor, debemos hacer referencia a los derechos de propiedad intelectual. Así, de acuerdo con el artículo (art.) 10 de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>10</sup>, se protegerán “todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas”. Desafortunadamente, el texto legal no indica qué criterios debe cumplir una obra para ser considerada original. Para determinarlo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>11</sup>, en su sentencia de 1 de diciembre de 2011 relativa al caso *Eva-Maria Painer*, se refiere a las obras originales como “una creación intelectual que se atribuye a su autor cuando refleja su personalidad. Eso sucede cuando el autor ha podido expresar su capacidad creativa al realizar la obra tomando decisiones libres y creativas.” Es decir, se debe entender originalidad como creación libre, no copiada, derivada del intelecto del autor. Por tanto, si es considerada la obra publicitaria

---

<sup>8</sup> Tato Plaza, A., *La publicidad comparativa*, Madrid, Marcial Pons, 1996 [non vidi; cita de Quintana Carlo, I.]

<sup>9</sup> Esta Directiva contiene, en su artículo segundo, una definición de publicidad ligeramente diferente: “*toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones*”.

<sup>10</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

<sup>11</sup> La jurisprudencia del TJUE relativa al concepto de originalidad de las creaciones está armonizada para todos los países de la Unión Europea; no estándolo a nivel legislativo.

como una creación original digna del amparo de los derechos de propiedad intelectual, el autor de la misma podrá ejercer las acciones necesarias para asegurar su respeto y protección (entre ellas encontramos el registro de la obra publicitaria)<sup>12</sup>. Es importante tener en cuenta que mientras que el derecho de autoría o derechos morales son intransferibles, los derechos de explotación sí que pueden ser objeto de transacción<sup>13</sup>.

En segundo lugar, es de vital importancia la protección de los intereses de los consumidores o destinatarios de la publicidad. Su protección es relevante porque la publicidad busca crear una percepción positiva en los potenciales consumidores sobre un determinado producto o servicio, pero siempre deben mantener éstos la capacidad de discernir libremente sobre la contratación, ya que de otra manera actuarían manipulados. Es obvio que uno de los objetivos principales de las leyes mencionadas por el artículo 1 de la LGPu es la protección de los consumidores, pero existe otra ley cuya razón de ser es exclusivamente la protección de los mismos: La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En su artículo 8 se especifican cuales son los derechos básicos de los consumidores, entre los que cabe destacar la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad, la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos, la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute... Ciertamente muchos de ellos se pueden ver afectados por la influencia de una publicidad ilícita. Por ello su protección no sólo es deseable, sino necesariamente se convierte en un propósito vital.

En tercer y último lugar, la protección de los intereses del mercado es otro objetivo central de la regulación de la publicidad. De acuerdo con el preámbulo de la Ley de Competencia Desleal (LCD), su objetivo es el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos, impidiendo que la libertad de competencia y el funcionamiento concurrencial del mercado sea falseado por prácticas desleales, donde se encuentra incluida la publicidad ilícita.<sup>14</sup> Por su parte, la Directiva Europea sobre publicidad engañosa y

---

<sup>12</sup> Así lo establece el artículo 21 de la LGPu: “las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes.”

<sup>13</sup> De hecho, el mismo artículo considera que “los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo.” Habrá, pues, que estar al caso concreto.

<sup>14</sup> Asimismo, su artículo 1º, dedicado a establecer la finalidad de la misma, indica que dicha ley “tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin

publicidad comparativa señala en sus considerandos la incidencia directa de la publicidad en “el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado interior”. Igualmente se puede deducir de su texto la importancia de la regulación de la publicidad para la obtención de beneficio del mercado interior por parte de los consumidores y comerciantes.

Por tanto, podemos concluir que publicidad y derecho son piezas que deben estar en armonía para el buen funcionamiento del mercado y para garantizar los derechos de autores y usuarios.

## 2.2 Evolución legislativa

Como se ha mencionado anteriormente, la publicidad es una materia muy regulada en España. Encontramos regulaciones en los diferentes niveles: europeo, estatal, autonómico y local. En este apartado se ofrecerá una breve visión de la evolución legislativa en los niveles europeo y estatal, ya que son los más importantes y en los que se basarán los siguientes apartados de este trabajo.

Las primeras disposiciones reguladoras de la publicidad las hallamos en la Ley de Propiedad Industrial de 1902, a propósito de la regulación de la competencia ilícita (arts. 131 y ss.)<sup>15</sup>. En 1964 se promulgó la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. Para entonces, la mayoría de los países vecinos no tenían un texto legal similar, por lo que podemos afirmar que fue una norma pionera<sup>16</sup>. Cabe resaltar que el legislador denominó entonces cuatro principios generales a los que todo acto publicitario debía adecuarse (art. 6º): “En el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia.”

---

establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.”

<sup>15</sup> Pérez de la Cruz, “cit.”, p. 182.

<sup>16</sup> Dicha ley se aprobó con varios objetivos, expresados en su texto así: “*Se ha tratado de conseguir –merece la pena insistir sobre este punto– la institucionalización y la regulación orgánica de un sector eminente de la actividad económica, equilibrando el máximo respeto hacia los derechos de la persona y la libre y fecunda iniciativa privada con una tutela del interés social, para que todo ello redunde no sólo en un mayor aumento de la riqueza nacional, sino también en un mayor progreso técnico, artístico y cultural de la publicidad misma, dentro de las ideas que en el momento histórico en que vivimos impone la conciencia social del país y las exigencias de la convivencia humana.*”

Por su parte, en 1984, la entonces Comunidad Económica Europea aprobó la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Esta Directiva pretendía que las diferentes legislaciones de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa se vieran sujetas a una armonización. Lo que motivó principalmente al legislador europeo a adoptar esta medida fue el hecho de que la publicidad traspasa fronteras, afectando al mercado interior y en consecuencia a la situación económica de los consumidores en los diferentes países; siendo, por ello, necesario crear un orden común que abastezca con “unas medidas apropiadas destinadas a proteger al consumidor contra la publicidad engañosa y desleal.”

La exigencia de esta Directiva comunitaria fue la causa, en gran medida, de la aprobación en España de la Ley General de Publicidad (LGPu) en 1988, cuyo contenido se mantiene todavía vigente, a pesar de algunas modificaciones (la última en 2014)<sup>17</sup>. La Directiva 84/450/CEE tuvo una importante influencia en la LGPu, de hecho, la misma toma la definición de publicidad que encontramos en la normativa europea. Además, esta ley nos indica en sus considerandos que no solo ha seguido en su articulado las directrices comunitarias, sino que también se ha inspirado en soluciones vigentes en el espacio jurídico europeo.

Además, en 1991 se aprueba la Ley 31/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal<sup>18</sup>. De acuerdo con el previamente mencionado artículo 1º de la LGPu esta es una de las leyes por la que se regirá la publicidad en España. Su razón de ser deriva del principio constitucional de libertad de competencia, siendo su función impedir que tal principio se vea falseado por prácticas desleales, como puede ser la publicidad ilícita, susceptibles de perturbar el correcto funcionamiento del mercado<sup>19</sup>. Por último, cabe añadir que, para que exista una conducta desleal de acuerdo con la LCD basta con que sea un acto que se realice en el mercado y que el mismo se lleve a cabo con fines concurrenciales (es decir, “que el

---

<sup>17</sup> La LGPu la que deroga al EP, cuyo articulado había “caído en gran parte en desuso por carecer de la flexibilidad necesaria para adaptarse a un campo como el de la publicidad, especialmente dinámico, y por responder a presupuestos políticos y administrativos alejados de los de la Constitución.” Cabe señalar que una de las principales diferencias con el EP de 1964 es que mientras el primero encontraba competente a un órgano administrativo (el “Jurado Central de la Publicidad”) para entender de las cuestiones derivadas de la actividad publicitaria, la nueva LGPu fija un principio de juez ordinario cumpliendo con las exigencias del artículo 24.2 de la Constitución Española.

<sup>18</sup> Modificada por última vez en 2014.

<sup>19</sup> Se trata de un “instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado.”

acto tenga por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.”).

Finalmente, en el año 2006 se aprobó la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Al igual que la Directiva 34/450/CEE, la presente Directiva busca poner fin a las disparidades entre las legislaciones de los Estados Miembros sobre la publicidad engañosa y así evitar que las mismas induzcan a error<sup>20</sup>. El objetivo es asentar unas bases sobre la actividad publicitaria para armonizar las legislaciones nacionales y así evitar cualquier incidencia en el buen funcionamiento del mercado interior.

Las regulaciones analizadas en este apartado son las principales regulando la materia publicitaria, pero, como adelanté al inicio de este apartado, hay muchas otras regulaciones tanto a nivel europeo y estatal como autonómico y local. Cabe destacar, a nivel europeo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales<sup>21</sup>. Por último, a nivel estatal, cabe destacar la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), a la que haremos referencia apartados posteriores.

### **2.3 La publicidad ilícita: definición y categorías**

Un acto ilícito es aquel que va en contra del ordenamiento jurídico, y es, por tanto, sancionable. Puede tratarse de una acción o de una omisión: en el caso de la acción el sujeto realiza una conducta sancionable, mientras que en el caso de la omisión, el sujeto no lleva a cabo la conducta que le es exigible –se trata de situaciones en que existe el deber legal de actuar. Asimismo, los actos ilícitos pueden ser civiles, penales, administrativos..., perteneciendo la publicidad ilícita a la categoría de ilícitos civiles. Esto es porque no se

---

<sup>20</sup> La mencionada norma alega que “deben establecerse unos criterios mínimos y objetivos sobre cuya base sea posible determinar si una publicidad es engañosa.”

<sup>21</sup> Esta norma junto con la Directiva 2006/114, crean un doble régimen jurídico para gestionar dichas prácticas: cuando la publicidad se dirija a otros empresarios se aplicará la Directiva 2006/114 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (art. 1º: “*La presente Directiva tiene por objeto proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa.*”); mientras que si se dirige a los consumidores, se aplicará la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales (art. 3.1: “*La presente Directiva será aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores según establece el artículo 5, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto.*”)

trata de conductas tipificadas por el Código Penal, sino de conductas antijurídicas de las que se deriva una responsabilidad civil<sup>22</sup>, que generalmente consiste en el deber de indemnizar los daños causados.

La Ley General de Publicidad expone en su artículo 3º una lista de supuestos considerados como publicidad ilícita:

“a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c) La publicidad subliminal.

d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

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.”

Como podemos apreciar, la LGPu no contiene ninguna cláusula general que establezca los requisitos que debe cumplir un acto publicitario para ser considerado ilícito. En su lugar, la LGPu simplemente enumera una lista cerrada –auténtico *numerus clausus* -de supuestos que determinarán en cada caso concreto que estemos en presencia de publicidad ilícita. Quizás el legislador opta por numerar y bloquear los supuestos de publicidad ilícita para

---

<sup>22</sup> Respecto del origen de las obligaciones civiles, el art. 1089 del Código Civil habla: “[...] de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.” Pueden entenderse aquí incluidos los actos ilícitos por publicidad ilícita.



que sea más fácil para los consumidores identificar los supuestos ilícitos y así atacarlos. Por otro lado, creo que si se estableciera una cláusula abierta, muchos de los competidores atacarían los actos publicitarios de los otros, alegando cualquier tipo de contenido cuestionable -no solo legalmente sino también desde un punto de vista ético.

Por su parte, la Ley de Competencia Desleal afirma en su artículo 18 que “la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal.” Entonces, si todos los supuestos de publicidad ilícita se consideran como actos de competencia desleal, ¿qué sentido tiene que en el citado artículo de la LGPu se distinga entre categorías de publicidad ilícita y publicidad desleal? Coincidiendo con Ignacio Quintana, “lo que habría que hacer es encontrarles cabida en la LCD a los ilícitos del art. 3 distintos de la publicidad engañosa o de la desleal.”<sup>23</sup>

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, podemos sostener que el legislador busca la *unidad de tratamiento* entre los ilícitos publicitarios y los desleales<sup>23</sup>.

## **2.4 Acciones frente a la publicidad ilícita**

“A diferencia de lo que sucede en materia de competencia desleal, la LGPu no regula de forma directa y sistemática la acción por publicidad ilícita.”<sup>24</sup> Su artículo 6.1 establece que “las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.” Así, el artículo 32 de la LCD presenta una lista de acciones derivadas de la competencia desleal, que, como ya sabemos, la publicidad ilícita es considerada como tal. Las acciones son las siguientes:

“1.ª Acción declarativa de deslealtad.

2.ª Acción de cesación<sup>25</sup> 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

---

<sup>23</sup> Quintana Carlo, I., “Publicidad ilícita”, Bercovitz Rodríguez-Cano, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 508-510.

<sup>24</sup> Massaguer Fuentes, J., “El procedimiento por publicidad ilícita”, *Revista de Derecho Mercantil*, num. 248, 2003, pags. 458.

<sup>25</sup> Respecto a la acción de cesación (2ª), el artículo 6.1 de la LGPu establece que a la misma “podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera.”

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.”

Además, el artículo 6.2 de la LGPu establece un régimen especial para hacer frente a la publicidad ilícita que utiliza de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer<sup>26</sup>.

Por su parte, la LGPu no contiene ninguna cláusula que indique quienes tienen legitimación activa para entablar estas acciones, pero podemos desprender de su texto que la misma corresponde a “los titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, a ciertos organismos de la Administración pública, a ciertas asociaciones de consumidores y usuarios, al Ministerio Fiscal y a ciertas entidades de otros Estados Miembros de la Comunidad Europea.”<sup>27</sup>

La misma situación tiene lugar respecto a la regulación de la legitimación pasiva. A pesar de que no haya una norma que lo regule directamente, encontramos en el texto legal “pasajes que mencionan la persona contra la que se puede dirigir la acción por publicidad ilícita.”<sup>28</sup> Así, abundan las referencias al anunciante como sujeto contra el que dirigir la acción o las acciones pertinentes.

Por último, y como ya mencioné previamente, la LGPu en su exposición de motivos fija un principio de juez ordinario, deduciéndose de la naturaleza de las pretensiones que habrán

---

<sup>26</sup> Así, expone que estarán legitimados para el ejercicio acciones: “a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género; b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico; c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro; d) El ministerio Fiscal.”

<sup>27</sup> Massaguer, J., “cit”, p. 465.

<sup>28</sup> Massaguer, J., “cit”, p. 472 – 473.

de conocer los jueces y tribunales civiles<sup>29</sup>. Mediante esta previsión, se abandona el sistema de control administrativo que establecía el EP<sup>30</sup>.

## 2.5 Autorregulación

Concluimos este apartado haciendo una breve referencia a la autorregulación existente en el ámbito de la publicidad. Así, la LGPu hace referencia al “control voluntario de la publicidad que al efecto pueda existir realizado por organismos de autodisciplina.” Este organismo es la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (“AUTOCONTROL”). Se trata de una “entidad privada que actúa a modo de regulador del sector, donde los anunciantes se adhieren y sus dictámenes, llamados *copy advice*, son vinculantes a propia voluntad de las partes, esto quiere decir que no tienen la fuerza coercitiva de una sentencia o decisión administrativa.”<sup>31</sup> Es decir, los anunciantes pueden voluntariamente someter su actividad a sus propias normas de carácter ético o deontológico, con la misión de velar por las buenas prácticas publicitarias<sup>32</sup>. Si alguna de las dos partes en conflicto no es miembro de AUTOCONTROL, la resolución no tendrá carácter vinculante para ella. A pesar de ello, “no puede desconocerse que la mayor parte de las resoluciones que emite este Jurado son cumplidas de forma voluntaria incluso por aquellas empresas que no tienen la condición de asociadas al sistema.”<sup>33</sup>

“La autorregulación publicitaria es un sistema voluntariamente establecido por las empresas que integran el sector publicitario (anunciantes, agencias y medios de comunicación) a través del cual se procura que el ejercicio de la actividad publicitaria se lleve a cabo de forma legal, honesta y responsable, en beneficio de los consumidores, de los competidores, del mercado publicitario y de la sociedad en general.”<sup>34</sup>

Además, AUTOCONTROL tiene una gran relevancia, que puede analizarse desde dos perspectivas: cualitativa y cuantitativamente. Así, cualitativamente, se trata de una asociación con señalado prestigio y fuerza moral; y, cuantitativamente, cabe destacar que

---

<sup>29</sup> La competencia para el conocimiento en primera instancia corresponde a los juzgados de primera instancia. [Massaguer, J. “cit.”, p-486]

<sup>30</sup> Massaguer, J., “cit”, p. 485.

<sup>31</sup> Díez Estella, F., “El régimen de Publicidad y Competencia desleal”. Consultado el 12 de enero de 2018 en <http://www.fernandodiezestella.com/mercantil.htm>

<sup>32</sup> García Uceda, M., *Las claves de la publicidad*, Esic Editorial, Madrid, 1999, pags. 357-370.

<sup>33</sup> Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 28/02/2006 -Asunto: Arbora & Ausonia, S.L.U. vs. Kimberly-Clark, S.L. “Pañales Huggies”-, FD primero.

<sup>34</sup> Fernando Magarzo, M. del R. *La consolidación de la autorregulación en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial*. Revista Autocontrol, 135, 2008, p.18-30.

acoge el 70% de la inversión publicitaria nacional, siendo sostenido el sistema a través de 516 socios directos (2018) y más de 4.000 miembros indirectos (2013), asumiendo año tras año un mayor balance de actividad<sup>35</sup>. Otra muestra de su relevancia es que “su sistema de resolución de conflictos es el único reconocido por la Comisión Europea de los privados que operan en España, siendo incluida en la Red de Centros Europeos del Consumidor en el año 2000”<sup>35</sup>.

Por otro lado, una de las más visibles ventajas de este régimen es que “los conflictos sean resueltos por expertos con un elevado nivel de prestigio y conocimientos específicos en el ámbito de la publicidad y del Derecho de la competencia.”<sup>36</sup>

Por tanto, el régimen jurídico de la actividad publicitaria está sometido a la legislación expresada así como a su propio régimen de autorregulación.

### **3. VISIÓN GENERAL DE LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL Y LA COLOCACIÓN DEL PRODUCTO EN ESPAÑA**

#### **3.1. Publicidad subliminal**

##### **3.1.1. *Concepto y características***

En primer lugar me gustaría analizar la etimología del término “subliminal”, ya que resulta bastante útil para darnos una primera idea. Se trata de una palabra de descendencia latina, formada por: “*sub*” (bajo) y “*limen*” (umbral, límite). Por tanto, podemos entender por subliminal aquella percepción que se produce por debajo de unos límites de la conciencia pero afectando al subconsciente.

La publicidad subliminal está recogida en el artículo 3º de la LGPu como tercer tipo de publicidad ilícita. Para la ley “será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.”

---

<sup>35</sup> González López, C.J., *Régimen jurídico de la publicidad comparativa y nuevos planteamientos en el Anteproyecto de Código Mercantil*, Trabajo de Fin de Master, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 54.

<sup>36</sup> García-Cruces, J.A., *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980*

Esta es la única referencia que la ley hace a la publicidad subliminal: se limita a declararla ilícita y a dar una definición de la misma. Esto demuestra una actitud pasiva por parte del legislador, que lejos de simplificar el problema, lo dificulta, ya que es necesario delimitar más el concepto para poder identificarlo y atacarlo con un fundamento legal sólido. Por ello, considero que es importante hacer referencia a otras definiciones que varios autores nos ofrecen de la misma para así comprender mejor y poder identificar con más facilidad estas obras.

“La publicidad subliminal no es percibida siquiera conscientemente por el destinatario del mensaje publicitario, sino que se pretende comunicar esta a través de una vía no perceptible, aparentemente por los sentidos.”<sup>37</sup> Encontramos en su obra un ejemplo muy claro: los parpadeos audiovisuales en una película o programa en el que se refleja la denominación del producto anunciado y/o una exhortación a su consumo. “El estímulo sensorial, no registrado por el consciente, sería capaz de estimular una conducta de consumo desde el inconsciente que sí decodifica el mensaje comercial.”<sup>37</sup> Es decir, “el mecanismo que desencadenan los mensajes subliminales es el siguiente: burlan el filtro inicial de los sentidos para llegar directamente al subconsciente y allí dejar que el mensaje subliminal se adhiera a la idea o al producto que nos interese. De esta forma, es posible manipular la voluntad de los seres humanos colocando cargas de profundidad dentro de sus cerebros que se accionarían en situaciones determinadas.”<sup>38</sup> Los mensajes subliminales son, por tanto, almacenados en nuestra “mente profunda” donde surtirán un efecto “que, en mayor o menor medida, va a condicionar nuestro comportamiento futuro, en base a las emociones que nos desencadenarán asociados con otros recuerdos que sí pueden haber sido conscientes y con los que se emitieron conjuntamente.”<sup>39</sup>

Como vemos, las técnicas subliminales pueden ejercer un gran impacto en el comportamiento humano, incluso “el deseo de satisfacer determinadas necesidades con un determinado producto, o la generación de la necesidad misma, pueden inducirse mediante cauces que pasan desapercibidos, los cuales podrán imaginarse erróneamente que obedecen

---

<sup>37</sup> Stucchi, “cit.”, p.185.

<sup>38</sup> García Matilla, E., *Subliminal: Escrito en nuestro cerebro*, Madrid, Editorial Bitácora, 1990, p.62

<sup>39</sup> Becerra, A. B., “El mensaje subliminal: tácticas de publicidad ilícita”, en *VVAA: Información para la Paz. Autocrítica de los medios y responsabilidad del público. III Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información*. Fundación COSO, Valencia, 2005, p.170.

impulsos endógenos, cuando, en realidad, le han sido inducidos desde el exterior.”<sup>40</sup>

Podemos deducir de todos estos apuntes sobre la publicidad subliminal que su fin principal es actuar sobre los destinatarios o consumidores sin que estos sean conscientes de lo que perciben, y así condicionar sus decisiones en su beneficio. En el siguiente punto trataremos los derechos de los consumidores que dicha práctica viola, para así encontrar la justificación de su prohibición.

Por su parte, es útil distinguir las diferentes vías utilizadas para llegar al subconsciente de los destinatarios. Estas técnicas están relacionadas con nuestros sentidos, así podemos distinguir técnicas visuales y auditivas:

- a) Visuales: se usan figuras, formas, símbolos, palabras, números, etc. “Imágenes implícitas envueltas en explícitas; imágenes con doble sentido”<sup>41</sup>, ilusiones ópticas, imágenes escondidas...
- b) Auditivas: mensajes de baja intensidad escondidos en canciones musicales o determinados sonidos.

Por último, tras este breve análisis conceptual, podemos identificar los elementos básicos que caracterizan la publicidad subliminal: 1) El uso de estímulos no perceptibles por los sentidos; 2) La falta de consciencia del destinatario de que se encuentra ante un mensaje publicitario; y 3) La manipulación de los deseos de los consumidores.

### **3.1.2. *Ilicitud del uso de técnicas subliminales***

Como he apuntado anteriormente, el artículo 3º de la LGPu enumeró entre las obras publicitarias ilícitas la publicidad subliminal, por lo que tenemos claro que se trata de una técnica prohibida y que, en caso de usarla, habrá una reacción del ordenamiento jurídico. Pero no solo es la LGPu la que establece la ilicitud de esta técnica, sino que existen otras normas que también declaran su ilegalidad.

---

<sup>40</sup> Pérez de la Cruz, “cit.”, p. 190.

<sup>41</sup> García, A., “Publicidad subliminal: ética y límites legales”, Arnold Madrid. (disponible en <http://arnoldmadrid.com/2015/05/21/publicidad-subliminal-etica-limites-legales/>; última consulta 4/02/2018)

En primer lugar, habrá que tener en cuenta la ya mencionada Ley de Competencia Desleal. Ésta entiende la publicidad subliminal como una práctica desleal.

Asimismo, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual hace referencia a las técnicas subliminales en el apartado segundo de su artículo 18º: “está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales.” Esta norma jurídica, al igual que la LGPu, tiene gran relevancia en la práctica.

Además, encontramos otra referencia en la Ley 22/1999, de 7 de junio, relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Así, su artículo 8º indica en su apartado 2º que “la publicidad y la televenta no deberán utilizar técnicas subliminales, entendiéndose por tales las que contienen los elementos que se recogen en la citada Ley General de Publicidad para definir la publicidad subliminal.”

Por su parte, la Resolución de 22 de enero de 2001, por la que se hacen públicas las normas reguladoras de la emisión de publicidad por "Televisión Española, Sociedad Anónima" expone en su artículo 6º que la publicidad subliminal será considerada como publicidad ilícita.

Más allá, el Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1989, establece en su artículo 13.2 la prohibición del uso de la publicidad subliminal.

Por último, conviene añadir que hay diferentes legislaciones a nivel autonómico que también prohíben el uso de estas técnicas subliminales.

### **3.1.3. *Fundamentos de la prohibición***

Podemos afirmar que generalmente el fin de la publicidad subliminal es actuar sobre los destinatarios sin que estos sean conscientes de lo que perciben y así, manipular sus deseos e impulsarles a actuar de una determinada manera. Se trata de una práctica seriamente cuestionable desde el punto de vista ético.

El legislador, siendo consciente del oscuro propósito de la publicidad subliminal, la declara ilícita en diferentes normas jurídicas. Parece que el legislador opina que la regulación relativa a la elección del consumidor debería estar orientada hacia la decisión óptima<sup>42</sup> más que hacia la personal. La prohibición establecida en la ley es clara e inexcusable, mas no encontramos en el texto legal ningún indicio de las razones que fundamentan la prohibición de dichos actos publicitarios. En este apartado expondré una perspectiva personal sobre los derechos de los destinatarios que considero que el legislador intenta proteger con la mencionada prohibición.

En primer lugar, creo conveniente mencionar el artículo 51 de nuestra Constitución, que establece que los poderes públicos son los encargados de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo “mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.” Puede ser este principio constitucional una motivación para que el legislador articule esta prohibición sobre las actividades publicitarias subliminales.

Más allá, con esta prohibición se pretende proteger la libertad económica de la que debe gozar todo consumidor. Mediante el uso de esta técnica ilícita, los consumidores no son conscientes de que se encuentran ante un mensaje publicitario, el cual, en la mayoría de los casos, influirá en la toma de una decisión económica. Esta decisión no es libremente tomada por lo que atentaría contra su libertad económica.

Relacionado con el objetivo previo, entiendo que el legislador pretende evitar que este tipo de publicidad trasgreda el “control racional que todo consumidor debe tener sobre los mensajes publicitarios.”<sup>43</sup> Independientemente de que el fin de la publicidad comercial sea, generalmente, facilitar la decisión de compra del destinatario, siempre debe éste último tener la posibilidad de razonar de acuerdo con la información recibida y así tomar una decisión libre y racional. Es decir, las obras publicitarias deben respetar esa fina línea que existe entre influir positivamente a la decisión económica y estimular inconscientemente al destinatario a tomar dicha decisión. El destinatario siempre debe de ser capaz de identificar que se encuentra ante una obra publicitaria.

---

<sup>42</sup> Massaguer Fuentes, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 313. [*non vidi*; cita de González López, C. J.]

<sup>43</sup> Villaño Alejandro, “cit.”, pag. 189.



Por último, pero no menos importante, la prohibición responde a la necesidad de proteger la dignidad de toda persona, derecho consagrado en el artículo 10º de la CE. En este sentido, se protege que los destinatarios de la publicidad no sean manipulados. Manipular está definido por la RAE de esta manera: “intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares.” Y es que, al distorsionar la verdad, los autores de las obras publicitarias atentan con la dignidad de las personas, tratándolas como meras marionetas que actúan de acuerdo con sus lóbregos propósitos.

Una vez que hemos examinado todos los fundamentos de la declaración de ilicitud, debemos cuestionarnos hasta qué punto es acertado establecer una prohibición general sobre todo uso de las técnicas subliminales:

En primer lugar, tenemos que preguntarnos si esta prohibición está vulnerando la libertad de empresa recogida en el artículo 38 de la CE. Se trata de un derecho que forma parte la "Constitución económica", por considerarse como un principio fundamental en materia económica. Pero, como todos los derechos, tiene unos límites: “la libertad de empresa deber ejercerse, como ha quedado reseñado, en el marco de la economía de mercado debiéndose entender esta última, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, como la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica" (STC 1/1982, de 11 de noviembre). En relación con lo establecido por el Tribunal Constitucional (TC), la Ley de Competencia desleal expone que tiene por objeto “la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita.” Por tanto, podemos afirmar que la prohibición de la publicidad subliminal no atenta contra la libertad de empresa, ya que ésta no ampara los actos desleales como la publicidad subliminal.

Más allá, podríamos cuestionarnos el hecho de que esta limitación atenta contra las libertades de expresión y de información constitucionalmente garantizadas. En un primer momento, el Tribunal Constitucional denegó “que la publicidad se encuentre amparada por la libertad de información en la sentencia 87/1987, de 2 de junio así como por la

Providencia de la Sección 4ª, Sala 2ª, del TC de 17 de abril de 1989.”<sup>44</sup> Por su parte, el Tribunal Supremo (TS) negó “que la publicidad se halle protegida por la libertad de expresión en la sentencia de 23 de septiembre de 1988, criterio reafirmado por la sentencia de 18 de febrero de 1994.”<sup>45</sup> En todas estos pronunciamientos jurisdiccionales, podemos deducir que los Tribunales se basaron en la naturaleza mercantil de la actividad publicitaria para negarle la protección de estas dos libertades constitucionales:

“La actividad publicitaria marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que aquélla, aun siendo también una forma de comunicación, se vincula al 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. [...] Es el fin último de la publicidad lo que margina, en definitiva, a esta actividad del ámbito de protección del referido derecho fundamental.”<sup>45</sup>

---

Sin embargo, en 2010 el Tribunal Supremo reconoce en la sentencia nº 860/2009 de fecha 15 de enero de 2010 que es posible “adscribir el mensaje publicitario al marco de protección que las normas constitucionales de las sociedades democráticas reconocen a las libertades de información, opinión e, incluso, creación artística”, esto es que la publicidad se encuentra amparada dentro del ámbito del art. 20 CE. Llega a esta conclusión tras hacer mención de las distintas jurisdicciones a nivel internacional que así lo reconocen, entre ellas la estadounidense. Además, hace referencia la justificación que en sentencias anteriores había fundamentado la negación de la protección publicitaria: “el hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos - políticos, sociales, culturales...- no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el art. 20 CE.” A pesar de lo expuesto, la sentencia establece un límite a esta protección constitucional: “queda sujeta a los límites o restricciones que legítimamente se le impongan.” Añade la sentencia que esta restricción debe cumplir tres requisitos: debe estar justificada, ser idónea y proporcionada. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, podemos afirmar que la publicidad subliminal no se encuentra

---

<sup>44</sup> García Guerrero, J. L., “La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 17, Núm. 50. Mayo-Agosto 1977, p.77-78.

<sup>45</sup> García Guerrero, “cit.”, p.77-78.

amparada por la libertad del art. 20 de la CE, ya que el legislador impone esta restricción cumpliendo todos los requisitos del fin de la medida.

Finalmente, tenemos que cuestionarnos si estas técnicas que se están prohibiendo tienen realmente un resultado dañino, si son realmente eficaces. Esta cuestión se ha planteado a lo largo de los años por muchos investigadores. Destacan los estudios de James Vicary y el taquitoscopio (1957), así como los dirigidos por la Universidad de Harvard. A pesar de que no han sido pocos los experimentos llevados a cabo para indagar en la efectividad de las técnicas subliminales, no tenemos hoy en día una respuesta concluyente a la cuestión planteada. “Varios de los experimentos han demostrado que el comportamiento de las personas varía al percibir estos mensajes, otros muchos se han encargado de refutarlos sosteniendo la nula efectividad de los mismos. Varios creen que cabe la posibilidad de que dicha publicidad sí pueda influir en los que la perciban, pero sola y únicamente si se dan las condiciones adecuadas.”<sup>46</sup>

#### **3.1.4. Diferenciación con otras categorías de publicidad ilícita**

La principal característica que diferencia a la publicidad subliminal de otras categorías de publicidad es el uso de estímulos no perceptibles por los sentidos. Aún así, encontramos otras técnicas publicitarias que pueden llevar a confundir a los destinatarios sobre el tipo de publicidad que están presenciando por ser afines a la publicidad subliminal. Por ello, en este punto intentaremos delimitar dichas categorías para así poder identificar correctamente, desde el punto de vista jurídico, el tipo de publicidad ante el que nos encontramos y tomar las medidas pertinentes, en su caso.

En primer lugar, haré referencia a un tipo de publicidad de gran relevancia y objeto medular de este trabajo: el emplazamiento de productos o *product placement*. Esta técnica publicitaria se diferencia de la publicidad subliminal en que el destinatario es consciente del emplazamiento de productos en las obras audiovisuales (generalmente, con sus signos distintivos visibles)<sup>47</sup>, ya que éste se debe comunicar a los destinatarios –deben conocer la

---

<sup>46</sup> Sendagorta Díaz, I., “Efectividad de la Publicidad subliminal”, Trabajo de Fin de Grado, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2014, p.44.

<sup>47</sup> Brazuelo Miguel, J., “La publicidad comercial ilícita”, Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2016, p. 21.

naturaleza publicitaria de los mensajes. En los sucesivos apartados ahondaremos en este concepto tan interesante y presente en nuestra realidad. Además, la colocación de producto se asimila con otra tipología publicitaria: la publicidad encubierta, que se diferencia en que “los mensajes se perciben conscientemente, pero no como publicitarios.”<sup>48</sup>

En ocasiones también se confunde la publicidad subliminal con la publicidad asociativa. “La publicidad asociativa consiste en endosar un producto o servicio a un tipo de colectivo, de forma que te incitan a comprarlo para formar parte de él.”<sup>49</sup> El ejemplo clásico es que aparezca un grupo de jóvenes bien vestidos escenificando una situación de diversión y alegría para la promoción de una bebida.<sup>49</sup> Así, consiguen asociar el consumo de dicha bebida con sensaciones de disfrute, alegría, o como vulgarmente se dice, pasarlo bien. Se diferencia de la publicidad subliminal en lo mismo que la categoría anterior: en la publicidad asociativa las imágenes y situaciones son conscientemente percibidas por los consumidores; no sucediendo así en el caso de la publicidad subliminal. “Otra cuestión es que dentro de la publicidad asociativa encontremos mensajes de publicidad subliminal ya que no son excluyentes.”<sup>50</sup>

Asimismo, la publicidad subliminal puede ser confundida con la publicidad sexista, lo que es debido al hecho de que muchos de los mensajes subliminales hacen referencia al sexo, generalmente a la figura de la mujer. Para poder distinguir ambas categorías hay que saber qué se entiende por sexismo:

“El sexismo se produce cuando se hace preponderar a hombres o a mujeres por el mero hecho de serlo. [...] Podemos calificar de sexista cualquier situación donde, por sí misma o por su uso continuado, constituye, causa, promueve, provoca o se vale de distinciones injustificadas, indiscriminadas e injustas entre sexos/géneros, formando creencias, actitudes, conductas o hábitos sociales de discriminación negativa hacia las mujeres o los hombres. [...] De este modo, los medios de comunicación y en concreto la comunicación publicitaria se convierte en un instrumento potenciador y promotor del sexismo social, al reproducir conductas sexistas en la vida cotidiana de los hombres y las mujeres de una sociedad.”<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Tato Plaza, A., Fernández Carballo-Calero, P. y Herrera Petrus, C., La reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley, Madrid, 2010, p.287. [non vidi; cita de Villajoana Alejandre, S.].

<sup>49</sup> Madurga, J., “Publicidad Subliminal: qué es, historia, tipos y ejemplos”, NeoAttack. (Disponible en <https://neoattack.com/publicidad-subliminal/> ; última consulta 15/02/2018)

<sup>50</sup> Madurga, J., “cit.”.

<sup>51</sup> García Nieto, M. T., y Lema Devesa, C., “cit.”, p.22

A pesar de que la publicidad sexista no es únicamente aquella que utiliza la figura femenina para promocionar un producto, es cierto que las mujeres gozan de una mayor protección que los hombres, ya que el artículo 3 de la LGPu incluye en su apartado 1º una declaración de ilicitud a aquellas obras publicitarias que “presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia.” Es importante tener en cuenta lo anterior para ser capaces de establecer una distinción entre ambos tipos de publicidad. Y es que, cuando estamos ante publicidad sexista, este tipo de conductas o situaciones son identificables en la obra publicitaria; mientras que cuando estamos ante publicidad subliminal los destinatarios no son conscientes de estos mensajes aunque los mismos influyen subliminalmente en ellos.

Por último, es relevante distinguir la publicidad subliminal de la publicidad engañosa, ya que el nombre de ésta última hace que muchas personas no consigan trazar una línea divisoria entre ellas, debido a que se entiende que ambas buscan aprovecharse, engañando de alguna manera, del destinatario para que lleve a cabo una determinada conducta económica favorable para su producto. Ambas están declaradas ilícitas por el artículo 3 de la LGPu. “La publicidad será engañosa cuando el efecto interesado que persigue – convencer artificiosamente de algo a alguien– lo consiga precisamente por una distorsión de la realidad del producto, y no por la mera insistencia publicitaria, la habilidad comunicativa, la originalidad o la belleza.”<sup>52</sup> La diferencia es, de nuevo, que mientras que en una los elementos de la obra publicitaria induce a error a los consumidores, en la otra esos elementos no son ni siquiera percibidos conscientemente.

### **3.1.5. *Ámbito judicial***

Encontramos muchos ejemplos del uso de las técnicas subliminales en películas, series, videojuegos, anuncios... pero, lo cierto es que se trata de un ámbito complicado de tratar en la esfera jurídica. El problema es que la prueba de la misma es extremadamente

---

<sup>52</sup> Pasqua Liaño, M., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Edit. Civitas, 1992, p. 147

complicada: una obra publicitaria será subliminal cuando el mensaje publicitario no sea conscientemente percibido<sup>53</sup>. “No cabe duda de que al hallarnos, como dice la Ley con “intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos”, ha de resultar harto difícil para cualquier tribunal catalogar un mensaje publicitario como subliminal y, consiguientemente, declararlo ilícito, con las severas consecuencias de ello inherentes.”<sup>54</sup> Así, no nos constan ninguna condena judicial derivada de la comisión de este ilícito, “aunque no falten algunos fundamentos jurídicos que aluden como *obiter dicta*, mas nunca como fundamento de la decisión, a publicidad debe considerarse de esta naturaleza.”<sup>54</sup>

En relación con la dificultad de la prueba, hay que atender a lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que prescribe que en los procesos judiciales sobre publicidad ilícita “corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente” (art. 217.4 LEC). “Esta inversión de la carga de la prueba se justifica en tanto que se presume lógico que se atribuya al anunciante la carga de acreditar la veracidad de las indicaciones, manifestaciones y datos expresados en su publicidad, dado que sería mucho más dificultoso para el demandante poder probar la no veracidad de ello, criterio observado, también, en la propia LEC (art. 217.6)”<sup>55</sup>

Esta situación de escasez jurisprudencial no es equivalente en otros países como Estados Unidos o Italia, donde la jurisprudencia sobre la materia abunda. Tampoco tiene lugar en otros ámbitos de la publicidad: “el ámbito de mayor controversia es el de la contratación publicitaria, seguido por los casos de publicidad desleal – denigratoria, confusionista o comparativa– y engañosa.”<sup>56</sup>

Sin perjuicio de lo expuesto, existen casos en España que denuncian el uso de técnicas subliminales. Todos ellos tratan sobre el uso de estas técnicas en campañas electorales<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Villajoana Alejandro, “cit.”, p. 190.

<sup>54</sup> Pérez de la Cruz, “cit.”, p. 182.

<sup>55</sup> Villajoana Alejandro, “cit.”, p. 125.

<sup>56</sup> Villajoana Alejandro, “cit.”, p. 144.

<sup>57</sup> El primero data del año 2000, donde el PP fue acusado por el PSOE de utilizar en su propaganda para las venideras elecciones el mismo fondo cromático y tipografía que los de los informativos de TVE. El PSOE recurrió ante la Junta Electoral, solicitando que se declarara como ilícito el uso de los mencionados fondos. A pesar de los fundamentos presentados por el PSOE, la Junta Electoral desestimó la denuncia. [“La publicidad comercial ilícita” “cit.”, p. 23-24.] En 2006, el PP denunció que el Gobierno había insertado subliminalmente propaganda del PSOE en un anuncio de ADIF, en el cual “aparecían dos jóvenes con carteles electorales en la mano, uno pidiendo el voto para un candidato muy similar a Felipe González y otro con la imagen de otro muy parecido al presidente Zapatero.” [Rodríguez Andrés, R., Publicidad subliminal en

Estas no son las únicas acusaciones por publicidad subliminal que encontramos en el panorama español, pero quizás son las que tuvieron más repercusión. Particulares y organizaciones de diversa naturaleza y fin, tales como asociaciones en defensa de consumidores y usuarios, han acusado del uso de esta índole de técnicas ilícitas a anunciantes, empresas e instituciones, pero lo cierto es que no han logrado prosperar en nuestros tribunales. Es más la repercusión que tiene en prensa y redes sociales, que la que realmente tienen a nivel jurídico.

## **3.2. Colocación de producto o *product placement***

### **3.2.1. *Nociones básicas***

El emplazamiento de productos o *product placement* es una forma de hacer publicidad. “El propietario de la marca paga a los productores de la película o del programa en función del tiempo en que aparece el producto en la pantalla, la audiencia estimada y la notoriedad de los protagonistas que aparecen utilizando el producto o junto al mismo.”<sup>58</sup> Es decir, es una técnica publicitaria en la que el dueño de un producto o marca acuerda con el productor de una obra audiovisual la integración de éstos en el desarrollo de la misma, a cambio de un precio o de una colaboración en la promoción. La cuantía de la contraprestación depende principalmente del éxito de la obra audiovisual: siendo mayor cuanto más audiencia y popularidad tenga. “Con este procedimiento se trata de conseguir una actitud favorable hacia la marca al aparecer integrada dentro del programa o película.”<sup>58</sup> Esta técnica recupera la efectividad publicitaria, perdida por los tradicionales métodos de publicidad (i.e. pausas comerciales en televisión). Muchos estudios demuestran su elevado impacto en los espectadores y consumidores, con lo que ha llegado a convertirse en uno de los principales instrumentos de comunicación comercial a día de hoy.

---

campañas electorales: entre el mito y realidad”, *Pensar la Publicidad*, vol. 9, 2015, p. 87-111]. Finalmente, en 2011, el PP criticó que TVE estaba haciendo publicidad subliminal en favor del PSOE, alegando que en el Canal 24 Horas se podía apreciar un monitor detrás de la presentadora en el que se pudo observar durante varios minutos el eslogan «Rubalcaba sí» e imágenes del candidato socialista. Por su parte, TVE alegó que ese monitor reproducía la señal de La 1, en la que en ese momento se emitían los espacios gratuitos de publicidad electoral, coincidiendo con la propaganda del PSOE.[Rodríguez Andrés, R. “cit”, p. 87-111].

<sup>58</sup> Santesmases Mestre, M., *Marketing: conceptos y estrategias*, ediciones Pirámide, Madrid, 2012, p.691.

“Actualmente se acepta una noción de *product placement* que contempla los siguientes puntos:

- Comunicación dentro del mix de comunicación
- en el ámbito de las Relaciones Públicas
- llevada a cabo principalmente por las marcas
- gestionada por los tres agentes implicados: productora audiovisual, intermediario y marca comercial; en la que
- el sujeto de *product placement* recibe exposición y un conjunto de beneficios relativos a su comunicación estratégica
- el público es ya capaz de reconocer ese emplazamiento como resultado de una acción promocional
- y cuya contrapartida se relaciona con una colaboración diversa (monetaria, de ahorro a la producción o de ayuda a la promoción del evento), además de con una posible contribución a la narración.”<sup>59</sup>

Aunque hay discrepancias respecto a cuál se considera el origen de esta técnica, la opinión mayoritaria entiende que su origen se remonta a los años cuarenta, tras la consolidación del sistema cinematográfico surgido en los años veinte, en Estados Unidos<sup>60</sup>. “No hay que buscarlo tanto en un filme concreto y aislado, cuanto en una época y en un contexto geográfico. En concreto, en los años 1913-1920 y en el contexto cultural del cine de Hollywood.”<sup>61</sup> Así, muchas de las filmaciones incluían aspectos cotidianos de la población, lo que llevaba a que los directores incorporaran los productos que las personas utilizaban en sus propias casas. “Los anunciantes norteamericanos encontraron aquí una forma de hacerse conocidos cuando el cine que comenzaba a ser algo accesible para la población, siendo una primera forma de promocionarse.”<sup>61</sup> De hecho, en sus orígenes no era usual que se produjera un pago por la inclusión del producto en la escena, sino que era una práctica oportunista basada en una relación de autonomía de la voluntad entre productor y anunciante<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup>Mas, V., Méndiz Noguero, J. S., Arjona Martín, J. B., “El nacimiento del “Emplazamiento de Producto” en el contexto de la I Guerra Mundial: Hollywood y el periodo 1913-1920 como marcos de referencia”. En: *Historia y Comunicación Social*, 13, p. 141. (Consultado el 9 de marzo de 2018 en: <http://revistas.ucm.es/index.php/HICS/article/view/43419/41076>)

<sup>60</sup> Marques Cuadra, S., y Sedeño Valdellós, A., “Emplazamiento de producto y videoclip musical: Análisis de videos musicales más visualizados en YouTube (2011-2015)”. En: *adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, no14, 2017, p. 100. (Consultado el 9 de marzo de 2018 en:

<http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/168434/Marques.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

<sup>61</sup> Mas, V., Méndiz Noguero, J. S., Arjona Martín, J. B., “cit.”, p. 148.

<sup>62</sup> Baños, M., y Rodríguez, T., *Product Placement. Estrella invitada: La marca*. Málaga: Cie Dossat, 2003. [non vidi; cita de Marques Cuadra, Soledad y Sedeño Valdellós, Ana].



La publicidad subliminal y el *product placement* “se agrupan hoy por la doctrina en la categoría más amplia de la publicidad oculta, que comprende todos aquellos mecanismos cuya naturaleza publicitaria se esconde de una forma u otra a sus destinatarios.”<sup>63</sup> Pero, como ya había indicado en apartados anteriores, se diferencian en que en el *product placement* el público es capaz de reconocer que está ante un mensaje publicitario; mientras que en la publicidad subliminal no. Además, otra de las diferencias más notables entre ambas categorías publicitarias es que mientras la publicidad subliminal es una modalidad prohibida, el emplazamiento de producto está permitido siempre que se respeten los requisitos establecidos en la ley, y que trataré en el siguiente apartado.

Por último, conviene apuntar que en la técnica del *product placement* se pueden distinguir varias tipologías en atención a la interacción del producto o marca con el medio en que se ha introducido. En primer lugar, en los casos en que el producto está presente en la escena, pero los personajes no lo mencionan ni interactúan con él en ningún momento estamos ante *product placement* pasivo. Si por el contrario, los personajes interactúan con el producto pero no lo mencionan, estamos ante *product placement* activo. Por otro lado, cuando los personajes mencionan a la marca o producto estamos ante *product placement* con mención. Y, finalmente, si además de mencionarlo, también exponen características positivas del mismo, se trataría de *product placement* con alusión<sup>64</sup>.

### **3.2.2. Regulación**

El artículo 2º de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual entiende por emplazamiento de producto: “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.” Por su parte, el artículo 17 regula el derecho al emplazamiento de productos, estableciendo unos requisitos legales para que la técnica del *product placement* se lleve a cabo correctamente y sea, en consecuencia, lícita:

---

<sup>63</sup> Tato Plaza, A., *La publicidad comparativa*, Madrid, Marcial Pons, 1996 [non vidi; cita de Quintana Carlo, I.]

<sup>64</sup> RCHBrand, “Analizando los cuatro tipos de *Product Placement*.”, 2016. (Consultado el 9 de marzo de 2018 en: <http://rchbrand.esy.es/analizando-los-cuatro-tipos-de-product-placement/> )

- 1) El emplazamiento de productos es lícito cuando hay una contraprestación. En caso de que se lleve a cabo de manera gratuita, se exige que el bien o servicio tenga un valor significativo.
- 2) El público debe ser informado de que hay un emplazamiento de productos en la obra audiovisual.
- 3) Además, se establecen una serie de prohibiciones:
  - a. No puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del productor de la obra audiovisual.
  - b. No puede incitar directamente a realizar un comportamiento económico.
  - c. No puede realizarse en programación infantil.

A nivel europeo, encontramos regulado el emplazamiento de producto en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (DSCA<sup>65</sup>), la cual se encuentra bajo revisión, ya que se adoptó una nueva propuesta legislativa por la Comisión en 2016<sup>66</sup>. En caso de que resulte aprobada, el legislador español se verá obligado a modificar la Ley General de la Comunicación Audiovisual. En su artículo primero, apartado m) ofrece una definición de emplazamiento de producto muy similar a la ofrecida por la norma española. Por su parte, en su artículo 11 apartado 2º y siguientes se regula la publicidad por emplazamiento. La norma comienza prohibiendo el emplazamiento de productos, estableciendo a continuación los supuestos en que resulta lícito. “No obstante lo dispuesto en el apartado 2, el emplazamiento de producto será admisible, a menos que un Estado miembro decida otra cosa, en los siguientes casos:

- a) obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento;
- b) los casos en que no se produce ningún pago, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa.”

Al igual que la norma española, la Directiva también determina que no podrá utilizarse en programas infantiles. Asimismo, establece una serie de requisitos, muy similares a los de la

---

<sup>65</sup> 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 (Directiva de servicios de comunicación audiovisual)

<sup>66</sup> Comisión Europea, “Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual.” (Consultado el 10 de marzo de 2018 en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/audiovisual-media-services>).

LGCA, que deben contemplar los programas que contengan emplazamiento de producto: al igual que la norma española, se exige (i) que no incite directamente a la compra, (ii) que los espectadores estén informados de la existencia de emplazamiento de producto, y que (iii) no se vea afectada la responsabilidad e independencia del prestador del servicio de comunicación. Adicionalmente, estipula que “no darán una prominencia indebida a los productos de que se trate.”

Por último, se establece la prohibición de colocar determinados productos: productos del tabaco o cigarrillos, ni otros productos de empresas cuya principal actividad sea la fabricación o venta de cigarrillos y otros productos del tabaco; ni medicamentos o tratamientos médicos específicos que solo puedan obtenerse mediante receta en el Estado miembro bajo cuya jurisdicción esté el prestador del servicio de comunicación.

En conclusión, podemos afirmar que el emplazamiento de productos o *product placement* está permitido siempre que se respeten los requisitos establecidos en las referidas normativas.

### **3.2.3. *La fina línea entre el product placement y la publicidad encubierta***

Estas dos categorías suelen confundirse, por lo que se hace necesario trazar con nitidez las líneas divisorias entre ambas.

El considerando 32 de la LGCA y el apartado j) del artículo 1º de la DSCA entienden por comunicación encubierta: “La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio.” Su característica principal es que los anunciantes no deslindan el contenido informativo del promocional, llevando a sus clientes a confusión, y pudiendo afectar a su comportamiento económico.

Por su parte, el art. 9 LGPu establece que “los anunciantes deberán desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”, lo que nos lleva a deducir que las practicas encubiertas, al no cumplir este requisito legal, no son lícitas. Así lo confirma el art. 26 LCD que regula las prácticas comerciales encubiertas<sup>67</sup>: “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.”<sup>68</sup> Lo que se está implantando aquí es el llamado principio de autenticidad, consistente en la exigencia de que los destinatarios conozcan la naturaleza de los mensajes publicitarios. Establece, por tanto, la obligación de los anunciantes de identificar los mensajes publicitarios como tales. Mediante este principio se busca proteger a los consumidores de incurrir en error e identificar una práctica publicitaria como una mera información, creada por la apariencia de objetividad, y tomar una decisión económica que, de haber tenido conocimiento de su verdadera naturaleza, no habrían tomado.

Teniendo en cuenta lo expuesto, ambas categorías publicitarias se diferencian en si el espectador tiene o no conocimiento de que está ante una comunicación publicitaria. Por un lado, el *product placement* estará permitido siempre que el espectador tenga conocimiento de que se encuentra ante una comunicación publicitaria; mientras que la publicidad encubierta siempre resulta ilícita, ya que su nota característica es que los espectadores no saben que están ante publicidad. De hecho, el considerando 81 de la DSCA señala que “se debe prohibir el emplazamiento de producto cuando se realiza de manera encubierta.” Parece que el objetivo del legislador es que las decisiones que se tomen sobre el producto tengan la mayor racionalidad posible<sup>69</sup>.

A pesar de que lo expuesto me lleva a afirmar que son dos modalidades diferentes y autónomas, debo mencionar que parte de la doctrina opina que el emplazamiento de producto es una forma de publicidad encubierta. “El legislador [...] ha optado por obviar la

---

<sup>67</sup> Acudimos a la LCD porque la LGPu en su listado de publicidad ilícita del artículo 3º no incluye la publicidad encubierta como tal, sino que hace una referencia genérica a la publicidad desleal, en la que enmarcamos esta modalidad.

<sup>68</sup> De la misma manera, el art. 18.2 LGCA y el apartado a) del art. 9.1 de la DSCA prohíben expresamente la comunicación comercial encubierta.

<sup>69</sup> Ávila de la Torre, A., “Prácticas comerciales encubiertas”, Bercovitz Rodríguez-Cano, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 734-737.

oportunidad de clarificar la cuestión y lejos de reconocer que el emplazamiento del producto es un supuesto de publicidad encubierta (tal y como afirma la mayoría de la doctrina<sup>70</sup>) que, al margen del interés económico que el fenómeno despierte, constituye un elemento de distorsión en el mercado, parece aceptarlo.”<sup>69</sup> Y es que ciertamente existe, y así está regulado, un “derecho al emplazamiento de productos.”

### **3.2.4. Publicidad en las redes sociales: ¿product placement o patrocinio de producto?**

Las redes sociales se han convertido en una de las herramientas más recurridas para hacer publicidad, concretamente destaca la figura de los ‘influencers’<sup>71</sup>. Se trata de personas que tienen éxito en las redes (blogs, *Instagram*, *YouTube*...) cuya opinión tiene cierta credibilidad que permite influir a sus seguidores, siendo capaz de crear reacciones ante el producto o marca. Es por ello que muchas empresas deciden colaborar con ‘influencers’ en la realización de sus campañas de publicidad. Además, hoy en día, la inmediatez es una de las aptitudes más codiciadas, requisito con el que también cumplen los ‘influencers’, ya que se puede decir que hacen llegar los mensajes publicitarios *a las manos* de los potenciales consumidores (sus teléfonos móviles).

Ahora bien, ¿puede ser considerada esta técnica publicitaria como *product placement*, o encajaría mejor dentro de la categoría de patrocinio de producto?

La LGCA entiende por patrocinio “cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos.” Además, en el artículo 18 de la misma Ley se establecen los requisitos para la licitud de uso de esta técnica, que resultan ser los mismos que los exigidos para el emplazamiento de productos. Entonces, ¿cuál es la diferencia entre *product placement* y patrocinio de producto? Tras la lectura de los artículos que regulan respectivamente cada modalidad publicitaria, creo que la diferencia es que en el *product placement* se exige que la publicidad tenga lugar en el marco de “obras cinematográficas,

---

<sup>70</sup> Tato Plaza, A., *Product Placement y publicidad encubierta*, (Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y 4 de junio de 2001, caso “Soberano”), Tomo 22, 2001, p. 589. [*non vidi*; cita de Ávila de la Torre, A.]

<sup>71</sup> También llamado marketing influyente.

películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento”; mientras que no existe una exigencia similar para el patrocinio de producto. Además, el Considerando 91 de la DSCA establece que “el criterio determinante para distinguir patrocinio y emplazamiento de producto es que, en el emplazamiento de producto, la referencia a un producto está incorporada en la acción de un programa, razón por la cual la definición del artículo 1, apartado 1, letra m), incluye para la expresión «figure en». Por el contrario, las referencias a los patrocinadores pueden aparecer en el programa, pero no formar parte del argumento.” Por todo lo expuesto, creo que en el caso de la publicidad en redes sociales la modalidad que se adaptaría mejor sería el patrocinio de producto.

Por último, me gustaría hacer referencia a una discusión que se está dando en la actualidad en referencia a la publicidad en las redes sociales. Y es que, muchos de los mensajes publicitarios no aparecen debidamente señalados como tal (no se indica su naturaleza publicitaria), lo que puede llevar a los usuarios a confundirlos con una mera información. Recordemos, que al igual que en el emplazamiento de producto, el legislador exige, como condición de licitud, que el público esté debidamente informado de que se encuentra ante un mensaje publicitario. A este respecto, las autoridades de Estados Unidos han decidido intervenir: *la Federal Trade Commission* (FTC) ha exigido a los ‘*influencers*’ que informen claramente de la naturaleza publicitaria de los mensajes patrocinados que publiquen en sus respectivos perfiles. Asimismo, exige que también deberá realizarse en entornos de menor visibilidad (teléfonos móviles), los cuales constituyen un medio en los que redes como *Instagram* son particularmente utilizadas. También las autoridades británicas (*Competition & Markets British Authority*) remitieron directrices similares<sup>72</sup>. En este sentido, *Instagram* ha comenzado a ofrecer una nueva herramienta para incrementar la transparencia en estas prácticas. Se trata de una nueva función, que se va a exteriorizar en las publicaciones, en las que aparecerá el subtítulo “patrocinado por”, seguido de una etiqueta que dirige a la cuenta de la empresa patrocinada o marca<sup>73</sup>. De esta manera, no cabrá duda de cuándo nos encontramos ante un mensaje publicitario.

---

<sup>72</sup> Agustino Guilaín, A., “las autoridades de EEUU advierten a los “*influencers*” en *Instagram*”, Blog de Cuatrecasas, 2017. (Consultado el 12 de marzo de 2018 en: <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/las-autoridades-de-eeuu-advierten-a-los-influencers-en-instagram/>)

<sup>73</sup> Olesti, C. y Monclús, J., “nueva herramienta de Instagram para dar transparencia a los influencers”, Blog de Cuatrecasas, 2017. (Consultado el 16 de marzo de 2018 en: <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/nueva-herramienta-de-instagram-para-dar-transparencia-a-los-influencers/>)

### 3.2.5. Aparición de marcas en revistas especializadas

Para cerrar este apartado, creo que es conveniente hacer una breve mención a una modalidad de publicidad que resulta difícil de integrar en las categorías publicitarias que he mencionado a lo largo del trabajo<sup>74</sup>: la aparición de marcas en revistas especializadas. “Es muy usual que para presentar las novedades en el mercado de ciertos sectores no se utilice la publicidad convencional, sino que se pacte con el medio una forma mucho más sutil de hacerlo: a través de reportajes, recomendaciones, secciones especiales que nacen para tal efecto...”<sup>75</sup> Estos sectores suelen ser productos de belleza, complementos de moda, últimas innovaciones tecnológicas, nuevos vehículos de motor, destinos a los que viajar... ¿Cuál es el problema que plantea este método? Que el lector no sepa si está siendo receptor de publicidad o si está frente a un mensaje meramente informativo de novedades en el sector en cuestión. A tal efecto, se realizó una investigación en el año 2001, sobre el contenido de *El Semanal* y *Mujer hoy*, que llega a la conclusión de que la aparición de estas marcas “tiene una serie de elementos contextuales y tipográficos que denotan la intencionalidad de los mismos.”<sup>76</sup> Así, estas marcas se añadían junto con otras secciones relacionadas, favorecían la predisposición del lector con la misma, resaltaba los mensajes usando una tipografía diferente...

Esto nos lleva a la conclusión de que el uso de estas técnicas debería “ser puesto en conocimiento de los lectores para que su predisposición a la hora de consultar dichos medios cambiara.”<sup>76</sup> El objetivo es que los consumidores conozcan en todo momento cuándo están ante un mensaje publicitario y cuándo están ante un mensaje informativo, de tal manera que no se pueda influir en la decisión de compra sin conocimiento del lector.

---

<sup>74</sup> Algunos autores consideran que debería incluirse en el ámbito de las comunicaciones de marketing integradas, mientras que otros opinan que se trata de una práctica de publicidad subliminal u oculta.

<sup>75</sup> Cristófol Rodríguez, C., (2005): “Publicidad Subliminal, Advertorials, RRPP, Publinoticias, publirreportajes...: Comunicaciones de Marketing integradas”, en VVAA: Información para la Paz. Autocrítica de los medios y responsabilidad del público. III Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información. Fundación COSO, Valencia, p. 254.

<sup>76</sup> Cristófol Rodríguez, C., “cit.”, p. 255.

## **4. ANÁLISIS INTERNACIONAL**

### **4.1. Relevancia del derecho comparado**

El Derecho puede entenderse como una manifestación de la cultura de una nación, que surge a raíz de las costumbres e ideales de una determinada sociedad en un indeterminado territorio. El resultado es un ordenamiento jurídico propio, por lo que cabe afirmar que será diferente a los demás ordenamientos jurídicos de otras naciones. Hoy en día, las relaciones jurídicas no se limitan al nivel nacional, sino que la mayoría tienen carácter internacional. Y es que vivimos en una sociedad global, multicultural y cada vez más interconectada, gracias, en gran medida, a las nuevas tecnologías. El mundo está estructurado en una pluralidad de Estados dotados de sistemas jurídicos distintos y diversos en su contenido y, la presencia de una actividad humana los pone en contacto<sup>77</sup>. Todo ello justifica la relevancia del derecho comparado, entendido como metodología de estudio e investigación, que tiene como objeto el estudio del derecho a través de la comparación de elementos de diferentes ordenamientos jurídicos, lo que permite la identificación de semejanzas y diferencias entre diferentes ordenamientos jurídicos<sup>78</sup>.

En este sentido, el siguiente análisis tiene por objeto el estudio del tratamiento de la publicidad subliminal y el emplazamiento de producto en sistemas jurídicos diferentes al español. El propósito es obtener una idea general de su tratamiento, pudiendo apreciar las diferencias o aspectos que más llamen la atención.

### **4.2. Breve referencia a la regulación en países europeos**

Cuando analizaba la regulación de la publicidad subliminal y el emplazamiento de producto en España hice referencia a diferentes Directivas europeas que trataban ambas materias. Las Directivas son un instrumento de la Unión Europea (UE) utilizado para armonizar las legislaciones nacionales, en las que se obliga a los Estados Miembros (EM) a alcanzar un resultado, dejándoles libertad para elegir los medios. Así, cabe recordar que la

---

<sup>77</sup> Esplugues Mota, C., *Derecho internacional privado*, en Introducción al Derecho, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 161.

<sup>78</sup> Soriano Barabino, G., *Derecho comparado y textología comparada: estudio comparativo de contratos de trabajo en España y Francia*, Grupo de investigación AVANTI, Universidad de Granada, Granada, 2017, p.2.



DSCA prohíbe la publicidad subliminal y permite el *product placement* siempre que cumpla ciertos requisitos<sup>79</sup>. Por ello, cabe afirmar que la regulación nacional en los diferentes EM será similar, aunque siempre habrá lugar para que los países articulen especialidades. En este sentido, me gustaría exponer algunas diferencias entre EM en la regulación de la colocación de producto:

En Reino Unido tienen una regulación más estricta en cuanto a las prohibiciones, ya que, por ejemplo, no está permitido *product placement* de comidas y bebidas altas en grasa, azúcar o sal. En los Países Bajos la prohibición de emplazamiento de bebidas alcohólicas solo se aplica de 6 de la mañana a 9 de la noche. Por su parte, Francia tiene expresamente prohibido el emplazamiento de armas de fuego<sup>80</sup>. La prohibición que generalmente mantienen todos los países es la de no permitir el emplazamiento en programas infantiles.

### 4.3. Tratamiento en Estados Unidos

Estados Unidos (EE.UU) es uno de los países que más invierte en publicidad, tanto en cantidad como innovación. Es por ello que la publicidad tiene un papel central en la economía estadounidense<sup>81</sup>, tanto que está protegida por la Primera Enmienda: “*Congress shall make no law... abridging the freedom of speech or of the press...*” De hecho, el Tribunal Supremo estadounidense ha extendido esta protección al “*commercial speech.*” Como resultado, la publicidad sobre productos y servicios permitidos, no llevada a cabo de manera engañosa, estará protegida por la Constitución de EE.UU.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> “*The reasoning behind the rules on product placement was the assumption that the opening of TV programmes for product placement would increase revenues in the advertisement and broadcasting industries, while the restrictions would sufficiently protect vulnerable audiences and guarantee journalistic Independence. There are certain requirements that need to be respected in the case of inclusion of product placement such as the announcement obligation.*” [Ramboll Management Consulting en colaboración con Institute of European Media Law –elaborado para la Comisión Europea-, “Defining a framework for the monitoring of advertising rules under the Audiovisual Media Services Directive”, European Commission web page, p. 79 (Consultado el 23 de marzo de 2018 en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/audiovisual-and-media-services-directive-avmsd-study-advertising-rules>)].

<sup>80</sup> Morris, J., “How European media companies are dealing with product placement”, Ad Age, 2011. (Consultado el 20 de Marzo de 2018 en: <http://adage.com/article/global-news/european-media-companies-dealing-product-placement/228121/>).

<sup>81</sup> “*Nationally, it generates over \$5 trillion in economic activity, or approximately 20 percent of U.S. total economic activity. Sales of products and services stimulated by advertising support 21 million jobs, or 15 percent of the total jobs in the country.*” [Association of National Advertisers (ANA), “The role of advertising in America”, ANA web page, p. 1. (Consultado el 24 de marzo de 2018 en: [www.ana.net/getfile/15495](http://www.ana.net/getfile/15495))].

<sup>82</sup> Association of National Advertisers (ANA), “The role of advertising in America”, ANA web page, p. 1-5. (Consultado el 24 de marzo de 2018 en: [www.ana.net/getfile/15495](http://www.ana.net/getfile/15495)).

El principal órgano regulador de la actividad publicitaria es la *Federal Trade Commission* (FTC). Se trata de una agencia gubernamental que tiene el poder de prohibir ciertos actos publicitarios así como de imponer sanciones contra publicistas que violen la ley<sup>82</sup>. Otro de los órganos claves en la regulación de esta materia es la *Federal Communications Commission* (FCC) que, al contrario de la FTC, es una agencia federal independiente del gobierno supervisada por el Congreso, y es responsable del cumplimiento de las leyes de comunicaciones<sup>83</sup>. Además, también existen órganos de autorregulación administrados bajo el *National Advertising Division/National Advertising Review Board* (NAD/NARB) *of the Council of Better Business Bureaus* (CBBB).<sup>82</sup>

Respecto de la regulación de la publicidad subliminal, no hay leyes federales o estatales tratando su régimen jurídico, pero sí lo hace la FCC. Así, advierte que revocará las licencias de las compañías que usen publicidad subliminal: “*Regardless of whether it is effective, the broadcast of subliminal material is inconsistent with a station's obligation to serve the public interest because it is designed to be deceptive.*”<sup>84</sup> Además, ya el Tribunal Supremo de EE.UU. estableció en los casos *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York* en 1979, y *Vance v. Judas Priest* en 1989 que la publicidad subliminal no se encuentra amparada bajo la Primera Enmienda (“*In order for marketing speech to be protected by the First Amendment, it must not be misleading. Subliminal advertising, by its very nature, does not fall under this protection.*”<sup>85</sup>).

Por otro lado, respecto del tratamiento legal del *product placement* la FCC también establece unas directrices que deben cumplir los anunciantes. Y es que la FCC entiende esta técnica como publicidad integrada, estando sujeto a la regla de “*sponsorship identification*”<sup>86</sup>. Esta regla radica en que si existe una contraprestación (o similar) por mostrar ciertos productos o marcas, debe hacérselo saber al público: “*In the case of*

---

<sup>83</sup> Federal Communications Commission, “The FCC’s Mission”, FCC web page. (Consultado el 24 de marzo de 2018 en: <https://www.fcc.gov/about/overview>).

<sup>84</sup> The Media Bureau para Federal Communications Commission, “The Public and Broadcasting”, FCC web page, 2008 (Consultado el 24 de marzo de 2018 en: <https://www.fcc.gov/media/radio/public-and-broadcasting>).

<sup>85</sup> Dube, S., “Laws on Subliminal Marketing.” Small Business - Chron.com (Consultado el 24 de marzo de 2018 en: <http://smallbusiness.chron.com/laws-subliminal-marketing-69892.html>).

<sup>86</sup> Cicelski, P., “Product Placement and the FCC”, Common Law Center, 2010. (Consultado el 24 de marzo de 2018 en: <https://www.commlawcenter.com/2010/09/product-placement-and-the-fcc.html>).

*advertisements for commercial products or services, it is sufficient for a station to announce the sponsor's corporate or trade name, or the name of the sponsor's product (where it is clear that the mention of the product constitutes a sponsorship identification)*<sup>84</sup>. Asimismo, señala lo siguiente: “*This requirement is grounded in the principle that members of the public should know who is trying to persuade them with the programming being aired*”<sup>84</sup>.

Para concluir con este apartado, creo que es conveniente señalar que el tratamiento de estas materias en España y en Estados Unidos es similar. Por un lado, ambas prohíben la publicidad subliminal por entender que tales técnicas suponen un perjuicio en la capacidad de decisión de los consumidores. Y, por otro lado, permiten el emplazamiento de producto siempre que los destinatarios sean conscientes de que se encuentran ante un mensaje publicitario (principio de autenticidad).

#### **4.4. Regulación en Japón**

Japón es, a día de hoy, la tercera economía mundial, tras Estados Unidos y China. Uno de los secretos de su éxito es que el gobierno coopera con las empresas, otorgando ayudas para estimular la producción y el compromiso con el trabajo. Es por ello que es distinguido por ser uno de los países que más promueven la innovación y la producción. Cuanto más se produce, más productos nuevos se crean regularmente, lo que conlleva una gran inversión en publicidad<sup>87</sup>. En este sentido, cabe mencionar que la industria de la publicidad japonesa está caracterizada por acordar los anuncios publicitarios principalmente con grandes agencias de publicidad y no con los propios anunciantes directamente.

Hay varios órganos encargados de vigilar e implementar las regulaciones sobre publicidad japonesa. Así, el Secretario General de la Agencia de Asuntos de Consumidores y los Gobernadores de la Prefectura son responsables de publicar y ejecutar las regulaciones sobre publicidad. También será responsable en la materia el Ministerio de Economía, Comercio e Industria (METI). Por otro lado, existe un órgano de autorregulación: *Japan Advertising Review Organization* (JARO). Gestiona reclamaciones y consultas de

---

<sup>87</sup> Hollow, J. “The Japanese Advertising Industry in a Nutshell 2”, James Hollow blog, 2016. (Consultado el 25 de marzo en: <http://jameshollow.com/blog/the-japanese-advertising-industry-in-a-nutshell-2/>)

consumidores y competidores, así como hace recomendaciones sobre actuaciones cuestionables<sup>88</sup>.

A pesar de que en el ordenamiento jurídico japonés encontramos varias normas relativas a la regulación de la materia publicitaria<sup>89</sup>, ninguna de ellas tiene disposiciones dedicadas a la publicidad subliminal ni al emplazamiento de producto.

En lo referente a la regulación de la publicidad subliminal llama la atención el hecho de que no está prohibida por la ley. Sin embargo, la Asociación Japonesa de Emisores Comerciales (*Japan Commercial Broadcasters Association*) prohíbe en su regulación el uso de técnicas subliminales en las emisiones, por lo que en la práctica no es posible emitir mensajes subliminales<sup>90</sup>.

Por su parte, respecto de la regulación del *product placement* en Japón, no existe ninguna restricción<sup>90</sup>. Pero, ¿debemos entender esto como una total libertad ante la práctica de esta técnica publicitaria? De la lectura de la Ley de Protección de Consumidores<sup>91</sup> creo que podría imponerse el mismo requisito que en las demás legislaciones: informar al público de la naturaleza del anuncio. Me baso, en primer lugar, en el contenido del art.1 apartado 5(iii), que define lo que puede entenderse por “real o potencial incidente relacionado con consumidores” así: “*any circumstance other than as set forth in the preceding two items, in which an Enterprise engages in deceitful or exaggerated advertising or any other action provided by Cabinet Order that is likely to wrongfully harm the interests of a Consumer or interfere with a Consumer's voluntary and rational choice-making.*” Por tanto, teniendo en cuenta que la falta de conocimiento sobre la naturaleza publicitaria de los mensajes recibidos puede llevar a los consumidores a tomar una decisión económica que, de haber conocido su verdadera naturaleza, no la habría tomado, puede entenderse que se interfiere

---

<sup>88</sup> Kasahara, C., “Advertising and Marketing in Japan”, Getting the deal through (GTDT) web page, 2017. (Consultado el 25 de marzo en: <https://gettingthedealthrough.com/area/64/jurisdiction/36/advertising-marketing-2014-japan/>)

<sup>89</sup> *Advertising activities are generally regulated in Japan by the following acts: (i) the Act against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations (AUPMR); (ii) the Act on Specified Commercial Transactions (ASCT); (iii) the Medical Care Act; (iv) the Act on Pharmaceuticals and Medical Devices (formerly the Pharmaceutical Affairs Act); (v) the Health Promotion Act; and (vi) the Outdoor Advertisement Act. There is also a ‘fair commission code’ applicable to advertising, and a number of advertising guidelines issued by government bodies responsible for specific industries.* [Kasahara, C., “cit.”]

<sup>90</sup> Kasahara, C., “cit.”

<sup>91</sup> *Consumers Safety Act (Act n°50 of 2009).*

en su proceso racional de toma de decisión. Como consecuencia de esta interferencia en la voluntad de los consumidores, se dañan los intereses de los mismos, siendo, por tanto, cuestionable su licitud.

## **5. CONCLUSIONES**

Tras el estudio y análisis de la publicidad subliminal y la colocación de producto, hemos de llegar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, al entender el legislador el papel clave de la publicidad en la actualidad, crea un régimen jurídico que busca proteger a sus creadores, a los destinatarios y al mercado. Así, encontramos legislación tanto a nivel estatal como a nivel comunitario marcando los límites de esta práctica mercantil y buscando un funcionamiento equilibrado y eficiente para todos los participantes en la economía. En este sentido, se establecen unas categorías de publicidad ilícita que se reputan, además, como actos desleales, por entender que condicionan el comportamiento económica que toma el consumidor. Por ello, todas las creaciones publicitarias ilícitas son susceptibles de ser perseguidas por nuestros tribunales, así como por el órgano de autorregulación voluntario para anunciantes (AUTOCONTROL).

En segundo lugar, la publicidad subliminal está declarada como una práctica publicitaria ilícita, ya que se entiende que mediante el uso de tales técnicas (mensajes publicitarios no percibidos conscientemente) se afecta de tal manera al subconsciente de los consumidores que supone una limitación de la libertad de decisión de compra. Por tanto, apreciamos que el objetivo principal es proteger el derecho a la libertad económica de los consumidores así como la dignidad de los mismos. Este régimen jurídico no vulnera el derecho a la libertad de empresa, ya que los actos desleales, tales como la publicidad subliminal, no se encuentran amparados por éste. Asimismo, podemos afirmar que tampoco vulnera la libertad de expresión e información, ya que sobrepasa los límites legalmente establecidos para poder entrar en su esfera de protección. Finalmente, cabe señalar que la prueba del uso de estas técnicas es realmente complicado, ya que hay que demostrar que un mensaje publicitario no fue conscientemente percibido, lo que justifica la escasa jurisprudencia sobre la materia.

En tercer lugar, en lo relativo al *product placement* cabe señalar que es uno de los instrumentos de financiación más potente, y por ello, más recurrido y con tanta importancia en la actualidad. Entendido como una categoría autónoma respecto de la publicidad engañosa, el legislador crea un régimen jurídico en el que autoriza esta técnica siempre que cumpla ciertos requisitos, siendo el primordial el principio de autenticidad que consiste en que los consumidores conozcan la naturaleza de dichas prácticas comerciales. Parece que este requisito de informar al público es tan importante que se exige también en el patrocinio de producto, técnica clave en las redes sociales.

Por último, a través del estudio comparativo de las diferentes legislaciones nacionales sobre ambas materias, puedo sostener dos ideas: en primer lugar, que la publicidad subliminal está considerada como una práctica desleal así como perjudicial para los consumidores, por lo que mayoritariamente se prohíbe y castiga su uso; y, en segundo lugar, que el emplazamiento de producto está generalmente permitido siempre que se informe a los consumidores de que están presenciando una comunicación comercial. Aún así, cada país establece diferentes requisitos y restricciones en la materia. Lo expuesto me lleva a afirmar que las materias objeto de estudio son tratadas de manera similar por la gran mayoría de países del mundo.

## BIBLIOGRAFÍA

Agustinoy Guilayn, A., “las autoridades de EEUU advierten a los “*influencers*” en *Instagram*”, Blog de Cuatrecasas, 2017. (Consultado el 12 de marzo de 2018 en: <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/las-autoridades-de-eeuu-advierten-a-los-influencers-en-instagram/>)

Association of National Advertisers (ANA), “The role of advertising in America”, ANA web page, p. 1-5. (Consultado el 24 de marzo de 2018 en: [www.ana.net/getfile/15495](http://www.ana.net/getfile/15495)).

Ávila de la Torre, A., “Prácticas comerciales encubiertas”, Bercovitz Rodríguez-Cano, A., Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 733-740.

Baños, M., y Rodríguez, T., *Product Placement. Estrella invitada: La marca*. Málaga: Cie Dossat, 2003. [*non vidi*; cita de Marques Cuadra, Soledad y Sedeño Valdellós, Ana].

Becerra, A. B., “El mensaje subliminal: tácticas de publicidad ilícita”, en VVAA: Información para la Paz. Autocrítica de los medios y responsabilidad del público. III Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información. Fundación COSO, Valencia, 2005, pp.169-182.

Brazuelo Miguel, J., “La publicidad comercial ilícita”, Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2016, p. 21.

Cicelski, P., “Product Placement and the FCC”, Common Law Center, 2010. (Consultado el 24 de marzo de 2018 en: <https://www.commlawcenter.com/2010/09/product-placement-and-the-fcc.html>).

Comisión Europea, “Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual.” (Consultado el 10 de marzo de 2018 en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/audiovisual-media-services>).

Cristófol Rodríguez, C., (2005): “Publicidad Subliminal, *Advertorials*, RRPP, Publinoticias, publireportajes...: Comunicaciones de Marketing integradas”, en VVAA:

Información para la Paz. Autocrítica de los medios y responsabilidad del público. III Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información. Fundación COSO, Valencia, pp. 247-255.

Díez Estella, F., “El régimen de Publicidad y Competencia desleal”. (Consultado el 12 de enero de 2018 en <http://www.fernandodiezestella.com/mercantil.htm>)

Dube, S., "Laws on Subliminal Marketing." Small Business - Chron.com (Consultado el 24 de marzo de 2018 en: <http://smallbusiness.chron.com/laws-subliminal-marketing-69892.html>).

Esplugues Mota, C., *Derecho internacional privado*, en Introducción al Derecho, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 161.

Federal Communications Commission, “The FCC’s Mission”, FCC web page. (Consultado el 24 de marzo de 2018 en: <https://www.fcc.gov/about/overview>).

Fernando Magarzo, M. del R. *La consolidación de la autorregulación en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial*. Revista Autocontrol, 135, 2008, p.18-30.

García, A., “Publicidad subliminal: ética y límites legales”, Arnold Madrid. (disponible en <http://arnoldmadrid.com/2015/05/21/publicidad-subliminal-etica-limites-legales/> ; última consulta 4/02/2018)

García Guerrero, J. L., “La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 17, Núm. 50. Mayo-Agosto 1977.

García Matilla, E., *Subliminal: Escrito en nuestro cerebro*, Madrid, Editorial Bitácora, 1990, p.62

García Nieto, M. T., y Lema Devesa, C., “Guía de intervención ante la publicidad sexista”, Instituto de la Mujer, 2008, p. 8 - 22.

García Uceda, M., *Las claves de la publicidad*, Esic Editorial, Madrid, 1999, pags. 357-370.



García-Cruces, J.A., *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. pp. 1945-1980

González López, C. J., *Régimen jurídico de la publicidad comparativa y nuevos planteamientos en el Anteproyecto de Código Mercantil*, Trabajo de Fin de Master, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, p.54.

Hollow, J. “The Japanese Advertising Industry in a Nutshell 2”, James Hollow blog, 2016. (Consultado el 25 de marzo en: <http://jameshollow.com/blog/the-japanese-advertising-industry-in-a-nutshell-2/>)

Kasahara, C., “Advertising and Marketing in Japan”, Getting the deal through (GTDT) web page, 2017. (Consultado el 25 de marzo en: <https://gettingthedealthrough.com/area/64/jurisdiction/36/advertising-marketing-2014-japan/>)

Madurga, J., “Publicidad Subliminal: qué es, historia, tipos y ejemplos”, NeoAttack. (Disponible en <https://neoattack.com/publicidad-subliminal/> ; última consulta 15/02/2018)

Marques Cuadra, S., y Sedeño Valdellós, A., “Emplazamiento de producto y videoclip musical: Análisis de videos musicales más visualizados en YouTube (2011-2015)”. En: *adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, no14, 2017, pp. 97-117. (Consultado el 9 de marzo de 2018 en: <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/168434/Marques.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

Mas, V., Méndiz Noguero, J. S., Arjona Martín, J. B., “El nacimiento del “Emplazamiento de Producto” en el contexto de la I Guerra Mundial: Hollywood y el período 1913-1920 como marcos de referencia”. En: *Historia y Comunicación Social*, 13, pp. 139-155. (Consultado el 9 de marzo de 2018 en: <http://revistas.ucm.es/index.php/HICS/article/view/43419/41076>)

Massaguer Fuentes, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 313. [*non vidi*; cita de González López, C. J.]

Massaguer Fuentes, J., “El procedimiento por publicidad ilícita”, *Revista de Derecho Mercantil*, num. 248, 2003, pags. 453 – 498.

Morris, J., “How European media companies are dealing with product placement”, *Ad Age*, 2011. (Consultado el 20 de Marzo de 2018 en: <http://adage.com/article/global-news/european-media-companies-dealing-product-placement/228121/>)

Olesti, C. y Monclús, J., “nueva herramienta de Instagram para dar transparencia a los influencers”, Blog de Cuatrecasas, 2017. (Consultado el 16 de marzo de 2018 en: <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/nueva-herramienta-de-instagram-para-dar-transparencia-a-los-influencers/>)

Pasqua Liaño, M., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Edit. Civitas, 1992, p. 147.

Pérez de la Cruz Blanco, A., *Derecho de la propiedad industrial, intelectual y de la competencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, p.181 – 190.

Quintana Carlo, I., “Publicidad ilícita”, Bercovitz Rodríguez-Cano, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 499-514.

Ramboll Management Consulting en colaboración con Institute of European Media Law – elaborado para la Comisión Europea-, “Defining a framework for the monitoring of advertising rules under the Audiovisual Media Services Directive”, European Commission web page, p. 79 (Consultado el 23 de marzo de 2018 en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/audiovisual-and-media-services-directive-avmsd-study-advertising-rules>).

Rodríguez Andrés, R., “Publicidad subliminal en campañas electorales: entre el mito y realidad”, *Pensar la Publicidad*, vol. 9, 2015, p. 87-111.

Santesmases Mestre, M., *Marketing: conceptos y estrategias*, ediciones Pirámide, Madrid, 2012, p.691-700.

Sendagorta Díaz, I., “Efectividad de la Publicidad subliminal”, Trabajo de Fin de Grado, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2014, p.44.

Soriano Barabino, G., *Derecho comparado y textología comparada: estudio comparativo de contratos de trabajo en España y Francia*, Grupo de investigación AVANTI, Universidad de Granada, Granada, 2017, p.2.

Stucchi López Raygada. P., “Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial”. *Ius et veritas*, n.34, 2007, pp. 179 – 200

Tato Plaza, A., Fernández Carballo-Calero, P. y Herrera Petrus, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p.287. [non vidi; cita de Villajoana Alejandre, Sandra].

Tato Plaza, A., *La publicidad comparativa*, Madrid, Marcial Pons, 1996 [non vidi; cita de Quintana Carlo, I.]

Tato Plaza, A., *Product Placement y publicidad encubierta*, (Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y 4 de junio de 2001, caso “Soberano”), Tomo 22, 2001, p. 589. [non vidi; cita de Ávila de la Torre, A.]

The Media Bureau para Federal Communications Commission, “The Public and Broadcasting”, FCC web page, 2008 (Consultado el 24 de marzo de 2018 en: <https://www.fcc.gov/media/radio/public-and-broadcasting>)

Verbauwhede, Lien “Cuestiones relativas a la propiedad intelectual en la publicidad”, *WIPO*. (Consultado el 11 de enero de 2018 en [http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip\\_advertising.htm](http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm))

Villajoana Alejandre, S., *¿Cómo aplicar los límites jurídicos de la publicidad?* Tesis Doctoral, Universidad Ramón Llul, Barcelona, 2015, pag. 80 – 190.

## **ANEXO LEGISLATIVO**

*Consumers Safety Act of Japan (Act nº 50 of 2009).*

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales (DOUE e 11 de junio de 2005)

Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOUE de 27 de Diciembre de 2006).

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 (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOUE de 19 de Septiembre de 1984)

Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1989. (BOE de 22 de abril de 1998)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)

Ley 31/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. (BOE de 11 de enero de 1991)

Ley 22/1999, de 7 de junio, de Modificación de 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. (BOE de 8 de junio de 1999)

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE de 15 de noviembre de 1988).

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE de 1 de abril de 2010)

Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad (BOE de 15 de junio de 1964)

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE de 30 de noviembre de 2007).

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

Resolución de 22 de enero de 2001, de la Dirección General del Ente Público Radiotelevisión Española, por la que se hacen públicas las normas reguladoras de la emisión de publicidad por "Televisión Española, Sociedad Anónima", aprobadas por el Consejo de Administración del Ente Público Radiotelevisión Española en su reunión de 11 de enero de 2001. (BOE de 24 de enero de 2001)

## **ANEXO DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DE AUTOCONTROL**

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre 1/1982. CENDOJ

Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de junio 87/1987. CENDOJ

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre C-145/10.  
CURIA EUROPA

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 20 de junio 1980 – Asunto: *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*.

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 25 de agosto 1989 – Asunto: *Vance v. Judas Priest*.

Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 28 de febrero de 2006 -Asunto: *Arbora & Ausonia, S.L.U. vs. Kimberly-Clark, S.L. “Pañales Huggies”-*, FD primero.