

GUÍA LEGAL DEL BRANDED CONTENT

Octubre 2020

ECIJA



branded content
marketing association
spain

ÍNDICE DE CONTENIDOS

01_Naturaleza jurídica del Branded Content (Página 4)

- 1) DEFINICIÓN DEL BRANDED CONTENT
- 2) DIFERENCIAS, DESDE UN PUNTO DE VISTA JURÍDICO, ENTRE BRANDED CONTENT Y OTRO TIPO DE PRÁCTICAS DE COMUNICACIÓN Y PUBLICITARIAS
- 3) MARCO JURÍDICO DEL BRANDED CONTENT

02_Publicidad ilícita: ¿cómo debe aparecer la marca en el Branded Content para evitar que sea considerado publicidad ilícita? (Página 10)

- 1) PUBLICIDAD ILÍCITA Y TRANSPARENCIA CUANDO SE REALIZA BRANDED CONTENT
- 2) REGULACIONES ESPECÍFICAS DEL SECTOR Y COLECTIVOS VULNERABLES

03_La protección del activo de Branded Content (Página 13)

- 1) UNA ACCIÓN DE COMUNICACIÓN DE BRANDED CONTENT ¿ES UNA OBRA A EFECTOS DE LA LPI?
- 2) POSIBILIDADES Y CONSECUENCIAS DE LOS REGISTROS PÚBLICOS Y PRIVADOS
- 3) CREACIÓN DE UN REGISTRO PRIVADO PARA ACTIVOS DE BRANDED CONTENT POR BCMA
- 4) PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS Y NOMBRES DE DOMINIO

04_Creación de contenidos y cesiones de derechos (Página 16)

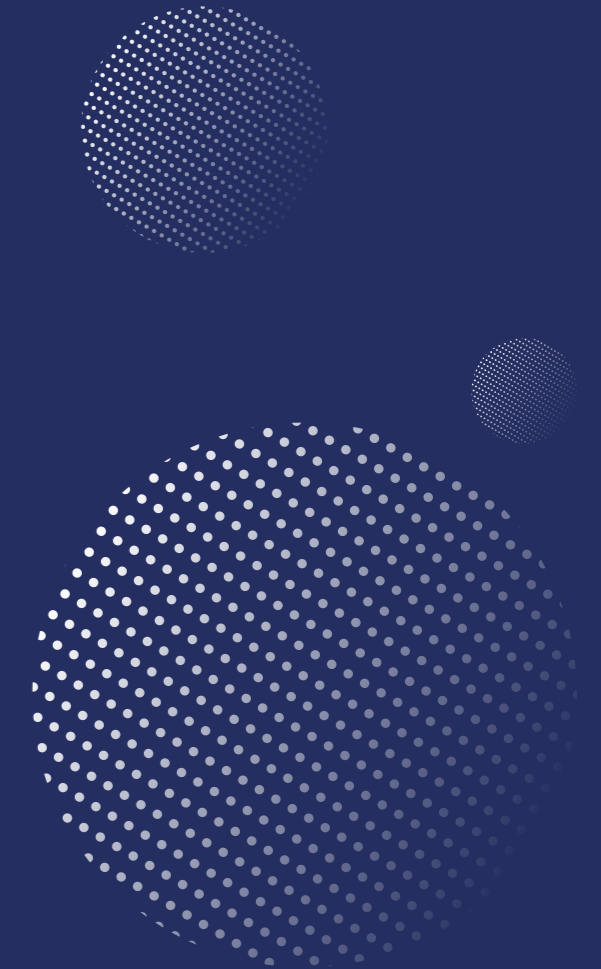
- 1) LA MARCA COMO PRODUCTOR O PROMOTOR DEL CONTENIDO ¿QUÉ RIESGOS IMPLICA?
- 2) EL CHAIN OF TITLE O CADENA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

05_Requisitos legales para cada formato de Branded Content (Página 19)

- 1) FORMATO EDITORIAL O GRÁFICO
- 2) FORMATO SONORO
- 3) FORMATO AUDIOVISUAL: CINE Y TELEVISIÓN
- 4) FORMATO AUDIO Y AUDIOVISUAL EN EL ÁMBITO DIGITAL
- 5) EXPERIENCIAS EN VIVO

01

Naturaleza jurídica del Branded Content



El Branded Content es una estrategia de comunicación que, aunque de apariencia reciente, lleva años de recorrido y desarrollo. En 1900 se publicaba la primera edición de la Guía Michelin en Francia, y en su primera edición ya incluía referencias y recomendaciones para los viajeros ajenas al negocio automovilístico. También en los años 20 se lanzaron a producir contenidos las empresas de detergentes y productos del hogar a través de los conocidos Soap Operas, novelas radiadas en las cuales se mezclaba la ficción con la promoción o aparición de los productos. Aunque es un género que siempre ha estado ahí, la evolución de las estrategias de publicidad y marketing promovieron otro tipo de activos de comunicación hasta que, en los últimos años y ante la saturación provocada por las nuevas tecnologías y la proliferación de canales de radio y televisión, las marcas han vuelto a optar por la creación de esta clase de contenidos, promoviendo la aparición de lo que hoy se conoce como Branded Content o contenido de marca. Su impulso reciente le ha colocado en un panorama normativo donde la figura del Branded Content, como tal, no está contemplada. Existen multitud de normas, códigos de conducta y buenas prácticas que regulan el marco publicitario, pero la reaparición de este contenido choca con las características propias que se recogen en estas normas mencionadas, por lo que resulta necesario definir el concepto y crear un campo de juego legal que posibilite la creación y difusión segura de estos activos de Branded Content siendo éste el principal objetivo de esta guía.

01_ Definición del Branded Content

Desde la constitución del capítulo español de la BCMA en 2015 uno de los principales objetivos de la asociación ha sido la configuración de una definición uniforme que otorgue valor a esta práctica. Así, en el año 2020 se unificaron una serie de criterios que han dado lugar al siguiente concepto de Branded Content:

“El Branded Content engloba a aquellos activos de comunicación producidos o coproducidos por una marca que, mediante formatos que cumplan un rol de entretenimiento, información y/o utilidad, tengan el fin de comunicar el propósito y los valores de la marca, conectando con una audiencia que, al encontrarlos relevantes, le dedican voluntariamente su tiempo de atención.” De este modo, pueden destacarse, como elementos característicos y comunes en los activos de Branded Content, los indicados a continuación:

_EL ORIGEN DEL CONTENIDO:
debe ser producido o coproducido por la marca

_CONTENIDO RELEVANTE DE ENTRETENIMIENTO, FICCIÓN O DIVULGACIÓN:
debe superar la consumición lineal del contenido publicitario para entretener, informar, enseñar, ofrecer una historia o una experiencia al público.

_DIFUSIÓN FUERA DE LOS ESPACIOS PUBLICITARIOS:
el contenido debe difundirse y consumirse fuera de los espacios que habitualmente se reservan para la publicidad.

_ATRACCIÓN E INTERACCIÓN CON LA AUDIENCIA:
el contenido debe ser no intrusivo, no molesto y debe no interrumpir a la audiencia, ni buscar persuadirla o convencerla, sino que, gracias a su carácter relevante, es el público quien busca acercarse, conectar e interactuar con este contenido creado por la marca.

_TRANSMITE VALORES ESTRATÉGICOS DE LA MARCA:
el contenido no se centra en ofrecer las características o virtudes relacionadas con los productos o servicios de la marca, sino en el rol, el posicionamiento o los valores que se identifican con la filosofía de la marca.

02_Diferencias, desde un punto de vista jurídico, entre Branded Content y otro tipo de prácticas de comunicación y publicitarias

A) BRANDED CONTENT VS. PRODUCT PLACEMENT

El product placement, también conocido como emplazamiento de producto, es considerado como una modalidad de comunicación comercial y publicitaria audiovisual consistente en la inserción de un producto o

servicio de una **marca dentro de un contenido, de ficción o entretenimiento, producido por terceros**, de forma que se advierta la aparición de ese producto o servicio de manera clara e identificable.

Uno de los requisitos principales del product placement, para evitar que sea considerado publicidad encubierta, es que dicha inserción no sea presentada como el centro de la trama en la que se incluye. Es decir, la presencia del producto o del servicio debe ser un **elemento accesorio**, cuyas características y las de la propia marca no pueden ser mencionadas o referenciadas de manera expresa. Asimismo, el producto o servicio debe integrarse de manera orgánica dentro del contenido, de forma que la inserción no sea intrusiva o interrumpa el discurso del programa, serie o película de que se trate, sino que parezca un elemento más de ese contenido.

Esta modalidad publicitaria fue regulada por primera vez en España en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual^(*) y, en particular, en su artículo 17. Este precepto viene a determinar que los prestadores de un servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a realizar, a cambio de una contraprestación, emplazamiento de productos en largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión y programas (deportivos o de entretenimiento). Esta contraprestación puede ser dineraria o, también, en especie, a través del suministro gratuito de determinados bienes o servicios, con miras a su inclusión en el programa, siempre que éstos tengan un valor significativo.

Esta figura, que encontramos de manera asidua en películas y otros formatos audiovisuales, presenta ciertos rasgos comunes con el Branded Content, como la inserción orgánica de un producto o servicio dentro de un contenido audiovisual y la no interrupción agresiva para el consumidor, como ocurre con la publicidad tradicional.

Sin embargo, existen otros rasgos que determinan la diferencia entre ambas y evita que se confundan, siendo el principal, la implicación de la marca en la producción y desarrollo del contenido. En el product placement **la marca no participa en la producción del contenido, sino que se limita a insertar el producto** dentro de un contenido desarrollado por terceros, mientras que **en el Branded Content la marca es quien promueve el contenido** y, en su caso, inserta de manera orgánica sus productos o servicios en él. Sin embargo, resulta que incluso este rasgo de aparición del producto, el cual es el único en el que coinciden ambas, no siempre ocurre en la realidad, pues **existen activos de Branded Content donde el producto o servicio comercializado por la marca ni tan siquiera se menciona o hace acto de presencia**, limitándose, generalmente, a indicar el nombre o la denominación de la marca, pero sin hacer referencia alguna hacia esos bienes o servicios que comercializa.

Asimismo, **la manera de relacionarse entre el público consumidor y la marca es distinta en ambas figuras**. En el caso del Branded Content el consumidor es quien, por la relevancia o el interés que pueda tener el contenido producido por la marca, busca acercarse a ese activo y consumirlo de una manera consciente y deliberada. Mientras tanto, en el caso del product placement el público no elige consumir ese producto o servicio, sino que su objetivo principal es acercarse al contenido de ficción o entretenimiento donde aparece ese producto emplazado.

Branded Content

Contenido producido por la marca

Inclusión orgánica del producto o servicio en el contenido (aunque la aparición del producto no es necesaria)

Distintos formatos (audiovisual, editorial, digital, en vivo, etc.)

Contenidos de ficción, entretenimiento, divulgación, información, educación, etc.

Atracción directa de la audiencia a través de la relevancia del contenido

Product Placement

Contenido producido por un tercero

Inclusión orgánica del producto o servicio en el contenido

Formato audiovisual

Largometrajes, cortometrajes, series, documentales, programas de entretenimiento o deportivos

Interrupción orgánica y no agresiva para la audiencia

^(*) En adelante, “Ley General de Comunicación Audiovisual” o “LGCA”.

B) BRANDED CONTENT VS. PATROCINIO

El patrocinio es una figura publicitaria regulada, entre otras normas, en el artículo 22 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (*) y que consiste en un acuerdo bilateral por el cual una **marca patrocinadora otorga una contraprestación, en dinero o en especie, a la entidad patrocinada a cambio de los impactos de comunicación** que va a lograr al asociarse a un evento o contenido organizado o producido por esta tercera entidad. El patrocinio habitual, que se rige por este precepto, es el tradicionalmente conocido como **“patrocinio de marca”** y que acostumbramos a ver en eventos de ocio o de entretenimiento tales como festivales o acontecimientos deportivos.

Existe también una modalidad específica de patrocinio para el ámbito audiovisual, el llamado **“patrocinio cultural”**, regulado en la Ley General de Comunicación Audiovisual. Dicho patrocinio consiste en la financiación, por parte de una institución, empresa o fundación, de todo o parte de un contenido de temática cultural, social o deportiva, con la finalidad de promocionar su actividad, marca y/o imagen a través de la vinculación a ese contenido, como expresión de su responsabilidad social corporativa. Esta figura no deja de ser un reflejo de lo que debería considerarse como mecenazgo, en el cual **la marca actúa simplemente como mero financiador** a cambio de que su nombre o producto se asocie con ese contenido cultural o social determinado.

En el ámbito de la comunicación audiovisual existen una serie de requisitos para el patrocinio de necesario cumplimiento, tales como (i) la delimitación legal del número de segundos por programa en los que puede parecer la marca (con carácter general, 10 segundos);

(ii) la posición en la que debe mostrarse (siempre al principio y al final de los contenidos); y (iii) la prohibición de incitar la compra o arrendamiento de los productos y servicios de la marca patrocinada.

A pesar de ser una de las figuras más afines, nuevamente existen elementos diferenciadores que permiten constatar que el Branded Content es una figura distinta del patrocinio. La principal diferencia vuelve a encontrarse en el **origen del contenido, que también en el patrocinio es producido por terceros**.

Del mismo modo, resulta distinta la inserción de la marca en el contenido. En el caso del patrocinio se configura como una **inclusión completamente inorgánica, que pretende destacar y focalizar la atención del público**, aunque sea durante los segundos permitidos, en el producto, imagen o logotipo del patrocinador, en lugar de aparecer de manera armónica como parte del contenido, como ocurre en el Branded Content.

C) BRANDED CONTENT VS. PUBLIRREPORTAJE O PUBLICIDAD NATIVA (NATIVE AD)

El publirreportaje es una figura publicitaria a través de la cual se presenta el contenido de la marca desde un punto de vista editorial, como si de una noticia se tratase. Al insertarse en medios informativos editoriales o audiovisuales de terceros **debe indicarse expresamente como contenido publicitario** y no creado por el medio de comunicación concreto. De otro modo podría ser considerado publicidad ilícita o encubierta y se **estaría vulnerando, además, los principios de veracidad e independencia** que deben regir la comunicación de la información.

Por su parte, la publicidad nativa es una modalidad publicitaria desconocida por aquellos no especialistas en el sector publicitario, ya que se trata de un formato, en apariencia novedoso, que, a primera vista, puede confundirse con la publicidad “tradicional”.

Sin embargo, aunque el término **“Native Ad”** o “publicidad nativa” pueda parecer reciente, no deja de ser una evolución de mecanismos como el mencionado publirreportaje, a través de los cuales se inserta un contenido

publicitario, a cambio de un precio, en diferentes medios, adaptándose en forma y funcionalidad al entorno en el que aparece y permitiendo así impactar al usuario de una forma menos intrusiva y agresiva que con la publicidad tradicional. Uno de los ejemplos más habituales suele ser el de los **medios online** en los que se incorpora publicidad, tomando el mismo formato y **utilizando el “look and feel” que presentan el resto de los contenidos de ese medio editorial**.

En este caso, tanto el Branded Content como el publirreportaje o la publicidad nativa comparten la falta concreta de regulación(**) y su intento por evitar esa intrusión agresiva en el consumidor, buscando la atracción directa del público para que acceda al contenido preparado por la marca. Pero mientras que el Branded Content es un contenido producido de manera íntegra por la marca, **el publirreportaje o la publicidad nativa se insertan en medios de terceros adoptando su apariencia con la intención de resultar menos invasiva**, pero sin dejar de ser un elemento ajeno a la generalidad del contenido publicado en ese medio. Además, en el caso del publirreportaje o de la publicidad nativa, hay una clara finalidad publicitaria, por lo que debe mostrarse siempre de manera que se advierta que es contenido promocionado, para evitar precisamente que se confunda con los contenidos del medio en el que se ha insertado y al que, en apariencia, resulta semejable.

03_Marco Jurídico del Branded Content

Tal y como se ha adelantado, no existe a la fecha una definición normativa, jurisprudencial o al menos, doctrinal, en España sobre Branded Content, por lo que su encaje se mueve entre dos espectros, alejándose cada vez más de la estricta consideración publicitaria para ir adentrándose en el ámbito de la creación de contenidos. A pesar de su falta de concreción jurídica, esta transición implica consecuencias legales determinantes, pues podría llegar a entenderse que dejan de aplicarse, de forma férrea, las normas que regulan el ámbito publicitario, para pasar a regirse por las reglas que, en su caso correspondan, según el tipo de formato que asuma cada activo de Branded Content.

No obstante siempre debería observarse un especial cuidado a la hora de crear, producir y difundir los activos de Branded Content. Ya que, aunque la elaboración de Branded Content cada vez se aleja más de las creatividades publicitarias para acercarse al entretenimiento, no deja de ser un contenido vinculado a una marca, la cual persigue también un objetivo comercial complementario al de la mera difusión de ese contenido. Por ello, y en aras de proteger siempre al público, no puede obviarse la aplicación de la normativa publicitaria en tanto que exista una vocación comercial por la marca. Sin embargo, es cierto que los activos de Branded Content son activos de comunicación diferenciados de las formas publicitarias clásicas, por lo que **no debería ser necesario cumplir con los estrictos requisitos dirigidos a la promoción de bienes o a la contratación de servicios**, siempre y cuando el propósito principal del activo se encuadre en el ámbito de la comunicación y creación de contenidos, y no en el de la publicidad.

A) ¿SERÍA DE APLICACIÓN LA NORMATIVA DE PUBLICIDAD?

La Ley General de Publicidad entiende como publicidad en su artículo segundo 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”**. Teniendo en cuenta esta definición, parecería desprenderse que el Branded Content es (i) una forma de publicidad (ii) realizada por una marca (iii) en el ejercicio de su actividad. Sin embargo, como ya hemos expresado, la finalidad concreta de este activo no es la promoción de la **contratación** de los productos o servicios, sino la **difusión de los valores, la filosofía y el rol de la marca**.

De este modo, podría entenderse no aplicable la referida normativa publicitaria siempre que en el **activo de Branded Content no se promocionen, de manera directa ni indirecta, los productos o servicios que comercializa de forma habitual la marca**. De otro modo, y para ser garantista con el consumidor, podría llegar a entenderse que sí se está impulsando la contratación de un producto o de un servicio, en cuyo caso resultarían de aplicación las normas en materia de publicidad.

No obstante, la separación absoluta y radical de esta práctica, para que no sea entendida como publicidad, no siempre es fácil cuándo, por ejemplo, de manera orgánica y sin ser excesiva, aparezcan en el activo la marca o el producto. Para evitar caer de nuevo en la consideración publicitaria, debería valorarse la aplicación de una permisibilidad similar a la existente para el **product placement**, pero esta vez admitiendo que la marca productora pueda incluir su producto o servicio de manera

Branded Content	Patrocinio
Contenido producido por la marca	Contenido producido un tercero
Atracción directa de la audiencia a través de la relevancia del contenido	Inclusión inorgánica del producto o servicio en espacios o momentos determinados del evento o contenido de terceros
No limitación actual	Limitación temporal (en audiovisual)
Contenidos de ficción, entretenimiento, divulgación, información, educación, etc.	Prohibición de patrocinios en contenidos informativos

Branded Content	Publicidad nativa
Contenido producido por la marca	Contenido producido la marca pero insertado en espacio editorial de un tercero
Atracción directa del consumidor a través de la relevancia del contenido	Atracción directa del consumidor por la parte que se visualiza en el espacio editorial del tercero
Contenidos de ficción, entretenimiento, divulgación, información, educación, etc.	Contenidos con finalidad publicitaria
No hay necesidad actual de advertencia determinada	Necesidad de advertencia

(*) En adelante, “Ley General de Publicidad” o “LGP”.

(**) El publirreportaje se menciona, pero no se desarrolla, en el artículo 14.3 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.

orgánica en su propio contenido, con exposición temporal limitada y siempre que sea acorde con la finalidad que pretende contar o transmitir el activo de Branded Content. No obstante, la complejidad es mayor que en el caso del product placement, ya que ésta es una acción circunscrita al ámbito audiovisual, mientras que el Branded Content puede difundirse a través de toda clase de formatos. Por ello, **deberá determinarse en cada momento esa aparición no sustancial y orgánica, en su caso, del producto o servicio, para que no se considere o no publicidad.**

Además de la Ley General de Publicidad existe otra normativa, como los códigos de autorregulación, cuyo ámbito de aplicación supera el ya indicado para esta ley y se hace extensible, según el Código de Conducta Publicitaria (CCP) de Autocontrol, a “*toda actividad de comunicación publicitaria, independientemente de su forma, formato o medio, tendente a fomentar, de manera directa o indirecta, la contratación de bienes o servicios o la potenciación de marcas y nombres comerciales*”.

En esta nueva definición podría llegar a entenderse incluido el Branded Content si interpretamos que este activo fomenta, de manera directa o indirecta, la potenciación de las marcas y/o la contratación de productos y servicios. Sin embargo, nuevamente nos encontramos con que se dirige a **comunicaciones publicitarias**, algo que, en principio, se aleja de la estrategia de Branded Content. Además, de la lectura de este tipo de códigos, puede observarse cómo se dirigen específicamente a anuncios publicitarios, teniendo siempre el foco en una acción de promoción de los productos o servicios de la marca y no a una acción de comunicación como tal.

En definitiva, la actual normativa de publicidad no da respuesta precisa ni contempla de manera expresa figuras como el Branded Content, de manera que, sin una actualización razonable, es cuestionable su aplicación estricta a estos activos. No obstante y en aras de garantizar la seguridad jurídica y evitar que el activo pueda llegar a ser considerado como publicidad, no debería advertirse en el mismo promoción directa o indirecta de los productos o servicios que comercializa la marca.

Asimismo, deberá promoverse la creación de una regulación específica que contemple la realidad del Branded Content teniendo en cuenta que, en dicha práctica, (i) la propia marca es la que promueve ese contenido; y (ii) que el Branded Content va más allá del ámbito audiovisual, por lo que debería contemplarse esta regulación en cada normativa específica de cada formato de Branded Content.

B) SI NO PODEMOS UTILIZAR LA NORMATIVA DE PUBLICIDAD, ¿QUÉ APLICAMOS?

Aunque la práctica del Branded Content no encaja, de manera natural, en el marco de la publicidad y, por tanto, deba entenderse que no es aplicable la Ley General de Publicidad o los códigos de autorregulación de la publicidad, a la hora de elaborar y difundir un contenido de Branded Content deben observarse, de manera analógica, los principios publicitarios. Entre ellos, resulta esencial el **principio de autenticidad, el cual aboga por la transparencia^(*) en las comunicaciones que las marcas dirijan a los consumidores, en las que ha de advertirse, de manera clara, que la comunicación o el contenido comunicado es realizado por una marca que tiene carácter comercial.**

En atención a este principio, lo relevante para evitar que el Branded Content provoque una confusión en los consumidores, vulnerando el principio, debe ser la **transparencia en el mensaje comercial**. Para el consumidor debe quedar totalmente claro, a través del canal y formato en el que se difunda, que ese contenido ha sido producido por una marca determinada.

Debido a la versatilidad de formatos que puede adoptar el Branded Content, no existen baremos uniformes para determinar cómo debe proyectarse la marca. No obstante, lo clave para el cumplimiento de este principio de autenticidad es que, en función de la manera en la que se muestre, al consumidor no le quepa duda respecto del origen del contenido que está siendo comunicado.

^(*) Este principio de publicidad viene esbozado en diversas normas: (i) la propia Ley General de Publicidad en su artículo 9; (ii) el artículo 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; (iii) el artículo 13 de la Ley General de Comunicación Audiovisual; o los artículos 18 a 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI). También se recoge en el artículo 9.1 del Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia de la ICC y en el artículo 13 del CCP de Autocontrol.

02

Publicidad
ilícita:
¿cómo debe
aparecer la
marca en
el Branded
Content para
evitar que sea
considerado
publicidad
ilícita?

A la hora de difundir los activos de Branded Content, las marcas no deben olvidar su deber de velar por que sus acciones de comunicación contengan un contenido responsable que respete los siguientes principios básicos de comunicación: i) la transparencia; ii) las regulaciones específicas del sector; y iii) los colectivos que resulten especialmente vulnerables al crear y difundir contenido. Esto implica que la marca deberá analizar, al inicio de su estrategia, el contenido de su historia o mensaje, el medio en el que se publicará, y el destinatario objetivo.

01_ Publicidad ilícita y transparencia cuando se realiza Branded Content

Pese a que el Branded Content no encaja de manera natural en el concepto de publicidad, no deja de ser una acción de comunicación comercial realizada con el objetivo de dar notoriedad a una marca, sus productos y servicios, lo que la sitúa en un plano cercano a esta disciplina. Ante esta situación, y con el objetivo de evitar eventuales sanciones por una falta de adecuación a la normativa vigente, al tiempo de realizar acciones de Branded Content las marcas deberán prestar especial atención a no incurrir en uno de los supuestos de *publicidad ilícita* o *subliminal* (*) comprendidos en la Ley General de Publicidad.

En líneas generales, para que un contenido publicitario no sea considerado ilícito por ser encubierto, engañoso o desleal, deberá ser correctamente identificado como publicidad. La omisión u ocultación de información por parte de la marca en tal sentido es perjudicial para el destinatario, en tanto que necesita adoptar una decisión informada para que su comportamiento económico se realice con el debido conocimiento.

Cuando hablamos de Branded Content, la identificación debe centrarse en resaltar que el contenido ha sido promovido por una marca determinada que, además de crear dicho contenido, mantiene otra línea de negocio (la comercialización de sus productos o servicios), la cual tiene un marcado interés comercial. De este modo, **la producción del contenido de Branded Content no posee un ánimo comercial** para la marca, sino que se caracteriza por tener un interés de mercado concreto, que es el de aportar valor y reputación a una marca la cual, por otro lado, sí mantiene una línea de negocio con ánimo comercial. Ello resulta primordial para poder garantizar que la audiencia se encuentra completamente informada del origen y propósito del contenido que está consumiendo. Esta aparición se podrá realizar mediante la inclusión/mención de la marca en el contenido y/o referencias que hagan alusión a que se trata de un contenido creado por esa marca, según los usos y costumbres del formato utilizado.

Además, las marcas deben prestar especial atención a que su contenido no incurra, como sucede con el resto de productores de contenidos, en el supuesto de **"publicidad subliminal"**, esto es, la inclusión de mensajes que no son captados por el público de manera consciente, pero que implican o tienen la intención de alterar el comportamiento del público en relación con la compra de un determinado bien o servicio. Por ello, todos los mensajes que se deseen transmitir a la audiencia a través del Branded Content deberán realizarse de manera clara y fácilmente perceptible.

(*) Artículos 3,4 y 5 de la Ley General de Publicidad

Cómo evitar la consideración de publicidad engañosa en un activo de Branded Content	1. No debe ser publicidad sino contenido
	2. Debe identificar de forma precisa que el contenido ha sido promovido/ producido por una marca

Contenido audiovisual	Aparición de la marca como productor al inicio del contenido y en los créditos finales.
Contenido musical	Aparición en la información del podcast o contenido sobre quién es el productor de dicho contenido o mención al inicio o al final del programa.
Contenido digital	Inclusión del logo o nombre de la marca en la descripción del contenido y en el sitio web donde se inserte dicho contenido.
Contenido editorial o gráfico	Mención de la marca en la portada, contraportada o primera página como titular de los derechos sobre el mismo.
Contenido en vivo	Mención de la marca en la entrada o condiciones generales de acceso al recinto o actuación como organizador o promotor del evento o experiencia.

02_ Regulaciones específicas del sector y colectivos vulnerables

A la hora de producir sus contenidos y, sobre todo, según en qué medios vayan a ser difundidos, las marcas deberán tener en cuenta aquella normativa específica que regule acciones de comunicación que afecten a determinados productos, bienes, actividades o servicios. Si bien es cierto que esta normativa se dirige a la regulación de contenidos que se engloban, en principio, en el estricto ámbito publicitario, conviene tenerlos presentes a la hora de producir y difundir según qué contenidos. Resultan especialmente sensibles temáticas como el alcohol, el tabaco, el juego, los contenidos dirigidos a la infancia o la aparición de productos cuyo uso pueda de algún modo poner en riesgo a los consumidores.

Asimismo, las marcas no solo deben considerar su sector en cuestión, sino el medio elegido para difundir el contenido ya sea audiovisual, musical o editorial (entre otros). En el caso del medio audiovisual, por su amplia difusión, se incluyen en la Ley General de Comunicación Audiovisual ciertas restricciones que podrían alterar la difusión de los contenidos .

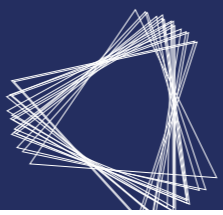
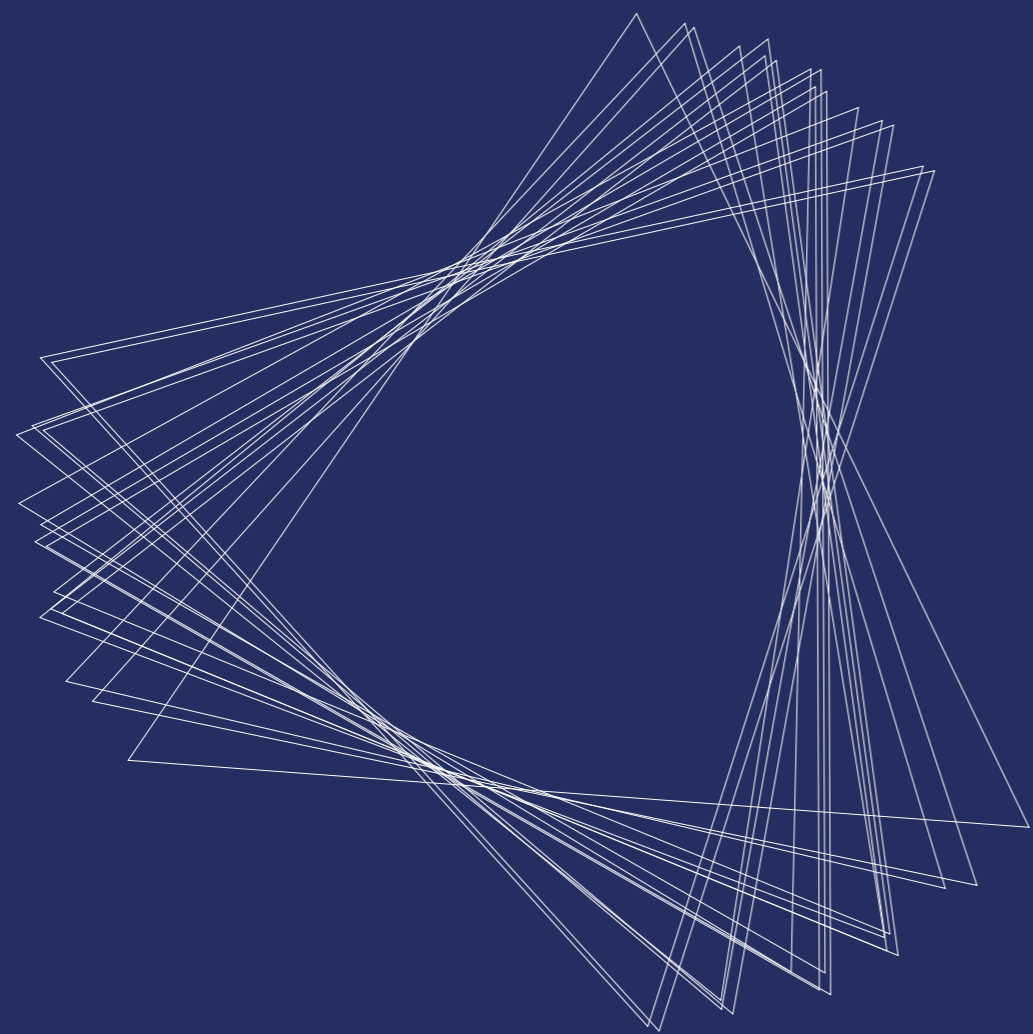
También conviene observar y tener especial cuidado con las comunicaciones dirigidas a colectivos considerados como "especialmente vulnerables", tales como, por ejemplo, aquéllas que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, o aquéllas que puedan afectar a grupos de especial protección como los menores. No obstante, estos principios deben observarse teniendo en cuenta los usos y costumbres habituales que, según el formato y medio de difusión específicos en el que se difunda el Branded Content, vienen aplicando para la divulgación habitual de contenidos (**)

ACCIONES JUDICIALES Y SANCIONES POR PUBLICIDAD ILÍCITA	
Acción Civil I	-Acciones de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal -Publicidad ilícita: engañosa, confusa. -Demandantes: cualquier persona que se sienta afectada y organismos de consumo -Indemnización por daños y perjuicios
Acción Civil II	-Acciones de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. -No identificar de manera clara las comunicaciones comerciales. -Sanciones de hasta 150.000 €
Acción Administrativa	-Acciones de la RDL 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 -Publicidad engañosa o contraria a los consumidores -Demandantes: organismos de consumo -Sanciones desde 3.005,06 € hasta 601.012,10 €
Acción Penal	- Art. 282 del Código Penal - Publicidad falsa o alterada de los productos -Demandante: cualquier consumidor - De 6 meses a 1 año de cárcel + multas

(**) Algunos de las restricciones que presenta la Ley General de Comunicación Audiovisual son, entre otras, la necesidad de calificar por edades el contenido audiovisual, prohibir la comunicación comercial de determinados productos como el tabaco o el alcohol, limitar las interrupciones publicitarias que pueden existir en un programa de televisión...

03

Protección del activo Branded Content



La protección del activo de Branded Content

Las marcas destinan recursos económicos y estratégicos relevantes a la hora de producir un activo de Branded Content, por ello resulta de especial importancia proteger, tanto de forma global como individual, todos los elementos que forman parte de esta acción comunicativa. A continuación, se analiza si estos activos, en tanto en cuanto que contenidos, pueden ser protegidos a través del sistema de propiedad intelectual y cuáles serían los medios existentes para esa protección.

1_UNA ACCIÓN DE COMUNICACIÓN DE BRANDED CONTENT ¿ES UNA OBRA A EFECTOS DE LA LPI?

La propiedad intelectual ofrece protección a las "creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro" (*). Dentro de estas creaciones podemos encontrar obras típicas como las literarias, las dramáticas, las composiciones musicales, las películas cinematográficas, las obras pictóricas o las arquitectónicas; pero también podrían ser considerados como obras otros elementos tales como ciertos formatos de televisión, una obra multimedia o una página web.

El elemento determinante para que un contenido sea protegible como obra por propiedad intelectual es la **originalidad**. Sin embargo, no existe una definición legal ni armonización a nivel europeo del concepto de obra. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de sus resoluciones jurisprudenciales, ha ido delimitando el concepto de originalidad, entendiendo por obra cualquier "creación intelectual que refleje la personalidad del autor(**) y exprese su libre elección creativa en la misma (***)".

Por otra parte, el derecho de autor solo confiere protección a su titular respecto de la concreta forma de expresión de su obra. Es decir, las ideas como tal no son protegibles. Por tanto, la obra debe ser **perceptible** en el mundo de los sentidos, pero no requiere su fijación en un soporte material, ni su divulgación, simplemente es necesario que pueda ser percibida por los sentidos.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, una acción de comunicación de *Branded Content* podrá considerarse obra a efectos de la Ley de Propiedad Intelectual siempre que:

- (i) Sea una creación **original**.
- (ii) Sea resultado de una actividad de **carácter creativo**, en el sentido de que no se trate de una actividad puramente técnica.
- (iii) Se **exprese** de forma que sea perceptible por los sentidos.

(*) Artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, "Ley de Propiedad Intelectual" o "LPI").

(**) Infopaq, C-5/08, Premier League, C-403/008 y C-429/08.

(***) Painer, C-145/10.

En tanto una acción de comunicación de *Branded Content* cumpla los requisitos anteriores, será protegible por el derecho de autor. Esto significa que, al gozar de esta protección, la marca, si configura correctamente la cadena de derechos, podrá explotar como única titular ese activo de *Branded Content* por todo el tiempo permitido, teniendo además la potestad de impedir que otras marcas plagien o vulneren ese activo determinante en su estrategia de marca.

2_POSIBILIDADES Y CONSECUENCIAS DE LOS REGISTROS PÚBLICOS Y PRIVADOS

El registro de una obra de propiedad intelectual no es requisito necesario para que un contenido sea considerado obra, sino que es un mecanismo que se utiliza a efectos probatorios, para acreditar que ese contenido ha sido creado en una fecha determinada por la persona física (o jurídica) que lo registra.

REGISTRO TERRITORIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL

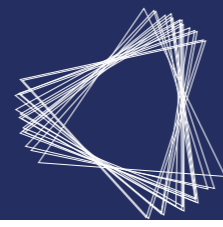
1. Naturaleza administrativa
2. Presunción de autoría y titularidad
3. Fuerza probatoria cualificada
4. Precios reducidos
5. Plazo de registro: mínimo 6 meses (procedimiento administrativo)
6. Procedimiento: burocratizado
7. Obras permitidas: categorías rígidas de obras

REGISTROS PRIVADOS

1. Naturaleza privada
2. Prueba de certificación (sistema de huella digital y time-stamping)
3. Menor valor probatorio (cada vez más aceptado en tribunales)
4. Precios competitivos según mercado
5. Plazo de registro: inmediato
6. Procedimiento: ágil y sencillo (subida de archivos)
7. Obras permitidas: no existen categorías determinadas

3_CREACIÓN DE UN REGISTRO PRIVADO PARA ACTIVOS DE BRANDED CONTENT POR BCMA

Dada la importancia estratégica que tienen los activos de *Branded Content* para las empresas que invierten en ellos, la BCMA se encuentra desarrollando en la actualidad un registro privado ad hoc para los contenidos de *Branded Content*. Este registro ad hoc, además de contar con las ventajas características de los registros privados, como su sencillez y agilidad, otorgará a los so-



cios de la BCMA un **valor añadido** diferenciado del resto de entidades del sector y con el foco en las características propias de este tipo de activos.

El proyecto de registro *ad hoc* para los socios de la BCMA nace con la vocación de atender las necesidades de sus socios en el registro y protección de sus activos de Branded Content, **cubriendo las carencias de los actuales registros privados**. En ese esquema, los socios de los diferentes capítulos de BCMA jugarán un importante papel, con una mayor personalización y desarrollo de un proceso de registro sencillo, entendible para todos los socios y uniforme. Además, este registro daría cabida a activos de Branded Content que pudieran no cumplir con los requisitos para ser considerados obras, pero cuyo registro o depósito se desee por motivos varios, tales como facilitar su futuro licenciamiento a terceros o incluso evitar copias desleales posteriores por parte de competidores.

4_ PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS Y NOMBRES DE DOMINIO

Además de la protección del contenido por propiedad intelectual, a través de una acción de comunicación de Branded Content pueden generarse otros activos que pueden y deben protegerse de forma individualizada, tales como una **marca** o un **nombre de dominio**.

Una **marca** es todo aquel signo distintivo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otra ^(*). El derecho de marca supone un derecho exclusivo a utilizar en el tráfico jurídico y económico la marca, con la capacidad de prohibir su uso por terceros sin consentimiento ^(**).

Los principios de la marca son: (i) la necesidad de su **registro** para adquirir efectivamente el derecho de marca; (ii) su carácter territorial, pues solo se confiere protección en aquellos territorios para los que se solicite el registro; (iii) la **necesidad de uso comercial**, ya que existe la obligación de usarla en el plazo de 5 años desde el registro, pues de lo contrario incurriría en causa de caducidad; y, (iv) su **duración limitada** en el tiempo, concretamente el registro de una marca se otorga por periodo de diez años contados desde la fecha de presentación de la solicitud y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años indefinidamente.

De este modo, las empresas que deseen explotar de manera continuada un determinado activo de Branded Content podrán proteger los elementos distintivos que identifican dicha estrategia a través de estos derechos marcarios, de forma que se impida un registro y uso posterior por terceros de sus elementos característicos, tales como el nombre, **el lema, el logotipo o incluso un hashtag** que representen los valores y roles de la compañía a través de este activo.

Respecto al registro de la marca, puede registrarse a nivel nacional en la OEPM ^(***); a nivel europeo en la EUIPO ^(****); y, a nivel internacional utilizando el Arreglo de Madrid ^(*****), el cual consiste en un procedimiento de solicitud centralizado pero el examen de fondo se realiza por parte de las oficinas nacionales de los países donde se pretende registrar la marca.

Por otra parte, al llevar a cabo una acción de comunicación de Branded Content también entran en juego los **nombres de dominio**. Así, junto con el registro de marca puede registrarse un nombre de dominio, consistente en una dirección de un sitio web, que debe ser fácil de identificar y recordar. Registrar un nombre de dominio tiene una doble utilidad: por un lado, es su identificador en Internet, que sirve para identificar a su empresa o a las marcas de sus productos y servicios en la red y, por otro lado, su dirección en la red, siendo la forma más fácil, rápida e intuitiva para localizar un sitio en Internet. La normativa aplicable es la UDRP ^(*****), de tal manera que cuando un usuario registra un nombre de dominio, se compromete al cumplimiento de la **UDRP**, por el que se somete al sistema específico de resolución extrajudicial de conflictos (ADR).

^(*) Artículo 4 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

^(**) Artículo 34 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

^(***) Oficina Española de Patentes y Marcas:
<https://www.oepm.es/es/index.html>

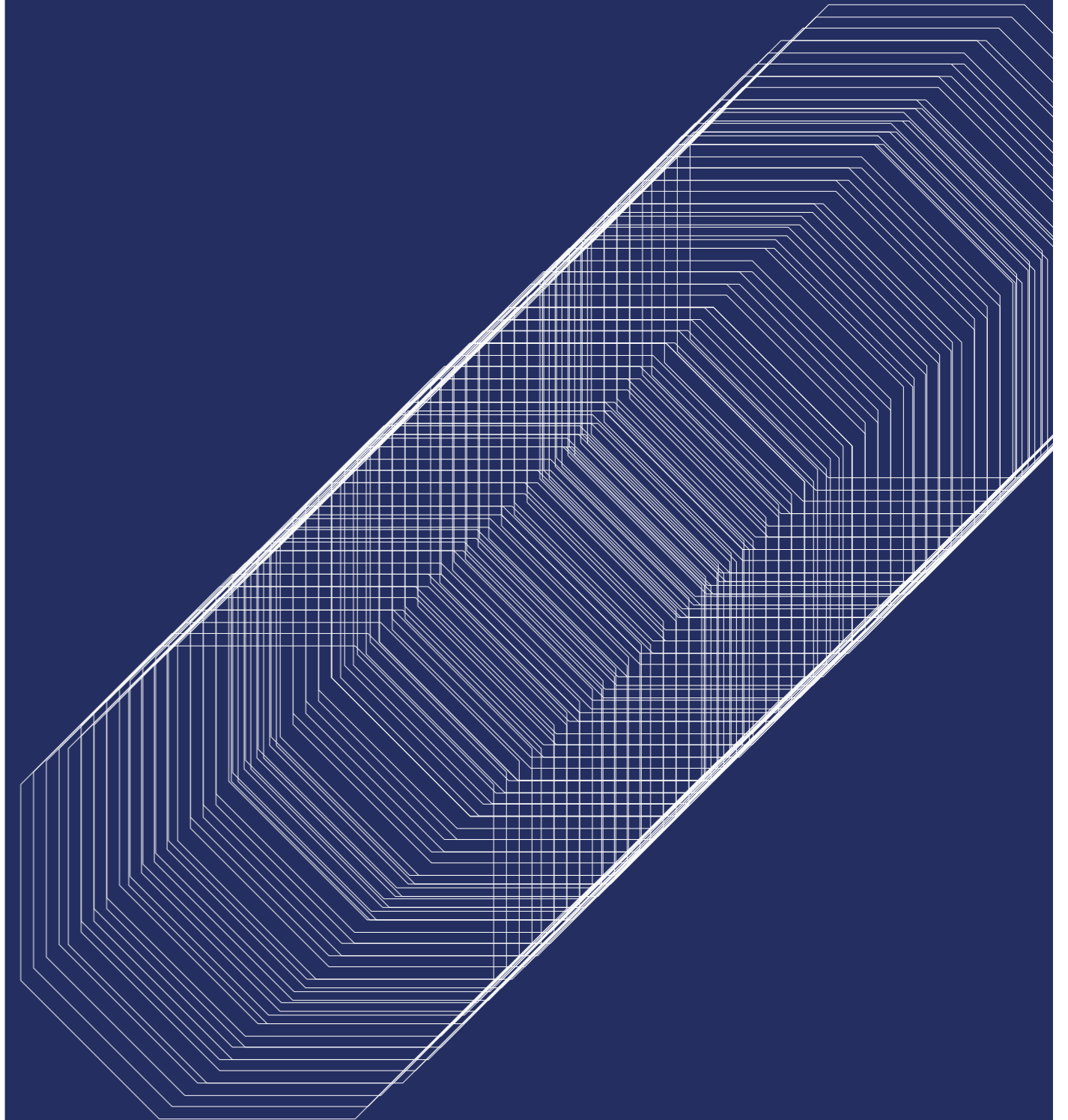
^(****) European Union Intellectual Property Office:
<https://euipo.europa.eu/>

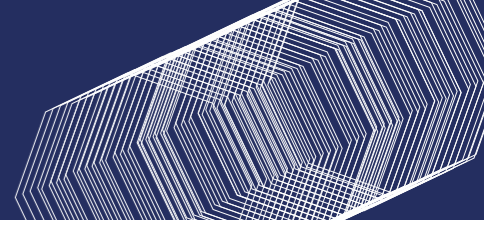
^(*****) Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas:
<https://www.wipo.int/treaties/es/registration/madrid/>

^(*****) Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy:
<https://www.icann.org/resources/pages/help/dndr/udrp-en>

04

Creación de contenidos y cesiones de derechos





Creación de contenidos y cesiones de derechos

1_LA MARCA COMO PRODUCTOR O PROMOTOR DEL CONTENIDO ¿QUÉ RIESGOS IMPLICA?

En el Branded Content la marca se convierte en el productor o promotor de esos activos, contenidos o experiencias, dado que es quien **promueve, con su iniciativa, la creación de ese contenido y asume los riesgos y la ventura que tales activos generen.**

Esto ha llevado a muchas empresas a plantearse **si resulta necesaria la creación de un vehículo societario diferenciado para la producción y gestión de los activos de Branded Content** que se generen. La elección de crear una entidad distinta a la habitual de la marca puede tener sentido cuando la marca vaya a dedicar unos recursos elevados a esta actividad, de manera que se genere otra línea de negocio prácticamente en paralelo a la labor de comercialización de los productos o servicios. No obstante, si las acciones de Branded Content son puntuales y pueden entenderse incluidas dentro de la estrategia de comunicación de la marca, muchas empresas optan por realizarlo desde la misma entidad que comercializa los productos.

Otra de las cuestiones que puede afectar a la decisión de crear una nueva sociedad es la **minimización de posibles riesgos** aparejados al contenido o a su forma de difusión. Así, para evitar que reclamaciones o sanciones recaigan en la sociedad titular de la marca, se crean empresas dedicadas expresamente a la producción de este tipo de contenidos. Esto suele ser habitual en el Branded Content que genera experiencias o contenidos en vivo, ya que estos espectáculos llevan aparejados un riesgo de cancelación o responsabilidad

des civiles que puede ser preferible separar de la actividad habitual. Dicho esto, **la creación de un nuevo vehículo societario de responsabilidad limitada no debe ni puede servir como tal para evitar la imposición de una eventual sanción a la empresa en el caso de que aquél sea creado con el objetivo único o principal de eludir la imposición de cualquier sanción** o condena.

En el caso de las producciones audiovisuales, según el tipo de proyecto que se trate también puede ser aconsejable crear una empresa distinta para **acceder a ciertos tipos de subvenciones públicas**, como por ejemplo aquéllas otorgadas por el ICAA (*), para lo cual la empresa debe estar inscrita como productora en el Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales. Lo mismo ocurre en otros sectores como en los eventos de artes escénicas o musicales, donde los organismos públicos que otorgan ayudas -como el INAEM (***) o las áreas de cultura de las comunidades autónomas- exigen que en el objeto social de las empresas se incluya la organización, producción y exhibición de espectáculos públicos para acceder a las subvenciones. Y de igual modo sucede con las ayudas a la edición o producción de libros, revistas o a la creación gráfica de la Dirección General del Libro del Ministerio de Cultura o de las correspondientes consejerías autonómicas.

Por tanto, no es un requisito indispensable para producir activos de Branded Content la constitución de una sociedad separada de la empresa que comercializa los productos, aunque puede ser una opción que se considere por otros motivos como la gestión de recursos de manera separada, el riesgo asociado al activo de Branded Content en concreto o a la obtención de financiación para ese contenido a través de vías como las subvenciones públicas.

2_EL CHAIN OF TITLE O CADENA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

A la hora de **producir** un contenido por una marca es imprescindible que ésta regule correctamente la **cesión de todos los derechos de propiedad intelectual que se generan en torno a este contenido** y que deberán pasar a ser propiedad, a través de estas cesiones, de la marca productora, para que pueda explotar el activo de Branded Content en el mercado.

Aunque el alcance de las cesiones puede variar según el formato y contenido específico de cada activo de Branded Content, lo ideal es que la marca pudiera conseguir el **alcance más amplio de los derechos de todos los intervinientes y creadores** que participan en el contenido.

A continuación, se recogen algunos tips o indicaciones que las marcas deberían tener en cuenta a la hora de promover su activo de Branded Content:

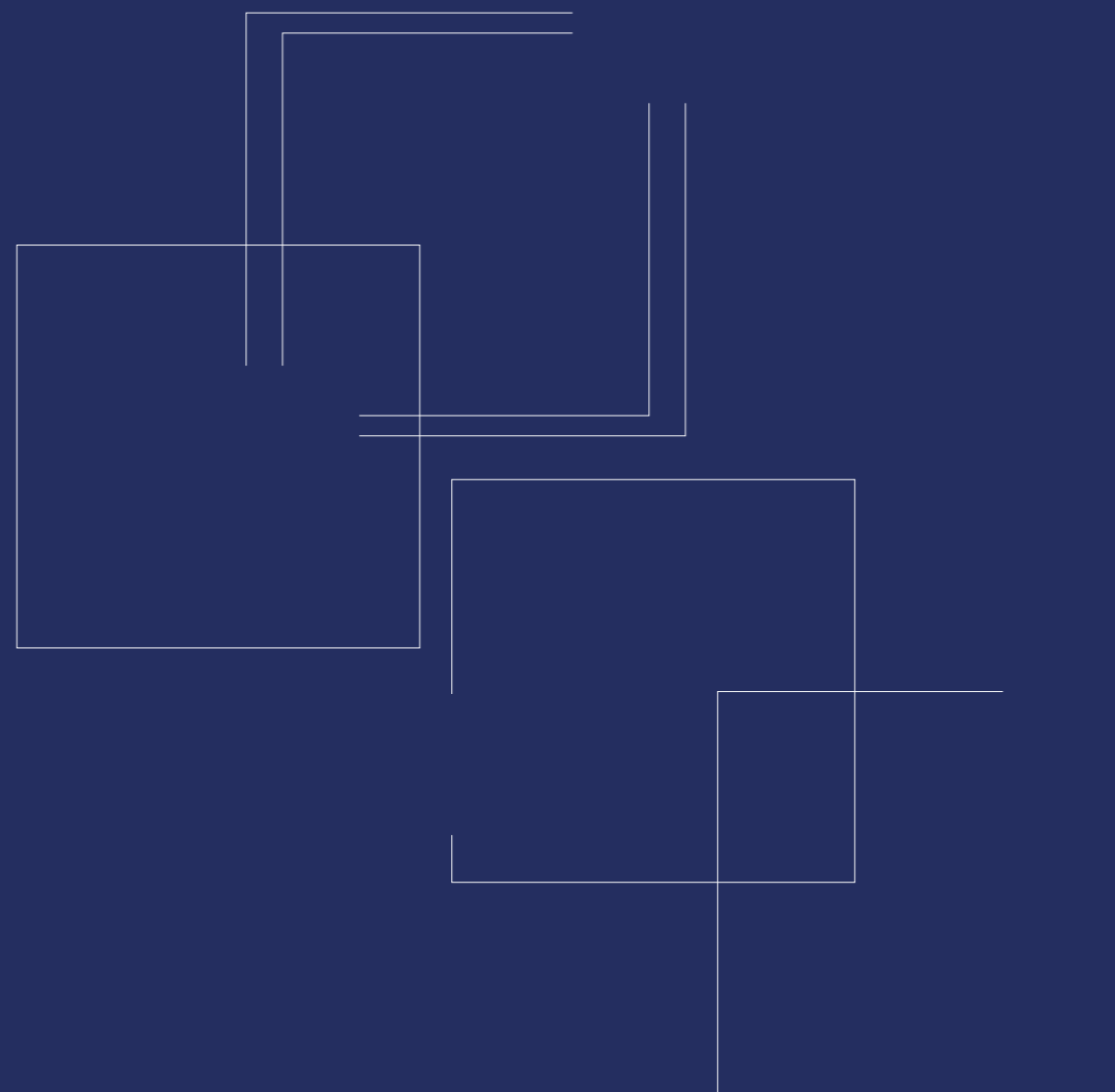
CESIONES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL	
Idea original Vs. Basada en	<ul style="list-style-type: none"> - Idea Original: se regulará en los contratos con los creadores de este nuevo proyecto. -Basada en contenido de tercero: el primer paso es adquirir los derechos de ese tercero para que la marca pueda producir o promocionar el contenido.
Agencias de producción de contenidos	<p>Aunque el productor a efectos financieros y de propiedad intelectual sea la marca, ésta puede/ suele contratar con empresas que se dedican a la producción específica de los contenidos. En el contrato con estas agencias productoras debería incluirse que el contenido:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Es una creación original e inédita de la agencia de producción y que se cede a la marca con el alcance más amplio. - Para aquellas partes que no sean originales de la agencia, ésta debe asegurar que cuenta con la autorización y cesión de los derechos de terceros sobre cualquier obra o prestación intelectual que se incorpore a ese contenido.
Creadores / Autores y Artistas	<p>En el contrato que se suscriba con los autores y los artistas se debe incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cesión de todos los derechos de explotación (o, al menos, todos los necesarios para la difusión que se quiera realizar por la marca). - Alcance: territorio, duración, medios y soportes de difusión. - Si es en exclusiva y si se pueden ceder a terceros.
Autorizaciones de obras preexistentes	<p>Cualquier inclusión de obras o prestaciones intelectuales de terceros tiene que contar con la autorización de sus titulares (canciones, fotografías, secuencias de imágenes, pinturas o dibujos, etc.) Estas autorizaciones pueden gestionarse:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Directamente con los titulares (i.e. sincronizaciones). -Terceros que cuentan con licencias de gestión (i.e. bancos de imágenes o librerías musicales).
Marcas de terceros	<p>En principio, debe evitarse nombrar marcas registradas de terceros. No obstante, existen ciertos usos inocuos que los titulares de marcas suelen aceptar y no perseguir siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"> -No se trate de una marca de un competidor directo. -No se causa perjuicio a la explotación económica del titular de la marca. -No se dañe la reputación de la marca.

(*)Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.

(**)Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música

05

Requisitos legales para cada formato de Branded Content



Requisitos legales para cada formato de Branded Content

1_FORMATO EDITORIAL O GRÁFICO

Uno de los formatos que las empresas pueden elegir para generar activos de Branded Content es el editorial o gráfico, el cual se puede componer de manera exclusiva de texto, de contenido gráfico o de ambos. A la hora de crear este activo, la marca debe plantearse una serie de cuestiones previas al inicio de la estrategia que afectarán a la cesión de derechos que debe realizarse. Así, la marca puede optar por una acción editorial de Branded Content concreta y puntual; o, por el contrario, puede decidir desarrollar más ampliamente esta línea y generar una estrategia editorial como acción de Branded Content.

En caso de que la acción de Branded Content sea puntual, debería suscribirse un **contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual**. Esta cesión de derechos debería ser para todo el universo, en exclusiva, con facultad de cesión a terceros, por todo el tiempo permitido por la Ley de Propiedad Intelectual hasta su entrada en el dominio público, incluyéndose, a título enunciativo, pero no limitativo los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Para el resto de los intervinientes, se debería firmar un acuerdo de cesión de derechos con este mismo alcance.

Al ceder, en exclusiva, el autor del ejemplar de Branded Content los derechos mencionados en el párrafo anterior a la empresa, aquél no podrá desarrollar obras derivadas del ejemplar, ni hacer transformaciones en el mismo, quedando así el activo en posesión pacífica de la marca, no viéndose en riesgo su estrategia.

Si, por el contrario, se quiere seguir una línea de negocio como la editorial, con la publicación de distintas ediciones, el cobro de un precio por los ejemplares y una explotación activa de la obra debería firmarse un **contrato de edición**. Este contrato está específicamente recogido en la Ley de Propiedad Intelectual (*), donde se incluyen una serie de requisitos mínimos que deberán seguirse, si no se quiere que el contrato sea declarado nulo(**).

(*) Artículo 58 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual.

(**) Entre otros, el contrato debe ser firmado y deberá (i) ser por escrito; (ii) incluir el número de ejemplares que se van a editar; (iii) cuánto tardará el editor en poner los ejemplares a disposición de los consumidores y usuarios; (iv) cómo se van a distribuir los ejemplares; (v) el anticipo que corresponde al autor/es; (vi) las lenguas en que se editará - ya que de lo contrario se entendería solo cedido en el idioma del original - ; y (vii) las modalidades de edición.

OBLIGACIONES Y CESIONES EN EL ÁMBITO EDITORIAL

ISBN	El International Standard Book Number (ISBN) es un código compuesto por trece dígitos que facilita la identificación de los productos editoriales en el mercado. No todos los ejemplares gráficos o literarios deben incluir el ISBN, sino solo aquéllos que se listan en el Anexo I (*) del Real Decreto 2063/2008, tales como publicaciones electrónicas, obras monográficas impresas o audiolibros. Cuando se trate de estas publicaciones, el ISBN debe incluirse independientemente de si se trata de un ejemplar de pago o gratuito.
Estándar Thema	En el caso de que el activo de Branded Content se publique en formato libro, se recomienda que se incluya el estándar Thema, el cual, a pesar de ser un estándar relativamente nuevo en el mercado, tiene el potencial de unificar a nivel internacional la clasificación de obras (**), ya que permite la categorización de los contenidos que lo incluyen, de manera precisa, y a través de él se puede informar de la temática, edades recomendadas o el nivel educativo (***) .
Cesiones de derechos	<ul style="list-style-type: none"> - Contratos con el autor o autores literarios. - Contratos con el o los ilustradores. - Licencia del autor de la fotografía, dibujo o imagen de la portada y contraportada. - Incluir una cláusula de cesión de derechos en los contratos de todas aquellas personas que corrijan, revisen, maqueten o editen, para que se cedan las partes de su intervención que pueda entenderse que son creativas.

(*) Real Decreto 2063/2008, de 12 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas en lo relativo al ISBN

(**) <https://www.editeur.org/206/About-Thema/>

(***) Thema, estándar internacional de mercado de materiales editoriales" <https://www.bibliopos.es/thema-estandar-internacional-de-mercado-de-materias-editoriales/>

2_FORMATO SONORO

Estos formatos deben observar una especial atención a cómo se regulan las cesiones de los contenidos, puesto que el régimen jurídico que afecta a la música es uno de los más complejos desde el punto de vista de la propiedad intelectual debido a la multitud de sujetos afectados: autor, editor musical, artistas intérpretes o ejecutantes, productor de fonogramas, discográfica, entidades de gestión, etc. Además, en el formato audio encontramos dos tipos principales de activos de Branded Content:

a) **Radio:** programación emitida a través de ondas o en formato digital y que aúna distintos tipos de espacios y que tiene determinada franja de emisión, pudiendo llegar a ocupar las 24 horas del día los 7 días a la semana.

b) **Podcast:** aquellas grabaciones de duración determinada que suelen focalizarse en un tema concreto y que pueden escucharse en diferido, ya sea mediante streaming o descarga. Spotify, Audible de Amazon o Apple Podcasts son ejemplos de las principales plataformas de podcasting en Internet.

En ambos casos, se deberá tener en cuenta la gestión de derechos de terceros, es decir, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, transformación, etc. y, en caso de utilizarlos, se deberá disponer de los permisos necesarios, como por ejemplo el uso de una licencia que resulte suficiente. Estos derechos deberán obtenerse tanto de los **autores o creadores** del o de los programas/podcast, como de **cada uno de los participantes** para que pueda grabarse y difundirse su voz y autoricen el uso de sus intervenciones.

AUTORIZACIONES Y LICENCIAS EN EL ÁMBITO SONORO	
Cabecera o entradilla	Es necesario pedir autorización para la sincronización: - A la editorial (titular de los derechos de autor). - A la discográfica (titular del fonograma/archivo de música que se va a utilizar).
Música en programas de ficción	
Música ambiente o incidental	Lo ideal sería obtenerlo de una librería musical, con el objetivo de asegurarse su explotación pacífica.
Música comercial (en programas de entretenimiento)	Para la música comercial que no sea entradilla o cabecera o que no forme parte de una ficción, en lugar de solicitar la autorización directa, debe firmarse un contrato licencia con las entidades de gestión que administran los derechos de los autores (*), artistas y productores de fonogramas (**).
Presentador Colaboradores Participantes	- Cesión de los derechos de propiedad intelectual que se deriven de su intervención en el contenido - Autorización del uso del nombre y la voz (y, en su caso, la imagen, para contenidos promocionales del contenido).

3_FORMATO AUDIOVISUAL: CINE Y TELEVISIÓN

a) Chain of title

A la hora de crear una obra audiovisual hay que tener en cuenta la existencia de numerosas piezas que conforman la obra final y que es necesario coordinar para que el puzzle encaje. Por ello, resulta fundamental tener una correcta y bien delimitada cadena de **derechos de propiedad intelectual** (Chain of Title). De esta manera, la marca, como productora del contenido televisivo o cinematográfico, ostentará la titularidad de todos y cada uno de derechos existentes para poder explotar el resultado sin trabas ni impedimentos legales por parte de los propios autores de la obra, ni de terceros intervinientes que realicen cualquier aportación intelectual a la obra.

(*) SGAE habitualmente, aunque también podrá pedirse en un futuro a SEDA, la nueva entidad de gestión o gestionarse a través de operadores de gestión independiente (OGIs), entidades mercantiles que también gestionan ciertos derechos de autor, como Unison Rights.

(**) AIE - Sociedad de Artistas Intérpretes y Ejecutantes de España y AGEDI - Asociación de gestión de derechos intelectuales, colaboran juntas en la recaudación para hacerlo de manera unificada a través del OCR - Órgano Conjunto de Recaudación.

CONTRATOS PARA LA PRODUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LA OBRA	
Coproductores	En el caso de las coproducciones, deberá limitarse correctamente en el contrato de coproducción: -La titularidad que cada productor ostentará sobre la obra audiovisual. -Las aportaciones que cada uno realice (económica, de personal, materiales, etc.). -El reparto de beneficios en la explotación de la obra. -La aparición en los títulos de crédito.
Encargo de producción	También cabe la posibilidad de que la marca encargue la producción del contenido a un tercero, de manera que no recaiga sobre ella la carga de la producción material de la obra audiovisual. Para ello, la marca deberá optar por suscribir un contrato de encargo de producción en el que delegue dicha labor en una productora, cerciorándose de que en el contrato se dispone que la titularidad de los derechos de propiedad intelectual le corresponderá a la marca.
Contratos de distribución	En estos contratos será necesario delimitar las condiciones de la licencia que va a concederse para que se distribuya el contenido, diferenciando si va a tratarse de una distribución en cines, televisión o se trata de una distribución en plataformas online, redes sociales, cualquier otra ventana de explotación, así como el territorio seleccionado para la distribución y el periodo de tiempo.

CHAIN OF TITLE EN LAS OBRAS AUDIOVISUALES	
Coproductores	Según el artículo 87 de la Ley de Propiedad Intelectual, los autores de una obra audiovisual son el director , los guionistas , y los autores de las composiciones musicales creadas especialmente para esta obra. Así la marca/productora asegure contractualmente a los autores, incorporando en los respectivos contratos cláusulas de cesión de derechos de propiedad intelectual que incluyan: -la cesión de la titularidad del trabajo intelectual creado (su aportación a título individual). -la cesión de los derechos que ostentan sobre la obra audiovisual en calidad de autores.
Autores de la obra preexistente	En el caso en el que el contenido que desea crearse esté basado en una obra que ya existe, como es el caso habitual de libros o novelas, será necesario: -Adquirir los derechos preexistentes sobre dicha obra , concretamente, el derecho de transformación . -Obtener la autorización expresa del autor para la explotación de los resultados en cualquier forma y, en especial, mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación, de manera que el productor se asegure que la obra derivada creada no está sujeta a ninguna limitación.
Actores	En el ámbito audiovisual, los actores y actrices que participan en una ficción deben ser contratados laboralmente de conformidad con su propio convenio colectivo regulador, ya sean actores en papel principal, de reparto o figurantes de la obra. También para los actores será necesario obtener la correspondiente cesión de los derechos sobre su interpretación (fijación, reproducción, comunicación pública y distribución), así como contar con la cesión de su derecho de imagen . Ambas cesiones, a diferencia de lo que ocurre en publicidad, deberán realizarse por la duración máxima de los derechos cedidos , no estando limitadas en el tiempo, de manera que se permita la explotación de la obra audiovisual sin limitaciones.
Autorizaciones y licencias por obras de terceros	Será necesario obtener, por cada elemento intelectual que se introduzca en la obra, la correspondiente licencia que autorice a la marca a incluirlo y emplearlo sin restricciones en la obra audiovisual. Estas licencias serían necesarias, por ejemplo, para sincronizar canciones ya existentes, insertar decorados, gráficos y cualquier otro elemento susceptible de ostentar derechos de propiedad intelectual.

b) Programas de entretenimiento

En el caso de que el activo de Branded Content adopte la forma de formato de entretenimiento, deberán recabarse también todas las cesiones de derechos indicadas en el apartado anterior. Los presentadores, jurados, participantes o colaboradores deberán tener una cesión similar a la que se realiza para los actores en el cuadro anterior.

La principal diferencia en los programas de entretenimiento es que, al no tratarse de una obra audiovisual, sino de una grabación, **no se reconocen derechos de autor sobre esa grabación** en sí, por lo que no existiría un guionista, director o compositor que fuese “autor” de esa obra audiovisual. No obstante, cualquier persona que intervenga creativamente en el programa, incluidos los autores que componga la música para el programa, tiene que ceder los derechos de autor a la marca/productora para la difusión del programa.

Asimismo, en el caso de los programas, debe cuidarse bien la **licencia del formato** que será la que permita desarrollar el programa en un territorio determinado. Si el formato ha sido ideado por la marca, ésta podrá luego exportarlo a otros territorios para que puedan replicarse programas similares al formato que ha creado. Si, por el contrario, lo que quiere es difundir en España un formato ya ideado por terceros, deberá obtener previamente la licencia correspondiente que le permita grabar ese programa en este territorio.

c) Entidades de gestión

Si la marca actúa en calidad de productora ejecutiva de la obra audiovisual (cuando sea obra y no programa de entretenimiento), ostentará el **derecho de remuneración equitativa establecido en el artículo 122.2 de la Ley de Propiedad Intelectual**, de manera que cuando

los usuarios utilicen la obra audiovisual para actos de comunicación pública, el derecho se hará efectivo a través de la entidad de gestión que gestiona los derechos de los productores audiovisuales, [EGEDA](#).

Entre los usuarios que deberán realizar el pago de las tarifas establecidas, se encuentran las empresas de telecomunicaciones y de retransmisión, así como determinados establecimientos, como centros de hospedaje, hospitales, supermercados, etc.

d) El Branded Content y la televisión

A la hora de crear un contenido destinado al ámbito televisivo en el ámbito del Branded Content, habrá que prestar **especial atención a no configurarlo de tal manera que pueda ser considerado como publicidad encubierta** por vulneración de lo dispuesto en el artículo 18.2 Ley General de Comunicación Audiovisual. De la definición de este tipo de comunicación comercial audiovisual prevista en la Ley General de Comunicación Audiovisual, se extraen unos requisitos o características determinadas que el organismo sancionador tendrá en cuenta:

- La presentación de bienes o servicios en un programa distinto del emplazamiento publicitario.
- Que la presentación tenga un propósito publicitario.
- Que sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción al tratarse de un mensaje publicitario que no es reconocido como tal.

El error del telespectador se consigue no por una mera aparición de un producto o marca en el programa, sino por la presentación promocional del servicio y del nombre y buen hacer de la marca que lo comercializa. Por tanto, a la hora de crear contenido audiovisual de Branded Content, **será necesario evitar cualquier mención verbal explícita sobre la marca o los servicios o productos que ésta suele comercializar**, para evitar precisamente que se considere que se mantiene encubierto un supuesto carácter publicitario.

Asimismo, dado el carácter de obra audiovisual que podrá llegar a adquirir el contenido de Branded Content generado por la marca, hay que recordar que según el artículo 7.6 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, todos los productos audiovisuales distribuidos a través de servicios de comunicación audiovisual televisiva deben disponer de una **calificación por edades**. Es una cuestión que las marcas deberán tener en cuenta, ya que si lo que desean es que el activo de Branded Content llegue al mayor número de personas posibles, deberán prestar atención a que su contenido se adapte a la calificación que permita un mayor número de espectadores.

e) Menores y espacios televisivos

Las marcas que deseen desarrollar contenido en formato audiovisual, centradas en servicios o productos de ocio infantil, deberán prestar especial atención a su Branded Content, por ser un **sector especialmente protegido**. En este sentido, las marcas deberán respetar los siguientes principios, en cumplimiento del artículo 7 de la Ley General de Comunicación Audiovisual:

- Consentimiento del representante legal del menor para utilizar su imagen y voz.

-Prohibida la difusión de datos que permitan la identificación del menor en contexto de hechos delictivos.

-Prohibida la emisión de contenidos que puedan afectar el desarrollo físico, mental o moral de los menores o programas que incluyan escenas de maltrato o violencia o en general, inapropiadas.

La normativa establece un **espacio de tiempo específico para emitir este tipo de contenidos** y los limita entre las **22 y 6 horas**, debiendo estar precedidos por un aviso acústico y visual. También se establecen franjas horarias de protección reforzada, que igualmente deberán ir acompañados del **indicativo visual de calificación por edades**.

f) El Branded Content y el cine

Si el activo de Branded Content creado por la marca consistiese en un largometraje, un cortometraje, una película experimental o de animación o un documental que va a emitirse en salas cinematográficas, aquélla deberá tener en cuenta ciertos aspectos que podrá utilizar en su favor. Entre ellos está la posibilidad de concurrir y en su caso resultar **beneficiario de ayudas públicas que pudiera otorgar el Instituto de la Cinematografía y Artes Audiovisuales - ICAA**, dependiente del Ministerio de Cultura y Deporte, así como otras ayudas autonómicas que pudieran ser compatibles con las primeras.

Con independencia de lo anterior, y según del plan de financiación que se pretenda de la obra, el productor podría acogerse a la **deducción fiscal establecida en el artículo 36 de la Ley del Impuesto de Sociedades**, en cuyo caso deberá tener acreditada la **nacionalidad española** de las obras y haber realizado la mayor parte de la inversión en territorio español, entre otros requisitos y criterios que sería necesario analizar convenientemente para cada caso concreto, desde un prisma jurídico y fiscal.

4_FORMATO AUDIO Y AUDIOVISUAL EN EL ÁMBITO DIGITAL

Además de las cesiones de derechos que debe observarse en cualquier formato, en el ámbito digital hay que tener en cuenta una serie de elementos particulares que pueden afectar a la difusión de los activos de Branded Content de las marcas:

a) Plataformas Digitales

En estos últimos años se ha producido un incremento de la demanda de contenido audiovisual en el mercado a través de soportes digitales, como la popularización de los **contenidos en streaming y servicios no lineales de plataformas como Netflix, HBO, Amazon, Rakuten TV, etc. con el “Transactional Video-on Demand” (TVoD) y “Subscription Video on Demand” (SVoD) (*)**, el **“Pay per View” (PPV)** como ofrece la plataforma Vimeo, o el modelo gratuito que ofrecen plataformas como Youtube.

Estas plataformas tienen la consideración -además de prestadores de servicios de catálogo audiovisual ex artículo 2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual- de **prestadores de servicios de sociedad de la información** y, en definitiva, la legislación aplicable será también aquélla que regula los servicios en Internet (**). Así, por ejemplo, plataformas como

YouTube, se considerarán un prestador de servicios de intermediación, dentro de la categoría de servicios de sociedad de la información. En este sentido, se excluye la responsabilidad de la plataforma en cuanto al contenido que se sube a sus servidores, pero se mantiene una responsabilidad de colaboración. Es decir, **YouTube no sería responsable, en principio, del contenido en materia de Branded Content que una marca subiese, recayendo esta responsabilidad en la persona/marca que cree y suba ese contenido o el canal que lo aloje**. Youtube no tendría obligación de vigilancia efectiva sobre el contenido, pero sí obligación de retirada del mismo si tuviese conocimiento efectivo por cualquier causa de que el contenido es ilícito o vulnera derechos de terceros.

Atendiendo a los retos normativos que suponen las plataformas como YouTube, la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (CNMC) – autoridad audiovisual competente de supervisar el servicio de comunicación audiovisual – está realizando en el momento de redacción de esta guía, una consulta pública que tiene como objetivo analizar la aplicación de la normativa audiovisual a los prestadores de **servicios de comunicación audiovisual**. En el caso de servicios de comunicación audiovisual a petición como Netflix, el prestador selecciona el catálogo de contenido, por tanto, tendría responsabilidad editorial, aunque no necesariamente responsabilidad legal. Sin embargo, tienen la obligación -al igual que en el caso de YouTube- de **proceder inmediatamente a la retirada de contenido ilegal después de una comunicación que le indique la existencia de dicho incumplimiento**, so pena de incurrir en responsabilidad legal (***). Si una marca debe comunicar un incumplimiento normativo pueden acudir a la CNMC, para presentar el formulario de reclamación.

(*) Movistar +, Netflix, HBO, Orange TV, Prime Video.
 (**) Exposición de motivos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y la Sentencia de 11/2014, de 14 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid.
 (***) Artículo 13 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

b) Utilización de enlaces que deriven a contenidos de terceros

En principio, el enlace a una web con contenido de terceros dentro de nuestro activo de Branded Content no debería precisar de una autorización de ese tercero siempre que se cumplan una serie de características:

-Que el contenido de ese enlace haya **sido subido por el autor o haya sido subido con su autorización**. Por ejemplo, convendría cerciorarse de que los vídeos que a los que se enlaza son los subidos por canales oficiales.

-Que el contenido se encuentre en **una página web que no cuente con medidas de restricción**, es decir, que la página es consultable libremente por cualquiera y, en el caso de que no lo fuera, que el enlace no eluda las medidas de restricción para el acceso al contenido. Se trataría, por ejemplo, de asegurarse de que los enlaces a contenido de redes sociales como Instagram, en las que se necesita disponer de una cuenta para tener acceso al contenido de usuarios privados, no eluden dicha restricción (el público que puede ver la fotografía seguirá siendo el mismo: los usuarios que sí tengan cuenta).

5_EXPERIENCIAS EN VIVO

Los activos de Branded Content que se generan a través de contenidos en vivo, como los festivales, eventos, exhibiciones artísticas o deportivas, entran dentro de la definición de **espectáculo público**. Así, se entiende por espectáculos públicos toda función o distracción ofrecida en establecimientos o lugares abiertos al público por un organizador o promotor y realizadas por actores, artistas u otros ejecutantes, con el fin de congregar al público en general para presenciar actividades, representaciones o exhibiciones de naturaleza artística, cultural o deportiva.

En este caso, la marca adquiere la condición de promotor u organizador del evento determinado, lo que implica asumir, frente a la Administración y frente al público, las responsabilidades y obligaciones inherentes a la organización y celebración previstas en las leyes de espectáculos (según la comunidad en la cual se celebre el evento).

a)Obligaciones en materia de espectáculos públicos como promotor u organizador

Como promotor de un espectáculo público, la marca va a tener que cumplir con una serie de requisitos para poder celebrar el evento de manera efectiva:

OBLIGACIONES EN MATERIA DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS	
Licencias	<p>La marca promotora deberá solicitar, en el Ayuntamiento del municipio correspondiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> -La licencia de actividad o funcionamiento que le permita celebrar eventos o actividades esporádicas. Como se trata de una actividad puntual (que no es diaria o semanal), cada vez que quiera celebrar el evento, tendrá que solicitarla de nuevo. -Declaración responsable, si el evento se celebra en un lugar que ya cuenta con la licencia pero el acto que va a realizar la marca es distinto de la actividad habitual. -Licencia de obra, en caso de que el evento implique la construcción de estructuras de gran envergadura, como escenarios o gradas
Exención de ruido	<p>Habitualmente esta clase de eventos se celebran en unos horarios donde no está permitida cierta contaminación acústica. Para poder superar los decibelios permitidos es necesario solicitar una exención al ayuntamiento donde se vaya a celebrar el evento.</p>
Refuerzo de servicios municipales	<p>En caso de aforos excepcionales deberá solicitarse apoyo y autorización de ciertos servicios como la policía local, la recogida de residuos o los servicios sanitarios.</p>
Seguros	<ul style="list-style-type: none"> -Es obligatorio contar con un seguro de responsabilidad civil que cubra cualquier daño personal y material que el evento pueda ocasionar. -Si es un espectáculo al aire libre, convendría contratar un seguro de cancelación por contingencias climáticas.
Consumidores	<ul style="list-style-type: none"> - Las Condiciones Generales de compra y acceso al recinto deben incluir toda la información relativa al acceso, las consecuencias de la cancelación del evento y las devoluciones. -También deberán disponer de las correspondientes hojas de reclamaciones a disposición de cualquier asistente.
Menores	<p>El acceso de los menores dependerá del tipo de evento que sea y de la permisibilidad que se recoja en la ley de espectáculos públicos de la comunidad autónoma, sobre todo en aquéllos de horario nocturno o donde se vendan bebidas alcohólicas.</p>
Prevención de riesgos laborales	<p>Es imprescindible, para este tipo de eventos, contar una planificación correcta de riesgos laborales, dado que intervienen múltiples empresas en un mismo centro de actividad y la responsabilidad última y final recaerá siempre en la marca/promotora.</p>

b) Promoción de contenidos del espectáculo y cesión de derechos

A la hora de gestionar los contenidos de un espectáculo público debemos tener en cuenta los siguientes aspectos:

CUESTIONES RELEVANTES EN LA CONTRATACIÓN ARTÍSTICA EN EAPP	
Contratación de Artistas / Deportistas	<p>Según el tipo de espectáculo que sea, estos artistas/deportistas deberán ser contratados como personal laboral por la marca/promotora o en régimen mercantil. La elección entre una modalidad u otra no puede decidirse libremente por la marca promotora, sino que dependerá de si esos artistas/deportistas cumplen con los requisitos de ajenidad y dependencia dentro de la estructura organizativa de esa productora o si, por el contrario, no concurren tales elementos esenciales.</p>
Contratación de Artistas o Deportistas	<p>Los intervinientes en estos espectáculos son contratados para una actuación en vivo, de manera que si la marca promotora desea grabarles para luego explotar el contenido deberá solicitar la correspondiente autorización de derechos de imagen y, en su caso, de derechos de propiedad intelectual para esta grabación.</p> <p>En el caso de la música, esta situación se complica porque la marca/promotora deberá solicitar autorización para la grabación y posterior difusión de esa grabación a:</p> <ul style="list-style-type: none"> -La editorial musical por la composición que se está grabando; -La discográfica, que es quien ostenta los derechos sobre cualquier intervención del artista que sea grabado.
Entidades de gestión	<p>En caso de comunicarse públicamente obras musicales o audiovisuales en el evento, deberá suscribirse un contrato-licencia con las entidades de gestión correspondientes, a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> -SGAE (aunque también será posible en un futuro SEDA o una OGI (*)) para la gestión y pago de los derechos de los autores musicales. -AGEDI-AIE: siempre que se utilicen fonogramas, es decir, cuando las obras musicales que se difunden en el evento no sean todas interpretadas en directo. -EGEDA y AISGE: en caso de que se exhiban obras audiovisuales, para que se recaude y repartan a los productores y actores intervinientes.

(* Operador de gestión independiente (entidad mercantil) de derechos de propiedad intelectual)

Desde su fundación, uno de los objetivos perseguidos por la BCMA Spain ha sido el esclarecimiento del marco legal, la promoción de buenas prácticas y la creación de estándares y metodologías de trabajo para la producción y monitorización de la industria de contenido de marca o Branded Content. Ante la falta de regulación específica en la materia, la BCMA ha promovido la elaboración de esta Guía, la cual proporciona al sector de la comunicación y el entretenimiento un marco legal para el desarrollo de sus activos de Branded Content. De este modo, a través de ella se facilitan pautas y directrices que otorguen seguridad jurídica en la producción y difusión de estos activos de comunicación. No obstante, esto no es más que el principio, y desde la BCMA seguiremos trabajando en promover prácticas y regulaciones específicas que protejan y potencien la creación y difusión de los activos de Branded Content dentro y fuera de nuestras fronteras.

© BCMA-SPAIN 2020. Quedan reservados todos los derechos. La Guía Legal de Branded Content es un contenido únicamente disponible para los socios, que se comprometen a no difundir, en todo o en parte, los textos y contenidos de la Guía, quedando prohibida su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial sin autorización escrita de BCMA-SPAIN.

La Guía legal del Branded Content ha sido elaborada por ÉCIJA y BCMA Spain.