

LA REGULACIÓN EUROPEA ACTUAL SOBRE  
EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO Y LA PROPUESTA  
DE REFORMA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS  
DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

THE CURRENT EUROPEAN RULES GOVERNING  
PRODUCT PLACEMENT AND THE NEW LEGISLATIVE  
PROPOSAL AMENDING THE AUDIOVISUAL MEDIA  
SERVICES DIRECTIVE

MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil*

*Universidad de Murcia*

orcid ID: 0000-0002-3318-1712

Recibido: 14.07.2017 / Aceptado: 12.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3884>

**Resumen:** La Directiva 2010/13/UE, de Servicios de Comunicación Audiovisual (DSCA) establece la regulación europea vigente sobre emplazamiento de producto. Algunas de sus previsiones son principios que resultan difíciles de aplicar en la práctica (“prominencia indebida”, “influencia que afecta a la independencia editorial del prestador de servicios”). Asimismo, el emplazamiento de producto, por su propia naturaleza, no puede distinguirse con facilidad de la publicidad encubierta. El 25 de mayo de 2016, la Comisión Europea hizo pública una propuesta legislativa para modificar la Directiva de servicios de comunicación audiovisual que incide sobre esta materia. Este artículo examina el régimen de la DSCA sobre emplazamiento de producto y las modificaciones proyectadas. La principal conclusión alcanzada es que la propuesta de Directiva publicada por la Comisión podría dificultar aún más la interpretación y aplicación del régimen jurídico de esta figura.

**Palabras clave:** comunicación comercial audiovisual, emplazamiento de producto, publicidad encubierta, competencia desleal.

**Abstract:** The Directive 2010/13/EU on Audiovisual Media Services (AVMSD) provides the EU current rules on product placement. Some of its provisions are standards, so that they may be difficult to apply (“undue prominence”, “influence that affects the editorial independence of the media service provider”). By its very nature, product placement cannot be clearly *distinguished* from surreptitious advertising. On 25 May 2016 the European Commission published a legislative proposal for amending the AVMS Directive that affects this issue. The research article examines the rules on product placement under the AVMSD and the proposed amendments. The main conclusion is the proposal published by the EU Commission would not make the rules on product placement clearer and easier to apply.

**Keywords:** audiovisual commercial communication, product placement, surreptitious advertising, unfair competition.

**Sumario:** II. Introducción y planteamiento del tema. II. Razones intrínsecas que explican las dificultades prácticas para el deslinde entre emplazamiento de producto y comunicación comercial encubierta. III. La prohibición del emplazamiento de producto en la Directiva de Servicios de Co-

municación Audiovisual y sus excepciones. 1. La regla general prohibitiva. 2. Las excepciones a la prohibición. A) Género de programas en los que se admite, salvo en los casos expresamente prohibidos. B) El suministro gratuito de productos, ayudas a la producción o premios. IV. Los requisitos exigidos para la licitud del emplazamiento de productos en la actual regulación audiovisual europea. 1. Límites cualitativos referidos a la forma de integración del producto o servicio en el programa. A) Independencia editorial. B) Incitación directa a la compra. C) Prominencia indebida. 2. Deber de información al espectador. V. La proyectada revisión del régimen del emplazamiento de productos en la Propuesta de Directiva de 25 de mayo de 2016, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE. 1. Justificación de la reforma. 2. Regla general “permissiva”, exceptuada para programas determinados. 3. La reducción de los requisitos cualitativos: especial referencia a la “prominencia indebida”. 4. La ausencia de cualquier alusión al suministro gratuito de bienes o servicios “con miras a su inclusión en un programa”. VI. Conclusiones.

## I. Introducción y planteamiento del tema

1. El “emplazamiento de producto”<sup>1</sup> es una modalidad de comunicación comercial audiovisual que consiste en la inserción (o la mención) en un programa, con una finalidad publicitaria, de ciertos *bienes o servicios*, cuya procedencia empresarial resulta identificable por el uso de *signos distintivos* u otras referencias que los singularicen. Estos bienes y/o signos aparecen *integrados* en el contenido de determinados programas audiovisuales que no son espacios publicitarios.

2. La regulación española sobre esta materia se establece en el artículo 17 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA)<sup>2</sup>, mediante la cual se realizó la transposición al Derecho español de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (“Directiva de servicios de comunicación audiovisual” [DSCA]). Esta Directiva es una versión codificada, que deroga la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

La vigente Directiva 2010/13/UE reproduce, sin introducir cambios, la regulación del emplazamiento de producto incorporada por la Directiva 2007/65/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE. La Directiva 2007/65/CE fue la que introdujo por primera vez en el ordenamiento europeo una definición de emplazamiento de producto (letra m) del artículo 1) y un régimen específico para esta figura (artículo 3 *octies*, equivalente al actual art. 11 de la Dir. 2010/13/UE), a la que también dedicaba sus Considerandos 60 a 63 (que se corresponden con los Considerandos 90 a 93 de la Directiva 2010/13/UE)<sup>3</sup>.

3. En la aplicación práctica de esta regulación, se han suscitado serias dudas sobre la interpretación de algunos aspectos, tanto en España como en otros Estados miembros de la Unión Europea. Las regulaciones nacionales mediante las que se ha incorporado dicha regulación en los distintos Estados

<sup>1</sup> Este término procede de una traducción literal de la expresión en inglés *product placement*. El uso generalizado de este concepto en la práctica del sector audiovisual determinó que los autores pioneros en el estudio de esta figura desde una perspectiva jurídica en nuestro país consideraran preferible mantener esta nomenclatura, a pesar de que no recoge de forma exacta todos los matices de la figura designada (cfr. A. TATO PLAZA, “*Product placement* y publicidad encubierta (Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso ‘Soberano’)”, *Actas de Derecho Industrial y derecho de autor (ADI)*, núm. 22, 2001, pp. 573-598, p. 579, nota 4).

<sup>2</sup> Cfr. también el artículo 14 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva.

<sup>3</sup> Sobre la armonización comunitaria de las actividades de radiodifusión televisiva, vid. J. PAGADOR, “El difícil emplazamiento del derecho de emplazamiento de producto: panorama legal y jurisprudencial”, *Diario La Ley*, n.º. 8446, 22 de diciembre de 2014, pp. 1-13, p. 2 (LA LEY 8944/2014).

coinciden en los principios y reglas sustanciales, pero presentan algunas diferencias relevantes, dado que la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual responde al principio de armonización mínima. Conforme a lo dispuesto en su artículo 4, los Estados podrán aplicar normas más estrictas o detalladas, en los ámbitos coordinados por la Directiva, a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción respectiva, siempre y cuando estas normas sean conformes al Derecho de la Unión.

4. Los frecuentes conflictos jurídicos protagonizados por los prestadores de servicios audiovisuales en varios Estados europeos ponen de manifiesto la dificultad de deslindar si, en un caso concreto, estamos ante una comunicación comercial audiovisual lícita (en la modalidad de emplazamiento de producto), ante un supuesto de publicidad encubierta (*rectius*, comunicación comercial audiovisual encubierta) o bien ante una comunicación comercial que, sin ser encubierta, contraviene los requisitos específicos a los que se condiciona la admisibilidad de esta concreta práctica<sup>4</sup>.

Este clima de inseguridad jurídica ha sido considerado la causa de que el *product placement* no haya cumplido con las expectativas creadas respecto a su eficacia como herramienta para la financiación de las producciones y servicios audiovisuales televisivos. En el sector se habían depositado grandes esperanzas en esta nueva forma de comunicación comercial, entendiéndose que podría contribuir a mejorar la competitividad de los servicios de radiodifusión televisiva respecto a otros servicios audiovisuales (por ejemplo, los servicios de video a petición o las plataformas de suministro de contenidos audiovisuales generados por los propios usuarios)<sup>5</sup>. La frustración parcial de estas expectativas es el motivo de que ciertos grupos de interés (particularmente, los prestadores de servicios audiovisuales televisivos), en sus respuestas a la consulta pública formulada por la Comisión europea<sup>6</sup>, hayan solicitado cambios en las reglas vigentes sobre emplazamiento de producto que introduzcan mayor claridad y simplificación<sup>7</sup>.

5. En mayo de 2016 se hizo pública una propuesta de Directiva, elaborada por la Comisión Europea, que incide en el tema aquí abordado. Se trata de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado*<sup>8</sup>.

Aunque la reforma proyectada es mucho más ambiciosa, pues su finalidad es la revisión de la regulación audiovisual europea en otros muchos aspectos de gran calado, en este trabajo únicamente se abordan los cambios que pretende introducir en el régimen europeo actual del emplazamiento de producto.

En los siguientes apartados se analizará, en primer lugar, la regulación de la Unión Europea vigente, como presupuesto necesario para poder interpretar el alcance de las modificaciones propuestas y, por ende, poder realizar una valoración de las mismas.

---

<sup>4</sup> Para una aproximación general a la regulación del emplazamiento de producto y su aplicación en otros países europeos, *vid.* V. G. LIOTINE y S. MERCURI, “La disciplina del *product placement* nei servizi media nell’Unione Europea”, en F. BASSAN (Coord.), *La regolazione delle nuove forme della comunicazione commerciale televisiva: Product Placement e Branded Content*, Roma, ed. Roma Tre Press, 2014, pp. 43-60; en particular, respecto a la situación en Italia, *vid.*, en esta misma obra, el trabajo de F. BASSAN, “Il *product placement* nei servizi media in Italia e le recenti evoluzioni” (pp. 61-74).

<sup>5</sup> Al respecto, *vid.* el trabajo de ANA I. MENDOZA LOSANA, “La nueva regulación europea del mercado audiovisual. Propuesta de revisión de la Directiva 2010/13/UE”, *Centro de estudios de consumo (CESCO)*, pp. 1-35, en concreto pp. 2 y 3 (<http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/por-tematica/telecomunicaciones/192-la-nueva-regulacion-europea-del-mercado-audiovisual-propuesta-de-revision-de-la-directiva-2010-13-ue>) [fecha última consulta: 11-07-2017].

<sup>6</sup> «La DSCA: Un marco para los medios de comunicación del siglo XXI», desarrollada entre el 6 de julio y el 30 de septiembre de 2015. *Vid.*, al respecto, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-directive-201013eu-audiovisual-media-services-avmsd-media-framework-21st>.

<sup>7</sup> *Vid.*, en este sentido, el documento elaborado por los servicios de la Comisión Europea que refleja los resultados de la evaluación de la DSCA en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 (fecha de entrada en vigor de la Directiva 2007/65/CE) y diciembre de 2015 (“Ex-post REFIT evaluation of the Audiovisual Media Services Directive 2010/13/EU”, pp. 6, 32, 33, 35 y 68; <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ex-post-refit-evaluation-audiovisual-media-services-directive-201013eu>).

<sup>8</sup> Bruselas, 25.5.2016, COM (2016) 287 final; procedimiento 2016/0151 (COD).

## II. Razones intrínsecas que explican las dificultades prácticas para el deslinde entre emplazamiento de producto y comunicación comercial encubierta

6. Como se ha señalado, en la regulación especial del sector audiovisual el emplazamiento de producto es una modalidad expresamente admitida de *comunicación comercial audiovisual* que consiste en “incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial *de manera que figure en un programa*”, a cambio de una remuneración u otra contraprestación<sup>9</sup>.

En este mismo ámbito regulatorio se define, y se prohíbe, la *comunicación comercial audiovisual encubierta*, entendida como “la *presentación verbal o visual* de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios *en programas* en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un *propósito publicitario* y *pueda inducir al público a error* en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”<sup>10</sup>.

7. La prohibición específica de las comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas puede considerarse una aplicación sectorial de la prohibición de la *publicidad encubierta*, presente tradicionalmente en el Derecho de la publicidad. En nuestro país se establecía ya, formulada como un principio básico (el de “autenticidad”), en el artículo 9 de la derogada Ley 61/1964, de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. En la legislación española vigente, la publicidad encubierta debe entenderse prohibida, indirectamente, por el artículo 3 d) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP) [es ilícita, *por ser engañosa*, la publicidad que no es fácilmente reconocible como tal] y, directamente, por el artículo 9 LGP [es ilícita la publicidad que *infringe el deber* de los medios de *deslindar de forma perceptible* publicidad e información y/o el deber de los anunciantes de *desvelar inequívocamente* el carácter publicitario de sus anuncios]<sup>11</sup>.

8. Respecto al régimen jurídico aplicable, la *publicidad* encubierta ha de entenderse hoy comprendida en el concepto más amplio de *práctica comercial encubierta*, calificada como *ilícito desleal*, en la órbita del engaño, por la regulación general sobre competencia desleal<sup>12</sup>. Se regula en los artículos 5.1 y 7.1 [actos de engaño “por la forma de presentación” y omisiones engañosas “por no dar a conocer el propósito comercial” de la práctica], así como en el artículo 26 [prácticas comerciales encubiertas con consumidores] de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal (LCD)<sup>13</sup>. Estas normas incorporan al ordenamiento español las disposiciones de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 (“Directiva de prácticas comerciales desleales”)<sup>14</sup>. Debe tenerse en

<sup>9</sup> Vid. art. 1, letra m), DSCA; en nuestro Derecho, *cf.* art. 2, núm. 31, LGCA.

<sup>10</sup> Arts. 1, letra j) y 9.1, letra a) de la DSCA; arts. 2, núm. 32; arts. 13.1, inciso segundo, y 18.2 LGCA.

<sup>11</sup> Para un estudio más detallado sobre el concepto de publicidad encubierta, su evolución y las razones de su ilicitud, *vid.*, por todos, C. FERNÁNDEZ NOVOA, “La publicidad encubierta. Comentario a la Resolución del Jurado Central de la Publicidad de 15 de octubre de 1975”, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de publicaciones e intercambio científico, Santiago de Compostela, 1989, pp. 183-203 (también publicado en *ADI*, 1976, pp. 371 y ss.); A. M. TOBÍO RIVAS, “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 23, 2000, pp. 1155-1210.

<sup>12</sup> *Vid.*, por todos, A. TATO PLAZA en “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”, *Autocontrol*, núm. 125, 2007, pp. 15-124, pp. 18-21; *vid.* también, del mismo autor, “Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (Parte I)”, *Autocontrol*, núm. 149, 2010, pp. 7-14, pp. 11 y 12.

<sup>13</sup> Sobre la regulación de la publicidad encubierta en la LCD, *vid.*, en sentido crítico, LEMA DEVESA, C. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “Prácticas publicitarias engañosas”, *Autocontrol*, núm. 120, 2007, p. 10 (quienes rechazan la asimilación a una “omisión” de este y otros supuestos similares [informaciones ambiguas, oscuras, ininteligibles o extemporáneas] y consideran más apropiada su calificación como “acto de engaño”); *vid.* también TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 131 y ss.; M. SÁNCHEZ RUIZ en “Publicidad desleal (II). Engaño y encubrimiento publicitarios”, en LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (Coord.), *Derecho de la publicidad*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 155-170, p. 163 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La prohibición de los actos de engaño y omisiones engañosas”, en *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad* (dir. García-Cruces), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, t. I, pp. 1217 y ss.

<sup>14</sup> En concreto, los arts. 6.1 y 7.2, así como el núm. 11 del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE. Al respecto, *vid.*, por todos, MASSAGUER FUENTES, J., “Las prácticas comerciales engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales”, *Actuali-*

cuenta que esta última Directiva también “*se aplica a las conductas comerciales desleales, tales como las prácticas engañosas y agresivas, que tienen lugar en los servicios de comunicación audiovisual*”<sup>15</sup>.

9. La doctrina ha destacado los vínculos existentes entre “emplazamiento de producto” y “publicidad encubierta” desde los orígenes de esta práctica. La postura dominante, de hecho, era considerar aquel como una simple manifestación de esta<sup>16</sup>.

En el sector audiovisual, los criterios de legalidad fijados por la regulación española vigente (procedentes de la europea) en materia de emplazamiento de producto vienen dando lugar a numerosos conflictos en su aplicación práctica, que reflejan la complejidad del deslinde entre ambos<sup>17</sup>.

Algunos de estos conflictos se han dirimido en el ámbito de la autodisciplina publicitaria. Cabe citar, por ejemplo, la Resolución de la Sección 4ª del Jurado de Autocontrol de la Publicidad (actual Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial) de 26 de abril de 2001 (“Soberano, el rey canalla”); la Resolución de la Sección 6ª del Jurado de 15 de diciembre de 2005 (“VAT 69”); la Resolución de la Sección 6ª del Jurado de 16 de mayo de 2013 (“Toshiba”) o la Resolución de la Sección 6ª del Jurado de 15 de septiembre de 2013 (“Descubre tu País San Clodio”).

Un somero examen de los últimos casos planteados en la jurisdicción contencioso-administrativa puede servir para ilustrar mejor el grado de conflictividad alcanzado respecto a la diferenciación entre emplazamiento de producto y publicidad encubierta. Las sentencias judiciales recaídas sobre esta cuestión resuelven recursos presentados frente a resoluciones administrativas sancionadoras, dictadas por las autoridades competentes en aplicación del régimen sancionador previsto en el Título VI de la Ley General de Comunicación Audiovisual. Desde junio de 2013, la supervisión y control del mercado de comunicación audiovisual, incluyendo la potestad sancionadora, está atribuida a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)<sup>18</sup>. El artículo 58 de la Ley General de Comunicación Audiovisual tipifica como infracciones graves, en particular, el incumplimiento de las condiciones establecidas en dicha Ley para la realización de la forma de comunicación comercial prevista en el art. 17 (esto es, el emplazamiento de producto) y la emisión de comunicaciones comerciales encubiertas (núm. 7 y núm. 8).

10. En este ámbito administrativo, cabe destacar, entre los últimos ejemplos, las Resoluciones de la Sala de supervisión regulatoria de la CNMC de 2 de junio de 2015 y de 30 de julio de 2015, por las que se impone a Mediaset Comunicación España, S.A., por un lado, una multa de 324.000 € y, por otro, seis multas de 100.001 € cada una, por haber emitido comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas encubiertas de diferentes productos, así como de las empresas que los venden, dentro de ciertas emisiones de los programas “Sálvame Diario” y “Qué tiempo tan feliz”, respectivamente<sup>19</sup>. También pueden citarse las Resoluciones de la Sala de supervisión regulatoria de la CNMC de 25 de octubre de 2016 y de 13 de diciembre de 2016, por las que se impone a la Corporación de Radio y Televisión Española, S.A (CRTVE) las siguientes sanciones, respectivamente: una multa de 108.771 € por emitir una comunicación encubierta del Gimnasio Curves Pozuelo en el programa “La Mañana” y otra multa de 219.342 € por haber emitido, en su canal La 1, una comunicación comercial encubierta de la marca “Bodegas González Byass” y de sus productos (vinos: Tío Pepe, Viña AB, Alfonso, Noé y Beronia), en el programa “Masterchef”<sup>20</sup>.

---

*dad Jurídica* (Uría & Menéndez), núm. 13, enero 2006, págs. 13-25; con carácter general, este mismo autor realiza un exhaustivo análisis de la citada Directiva en la obra *El nuevo Derecho de la competencia desleal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

<sup>15</sup> Cdo. 82 DSCA.

<sup>16</sup> *Vid.*, en este sentido, A. TATO PLAZA en *ADI*, núm. 22, 2001, pp. 584 y ss.; en una línea similar, pero con mayores matices, A. M. TOBÍO RIVAS, *op. cit.*, pp. 1198-1202; en la doctrina italiana, *vid.* MANSANI, L., “*Product placement: la pubblicità nascosta negli spettacoli cinematografici e televisivi*”, *Contratto e impresa*, 1988, pp. 904-936, pp. 912 y ss.; F. UNNIA, *La pubblicità clandestina. Il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 290 y ss.

<sup>17</sup> *Cfr.*, al respecto, N. IRAKULIS ARREGUI, “El emplazamiento de producto ilícito en televisión como una modalidad de publicidad encubierta”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 9, 2011, págs. 113-132 (pp. 1-28 en la versión consultada de la base de datos Wolters Kluwer-La Ley, por donde se cita), pp. 6-10.

<sup>18</sup> Art. 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>19</sup> SNC/DTSA/2104/14/MEDIASET (<https://www.cnmc.es/node/345055>; fecha de consulta: 25-06-2017) y SNC/DTSA/007/15/MEDIASET (<https://www.cnmc.es/node/344798>; fecha última consulta: 25-06-2017).

<sup>20</sup> SNC/DTSA/023/16/CRTVE (<https://www.cnmc.es/en/node/344852>; fecha última consulta: 25-06-2017) y SNC/DTSA/030/16/CRTVE (<https://www.cnmc.es/en/node/344889>; fecha última consulta: 25-06-2017).

Uno de los supuestos más recientes, que reviste particular interés en la materia que nos ocupa, es la Resolución de la Sala de supervisión regulatoria de la CNMC de 4 de mayo de 2017, por la que se impone a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. una multa de 200.030 € por haber incluido en su canal de Antena 3, durante ciertas emisiones de la serie “Velvet”, emplazamientos de producto de “Coca Cola” que incumplen los requisitos establecidos en el artículo 17.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual<sup>21</sup>. En la misma línea que la anterior, debe citarse, finalmente, la Resolución de la Sala de supervisión regulatoria de la CNMC de 21 de junio de 2017, por la que se impone a esta misma corporación (Atresmedia) cuatro multas por importe global de 413.434 €, tras ser considerada responsable de la comisión de cuatro infracciones administrativas graves, una de ellas de carácter continuado, por haber emitido en su canal NOVA, durante cuatro emisiones del programa “Decogarden”, emplazamientos de producto de “Titanlux”, “Cortina Decor”, “Tesa” y “Flower” que incumplen los requisitos establecidos en el art. 17.3 de la Ley 7/2010<sup>22</sup>.

En estas dos últimas Resoluciones, la CNMC, tras exponer con detalle el régimen vigente y recordar los criterios de interpretación sobre esta materia propuestos por la propia Comisión en el “Acuerdo por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas, de 17 de septiembre de 2014”, señala las claves para establecer la ilicitud de un emplazamiento de producto<sup>23</sup>. De un lado, se entiende que el emplazamiento de producto puede ser ilícito *por ser constitutivo de publicidad encubierta* (en particular, así ocurrirá cuando el emplazamiento publicitario no se identifica debidamente como tal<sup>24</sup>), pero también es posible que un emplazamiento de producto que esté correctamente identificado (y, por tanto, no constituya publicidad encubierta) sea ilícito *por incumplir alguno de los requisitos cualitativos* a los que el régimen legal vigente condiciona la licitud de esta concreta clase de comunicación comercial. En el caso tratado por la primera de las resoluciones, en particular, se aprecia un incumplimiento ostensible del requisito que impone no dar una *prominencia indebida* a los bienes, servicios o marcas insertados en el contenido de los respectivos programas<sup>25</sup>; en la segunda, esa misma prominencia indebida (manifestada por la presencia invasiva, duradera y reiterada de la marca, con primeros planos de los productos que escapan al desarrollo regular de la acción) se acompaña de *menciones verbales a las posibles virtudes, méritos u otras características del producto* emplazado (que incitan a la compra de esa concreta marca y no otras) y también de expresiones personales de la presentadora influyendo en el guión del programa y, en consecuencia, *afectando a la independencia editorial del prestador del servicio respecto del anunciante*.

**11.** En cuanto a las resoluciones judiciales<sup>26</sup>, entre los últimos casos resueltos por el Tribunal Supremo sobre publicidad encubierta en el ámbito audiovisual estarían las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 24 de abril de 2012 (caso “Marina d’Or”) y de 30 de julio de 2013 (caso “Escenas de matrimonio”)<sup>27</sup>. En ambos supuestos, el Tribunal no entra a considerar si la conducta sancionada podría considerarse como un emplazamiento de producto (y, por ende, a establecer los parámetros para apreciar su licitud o ilicitud), sino que, directamente, considera reconducible dicha práctica *en todo caso* a la noción de publicidad encubierta. Ello se debe a que ambas resoluciones aplican la regulación vigente con anterioridad a la LGCA, que no contemplaba el emplazamiento de producto como una clase de comunicación comercial admisible.

Mayor interés presentan, por este motivo, las últimas sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en las que este órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta (incluso aunque no resultara aplicable al caso enjuiciado) la regulación europea y española sobre emplazamiento de producto. Es el caso, entre otras, de las sentencias de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2010, de 24 de febrero de 2011, de 30 de enero de 2012 y de 11 de mayo de 2012. En todas ellas se aprecia la existencia de publicidad encubierta y se rechaza que se trate de un emplazamiento de

<sup>21</sup> SNC/D TSA/002/17/ATRESMEDIA (<https://www.cnmc.es/en/node/356921>; fecha de consulta: 25-06-2017).

<sup>22</sup> SNC/D TSA/006/17/ATRESMEDIA (<https://www.cnmc.es/expedientes/sncdtsa00617>; fecha de consulta: 5-07-2017).

<sup>23</sup> INF/D TSA/1356/14/CRITERIOS PUBLICIDAD (<https://www.cnmc.es/expedientes/infdtsa135614>)

<sup>24</sup> *Id.*, en esta línea, la Resolución de 21-06-2017 (SNC/D TSA/006/17/ATRESMEDIA), p. 21.

<sup>25</sup> *Cfr.* la Resolución de 4 de mayo de 2017 (SNC/D TSA/002/17/ATRESMEDIA), p. 15.

<sup>26</sup> Puede verse un resumen de la jurisprudencia española sobre la materia en J. PAGADOR, *op. cit.*, pp. 5-8.

<sup>27</sup> STS (Sala 3ª) 24-04-2012 (RJ 2012/4867); STS (Sala 3ª) 30-07-2013 (JUR 2013/ 295443).

producto amparado por la citada regulación, con una argumentación idéntica: “la *mera presentación* de un producto o un cartel en una película o en una serie de televisión *formando parte del decorado* ha de distinguirse claramente del intento de utilizar una escena, como es el caso que nos ocupa, para promocionar un producto determinado con un mensaje, tanto verbal como visual, utilizando el soporte de una escena como mera excusa para realizar una promoción encubierta de un producto determinado. No nos encontramos, por tanto, ante el *mero emplazamiento* de un producto *en una escena o decorado*, sino que se trata de un supuesto de publicidad encubierta del producto en cuestión<sup>28</sup>.

En la misma línea se pronuncia la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de mayo de 2013 que, con expresa referencia a la regulación nacional y comunitaria vigente sobre emplazamiento de producto (pero reiterando la misma doctrina sentada en resoluciones anteriores), afirma: “la diferencia que en la misma norma europea se establece entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la *mera presentación* (“*asentamiento*” o “*emplazamiento*”) del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el “emplazamiento” la aparición del producto o servicio de que se trate es solo eso, una presentación *carente de suplementaria carga promocional o apologética*<sup>29</sup>. En una dirección similar apunta la Audiencia Nacional en la sentencia de 2 de marzo de 2015, donde considera concurrentes en el caso todos los requisitos para la calificación como publicidad encubierta porque “se ha producido una presentación directa, verbal y visual, de bienes y marcas [...] de un productor de mercancías existentes en el mercado, en un programa de televisión [...], con intención publicitaria por parte del prestador del servicio”. Entiende la Audiencia que dicha presentación es “distinta del emplazamiento de producto” porque este último “*carece siempre del protagonismo de estas emisiones*”<sup>30</sup>.

De conformidad con lo expuesto, cabe concluir que los tribunales españoles fijan la línea divisoria entre publicidad encubierta y emplazamiento de producto en la *absoluta pasividad* que se atribuye a este último, por considerar que los productos o servicios “emplazados” *solo deben formar parte del entorno físico o el decorado* donde transcurre la acción del programa, pero no pueden llegar a ser parte de esta. Más decisivo debe entenderse, a mi juicio, un segundo criterio señalado por la jurisprudencia: la necesidad de que, por el modo de inserción del producto o servicio en el contenido o la acción del programa donde se realice un emplazamiento, no quepa apreciar una “*suplementaria carga promocional o apologética*”.

**12.** En el emplazamiento de producto lícito, es una característica esencial la inserción de la *propia comunicación comercial* (consistente en una o varias presentaciones verbales o visuales del producto, servicio o marca de que se trate) en ciertos servicios audiovisuales cuyo contenido no es promocional (por ejemplo, una serie de televisión o un programa deportivo). El emplazamiento de producto constituye, por tanto, una excepción a la regla general que impone a los medios de difusión (en este caso, las cadenas de televisión prestadoras del servicio de comunicación audiovisual) la obligación de que las comunicaciones *comerciales estén claramente diferenciadas del resto de contenidos* audiovisuales<sup>31</sup>.

La ausencia de separación entre la presentación del bien o servicio “emplazado” y el contenido editorial del programa en el que este “figura” es el rasgo esencial que define esta clase de comunicación comercial audiovisual. Es también la principal diferencia con el *patrocinio audiovisual*, en el que las referencias a los patrocinadores pueden aparecer en el programa pero de forma separada, y no formando parte de la acción, el argumento o la trama<sup>32</sup>. Así, en el Preámbulo de la Directiva de Servicios de

<sup>28</sup> Cfr: SAN 11-11-2010 (JUR 2010/397526), F.D. 4º; SAN 24-02-2011 (RJCA 2011/156), F.D. 5º; SAN 30-01-2012 (RJCA 2012/262), F.D. 5º; SAN 11-05-2012 (RJCA 2012/351), F.D. 3º. En una línea similar, *vid.* también la STS (Sala 1ª) 18-11-2011 (caso “Nobel”), F.D. 4º: “[...] la utilización visible de una marca de cigarrillos, en la parte frontal de la máquina, no merece entenderse como necesaria para *reproducir el interior de un bar*. El signo nada aportaba a la *credibilidad del escenario*”.

<sup>29</sup> SAN 20-05-2013 (RJCA 2012/690), F.D. 5º.

<sup>30</sup> SAN 2-03-2015 (JUR\2015\103880), F.D. 1º.

<sup>31</sup> El art. 19.1 DSCA formula esta regla general: “La publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial. Sin perjuicio de la utilización de nuevas técnicas publicitarias, la publicidad televisiva y la televenta deberán diferenciarse claramente del resto del programa por medios ópticos y/o acústicos y/o espaciales”.

<sup>32</sup> Cdo. 91 *i.f.* DSCA. Sobre las relaciones entre patrocinio audiovisual y emplazamiento de producto en la Directiva, *vid.* C. ANGELOPOULOS, “Product placement in european audiovisual productions”, *IRIS plus* 2010-3, pp. 7-21, pp. 19 y 20.

Comunicación Audiovisual se afirma que “*el principio de separación debe limitarse a la publicidad televisiva y la televenta, mientras que procede permitir el emplazamiento de producto en determinadas circunstancias, a menos que un Estado miembro decida otra cosa. No obstante, se debe prohibir el emplazamiento de producto cuando se realiza de manera encubierta*”<sup>33</sup>.

Al emplazamiento de producto, cuya esencia está en la *integración*, no se aplica, por tanto, una de las principales herramientas para evitar la publicidad encubierta: el deber de “separación” de los mensajes publicitarios<sup>34</sup>.

Dado que, por su propia configuración, esta clase de comunicación comercial audiovisual implica un *riesgo* de que la práctica sea *apta para inducir a error sobre su naturaleza*, el problema es establecer en qué circunstancias el emplazamiento de producto “se realiza de forma encubierta” y, por ende, debe entenderse prohibido.

**13.** Un primer dato a considerar es que la inserción de imágenes o menciones a productos o marcas en el argumento de un programa sea intencionada y responda a una *finalidad publicitaria*. Puede ocurrir que su presencia sea fruto de una elección creativa del autor o productor de una obra audiovisual (por ejemplo, una serie o un largometraje realizados para su difusión en televisión), que solo se deba a motivos escénicos o a necesidades narrativas y que únicamente pretenda dotar a la obra de mayor credibilidad y realismo. En estos casos, no habrá “emplazamiento de producto” en el sentido de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual<sup>35</sup>. En general, debe entenderse que las disposiciones de la Directiva no resultarán aplicables cuando el prestador de servicios de comunicación audiovisual no haya tenido influencia o participación alguna en la presentación de los productos o marcas dentro del contenido de un programa, lo que ocurrirá normalmente en el caso de las producciones ajenas (es decir, no realizadas ni encargadas por aquel)<sup>36</sup>. Por el contrario, la presentación de un producto, servicio o marca se presume intencionada y, por ende, se considera concurrente un propósito publicitario por parte del prestador de servicios, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar, según resulta expresamente de lo dispuesto en el artículo 1, letra j) de la citada Directiva.

**14.** El emplazamiento de productos definido en el marco de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, por tanto, responde típicamente a un “propósito publicitario” del prestador del servicio. Este se obliga a realizar una presentación determinada (visual y/o verbal) del bien o servicio (o, más propiamente, de su marca) que sea idónea para lograr dicho propósito, *a cambio de una contraprestación* que contribuya a la financiación de su actividad. En la práctica del sector, la inclusión del bien o servicio en el contenido de un programa audiovisual suele ser consecuencia de un contrato con ese objeto celebrado entre el productor del programa (el mismo proveedor del servicio o bien una persona jurídica distinta pero vinculada con él) y el anunciante (o bien un tercero que actúe por cuenta de este, p.ej. una agencia de publicidad), siendo en realidad este último sujeto quien, en sentido estricto, persigue una *finalidad publicitaria y concurrencial*<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Cdo. 81 y artículo 19.1 DSCA; la LGCA extiende igualmente el deber de separación solo a los mensajes publicitarios convencionales (anuncios o *spots*) y a la televenta (art. 13.1 *in fine* y 14.2 LGCA).

<sup>34</sup> Con carácter general, el art. 9 LGP, como ya se ha indicado, impone a los medios de difusión el deber de deslindar perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. En el ámbito audiovisual, el art. 6.5 LGCA establece que todas las personas tienen el derecho a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales “*en los términos previstos por la normativa vigente*”.

<sup>35</sup> Vid. P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, “Product placement o emplazamiento de productos. (A propósito de la regulación contenida en la nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual)”, *ADI*, núm. 28 (2007-2008), pp. 69-96, p. 81, quien destaca que, en los casos indicados en texto, no hay “publicidad”. La doctrina más autorizada distingue las menciones informativas de una marca en la publicidad (lícitas) de los casos de publicidad encubierta (prohibida), destacando que las primeras tienen una finalidad orientadora e instructiva y solo de manera incidental aluden a una empresa y sus productos, mientras que la segunda se propone ensalzarlos de forma indirecta a través de un contexto informativo (o, en todo caso, no promocional). Cfr: FERNÁNDEZ NOVOA, C., “La publicidad encubierta”, *op.cit.*, pp. 192-194.

<sup>36</sup> Vid. C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, p. 9.

<sup>37</sup> Cfr: art. 2 LGP y art. 2.2. LCD.

15. De acuerdo con la definición prevista en el artículo 1, letra j) de la Directiva 2010/13/UE, son tres los elementos necesarios para que una comunicación comercial audiovisual deba ser considerada “encubierta”: la presentación intencionada de un bien o servicio, un propósito publicitario por parte del prestador del servicio y la aptitud para inducir a error sobre su naturaleza (esto es, sobre la finalidad *comercial* de dicha presentación)<sup>38</sup>.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, como estableció la STJUE (Sala 3ª) de 9 de junio de 2011 (caso “Alter Chanel”), “la existencia de una remuneración o de un pago similar no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta”. Señala el Tribunal de Justicia que la existencia de remuneración es un criterio que permite establecer el propósito publicitario de un organismo de radiodifusión televisiva pero que, aunque esta falte, todavía podrá establecerse el carácter intencional de una publicidad encubierta atendiendo a otros criterios<sup>39</sup>. En una línea similar se había pronunciado ya en nuestro país la Audiencia Nacional, entre muchas otras, en la sentencia de 26 de julio de 2007. Aplicando la regulación anterior a la vigente Ley General de Comunicación Audiovisual (Ley 7/2010), esta resolución destaca que, para apreciar *publicidad encubierta*, “la cuestión a solventar radica, no en si hubo o no hubo contraprestación por la aparición de las imágenes, secuencias referidas al producto –en sus diversas modalidades (...), sino en si hubo o no hubo *intención y propósito publicitario* por parte del operador de televisión, *que además pudiera haber inducido a error al público*”<sup>40</sup>.

16. La natural presencia de los dos primeros elementos integrantes de la publicidad encubierta en el emplazamiento de producto, unida a la probabilidad fundada de que pueda concurrir el tercero (siempre que no se identifique claramente como tal<sup>41</sup> o, en general, sea apto para inducir a error sobre su naturaleza por la forma en que se realice la integración del bien o servicio emplazado en el programa), justifican que pueda afirmarse la existencia de una dificultad *intrínseca* para delimitar ambos supuestos en la práctica.

Desde este punto de vista, puede entenderse mejor que la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual optara por prohibir el emplazamiento de producto, sin perjuicio de establecer algunas excepciones a esa prohibición.

### III. La prohibición del emplazamiento de producto en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual y sus excepciones.

#### 1. La regla general prohibitiva

17. La regulación específica sobre el emplazamiento de producto, prevista en el artículo 11 de la Directiva 2010/13/UE, parte de una regla general prohibitiva de esta práctica, aunque seguida de amplias excepciones a la prohibición.

<sup>38</sup> Cfr: ya en este sentido el apartado 2.5 (núm. 31) de la “Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a algunos aspectos de las disposiciones de la Directiva «Televisión sin fronteras» sobre la publicidad televisiva”, publicada en el DOUE el 28 de abril de 2004 (2004/C 102/02).

<sup>39</sup> Sobre esta sentencia, *vid.* L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “El Tribunal de Justicia de la UE precisa el concepto de publicidad encubierta según la Directiva *Televisión sin fronteras*: la sentencia “Alter Channel”, *Autocontrol*, núm. 178, 2012, pp. 12-15, p. 14; ARIAS MÁIZ, V., “Publicidad encubierta y emplazamiento de producto. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011 (caso “Alter Channel”)”, *Comunicaciones en propiedad industrial y Derecho de la competencia*, núm. 66, 2012, pp. 169-196, pp. 190 y ss. Este último autor comparte el criterio fijado por el TJUE en esta sentencia pero, en su conjunto, le parece decepcionante, porque este era ya un criterio aceptado en la mayoría de las jurisdicciones comunitarias y, sobre todo, porque la misma no aclara cuáles pueden ser esos “otros indicios” que sirven para apreciar la existencia de intención publicitaria (*cf.* pp. 194-196).

<sup>40</sup> SAN 26-07-2007 (RJCA 2007/629), F.D. 2º; en el mismo sentido, *vid.* SAN 11-11-2010 (JUR 2010/397526), F.D. 3º, donde se consideró que hubo *propósito publicitario* de la prestadora del servicio de comunicación audiovisual (Antena 3) debido a que la empresa propietaria del producto o servicio emplazado mantenía estrechas relaciones comerciales de patrocinio publicitario con ella, precisamente en relación con dicho producto. Sobre esta cuestión, *vid.* V. ARIAS MÁIZ, *op. cit.*, p. 195, texto y nota 33.

<sup>41</sup> En este sentido, *vid.* N. IRAKULIS ARREGUI, *op. cit.*, p. 8.

Este planteamiento regulatorio pone de manifiesto las enormes reservas con las que se acepta la licitud de esta práctica comercial<sup>42</sup> y resulta coherente, hasta cierto punto, con la prohibición de las comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas establecida en el art. 9.1, letra a) de la Directiva. No puede ignorarse, de hecho, la evidente similitud entre la definición de estas últimas y la de emplazamiento de producto que se recogen en las letras j) y m) del artículo 1 de la Directiva.

**18.** El apartado 2 del art. 11 de la Directiva prohíbe el emplazamiento de producto pero, en el inmediato apartado siguiente, el precepto contempla una serie de excepciones a esta prohibición. Para establecerlas, la Directiva maneja varios criterios diferentes: el tipo de servicio audiovisual (formato del programa) en el que se presenta el producto o marca emplazado, los posibles destinatarios del programa, la posible ventaja o contraprestación recibida a cambio por el prestador de servicios de comunicación audiovisual y la clase de producto o servicio presentado o emplazado. El apartado 1 del artículo 11 añade a los anteriores un criterio temporal: la regulación del emplazamiento prevista en la Directiva solo será aplicable a los programas producidos después del 19 de diciembre de 2009.

Las excepciones a la prohibición de emplazamiento de producto resultarán aplicables “*a menos que un Estado miembro decida otra cosa*” (*opt-out system*). Por tanto, los Estados miembros podrán establecer regulaciones más estrictas o incluso una prohibición total del emplazamiento. Según aclara el Considerando 92, los Estados miembros deben tener la posibilidad de optar por no acogerse a dichas excepciones, parcialmente o en su totalidad, por ejemplo al autorizar el emplazamiento de producto únicamente en programas que no se hayan producido exclusivamente en dicho Estado miembro.

**19.** La previsión de una tajante prohibición como la contemplada en el artículo 11.2 de la Directiva (“*queda prohibido el emplazamiento de producto*”), sin embargo, no resulta demasiado coherente con la amplitud de las excepciones previstas ni, en general, con una visión de conjunto de la regulación de la Directiva. Una consideración global de sus disposiciones permite apreciar que, de forma implícita, la Directiva considera el emplazamiento de producto como una modalidad de comunicación comercial audiovisual perfectamente equiparable a otras que regula (como los anuncios televisivos, la televenta o, sobre todo, el patrocinio audiovisual, con el que presenta muchas semejanzas<sup>43</sup>). Su admisibilidad, como ocurre con el emplazamiento de producto, también está subordinada a una serie de requisitos y límites, pero solo este último se prohíbe como regla general.

No puede extrañar, por esta razón, que, al incorporar la Directiva a sus respectivos ordenamientos, la mayoría de los Estados miembros hayan optado por omitir la prohibición general del emplazamiento de producto.

**20.** Si se comparan las regulaciones de transposición de la Directiva 2010/13/UE en los principales países europeos de nuestro entorno, puede observarse que es en Alemania donde se ha reproducido más fielmente el esquema regulatorio de la Directiva: una clara prohibición general del emplazamiento de producto (“*la publicidad encubierta, el emplazamiento de productos y el emplazamiento de temas están prohibidos*”), seguida de sendas excepciones por las que se admite el emplazamiento de producto en los medios de difusión públicos y en los privados, siempre que se respeten los requisitos expresamente indicados<sup>44</sup>. En relación con los proveedores de servicios audiovisuales públicos, únicamente se admite el emplazamiento cuando el programa no haya sido producido ni encargado por el prestador de servicios de televisión (es decir, en producciones ajenas)<sup>45</sup>, mientras que esta limitación no se contempla en el caso de los medios audiovisuales privados<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, p. 11.

<sup>43</sup> Cfr. arts. 10 y 11 DSCA.

<sup>44</sup> Cfr. § 7 (7) *Rundfunkstaatsvertrag* [RStV] (*Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien, vom 31. August 1991, in der Fassung des Neunzehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Neunzehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag)*) (versión 19ª en vigor desde el 1-10-2016).

<sup>45</sup> § 15 RStV.

<sup>46</sup> § 44 RStV.

21. En el Derecho inglés, el sistema de regulación de esta técnica, de acuerdo con los principios establecidos en la *Communications Act* de 2003, no consiste en una prohibición general del emplazamiento de producto, seguida de excepciones. Por el contrario, se parte de la admisibilidad general de esta práctica en los servicios de televisión (tanto lineales como a petición), aunque sujeta a las restricciones expresamente previstas. Mediante *The Audiovisual Media Services (Product Placement) Regulations 2010* se modificó la redacción de las *Sections* 319, 321, 324, 325 y 362, entre otras, de la *Communications Act* y se incluyó el *Schedule 11 A (Restrictions on product placement)*, que es donde se regula esta modalidad de comunicación comercial audiovisual<sup>47</sup>. En dicha norma se establecen supuestos específicos en los que se excluye el emplazamiento de producto (“*prohibitions of product placement*”) y, a continuación, se regulan las condiciones de su aplicación para los casos restantes en los que, como regla, se considera permitido (“*conditions applying to product placement*”).

Reino Unido es, sin duda, el país europeo donde se regula de forma más detallada y precisa el emplazamiento de producto, ya que el régimen legal apuntado se complementa mediante el recurso a una extensa autorregulación. La *Communications Act* de 2003 y la *Broadcasting Act* de 1996 atribuyen a la “Autoridad independiente y de la competencia para las industrias de la comunicación en Reino Unido” (conocida como *Ofcom*), entre otras funciones, la elaboración de Códigos de conducta que complementen y faciliten la interpretación de los principios establecidos por la legislación. *The Ofcom Broadcasting Code (Section nine)*, cuya última revisión está vigente desde abril de 2017, contiene un conjunto de reglas específicas aplicables al *product placement* (*Rules 9.6 a 9.14*). A su vez, la *Guidance on Section Nine of Broadcasting Code (2011). Commercial reference in television programming* (versión 3, en vigor desde el 20 de mayo de 2016) es un texto no vinculante publicado por *Ofcom*, dirigido a los prestadores de servicios de televisión, que prevé criterios específicos para interpretar y aplicar las *rules* de la *Section 9* del *Ofcom Broadcasting Code*<sup>48</sup>.

22. En Italia, el emplazamiento de producto se regula en el artículo 40 bis del Decreto Legislativo núm. 177, de 31 de julio de 2005 (*Testo único dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*), introducido por el Decreto Legislativo núm. 44, de 15 de marzo de 2010. La regulación italiana tampoco parte de una prohibición inicial.

El apartado 1 del art. 40 bis señala los concretos formatos de programas en los que se permite el “*inserimento di prodotti*”; el apartado 2 establece los requisitos que deben respetar los programas que lo incluyan; el apartado 3 regula el deber de identificación del emplazamiento; el apartado 4 lo prohíbe respecto de ciertos productos y el apartado 5 remite a la autorregulación, dejando que sean los propios sujetos interesados<sup>49</sup> quienes desarrollen las reglas necesarias para la aplicación de los principios básicos enunciados en los apartados anteriores. Conviene resaltar que el legislador italiano ha configurado la autorregulación como condición necesaria para poder utilizar esta forma de comunicación comercial<sup>50</sup>.

La “Autoridad italiana garante de las comunicaciones” (*AGcom*), a su vez, creó en 2011 un “Observatorio permanente en materia de emplazamiento de producto”, encargado de fomentar y vigilar el respeto a los procedimientos y los códigos de autodisciplina sobre esta materia<sup>51</sup>. Los sujetos afectados no han optado por acogerse a un código de conducta único que contenga los principios generalmente

<sup>47</sup> Puede consultarse en <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2010/831/regulation/9/made>. Cfr. la remisión al *Schedule 11 A* que se realiza en el apartado (3 A) de la *Section 321* de la *Communications Act* 2003.

<sup>48</sup> Accesible en [https://www.ofcom.org.uk/\\_data/assets/pdf\\_file/0014/33611/section9\\_may16.pdf](https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0014/33611/section9_may16.pdf).

<sup>49</sup> Productores, proveedores de servicios de comunicación, concesionarias de publicidad y otros sujetos interesados.

<sup>50</sup> Vid., en este sentido, la Circular de la *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGcom)* de 25 de octubre de 2010 sobre “Autoregolamentazione dell’inserimento di prodotti all’interno della programmazione (art. 40 bis del Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici)”.

<sup>51</sup> *Deliberazione 20 gennaio 2011 della Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni: “Istituzione di un osservatorio permanente in materia di inserimento dei prodotti ai sensi dell’articolo 40 bis del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici- decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, come integrato dal decreto legislativo 17 marzo 2010, n. 44” (Deliberazione n.19/11/CSP)*. Sobre la autodisciplina publicitaria en Italia, puede verse el trabajo de G. VOTANO “*Product placement e autoregolamentazione*”, en F. BASSAN (Coord.), *op. cit.*, pp. 21-34; en particular, respecto al emplazamiento de producto, *vid. pp. 33 y 34*.

reconocibles en el sector, sino que cada operador ha adoptado su propio código, tras la verificación de su licitud por parte de *AGCom*, lo que ha reducido la eficacia del sistema de autodisciplina en esta materia<sup>52</sup>.

23. También se prescinde de establecer una prohibición general del emplazamiento de producto en la regulación audiovisual francesa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14-1 de la Ley nº 86-1067 de 30 de septiembre de 1986 relativa a la libertad de comunicación (*Loi Léotard*). Esta norma remite al “*Conseil Supérieur de l’audiovisuel*” (*CSA*) la determinación de los programas de comunicación audiovisual que pueden incluir emplazamiento de producto y fija los requisitos mínimos que estos deberán respetar (que coinciden sustancialmente con los previstos en el art. 11.3, inciso 3º, de la Directiva). En ejercicio de esa remisión, el citado Consejo dictó la *Délibération n° 2010-4 du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision*<sup>53</sup>, *modifiée par la Délibération n° 2012-35 du 24 juillet 2012*<sup>54</sup>, donde se desarrolla el régimen aplicable a esta figura en Francia.

24. La regulación española, por su parte, ha adoptado un planteamiento completamente opuesto al de la Directiva 2010/13/UE. El artículo 17 de nuestra Ley General de Comunicación Audiovisual no se limita a omitir la prohibición general del emplazamiento de producto que establece la Directiva (como se ha hecho en la mayor parte de los Estados miembros), sino que, realizando un sorprendente movimiento pendular, lo configura como un “derecho” de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual. El “derecho al emplazamiento de productos” constituye una manifestación del más amplio “derecho a realizar comunicaciones comerciales”<sup>55</sup>, junto al “derecho a emitir mensajes publicitarios”, el “derecho a emitir mensajes de venta por televisión” y el “derecho al patrocinio”<sup>56</sup>.

## 2. Las excepciones a la prohibición

### A) Género de programas en los que se admite, salvo en los casos expresamente previstos

25. El artículo 11.3 de la Directiva 2010/13/UE, a pesar de la prohibición inicial, admite el emplazamiento de productos, como excepción, en dos supuestos, que describe en las letras a) y b). No obstante, deja a salvo que un Estado miembro pueda optar por no incorporar a su ordenamiento, en todo o en parte, estas excepciones.

En la letra a), la Directiva exige, como presupuesto necesario para que sea admisible el emplazamiento de producto, que *el programa o servicio de comunicación audiovisual* en el que se realice *pertenezca a una de las categorías concretamente especificadas*. La norma recoge una *lista positiva* de formatos o géneros de programas, por lo que debe interpretarse que el emplazamiento de producto está vedado en cualquier otro servicio audiovisual distinto de los expresados. Fuera de los casos enumerados resulta aplicable la regla general y, por tanto, el emplazamiento de producto está prohibido por la Directiva.

La regla general prohibitiva del emplazamiento de producto de la que parte la Directiva hace innecesario precisar que, en los formatos no expresamente contemplados en la letra a) del art. 11.3, no es admisible esta concreta modalidad de comunicación comercial audiovisual. Por el contrario, en algunos

<sup>52</sup> F. BASSAN, *op. cit.*, p. 64.

<sup>53</sup> Publicada en el *Journal officiel de la République française* de 5 de marzo de 2010.

<sup>54</sup> *Journal officiel* de 7 de agosto de 2012.

<sup>55</sup> *Vid.* ampliamente al respecto C. PINA / C. MESA, “El derecho a la comunicación comercial”, en C. CHINCHILLA / M. AZPI-TARTE (Coords.), *Estudios sobre la Ley general de la comunicación audiovisual*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pp. 255-311; sobre emplazamiento de producto, *vid.* pp. 276-281.

<sup>56</sup> Sección 2ª, Capítulo II de la LGCA. *Vid.*, las críticas a la discutible transposición española de la DSCA en esta materia de GAY FUENTES, C. en “Los derechos de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 329, 2012, págs. 41-58 (consultada base de datos Wolters Kluwer-La Ley sin numeración de páginas, por lo que se citan epígrafes), ep. 1, donde la autora destaca el carácter ampuloso de estos presuntos derechos y recuerda la opinión del Consejo de Estado al respecto: “*si bien puede ponerse énfasis en los derechos, no cabe desdibujar la naturaleza de obligaciones o deberes que se extrae de la Directiva*”; en la misma línea, *vid.* M. SÁNCHEZ RUIZ, “Los presupuestos y límites del emplazamiento publicitario”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 296, 2015, pp. 183-223, pp. 201 y ss.

ordenamientos nacionales, como por ejemplo el francés, donde no se prevé una prohibición general, sí se ha considerado necesario realizar esta aclaración<sup>57</sup>.

**26.** Los tipos de programas en los que se admite el emplazamiento de producto son los siguientes: obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento.

La selección que realiza la Directiva de los formatos concretos en los que se permite el emplazamiento de producto parece inspirada en la idea de que los programas elegidos (ficción televisiva o cinematográfica, o formatos relacionados con el ocio y el deporte) tendrían menor relevancia en la formación de opinión, lo que justificaría un menor nivel de protección de los intereses del público destinatario que en los restantes<sup>58</sup>. Desde este punto de vista, es lógico que no se hayan incluido en la lista los documentales, por la mayor carga informativa que cabe atribuir al género documental. El artículo 17 de la Ley General de Comunicación Audiovisual española, sin embargo, añade los documentales a la “lista positiva” de la Directiva<sup>59</sup>.

**27.** Debe tenerse en cuenta que, aunque sean encuadrables en alguno de los géneros permitidos, se exceptúan expresamente los programas infantiles, para los que la Directiva mantiene la prohibición del emplazamiento de producto.

El artículo 11.3, inciso segundo, de la Directiva 2010/13/UE dispone expresamente: “*La excepción indicada en la letra a) no se aplicará a los programas infantiles*”. Debe entenderse, en consecuencia, que sí sería admisible el emplazamiento en los casos previstos en la letra b), a los que nos referiremos en el apartado siguiente (suministro gratuito de bienes, ayudas a la producción o premios).

La inserción de bienes o servicios, proporcionados por un empresario al productor del programa (a menudo el propio proveedor del servicio de comunicación audiovisual) “con miras a su inclusión en el programa”, suele ser el resultado de un contrato entre ambos, donde se precisa la forma de su aparición<sup>60</sup>. Cuando sea este el caso, su admisibilidad no parece justificada *si se trata de programas infantiles*, con independencia de que se realice sin mediar ningún pago u otra clase de contraprestación, o de que esta carezca de un valor significativo. En estos supuestos, debería entenderse prevalente la protección del interés de los menores destinatarios del programa. Así se ha entendido en algún Estado miembro, cuya regulación interna ha extendido expresamente la prohibición a los casos de suministro gratuito de bienes y servicios para su inclusión en programas infantiles<sup>61</sup>.

**28.** En general, puede constatarse una tendencia general, apreciable en las regulaciones de varios países europeos, a restringir los géneros de programas para los que se admite el emplazamiento y a incorporar prohibiciones expresas para determinados formatos, que se consideran merecedores de una mayor protección. Es el caso, por ejemplo, de la regulación francesa (que solo autoriza el “*placement de produit*” en obras cinematográficas, ficciones audiovisuales y videos musicales, salvo cuando estén

<sup>57</sup> El apartado IV de la *Délibération n° 2010-4 (CSA)*, tras enumerar los únicos formatos donde está autorizada esta práctica en Francia, señala expresamente: “*Il est interdit dans les autres programmes*”.

<sup>58</sup> En el mismo sentido, J. MÜLLER-RÜSTER, *Product placement im Fernsehen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 127 *in fine* y 128.

<sup>59</sup> Afirma J. MÜLLER-RÜSTER que una regulación nacional que extienda las posibilidades de realizar emplazamientos más allá de los casos admitidos por la Directiva contradice los fines de esta, que pretende establecer el régimen mínimo común para los servicios de comunicación audiovisual transnacionales (*op. cit.*, p. 127). Destacan también que, conforme a la DSCA, está prohibido el emplazamiento en documentales M. R. FERNANDO MAGARZO, “La regulación de la publicidad en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, pp. 55 y ss. (consultada base de datos Wolters Kluwer-La Ley), ep. III, 4.1, A), b); C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, p. 13; M. SÁNCHEZ RUIZ, *op. ult. cit.*, pp. 205 y 206.

<sup>60</sup> *Vid.* la SJPI núm. 96 de Madrid (núm. 118/2012) de 29 de junio de 2012 (AC 2012/1358), referida al incumplimiento de un contrato cuyo objeto era el intercambio de publicidad por la cesión *gratuita* del uso de unas estancias de un local propiedad de la actora para el rodaje de una película (en este caso, de cine). La finalidad del contrato para la actora era que, mediante la película, se diera a conocer su local (F.D. 4°).

<sup>61</sup> En Alemania, *cf.* último inciso del § 15.2 y del § 44.2 RStV (“*Sendungen für Kinder*”).

dirigidos a niños) o de la inglesa (que prohíbe expresamente el emplazamiento de producto en los programas religiosos, de actualidad o sobre consumidores)<sup>62</sup>.

**29.** Finalmente, debe señalarse que, cualquiera que sea el género del programa, el artículo 11.4 de la Directiva 2010/13/UE prohíbe de forma expresa los emplazamientos que tengan por objeto productos del tabaco, cigarrillos u otros productos de empresas cuya principal actividad sea la fabricación o venta de cigarrillos y otros productos del tabaco, así como 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.

**30.** En las regulaciones de algunos países europeos se ha extendido la prohibición a muchos otros productos. Así, por ejemplo, en Francia no pueden ser objeto de emplazamiento las armas de fuego, las municiones o los preparados para lactantes, así como los productos que sean objeto de patrocinio en el mismo programa<sup>63</sup>. En Reino Unido, igualmente, se prohíbe el emplazamiento de los cigarrillos electrónicos, de toda clase de medicamentos, de las bebidas alcohólicas, de los preparados para lactantes, de los alimentos o bebidas con alto contenido en grasas, sal o azúcar y de los juegos de azar<sup>64</sup>.

## **B) El suministro gratuito de productos, ayudas a la producción o premios.**

**31.** La regulación europea contempla una segunda excepción a la prohibición general en la letra b) del artículo 11.3 de la Directiva 2010/13/UE. Se trata del emplazamiento de bienes o servicios que se realice sin mediar ningún pago, bajo la fórmula de un *suministro gratuito* de bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, “con miras a su inclusión en un programa”<sup>65</sup>.

**32.** Una interpretación contextual de las letras a) y b) del artículo 11.3 de la Directiva conduce a entender que el suministro gratuito de bienes, ayudas a la producción o premios con la finalidad de su inclusión en un programa será admisible *cualquiera que sea el género* de este<sup>66</sup>. En la regulación alemana, sin embargo, se han restringido los formatos en los que se admite, prohibiéndose en los informativos, los programas de actualidad política o de asesoramiento e información a consumidores, así como los programas infantiles o los servicios religiosos<sup>67</sup>.

**33.** El artículo 11 de la Directiva 2010/13/UE no establece ninguna otra referencia o aclaración sobre este supuesto. Sí lo hace, en cambio, el Considerando 91 del Preámbulo, que indica lo siguiente: “el suministro gratuito de bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, debe considerarse emplazamiento de producto *únicamente si los bienes o servicios a los que se refiere tienen un valor significativo*”. Este último concepto ha cobrado especial relevancia en la transposición de la Directiva a algunos ordenamientos que, como cabía esperar, ofrecen definiciones dispares de lo que debe entenderse por “valor significativo”<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> Cfr., en Francia, *Délibération n° 2010-4 (CSA)*, ap. IV; en Reino Unido, *vid. The Audiovisual Media Services (Product Placement) Regulations 2010, Schedule 11 A*, apartado 6, (1), a).

<sup>63</sup> *Délibération n° 2010-4 (CSA)*, ap. V.

<sup>64</sup> *Communications Act 2003, Schedule 11 A*, apartado 6, (1) b) y (2). En el caso de los cigarrillos electrónicos, la prohibición se aplica solo en programas producidos con posterioridad al 19 de mayo de 2016 [*vid. Communications Act, Section 319 (10)*].

<sup>65</sup> *Vid.*, sobre la regulación de la DSCA en este aspecto, C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

<sup>66</sup> En España, el Jurado de Autocontrol de la Publicidad ha considerado lícita (“no es contraria al art. 17.1 LGCA”) la aparición de ordenadores portátiles de una determinada marca –que figuraba de forma muy visible– en *los programas informativos* de Tele5 y Cuatro porque el emplazamiento se realizó a cambio del *suministro gratuito* de dichos ordenadores (Resolución de 16 de mayo de 2013 de la Sección Sexta del Jurado de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, caso “Toshiba”).

<sup>67</sup> § 15 Nr. 2. *if.* y § 44 Nr. 2. *if.* RStV. *Vid.*, al respecto, J. MÜLLER-RÜSTER, J., *op. cit.*, pp. 329-331.

<sup>68</sup> *Vid.*, al respecto, el trabajo de A. DIONISI / C. RAUCCIO / J. PETTINACCI, “Il product placement nell’Unione Europea”, *Law and Media Working Paper Series*, n° 4/2017, pp. 1-39, pp. 7, 30-23, 32, entre otras. <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2017/02/4.2017-Dionisi-Rauccio-Pettinacci.pdf>

**34.** En nuestro Derecho, el artículo 17.1 de la Ley general de comunicación audiovisual, con una redacción algo confusa, establece que “únicamente constituirá emplazamiento de producto, y *por tanto estará permitido*, siempre que estos bienes o servicios tengan un valor significativo”. En el desarrollo reglamentario de esta Ley, se fija el criterio para cuantificarlo: “se considera que tendrán valor significativo cuando el importe de los referidos bienes y servicios incluidos en el programa sea superior en un diez por ciento a la tarifa estándar establecida para un mensaje publicitario correspondiente a la franja horaria en la que se emite el programa donde se incluyen”<sup>69</sup>.

La regulación española ha suscitado importantes dudas interpretativas en este punto, no disipadas completamente tras su reforma en 2014. Así lo acredita el hecho de que haya sido recurrida judicialmente y, por ende, que el Tribunal Supremo haya debido pronunciarse sobre su legalidad. En concreto, la STS (Sala 3ª) núm. 114/2016, de 26 de enero de 2016 rechazó el recurso interpuesto contra el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, aprobado por el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre.

En relación con la materia aquí tratada, dicha resolución judicial considera que no hay contradicción entre la Directiva 2010/13/UE, la Ley General de Comunicación Audiovisual española y el artículo 14 del Reglamento que la desarrolla. Señala el Tribunal Supremo que “aun cuando, ciertamente, la redacción de este precepto reglamentario es algo oscura, puede entenderse sin dificultad que el mismo regula únicamente el emplazamiento de producto contemplado en la norma europea y en la Ley española, es decir, el emplazamiento a cambio de remuneración y/o el emplazamiento gratuito cuando los bienes o servicios prestados tengan valor significativo. El suministro gratuito de bienes o servicios sin valor significativo queda fuera de la regulación de dicho precepto y como tal no se ve afectado por las limitaciones establecidas en las normas que nos ocupan para el emplazamiento de productos”<sup>70</sup>.

**35.** Como apuntábamos antes, las regulaciones de los Estados miembros difieren sustancialmente en relación con esta materia. En Francia, la regulación es particularmente sencilla en este aspecto, lo que facilita extraordinariamente su aplicación. Se prescinde del concepto de “valor significativo” y no se contempla el suministro gratuito. El concepto de emplazamiento de producto se identifica con el realizado a cambio de un pago u otra contraprestación, describiéndose como el suministro oneroso, formalizado mediante un contrato, de bienes o servicios cuya marca sea identificable en el seno de un programa.

**36.** En el ordenamiento británico se ha dedicado especial atención a esta cuestión, empleándose incluso una denominación específica para el supuesto que nos ocupa (“*prop placement*”) para diferenciarlo del emplazamiento de producto típico (“*product placement*”).

En Reino Unido, se define el “*prop placement*” como la inclusión en un programa de un producto, servicio o marca (o de una referencia a este), cuando el suministro del mismo no tenga valor significativo y el proveedor del servicio de comunicación (u otra persona vinculada a este) no haya recibido ningún pago u otra contraprestación relacionados con tal inclusión<sup>71</sup>. Si los productos o servicios suministrados tienen un valor significativo, el supuesto será tratado como “*product placement*” y, por tanto, deberá cumplir todos los requisitos exigidos a este<sup>72</sup>.

La expresión “valor significativo” se ha definido, a estos efectos, como “un valor residual que es más que trivial”; a su vez, por “valor residual” se entiende “cualquier valor económico –monetario o de otra clase– que este proporcione al proveedor de servicios, distinto del coste ahorrado para incluir el producto, servicio o la marca en un programa”<sup>73</sup>. En definitiva, el concepto de valor significativo se asocia con el valor que pueda obtener del bien el proveedor de servicios después de su uso en el programa.

<sup>69</sup> Art. 14.2 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre. El capítulo V del Real Decreto 1624/2011, dedicado al emplazamiento de producto y compuesto únicamente por el artículo 14, fue introducido por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero.

<sup>70</sup> STS (Sala 3ª) 26-01-2016 (RJ 2016/355), F.D. 6º.

<sup>71</sup> Cfr. *Communications Act 2003, Schedule 11 A (Restrictions on product placement)*, ap. 1 (2).

<sup>72</sup> Regulados en la *Communications Act, Schedule 11 A*, apartados 7 y 8.

<sup>73</sup> Cfr. *Communications Act, Schedule 11 A*, apartado 9, donde se definen los conceptos de “*residual value*” y de “*significant value*”. Vid. también *The Ofcom Broadcasting Code* (versión abril 2017), p. 52.

#### IV. Los requisitos exigidos para la licitud del emplazamiento de productos en la actual regulación audiovisual europea

37. La Directiva 2010/13/UE condiciona la licitud del emplazamiento al cumplimiento de ciertos requisitos, que señalan los límites cualitativos dentro de los cuales se considera admisible esta modalidad de comunicación comercial audiovisual. Cuando estemos en presencia de alguno de los géneros de programa en los que se permite incluir presentaciones visuales o verbales de productos, servicios o marcas con una finalidad publicitaria, no cabe entender, por tanto, que esta práctica será lícita *en cualquier circunstancia*.

Su admisibilidad se subordina a la necesaria observancia de unas condiciones específicas, que están relacionadas con dos aspectos básicos: de un lado, con *la manera en la que se presenta e integra el producto o la marca en el contenido editorial* del programa y, de otro, con *la necesidad de informar a los espectadores de la presencia del emplazamiento*, de manera que este quede suficientemente identificado.

##### 1. Límites cualitativos referidos a la forma de integración del producto o servicio en el programa

###### A) Independencia editorial

38. De acuerdo con el artículo 11.3, inciso tercero [letras a) a c)] de la Directiva 2010/13/UE, los requisitos referidos a *la manera en que el bien, el servicio o la marca “figura”* en el programa, esto es, al modo en que estos se integran en el contenido del programa, son los siguientes: a) el emplazamiento *no deberá influir en el contenido* del programa de manera que *afecte a la responsabilidad e independencia editorial* del prestador del servicio de comunicación audiovisual; b) *no podrá incitarse directamente a la compra* o arrendamiento de los bienes o servicios presentados, “en particular, mediante *referencias de promoción concretas* a dichos bienes o servicios” y, finalmente, c) no podrá darse a estos una *prominencia indebida* en el programa.

39. La primera exigencia se refiere a la necesidad de garantizar la independencia del prestador de servicios, al que corresponde la responsabilidad editorial. Se entiende por “responsabilidad editorial” el control efectivo sobre la selección y organización de los programas emitidos, que recae exclusivamente en el prestador de servicios de comunicación audiovisual<sup>74</sup>.

La independencia editorial del prestador de servicios podrá verse afectada, principalmente, cuando este participe, directa o indirectamente (por ejemplo, a través de una sociedad del mismo grupo) en la producción de los contenidos del programa que contiene emplazamiento de producto<sup>75</sup>. Cuando el proveedor de servicios difunda producciones ajenas que contengan un previo emplazamiento de producto, no obstante, aquel deberá cuidar de que este respeta los demás requisitos a los que se condiciona su licitud, que son impuestos por la Directiva sin tener en cuenta el origen del programa<sup>76</sup>.

40. Según dispone el art. 11.3, inciso tercero, letra a) de la DSCA, bajo ninguna circunstancia se podrá influir en el contenido de los programas que presenten emplazamiento de productos (y, en el caso de las radiodifusiones televisivas, tampoco en su horario de programación), de manera que se vea afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación.

La presentación de un producto, servicio o marca en un programa debe estar suficientemente justificada atendiendo a su contenido editorial; ha de “encajar” en el mismo de una forma natural. Por

<sup>74</sup> Vid. la definición de “responsabilidad editorial” prevista en el art. 1, letra c) DSCA, donde se matiza que “la responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados”.

<sup>75</sup> C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, p. 14.

<sup>76</sup> *Cf. Guidance on Section Nine of Broadcasting Code (2011), rule 9.5, párrafo 1.27; en el mismo sentido, C. ANGELOPOULOS, op. cit., pp. 18 y 19. Como destaca esta autora, el emplazamiento de producto definido por la DSCA presupone la existencia de una contraprestación, pero no exige que el beneficiario de esta deba ser, en todo caso, el prestador del servicio. Además, como el artículo 11 DSCA es una regulación mínima, no es posible que un Estado pueda eximir a las producciones importadas de terceros países del cumplimiento de los requisitos exigidos a las producciones “domésticas”.*

el contrario, no es admisible que el contenido editorial sea creado *ad hoc* o distorsionado de tal manera que se convierta en un pretexto o mero vehículo para la presentación del producto o marca emplazado. Es lo que se conoce como emplazamiento o colocación “de temas”<sup>77</sup>.

41. La falta de una justificación racional suficiente, por su contexto, para la presentación de un cierto producto o marca en la acción de un programa determinado constituye un indicio de que su presencia puede obedecer a la influencia de un tercero en el contenido de este. En todo caso, que la influencia en el contenido del programa afecta a la independencia editorial del proveedor de servicios es algo que habrá de ser establecido en cada caso atendiendo a una serie de elementos objetivamente apreciables: la relación (o ausencia de esta) entre el producto, según su naturaleza, y la acción del programa en el que se inserta; la reiteración (excesiva o no) de las apariciones; su duración (la de cada una y, si son varias, la duración total), la prominencia que se dé al producto, etcétera.

## B) Incitación directa a la compra

42. El artículo 11.3., inciso tercero, letra b) de la Directiva 2010/13/UE establece que los programas que contengan emplazamiento de producto “no incitarán directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular mediante referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios”.

En el emplazamiento de producto, la presentación del producto dentro del programa debe ser, por sí sola, el medio para lograr el fin publicitario pretendido. El efecto promocional en ningún caso puede ser directo, sino que ha de ser necesariamente reflejo o indirecto. El uso o la mención de un producto o un servicio por parte de un personaje en una situación determinada dentro de la trama de una serie o película de ficción (o por el presentador en un programa deportivo o de entretenimiento) provoca una transferencia de imagen y una asociación ideal entre ambos, de la que el empresario que concierne el emplazamiento espera obtener un beneficio publicitario, consistente en que el destinatario se sienta compelido a adquirir su producto o demandar su servicio.

43. Deben evitarse, en particular, las referencias *promocionales* concretas a los bienes o servicios emplazados, esto es, aquellas que tengan una “suplementaria carga apologética”<sup>78</sup> o laudatoria. No debe interpretarse, sin embargo, que este requisito excluya la licitud de cualquier mención al producto emplazado o a sus propiedades (emplazamiento *verbal*), sino únicamente las referencias a este que impliquen una incitación directa a su compra o que puedan tener un efecto promocional similar<sup>79</sup>.

44. La prohibición de incitar de forma directa a la compra o el arrendamiento de los bienes y servicios rige tanto para el patrocinio audiovisual como para el emplazamiento de producto, aunque su interpretación no es idéntica en ambos casos<sup>80</sup>.

El patrocinio audiovisual se hace visible en el programa patrocinado informando al espectador de la existencia del patrocinio mediante una referencia visual y/o verbal a este (o a sus productos). Cualquier referencia al patrocinador, o sus productos, *durante el programa* no es admisible en el caso del patrocinio. Únicamente podrán hacerse referencias a aquellos *que consistan simplemente en informar al espectador del patrocinio* (por tanto, sin incitar a la compra), debiendo realizarse cuando el programa aún no haya comenzado, esté interrumpido por una pausa o haya concluido.

En el emplazamiento de producto, por definición, sí que se admiten referencias al producto o sus signos distintivos *incluidas en la acción* del programa, al margen de que, adicionalmente, deba informarse al espectador de la existencia del emplazamiento. En este caso, el requisito que impide incitar directamente a la compra se incumplirá cuando la presentación verbal o visual del producto vaya acompañada de un *mensaje adicional de estímulo* a su compra, esto es, de carácter *promocional*<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Vid. Cdo. 93 DSCA; en Alemania, el § 7.7 *RStV* prohíbe expresamente el “*Themenplatzierung*”.

<sup>78</sup> SAN 20-05-2013 (RJCA 2012/690), F.D. 5°.

<sup>79</sup> En el mismo sentido, N. IRAKULIS ARREGUI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>80</sup> Cfr. art. 10.1., letra b) y art. 11.3, inciso 3°, letra b) de la Directiva 2010/13/UE.

<sup>81</sup> C. ANGELOPOULOS, *op. cit.*, pág. 16. Vid. también en esta línea la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Asociación

### C) Prominencia indebida

45. Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.3., inciso tercero, letra c) de la Directiva 2010/13/UE, los programas que contengan emplazamiento de producto “no darán una prominencia indebida a los productos de que se trate”.

Este requisito responde a la necesidad de evitar que la presentación de un bien, servicio o marca en el contenido de un programa, con fines publicitarios y formando parte del argumento, pueda causar un efecto distorsionador semejante al que produciría un genuino anuncio publicitario (*spot*) irrumpiendo en el transcurso de la acción del programa.

Dar una prominencia indebida al producto o signo emplazado en el argumento, la acción o la trama del programa, en un caso extremo, equivaldría a “camuflar” como emplazamiento de producto un mensaje publicitario. Con ello se eludiría la aplicación de los límites *cuantitativos* de la publicidad televisiva, que son aplicables a los anuncios o mensajes publicitarios pero no al emplazamiento de producto<sup>82</sup>.

46. Un sector de la doctrina destaca el carácter complementario de este requisito con el contemplado en la letra a) del inciso tercero del art. 11 de la Directiva. En este sentido, se afirma que dar una *prominencia indebida* al producto emplazado es una manera injustificada de influir en el contenido del programa, que afecta a la *independencia editorial* del prestador del servicio<sup>83</sup>. En esta misma línea, la regla 9.5 del *Ofcom Broadcasting Code* británico señala que la prominencia indebida puede resultar bien de la presencia del producto donde no haya justificación editorial, o bien de la manera en la que este aparece o es aludido en el programa<sup>84</sup>.

La relación entre ambos requisitos (justificación editorial y ausencia de prominencia indebida) también fue destacada en su día por la Comisión Europea, al considerar su infracción un indicio de publicidad clandestina o encubierta<sup>85</sup>.

47. La Directiva 2010/13/UE no define qué debe entenderse por “prominencia indebida” ni ofrece ningún dato que permita establecer de manera cierta el significado de esta expresión. En todo caso, los criterios derivados de las resoluciones judiciales y administrativas recaídas en esta materia permiten establecer que este requisito debe asociarse con una presencia del producto, servicio o marca que sea recurrente, injustificada, extemporánea o excesivamente destacada en su contexto<sup>86</sup>. Así, se ha entendido que serían ilícitos aquellos emplazamientos en los que la aparición del producto “resulte innecesaria, repetida y no ocasional, es decir, aquellos emplazamientos no efectuados de manera responsable y discreta”<sup>87</sup>.

48. La formulación general de este requisito, unida a la falta de criterios normativos concretos que lo desarrollen, dificulta su aplicación en la práctica y, por ende, provoca un elevado grado de incertidumbre entre los sujetos interesados (principalmente, los proveedores de servicios).

---

para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, de 15 de diciembre de 2005 [Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) vs Diageo España, S.A., (“VAT 69”)], en particular los fundamentos deontológicos 4 y 5.

<sup>82</sup> Vid. arts. 19 y ss. DSCA; respecto a los límites cuantitativos, *cf.* art. 23.1 DSCA: “La proporción de anuncios de publicidad televisiva y de anuncios de televenta no excederá del 20 % por hora de reloj”. El apartado 2 de este artículo excluye la aplicación del ap. 1 al emplazamiento de producto.

<sup>83</sup> P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, *op. ult. cit.*, p. 92; N. IRAKULIS ARREGUI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>84</sup> Esta *Rule 9.5* del *Ofcom Broadcasting Code*, que prohíbe dar una prominencia indebida a un producto, servicio o marca, se considera aplicable a *todas las referencias comerciales que aparezcan en el contenido de cualquier programa*, tanto si se incluyen solo por motivos editoriales como si resultan de un acuerdo con fines promocionales (como ocurre en el *product placement*).

<sup>85</sup> *Vid.* Comunicación interpretativa (2004/C 102/02), *cit.*, ap. 2.5, números 33 y 34.

<sup>86</sup> *Cf.* *supra*, apartado II.

<sup>87</sup> P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, *op. ult. cit.*, p. 95 *if.* y 96. En los distintos ordenamientos europeos, a pesar de las diferencias en la normativa aplicable, se recurre a criterios similares para la interpretación de ese requisito; *vid.*, al respecto, A. DIONISI/ C. RAUCCIO/ J. PETTINACCI, *op. cit.*, pp. 10-13; 26, 27, 34 y 38. *Vid.* también la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, de 15 de diciembre de 2005 [Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) vs Diageo España, S.A., (“VAT 69”)].

En las legislaciones internas que remiten a la autorregulación para completar la regulación legal en materia de emplazamiento de producto, como la italiana o la británica, se ha utilizado esta vía para fijar criterios y definir ejemplos típicos que permitan anticipar en qué circunstancias se da (o no) una prominencia indebida a los bienes, servicios o marcas emplazados<sup>88</sup>.

## 2. Deber de información al espectador

49. La prohibición general de la publicidad encubierta, como ya ha sido señalado, se hace efectiva, tradicionalmente, mediante la imposición del deber de “separación” entre la publicidad y los demás contenidos, así como mediante un deber de identificación o aviso al espectador de la presencia de publicidad.

Mientras el deber de separación está excluido en el emplazamiento, el deber de identificación, por el contrario, debe considerarse vigente, aunque su aplicación en este ámbito exige una adaptación a las características específicas de esta modalidad publicitaria de los medios establecidos para su cumplimiento<sup>89</sup>. Ante la falta de separación, cobra una importancia decisiva el deber de identificación para que la presentación de los bienes o servicios en el contenido del programa no sea considerada un supuesto de publicidad encubierta. La CNMC, en su respuesta a las consultas formuladas por los operadores audiovisuales de 2014, ha resaltado la importancia de esta información para evitar confusiones al espectador que le induzcan a error sobre la naturaleza publicitaria de los emplazamientos de producto.

50. El artículo 11.3, inciso tercero, letra d) de la Directiva 2010/13/UE establece que se debe *informar al público de la existencia del emplazamiento de producto*, debiendo estar claramente identificado al principio y al final del programa, así como en su reanudación tras cada pausa publicitaria.

51. No precisa este artículo la forma en la que debe informarse al espectador, si bien el Considerando 90 especifica que la identificación podrá realizarse mediante un logotipo neutro. Por su parte, la CNMC considera que la información al espectador será adecuada siempre que consista en una sobreimpresión o transparencia claramente legible y con una duración mínima de cinco segundos en la que se indique “*este programa contiene emplazamiento publicitario*”. Asimismo, señala que los productos emplazados deben quedar enumerados al final del programa de forma claramente legible, bien diferenciados del resto de menciones y agradecimientos<sup>90</sup>.

52. Como excepción, se admite que el requisito de identificación del emplazamiento de producto pueda ser excluido por los Estados miembros “*siempre que el programa de que se trate no haya sido ni producido ni encargado por el propio prestador del servicio de comunicación o una empresa filial de este último*”, posibilidad a la que se han acogido la mayoría de ellos<sup>91</sup>.

## V. La proyectada revisión del régimen del emplazamiento de productos en la Propuesta de Directiva de 25 de mayo de 2016, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE

### 1. Justificación de la reforma

53. En mayo de 2016, la Comisión Europea hizo pública una propuesta, dirigida al Parlamento Europeo, para la modificación del vigente régimen audiovisual europeo. Se trata de la *Propuesta de*

<sup>88</sup> F. BASSAN, *op. cit.*, pp. 67 y 68; *Guidance on Section Nine of Broadcasting Code (2011)*, rule 9.5, párrafos 1.31 a 1.40.

<sup>89</sup> En el mismo sentido, *vid.*, entre otros, C. ANGELOPOULOS, “Product placement”, *cit.*, págs. 10, 11, 16 y 17; C. PINA / C. MESA, *op. cit.*, pp. 283 y 284; M. SÁNCHEZ RUIZ, *op. ult. cit.*, pp. 194-196.

<sup>90</sup> INF/D TSA/1356/14/CRITERIOS PUBLICIDAD, p. 13.

<sup>91</sup> En España, *vid.* art. 17.2 LGCA; en Reino Unido, *vid.* *Communications Act 2003, Schedule 11 A*, apartado 8; en Alemania, *vid.* § 7 (6) 3 *RStV*. En Francia, en cambio, no se ha previsto esta salvedad (*vid.* *Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986*, art. 14-1, apartado 4°).

*Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado*<sup>92</sup> (en adelante, “la Propuesta”).

La Propuesta introduce cambios significativos en la redacción del artículo 11 de la Directiva 2010/13/UE, por lo que, de salir adelante en los términos actuales, alteraría de forma sustancial el régimen vigente sobre emplazamiento de producto, analizado en los apartados anteriores.

**54.** En la documentación que acompaña a la Propuesta, se ofrece una justificación de la reforma proyectada sobre esta materia, basada en dos argumentos.

El primero de ellos es “la evolución del mercado de la radiodifusión televisiva”, debido a la aparición de nuevos servicios, incluso sin publicidad, que aportan a los espectadores una mayor libertad de elección<sup>93</sup>. Según se indica en el apartado 3 de la Exposición de Motivos, los cambios experimentados en el sector audiovisual (por ejemplo, el desarrollo alcanzado por las plataformas de distribución de vídeos) permiten introducir más *flexibilidad* en la regulación de las comunicaciones comerciales en general, y en el régimen del emplazamiento de producto en particular, sin que ello signifique una merma excesiva de la protección de los usuarios de los servicios audiovisuales por existir una mayor oferta de estos y, por ende, más alternativas para los usuarios.

**55.** La segunda razón aducida en la Propuesta como fundamento para los cambios que se proponen, referida específicamente a la figura aquí estudiada, es que el emplazamiento de productos puede generar aún importantes recursos adicionales para los prestadores de servicios de comunicación<sup>94</sup>. Subyace la idea de que la regulación actual ha podido ser un obstáculo para que el desarrollo de esta modalidad de comunicación no haya respondido a las expectativas que se habían generado en el sector. Por este motivo, la propuesta asume que debería adaptarse el marco regulatorio actual para incrementar la *competitividad* de los prestadores de los prestadores de servicios audiovisuales<sup>95</sup>.

Según la Exposición de Motivos, la propuesta presentada garantiza un equilibrio entre la competitividad y la protección de los consumidores<sup>96</sup>. En materia de emplazamiento de productos, se parte de la idea de que, con la regulación actual, la balanza se inclinaba en exceso por la protección de los consumidores<sup>97</sup>, por lo que propugna introducir modificaciones que favorezcan la competitividad de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

**56.** De la justificación expuesta cabe deducir, paradójicamente, que el único remedio que se sugiere a los usuarios de la “televisión tradicional” (los servicios de radiodifusión televisiva), frente al presumible incremento del uso del emplazamiento de producto que se persigue con la reforma proyectada, será dejar de demandar este tipo de servicios (a los que, mayoritariamente, tienen acceso de forma gratuita) y recurrir a esas otras alternativas que han incrementado la oferta a su alcance (servicios de vídeo bajo demanda y plataformas de distribución de vídeos generados por los usuarios).

Debe reconocerse, en todo caso, que la Propuesta extiende una parte de su regulación a estos “servicios de plataformas de distribución de vídeos”, en aspectos relacionados con la protección de los menores, o de los destinatarios en general, frente a contenidos que inciten al odio o la violencia contra ciertos colectivos<sup>98</sup>.

<sup>92</sup> Bruselas, 25.5.2016, COM (2016) 287 final; procedimiento 2016/0151 (COD). Puede consultarse en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-287-ES-F1-1.PDF>.

<sup>93</sup> *Vid.* el documento, ya citado, que acompaña a la propuesta de Directiva que analizamos, donde se evalúa el impacto de la Directiva de servicios audiovisuales (“Ex-post REFIT evaluation”, cit., pp. 32 a 36). Al respecto, *vid.* también ANA I. MENDOZA LOSANA, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

<sup>94</sup> *Vid.* Exposición de Motivos, ap. 3, pp. 11 y 12.

<sup>95</sup> “Ex-post REFIT evaluation”, cit., pp. 33 y 35; *vid.* también Anexo 7, pp. 212 y 213.

<sup>96</sup> Exposición de Motivos, ap. 5, p. 13.

<sup>97</sup> *Cfr.* Cdo. 15 de la Propuesta, donde se afirma que “la liberalización del emplazamiento de productos no ha aportado el esperado despegue de esta forma de comunicación audiovisual”.

<sup>98</sup> *Cfr.* artículos 6 bis, 12 y 28 bis de la Propuesta.

## 2. Regla general “permisiva”, exceptuada para programas determinados.

57. La Propuesta de la Comisión elimina la prohibición del emplazamiento de productos. Según el Considerando 15 de la Propuesta, la regulación actual (prohibición general, con algunas excepciones) no ha dado seguridad jurídica a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

En la nueva redacción del artículo 11.2 de la Directiva se suprime la prohibición y se reconoce la admisibilidad general del emplazamiento de producto en *todos los servicios de comunicación audiovisual*, excepto en los géneros de programas expresamente previstos. En concreto, el emplazamiento solo debe entenderse prohibido en los siguientes tipos de programas: de noticias y actualidad, de asuntos del consumidor, religiosos y con una importante audiencia infantil.

58. La supresión de la regla general prohibitiva merece una valoración positiva. Como ya se ha señalado<sup>99</sup>, no resultaba necesaria ni, sobre todo, coherente con el conjunto de la regulación de la Directiva sobre las comunicaciones comerciales audiovisuales. El hecho de que no haya sido incorporada en la mayoría de las normas nacionales de transposición avalaría el acierto de esta opción regulatoria. Su ausencia ni siquiera ha sido un obstáculo para que muchas de estas regulaciones internas sean más restrictivas que la propia Directiva en relación con la materia aquí estudiada.

59. En cuanto a la selección de programas donde no se admite el emplazamiento de producto, se han escogido aquellos géneros o categorías necesitados de mayor protección, bien por abordar contenidos especialmente sensibles (programas religiosos), bien por sus destinatarios (programas con una importante audiencia infantil) o bien por implicar un mayor riesgo de incurrir en publicidad encubierta (programas de noticias y actualidad, así como programa de asuntos del consumidor).

Respecto a los programas de asuntos del consumidor, se destaca en el Considerando 16 de la Propuesta que suelen ofrecer asesoramiento a los espectadores, o incluir análisis sobre la compra de productos y servicios. Se añade que permitir el emplazamiento de productos en dichos programas desdibujaría la distinción entre publicidad y contenido editorial, ya que sus espectadores pueden esperar que en estos programas se realice un análisis genuino y leal de los productos o servicios. En cuanto a los programas de noticias y de actualidad, aún cabe esperar un mayor grado de objetividad y neutralidad, incompatible con la finalidad comercial del emplazamiento de productos. Ha de evitarse el riesgo de incurrir en “publicidad redaccional”, que es la manifestación más grave de publicidad oculta o disfrazada<sup>100</sup>.

60. En el caso de los programas infantiles, se mantiene la prohibición vigente, si bien la Propuesta utiliza, no solo en el artículo 11 sino en el conjunto de su articulado, la expresión de programas “con una importante audiencia infantil”. El órgano que agrupa a los reguladores europeos del sector audiovisual (*ERGA*) ha emitido un informe sobre la Propuesta que se refiere a este cambio terminológico y señala que, aunque su intención es asegurar una mayor protección a los menores, resultaría difícil de implementar en la práctica<sup>101</sup>.

La Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo, en su informe sobre la Propuesta aprobado el 10 de mayo de 2017, propone una redacción distinta del artículo 11.2 de Propuesta de la Comisión, en la que se sustituye esta nueva expresión por la de “programas infantiles o contenidos dirigidos fundamentalmente a niños”<sup>102</sup>. Por su parte, el texto de la propuesta de la Comisión, en la versión

<sup>99</sup> *Vid. supra*, III, 1.

<sup>100</sup> Esta expresión procede de la doctrina italiana y se utiliza para aludir a la publicidad que, por no haberse deslindado perceptiblemente de un *contenido informativo/ periodístico*, no es percibida como tal. Sobre la “*pubblicità redazionale*”, *vid. F. UNNIA, op. cit.*, pp. 191-196; M. FUSI, *I contratti nuovi. Pubblicità commerciale [Trattato di Diritto privato]*, dirigido por M. BESSONE, vol. XV], 2ª ed., Giappichelli, Turín, 2007, pp. 103-106; A. STAZI, “I contratti di diffusione pubblicitaria non tabellare”, en GAMBINO, A. (Dir.), *I contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, Giappichelli, Turín, 2012, pp. 27-45, pág. 33 a 35.

<sup>101</sup> European Regulators Group for Audiovisual Media Services, “ERGA Opinion on AVMSD”, [ERGA (2016) 09], p. 7 (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/erga-opinion-avmsd-proposal>).

<sup>102</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0192+0+DOC+XML+V0//ES> (Enmienda 65).

aprobada por el Consejo de la Unión Europea en su sesión de 24 de mayo de 2017 considera preferible mantener la terminología actual (programas infantiles)<sup>103</sup>.

### 3. La reducción de los requisitos cualitativos: especial referencia a la “prominencia indebida”

61. El aspecto más llamativo de la Propuesta de la Comisión, en su versión inicial, es que implica un recorte drástico de los límites cualitativos al emplazamiento de producto previstos en el inciso 3º del artículo 11.3 de la Directiva 2010/13/UE.

62. La Comisión aboga en su Propuesta por la supresión del requisito actualmente recogido en la letra c), que exige *no dar prominencia indebida* a los productos emplazados. Tras poner de relieve las dificultades para su aplicación en la práctica, el Considerando 17 de la Propuesta señala que esta norma “limita el despegue del emplazamiento de productos que, por definición, implica cierto nivel de exposición prominente para poder general valor”.

La verdadera cuestión que el legislador europeo debería afrontar, en realidad, es la de concretar cuál es el “nivel de exposición prominente” admisible o tolerable. Es preciso desarrollar criterios concretos para lograr que esa ansiada “generación de valor” (y, por ende, la mejora de las herramientas de financiación del sector audiovisual europeo que traería consigo) sea conciliable con los demás intereses afectados. Entre estos, es obligado incluir el interés de los espectadores, que merecen cierto grado de protección ante una forma de publicidad que aparece integrada de forma ineludible en otros contenidos audiovisuales, que son los que ellos han elegido. Debe recordarse, además, que estamos ante una comunicación comercial a la que, junto al patrocinio, no le resultan aplicables los límites cuantitativos que restringen las comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas en sus restantes modalidades.

63. En cuanto al requisito actualmente previsto en la letra b), se mantiene la exigencia de *no incitar directamente a la compra* o arrendamiento de los bienes o servicios objeto de emplazamiento en un programa. Sin embargo, se elimina el último inciso, que impide hacerlo “*mediante referencias de promoción concretas* a dichos bienes y servicios”. Como se deduce de la propia redacción del precepto, el inciso suprimido en la Propuesta de la Comisión no hace sino concretar una forma posible (de hecho, la más frecuente) de incitar directamente a la compra de los productos o servicios emplazados.

Las referencias concretas realizadas a los productos o servicios presentados en el marco de la acción o el argumento del programa de que se trate constituirán una “incitación directa a la compra” solo si son referencias *promocionales*. Y habrán de considerarse como promocionales las referencias “dirigidas a promover la contratación” de los bienes emplazados<sup>104</sup>. Estamos, pues, ante dos caras de la misma moneda, por lo que la supresión del inciso señalado no hace sino dificultar la interpretación de lo que deba entenderse por “no incitar directamente a la compra”.

64. Señala el Considerando 17 de la Propuesta que los requisitos relativos a los programas que contengan emplazamiento deberán concentrarse “en informar claramente a los espectadores de la existencia de dicho emplazamiento y en garantizar que no se vea afectada la independencia editorial del prestador de servicios de comunicación audiovisual”.

La única fundamentación ofrecida para suprimir el requisito de la “prominencia indebida” es que resulta difícil de aplicar. No se ha valorado, en cambio, las esenciales conexiones existentes entre los tres principios actualmente previstos en las letras a) a c) del inciso 3º del art. 11.3 de la Directiva, que han de ser interpretados de manera conjunta al ser aplicados a un caso concreto.

La realización de referencias concretas “promocionales” a los bienes o servicios objeto de emplazamiento en un programa (laudatorias y de estímulo a su compra), así como la prominencia excesiva o reiterada de estos en la acción o argumento del mismo, son claros indicios que demuestran una falta de

<sup>103</sup> [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_9691\\_2017\\_INIT&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9691_2017_INIT&from=EN)

<sup>104</sup> El artículo 2 LGP define la publicidad comercial como “toda forma de comunicación realizada [...] con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

justificación editorial y, por ende, la afectación de la independencia del proveedor de servicios responsable del programa en cuestión. La acreditación de un incumplimiento del requisito de la “independencia editorial” del prestador de servicios se convertiría en una tarea muy ardua si no pudiera acudir a los otros dos, debido a su eliminación como “requisitos independientes”<sup>105</sup>.

65. A la vista de lo anteriormente expuesto, es obligado resaltar que, en las fases sucesivas del procedimiento de tramitación de la propuesta, se han propuesto enmiendas o redacciones alternativas al texto de la Propuesta de la Comisión para el artículo 11 de la Directiva 2010/13/UE en las que se reduce sustancialmente el alcance de los cambios introducidos. Así, la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo propone reintroducir el requisito de la “prominencia indebida” (enmienda 65). El Consejo de la Unión Europea, por su parte, en el texto aprobado en la sesión de 24 de mayo de 2017, opta por mantener inalterado, salvo leves mejoras de redacción, el contenido actual de las letras a) a d) del artículo 11.3, inciso tercero, de la Directiva 2010/13/UE.

#### 4. La ausencia de cualquier alusión al suministro gratuito de productos o servicios “con miras a su inclusión en un programa”

66. Es preciso apuntar, finalmente, un último cambio incorporado en la Propuesta de la Comisión: la desaparición (tanto en el texto del artículo 11 como en cualquiera de los Considerandos de la Directiva) de toda referencia al suministro *gratuito* de bienes o servicios, como ayudas a la producción o premios, con miras a su inclusión en un programa.

67. Ante las muchas incógnitas y discrepancias existentes en las legislaciones internas respecto a este tema, el legislador europeo parece haber entendido que lo más prudente es no intervenir. En relación con este aspecto, ni la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo ni el Consejo de la Unión Europea han propuesto cambios en el texto inicial de la Propuesta de la Comisión, al menos en el estado actual del procedimiento de tramitación de la misma. De mantenerse esta situación, el nuevo régimen armonizado solo alcanzará al emplazamiento de producto que se realice “a cambio de una remuneración o contraprestación similar”, de acuerdo con la definición prevista en el artículo 1, letra m) de la Directiva 2010/13/UE.

68. Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que la Propuesta de Directiva (artículo 4) mantiene la posibilidad de que los Estados miembros exijan a los prestadores de servicios de comunicación bajo su competencia judicial el cumplimiento de normas más estrictas o pormenorizadas, entre otras materias, en relación con el emplazamiento de producto, siempre que dichas normas sean conformes al Derecho de la Unión.

## V. Conclusiones

69. La determinación de los límites dentro de los cuales debería considerarse admisible la presentación visual o verbal, con fines comerciales, de bienes o servicios, identificados mediante signos distintivos e integrados en programas audiovisuales de contenido no publicitario, es una cuestión compleja y casuística. La experiencia en la aplicación de los criterios fijados por la Directiva 2010/13/UE invita a propugnar una revisión de la regulación europea sobre emplazamiento de producto que garantice mayor grado de seguridad jurídica a los proveedores de servicios audiovisuales que deseen utilizar esta modalidad de comunicación comercial.

70. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, publicada por la Comisión Europea en mayo de 2016, adoptada por el Parlamen-

<sup>105</sup> En la misma línea, *vid.* la postura expresada por el Grupo de los reguladores europeos de servicios audiovisuales en su informe sobre la Propuesta (“ERGA Opinion on AVMSD”, *cit.*, p. 8).

to Europeo en primera lectura y actualmente en tramitación por el procedimiento legislativo ordinario, pretende mejorar la competitividad de los prestadores de estos servicios mediante una regulación de las comunicaciones comerciales más flexible. En lo que concierne a la materia abordada por este trabajo, sin embargo, no parece que la citada Propuesta, de acuerdo con el texto elaborado por la Comisión Europea, pueda alcanzar el objetivo deseado de aumentar la seguridad jurídica para favorecer una mayor utilización del emplazamiento de producto en el mercado audiovisual europeo.

71. La supresión del requisito cualitativo que impone no dar una *prominencia indebida* a los productos o servicios objeto de emplazamiento en un programa, en particular, previsiblemente produciría un efecto contrario al que se quiere conseguir. Un factor esencial para poder establecer los límites de licitud del emplazamiento de producto en un caso concreto, que no parece haber tenido en cuenta la Comisión en su Propuesta, es la necesidad de interpretar y aplicar de forma conjunta los requisitos *cualitativos* establecidos en la legislación actual, dada la inescindible relación existente entre los mismos. La eliminación de uno de ellos, ignorando la influencia que ello tendría en la interpretación de los restantes, no parece que pueda contribuir a clarificar las incertidumbres detectadas en la práctica ni, por ende, a configurar un escenario legislativo más seguro y previsible.

72. La clave para el deslinde con la publicidad encubierta habrá de ser, en principio, el deber de informar al espectador de la existencia del emplazamiento de producto. No cabe pensar, sin embargo, que todo emplazamiento de producto deba considerarse lícito, *cualquiera que sea el modo en que se realice la integración de los bienes o servicios en el contenido del servicio audiovisual de que se trate*, solo porque se avise al espectador.

73. Para solventar los problemas actuales, no es la solución eliminar o reducir los *requisitos cualitativos* del emplazamiento de producto, sino especificar algunas pautas más concretas para su interpretación y aplicación. La previsión expresa en la Directiva de una remisión a la autorregulación en esta materia quizás también podría ser de utilidad para el logro de ese fin. Aún habría tiempo para que la reforma legislativa en curso pudiera reorientarse en esta dirección. Ello sería más acorde, en mi opinión, con el objetivo señalado de lograr un adecuado equilibrio entre los diversos intereses implicados en esta cuestión.