Una reconsideración como técnicas de comunicación publicitaria

POR **MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RUIZ**

En el proceso de revisión de la normativa europea sobre publicidad televisiva se plantean diversos problemas de definiciones y conceptos en relación con las transformaciones publicitarias. El autor aboga por una adecuación más completa de la regulación para el futuro.

En el mes de abril de 2002, la Comisión de Educación y Cultura de la Unión Europea, que entiende en los temas audiovisuales, mostró una cierta inquietud por la posible necesidad de revisar y actualizar la directiva de la Televisión sin Fronteras (TVSF). La preocupación se debía a que el avance experimentado por las nuevas tecnologías, que han contribuido a que se instauren ciertas novedades en los formatos de comunicación que se realizan a través de la televisión, podría provocar una colisión con los principios vigentes en dicha directiva, a pesar de que, desde su publicación en 1989, ha sido actualizada en 1994 y 1999. Para subsanar este posible desajuste, la Comisión inició una serie de consultas a los distintos países miembros con el fin de aunar los criterios básicos sobre la legalidad de las mencionadas prácticas y la posibilidad de incorporarlas a la normativa que rige la TVSF si fuese necesario. Su acierto, en este sentido, es doble: 1) por la reflexión que merecen estas nuevas tecnologías y sus innegables consecuencias en la transmisión de imágenes y contenidos, y 2) por la necesaria armonización de las distintas legislaciones, incluidas las de los países que se han incorporado últimamente a la Unión.

El objeto de estas líneas se centra en reflexionar sobre los posibles efectos que se derivan para la actividad publicitaria de la inserción de tales formas nuevas de comunicación dentro de las pautas profesionales y contribuir a que se evite su colisión con las disposiciones vigentes en esta materia.

Fundación Telefónica

La consulta y el resultado

A partir del mes de abril, la Comisión puso en circulación un documento que, en lo que se refiere a la publicidad, recogía el objeto y las bases de discusión con el título siguiente: «Reexamen de la Directiva ´Televisión sin Fronteras`. Tema 3: Protección de los intereses generales en el caso de la publicidad televisada, el patrocinio, la televenta y la autopromoción». Los puntos principales sobre los que recababa la opinión de los países miembros se ceñían a los siguientes:

1) Conceptos y definiciones: vigencia actual de las definiciones de publicidad televisiva, publicidad oculta, patrocinio y televenta.

2) Normas generales a las que se deben adecuar las formas de publicidad aludidas, sobre todo en lo referente a la protección de la salud, la seguridad y la infancia.

3) Presentación de la publicidad televisada: posible influencia de las nuevas tecnologías en la presentación de estas formas de comunicación sin que induzcan a confusión en los receptores de los mensajes y consumidores de los productos que anuncian.

4) La inserción de la publicidad y *spots* de televenta al comienzo y mientras se difunde un espacio televisivo, y disfuncionalidades que puede causar.

5) Prohibición de la publicidad y televenta del tabaco y del alcohol: problemas de interpretación de estas reglamentaciones a la luz de las nuevas tecnologías y, en su caso, soluciones posibles.

6) Cumplimiento del tiempo que otorga la ley a la difusión de publicidad por cada hora de programación, con especial atención a las cadenas que incluyen espacios de televenta.

7) Consideración especial del patrocinio: papel especial del patrocinador y limitaciones que debe observar para no interferir ni en el contenido ni en la línea editorial del medio.

8) Análisis de la publicidad virtual, la publicidad interactiva y la «de pantalla compartida» debido a que, de acuerdo con las disposiciones de la ley de TVSF, ciertos Estados miembros han prohibido alguna de las tres formas de publicidad enunciadas.

Además de las opiniones recabadas a los Estados miembros y con el fin de acometer ordenadamente la solución a los problemas planteados, en abril de 2002, la Comisión encargó un Informe sobre el Desarrollo de las Nuevas Formas Publicitarias que fue realizado por Carat Crystal y la consultora Bird & Bird, ambas radicadas en Bruselas. El informe sobre la Publicidad en España corrió a cargo de José Antonio Storch, Director General de Arce Media, y de Bird & Bird Bruselas.

Fundación Telefónica
Telefónica

El resultado definitivo de la consideración de las opiniones de los países miembros y de los informes citados se ha traducido en una disposición: «Davantage de securité pour la publicité à la televisión: la Comision précise son interprétation de la directive «Television sans frontières». El texto, fechado el 23 de abril de 2004, confirma la validez de la directiva de TVSF como marco adecuado para regular estas nuevas formas de publicidad. Únicamente puede entrar en litigio con los formatos más innovadores introducidos con posterioridad: la pantalla compartida, la publicidad interactiva, la publicidad virtual y el uso acrecentado de otras formas nuevas de publicidad.

La comisaria Viviane Reding, responsable de educación y cultura, adujo dos razones para justificar la decisión tomada:

1) La directiva de la TVSF reconoce que la publicidad constituye una base económica imprescindible, hoy por hoy, para todas las cadenas de televisión privadas y de una buena parte de las públicas a cuyas emisiones se puede acceder libremente. En este sentido, la publicidad ?en sus distintas manifestaciones? contribuye a mantener el mapa plural y diverso de canales existente en la Unión Europea.

2) También reconoce que es necesario poner los límites pertinentes a la publicidad para salvaguardar los intereses de los telespectadores y los derechos de los autores sobre la integridad de sus obras. En este sentido, conviene recordar que el artículo 14 de la Ley 25/1994, refrendado posteriormente por el artículo 13 de la Ley 22/1999, estipulan que el tiempo máximo dedicado a la publicidad no debe superar los 17 minutos en total por hora de programación, de los que 12 minutos pueden dedicarse a la publicidad comercial estrictamente considerada y cinco minutos a la publicidad de la propia programación.

La Comisión, por otra parte, pretende que los distintos países miembros garanticen la protección de los consumidores tanto ante estas formas nuevas de publicidad como ante los abusos cometidos en lo que a tiempos dedicados a la misma se refiere. Por ello, reconoce también que los acuerdos alcanzados no pueden concretarse en una nueva disposición obligatoria para todos los países miembros. La propia comisaria manifestó que hay que establecer un calendario de procedimiento en dos fases: a medio plazo, será necesario examinar con mayor profundidad los diferentes problemas que se suscitan antes de establecer un marco legislativo; a corto plazo, la Comisión ha decidido difundir el comunicado aludido anteriormente que considera como una «comunicación interpretativa» aplicable a la publicidad difundida por televisión.

Algunas precisiones necesarias

A pesar del escaso eco que dicho comunicado alcanzó en los medios de comunicación y en las revistas especializadas que, en las fechas en que fue dado a la luz ?junio de 2004?, despacharon el tema en unas breves líneas en el mejor de los casos, una lectura atenta de las cuestiones planteadas deja al descubierto notables lagunas que podían haberse subsanado. La medida dictada: 1) no resuelve el problema en lo que se refiere a dos conceptos importantes en la publicidad televisiva: el patrocinio y el emplazamiento de producto; 2) deja como prácticamente inexistente la publicidad virtual; 3) no entra en la regulación existente sobre los

Fundación Telefónica
Telefónica

mensajes publicitarios en la Red, competencia propia de cada país; y 4) introduce un concepto nuevo, el de «pantalla compartida», que entra en litigio con espacios ya existentes. A continuación, se especifica el alcance de estas afirmaciones ajustando las reflexiones a cada una de estas formas publicitarias.

1. El patrocinio

El artículo 1, d), de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre, conocida como Ley de la TVSF, está dedicado a establecer las definiciones de los términos radiodifusión televisiva, publicidad televisiva, publicidad encubierta y patrocinio. Al referirse al patrocinio televisivo, lo define como:

«Cualquier contribución realizada por una empresa pública o privada no vinculada a las actividades de radiodifusión televisiva o la producción de obras televisivas, a la financiación de programas televisados con la finalidad de promover su nombre, su marca, su imagen, sus actividades o sus realizaciones».

Unas líneas más adelante, en el artículo 17, se especifican las condiciones que deben cumplir los programas patrocinados: a) el patrocinador no puede influir en el contenido del programa patrocinado, b) debe hacer constar su identificación o logotipo al comienzo y/o al final del programa, c) no puede incitar a la compra, y d) no puede patrocinar ni telediarios ni programas de información política.

La Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva 89/552/CEE, añade una nueva e importantísima aclaración a las condiciones enumeradas en dicha directiva. En efecto, el artículo 15, dedicado al patrocinio televisivo, recoge un cuarto punto que dice: «Los espacios de tiempo dedicados al patrocinio televisivo no se cuantificarán a los efectos de los tiempos máximos de publicidad previstos en el artículo anterior».

El contenido de este artículo defiende que la publicidad de patrocinio habría que contabilizarla en esos cinco minutos dedicados a la autopromoción, no en los 12 de publicidad neta que le otorga la propia TVSF.

La Ley 22/1999, de 7 de junio, que modifica la Ley 25/1994, de 12 de julio, amplía en su artículo 15 el sentido de las disposiciones referidas al patrocinio televisivo. Tras mencionar la obligatoriedad de identificarse el patrocinador por medio de sus signos de identidad visual, añade la siguiente disposición: «La acción de patrocinio y el patrocinador podrán identificarse también en las interrupciones publicitarias, así como en el transcurso del programa patrocinado siempre que ello se haga de forma esporádica y sin perturbar el desarrollo del programa».

Es fácil apreciar en todo el articulado expuesto que la directiva tiende a identificar constantemente el patrocinio con la financiación de la retransmisión de un programa. Es decir, el patrocinio se entiende como una acción de un patrocinador que financia una retransmisión a cambio de que su nombre aparezca unido a los signos de identificación del patrocinado. Esta

Fundación Telefónica
Telefónica

concepción del patrocinio, además de caduca, se inscribe en unos márgenes muy estrechos y deja de lado dos acepciones mucho más importantes que la aducida: el patrocinio como formato publicitario y el patrocinio como facilitador de un evento.

¿Qué se entiende por patrocinio como formato publicitario*? El Estudio Infoadex de la Inversión Publicitaria en España 2004* distingue hasta tres tipos distintos de patrocinio como modalidad publicitaria:

– Patrocinio de avance de programación: generalmente se realiza por medio de un *spot* de corta duración ?de siete a diez segundos?, que antecede o sigue al espacio patrocinado. Son paradigmáticos los que difunde Repsol como patrocinador del informe meteorológico: «Repsol les ofrece el tiempo» o «Repsol les ha ofrecido el tiempo».

– *Spot* patrocinador: película publicitaria de veinte segundos o de mayor duración que se sitúa en el bloque publicitario siguiente al del patrocinio de avance de programación. También lo suele programar Repsol. Este tipo de espacios tiende a desaparecer en la televisión porque ya aparece el *spot* de corta duración antes y después del espacio patrocinado. En cine, sin embargo, se ha consolidado el *spot* patrocinador de Mahou, que no tiene nada que ver con el producto pero que patrocina el denominado «Cine 5 Estrellas», un concepto que la marca cervecera promociona para conseguir notoriedad para su producto más importante ?la cerveza de 5 estrellas? y, de paso, también para su marca.

– Patrocinio dentro de un programa: se denomina así a un espacio o presencia publicitaria dentro de un programa, que es realizado por el propio presentador del programa y que aparece identificado como publicidad en la parte superior de la pantalla. La forma más sencilla de llevarlo a cabo suele ser que el presentador se retire del decorado donde está y pase a otro, tome el producto y hable de él. Se puede decir que, en cierto modo, se identifica con la televenta.

La peculiaridad de estos tres tipos de patrocinio se centra en que los tres son espacios independientes del programa que patrocinan, aunque reúnan la cualidad común de ser publicidad. En la directiva de la Unión Europea, no se contemplan como tal tipo de patrocinio.

Tampoco se contemplan los denominados copatrocinadores asociados, conjunto de firmas que intervienen en la financiación de la transmisión de ese evento y de los que sólo suele mencionarse el principal. Este caso se da con mucha frecuencia en la prensa: algunos anuncios incorporan un patrocinador principal en primer término o de manera más destacada y varios secundarios en segundo plano.

La radio ha polarizado últimamente una corriente de inversión en un nuevo tipo de patrocinio copiado de la televisión: el nombre de algunos anunciantes aparece ligado a ciertos conceptos o formatos que, en ocasiones, no guardan referencia con su contenido aunque sí sucede en otras. No faltan ejemplos: «El BBVA patrocina la información de la bolsa» es un patrocinio que versa sobre la información bursátil y que guarda coherencia con la naturaleza del negocio de esa compañía bancaria. Sin embargo, «El minuto de oro de Repsol», «La pregunta Garvey» o «La buena noticia Amena», patrocinados por dichas firmas, no adelantan en su enunciación el

Fundación Telefónica
Telefónica

contenido de ese espacio, que queda a voluntad del locutor que lo presenta en ese momento. Ambos tipos, sin embargo, son igualmente patrocinios aunque el efecto que se persigue sea solamente de notoriedad. Tampoco se alude a ellos en las disposiciones europeas.

La conclusión a esta mínima consideración de cómo se ha planteado la figura del patrocinio publicitario no puede ser otra que la de una sensación de cierta precariedad cuando no de confusión. Se ha expuesto la existencia de varios formatos de patrocinio. Según el artículo 15 de la Ley 25/94, ¿se pueden incluir todos en los cinco minutos de publicidad dedicada a la programación? Si esto es así, entraría en colisión con la publicidad, al menos en algunos de los formatos que se consideran a continuación, especialmente en los que implican compartir la pantalla con otra información.

2. La sobreimpresión

Físicamente, este formato publicitario se materializa en una banda de 1/6 de la medida de la pantalla que se sitúa en la base de la misma. La duración de su proyección suele ser de seis segundos. La ley autoriza a que contenga un mensaje textual referido a un producto, sin imágenes y con el logotipo de la empresa, en una franja de 300 mm de altura por 400 mm de base. También señala que su inclusión no debe molestar la continuidad de la retransmisión. Este formato publicitario se utiliza con mucha frecuencia en las pausas de las retransmisiones deportivas o cuando el juego se ha interrumpido momentáneamente. Su característica esencial reside en la coincidencia de dos mensajes: por una parte, la presentación de un hecho informativo que constituye la parte principal de la retransmisión pero que en esos momentos sufre una congelación y, por otra, la inserción de un mensaje publicitario, ajeno a la información principal.

El texto difundido por la Comisión califica este formato como «pantalla compartida». Dictamina que, por esta razón, se ha de considerar como publicidad comercial y contabilizarse dentro de los doce minutos dedicados a la publicidad por hora de emisión.

3. La publicidad de pantalla compartida

Existe otra modalidad de formato publicitario, derivada directamente del patrocinio e indirectamente de la sobreimpresión, que está originando una controversia notable y sobre la que las disposiciones dictadas por la Unión contribuyen a sembrar confusión. Se trata de un formato especial de patrocinio de espacios televisivos en el que ambos sujetos ?patrocinador y espacio patrocinado? aparecen al mismo tiempo en la pantalla: en un recuadro que sirve de marco, se cita el nombre del espacio y el del patrocinador mientras que la parte interior se dedica a las imágenes del nuevo espacio patrocinado. Algo así como un *spot* enmarcado en un *passepartout.* Es una modalidad que puso de moda *Tele 5* y que ha sido aceptada posteriormente por las demás televisiones. Suele ir unida a la publicidad de un espacio y lo usual es que, según la doctrina expuesta, su tiempo se contabilice dentro de los cinco minutos autorizados para la publicidad de la programación, a menos que lleve resaltada en una esquina

Fundación Telefónica
Telefónica

la palabra «publicidad».

Este formato admite otra reflexión añadida. A la luz del nuevo concepto de «pantalla compartida», introducido por la Comisión en su dictamen, el patrocinio de programación no está muy claro que deba considerarse exclusivamente patrocinio. En efecto, este tipo de mensajes incorpora los signos de identificación del patrocinador junto a los del canal difusor y, en el interior del recuadro, sitúa dos tipos de contenido: en algunas ocasiones, presenta imágenes discontinuas o fijas del espacio patrocinado, formato que sí podría considerarse patrocinio de programación y que habría que contabilizar en los cinco minutos dedicados a él; en otras, esas imágenes enmarcadas son pura y simplemente un *spot* del patrocinador que trata de pasarse amparado en el marco de la pantalla y que, supuestamente, habría que contabilizar dentro de los doce minutos autorizados para publicidad.

La afirmación anterior se refuerza si se tiene en cuenta una variable importante que les acompaña: estos anuncios patrocinadores de avance de programación suelen ocupar el primer lugar como *spot* de entrada al bloque publicitario o como *spot* de salida, lo que significa que tienen asegurada prácticamente la audiencia al estar situados en una ubicación privilegiada de cara al siguiente bloque publicitario o a la reanudación de la programación.

El argumento se perfecciona si se tiene en cuenta la distinción básica establecida por la propia directiva de TVSF, que diferencia entre espacios dedicados a la información y los no dedicados a esta materia; es decir, el resto de la programación, que debería contabilizarse desde que cesa la información hasta que se reanuda. El contenido publicitario que se produce entre esos dos extremos del corte de programación está tocado por algún tipo de publicidad, bien sea por la denominada publicidad comercial o por la de promoción de la programación. Está muy claro que ambas no deberían sumar más de diecisiete minutos.

Últimamente, se ha sumado un nuevo espacio que no contabiliza como tiempo publicitario pero que se exhibe en un tipo concreto de mensajes publicitarios. Se trata de la coda de los *spots* de los productos farmacéuticos denominados éticos: esa advertencia de dos o tres segundos que nos recomienda «consultar al farmacéutico» no se contabiliza como tiempo publicitario por parte de Sofres. La razón aludida se materializa en que «es una imposición legal» que no están dispuestos a pagar los anunciantes.

4. La publicidad virtual

El concepto de publicidad virtual se asimila, en cierto modo, al de sobreimpresión. Consiste en incrustar o sobreponer una información en un lugar que no la tiene en la realidad. Puede servir de ejemplo el hecho de situar el logotipo de una marca en el círculo central de un estadio de fútbol o en el hueco de una portería, lugares ambos que, como es obvio, no la incluyen en la realidad. Aprovechando los recursos tecnológicos, se llevan a cabo este tipo de superposiciones en los momentos en que el juego está detenido. Su aparición no molesta ni interrumpe el desarrollo normal del espectáculo deportivo y redecora el terreno de juego con una imagen, al menos, sorprendente.
La práctica diaria dice que ni es una publicidad frecuente ni tampoco entusiasma a los

Fundación Telefónica
Telefónica

anunciantes.

El texto de la Comisión califica acertadamente estas inserciones como publicidad y dictamina que deben incluirse en los doce minutos reglamentarios concedidos a la publicidad por cada hora de retransmisión.

5. La publicidad interactiva

Desde un punto de vista técnico, la publicidad interactiva está muy inmadura todavía. La experiencia habida en este terreno durante el trienio 2000-2002 fue más bien insatisfactoria. De entrada, los publicitarios la acogieron con entusiasmo porque intuían una posible renovación de las formas, los canales, la consiguiente revitalización profesional y de las inversiones. El resultado no estuvo a la altura de las expectativas ni del entusiasmo inicial.

Las causas que contribuyeron a ello fueron muchas y de muy diversa naturaleza: desde las carencias de una vía de retorno suficiente a la poca flexibilidad de las operadoras, los problemas inherentes a la tecnología y, cómo no, la falta de experiencia de los profesionales, en general, en este lenguaje publicitario. Los creativos atribuyeron la falta de éxito que obtuvieron con ella a las siguientes razones: costes de producción elevados, ancho de banda insuficiente para canalizar las respuestas, falta de liderazgo para asumir la dirección comercial debido a la autonomía de las partes intervinientes ?canales, anunciantes y plataformas? y la poca capacidad para llevar a cabo la creación y el desarrollo conceptual.

A todas esas razones, hay que incorporar otra fundamental: la nueva estrategia que impone la posibilidad de una comunicación interactiva. La interactividad aporta un significado especial a la publicidad porque el televidente puede ejercer un diálogo con el mensaje publicitario, bien sea porque el propio mensaje se lo pide o bien porque él desea realizarlo. Esta peculiaridad la distancia considerablemente de la publicidad ordinaria entre otras razones porque:

1) Dedica mayor tiempo de comunicación al telespectador que los veinte o treinta segundos necesarios para transmitirle los valores del producto o servicio, que suelen apoyarse generalmente en argumentos de tipo emocional.

2) Aplica a la publicidad ordinaria algunos criterios propios del *marketing* directo mediante la recogida de información del espectador que interactúa.

3) Puede remitir al espectador a un *TV site* o una tienda virtual, para que conozca los aspectos que más le interesen del producto publicitado.

4) Dirige al espectador hacia un establecimiento del cliente para que le faciliten la información que necesite y, de paso, el vendedor podrá desarrollar todo un proceso de persuasión para conseguir la venta.

5) Puede crear una relación más intensa entre el consumidor y la marca mediante la puesta en

Fundación Telefónica
Telefónica

marcha de juegos, concursos, música bajo demanda y otros instrumentos para captar su atención e, incluso, pedir su participación en el *spot*: que elija el final que más le agrade.

Todas estas peculiaridades obligan al publicitario a plantearse un plan de comunicación distinto al que se deriva de los veinte segundos convencionales. Algunos profesionales vieron esta ventaja y tuvieron que desechar la publicidad interactiva porque constataron que su grupo objetivo no estaba preparado todavía o no quería interactuar. Una excepción generalizada la componían los niños, que actuaban inmediatamente. También lo hacía esa generación de usuarios de teléfonos móviles que contesta con mensajes a las peticiones de votación de las distintas emisoras, instala músicas en sus móviles y, en general, ha incorporado el terminal telefónico a su vida diaria durante las veinticuatro horas del día. Es el canal de retorno más rápido que posee la televisión analógica y, además, supone unas entradas económicas muy saneadas.

En definitiva, la publicidad interactiva no parece que vaya a dar muchos quebraderos de cabeza a la directiva de la TVSF. Como forma de comunicación a tener en cuenta, parece que todavía le quedan unos años de espera. Todo parece indicar que se impondrá después del apagón analógico, una vez que exista la base tecnológica suficiente y se haya potenciado este tipo de conducta en los consumidores televidentes.

5. El emplazamiento de producto

El emplazamiento de producto es una técnica que no posee tratamiento específico ni en la legislación europea ni en la española. En ausencia de regulación expresa, se le aplica la normativa 84/450/CEE sobre la publicidad engañosa, la Ley 34/1988 General de Publicidad, la Directiva 89/552 de TVSF, la Ley 25/1994 de TVSF, la Directiva 97/36/ CE y las sucesivas modificaciones que ha experimentado. En todas ellas, se alude a un tipo de publicidad indirecta y encubierta pero no se menciona expresamente el término «emplazamiento de producto» o su más difundido anglicismo product placement.

La Directiva 552/1989, de 3 de octubre, expresó su oposición frontal a la presencia de los distintos tipos de publicidad indirecta en su cap. I, artículo 1 c), cuando definió la publicidad encubierta 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 organismo de radiodifusión televisiva o la producción de obras televisivas, a la financiación de programas televisados con la finalidad de promover su nombre, su marca, su imagen, sus actividades o sus realizaciones».

La Ley 25/1994 insiste en considerar ilegal a este tipo de publicidad en el capítulo I, artículo 3 d), donde califica como publicidad encubierta «la presentación de bienes y servicios, nombre, marca» en obras televisivas pero con la condición de que «se hiciere a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta».

El documento emanado en abril de 2004 remite a los artículos anteriores, lo que presupone que

Fundación Telefónica
Telefónica

sigue cuestionando esta aparición de bienes o marcas. Sin embargo, no termina de definir y aquilatar la denominación específica del término «emplazamiento de producto».

Esta falta de regulación tiene descontenta a la profesión, que no ve bien el hecho de que se ataque a la técnica indirectamente, de forma sistemática y persistente, y no se entre de lleno en su consideración. También preocupa a los consumidores, especialmente a los televidentes de series, que ponen el grito en el cielo cada vez que se realiza un emplazamiento activo o pasivo, verbalizado o no verbalizado. Aunque no fuese más que por tranquilizar los ánimos de ambos colectivos, debería haberse puesto manos a la obra y haber llegado a una sistematización, siquiera elemental, del emplazamiento como técnica de comunicación persuasiva. Lo mismo que se ha llevado a cabo con el patrocinio pero con mayor calidad y profesionalidad.

El marco legal existente dictamina que las inserciones de marcas o productos realizadas fuera del tiempo especialmente dedicado a la publicidad, y en las que se presume la intención de que hay remuneración o pago de esas apariciones, deben ser consideradas como publicidad encubierta. Esta denominación incrementa su aspecto negativo por el hecho de que, según los preceptos legales citados, su aparición puede inducir a error a los receptores, afectar a su comportamiento económico y perjudicar a los competidores de las marcas o productos que aparecen. Apoyada en estas consideraciones, la Ley transforma automáticamente el emplazamiento de producto en publicidad engañosa y, por tanto, ilícita, lo que lleva directa e inexcusablemente a su prohibición total.

La raíz de la discordancia con este planteamiento reside en varios aspectos, todos ellos discutibles o susceptibles al menos de más de una interpretación. Entre los más notorios cabe destacar los siguientes:

1) La naturaleza del emplazamiento de producto difiere de la publicidad por una razón importante: en materia publicitaria, el anunciante elabora y controla la aparición del mensaje; en el emplazamiento de marcas y/o productos es el medio o la productora quienes lo dominan y controlan por qué forma parte de la narración del documento audiovisual, sea serie, película o programa.

2) Universalidad del uso de las marcas. Resulta un tanto extraña la demonización generalizada que cierto tipo de televidentes realizan de las marcas que aparecen en las series o películas que se difunden por televisión. Afortunadamente, todavía no se ha generalizado esa postura hacia los filmes proyectados en salas de exhibición. Sin tratar de defender todos esos emplazamientos ?algunos son realmente zafios y absolutamente interesados?, conviene pensar que cualquier consumidor se ve hoy día sumergido en un mar de marcas comerciales en su vida diaria. Sectores como el vestuario, la alimentación, los automóviles y, en general, todo lo que nos rodea está gobernado por las marcas. Si el director de una serie quiere reflejar con veracidad lo que sucede en la vida diaria, tendrá que incorporar necesariamente estos signos de identificación de productos o compañías. Esto no significa que deba insertar obligatoriamente los productos o las marcas; a veces, el propio envase ?con su color o su forma? refleja sobradamente la naturaleza del producto y lo identifica ante el consumidor. Piénsese, por ejemplo, en la botella de cristal de Coca-Cola, el color verde de la botella de J & B, el diseño específico de ciertos automóviles y un sinfín de ejemplos más, todos ellos muy

Fundación Telefónica
Telefónica

divulgados por la publicidad. No hace falta que aparezca la marca para conocer de cuál se trata con sólo verlos.

3) Pago por aparición. La publicidad, cualquiera que sea la forma en que se manifiesta, paga siempre por su aparición. En el caso del emplazamiento, no hay constancia de que se pague, al menos en todas las ocasiones. Es más, en algunos casos, los productos que aparecen en esos documentos audiovisuales han sido utilizados negativamente por directores de cine que no han conseguido financiación de las firmas fabricantes. Las marcas maltratadas no han presentado reclamación alguna por esa acción o conducta negativa hacia ellas.

4) Escenarios reales. El hecho de que se reiteren los mismos o parecidos escenarios en todas las series, con un elevado porcentaje de coincidencia de productos similares, evidencia que se trata de reproducir escenas de la vida real, tal y como se experimentan a diario en los hogares. Esta razón debe inducir a pensar que el emplazamiento de productos, en este caso imprescindibles, no es o no tiene que ser considerado necesariamente como publicidad encubierta.

5) Agravio comparativo. Dejando a un lado la controversia de su naturaleza, las disposiciones legales emanadas de la Unión Europea tienden a castigar a las producciones emanadas en el seno de los países miembros frente a las de otros países. Esta observación cobra toda su vigencia si se considera que, en el momento de exhibir en la televisión o en las salas de cine las series y filmes producidos en esos países extranjeros ?que todos ellos llevan inevitablemente emplazamientos de productos pagados, lo que ayuda a financiar esa producción?, no sufren ningún tipo de restricción administrativa ni se prohíbe su difusión por contener tales presencias. Por el contrario, las series y filmes producidos en países de la Unión no pueden ostentar estos emplazamientos, circunstancia que les priva de una financiación importante: se estima que los emplazamientos pueden cubrir un promedio del 30 por ciento del coste de la producción. La conclusión ofrece un resultado claro e inevitablemente negativo hacia este enfoque propiciado desde la Unión Europea.

6) La opinión de los anunciantes. La Asociación Española de Anunciantes emitió un comunicado en 1996, en el que rechazaba esa visión legalista que se traduce de las disposiciones europeas. El texto no solamente defiende abiertamente la existencia de los emplazamientos de productos, sino que va más allá: niega que esta técnica sea publicidad encubierta porque no es ni siquiera publicidad. Los argumentos en que basa su razonamiento son los siguientes:

«1. El emplazamiento de producto es una técnica diferente a la de la publicidad. Desde el punto de vista de técnicas de comunicación, está más próxima al patrocinio o publicidad estática (ambas modalidades perfectamente permitidas en todos los medios) que a la publicidad.

2. El emplazamiento de productos tiene una ubicación difícil o cuando menos poco clara en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 11 de la Ley de Publicidad obliga a los medios a deslindar información de publicidad pero, como hemos dicho, no consideramos esta técnica como publicidad. Por otra parte, esta obligación se encuentra en el Título tercero, destinado a los contratos, mientras que no hace cita expresa de esta forma en el Título segundo, allí donde

Fundación Telefónica
Telefónica

se describen las formas de publicidad ilícita. No sería posible considerarla como publicidad subliminal porque su presencia es claramente detectable por los sentidos, ni en absoluto como publicidad encubierta, porque no se produce una confusión entre el mensaje informativo ?normalmente está inserta en ficciones? y el comercial.

En definitiva, el legislador no parece haber tenido en cuenta esta fórmula de manera específica. Por otro lado, la reciente transposición de la directiva sobre Televisión sin Fronteras habla, en su artículo 13, de la obligación de la identificación de la publicidad por parte del medio. Resulta evidente de advertir cada emplazamiento de producto, salvo en los títulos de crédito de los programas (lo que para algunos sería nuevamente una forma de publicidad). Sin embargo, resultaría absolutamente excesivo considerar prohibida esta modalidad por la citada norma, antes bien, como en el caso anterior, nos encontramos ante una laguna legislativa.

3. La fórmula de emplazamiento de productos no se limita a los medios de información. Está presente, y por supuesto que no regulada, en el arte, la literatura y, desde luego, en el cine que es el medio donde nació y que más se ha beneficiado de ella. Si se prohibiera el emplazamiento de productos en medios informativos, la mayoría de las películas que se producen actualmente y buena parte de las ya producidas no podrían pasarse por televisión.

4. La prohibición del emplazamiento de productos o su regulación resulta harto difícil y podríamos afirmar que incluso es imposible, como demuestran los antecedentes históricos.

5. Por tanto, en opinión de la AEA, el emplazamiento de productos como fórmula de financiar obras artísticas o culturales es una técnica de comunicación perfectamente utilizable, digna y que no perjudica a los espectadores, siempre que no se abuse de ella hasta interferir en el desarrollo de la obra. Exigiendo que el producto emplazado se halle en el entorno adecuado al contexto del programa».

Las últimas tendencias están convirtiendo al emplazamiento de productos en algo cada día más cercano y más popular, en un fenómeno que no se circunscribe exclusivamente a los documentos audiovisuales difundidos por las televisiones. La novelista inglesa Fay Weldon publicó en el año 2000 una novela de intriga y joyas por encargo de la firma Bulgari en la que la marca aparece convenientemente destacada (*El País*, 5 de septiembre de 2001); la Compañía Telefónica de España mantuvo conversaciones con productoras para que produjesen series de televisión en donde apareciesen internautas favorables a sus intereses (*La Brújula. Net*, 11 de diciembre de 1999); la discográfica estadounidense Island Jam Music mantuvo negociaciones para introducir la marca Hewlett Packard en las canciones de algunos de sus artistas (*I.P. Mark*, 1 al 15 de octubre de 2002), procedimiento que ya utilizaban ciertos raperos que mencionaban en sus canciones las marcas Motorola y Cristal; la distribuidora Allied Domecq llegó a un acuerdo con el cantante Busta Rhymes para que se refiriese en sus canciones a los productos de la compañía de distribución de bebidas alcohólicas (*I.P. Mark*, 1 al 15 de octubre de 2002).

Estas presencias de productos pueden parecer más o menos criticables o acertadas y casi seguro que despiertan sentimientos encontrados en cualquier espectador, lector u oyente de música. Todo tiene sus límites y no cabe la menor duda de que el sentimiento de rechazo hacia

Fundación Telefónica
Telefónica

cierto tipo de emplazamientos es unánime cuando roza la frontera de la ley. Es el caso del videojuego Metal Gear Solid, de la empresa japonesa Konami, que vendió cinco millones de unidades en todo el mundo y que tuvo una difusión moderada en España. En él, se incluía el siguiente diálogo entre sus protagonistas, en el que se defendía el consumo de tranquilizantes:

«- El tranquilizante que utiliza Wall es Diazepán.
– ¿Diazepán?
– Una droga contra la ansiedad que lleva benzodiazepán. Tiene un gran efecto en el sistema nervioso central y se usa como droga psicotrópica.
– ¿Y cómo consigue que paren de temblar las manos?
– Los ansiolíticos también sirven para relajar los músculos. Se usan mucho para tratar males psicosomáticos, como la ataxia automática, o como anestésico para calmar al paciente antes de operarle» (*El País*, 13 de noviembre de 1999).

La defensa del consumo de fármacos tranquilizantes que realiza el superespía del videojuego, que recurre al consumo de diazepán ?el principio activo del Valium, un medicamento de consumo restringido? para calmar su pulso y mejorar la puntería, puede inducir a los menores a recorrer una senda peligrosa. En estos casos, tiene sentido la supresión directa del emplazamiento de acuerdo con los principios que defiende la Ley del consumidor. Pero son casos contados.

Hasta ahora, las mayores críticas a la técnica de emplazamiento de productos han provenido de asociaciones de ciudadanos, círculos minoritarios de espectadores y grupos que se atribuyen la defensa de los intereses de los televidentes. Entre todas las quejas, llama especialmente la atención una denuncia presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), que supone un marcaje exhaustivo a todo lo que guarde la más mínima y/o aparente relación con esta técnica del emplazamiento de productos. El texto de su denuncia se refiere a una escena del programa ?Los Serrano?, serie emitida por *Tele 5*, que apareció en el episodio difundido en la semana del 7 al 13 de junio de 2004. Denunciaba la AUC el gran parecido de una escena de la serie con un conocido anuncio de Coca-Cola. El texto hecho público alude a la «…reproducción de anuncios publicitarios como parte de la trama de las series televisivas, una nueva forma de emplazamiento de producto utilizada, según esta asociación, en el episodio de ?Los Serrano?. La AUC dice que la escena en cuestión (…) imitaba un *spot* de Coca-Cola que se basa en la llamada a casa de una adolescente que pretende convencer a sus padres de tener que estudiar toda la noche, cuando en realidad lo que quiere es salir con su novio. En el capítulo se reproducía la misma escena, incluyendo en las imágenes una máquina expendedora de bebidas con el logotipo de la marca anunciada» (*La Gaceta de los Negocios*, 15 de junio de 2004, 22).

Hasta aquí, los hechos escuetos denunciados. Sin embargo, junto a esta enumeración, la AUC emitió también una serie de valoraciones y descalificaciones que merece la pena reflejar. Considera que este episodio, una variante inédita del clásico emplazamiento de producto, supone una vuelta de tuerca en lo que se refiere a la sofisticación de estas nuevas técnicas «…cada vez más agresivas y más abusivas en el empleo de la publicidad encubierta prohibida por la Ley. (…) Mientras que tradicionalmente el emplazamiento ha venido limitándose a incluir envases y logotipos como parte del decorado, enfocándolos de forma relevante y reiterada, en

Fundación Telefónica
Telefónica

los últimos tiempos los argumentos publicitarios contaminan cada vez más las tramas en los programas. (…) En unos casos se hace que los actores hablen de los productos como parte del guión. Y en otros, como ocurre ahora, se hace a los actores representar anuncios ya emitidos, buscando potenciar el recuerdo del espectador y por lo tanto la notoriedad y eficacia del mensaje comercial» (*La Gaceta de los Negocios*, 15 de mayo de 2004, 22).

En una primera apreciación, el comentario que merecen estas afirmaciones de la AUC no puede ser otro que el de respeto. Las opiniones de este segmento de consumidores de información televisiva demuestran no solamente una extraordinaria sensibilidad de observación y retención de los mensajes publicitarios, sino que aún les sobra agudeza de ingenio para percibir las situaciones y episodios que pueden guardar alguna relación con ellos.

Sin embargo, junto a esta primera valoración, conviene decir que, desde fuera, da la impresión de que se sigue considerando la publicidad como una técnica perversa y digna de ser combatida en cualquiera de sus manifestaciones por mínimas que sean. Tal postura se debe, entre otras causas, 1) al abuso indiscriminado que de ella realizan los medios, lo que está provocando el rechazo mayoritario de su expresión genuina ?los *spots*? por las audiencias; 2) debido a esa aversión hacia los *spots*, los anunciantes recurren a estas formas indirectas que también son vistas como una interrupción condenable; 3) que esta opinión corresponde a un grupo de televidentes que no representan a mayorías cualificadas y que, por otra parte, ven representaciones publicitarias en los lugares más insospechados. Su actitud de cierta vigilancia les incita a fomentar la sospecha hacia cualquier tipo de expresión que haya sido expuesta, sea o no publicitaria.

Finalmente, sería útil aconsejar a estos círculos de observadores que abandonen su vigilancia televisiva, que tomen una cámara digital de vídeo ?una sencilla cámara doméstica? y que traten de reflejar la realidad de la calle: peatones, edificios, automóviles, autobuses, tiendas, vendedores, cafeterías, hoteles, quioscos de prensa, de chucherías y toda la realidad que late en ese escenario de las ciudades en el que pasamos muchas horas al cabo del año. Descubrirán aspectos y cosas en las que no se habían fijado y que sí las retratan los medios de comunicación y de información, las artes y los comentarios boca-oreja (equívocamente denominados boca a boca) de la gente. Seguramente variará su postura hacia la técnica del emplazamiento.

Después del paseo anterior, si lo desean, pueden reflexionar sobre lo siguiente: las apariciones de marcas y productos facilitan la producción de programas, películas, series y demás documentos formativos o de ocio. Su presencia les cuesta a los anunciantes, como mínimo, el 30 por ciento del presupuesto necesario para producirlos. Es lo mismo que pagar por ver televisión o no pagar. Naturalmente, todo tiene su medida, su estética y sus límites; el emplazamiento de producto, por supuesto, también.

El último comentario a este recurso persuasivo desea ser una invitación a sustituir la postura legalista, absolutamente prohibitiva del emplazamiento, por otra más tolerante, al estilo de la que se practica en los EEUU Sería bueno que se dejase fluctuar la incorporación de marcas y productos en los documentos audiovisuales por varias razones: 1) aporta una visión realista del mundo en que vivimos; 2) contribuye económicamente a la realización de documentos que de

Fundación Telefónica
Telefónica

otra manera no saldrían a la luz pública; 3) en contra de lo que algunas mentes perspicaces le atribuyen, su influencia no es relevante, al menos entre los consumidores españoles, tal y como ha quedado demostrado en investigaciones realizadas recientemente; 4) debe ser el propio mercado el que regule la técnica porque en él se ha originado; 5) actualmente se practica con cierta generosidad y todo parece indicar que se va a seguir practicando a pesar de la prohibición, y 6) no se puede causar un agravio comparativo: si, en las televisiones europeas, se exhiben películas y series americanas que incorporan emplazamientos, no cabe negarle el mismo derecho al género fílmico europeo. Corresponde a los consumidores dejarse sensibilizar por una u otra marca y también rechazar o dejar pasar las que no les agraden.

6. La publicidad en el correo electrónico

El correo electrónico se ha convertido en una de las aplicaciones derivadas de Internet que goza de mayor aceptación. Paralela a ella, corre su gran fragilidad en lo que se refiere a la exposición a la mirada de extraños. Esta debilidad lo convirtió inicialmente en un medio susceptible de portar mensajes publicitarios indiscriminados. Afortunadamente, el abuso al que fue sometido alertó a las autoridades y hoy día parece que goza de una cierta impermeabilización respecto a este tipo de mensajes gracias a las disposiciones legales que lo protegen.

En contra de lo que sucede con otros soportes susceptibles de alojar publicidad, revisados en las líneas anteriores, la publicidad realizada por medio del correo electrónico se mantiene dentro de los límites marcados por la Ley de TVSF. Por tanto, no necesita adaptaciones urgentes salvo las que le afectan por vecindad con el comercio electrónico.

1) La Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD). Las bases de datos que contienen direcciones de correos electrónicos entran dentro de las competencias de la LOPD por la misma razón que lo están las de direcciones postales: hay que preservar el derecho a la intimidad del receptor en todo momento. En este sentido, se rigen por las mismas normas: que hayan sido obtenidas de fuentes de acceso público; que se posea el consentimiento público de los titulares, a quienes se tiene que comunicar sus derechos y la forma de acceder al responsable de las mismas para cualquier cambio de opinión o información; y que, si han sido obtenidas de fuentes no públicas, a los interesados del contenido del tratamiento, procedencia de los datos y demás obligaciones que se registran en el apartado 1, artículo 5, epígrafes a,d y e.

2) La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, comúnmente llamada Ley de Comercio Electrónico (LSSI – CE), en su artículo 21, establece uno de los principios claves que rigen la actividad de este canal de comunicación: prohíbe los spam, correos no deseados: «Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas».

Dos son los principios que excusan dichos envíos: 1) haber sido solicitada la información por el

Fundación Telefónica
Telefónica

receptor y 2) contar con la aprobación del contenido por parte del mismo. Ambas cautelas debe tenerlas muy presentes, por otra parte, quien desee comprar o alquilar una lista o base de datos de direcciones electrónicas, como se recoge en el epígrafe anterior.

3) La Directiva Comunitaria sobre la Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas (Directiva 2002-58-CE). En su artículo 13, contempla la posibilidad de que cuando se obtiene la dirección de un cliente, dentro de un proceso de contratación de bienes, el vendedor puede seguir utilizando esta dirección con la simple advertencia al destinatario de que tiene la posibilidad de oponerse a que se le envíen más correos cada vez que reciba uno. Una vez que manifieste este deseo, los envíos deben cesar.

4) La Ley General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre de 2003, matiza lo dispuesto sobre las comunicaciones comerciales en los artículos 21,22,38,43 y la Disposición Adicional Séptima de la LSSI. El contenido de las principales modificaciones, recogidas en la Disposición Final Primera, se resumen en los puntos siguientes:

– Se autoriza el envío de comunicaciones electrónicas cuando existe una relación contractual previa, los datos se hubiesen obtenido de forma lícita y sean empleados para comunicaciones de productos similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación.

– Se excluye el consentimiento del receptor de los mensajes cuando hay que facilitar la transmisión de una comunicación en beneficio de la Sociedad de la Información solicitado por el destinatario.

– Se prohíbe el envío masivo de comunicaciones comerciales por medios electrónicos o de más de tres comunicaciones comerciales a un mismo destinatario en el mismo año.

– También se tipifican las infracciones graves en esta materia y se articula una serie de medidas para castigar el incumplimiento de las disposiciones previstas al efecto.

Desde el punto de vista que justifica estas líneas, la Ley General de Telecomunicaciones recoge el espíritu de la Directiva Comunitaria en sus principales puntos. Además, se convierte en una disposición que 1) trata de confluir con la línea puntera que marcan los hechos, en sus puntos principales, y 2) define los límites a que se deben atener los sujetos que realicen esas comunicaciones. Ambos puntos de vista superan en matices la letra de la Ley TVSF aunque el espíritu siga vigente.

Conclusión

De entrada, es preciso reconocer que el trabajo que se ha planteado la Comisión para tratar de establecer unos principios básicos sobre temas tan poliédricos no es tarea fácil. Sin embargo, también parece cierto que la salida adoptada inclina a pensar que se deben tener en cuenta varios retoques antes de que se convierta en texto legal. Sobre todo, si se considera que el paso siguiente será la traducción en una normativa aplicable en todos los países miembros de

Fundación Telefónica
Telefónica

la Unión, incluidos los últimos adheridos.

Ciertamente, las nuevas tecnologías van a continuar generando nuevas alternativas de elaboración de imágenes, de narrar hechos y de incorporar mensajes publicitarios más o menos encubiertos, lo que va a originar una continua adaptación de la normativa. El hecho de proponer unas bases elementales en esta materia sería prudente que se llevase a cabo mediante la definición de los principales fenómenos que se están dando y su previsible evolución.

Respecto al objeto sobre el que versan estas líneas, ha quedado patente la utilidad de reconsiderar tanto el patrocinio como el emplazamiento de producto. El primero, porque se ha obviado la consideración de su formato publicitario, que puede alterar su consideración legal, y entra en colisión con el concepto de pantalla compartida; el segundo, porque no se ha abordado seria y profesionalmente su naturaleza como técnica de comunicación persuasiva. Su consideración como publicidad encubierta hace aguas por todos los sitios.

En cualquier caso, la presencia generalizada de ambas formas de publicidad en los medios de comunicación merece una consideración pausada que despeje el terreno en torno a ellas o se convertirán en fuente de quejas continuas.

Fundación Telefónica
Telefónica