
**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR
SNC/DTSA/007/19/MEDIASET, INCOADO A MEDIASET ESPAÑA
COMUNICACIÓN, S. A., POR EL INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN
EL ARTÍCULO 17.2 y 3 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE
LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL**

SNC/DTSA/007/19/MEDIASET

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 24 de julio de 2019

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acuerda la presente resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Acuerdo de incoación

La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión ha constatado que dicho operador ha podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 17.2 y 3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA) al realizar emplazamientos de producto de las zapatillas “VLV SNEAKERS” que podrían incumplir los requisitos establecidos en dicho artículo, durante la emisión del programa “VIVA LA VIDA” del día 22 de septiembre de 2018.

Ello se desprende de los documentos y grabaciones que obran en las actuaciones previas practicadas, que consistieron, básicamente, en la comprobación de los contenidos de las emisiones realizadas por MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S. A., (en adelante MEDIASET), en su canal de televisión TELECINCO

Con fecha 30 de abril de 2019, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador de referencia SNC/D TSA/007/19/MEDIASET, al entender que MEDIASET habría podido infringir lo dispuesto en el artículo 17, apartados 2 y 3, de la LGCA, al no cumplir los requisitos de los emplazamientos de producto en la citada emisión del programa “VIVA LA VIDA” (folios 27 a 32).

El acuerdo de incoación fue notificado a MEDIASET el día 13 de mayo de 2019 (folio 36 del expediente administrativo).

SEGUNDO. - Alegaciones de MEDIASET al acuerdo de incoación

El escrito de alegaciones al acuerdo de inicio tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 22 de mayo de 2019. En el mismo, en síntesis, el operador alega que, en realidad, en el programa se producen dos hechos independientes:

1.º- De 16:26:25 a 16:26:47 h., se emite un mensaje publicitario, en el que la presentadora menciona la marca de las zapatillas e indica que se pueden adquirir en el faldón sobreimpreso, que aparece en pantalla y que contiene el término “publicidad” y el texto: “consigue las exclusivas VLV sneakers a la venta en www.xyonco.com”. El mensaje publicitario fue correctamente emitido, al integrarse en la sobreimpresión y, con ello, no se alteró el desarrollo del programa ni impidió su visualización y no dejó duda sobre su carácter comercial al telespectador, respetándose, en definitiva, los principios de separación, diferenciación e integridad, tal como ha expuesto el Tribunal Supremo en sus sentencias de 26 de febrero y 30 de octubre de 2018.

2.º- De 18:30:40 a 18:31:06 h., se emitió un contenido puramente editorial en el que se regalaban las zapatillas a un invitado, sin contraprestación ni menciones a la marca o características del producto. Entiende que la aparición de las zapatillas en estas escenas no tiene entidad suficiente para constituir un emplazamiento de producto. Y que su escaso valor, 60 €, impide, conforme al artículo 17 LGCA, que tenga tal consideración.

TERCERO.- Propuesta de resolución

El instructor formuló su propuesta de resolución el día 5 de junio de 2019 (folios 74 a 89). En ella proponía que se declarase a MEDIASET responsable de la comisión de la comisión de **una infracción administrativa grave de carácter continuado**, por haber emitido en su canal TELECINCO, durante la emisión del

programa “VIVA LA VIDA” de 22 de septiembre de 2018, emplazamientos del producto de “VLV SNEAKERS” que incumplirían los requisitos establecidos en el artículo 17.2 y 3 de la Ley 7/2010 y la imposición de una multa por importe de 151.884 €.

Dicha propuesta de resolución fue notificada a MEDIASET el día 5 de junio de 2019 (folio 92) para, de conformidad con lo establecido por el artículo 82.2 de la LPACAP, formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes en el plazo de diez días a contar desde el siguiente al de la recepción de su notificación.

CUARTO.- Alegaciones a la propuesta de resolución

Con fecha 19 de junio de 2019 ha tenido entrada en el registro de esta Comisión el escrito de alegaciones de MEDIASET a la propuesta de resolución (folios 93 a 96). En su escrito, en síntesis, el operador alega:

- Que no se trataría de una infracción continuada, sino, en todo caso, de una única acción publicitaria.
- Que la primera aparición del producto es identificada como publicidad.
- Que la segunda aparición del producto emplazado no tiene contenido publicitario.

QUINTO.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 21 de junio de 2019, el Instructor ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, asegurando así el cumplimiento de lo previsto en el artículo 63.1 de la LPACAP (folio 100).

SEXTO.- Informe de la Sala de Competencia de la CNMC

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 101).

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos.

ÚNICO.- En el programa “Vida la vida” emitido el día 22 de septiembre de 2018 se incluyó un emplazamiento de producto sin que se informara del mismo

En el expediente administrativo consta la copia del acta de visionado del programa “Viva la vida” emitido el sábado 22 de septiembre de 2018 que a continuación se reproduce:

“Programa: “VIVA LA VIDA”

Fecha de emisión: sábado 22 de septiembre de 2018

Programa: Nº 128

Franja horaria del programa: de 15:58:31 a 20:59:44 horas

Calificación: +16 permanente

Canal: TELE 5

Ámbito: Nacional.

Objeto del Acta: Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual, **Artículo 2.32** y **Artículo 18.2** en lo relativo a la comunicación comercial encubierta
Nº: 209/2018

1- CONTENIDO: “VIVA LA VIDA es un magazine de Telecinco que comenzó su andadura en mayo de 2017, producido por Mediaset y Cuarzo Producciones. Se emite los sábados y domingos en la franja horaria de las 16 a las 21 horas. Este programa abarca lo más destacado de la actualidad, entrevistas a personajes famosos, actuaciones musicales, historias conmovedoras de personajes anónimos, tertulias de la crónica rosa y reportajes de investigación entre otros. La presentadora del programa es Toñi Moreno.

FRANJA HORARIA	DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO EMITIDO
15:58:31-16:32:06	<p>Comienza el programa “Viva la Vida” señaliza calificación +16 en círculo naranja en la parte inferior derecha de la pantalla. La presentadora del programa, Toñi Moreno, de pie en el centro del plató, hace un avance de los contenidos del programa y conecta en directo con una reportera. A continuación, se dirige a un sofá y se sienta junto a los colaboradores de esta sección que son: Luis Rollán, Diego Arrabal y Paloma García Pelayo. Éstos debaten una noticia del corazón relacionada con varias entrevistas de personajes en común, aparecidas en la revista “Lecturas”, y sobre la participación de Isa Pantoja en el programa “Gran Hermano VIP 6” del que se ofrecen imágenes. Finaliza el debate del programa y la presentadora se levanta del sofá y pregunta al colaborador Luis Rollán a las (16:26:14):</p> <p>- <i>Toñi: “¿oye Luis, tú necesitas que yo te compre unos, unos pantalones... o no te...?”</i></p> <p>- <i>Luis: señala sus tejanos agujereados en las rodillas y dice: “mira hija como estoy! estoy...”</i></p> <p>- <i>Toñi: “...es que no sé si, no sé si...”</i></p> <p>- <i>Luis: “...mira como me tienes...”</i></p> <p>- <i>Diego: “está la cosa fatal...”</i></p> <p>- <i>Luis: “...tanto ir detrás de la Pantoja”</i></p> <p>- <i>Toñi: “...no sé, no sé si, que no sé si no te pagamos lo suficiente...”</i></p>

	<p><i>El público aplaude, la presentadora insiste de nuevo a Luis.</i></p> <p>- Toñi: <i>¿... y necesitas unas zapatillas o no...?</i></p> <p>- Luis: <i>...zapatillas de esas sí... ahora señala con el dedo las zapatillas que lleva puestas la presentadora Toñi Moreno.</i></p> <p>- Luis: <i>“...zapatillas de esas sí...!”</i></p> <p>- Toñi: <i>“...mira como estas...”</i></p> <p>- Luis: <i>“...esas me encantan...”</i></p> <p>-Toñi: <i>“...mirad, mirad que chulas son...”</i> La gente aplaude entusiasmada a la vez que suena la sintonía del programa que interpreta Rosana.</p> <div style="display: flex; justify-content: space-around;">   </div> <p>Se ve un primer plano de las zapatillas “sneakers” que lleva la presentadora que son de color blanco con unas letras negras laterales que pone “Viva”. De las 16:26:35 a 16:26:53 aparece un faldón en la parte inferior de la pantalla en el que se lee “consigue las exclusivas VLV sneakers a la venta en www.xyonco.com”. En la parte superior izquierda del faldón se lee “publicidad”. <i>“...bueno habéis visto que chulas las zapatillas, son uve ele sneakers, somos los únicos, el único programa que tiene sus propias zapatillas...”</i> Ahora pregunta al público:</p> <p><i>¿No las tenéis todavía?</i></p> <p>- Público: <i>“noooooooooo”</i></p> <p>- Toñi: <i>“... pues entrad en la web que pone en el faldón., y elegir la que más os guste...”</i></p> <p>Sigue una actuación musical y continúa el programa. Se va a publicidad.</p>
16:32:06-16:45:52	Pausa publicitaria
16:45:52-17:27:34	<p>Se reanuda el programa y sigue el debate con el tema del inicio del programa sobre la vida del clan Pantoja, seguido de imágenes y entrevistas aparecidas en los canales de Mediaset, como son “el programa de Ana Rosa” “Sálvame Deluxe” “Sálvame diario” y una entrevista en la revista “Lecturas” que hizo Mila Ximénez colaboradora de Sálvame.</p> <p>A las 17:22:30 finaliza el debate, le sigue una actuación musical y a continuación se introduce un tema de investigación que ocupará el programa más adelante. Se va a publicidad.</p>
17:27:34-17:38:34	Pausa publicitaria.
17:38:34-17:56:52	Continúa el programa con una entrevista a Toni Acosta, protagonista del film “Yucatán”, y se da información sobre el festival de cine de San Sebastián. Se va a la pausa por publicidad.
17:56:52-17:59:14	Pausa publicitaria.

Tras la pausa, la presentadora, situada en el centro del plató, hace una breve introducción de la que será la protagonista de la próxima entrevista. Se trata de la actriz Elena Ballesteros, a quien presenta como protagonista de las mejores series de la historia reciente de la tele. Ambas se sientan en dos sillones enfrentados, la presentadora le hace un sinfín de preguntas que van desgranando la trayectoria profesional y personal de la actriz en los últimos años hasta la actualidad, donde explica en qué momento de su vida se encuentra y en lo que está trabajando actualmente.

La entrevista finaliza a las 18:30:44. La presentadora se despide agradeciendo la participación de Elena Ballesteros en el programa, el público aplaude y justo cuando se va a levantar del sillón Toñi dice:

- Toñi: *“tengo un regalo para ti j ... ”*
- Elena Ballesteros: *“ ah sí ...???”*
- Toñi: *“...espérate...”*
- Elena Ballesteros: *“... bien... gracias !”*
- Toñi: Se levanta del sillón y corre a buscar algo *“... ¿dónde lo tengo...? Ven...”*
- Elena Ballesteros: *“ ...guau...”*

17:59:14-
18:33:28



La secuencia completa se refleja en las imágenes superiores.

	<p>Toñi recoge la caja que le han entregado, se dirige hacia Elena Ballesteros y le dice: <i>-Toñi: "...no se lo voy a regalar a todo el mundo, que lo sepas !...".</i> Abre la caja y deja la tapa en el sillón a su espalda. <i>- Elena Ballesteros:</i> en pie y con curiosidad dice: <i>"... a ver...ohhhh pero bueno !.... "</i></p> <p>El público aplaude entusiasmado mientras suena la canción del programa que canta Rosana. <i>-Toñi:</i> saca de la caja unas zapatillas "sneakers" y se las da a Elena <i>"...pero..."</i> <i>- Elena Ballesteros:</i> <i>"...pero bueno, guau...."</i> Elena enseña las "sneakers" al público. <i>- Toñi:</i> despidiéndose de Elena le abraza <i>"... dame, dame un abrazo, de esos eternos, gracias, gracias Elena Ballesteros, ha sido un placer, ha sido un placer..."</i></p> <p>Mientras se abrazan, se ve un primer plano de las "sneakers" que sostiene la actriz en su mano que llevan en el lateral las letras "Viva" en color rosa y que son las mismas zapatillas de la presentadora Toñi Moreno, pero con las letras en color negro. <i>- Elena Ballesteros:"... gracias igualmente"</i></p> <p>A las 18:31:11 se despiden, pero la actriz Elena Ballesteros muestra una vez más su regalo al público señalando con el dedo y dice <i>"mirad!"</i> El público aplaude. Finalizada la entrevista continúa el programa hasta la publicidad</p>
18:33:28-18:46:11	Pausa publicitaria.
18:46:11 - 19:12:14	Tras la pausa publicitaria sigue el programa con el tema del clan de los Pantoja, continúa con la actuación del cantante Sonny Monrea, y se da paso al avance de una noticia de un suceso de actualidad. Se va a publicidad.
19:12:14-19:19:56	Pausa publicitaria.
19:19:56-19:40:05	Continúa el programa abordando la problemática de la enfermedad del Alzheimer y avanza otra noticia sobre un suceso trágico de un crimen en Cáseda.
19:40:05-19:48:26	Pausa publicitaria.
19:48:26-20:35:00	Sigue el programa con el tema de investigación sobre el triple crimen de Cáseda y al finalizar se aborda uno nuevo, que trata de Melilla y los menores inmigrantes.
20:35:00-20:49:08	Pausa publicitaria.
20:49:08-20:59:44	A continuación, se debate una noticia relacionada con el caso del niño Gabriel. Continúa el programa hasta su finalización.

Se ha incorporado al expediente copia en formato electrónico de la grabación del programa emitido en TELECINCO, que contiene impresionada la hora de emisión, y el informe de la audiencia media, proporcionados por la empresa KANTAR MEDIA, según el cual el programa se ese día fue seguido por una audiencia media de 986.000 personas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

El artículo 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante LCNMC) señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo señalado, entre otros, en el Título VI de LGCA.

La instrucción de los procedimientos sancionadores, según lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. Es competente para su resolución la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, tal y como prevén el artículo 21.2 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico.

Junto a las normas ya citadas, es de aplicación al presente procedimiento la LPACAP, así como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), en especial el Capítulo III de su Título Preliminar, en lo que se refiere a los principios de la potestad sancionadora.

II. Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar, en su caso, la existencia de infracciones administrativas consistentes en la vulneración por parte del operador audiovisual de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 17 de la LGCA en relación con la inclusión de emplazamientos del producto en el programa “Vida la Vida” emitido en el canal TELECINCO el día 22 de septiembre de 2018.

III. Tipificación de los hechos probados

El emplazamiento de producto es una forma de comunicación comercial televisiva, junto con el mensaje publicitario, el patrocinio, la televenta y la telepromoción. Se trata de una figura que no estaba regulada hasta la trasposición 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) y la aprobación de la LGCA.

La Directiva de servicios de comunicación audiovisual se refiere al emplazamiento de producto al reconocer el principio de separación, que se aplica exclusivamente a la publicidad televisiva y la televenta, aunque con la prevención de que el emplazamiento de producto no puede realizarse de forma encubierta. A tal efecto, se impone el deber de señalización, de manera que se informe

adecuadamente al espectador de que en el programa se produce el emplazamiento de un producto con finalidades comerciales.

La Directiva reconoce que el emplazamiento de producto es una realidad en las obras cinematográficas y las obras audiovisuales realizadas para televisión, pero que debe permitirse en otro tipo de programas para garantizar la igualdad de condiciones y mejorar la competitividad del sector europeo de medios. También señala las diferencias con el patrocinio: en el emplazamiento, la referencia al producto está incorporada en la acción de un programa y forma parte del argumento.

El principio general contenido en la Directiva era que el emplazamiento debía estar prohibido (artículo 11.2) y excepcionalmente autorizado para ciertos programas, como obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento y en aquello en los que no se produce ningún pago, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa.

En el ámbito de la comunicación audiovisual comercial, es reseñable que entre los objetivos la reciente Directiva (UE) 2018/1808¹ se encuentra flexibilizar las normas relativas al emplazamiento de producto. Así, se considera que la liberalización del emplazamiento de producto no ha aportado el esperado despegue de esta forma de comunicación comercial audiovisual. En particular, se reconoce que la prohibición general de emplazamiento de producto no ha dado seguridad jurídica a los prestadores de servicios de comunicación. Es por ello que, con carácter general, se prevé un régimen general de autorización hacia esta forma de comunicación comercial en todos los servicios de comunicación audiovisual y plataformas de intercambio de vídeos, con determinadas excepciones (programas de noticias y actualidad, de asuntos del consumidor, religiosos e infantiles). Asimismo, se siguen manteniendo una serie de requisitos:

- no se podrá influir en su contenido ni en la organización de su horario de programación (en el caso de la radiodifusión televisiva) ni en la de su catálogo (en el caso de los servicios de comunicación audiovisual a petición) de una manera que afecte a la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación;

¹ Directiva (UE) 2018/1808¹ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, 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 (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

- no incitarán directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios;
- no darán una prominencia indebida a los productos de que se trate;
- se informará claramente a los espectadores de la existencia de emplazamiento de producto mediante una identificación adecuada al principio y al final del programa, así como cuando el programa se reanude tras una pausa publicitaria.

La LGCA, en idénticos términos a lo previsto por la Directiva, define en su artículo 2.31 el emplazamiento de producto como *“toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa”*.

El emplazamiento de producto se distingue de la publicidad encubierta en que no se produce la presentación de los bienes, servicios, nombres o marcas con un intencionado propósito publicitario, pese a que, en la medida en que se trata de un tipo de comunicación comercial, tiene por objeto promocionar de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica.

En todo caso, y frente al criterio general restrictivo con que la Directiva se refería a la figura, el legislador español ha optado por reconocer el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a realizar emplazamiento de producto a cambio de contraprestación en un amplio abanico de programas: largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento. No se permiten, en cambio, en programas informativos ni en los que se consideran programación infantil.

Por su parte, el Reglamento de desarrollo de la LGCA en materia de comunicación comercial televisiva, aprobado por el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre (en adelante Reglamento de publicidad), se refiere al emplazamiento de producto en su artículo 14, añadido por el artículo 3 del Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, en los siguientes términos:

Artículo 14. Condiciones y requisitos del emplazamiento de producto.

1. De conformidad con lo establecido en el apartado primero del artículo 17 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento, con emplazamiento de producto. A los efectos de la definición del apartado 31 del artículo 2 de dicha Ley, el emplazamiento de producto merece tal consideración cuando se realice a cambio de una remuneración o contraprestación similar.

2. El emplazamiento de producto será también admisible en los casos en que no se produzca pago alguno, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, tales como ayudas materiales a la producción o premios, con miras a su inclusión en un programa siempre que estos bienes o servicios tengan valor significativo. A estos efectos, se considera que tienen un 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.

El suministro gratuito de los referidos bienes y servicios incluidos en un programa no tiene la consideración de emplazamiento de producto si tales bienes o servicios no tienen un valor significativo.

No obstante, y de conformidad con la Directiva, el artículo 17 de la LGCA establece ciertos límites al emplazamiento de producto.

En primer lugar, en la medida en que en el emplazamiento de producto no es necesario respetar el principio de separación, el apartado 2 del artículo de constante referencia exige que se informe claramente de la existencia de emplazamiento al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria. Las condiciones en que debe producirse esa información han sido definidas por la CNMC en sus resoluciones de fecha 18 de septiembre de 2014, por la que se aprobó el Acuerdo por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas (expediente nº INF/DTSA/1356/14) y 22 de enero de 2015, por el que se da contestación a la consulta formulada por ATRESMEDIA en relación con la anterior (expediente nº INF/DTSA/1841/14).

En segundo lugar, se prohíbe el emplazamiento de producto en la programación infantil (artículo 17.4 de la LGCA).

Finalmente, el artículo 17.3 dispone que emplazamiento de producto no puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual ni incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto.

Estas limitaciones pretenden evitar que, bajo la figura del emplazamiento, se haga una exhibición de los productos, servicios, nombres y marcas que excedan la mera inclusión, muestra o referencia que caracteriza esta forma de comunicación comercial audiovisual frente a la presentación del producto y sus características destinada a incitar la compra propia del mensaje publicitario.

Como se ha adelantado, la distinción entre una comunicación comercial audiovisual lícita, en su modalidad de emplazamiento de producto, y la publicidad

encubierta, o incluso aquella que sin ser encubierta infringe los requisitos exigibles, no es sencilla.

En otras ocasiones, esta Comisión ha considerado que si se ha señalado la existencia de un emplazamiento de producto, se vulnera el artículo 17.3 de la LGCA cuando no se cumplen los requisitos exigidos para esta forma de comunicación comercial, en especial cuando se condiciona la responsabilidad o independencia editorial del prestador, cuando se incita directamente la compra o el arrendamiento de bienes, se realizan promociones concretas o se da prominencia indebida al producto. Esta Sala entiende, además, que el emplazamiento de producto es ilícito por constituir publicidad encubierta cuando no se identifica como tal.

En el supuesto analizado, la propuesta de resolución califica la conducta como una infracción de los artículos 17.2 y 17.3 de la LGCA porque no está señalizada la existencia de un emplazamiento publicitario al comienzo y al final del programa y al reanudarse tras sus pausas, y porque se da una excesiva prominencia al producto emplazado.

La primera de las exigencias está expresamente prevista en el primero de los apartados citados y tiene por objeto advertir al espectador porque en esta forma de comunicación comercial audiovisual no se respeta el principio de diferenciación, ya que la presentación del producto emplazado forma parte de la acción o la trama.

La ausencia de señalización obliga, por tanto, a considerar si se ha producido un emplazamiento de producto, pues en otro caso no hubiera nacido la obligación de identificarlo.

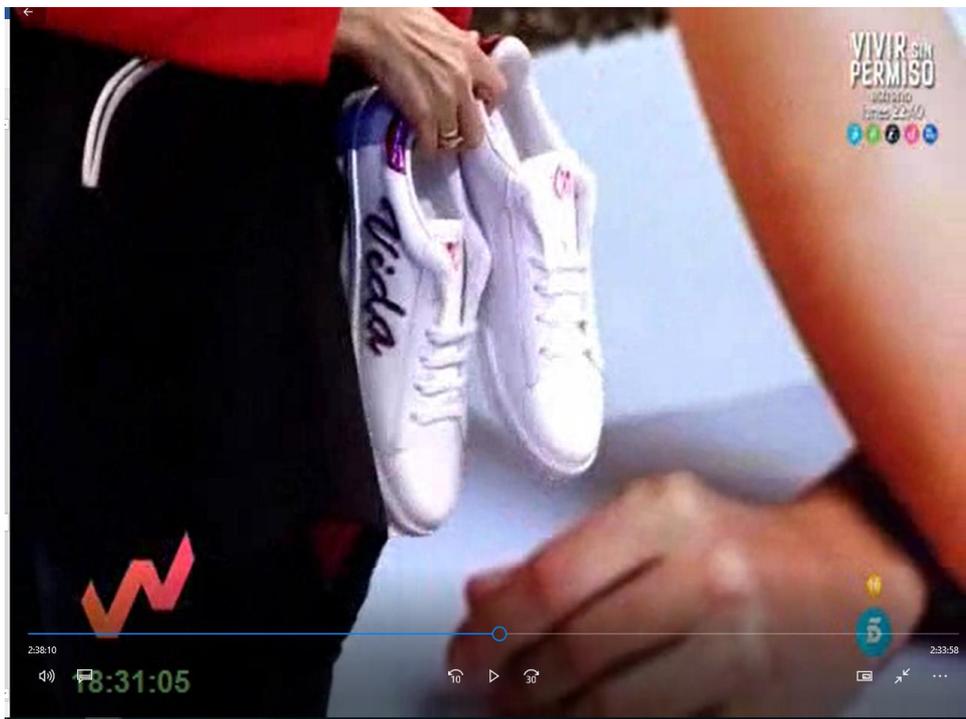
Durante la instrucción del expediente se han identificado dos momentos del programa en los que se produciría el emplazamiento de un mismo producto (unas zapatillas).

En primer lugar, tras cerrar temporalmente la tertulia y antes de presentar una actuación musical (a partir de las 16:26:16), se produce la presentación de las zapatillas promocionadas, las “oficiales del programa”, que la presentadora calza y con un claro mensaje destinado a incentivar su compra. Durante la presentación, se incluye un banner sobrepuesto que remite a una página web para adquirir las zapatillas. El faldón incluye la mención “publicidad” en letra significativamente más pequeña.

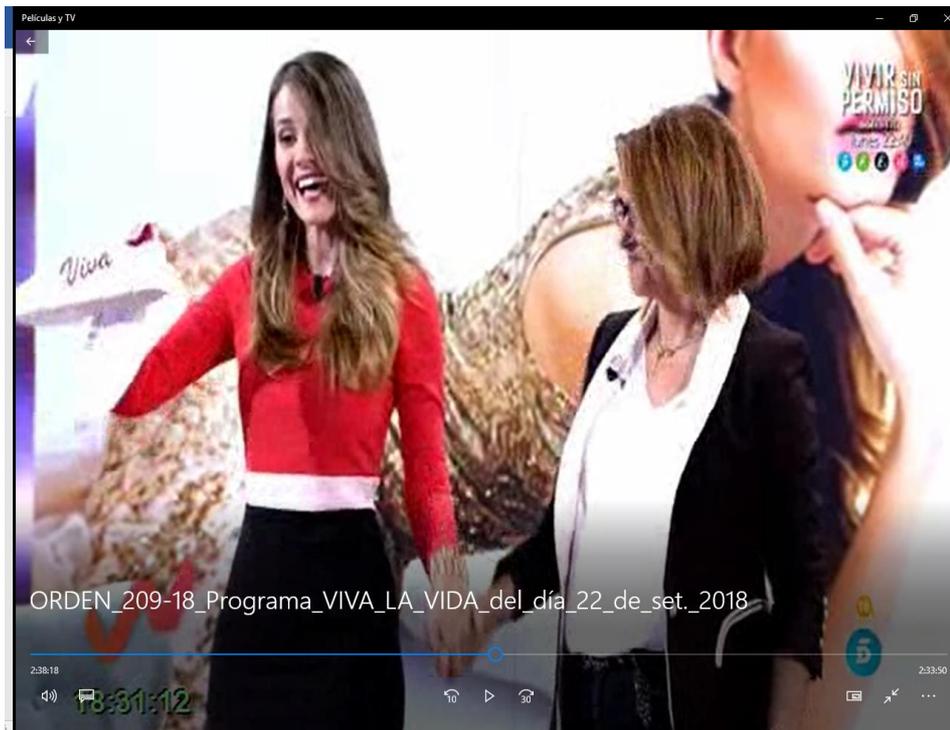
Tal y como alega MEDIASET, esa presentación, con indudable alcance promocional o publicitario, no puede ser calificada como emplazamiento de producto porque es identificada como “publicidad”. No es objeto del procedimiento analizar su adecuación como mensaje publicitario, calificación que podría merecer, además, a la vista de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a las llamadas “nuevas formas de publicidad”.

Todo ello, sin perjuicio, de que el mensaje publicitario habrá debido contar dentro del límite de los doce minutos de reloj.

En segundo lugar, casi dos horas después (entre las 18:30:40 y las 18:31:06) se ofrece el producto emplazado como regalo a una actriz al concluir su entrevista. Las zapatillas se encuentran en una caja que un regidor entrega a la presentadora fuera de plató y ésta las saca para entregárselas. Tras recibirlas, ambas se funden en un abrazo, mientras la cámara sigue las zapatillas para ofrecer a los espectadores un primer plano y así asegurarse que las reconozcan.



Tras separarse, la actriz muestra directamente las zapatillas por el lateral que incluye la palabra "Viva", en clara alusión al nombre del programa.



A juicio de esta Sala, este tratamiento y la presentación visual explícita excede los requisitos propios del emplazamiento de producto. En concreto, se considera que se otorga una prominencia indebida a las zapatillas.

La Real Academia Española define *prominencia* como “*elevación de algo sobre lo que está alrededor o cerca de ello*”. El requisito que consiste en evitar la prominencia indebida del producto emplazado pretende impedir que la presentación irrumpa en el transcurso de la acción del programa y, además, no compute dentro de los límites cuantitativos de la publicidad, que no se aplican a esta forma de mensajes publicitarios. La presentación es prominente cuando es recurrente, injustificada, extemporánea o excesivamente destacada en su contexto. Puede resultar de la presencia del producto sin que exista justificación editorial, pero también de la manera en la que se introduce en la acción la presentación.

La Propuesta inicial de reforma de la Directiva Audiovisual de la Comisión Europea preveía eliminar la referencia a dicho requisito tras poner de manifiesto las dificultades para su aplicación práctica y razonar que la inseguridad que creaba impedía la utilización de la figura². No obstante, el texto final de la Directiva, tras la modificación operada por la Directiva 2018/1808, lo mantiene. Este hecho acredita, por tanto, la importancia que el legislador comunitario otorga al citado requisito y obliga, en este caso, a analizar si la presentación de las zapatillas se hace de forma suficientemente

² CON (2016) 287 final; procedimiento 2016/0151 (COD).

prominente como para considerarla un supuesto proscrito de emplazamiento de producto

A juicio de esta Sala, el emplazamiento que constituye la conducta sancionada reúne esa característica por el tratamiento visual que se hace de la escena y el protagonismo que el producto emplazado adquiere, que denota un esfuerzo por elevar el producto emplazado y destacarlo más allá de la mera presencia accesoria que caracteriza el emplazamiento. La presentadora hubiera podido entregar las zapatillas en su caja. En lugar de ello, se preocupa por sacarlas y mostrarlas por el lateral, que es por dónde son más reconocibles. De esta manera, se asegura que no pasen desapercibidas a ojos del espectador y busca la identificación de éste con el producto por su estrecha vinculación (las zapatillas son presentadas como las “oficiales” del programa). Las zapatillas, además, se convierten en protagonistas del programa; su presencia no es accesoria o superflua, sino principal.

En relación con la tipificación de la conducta, este protagonismo permite concluir que no se trata de una publicidad encubierta que pueda inducir a error al público en cuanto a su propósito publicitario, pues este es evidente, sobre todo para los espectadores que hayan seguido todo el programa y que lo relacionarán fácilmente con el anterior mensaje publicitario. Además, la presentación carece de la carga promocional o apologética que la Audiencia Nacional exige a la publicidad (SAN de 11 de noviembre de 2010 –recurso 561/2009- y SAN de 20 de mayo de 2013), pues no se enumeran las cualidades ni se incita su compra de forma directa.

Además del tratamiento visual de la escena, para considerar que se trata de un emplazamiento de producto se tiene en cuenta que la presentación en forma de regalo a la entrevistada no es el resultado de una elección creativa ni una acción espontánea de la presentadora. No hay ninguna necesidad narrativa en cerrar la entrevista con un regalo y menos aún en obviar el abrazo emocionado entre la presentadora y la actriz para centrarse en las zapatillas. Se considera que el contenido editorial (la entrega del regalo) es creado expresamente para convertirlo en un pretexto para la presentación del producto emplazado.

Finamente, en este caso, el emplazamiento refuerza el impacto del mensaje publicitario previo.

Diferente hubiera sido el caso en que se hubiera señalado correctamente su existencia, en cuyo caso, al menos, no nacería el ilícito sancionado por infringir la obligación recogida en el artículo 17.2 de la LGCA.

Por los anteriores motivos, se considera que la segunda de las escenas o partes del programa en las que se muestran las zapatillas constituye un emplazamiento de producto que debió ser debidamente señalado en la forma prevista en el

artículo 17.2 de la LGCA y que, además, no respeta los requisitos previstos en el artículo 17.3 de la LGCA, al condicionar la independencia editorial del prestador y dar una indebida prominencia al producto.

IV. Respuesta a las alegaciones de MEDIASET a la propuesta de resolución

En el apartado anterior se ha especificado que la conducta sancionada excluye la primera de las presentaciones de las zapatillas como parte integrante de la misma.

Asimismo, no se considera continuidad en la conducta, sino una sola conducta que se produce en una única parte del programa: al entregar como regalo el producto emplazado a una entrevistada.

V.- Responsabilidad de la infracción

En aplicación de lo establecido en el artículo 61 de la LGCA, la responsabilidad por la infracción debe atribuirse a MEDIASET por ser el prestador del servicio de comunicación audiovisual autor de los hechos infractores probados y responsable editorial del canal en el que se cometió la infracción (“TELECINCO”).

No ha quedado acreditada en el expediente sancionador la existencia de circunstancia alguna que le pueda eximir de dicha responsabilidad.

A los efectos de valorar esta exigencia de responsabilidad, ha de tenerse en cuenta que a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva se les supone el conocimiento y aceptación de sus obligaciones como tales en el marco de una relación de sujeción especial y, en especial, a las limitaciones de su derecho a realizar comunicaciones comerciales en sus diferentes formas, lo que, al menos, supone el reproche de su falta de diligencia que puede ser equiparable a la omisión del deber de la diligencia exigible.

VI. Cuantificación de la sanción

El artículo 58.7 de la LGCA tipifica como infracción grave el incumplimiento de las condiciones establecidas en esa Ley para la realización de las distintas formas de comunicación comercial previstas en sus artículos 14, 15, 16 y 17. El precepto aclara que el incumplimiento en la misma comunicación comercial de dos o más condiciones de las previstas en esos artículos sólo dará lugar a una sanción y que, asimismo, el incumplimiento de una de las condiciones previstas en los citados artículos no podrá dar lugar además a la sanción por comunicación comercial encubierta.

Al tratarse de una infracción grave, de conformidad con el artículo 60.2 de la LGCA, podría ser sancionada con una multa de hasta 500.000 euros en el caso de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva.

Con carácter general, para cuantificar la sanción a imponer, se deberán considerar, en su caso, los criterios establecidos al efecto en los artículos 29 de la Ley LRJSP y 60.4, letras d) y e), de la LGCA: la repercusión social de la infracción (artículo 60.4.d) LGCA) y el posible beneficio económico (artículo 60.4.e) LGCA) que la conducta infractora puede haber reportado al operador. En concreto, en el presente caso, se ha valorado para la cuantificación de la sanción a imponer la audiencia del programa (986.000 espectadores), la duración del programa y del emplazamiento y el potencial beneficio económico que haya podido reportar al operador.

Y como consecuencia de todo ello se considera procedente imponer a MEDIASET una multa por importe de **130.964,00 € (ciento treinta mil novecientos sesenta y cuatro euros)**, tomando en consideración que la primera de las apariciones no constituye un emplazamiento de producto, sino un mensaje publicitario y la inexistencia de conducta continuada.

La sanción impuesta se incluye dentro de la mitad inferior del margen legalmente previsto y, dentro de esa mitad inferior, cerca del grado mínimo.

Lo anterior descarta la infracción del principio de proporcionalidad y acredita una prudente ponderación de la gravedad de la conducta y sus consecuencias punitivas.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar a **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S. A.**, responsable de la comisión de **una (1) infracción administrativa grave**, por haber emitido en su canal TELECINCO, durante la emisión del programa “VIVA LA VIDA” de 22 de septiembre de 2018, un emplazamiento de producto que incumple los requisitos establecidos en el artículo 17.2 y 3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

SEGUNDO.- Imponer a MEDIASET, de conformidad con lo previsto en el artículo 60.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, una multa por importe de **130.964,00 € (ciento treinta mil novecientos sesenta y cuatro euros)**.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.