

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR
SNC/D TSA/030/19/MEDIASET, INCOADO A MEDIASET ESPAÑA
COMUNICACIÓN, S. A., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO
DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 17.3 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO,
GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL**

SNC/D TSA/030/19/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) adopta la presente resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Acuerdo de incoación

En el ejercicio de las funciones de supervisión y control en materia de mercado de comunicación audiovisual que esta Comisión tiene asignada de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual constató que MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (en adelante MEDIASET) habría 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), ya que durante la emisión del programa “First Dates: San Valentín”, del día 11 de febrero de 2019, entre las 21:36:34 y las 22:50:36 horas, realizó emplazamientos de producto de la marca de caramelos “SMINT”, que presuntamente incumplirían los requisitos establecidos en dicho artículo.

Ello se desprende de los documentos y grabaciones que obran en las actuaciones previas practicadas (folios 1 a 14 del expediente administrativo), que consistieron, básicamente, en la comprobación de los contenidos de las emisiones realizadas por MEDIASET en su canal de televisión CUATRO.

Con fecha 30 de abril de 2019, y a la vista de los citados antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador de referencia SNC/DTSA/030/19/MEDIASET, al entender que MEDIASET habría podido infringir lo dispuesto en el artículo 17.3 de la LGCA, por no cumplir los requisitos de los emplazamientos de producto en el programa “First Dates: San Valentín”, emitido en su canal CUATRO (folios 15 a 20 del expediente administrativo).

El acuerdo de incoación fue notificado a MEDIASET el día 24 de mayo de 2019 (folio 23 del expediente administrativo).

SEGUNDO.- Alegaciones de MEDIASET al acuerdo de incoación

El escrito de alegaciones al acuerdo de inicio (folios 28 a 35) tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 24 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 22:17:21 a 22:17:37 h., tras un corte publicitario y una telepromoción y justo antes de la reanudación del programa, se emite un mensaje publicitario, de la marca SMINT, que respeta los principios de separación, diferenciación e integridad, conforme se señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018.

2.º- Con posterioridad, tiene lugar un emplazamiento de producto, al tener el contador de besos del programa la forma y distintivos propios de la caja de caramelos de la marca SMINT. Se informa de dicho emplazamiento al comienzo del programa, tras las reanudaciones y al final; no se afectó al normal desarrollo del programa, ni se incitó directamente a la compra del producto, ni tampoco se hicieron promociones concretas; y la presencia del emplazamiento fue secundaria y se integró de forma natural en el programa.

TERCERO.- Propuesta de resolución

El instructor formuló su propuesta de resolución el día 20 de junio de 2019 (folios 36 a 49). En ella proponía que se declarase a MEDIASET responsable de la comisión de una infracción administrativa grave, por haber emitido en su canal CUATRO, durante la emisión del programa “First Dates: San Valentín” de 11 de febrero de 2019, emplazamientos de producto de SMINT que incumplen los requisitos establecidos en el artículo 17.3 de la Ley 7/2010 y la imposición de una sanción de 148.026 euros.

Dicha propuesta de resolución fue notificada a MEDIASET el día 20 de junio de 2019 (folio 52) 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 4 de julio de 2019 ha tenido entrada en el registro de esta Comisión el escrito de alegaciones de MEDIASET a la propuesta de resolución (folios 54 a 63). En su escrito, en síntesis, el operador alega:

- Que el emplazamiento de producto cumplió con los requisitos del artículo 17.3 de la LGCA.
- Que entre las 22:17:25 y las 22:17:45 se emitió un mensaje publicitario.
- Que la presencia del bote de caramelos en la barra del bar no supone un emplazamiento de producto prohibido.
- Que la presencia del “contador de besos” no puede considerarse como emplazamiento de producto.
- Que, en todo caso, la sanción sería desproporcionada.

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

Por medio de escrito de fecha 26 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 53).

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 67).

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 “First Dates San Valentín” emitido el lunes 11 de febrero de 2019 se incluyeron emplazamientos de producto que no cumplen los requisitos legales

En el expediente administrativo consta la copia del acta de visionado (folios 1 a 3) del programa “First Dates San Valentín” emitido el lunes 11 de febrero de 2019 que a continuación se reproduce:

“Programa: “FIRST DATES: SAN VALENTÍN”-

Fecha de emisión: lunes 11 de febrero de 2019

Franja horaria del programa: de 21:36:34 a 22:50:36 horas

Canal: CUATRO

Ámbito: Nacional.

Calificación: +12 permanente

Objeto del Acta: Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual, Artículo 17.3 en lo relativo a la comunicación comercial encubierta.

Nº: 158/2018

CONTENIDO: “FIRST DATES” Se trata de un programa de citas en el que los participantes vivirán una primera cita a ciegas en toda regla. Está presentado por Carlos Sobera.

| FRANJA HORARIA | DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO EMITIDO |
|-------------------|--|
| 21:36:34-21:38:48 | Comienza el programa con un sumario del mismo y continuando con las parejas invitadas a la cena. Aparece en la parte superior izquierda de la pantalla sobrepresionado la indicación de Emplazamiento Publicitario. |
| 21:38:48-21:39:40 | Pausa Publicitaria |
| 21:39:40-22:07:59 | Continúa el programa con los invitados. Se muestra tras la reanudación del programa después de la publicidad, la sobrepresión con la indicación de Emplazamiento Publicitario. |
| 22:07:59-22:16:50 | Pausa Publicitaria. |
| 22:16:50-22:17:25 | Continúa el programa con una telepromoción. |
| 22:17:25-22:17:45 | A continuación aparece en la parte superior izquierda de la pantalla la palabra “PUBLICIDAD” y seguidamente la indicación de EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO, justo debajo. Las imágenes muestran a dos colaboradores del programa: un camarero y una camarera, llevando ésta última una cesta, en una sala del restaurante, con productos de caramelos de la marca “Smint” de varios sabores, dejando un paquete en la mesa. El compañero toma un paquete y se come uno caramelo, para disgusto de su compañera que se lo reprocha con un gesto. El se disculpa dando un beso en la mejilla de su compañera, esta se vuelve hacia una máquina que representa la Caja de los caramelos Smint, en el |

| | |
|-------------------------------|---|
| | <p>mismo se puede ver BESOS by SMINT, con un contador debajo y un pulsador en la parte de arriba de la caja, pulsando el mismo.</p>  |
| <p>22:17:45- 22:31:26</p> | <p>El programa continua con los invitados.</p> |
| <p>22:31:26- 22:37:22</p> | <p>Pausa publicitaria.</p> |
| <p>22:37:22- 22:40:23</p> | <p>Continua el programa tras la pausa publicitaria. Se señala en la parte superior izquierda de la pantalla, sobreimpresionado la indicación de "Emplazamiento de Producto".</p> |
| <p>22:40:23- 22:41:01</p> | <p>Se muestra el contador de la caja de besos Smint, mientras el presentador hace una locución: "los besos ponen sabor al amor, por eso en nuestros restaurante [...]" va haciendo pausas entre frases, mostrandose el contador de besos mientras se muestra a los invitados besandose, [...] la locucion del presentador continúa diciendo " y como nunca los habíamos contado, para celebrar la semana de San Valentín, algunos de los más sonados los hemos recopilados [...] al contador le ha dado un gran subidón [...]. La</p>  |

| | |
|-------------------------------|--|
| | <p>locución termina mostrando en un primer plano lamáquina contadora de besos.</p>  |
| <p>22:41:01- 22:48:08</p> | <p>Continúa el programa</p> |
| <p>22:48:08- 22:48:24</p> | <p>Se muestra a dos concursantes en una habitación besándose con la máquina cuenta besos de los caramelos Smint.</p>  |
| <p>22:48:24- 22:50:36</p> | <p>Continúa el programa hasta su finalización</p> |

Se ha incorporado al expediente copia en formato electrónico de la grabación del programa emitido en el canal CUATRO, que contiene impresionada la hora de emisión (documentos 11 a 14), y el informe de la audiencia media, proporcionados por la empresa KANTAR MEDIA, según el cual el programa de ese día fue seguido por una audiencia media de 1.238.000 personas (folios 4 y 5).

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 el apartado 3 del artículo 17 de la LGCA en relación con la inclusión de emplazamientos de producto en el programa “First Dates San Valentín” emitido el lunes 11 de febrero de 2019 en el canal “CUATRO”.

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 consistía en 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;
- 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*

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.

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.

Las condiciones en que debe producirse esa información han sido definidas por la CNMC en sus resoluciones de fecha 17 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 el primero de ellos, la CNMC señaló en relación con el emplazamiento de producto:

“VII. El emplazamiento de producto.

“El emplazamiento de producto no computa en el límite de los 12 minutos por hora de reloj y siempre es a cambio de contraprestación. (...)

“El emplazamiento de producto está sujeto a unas condiciones cuyo incumplimiento, por su relevancia y por las características propias del emplazamiento, al figurar dentro de los programas, determina la comisión de una infracción administrativa, ya sea por incumplimiento de estas condiciones (artículo 58.7 de la LGCA), o por incurrir en supuestos de comunicación comercial encubierta (artículo 58.8 de la LGCA). Estas condiciones son las siguientes:

- *“Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria.*

“Esta información al telespectador se considera clave para evitar confusiones al telespectador que le induzcan a error sobre la naturaleza publicitaria de los emplazamientos de productos. A estos efectos, se considera que esta información al principio y al final de los programas, y cuando se reanuden tras una pausa publicitaria, se considera que es adecuada siempre que consista en una sobreimpresión o transparencia claramente legible y con una duración mínima de 5 segundos en la que se indique: “este programa contiene emplazamiento publicitario”.

“Asimismo, al final del programa, todos los productos, servicios o marcas que han sido emplazados en el mismo deben quedar perfectamente enumerados y claramente legibles, bien diferenciados del resto de menciones y agradecimientos, ya sea mediante transparencias u otras fórmulas de presentación gráfica.

- *“El emplazamiento de producto no puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación*

audiovisual, es decir, no debe influir en el contenido o en el guion de los programas.

- *“No puede incitar directamente a la compra o arrendamientos de bienes o servicios, o realizar promociones concretas de éstos, por ejemplo, mediante menciones verbales o visuales a las posibles virtudes, méritos u otras características del producto o servicio.*
- *“No puede dar prominencia indebida al producto, servicio o marca, ya sea por su presencia recurrente, o por la manera en que se presentan o destacan (por ejemplo, por su duración o por el tratamiento de la imagen).*
- *“El emplazamiento de producto está prohibido en la programación infantil y, evidentemente, no puede realizarse sobre productos cuya publicidad está prohibida.*
(...)

“Debemos recordar que el emplazamiento de producto ha sido una de las modalidades publicitarias que a lo largo de los años ha provocado un debate social más intenso. El hecho de que la LGCA haya legalizado su uso, cumpliendo determinados requisitos, exige un especial rigor en el cumplimiento de las condiciones impuestas a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que lo utilicen.”

De lo anterior se concluye, en primer lugar, y en la medida en que en el emplazamiento de producto no es necesario respetar el principio de separación, que para que el emplazamiento de producto se permita debe informarse claramente de la existencia de emplazamiento al principio y al final del programa y cuando se reanuda tras una pausa publicitaria.

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

Finalmente, el artículo 17.3 de la LGCA dispone que el 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.

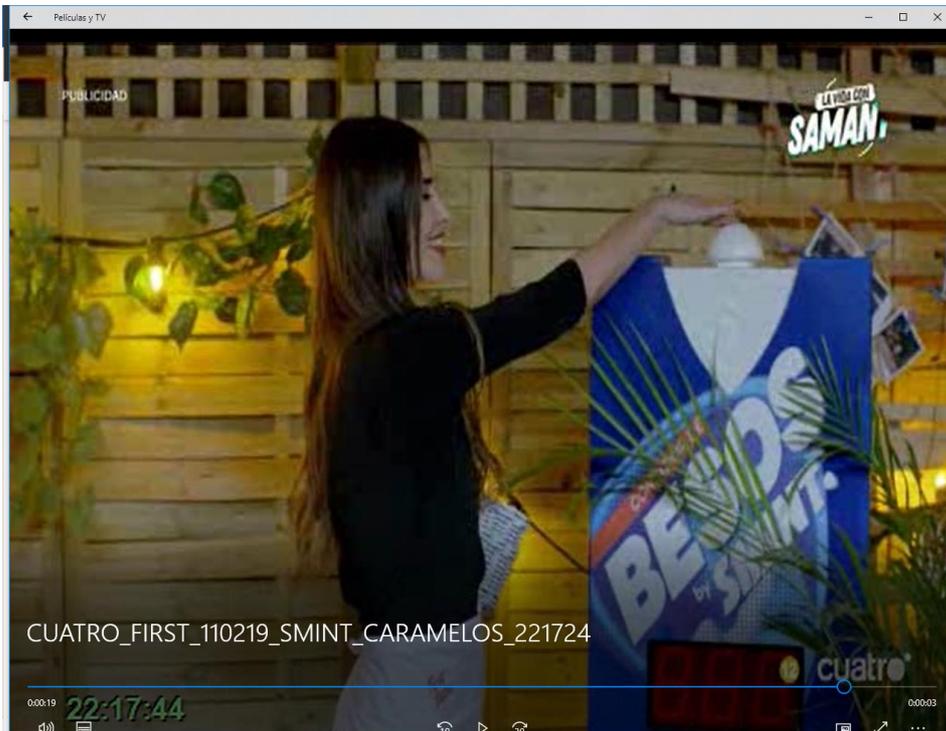
Con carácter general, esta Sala considera que si se ha señalado la existencia de un emplazamiento de producto, se vulnera el artículo 17.3 de la LGCA cuando no se cumplen los requisitos exigidos para esta forma de comunicación comercial, en especial cuando se condiciona la responsabilidad o independencia 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, se ha incluido la señalización de “emplazamiento de producto”. Esta señalización 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. Es por ello que se califica la conducta como una infracción del artículo 17.3 de la LGCA, ya que no se verificarían los requisitos impuestos por la norma. En concreto, se considera que:

- Interrumpe el transcurso natural del programa para introducir el producto emplazado.
- Condiciona la independencia editorial.
- Se otorga una prominencia indebida al producto emplazado.

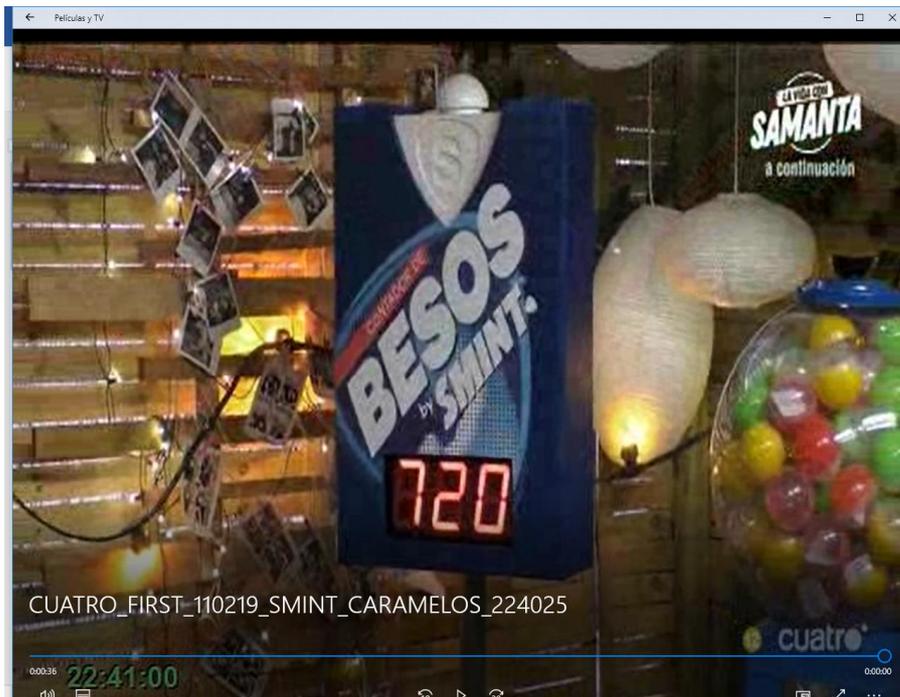
Durante la instrucción del expediente se han identificado varios momentos del programa en los que se produciría el emplazamiento de los caramelos “SMINT”.

En primer lugar, tras corte publicitario, e inmediatamente antes de la reanudación del programa, entre las 22:17:25 y las 22:17:45, se emite un mensaje publicitario de los caramelos. El mensaje está identificado con un rótulo en la parte superior izquierda de la pantalla que dice “Publicidad”. En concreto, se trata de una escena protagonizada por dos camareros del programa en el decorado del mismo. En ella, la presentadora está preparando una mesa y sobre ella coloca una cajita de caramelos SMINT. Sostiene una cesta con más cajas, de diferentes sabores y presentaciones, en su mano izquierda. El otro presentador entra en la habitación y coge un caramelo. A modo de disculpa, besa en la mejilla a la presentadora, que se gira y activa un “contador de besos” que reproduce una cajita de los caramelos promocionados.



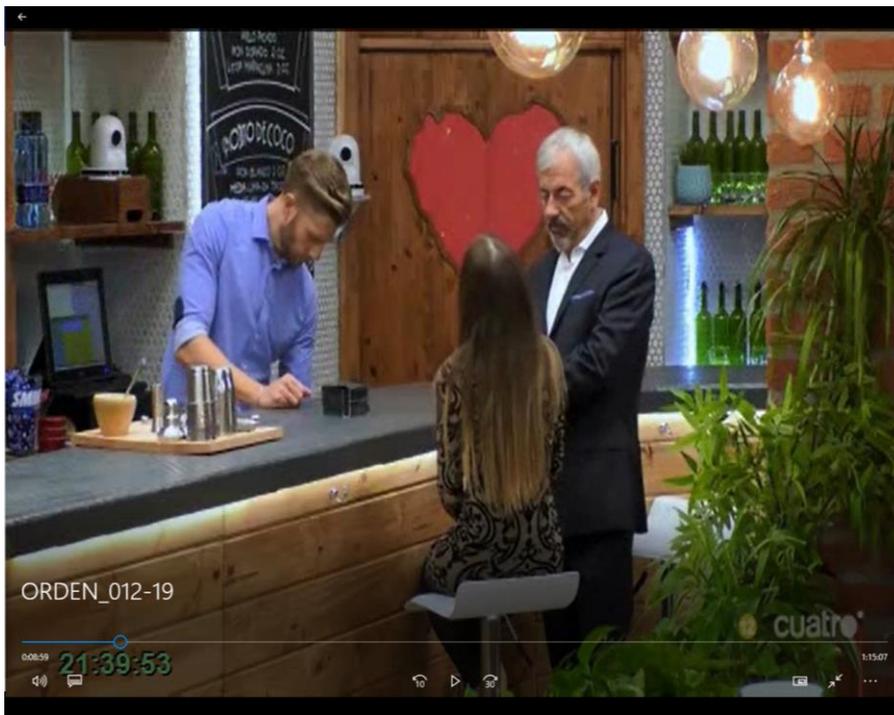
Para esta Sala, dicha comunicación comercial no merece reproche jurídico. La propuesta de resolución la describe a modo de antecedente pero tiene en cuenta su duración a efectos del cálculo de la sanción, criterio que no puede compartirse.

En segundo lugar, a las 22:40:24, se interrumpe la conversación entre una pareja y se presenta el “contador de besos”, con una recopilación de algunos de los que los comensales se han dado a lo largo de otros programas. Se escucha la voz del presentador que, dice: *“los besos ponen sabor al amor, por eso en nuestro restaurante no faltan, ni besos ni amor [...] y como nunca los habíamos contado, para celebrar la semana de San Valentín, algunos de los más sonados los hemos recopilado [...] y aunque no están todos los que son, al contador le ha dado un gran subidón”*. La locución termina mostrando en un primer plano la máquina contadora de besos: una caja grande con tres números y la forma, colores y distintivos de la caja de caramelos “SMINT” en la que se lee “BESOS by SMINT”. La presentación termina a las 22:41:01 h. (**27 segundos de duración**).



Posteriormente, entre las 22:48:09 y las 22:48:24 horas (**15 segundos**), aparece una pareja en la habitación donde se encuentra el “contador de besos”. Tras besarse, accionan el contador de besos, que es perfectamente visible durante toda la escena.

Además, durante el programa hay apariciones de los caramelos promocionados en varios momentos, en concreto, mediante su presencia en un bote en la barra del bar, que se muestra a las 21:39:52 h. (5”), a las 21:41:46 h. (2”), a las 21:56:22 h. (6”) y a las 22:24:06 h. (2”). Dichos emplazamientos no se tienen en cuenta al valorar la conducta sancionada.



A los efectos de esta resolución y de la delimitación de la conducta sancionada, se consideran solo las dos escenas descritas.

En ambas, y como expone la propuesta de resolución, se produce un emplazamiento de producto que no cumple los requisitos legalmente fijados para este tipo de comunicaciones comerciales.

En primer lugar, la primera de las presentaciones se introduce tras una conversación entre dos participantes. Aunque pueda considerarse que no interrumpe el transcurso natural del programa, es evidente que condiciona completamente el contenido editorial, pues se inserta expresamente para presentar el “contador de besos” y, en definitiva, el producto promocionado, pues no es más que una enorme caja de caramelos. Podría considerarse la posibilidad que existiera una necesidad narrativa o una opción editorial de presentar un “contador de besos” en un programa que tiene el formato de *“dating show”*. Pero que ese “contador de besos” sea precisamente una caja de caramelos de la marca publicitada demuestra que, al contrario, lo que justifica la existencia del “contador” es la necesidad de promocionar los caramelos.

En la segunda de las escenas analizadas, el beso entre las participantes sirve de justificación para mostrar el “contador de besos”, es decir, la caja de caramelos gigante con el contador. Nuevamente, el hecho de tener que pulsar el contador de besos condiciona el contenido editorial, pues ello es lo que permite mostrar la caja de caramelos convertida en “contador”.

En ambos casos, la referencia a los besos guarda una inequívoca relación con el eslogan de la marca (“*Sin SMINT no hay beso*”), tal y como señala la propuesta de resolución. Ello contribuye a potenciar el contenido publicitario, pues refuerza la notoriedad de la marca y de sus campañas publicitarias, así como la identificación por parte del público del producto con el eslogan con el que es promocionado y conocido, pues ese esfuerzo promocional le ha dotado de cierta notoriedad en el mercado.

El segundo de los requisitos impuestos en el artículo 17.3 es el otorgamiento de una prominencia indebida al producto emplazado.

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 la aparición en la acción.

La Propuesta inicial de reforma de la Directiva Audiovisual de la Comisión Europea preveía eliminar la referencia a este 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 requisito de no dotar al producto emplazado de una prominencia indebida y obliga, en este caso, a analizar si la presentación de los caramelos se hace de forma suficientemente prominente como para considerarla un supuesto proscrito de emplazamiento de producto.

A juicio de esta Comisión, el emplazamiento que constituye la conducta sancionada reúne esa característica por el tratamiento visual que se hace en las partes del programa descritas 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.

Así, el “contador de besos” no es más que una caja de caramelos, por lo que cualquier referencia visual al contador lo es al producto emplazado. Diferente hubiera sido, por ejemplo, que el contador incluyera algún logotipo de “SMINT”. Ello hace que al espectador no le pase desapercibida la marca, pues si el protagonismo lo es del contador, como podría exigir el tratamiento editorial, también lo es de los caramelos.

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

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 de los mismos caramelos y en el mismo decorado en el que se encuentra el “contador de besos”. 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.

El conjunto de mensajes publicitarios de “SMINT” durante el programa (mensaje publicitario y emplazamientos de producto, incluyendo los ilícitos que constituyen las conductas sancionadas) refuerza su impacto publicitario, al multiplicar la presencia durante todo el programa y permitir al espectador una asociación prácticamente continua.

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

Tal y como defiende MEDIASET en sus alegaciones a la propuesta de resolución, debe señalarse que no se considera emplazamiento de producto el mensaje publicitario emitido entre las 22:17:25 y las 22:17:45. En el anterior apartado (“tipificación de los hechos probados”) ya se ha aclarado que no merece reproche jurídico.

Asimismo, la presente resolución, al igual que la propuesta de resolución, no considera sancionable el emplazamiento que consiste en la presencia de un bote de caramelos en la barra del bar. Dado que la cuantía de la sanción propuesta tiene en cuenta, entre otros extremos, la duración de los emplazamientos, debe destacarse que la propuesta de resolución no computó los 11 segundos correspondientes a la presencia del bote de caramelos.

Por el contrario, no puede compartirse el parecer de MEDIASET en relación con la presentación del “contador de besos”, que aparece en los dos momentos del programa descritos.

Para MEDIASET, no puede computarse el tiempo en que no hay una presencia en cámara del “contador de besos”. En concreto, el vídeo recopilatorio de algunos de los besos entre participantes del programa a lo largo de sus distintas emisiones se trataría de un contenido editorial dentro de un programa especial dedicado al beso con motivo del día de San Valentín.

La propuesta de resolución considera que ese montaje forma parte del emplazamiento y computa en su totalidad toda su duración. Dicho criterio es compartido por esta Sala, pues el vídeo, sin solución de continuidad, concluye con la presencia destacada del “contador de besos” y, por ello, de los caramelos promocionados. La narración también se refiere al “contador de besos”: “... *a/*

contador, le ha dado un gran subidón". De entrada, aunque se computasen solo los dos segundos finales del vídeo en los que aparece el "contador", existiría un emplazamiento de producto. Pero, además, el resto del video contribuye a esa presentación de forma determinante: no tendría sentido la aparición del "contador de besos" sin esa introducción previa, llena de referencias a los besos y, por lo tanto, indirectamente al producto y a su eslogan reconocible. Por si ello no fuera suficiente para que el espectador realice la vinculación entre los besos y el producto, en la caja de camelos gigante en que el contador está escrito "BESOS by SMINT". No se pretende, como alega MEDIASET, que los besos sean una referencia exclusiva a la marca promocionada, sino que esa vinculación se produce expresamente no solo por el eslogan de la marca, sino precisamente porque el contador incluye esas palabras, produciéndose una relación que el espectador no puede pasar por alto.

Contrariamente a lo alegado, no se sanciona a MEDIASET por las campañas de sus anunciantes de internet. La propuesta de resolución simplemente acude a ejemplos de publicidad para acreditar un hecho que no se ha discutido: que el lema de los caramelos SMINT es "sin SMINT no hay beso". Esa relación entre el contenido editorial del programa "First Dates" de ese día y el eslogan de la marca emplazada justifica la consideración de todo el vídeo como parte de un emplazamiento ilícito.

En cuanto al incumplimiento de los requisitos del emplazamiento de producto, baste lo expuesto en relación con la tipificación de los hechos.

Finalmente, no puede compartirse que la sanción sea desproporcionada a la vista de las consideraciones que se expondrán en el correspondiente apartado VI de la presente resolución, relativo a la cuantificación de la sanción.

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 (CUATRO).

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 entre 100.000 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 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 (1.238.000 espectadores), la duración del programa y la de los emplazamientos y el potencial beneficio económico que haya podido reportar al operador.

En cuanto a la duración de los emplazamientos, se consideran 42 segundos, según lo expuesto en la presente resolución, pues la primera de las apariciones no constituye un emplazamiento de producto, sino un mensaje publicitario.

Como consecuencia de todo ello se considera procedente imponer a MEDIASET una multa por importe de **146.926,00 € (ciento cuarenta y seis mil novecientos veintiséis euros)**.

Pese a ello, la sanción impuesta se incluye dentro de la mitad inferior del margen legalmente previsto y, dentro de esa mitad inferior, muy cerca del límite inferior establecido.

Lo anterior descarta la infracción del principio de proporcionalidad alegada por Mediaset 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 CUATRO, durante la emisión del programa “First Dates, “San Valentín” de 11 de febrero de 2019, emplazamientos de producto de caramelos “SMINT” que incumplen los requisitos establecidos en el artículo 17.3 de la Ley 7/2010.

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 **146.926,00 € (ciento cuarenta y seis mil novecientos veintiséis 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.