



Roj: **SAN 3619/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3619**

Id Cendoj: **28079230012019100399**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/07/2019**

Nº de Recurso: **363/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000363 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03665/2017

Demandante: ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A.

Procurador: GLORIA TERESA ROBLED0 MACHUCA

Letrado: RAMÓN VIGIL FERNÁNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

S E N T E N C I A N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a veinticinco de julio de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 363/2017, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y representación de ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A., contra la Resolución de 4 de mayo de 2017 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que impone a tal recurrente una sanción de 200.030 euros por la comisión de una infracción grave, del artículo 17.3 de la LGCA. Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 200.030 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - At resmedia Corporación de Medios de Comunicación SA interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 15 de junio de 2017, del que se acordó su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO. - Mediante escrito presentado el 14 de noviembre de 2017 dicha entidad actora formalizó la demanda en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que : *Estimando integrante las pretensiones de esta parte, declare la nulidad de la resolución impugnada, condenando a la Administración al abono de las cosas causadas.*

TERCERO. - El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 1 de febrero de 2018 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de costas.

CUARTO. - Solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó el mismo mediante Auto de 8 de marzo de 2018 practicándose las pruebas documentales propuestas y admitidas, con el resultado que figura en las actuaciones.

No considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio traslado para conclusiones a las partes, quienes las evacuaron mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus pedimentos.

QUINTO. - Concluidos los autos se fijó para votación y fallo de este recurso el día 9 de julio de 2019, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña NIEVES BUISAN GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por la representación procesal de ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A. la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 4 de mayo de 2017 recaída en procedimiento sancionador SNC/DTSA/002/17, que impone a tal recurrente una sanción por un importe de 200.030 euros por la comisión de una infracción grave, de carácter continuado, por haber incluido en su canal Antena 3, durante la emisión de la serie "Velvet" entre septiembre de 2015 y diciembre de 2016 emplazamientos del producto "Coca Cola" que incumplen los requisitos establecidos en el artículo 17.3 de la LGCA.

La infracción tiene la consideración de grave conforme a lo dispuesto en el artículo 59.7 de la LGCA, valorándose, para su cuantificación, la audiencia media de la serie (3.772.000 espectadores), el número de emisiones en las que se ha producido la infracción, la duración de los emplazamientos que incumplen los requisitos legales y el beneficio económico obtenido.

Se trata de emplazamientos de un mismo producto (Cola-Cola) que aparecen de forma recurrente en varios capítulos de la misma serie de televisión. Se realizan mediante la inclusión en las escenas de botellas que tienen la consideración de marca tridimensional, por considerarse signos distintivos de la marca. Solo se tienen en cuenta aquellos capítulos en que el emplazamiento se ha realizado de forma inadecuada, es decir, aquellos en los que la prominencia de la marca mostrada excede los límites legales, a juicio de esta Sala.

Razona a tal efecto la resolución que:

(...) Pese a la presencia recurrente de botellas de Coca-Cola a lo largo de la serie, no constituye un emplazamiento prohibido la aparición en escenas donde es esperable encontrarlas: las que transcurren en bares, junto a otras bebidas o incluso en lugares de trabajo (despachos de directivos o taller de costura), en las que en el tratamiento de la escena no cobra indebido protagonismo o cuando la presencia en pantalla es secundaria y no continua.

Por el contrario, se considera que se produce una prominencia indebida cuando el producto o servicio se muestra de forma recurrente, bien por la duración de las imágenes o por su tratamiento. Si las imágenes destacan el producto o lo muestran de forma excesiva sin que sea necesario, el producto o la marca emplazados cobran una notoriedad que puede calificarse de abusiva.

(...) En concreto, se considera que se ha producido la conducta sancionada en los siguientes episodios:

Capítulo: "Ana y Alberto, recuerdos de su gran amor" (...) En esta larga secuencia de Alberto en el aeropuerto, destaca la presencia de varias botellas vacías sobre la mesa (hasta un total de cuatro). Las botellas aparecen en todos los planos, como una presencia constante que el espectador no puede dejar pasar inadvertida, incluso

cuando Alberto abandona la mesa. El personaje pasa entonces a recordar su infancia y cómo enviaba mensajes a Ana dentro de una botella de Coca Cola. La escena vuelve al presente y se ve como la camarera trae una nueva botella, amontonándose junto con los cuatro cascos vacíos. Es en ese momento cuando el personaje reconoce que *"no bebe para olvidar, sino para recordar"*. A continuación, introduce en una de las botellas vacías de Coca Cola el papel que momentos antes manipulaba.

La trama vinculada al emplazamiento de Coca Cola continúa con la llegada de Ana al aeropuerto tratando de impedir la partida de Alberto. Al comprobar que ya ha embarcado, abatida, se dirige a la cafetería. Allí descubre la mesa donde había estado sentado Alberto. En la mesa, pese al tiempo transcurrido, continúan las cinco botellas de Coca-Cola.

Ana se dirige a la mesa y descubre el papel que Carlos había introducido, mostrando claramente de nuevo la botella que lo contiene en su interior.

Durante 25 segundos el personaje la sostiene entre las manos, mirándola fijamente de manera que el espectador también ha de fijar necesariamente su atención.

La escena continúa con otro *flash back*, con un primer plano de otra botella en la mano de Alberto de niño. Tras abrirse el plano, los personajes aparecen tras seis botellas de Coca Cola.

Capítulo: "A un océano de distancia". Este episodio, emitido en Antena 3 el 11 de noviembre de 2015, contiene las secuencias básicas incluidas en el recopilatorio anteriormente descrito y se refieren a las que transcurren en la cafetería del aeropuerto. Además, en este capítulo se incluye otra escena con emplazamiento de Coca Cola:

Entre las 23:08:20 y las 23:08:55, la protagonista, acostada en la cama llora desconsoladamente. En la mesilla de noche hay dos cascos vacíos de Coca Cola.

En un determinado momento, coge uno de ellos, lo mira fijamente y se dirige a él durante más de 20 segundos en los que la botella goza de una presencia ininterrumpida y destacada.

Capítulo "Por los aires", emitido por primera vez el 2 de diciembre de 2014 y reemitido el 8 y el 9 de octubre de 2015. Dicho capítulo contiene una escena en la que dos de los principales personajes, Mateo y Alberto, se encuentran en la barra de un bar sobre la que Alberto deposita una caja de la que extrae una botella vacía de Coca-Cola. De la botella había bebido Doris Day y conservaba restos de pinta labios, lo que la convertía en una botella especial, sobre todo para un admirador de la actriz y cantante como Mateo. La botella permanece en la escena mientras los personajes conversan, bien sobre la barra o en las manos de Mateo, que la manipula. Antes de marcharse, brindan, vuelve a cogerla y, mirándola fijamente, añade " (...) y porque una noche más vas a conseguir que duerma abrazado a una botella".

SEGUNDO. - La parte actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

-NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN POR CAMBIO EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA Y EN LOS HECHOS SANCIONADORES.

La serie VELVET se estrenó el 17 de febrero de 2014 y hasta la apertura del procedimiento sancionador mi representada no tuvo reproche alguno por sus contenidos. Tras las alegaciones presentadas, entiende la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en su resolución de 4 de mayo de 2017 que de los 24 los capítulos analizados (según el listado que aparece en la página 10 de la resolución), solo 3 de ellos incumplirían la normativa vigente, y que sólo infringirían el artículo 17.3, y no el artículo 17.2.

La propuesta de resolución modifica tanto los hechos como su calificación y sanción. Así en el Acuerdo de Incoación se consideraba que el capítulo recopilatorio " Ana y Alberto, Recuerdos de su Gran Amor" (emitido el 7 y 8 de diciembre de 2016) podrían haber infringido el artículo 17.3 de la LGCA, pero se afirma en la propuesta de Resolución que se habrían incumplido el artículo 17.2 LGCA, y se afirma en unos momentos que se trataría de una única sanción por toda la serie y, en otros, que serían 6, 7, o 15 el número de capítulos afectados (pág. 18: 15 capítulos: pág. 21: siete capítulos; pág. 22 : 6 el número de emisiones afectadas). Cambio de hechos y calificación jurídica inadmisibles y que vulnera el artículo 64 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo, y artículo 24.2 de la Constitución.

-PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN MATERIA SANCIONADORA Y NECESARIA PREDETERMINACIÓN NORMATIVA DE LAS CONDUCTAS ILÍCITAS.

Se sanciona a la actora sin previo aviso, por capítulos emitidos con anterioridad, sin ningún tipo de advertencia o apercibimiento.

El procedimiento sancionador se abrió por el capítulo recopilatorio "Especial: Ana y Alberto, recuerdos de su gran amor". Penúltimo capítulo de la serie en el que se emiten extractos de otros capítulos donde aparecen reflejados distintos momentos de la relación entre ambos. Un amor prohibido por los convencionalismos que lleva a que los protagonistas, desde pequeños, tengan esa especial forma de comunicarse por escrito, a través de avioncitos de papel, de cartas, o de mensajes en una botella. No es cierto que se haya guionizado la presencia de una botella en la trama. Se dice en el Informe de Visionado que se habrían incluido en este capítulo nuevas imágenes de "cuando (Alberto) era pequeño", insertando un mensaje en el interior de una botella de Coca-Cola, "aunque en realidad" (página 2 del Informe de Visionado), "en otras secuencias de la serie, se observa que cuando ellos eran niños, se enviaban mensajes en aviones de papel". Sin embargo, las imágenes de adolescentes con la botella no son nuevas, ni tampoco la de los niños con aviones de papel. No es cierto que se hubieran alterado imágenes pasadas o se hubieran emitido nuevas grabaciones forzando la trama argumental. La comunicación a través de mensajes entre ambos personajes (también a través de una botella) es algo que se mantiene a lo largo de distintas temporadas.

La presencia de la botella tiene un sentido y una lógica dentro del programa.

No puede hablarse de publicidad encubierta porque la marca está perfectamente identificada como uno de los productos de la serie en los que había emplazamiento de producto;

No hay referencias verbales al producto, ni promoción ni incitación a la compra del producto;

Se trata de planos de poca duración y bien integrados;

No se destacan características del producto o marca. Lo que se dice en el expediente son interpretaciones descontextualizadas de frases como "no bebo para olvidar, bebo para recordar" o "estoy buscando formas de comunicar déjalo en mis manos": no corresponden a ningún "claim" ni característica que la marca haya promocionado en el algún momento;

La presencia de las botellas de Coca-Cola en la mesa del aeropuerto (correspondientes al capítulo 39 de la serie) está justificada e integrada en el desarrollo de la narración por el contexto en el que se encuentra el protagonista, recordando a su amada y rememorando aquellos momentos de la adolescencia.

-CULPABILIDAD.

Los hechos no son punibles porque no son típicos pero, si lo fueran, no serían antijurídicos porque faltaría el necesario elemento de culpabilidad. Conforme a la Ley 40/2015 se sustituye la confusa alusión a la mera inobservancia del anterior artículo 130.1 de la Ley 30/1992 por la explícita remisión a la necesaria presencia de culpa o dolo. Ninguna voluntad de incumplir la norma tuvo mi representada y los capítulos sancionados ya se habían emitido con anterioridad.

-CONFIANZA LEGÍTIMA Y SEGURIDAD JURÍDICA.

Se sanciona a la actora por el contenido de capítulos anteriores que ya se habían emitido sin problema alguno. Los operadores de televisión no pueden estar sometidos al libre albedrío de las autoridades públicas en decisiones como estas basadas en un criterio subjetivo en la apreciación de los hechos.

-PROPORCIONALIDAD.

Hay un cambio importante en las tres resoluciones que forman el expediente: acuerdo de incoación, propuesta de resolución y resolución final.

Tras las alegaciones presentadas por mi representada, entiende la CNMC en la resolución de 4 de mayo de 2017 que de los 24 los capítulos analizados (según el listado que aparece en la página 10 de la resolución), solo 3 de ellos incumplirían la normativa vigente, y que finalmente sólo infringirían el artículo 17.3, y no el artículo 17.2.

Por otra parte y aunque hay una clara reducción entre el número de infracciones que se imputan a mi representada en la propuesta de resolución (6, 7, o 15) respecto a la resolución final (3), así como limitación de los artículos infringidos (solo el 17.3 LGCA), sin embargo, en clara vulneración del principio de proporcionalidad, así como de los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad, no se reduce proporcionalmente la sanción propuesta, y se mantiene la misma que figuraba ya en la propuesta de resolución, por importe de 200.030€.

TERCERO. - El Abogado del Estado basa su oposición a la demanda en las siguientes consideraciones más trascendentes:

Sobre los pretendidos cambios en los hechos imputados y su calificación, tras analizar el contenido tanto del Acuerdo de incoación como de la Resolución impugnada se concluye que no se ha producido ningún vicio

formal derivado de no haber informado al recurrente de la acusación sobre la que versaba el procedimiento sancionador, debiendo partirse de la identidad entre la conducta imputada, el tipo de infracción aplicado y el marco sancionador correspondiente al mismo.

Razona a continuación el Abogado del Estado sobre la suficiente concreción de la conducta infractora en el Acuerdo de incoación y sobre la precisión y suficiente definición de dicho Acuerdo, en el que se acotó la emisión audiovisual del recurrente y se definió en qué consistían las eventuales infracciones que podrían declararse. Además se concedió en todo momento a la actora la posibilidad de formular alegaciones en su defensa. Y en todo caso la eventual insuficiencia del Acuerdo de incoación habría quedado sanada por la propuesta de resolución, en la medida en que no se aparta de las definiciones de aquella, sino que solo las concreta.

En cuanto a la tipicidad de la infracción y tras hacer referencia a los preceptos legales de aplicación, se hace hincapié en la prolongada duración de los planos protagonizados por las botellas de Coca Cola, y que de considerar que el guión reclamaba el dramatismo que confiere una duración tan prolongada, el tratamiento de las botellas no debió permitir que fueran reconocibles: si la botella se convierte en protagonista de la trama, como medio de comunicación, no resulta necesario mostrar una determinada marca. Hubo además un excesivo protagonismo de las botellas de Coca Cola en imágenes innecesarias, a las que se les da un tratamiento desproporcionado en la escena. Se introducen elementos en el guión que resultan artificiosos y que se convierten en un pretexto para ofrecer prominencia innecesaria al producto y, así por ejemplo, en el capítulo "Ana y Alberto, recuerdos de un gran amor" no resulta necesario decir que se bebe para recordar cuando el recuerdo se refiere al continente de la bebida, no al contenido. En particular, en dicho capítulo, la escena de Alberto en el aeropuerto y de Ana en dicho aeropuerto, o la escena en el bar del capítulo "Por los aires" presentan una simultaneidad de manifestaciones antijurídicas que resulta sinérgica, que convierte todavía en más clara la conculcación de los límites del artículo 17.3 de la LGCA.

Insiste la defensa de la Administración en que si ha habido culpabilidad, a lo que no obsta la ausencia de apercibimientos o sanciones previas ni tampoco los pretendidos criterios interpretativos de una Administración diferente. Tampoco concurre la buena fe del recurrente, pues el telespectador necesita la consciencia de que el mensaje que está recibiendo tiene naturaleza comercial, para poder activar las defensas, y por ello la LGCA impone la separación entre mensajes comerciales y el resto, por lo que las excepciones en que se permite la mezcla de ambos contenidos, como es el caso del emplazamiento, requieren que la vertiente comercial sea poco acentuada, que se trate de un elemento colateral y accesorio que evite tener que poner un especial cuidado.

Se razona por último en la contestación sobre la proporcionalidad de la sanción impuesta, tomando en consideración que no se ha elevado la sanción respecto de la propuesta de resolución, ni se han ampliado los hechos imputados considerados probados, ni se ha variado su calificación jurídica. Por otra parte y dado que a la infracción grave cometida le corresponde una sanción de entre 100.001 y 300.000 euros, la impuesta, por importe de 200.030 euros, corresponde al grado medio y no puede ser considerada desproporcionada. Dado además que se han tenido en cuenta, para su imposición, las importantes audiencias logradas por las emisiones y sus reposiciones, que los emplazamientos infractores son varios, y que los mismos han constituido una fuente de financiación para el recurrente.

CUARTO.- La Directiva 2007/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificó la Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre de 1989, define el "emplazamiento de producto" como "toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar" (art. 1).

Añadiendo el artículo 3 octies 2 de la misma que: *No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el emplazamiento de productos será admisible, al menos que un Estado decida otra cosa, en: obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento (...)*

El art. 2 apartado 31 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual define 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". Por el contrario, y en contraposición, la misma LGCA define la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta (lo que antes se denominaba publicidad encubierta) en el artículo 2.32 como "La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta

presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio".

El artículo 17 de dicha LGCA 7/2010, de 31 de marzo, cuyo apartado 3 se considera infringido en la resolución impugnada, bajo el título de *El derecho al emplazamiento de productos* establece que:

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a realizar a cambio de contraprestación emplazamiento de productos en largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento.

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, únicamente constituirá emplazamiento de producto y por tanto estará permitido, siempre que estos bienes o servicios tengan un valor significativo.

2. 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.

3. El emplazamiento no puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamientos de bienes o servicios, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto.

4. Queda prohibido el emplazamiento de producto en la programación infantil."

El RD 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la ley 7/2010, de 31 de marzo, dentro del Capítulo V, " *emplazamiento de producto*", establece en el art. 14 las condiciones y requisitos del emplazamiento de producto en términos similares, en lo que ahora interesa, a la Ley.

Concepto de "emplazamiento" al que ya nos referimos en la Sentencia de esta Sala de lo contencioso-administrativo de 11 de noviembre de 2010 (Rec. 561/2009), como: *categoría contemplada como una vía de financiación de la industria audiovisual por la Directiva 2007/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, y que ha sido contemplada en el art. 17.2 de la reciente Ley 7/2010 de 31 de marzo General de Comunicación Audiovisual como derecho del operador, norma que sería aplicable retroactivamente al supuesto que nos ocupa al tratarse de una norma más favorable que destituye este comportamiento.*

En la actualidad la Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo, de Servicios de Comunicación Audiovisual, define en su artículo 1, apartado 1 letra m) "emplazamiento de producto" como: *toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar.* Y define "comunicación comercial audiovisual encubierta" en la letra j) del mismo artículo 1.1 como: *la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar.*

QUINTO. -De poner en relación los hechos probados de la resolución combatida, con los fundamentos jurídicos de la misma y la normativa legal de aplicación, la cuestión a resolver en esta litis es si la aparición de las botellas del producto Cola-Cola que se incluyen en los tres capítulos de la serie Velvet, en las circunstancias detalladas en la resolución sancionadora (que se recogen en el fundamento jurídico primero), constituye o no emplazamiento prohibido por la normativa de Comunicación Audiovisual, tanto europea como nacional.

A juicio de la Administración, sí se incurre en tal emplazamiento prohibido por la normativa de aplicación tomando en consideración, especialmente, que se otorga una *prominencia indebida* al producto emplazado. Razona a tal efecto la resolución que aun cuando la trama principal (la historia del amor no convencional entre Alberto y Ana) pudiera justificar la constante presencia de botellas de Coca-Cola (y no de cualquier otra bebida), porque introducir mensajes en ellas era una de las formas de comunicación entre dichos protagonistas,, no se justifica la presencia habitual (a la que no cabe poner reparo alguno, en principio) y, sobre todo, destacada y realzada (que es lo que constituye el elemento del tipo) en el resto de escenas analizadas.

El término "prominencia", tal y como manifiesta la resolución combatida y según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es " *elevación de algo sobre lo que está alrededor o cerca de ello*".

Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya concreción no resulta sencilla tal y como hace constar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en curso, por la que se modifica la Directiva

2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado, cuyos Considerandos 15 y 17 indican que:

"(15) La liberalización del emplazamiento de productos no ha aportado el esperado despegue de esta forma de comunicación comercial audiovisual. En particular, la prohibición general de emplazamiento de productos, con algunas excepciones, no ha dado seguridad jurídica a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual. Así pues, debería permitirse el emplazamiento de productos en todos los servicios de comunicación audiovisual, con determinadas excepciones.

(17) La norma de que no debe darse una prominencia indebida a un producto ha resultado difícil de aplicar en la práctica. Además, limita el despegue del emplazamiento de productos que, por definición, implica cierto nivel de exposición prominente para poder generar valor."Los requisitos relativos a los programas que contengan emplazamiento de productos deberán centrarse, por lo tanto, en informar claramente a los espectadores de la existencia de dicho emplazamiento y en garantizar que no se vea afectada la independencia editorial del prestador de servicios de comunicación audiovisual.

SEXTO.- Para resolver tal controversia y en definitiva si la entidad actora incurrió en emplazamiento prohibido en el artículo 17.3 de la LGCA en las escenas de los tres capítulos de la serie Velvet a las que se circunscribe la sanción impuesta por la CNMC, hemos de tomar en consideración, además de la normativa que se acaba de referir, también los siguientes criterios interpretativos:

En primer lugar, que el concepto jurídico "emplazamiento de producto" se opone al de "comunicación comercial audiovisual encubierta" (lo que antes se denominaba publicidad encubierta) que se definen respectivamente, como ya se ha indicado, en los apartados 31 y 32 del artículo 2 de la LGCA .

En tal sentido ya la SAN de esta Sala contencioso-administrativo (8ª), de 23 de marzo del 2009 (Rec. 1500/2007) dictaminó que " La diferencia entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la mera presentación ("asentamiento" o "emplazamiento") del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el "asentamiento" la aparición del producto o servicio de que se trate es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional o apologética. Ello porque como igualmente indica la SAN de 9 de octubre de 2018 (Rec. 176/2017): La publicidad encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, sino de forma subliminal con ocultación de la finalidad publicitaria, por lo que se crea un indudable riesgo de provocar error en los consumidores, invitándoles o inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, al consumo del producto presentado.

Ha de tenerse asimismo en cuenta el Acuerdo de la CNMC 17 de septiembre de 2014, por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas, que contiene una serie de criterios sobre lo que ha de considerarse *emplazamiento indebido de productos*, entre ellos, que no se incite directamente a la compra del producto ni se haga promoción concreta del mismo, poniendo como ejemplo la mención verbal a sus virtudes u otras características del producto, y que no se dé prominencia indebida al producto, bien por su presencia recurrente o la manera en que se presentan o destacan.

Resultando asimismo de interés, a efectos hermenéuticos, los criterios que sobre emisiones publicitarias establece la Circular la Subdirección General de 20 de enero de 2004 que, aun siendo de fecha anterior a la admisión y destipificación del emplazamiento de productos en nuestra legislación, sí fija las condiciones que ha de cumplir la presencia o utilización de productos o servicios dentro de un programa, para que no pueda considerarse publicidad encubierta, concepto jurídico que, como ya hemos referido, se contrapone al de emplazamiento". Condiciones que son las siguientes:

Que la presencia del producto forme parte del decorado o atrezzo lógico del programa y se produzca de forma no reiterada, ni en número tal que desvirtúe su condición de elemento decorativo o necesario en la escena.

Que no se realice mención verbal alguna al producto presentado y menos aún a sus posibles virtudes o ventajas.

Que no se resalte la presencia del producto o marca mediante la ubicación de carteles publicitarios que formen parte del decorado.

Que el contenido del guión no se vea influido artificialmente por la inclusión de estos elementos publicitarios.

Que no se remarque artificialmente la presencia del producto mediante encuadres o movimientos de cámara, alterando el normal desarrollo de la narración audiovisual, ni forzando una ruptura o distorsión en la continuidad narrativa."

En parecidos términos, en la actualidad, la Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo, de Servicios de Comunicación Audiovisual establece en su considerando 90 que : *La prohibición de la comunicación audiovisual con fines comerciales encubiertos no debe afectar al emplazamiento legítimo de productos en el marco de la presente Directiva, siempre que se informe adecuadamente al espectador de dicho emplazamiento, condición que puede cumplirse señalando el hecho de que en un determinado programa hay emplazamiento de producto, por ejemplo, mediante un logotipo neutro.*

Añadiendo el Considerando 91 de dicha Directiva 2010/13/UE que: *El emplazamiento de producto es una realidad en las obras cinematográficas y las obras audiovisuales realizadas para televisión. Para garantizar la igualdad de condiciones y acrecentar así la competitividad del sector europeo de medios, son necesarias normas en materia de emplazamiento de producto. La definición de emplazamiento de producto que se establece en la presente Directiva debe englobar toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que aparezca en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar (...). El criterio determinante para distinguir patrocinio y emplazamiento de producto es que, en el emplazamiento de producto, la referencia a un producto está incorporada en la acción de un programa, razón por la cual la definición del artículo 1, apartado 1, letra m), incluye para la expresión "figure en". Por el contrario, las referencias a los patrocinadores pueden aparecer en el programa, pero no formar parte del argumento.*"

SÉPTIMO.- Ap licando la anterior normativa, doctrina y criterios interpretativos (tanto literales como sistemáticos y teleológicos) al supuesto enjuiciado, el visionado de los tres capítulos de la serie a los que se imputa la infracción del artículo 17.3 LGCA evidencia, a juicio de la Sala, lo siguiente:

La presencia de las botellas del producto Coca-Cola está incorporada a la acción del programa, formando parte del argumento y guión de tal serie, que no se ve influida artificialmente por la inclusión de las referidas botellas, sino que, por el contrario, las mismas se insertan en tales capítulos de manera natural. Resulta un hecho no controvertido que la serie Velvet se basa, como parte esencial de su argumentación, en la existencia de un amor prohibido por los convencionalismos entre los protagonistas, que les lleva a que, desde pequeños, tengan una especial forma de comunicarse por escrito, bien a través de avioncitos de papel, de cartas, o de mensajes en una botella. Por lo que la presencia de las botellas de la marca Coca-Cola forma parte del decorado o *atrezzo* lógico del programa.

Tampoco puede considerarse que la aparición del producto se produzca de forma reiterada pues repárese en que de todos los capítulos de la serie emitidos entre septiembre de 2015 y diciembre de 2016, solo se consideran sancionables 3 de ellos. Y teniendo cada capítulo una duración de hora y media, son escasos los minutos en los que se producen los referidos emplazamientos.

Y tampoco se resalta la presencia del producto o marca mediante la ubicación de carteles publicitarios que formen parte del decorado, ni en ningún momento de los tres capítulos se realiza menciona verbal alguna a virtudes u otras características del repetido producto.

En definitiva la *prominencia indebida* del producto Coca-Cola que se imputa por la Administración a los capítulos de la serie Velvet tantas veces citados, bien por su presencia recurrente, o la manera en que se presenta o destaca, no se comparte por la Sala, considerándose por el contrario que tal producto aparece como parte integrante del guión, en el que se inserta de manera natural, sin alterar, en lo más mínimo, el normal desarrollo de la narración.

Ello de conformidad con la normativa y los criterios interpretativos expuestos en los fundamentos jurídicos anteriores y tomando además en consideración que cuando la Directiva 2010/13/UE establece de forma expresa que " *se debe prohibir el emplazamiento de producto cuando se realiza de manera encubierta*", está reforzando el derecho del operador de televisión a emitir contenidos con emplazamiento de productos cuando éste ha sido correctamente señalado.

Por todo lo expuesto, entendemos que Atresmedia no ha incurrido en la infracción del artículo 17.3 LGCA imputada en la resolución impugnada, por lo que debe estimarse la presente demanda, con la consiguiente anulación de la resolución impugnada.

OCTAVO.- Pr ocede la imposición de las costas procesales a la entidad demandada, cuyas pretensiones han sido desestimadas, conforme al criterio general del vencimiento del artículo 139.1 de la LJCA.

FA LLO

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido en nombre y representación de ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A., contra la Resolución de la Sala de Supervisión



Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 4 de mayo de 2017 , que impone a dicha recurrente una sanción por un importe de 200.030 euros por infracción del artículo 17.3 de la LGCA, resolución y sanción que se anulan, dada su disconformidad a Derecho, con imposición de las costas causadas a la parte demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia en Audiencia Pública. Doy fe.

Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA