



Roj: **SAN 3079/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3079**

Id Cendoj: **28079230012019100334**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2019**

Nº de Recurso: **419/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3079/2019,**
ATS 2076/2020

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000419 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04189/2017

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

Procurador: GLORIA TERESA ROBLED O MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a catorce de junio de dos mil diecinueve.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo Núm. 419/2017 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora D^a Gloria Robledo Machuca, en nombre y representación de ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. frente a la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), de 21 de junio de 2017, recaída en el procedimiento sancionador SNC/D TSA/006/17 (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña FELISA ATIENZA RODRIGUEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional el 20 de julio de 2017, y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito de 19 de diciembre de 2017, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente las pretensiones de la actora, declare la nulidad de la resolución recurrida, condenando a la Administración al abono de las costas causadas.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda de 5 de febrero de 2018, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto, por ser plenamente ajustada a Derecho la resolución administrativa impugnada, con imposición de costas a la parte contraria.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba mediante Auto de 12 de febrero de 2018 y practicada la admitida, fue evacuado el trámite de conclusiones señalándose seguidamente para votación y fallo el día 4 de junio de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por la representación procesal de la mercantil ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A., la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de 21 de junio de 2017, recaída en procedimiento sancionador SNC/DTSA/006/17, que impone a la recurrente, sanción por un importe total de 413.434 euros por infracción del artículo 17.3 de la LGCA.

Infracciones que se sustentan en que ATRESMEDIA ha realizado emplazamientos de productos incumpliendo las condiciones previstas en el art. 17.3 de la LGCA, en relación al emplazamientos de los siguientes productos: TITANLUX, CORTINA DECOR, TESA y FLOWER, en tres programas de Decogarden, emitidos en los días 3, 11, 17 y 31 de diciembre de 2016 en el canal Nova.

Las infracciones tienen la consideración de graves conforme a lo dispuesto en el artículo 58.7 de la LGCA, una de ellas de carácter continuado, y se impone la suma de 103.042 euros para tres de las sanciones y 104.277 euros para la cuarta, lo que hace un total de 413.434 euros.

SEGUNDO.- La parte actora fundamenta la presente demanda, en los siguientes motivos de impugnación:

1º) Necesaria predeterminación normativa de las conductas ilícitas. Principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora.

2º) Ausencia de culpabilidad. No existió voluntad de incumplir y no se recibió previamente advertencia o apercibimiento por parte de la autoridad audiovisual.

3º) Vulneración de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Se le sanciona por el contenido de capítulos que anteriormente se habían emitido sin problema alguno.

4º) Vulneración de la proporcionalidad en la imposición de las sanciones.

En el Suplico de la demanda, solicita la anulación de la resolución recurrida y, subsidiariamente que se rebaje la sanción a su grado inferior, en estricta aplicación de la medida prevista en el art. 40.4 de la Ley 40/2015 .

El representante del Estado se opone a la pretensión de la parte actora y aduce en primer término la ausencia de acreditación del acuerdo para el ejercicio de la acción. En segundo lugar manifiesta que concurre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en las conductas sancionadas, y que los límites del art. 17.3 de la LGCA se basan en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, cuya apreciación depende de la concreta escala de valores de que se parta.

TERCERO.- El principal argumento que fundamenta la impugnación de la actora, viene referido a la dificultad de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados que, como el propio representante del Estado reconoce, deben ponerse en conexión con la concreta escala de valores en juego y un elemento valorativo metajurídico.

Afirma la actora que una mayor complicación en su aplicación la añade el hecho de que, quienes deben aplicar tales conceptos, no son juristas sino profesionales de la producción audiovisual, por lo que, sin la existencia de unos criterios claros publicados por la Administración, no existe seguridad jurídica en el sector, por lo que opina que la Administración debería establecer algún tipo de Reglamento o criterios que determinaran el número de segundos en los que puede aparecer un producto en pantalla o una limitación a las menciones verbales.



Considera la parte que lo que no puede aceptarse es la inversión de la carga de la prueba en el procedimiento sancionador con la exigencia al administrado de probar la "certeza en el desacierto de la valoración realizada por la Administración".

En definitiva, considera que la resolución impugnada impone una sanción de 413.434 euros en un planteamiento basado en apreciaciones genéricas e interpretaciones subjetivas y cambiantes de la norma legal, con vulneración del principio de presunción de inocencia, que no pueden fundamentar un procedimiento sancionador en un Estado de Derecho.

Finalmente, apela al principio de confianza legítima, buena fe, culpabilidad e interdicción de la arbitrariedad que informan el procedimiento administrativo sancionador, argumentando que la presencia del producto tenía sentido y lógica dentro del programa, tratándose de un programa de entretenimiento, en reemisiones de programas sobre los que en su primera emisión no se había recibido ninguna notificación de sanción, que se habían emitido en un canal secundario y con audiencia limitada, y en donde no se hace ninguna mención verbal a las marcas ni incitación a la compra ni referencia alguna a promociones concretas.

CUARTO.- Procede recordar que, según se hace constar en la resolución impugnada, realizar emplazamientos de productos de manera encubierta en programas producidos o encargados por el prestador del servicio o una de sus filiales a cambio de contraprestación, sin informar al público de que el programa contiene esta forma de comunicación comercial, está prohibido por el art. 18.2 LGCA y podría ser constitutivo de publicidad encubierta tipificado como infracción grave por el art. 58.8 LGCA.

Y continúa la resolución, que en los casos en que sí se informa al público de que el programa contiene emplazamiento de productos o servicios, está permitida esta forma de publicidad televisiva, siempre y cuando se cumplan rigurosamente todos los requisitos cuyo incumplimiento podría suponer infracción del art. 17 de la LGCA, y que conforme a su Acuerdo de 17 de septiembre de 2014, en que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas, son:

1. Informar al telespectador del emplazamiento de productos conforme prevé el Acuerdo de contestación de consultas.
2. Que no condicione la responsabilidad ni independencia editorial del programa influyendo en su contenido o guión, lo que incluye la prohibición de hacer menciones verbales o visuales a las posibles virtudes, méritos u otras características del producto o servicio emplazado.
3. No puede dar prominencia indebida al producto, servicio emplazado o su marca (duración, presencia recurrente, tratamiento de la imagen).
4. No se realice en programación infantil ni respecto de productos o servicios cuya publicidad esté prohibida.

Partiendo de estas premisas, se afirma en la resolución de la CNMC, que Decogarden, no es un programa infantil, sino un programa de entretenimiento encargado por Atresmedia (prestador del servicio) y encuadrado en la categoría DIY (do it yourself/ hágalo usted mismo), sobre decoración y en el que se realizan reformas en casas y jardines para los que se utilizan determinados productos del mercado accesibles al público.

Se dice que en todos los programas se ha informado al público de la existencia de esta forma de comunicación comercial, por lo que no se trata de comunicación comercial encubierta.

La situación conflictiva se centra por tanto en la "prominencia indebida" de los productos emplazados, ya que, según la resolución, en los cuatro supuestos sancionados (se descartó el caso de Niessen por estimar que la prominencia no era indebida), se informó al público del emplazamiento del producto, pero se considera que hay prominencia indebida por las siguientes razones:

- Titanlux: Prominencia indebida por presencia invasiva de la marca, dando una prominencia a los productos emplazados, además de que se emiten primeros planos de los productos y se hacen menciones verbales a las posibles virtudes.
- Cortina Decor: Prominencia indebida por la duración y tratamiento de la imagen al mostrar las etiquetas contenidas en el interior del embalaje del producto en donde puede leerse la marca Cortina Decor. Se hacen menciones verbales a las posibles virtudes.
- Flower: Prominencia indebida por la duración, reiteración de la aparición del producto y marca. Menciones verbales a las posibles virtudes.
- Tesa: Prominencia indebida al producto por la duración de la aparición del producto y por el tratamiento de la imagen durante 42 segundos. Se hacen menciones verbales a las posibles virtudes.



La resolución hace una serie de consideraciones en respuesta a las alegaciones de la recurrente en vía administrativa, en el fundamento jurídico cuarto, donde viene a reconocer la particularidad de estos programas de entretenimiento, cuando afirma:

" Esta Comisión ya ha señalado que en programas del tipo de Decogarden, se posibilitan la presencia de un alto nivel de publicidad por emplazamiento. Incluso podría compartir la afirmación de Atresmedia de que en este tipo de programas resulta inevitable utilizar productos que están en el mercado, productos que exigen su presencia y análisis objetivo para explicar la idoneidad de su elección. No obstante, el hecho de que el formato del programa facilite el emplazamiento de productos, no significa que quepa tolerar el incumplimiento de alguna de las condiciones previstas en el art. 17 de la LGCA cuando su imagen va más allá de la simple presencia natural del producto emplazado en relación con la acción que se está llevando a cabo en el programa."

QUINTO.- El artículo 17.3 de la LGCA 7/2010, de 31 de marzo, que se considera infringido, es del siguiente tenor literal :

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

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, nada añade al precepto de la ley, y dentro del Capítulo V, "emplazamiento de producto", establece en el art. 14 las condiciones y requisitos del emplazamiento de producto:

1. De conformidad con lo establecido en el apartado primero del art. 17 de la Ley 7/2010, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir largometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y 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 premiso, con miras a su inclusión en un programa siempre que estos bienes o servicios tengan valor significativo. A estos efectos, se considera que tienen valor significativo cuando el importe de los referidos bienes y servicios incluidos en el programa sea superior a un 10% 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.

La LGCA en su artículo 2.31, define 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*".

Un Acuerdo de 17 de septiembre de 2014, de la CNMC por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas, contiene una serie de criterios sobre este concepto, el primero de los cuales y parece el más importante es la obligación de información al público, así como que el emplazamiento está prohibido en la programación infantil; otros criterios se refieren a 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.

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

En definitiva, y la CNMC lo explica en el fundamento cuarto al analizar las alegaciones de la recurrente, la característica del emplazamiento para ajustarse al apartado 17.3 de la ley, es "la falta de finalidad promocional" y que no sea una publicidad encubierta.

En el apartado 2.32 de la LGCA, se define la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta, 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*".



Tal y como ha señalado la SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 8, de 19 de Febrero del 2008 (Recurso: 75/2007) " También resulta claro, teniendo a la vista las directrices interpretativas de la Comisión Europea, que la visualización del producto responde al criterio de "prominencia indebida", habida cuenta su forma de presentación, clara, precisa, destacada y sin fisuras, de forma que el complejo en cuestión resulta claramente identificable, lo que puede inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la presentación".

En sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 2010, (recurso 561/2009), ya nos referíamos al concepto de emplazamiento, en los siguientes términos:

<< "emplazamiento de producto", 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, (por la que se modificó la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989), 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 destipifica este comportamiento.

Como se ha señalado en la citada sentencia de 11 de noviembre de 2010 , 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, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, 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). Y el art. 2 apartado 31 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual lo define en términos muy similares 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 con este "derecho al emplazamiento del producto" esta misma norma define la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta (lo que antes se denominaba publicidad encubierta) 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".

Tal y como ha señalado la SAN, Sala contencioso-administrativo, Sección 8, de 23 de Marzo del 2009 (rec. 1500/2007) " 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.

SEXTO. - Como la Sala ha señalado reiteradamente, al procedimiento sancionador le resultan de aplicación los mismos principios que rigen en el ámbito penal; citamos, por todas la sentencia de 23 de abril de 2019, dictada en el recurso 88/2017 , en la que decíamos:

<< Es preciso comenzar recordando los principios inspiradores del procedimiento administrativo sancionador, que se enuncian y regulan actualmente en la Ley 40/2015, Capítulo III, y que son idénticos a los que contemplaba la Ley 30/1992, es decir, legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y concurrencia de sanciones. Por lo que respecta al procedimiento, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, no existe ya un procedimiento administrativo sancionador específico, como sucedía bajo la vigencia de la Ley 30/1992. La imposición de sanciones vendrá precedida de la tramitación del procedimiento administrativo común regulado en su título IV, con algunas particularidades que a lo largo de su articulado se especifican.

Es sabido que el Tribunal Constitucional ha venido considerando aplicable al procedimiento administrativo sancionador los mismos principios del proceso penal, advirtiendo que ...<< la traslación de estos criterios al ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas ha de efectuarse teniendo en todo momento presentes las diferencias estructurales del procedimientos establecido para su ejercicio, que no conoce una diferenciación orgánica tajante entre acusación, instrucción y decisión ni una nítida frontera entre un periodo de preparación o instrucción y otro de enjuiciamiento>> STC 117/2000 (FJ5) .

Es en esta misma sentencia (FJ6) el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la inalterabilidad de los elementos fácticos y los jurídicos en la imputación administrativa, cuando declara ... << desde el mismo momento en que abierto el expediente sancionador se deja también expedita a la parte la posibilidad de ejercitar las

defensas que estime oportunas para conservar la integridad de su derecho, de tal suerte que la imputación de una infracción puramente formal no puede transformarse sorpresivamente en otra de carácter sustantivo>>.

En relación al ámbito de la prueba, también se han puesto de manifiesto algunas diferencias entre el procedimiento penal y el administrativo sancionador, por cuanto en este último, el Tribunal Constitucional ha admitido como válidas, a los efectos de enervar la presunción de inocencia, pruebas de cargo que no resultan suficientes en un proceso penal, como ocurre con los partes de inspección o los informes obrantes en autos (STC 170/1990 y 341/1993 , entre otras). Sin embargo, en cuanto a la carga de la prueba y su extensión, los principios penales son extensibles al ámbito administrativo sancionador y por ello la carga de probar los hechos constitutivos de la infracción típica corresponde exclusivamente a la Administración. Así lo ha declarado el TC, al referirse específicamente al campo administrativo, << cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valoradas por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio>> STC 129/2003 .

Asimismo el TC, STC 8/2006 , ha añadido que los elementos de cargo que requieren ser probados, deben ser hechos incriminadores y no normas o elementos de derecho, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba y no su calificación jurídica, siendo necesario que la prueba se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos de la infracción.

Relacionado con la carga de la prueba se encuentra el principio de valoración de la prueba, que según la doctrina tanto del TC como del TS se encuentra íntimamente ligada al principio de presunción de inocencia, y que exige que el fallo condenatorio se apoye en verdaderos actos de prueba que han de ser conformes a la Ley y a la Constitución STC 17/2002 .

Finalmente el principio general de motivación de las resoluciones administrativas, contenido en el art. 54 de la Ley 30/1992 , en su extensión a las resoluciones sancionadoras, exige que por el órgano sancionador una exteriorización del razonamiento que conduce a la conclusión de culpabilidad, lo que en términos del TC se traduce en << una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica...>> STC 249/2000 , o como se dice expresamente por dicho Tribunal, en relación a las resoluciones sancionadoras administrativas << deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados , a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia>>

Por otro lado , según ha reiterado el Tribunal Constitucional (SSTC 13/1981 , 76/1990), la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción debe recaer sobre la Administración, SSTC 76/1990 , 120/1994 , 154/1994 , 23/1995 , 97/1995 , 147/1995 y 45/199 .

Conforme a tales principios, debemos rechazar "a priori", que corresponda a la recurrente la prueba de "la certeza en el desacierto de la valoración realizada por la Administración", como parece pretender el representante del Estado, sino que la prueba de que los hechos constitutivos de la infracción sean típicos, antijurídicos y culpables siempre corresponde a la Administración.

En el escrito de contestación del representante del Estado, ya hemos mencionado que se comienza destacando los límites del art. 17.3 de la LGCA, basados en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, argumentando que "se definen en la norma nociones cuya apreciación resulta difícil pues sus contornos no son nítidos, pues para determinar si ha existido una prominencia indebida es necesario definir previamente la categoría". En dicho escrito de contestación, se hace una equiparación con los actos discrecionales técnicos de la Administración que gozan de una presunción de acierto por parte de la Administración. Tal equiparación lleva al representante del Estado a concluir que " la decisión administrativa combatida ha considerado que no cabe permitir que una marca o producto adquiera un protagonismo relevante en un programa, ni aludir a sus cualidades mientras se muestra, porque resulta indebida la mezcla excesiva de contenido comercial en un contenido audiovisual " y dado que las bases para la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados de valor tienen encaje en los principios de la LGCA, no se ha podido incurrir en arbitrariedad, irracionalidad o desviación de poder, por lo que corrobora la procedencia de apreciar la tipicidad en la conducta de la recurrente.

SÉPTIMO.- La Sala no puede compartir íntegramente la tesis de la Administración, pues hemos de partir de que, en efecto, la Directiva 2010/13 UE que se traspone mediante la LGCA 7/2010, supuso una postura más aperturista de la que existía con anterioridad.

Ya en los Considerandos previos, la Directiva 2010/13, recoge sus principios inspiradores, prohibiendo la comunicación audiovisual con fines comerciales encubiertos, pero permitiendo el emplazamiento legítimo de productos, siempre que se informe adecuadamente al espectador. Así, en la ley 7/2010, el emplazamiento se reconoce en el art. 17 como un auténtico derecho, lo que modifica sustancialmente la anterior consideración, siendo un derecho con los únicos límites comprendidos en el enunciado del apartado 3: " no puede condicionar



la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual. Tampoco puede incitar directamente a la compra o arrendamiento de bienes, realizar promociones concretas de estos o dar prominencia indebida al producto".

Ya hemos visto como la definición del artículo 2.31, lo define como " *toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto.*"

Por tanto, se va acotando el concepto y sus límites, ya que, conforme al enunciado de la ley, está permitido referirse y mostrar el producto, sin que se le dé una prominencia indebida.

En el presente supuesto, vemos como la propia Comisión descarta que estemos ante una publicidad encubierta, reconociendo asimismo que se informó debidamente a los telespectadores y no se emitieron en programación infantil. Tampoco alude la resolución sancionadora a que se haya hecho una promoción de los productos, siendo, por tanto, el único aspecto discutido el de la prominencia indebida.

Analizando las circunstancias de cada uno de los productos y la supuesta prominencia, ya hemos consignado en el fundamento Cuarto de la presente resolución, de forma resumida, porque la resolución ha considerado que ha existido prominencia indebida. En general, en los cuatro supuestos, ha considerado la CNMC que se ha mostrado la imagen del producto de forma excesiva y se han hecho comentarios verbales acerca de sus virtudes.

Analizando los comentarios, en el caso de Titanlux, " *la pintura da mucho de sí*", " *este gris tiene un toquecito verde, un toquecito precioso*"; " *tiene lo mejor del esmalte y de la pintura plástica*"; " *es lavable*".

Para las persianas Cortina Decor, son comentarios como " *se pueden adquirir por internet, y nos lo han traído a casa, es lo cómodo*" " *nos han dado el precio sin ninguna sorpresa*", " *también traen los tirafondos, los tacos, por lo que lo único que tienes que tener es un taladro...*"

Flower : " *a la hora de reproducir las gramíneas utilizar un sustrato de calidad*"; " *un sustrato de acción inmediata que va a ejercer una labor de desarrollo sobre las raíces*"; " *el sustrato, el mejor del mercado, un sustrato que tenga una acción inmediata..*"

Tesa: " *vamos a dar una supersolución, porque los ganchos son regulables*"; " *lo dicho, clavos adhesivos y son regulables*"; " *no dañarían la pared, no dañarían la pintura*"; " *soluciones para todo tipo de gente, que no quieres coger el taladro...*"; " *los cuadros están alineados, se ven estupendos*"

OCTAVO.- Considera la Sala que, conforme a los principios del derecho sancionador que se han expuesto, la imposición de elevadas sanciones como las que aquí se imponen (413.000 euros), deben ir acompañadas del máximo rigor en el análisis de los hechos "probados" que se sancionan, y que en este caso, se concretan en la exposición de imágenes de un producto "indebidas" y las expresiones referentes a dichos productos que se han hecho constar y que según la resolución combatida constituyen una prominencia indebida.

Mostrar y referirse a un producto está permitido por el enunciado del art. 2.31 de la LGCA, por lo que se trataría de determinar en qué medida o qué tiempo de proyección de las imágenes que se muestran son "indebidas", cuando no existe referencia alguna en la ley, respecto a esta cuestión.

Lo mismo cabe decir respecto de las expresiones que alaban las supuestas virtudes de los productos, que, como se puede apreciar, son expresiones coloquiales, que, ciertamente hacen comentarios positivos respecto de los productos empleados, como no podría ser de otro modo, en un programa de dichas características, en que se pretende animar a los telespectadores a utilizar sus propias habilidades y productos de uso fácil para pequeñas tareas caseras. Ciertamente, resultaría bastante extraño, que, a la hora de mostrar un determinado producto, legítimo y permitido por la ley, y explicar su funcionamiento a personas comunes y sin mucho conocimiento, no se especificaran sus características, obviamente positivas, pues sería impensable que los comentarios fueran negativos.

En definitiva, la indefinición con que se establecen los límites del art. 17.3, resultan un tanto incompatibles con la concreción y rigurosidad que debe exigirse para la imposición de sanciones, cuya apreciación no puede descansar en opiniones ni en conceptos jurídicos indeterminados.

Por lo tanto, en el supuesto enjuiciado, en que se ha descartado que se trate de una publicidad encubierta, que consta la información al público en un programa de entretenimiento, que no se ha hecho promoción verbal directa del mismo, y lo más importante, que el derecho de emplazamiento está reconocido como un auténtico derecho del prestador del servicio de comunicación, admitiendo que se muestre y se hagan referencias verbales a dicho producto, distinguiendo incluso entre los que son gratuitos o a cambio de contraprestación, considera la Sala que la valoración de la "prominencia indebida" que ha efectuado la resolución combatida vulnera algunos de los principios que rigen el derecho administrativo sancionador, por cuanto la inconcreción

en cuanto al concepto "prominencia indebida", puede resultar incompatible con la seguridad jurídica que exige el derecho sancionador.

A este respecto, debemos poner de relieve que en las apreciaciones de la resolución sancionadora, existen incluso referencias a datos ajenos al producto emplazado, por ejemplo cuando se habla de las cortinas y se dice que "se compran por Internet y te las llevan a casa lo que es muy cómodo", cualidades éstas que resultan ajenas al estricto producto. También en el caso de flower, que es un sustrato y una hormona enraizante, se confunden los continuos comentarios del presentador con los relativos a una gramínea, carex, "un poco caprichosa", al que se aplica el sustrato y "se reproduce el Carex sin problema".

Por otro lado, los criterios empleados por la CNMC, además de haber sido dictados con anterioridad a la ley 7/2010, siendo posteriormente adaptados, tienen por objeto dar respuesta a determinadas consultas de los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas, distintas al concepto de emplazamiento, introducido por la LGCA 7/2010, y que, en consecuencia, resultan un tanto anacrónicos, habida cuenta las líneas por las que discurren las Directivas europeas en esta materia, no solo la Directiva 2010/13 UE, que permitió el emplazamiento como una realidad, así como una forma lícita de financiación de la industria audiovisual, y lo reconoció como una forma de " *incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que aparezca en un programa, a cambio de una remuneración o prestación similar*", sino también en la nueva propuesta de Directiva, en el curso de cuyos trabajos, se han puesto de manifiesto las dificultades de la puesta en práctica de las normas que se refiere a la "prominencia indebida", una vez que se acepta que " *el emplazamiento de productos ha generado importantes recursos adicionales para los prestadores de servicios de comunicación*", y en cuya Propuesta parece se desea destacar la necesidad de centrar la valoración legal del emplazamiento, dando prevalencia a la transparencia en la identificación y comunicación del emplazamiento de producto.

Por todo lo expuesto, considera la Sala que la falta de concreción de los límites establecidos en el artículo 17.3 de la Ley que se considera infringida, unido a la valoración que del término "prominencia indebida" se hace por la CNMC, en relación a los 4 programas de entretenimiento objeto del presente recurso, no permiten entender debidamente acreditada la comisión de las infracciones por las que se ha sido sancionada, debe estimarse la presente demanda, con la consiguiente anulación de la resolución impugnada.

NOVENO.- Las costas causadas se imponen a la demandada, conforme a la norma general del vencimiento que establece el artículo 139.1 de la LJCA.

En atención a lo expuesto y en nombre de Su Majestad El Rey, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

FALLO

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por la Procuradora D^a Gloria Robledo Machuca, en nombre y representación de ATRESMEDIA CORPORACIÓN 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 21 de junio de 2017, recaída en procedimiento sancionador SNC/DTSA/006/17, que impone a la recurrente, sanción por un importe total de 413.434 euros por infracción del artículo 17.3 de la LGCA, que se anula por su disconformidad a Derecho.

Las costas causadas se imponen 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