

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., POR INCLUIR PUBLICIDAD ENCUBIERTA DURANTE LA EMISIÓN DEL PROGRAMA, “EL HORMIGUERO”, DEL DÍA 3 DE OCTUBRE DE 2019

SNC/DTSA/128/19

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 8 de octubre 2020

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y las demás 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.- Actuaciones previas

En el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión que en materia audiovisual tiene atribuidas la CNMC, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual constató, según se desprende de los documentos que obran en las actuaciones previas practicadas del presente procedimiento (folios 1 a 17) que ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. (en adelante, ATRESMEDIA), en su canal de televisión ANTENA 3, ha podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), ya que durante la emisión del programa, “EL HORMIGUERO”, del día 3 de octubre de 2019, entre las 21:51:15 y las 22:53:00 h., se emitió, sin identificación, publicidad que pudiera ser calificada como publicidad encubierta de los nuevos perfumes de la empresa Antonio Puig, S.A. y de su marca “Carolina Herrera” con las marcas comerciales

“Bad Boy” y “Good Girl”, que pudiera tener un claro propósito publicitario e inducir al público a error en cuanto a su naturaleza.

SEGUNDO.- Incoación de procedimiento sancionador

Con fecha 16 de julio de 2019, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/128/19, al entender que ATRESMEDIA habría podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA, por las emisiones indicadas en el anterior antecedente. (Folios 18 a 24).

El 27 de julio de 2020 le fue notificado el acuerdo de incoación al interesado, concediéndole un plazo de diez días para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones, y proponer pruebas, en su caso (folio 25 a 28).

TERCERO.- Alegaciones de ATRESMEDIA

Tras ampliarse el plazo de alegaciones a solicitud de ATRESMEDIA y darle traslado de la documentación que obra en el expediente, ésta presentó escrito de alegaciones el 13 de agosto de 2020 (folios 39 a 52) en el que sucintamente, manifiesta lo siguiente:

- Que resulta un aliciente para los invitados del programa poder hablar de sus últimos trabajos. En ningún momento, desde el comienzo de las emisiones del programa, hace 15 años, las menciones a las actividades profesionales de los intervinientes se han considerado como publicidad encubierta.
- En cuanto a los hechos concretos, resalta que sólo se muestran los frascos de los perfumes (un rayo y un zapato de tacón), sin marcas y sin planos cortos; que la emisión de los anuncios de los descuentos en alta perfumería de El Corte Inglés y el de la colonia “Bad Boy” de Carolina Herrera, en el primer corte publicitario, no obedecieron a acuerdos comerciales (adjunta dos certificaciones); que en la simulación de la escena del spot de “Bad Boy”, en la que estallan flores, con una mesa de atrezo con las siluetas del rayo y el zapato, no se identificó la marca y el producto; tampoco se identificaron al final del programa, en el efecto dominó, que se inicia al dejar los envases de los perfumes sobre una mesa y en cuyo transcurso aparece un rayo al caer una torre.
- Que no se trata de emplazamientos de producto, al faltar el requisito de la remuneración o contraprestación similar.
- Que ATRESMEDIA se ha ajustado estrictamente a lo previsto en la LGCA y en la Directiva 2010/13/UE de Servicios de Comunicación Audiovisual y no ha tenido ninguna voluntad de incumplir la norma, ni tampoco la productora del programa.

- Por último, insta a guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción y la sanción aplicada, debiéndose tener en consideración que se trataba de una invitación a participar en el programa, realizada por la productora, y de aprovechar la oportunidad de entrevistar a dos grandes figuras que justo en ese momento estaban en España participando en una campaña de Carolina Herrera.

CUARTO.- Trámite de audiencia

Con fecha 9 de septiembre de 2020 le fue notificada a ATRESMEDIA la propuesta de resolución formulada por la Instructora del procedimiento (folios 53 a 72) a los efectos de lo previsto por los artículos 82 y 89.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), concediéndole un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes y, asimismo, informándole de lo previsto en el artículo 85 de la LPAC.

La propuesta de resolución remitida a ATRESMEDIA proponía lo siguiente:

“PRIMERO.- Que se declare a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., responsable de la comisión de **una (1) infracción administrativa grave** por haber emitido, en su canal ANTENA 3, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la marca **“CAROLINA HERRERA”** y de sus perfumes **“BAD BOY”** y **“GOOD GIRL”**, en la programa **“EL HORMIGUERO”**, emitido el día 3 de octubre de 2019, entre las 21:51:15 y las 22:53:00 horas, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA.

SEGUNDO.- Que se imponga a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., una multa por importe de **232.970,00 euros (doscientos treinta y dos mil novecientos setenta euros)** por la comisión de una infracción grave al artículo 18.2 de la LGCA, al haber emitido publicidad encubierta en el programa **“EL HORMIGUERO”**, emitido en ANTENA 3. Para el cálculo de la sanción se ha tenido en cuenta, principalmente, el tipo de emisión (nacional), la repercusión social en función de la audiencia media del programa (1.895.000), el beneficio económico que la conducta infractora puede haber reportado al prestador en función de la duración de la publicidad (1.111 segundos) y el carácter reincidente de la infracción al haber sido sancionado por Resolución firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores.

QUINTO.- Alegaciones de ATRESMEDIA

En fecha 23 de septiembre de 2020 (folios 73 a 91), ATRESMEDIA ha presentado escrito de alegaciones por el que solicita que se acuerde al archivo del expediente administrativo por la falta de tipicidad de los hechos, así como por su falta de culpabilidad o, subsidiariamente, acuerde la reducción de la sanción sobre la base de los motivos que se resumen a continuación:

- Que del relato de los hechos probados que constan en la propuesta de resolución no reúnen los requisitos del tipo infractor que se le imputa, pues no habría un propósito publicitario ocultado a los espectadores por la productora, ni se habría condicionado la responsabilidad e independencia de ATRESMEDIA ni contendría una presentación publicitaria intencionada.
- Que el tipo normativo relativo a la publicidad encubierta exige acreditar la responsabilidad del presunto infractor a título de dolo o culpa, requisito que en el presente caso tampoco se cumple.
- Que el importe de la sanción propuesta resulta desorbitado y contraviene el principio de proporcionalidad. Considera que la infracción no es grave por los siguientes motivos: i) Cualquier espectador/consumidor “medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” tendría claro que si los invitados estaban de gira de promoción, harían alusiones a los perfumes y por ello no se induce al público a error; ii) porque la infracción no tuvo repercusión social negativa pues la presencia de los invitados en el programa para promocionar sus trabajos beneficia a los telespectadores; iii) porque la infracción no le ha reportado beneficio alguno; y iv) porque desconoce las resoluciones sancionadoras que acreditan el carácter reincidente de la infracción. Atendiendo a todo lo anterior; y subrayando que el importe mínimo de las sanciones graves resulta muy elevado (100.001 euros) y que el importe propuesto resulta muy superior, solicita la aplicación de lo previsto en el artículo 29.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) por el que se habilita al órgano resolutor a imponer la sanción inferior en grado.

SEXTO.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente

Por medio de escrito de fecha 24 de septiembre de 2020, la Instructora 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, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 92), para su elevación a la Sala de Supervisión Regulatoria.

SÉPTIMO.- Informe de la Sala de Competencia

La Sala de Competencia ha emitido informe en el presente expediente al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) 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) (folio 93).

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Emisión de comunicación comercial encubierta

Conforme consta en el acuerdo de incoación, en las grabaciones del contenido emitido que constan unidas al expediente en copia CD y según se describe en el informe de visionado, se incluyó comunicación comercial encubierta durante la emisión del programa “El Hormiguero” emitido el día 3 de octubre de 2019.

A continuación se reproduce el contenido del informe de visionado Nº 169/2019, correspondiente a esa emisión:

INFORME DE VISIONADO

Programa: “EL HORMIGUERO 3.0” – Programa de entretenimiento en el que se realizan entrevistas a personajes de actualidad.

Fecha de emisión: jueves 3 de octubre de 2019

Franja horaria del programa: de 21:51:15 a 22:53:00 horas

Canal: ANTENA 3

Ámbito: Nacional.

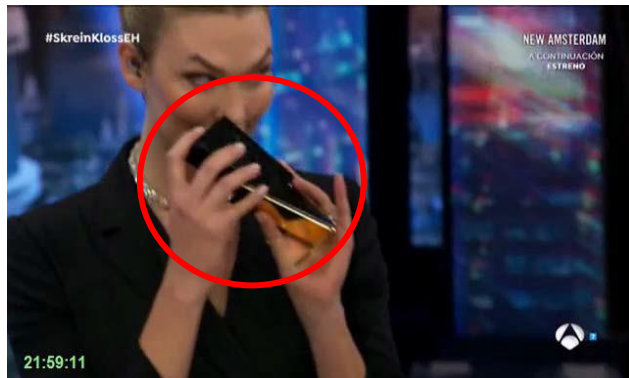
Calificación: +7 permanente

Objeto del Acta: Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual, Artº. 18.2.

Nº: 169/2019

21:51:15 a 21:56:15	Comienza el programa y tras una pausa publicitaria (21:52:29 a 21:53:08), se continúa con la presentación de los invitados por parte del presentador Pablo Motos: Ed Skrein y Karlie Kloss, así como de sus colaboradores que intervienen en programa [...].
21:56:15 a 21:58:06	[...] Continúa el programa, los invitados se sientan en la mesa junto al presentador, el cual coloca encima de la mesa los envases de perfumes de “Carolina Herrera” mientras comenta: “Ambos sois imagen de los perfumes de   “Carolina Herrera”, “Good Girl” y “Bad Boy”. Mi primera pregunta es muy directa, ¿antes de aceptar el trabajo, pedisteis oler el perfume a ver si os gustaba?”. Los invitados contestan haciendo referencia al perfume. [...]

[...] Continúa el presentador diciendo: ***“Un perfume es una cosa muy personal,***



es muy especial, porque es algo que te representa, cuando vas a conocer a una persona antes de ti llega el perfume y cuando tú te vas el perfume se queda un ratito, o sea es algo muy especial... mi mujer dice que, si sale sin perfume de casa, se siente desnuda”, la invitada dice:

“Si, si y Carolina Herrera dice que un perfume es como un accesorio invisible y estoy de acuerdo con tu mujer y con Carolina...”



El presentador continúa preguntando al invitado: ***“¿Qué tiene de especial... ”Bad Boy”...?”***, contesta: (durante la contestación, se muestra la imagen de la compañera cogiendo el perfume, lo huele, se echa y se lo muestra al presentador) ***“Yo creo que tiene de especial... tiene dulzura... que es algo que tienen que tener los chicos malos...y luego unos aromas como otoñales... pero yo creo que la parte más interesante de estos perfumes es como se combinan con tu propio olor natural... que hace que huela distinto en cada persona que se las pone...”***



Continúa el presentador presentando lo que va a realizar una colaboradora con una catana, dando paso a la publicidad... [...]

21:58:06
a
22:01:17

22:01:17 a 22:08:14	[...] Se sobreimpresiona una publicidad del Corte Ingles, donde publicita un 20%  de regalo en alta perfumería y cosmética. Continúa con el bloque publicitario comenzando con un spot de los mismos perfumes de "Carolina Herrera". [...]  
22:08:14 a 22:25:04	[...] Vuelve el programa tras la publicidad, los invitados siguen en la mesa con los perfumes encima de ella. El presentador dice: "Estamos de vuelta con Skrein y Karlie Kloss...son imagen de los perfumes de Carolina Herrera, "Good Girl" y "Bad Boy", y ha pasado una cosa...", los invitados hablan de aspectos profesionales de su carrera, así como anécdotas de su vida. Siguen apareciendo sobre la mesa los frascos de perfume de "Carolina Herrera". Tras la entrevista aparecen las hormigas del programa haciendo un juego para saber quién es más "Bad Boy" o "Good Girl". Una vez finalizada la intervención de los muñecos, los invitados y el presentador pasan a otra parte del plato para realizar otra sección del programa. [...]  

22:25:17 a 22:27:19	[...] Esta parte del plato se encuentra decorada con imágenes de una ciudad que  22:25:14 Luis Piedrahita nos explicará hoy cómo saben los magos si una carta es má  22:27:06 representa la creatividad del anuncio de los perfumes de “Carolina Herrera” “Bad Boy o Good Girl” y una pantalla, a la izquierda, donde emite escenas. El presentador Pablo Motos les propone recrear una escena que se emite en el anuncio de los perfumes, y emite esa escena en una pared, detrás de ellos, donde el protagonista pasa por un puesto de flores y explota, saltando los pétalos por los aires. A continuación, entran en el escenario del plato, personal del programa preparando el atrezzo para realizar la recreación de la parte del anuncio donde aparecen las flores. [...]
22:27:19 a 22:31:11	[...] En el stand de flores se ve el nombre de “Carolina Herrera” y la silueta de los perfumes en cuestión (que no aparece en la creatividad del anuncio). Durante la recreación del anuncio se muestra, en diversas tomas, la imagen de los perfumes, el nombre de la marca y la música del anuncio. La escena es repetida a cámara lenta y se pasa a otra sección del programa con la intervención del Mago Luis Piedrahita.  22:27:21  22:29:26  22:29:48 [...]

22:31:11 a 22:42:59	[...] Se realiza la actuación del mago y continúa con la actuación de la sección de Pilar Rubio. [...]
22:42:59 a 22:57:27	[...] A continuación pasan a otro plató, donde se realiza una prueba “efecto dominó” con fichas donde figuran imágenes de los invitados, el perfume... Para comenzar los invitados ponen sobre un stand los perfumes y comienza el efecto dominó. En una parte del efecto se muestra el envase del perfume “Bad Boy”, y finaliza con una imagen recreada de los invitados [...].   
22:52:27 a 22:53:00	[...] Finaliza el programa con las sobreimpresiones finales del personal que ha intervenido y los agradecimientos. El nombre o el logotipo de “Carolina Herrera” no salen sobreimpresionados como “EP” de emplazamiento de productos, ni en los agradecimientos.

SEGUNDO.- Duración del contenido promocional

Para concretar los hechos, a continuación se detallan los momentos en que se produce la promoción de las marcas y productos durante la emisión del programa:

HORA DE COMIENZO	HORA DE FIN	TIEMPO EN SEGUNDOS
21:56:17	22:01:01	284
22:14:04	22:14,10	6
22:15:20	22:15,26	6
22:16:27	22:16:29	2
22:19:42	22:25:07	325
22:26:57	22:30:55	238
22:47:48	22:51:58	250
TOTAL		1.111

TERCERO.- Audiencia de los programas

Se ha unido al expediente (folio 6) el informe de audiencias medias de las emisiones en el canal ANTENA 3, elaborados por la empresa KANTAR MEDIA, con los datos siguientes:

Título/Descripción	Cadena	Ámbitos de emisión	Fecha	Hora de Inicio	Hora de Fin	Duración	Audiencia (en miles)
El Hormiguero	Antena 3	GEN	3/10/2019	21:51:15	22:53:01	0061:46	1.895 ¹

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I.- Habilitación competencial de la Comisión y legislación aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en el artículo 29.1 de la LCNMC, que señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de la LGCA.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la LCNMC y en la LGCA, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LPAC y por la LRJSP.

Según el artículo 29.2 de la LCNMC, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”. En consecuencia y atendiendo a 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, la instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. La resolución de dichos procedimientos corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC.

Respecto de la legislación aplicable, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la LCNMC, la LGCA y el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LGCA en lo relativo a la comunicación comercial televisiva (en adelante, Reglamento de publicidad), conforme a la Disposición Adicional Primera de la LPAC, y por la LRJSP en lo no previsto en las normas anteriores.

¹ Los cálculos se han realizado considerando únicamente la audiencia obtenida durante la emisión del programa, sin considerar la audiencia que dejó de ver la televisión durante las pausas publicitarias.

II.- Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si ATRESMEDIA ha infringido el régimen contenido en el artículo 18.2 de la LGCA, al haber emitido publicidad encubierta durante la emisión del programa, “EL HORMIGUERO”, del día 3 de octubre de 2019, entre las 21:51:15 y las 22:53:00 horas, por las imágenes y menciones producidas durante el programa de los nuevos perfumes de la empresa Antonio Puig, S.A. y de su marca y marca “Carolina Herrera” con las marcas comerciales “Bad Boy” y “Good Girl”, sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna sobreimpresión que la identificara como tal.

III.- Tipificación de los hechos probados

3.1.- Consideraciones generales

La publicidad encubierta, en el ámbito de la comunicación audiovisual, ha sido prohibida por el artículo 10.4 de la Directiva 89/552/CEE “Televisión sin Fronteras”, y mantenida su prohibición en el artículo 9.1 de la Directiva 2010/13/UE de servicios de comunicación audiovisual, así como en su revisión por la Directiva 2018/1808/UE (aún en plazo de trasposición a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros).

En España, el legislador prohíbe² expresamente esta forma de comunicación comercial audiovisual en el artículo 18.2 de la LGCA, artículo en el que, además, se prohíbe la publicidad de productos ilegales o que atente contra los valores democráticos más significativos. Y el artículo 2.32 de la LGCA describe la comunicación comercial 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”*.

De la definición de publicidad encubierta contenida en la LGCA, cabe resaltar que tiene un propósito publicitario y que es apta para inducir a error en los destinatarios a los que se dirige al enmascararse el mensaje publicitario bajo la apariencia de un contenido informativo o de otra índole, pero aparentemente objetivo y ajeno a los intereses propios del titular del bien o servicio publicitado. De esta manera, este tipo de publicidad traiciona la confianza depositada por el consumidor en los medios de comunicación y en sus profesionales pues el telespectador confía que los contenidos emitidos cumplen con el principio de

² Además, La publicidad encubierta se considera una práctica desleal en el artículo 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y, por lo tanto, una modalidad de publicidad ilícita por la remisión a ésta en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

separación entre los programas y los mensajes publicitarios (artículo 6.5 de la LGCA) y con el deber de identificar aquel contenido publicitario emitido durante el programa para distinguirlo de su contenido editorial (artículo 13.1, 2º párrafo de la LGCA). Es así, que al prohibir este tipo de publicidad el legislador busca proteger a los consumidores-telespectadores frente a la inducción al error respecto del propósito publicitario o promocional de un contenido específico emitido dentro de un programa de televisión.

Desde el punto de vista del anunciante, la publicidad encubierta aporta ventajas porque evita las cautelas que, al creer estar viendo un programa, el receptor del mensaje publicitario activa cuando se le intenta vender un producto, prestigiar o promover una marca, o crearle una necesidad de consumo. Además, sorteando la pérdida de atención del espectador e incluso el cambio del canal, lo que puede suceder en el caso de la publicidad convencional. De esta manera consigue aumentar la eficacia de la actividad promocional. Las comunicaciones comerciales como la que nos ocupa también permiten aumentar la información sobre el producto promocionado al permitirse una mayor duración temporal frente a la necesidad de síntesis de otros formatos publicitarios al burlar, por ejemplo, la aplicación de los límites legales de tiempo de emisión a otros tipos de comunicaciones comerciales, como los mensajes publicitarios.

Por todos los anteriores motivos, la LGCA prohíbe la comunicación comercial encubierta en su artículo 18.2 y la tipifica como una infracción administrativa de carácter grave en su artículo 58.8.

De la definición de este tipo de comunicación comercial audiovisual prevista en la LGCA se extraen los siguientes requisitos o características que han de reunir éstas y cuya concurrencia en los hechos probados será objeto de análisis más adelante:

- i. Que la presentación de bienes o servicios se produzca en un programa distinta del emplazamiento publicitario.
- ii. Que la presentación tenga un propósito publicitario.
- iii. Que sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción al tratarse de un mensaje publicitario que no es reconocido como tal.

3.2.- Cumplimiento de los requisitos del ilícito

De acuerdo con la relación de hechos probados, se considera acreditado que dentro de la emisión del programa “El Hormiguero” emitido el día 3 de octubre de 2019, en el canal ANTENA 3 del que es responsable editorial ATRESMEDIA, se realizó una comunicación comercial encubierta de los nuevos perfumes de “Carolina Herrera”: “Bad Boy” y “Good Girl”.

Sin perjuicio de lo ya expuesto en la relación de hechos probados y de la incorporación al expediente de aquellos documentos y vídeos del programa en

el que se produjeron tales hechos, el análisis del cumplimiento de los requisitos del tipo sancionador se centrará en el cumplimiento de los requisitos o características que reúnen las comunicaciones comerciales encubiertas.

3.2.1 Presentación de bienes o servicios en un programa

Tras el visionado del programa “EL HORMIGUERO” emitido el día 3 de octubre de 2019 se puede afirmar que durante su emisión sí se realiza la presentación de los nuevos perfumes “Bad Boy” y “Good Girl” de la marca “Carolina Herrera”.

Al comienzo del programa, el presentador introduce a los invitados, Ed Skrein y Karlie Kloss, indicando que éstos son la imagen de los nuevos perfumes de la marca “Carolina Herrera”, mientras coloca sobre la mesa los envases de dichos perfumes, los cuales permanecerían allí durante toda la entrevista. A continuación, el presentador enfoca la entrevista en la actividad publicitaria de los invitados y mientras estos contestan, detrás de los invitados, se aprecia una televisión en la que se emite el anuncio de los perfumes. Después continua el presentador hablando de lo que un perfume representa para él y para su mujer, preguntando a los invitados acerca de su opinión sobre el olor de los perfumes de cuya marca son imagen.

El hecho de que no se haya incluido el envoltorio de los productos sino solo los envases de los productos, hecho que según ATRESMEDIA no identifica al producto, carece de importancia al haber quedado patente por las continuas repeticiones a lo largo de todo el programa, tal y como veremos a continuación, hecho que despeja cualquier duda identificativa.

El presentador da paso a publicidad, apareciendo sobreimpresionada una publicidad del Corte Inglés, donde se ofrece un 20% de descuento en alta perfumería y cosmética. Continúa con el bloque publicitario comenzando con un spot de los mismos perfumes de “Carolina Herrera”.

Tras la vuelta de publicidad, se realiza una recreación del anuncio de los perfumes, apareciendo el nombre de la marca “Carolina Herrera”, así como la imagen de los perfumes y la música del anuncio. Por último, realizan a los invitados una prueba de efecto dominó donde se da una última aparición del frasco de perfume “Bad Boy”.

También aparece la imagen del frasco de perfume “Bad Boy” en grandes dimensiones durante la prueba del efecto dominó durante la cual se proyectan, además, imágenes del spot publicitario del perfume³.

³ A las 22:43:16 horas, se trasladan a otro plató donde se va a realizar una prueba efecto dominó. Tras diversas explicaciones, a las 22:47:48 horas, el presentador pide a los invitados que cojan los frascos de sus perfumes y que los coloquen a la vez sobre una plataforma. El efecto dominó se inicia. Cuando van cayendo las fichas se muestran flores, el efecto de estallido, una recreación de grandes dimensiones del frasco de perfume “Bad Boy” y la ciudad de Nueva York con los

Asimismo, en el programa se otorga una prominencia indebida al spot publicitario de los perfumes de la marca “Carolina Herrera”⁴, al recrear la creatividad del anuncio en el plató e incluyendo la aparición del envase de los perfumes y del nombre de la marca.

En definitiva, todo lo anteriormente descrito da cuenta de que no se trata de la mera aparición de un producto o marca de manera circunstancial sin afectar al contenido del programa, sino que esa presentación la han realizado de tal manera que forma parte esencial del programa al dotarla de una prominencia indebida, manifestada en la presencia constante de los perfumes en la mesa de entrevistas, en la proyección gigante de uno de los envases, en la utilización de los mismos para diferentes pruebas, y también en los continuos comentarios sobre las características positivas de los perfumes y de los anuncios de la marca. Nada de ello era necesario para el normal desarrollo de la entrevista y del programa.

3.2.2 Propósito publicitario

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, define la publicidad como *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

Por su parte, la LGCA define la comunicación comercial audiovisual en su artículo 2.24, de la siguiente manera:

“Las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio. En todo caso son formas de comunicación comercial audiovisual: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto”.

A este respecto, tal y como se desprende de la relación de hechos probados, se aprecia el propósito publicitario en la presentación de los productos.

rayos que se producen en el anuncio del perfume. El efecto dominó termina a las 22:51:58 horas. Duración de la escena: 4 minutos y 10 segundos.

⁴ A las 22:26:57. El presentador dice: “...en el anuncio hay un momento muy bonito, donde vas a coger flores (se muestran unas imágenes del anuncio en una pantalla gigante, detrás de los invitados), (...) y cuando acabas las flores estallan detrás de ti y..., vale, se nos ha ocurrido, ¿lo recuerdas?”. Personal del programa trae un puesto de flores en el que se lee “GOOD GIRL BAD BOY”, que colocan detrás de los invitados, y un cartelón en el que se ven las figuras de los botes de perfume, con unas flores encima, una de ellas sirve de detonador, que ponen delante de los invitados. Los invitados y el presentador tienen que tirar de las flores para que una de ellas haga estallar el puesto de flores. Se aprecia en varias ocasiones las figuras de los frascos de los perfumes. La escena se desarrolla hasta las 22:30:55 horas. Duración: 3 minutos y 58 segundos.

En efecto, la presentación de los perfumes y de su marca no se produce únicamente proyectando imágenes de la comunicación comercial televisiva del producto, trabajo que según alega ATRESMEDIA es el que los invitados estaban promocionando, sino que la presentación se centra en los productos cuyos originales recipientes se ponen encima de la mesa, delante de cada uno de los invitados, además de que durante distintos momentos del programa se proyectan la imagen de los perfumes y se reproduce la música de la comunicación comercial de éstos e, incluso, la entrevista se centra en gran parte en el objeto promocionado, y describiendo las cualidades positivas del perfume⁵ en lugar de hacerlo en cuestiones propias de los invitados o exclusivas del trabajo realizado relativo a la comunicación comercial televisiva del perfume. Es decir, si bien es cierto que el programa “El Hormiguero” lleva desde el inicio de su emisión en el año 2006 invitando a personajes de actualidad para entrevistarlos, siendo una motivación para éstos poder promocionar sus trabajos, en este caso particular no se trata de una promoción de la comunicación comercial televisiva protagonizada por los invitados, es decir, de su actividad profesional, tal y como viene siendo costumbre en el mencionado programa, sino que se centra en la promoción de los productos, los perfumes “Bad Boy” y “Good Girl” de Carolina Herrera, producidos por la empresa Antonio Puig, S.A., que es la misma empresa que, según ATRESMEDIA, ha contratado el spot publicitario de los perfumes emitido en primera posición tras el corte publicitario realizado una vez que se han introducido a los invitados y presentados los productos promocionados.

Tal y como antes hemos señalado, si bien es cierto que el programa lleva desde sus inicios invitando a personajes de actualidad para entrevistarlos y para éstos puedan promocionar sus trabajos, en este caso, la realización de la comunicación comercial televisiva de los perfumes, la mención a los perfumes o su marca resultaría inevitable. Sin embargo, la presencia de los invitados ha servido de pretexto para realizar toda una promoción publicitaria de los perfumes que se mezcla con otros contenidos del programa y sin informar a los telespectadores de dicho contenido publicitario. Es decir, la presentación que se ha realizado de los productos y su marca no se ha limitado a hacer una breve alusión a éstos sino que se le ha otorgado una notoriedad muy relevante, no secundaria sino central, incluyendo la descripción expresamente de algunas de sus cualidades de manera subjetiva y promocional, por lo que conociendo el protagonismo que se le ha dado al producto, según lo que antes hemos descrito, se acredita el carácter o ánimo promocional de la presentación de los productos en el programa.

⁵ Al comienzo de la entrevista, el presentador pregunta a los invitados si habían oído el perfume para comprobar si les gustaba con anterioridad a la participación en su campaña publicitaria y, más adelante, le pregunta directamente al invitado Ed Skrein que qué tiene de especial el perfume “Bad Boy”. Todo ello, acompañado de la imagen de los frascos de perfume encima de la mesa, pudiendo, por tanto, dar lugar a captar la atención o generar el interés de los telespectadores en adquirir y disfrutar de ese producto.

Por lo tanto, se considera que las menciones y apariciones de los perfumes y de su marca durante la emisión del programa se ha realizado con una prominencia indebida que se podía haber evitado sin que el programa perdiera sentido, por ejemplo, modificando la temática de las pruebas realizadas a los invitados sin incluir copias de los envases de los perfumes, sin que ello alterara sustancialmente su normal desarrollo. Del mismo modo, también se podrían haber evitado las continuas apariciones del envase de los perfumes y del nombre de la marca “Carolina Herrera” en la mesa de entrevistas y en la pantalla de fondo.

Respecto a la prominencia indebida de los productos durante la emisión del programa, también conviene recordar su distinción respecto del mero emplazamiento publicitario. La prominencia indebida está expresamente prohibida en el artículo 17.3 de la LGCA respecto del derecho al emplazamiento publicitario. A este respecto, la Audiencia Nacional se ha referido, en sus sentencias de 11 de noviembre de 2010 y de 23 de marzo de 2009, y en otras posteriores, cuando establece que la diferencia entre publicidad encubierta y mera presentación (emplazamiento) del producto reside en que en la publicidad encubierta existe una finalidad promocional para la compra de un producto por el público, mientras que, en el emplazamiento, la aparición del producto o servicio de que se trata es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional.

Por otra parte, carece de relevancia la ausencia de acuerdos comerciales para la emisión de los anuncios de los descuentos en alta perfumería de El Corte Inglés y de la colonia “Bad boy”. Lo cierto es que existe una conexión implícita entre el programa y los anuncios que se emitieron en primera posición, en la primera interrupción publicitaria, una vez introducidos los productos en el programa⁶. Con estas emisiones se da a conocer el contenido del anuncio de la colonia al telespectador, de forma que pueda relacionar los diversos contenidos del programa con el producto anunciado y, además, se le dice dónde adquirirlo con descuento. En definitiva, la emisión de los anuncios refuerza el propósito publicitario con el que se presentan los productos en el programa.

Por todo ello, la presentación de los productos y de su marca durante el programa es una verdadera campaña publicitaria pues conllevan una carga promocional, tanto de forma verbal como visual y sonora al introducir los productos y servicios de las marcas publicitadas durante un total de 1.111 segundos, presentación que va más allá de una mera mención o alusión en cuyo caso la presencia de los productos y de las marcas sería circunstancial, sin intervenir en el hilo argumental del programa.

⁶ Al comienzo de la pausa se muestra el anuncio del descuento en el Corte Inglés para alta perfumería y cosmética, de 5 segundos, y comienza el bloque publicitario con el anuncio de Carolina Herrera de la colonia “Bad Boy”.

3.2.3 Que la comunicación comercial sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción

Como se ha explicado más arriba, la publicidad encubierta se caracteriza porque puede inducir al público a error en cuanto a su naturaleza publicitaria. La falta de reconocimiento del carácter publicitario del mensaje por parte de los destinatarios se consigue, en primer lugar, porque se trata de comunicaciones no separadas ni desveladas, pues no se incluyen dentro de un bloque publicitario que interrumpa el programa, sino dentro de este, como una parte de su contenido.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo reconoce en su sentencia de 24 de abril de 2012 (recurso de casación nº 03/3262/2009), y en otras posteriores⁷, que la presentación del producto de una forma no clara ni directa, sino encubierta, colabora de manera decisiva a que esa forma oculta de presentación del producto sea idónea para producir error en los consumidores.

Además, la publicidad encubierta no se identifica como publicidad, tal y como exige el principio de diferenciación al que hace referencia el artículo 6.5 de la LGCA, que incluye la separación del mensaje publicitario del editorial y la identificación de aquel como tal. En efecto, en este caso, no se identifica la publicidad durante la emisión del programa, cumpliéndose así una de las características básicas de la publicidad encubierta, pues a pesar de que el programa contiene una campaña publicitaria que se mezcla con otros contenidos del programa sin informar a los telespectadores; es decir, sin estar los telespectadores conscientes de que están recibiendo un mensaje publicitario con el fin de inducirlo a error en cuanto a su verdadera naturaleza publicitaria pues en ningún momento en la emisión del programa, ni cuando la promoción publicitaria resulta más evidente, se informa a los telespectadores de que se trata de publicidad.

Por otro lado, se condiciona la responsabilidad e independencia del prestador del servicio, al servir el programa a la promoción de las colonias de Carolina Herrera. De hecho, la productora que consta en el anexo al escrito de alegaciones de ATRESMEDIA a la propuesta de resolución, en su página web,

⁷ Las más recientes son las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Cont.Adm., Sección 3ª) de 10 de marzo de 2020 (Rec.Casación nº 03/383/2019), de 31 de octubre de 2018 (Rec.Casación nº 03/5920/2017), de 8 de noviembre de 2018 (Rec.Casación nº 03/4055/2017), y de 11 de noviembre de 2019 (Rec.Casación nº 03/6537/2018)

en la sección de “acciones comerciales⁸” destaca que *“El Hormiguero goza de un gran reconocimiento en el sector televisivo por su lograda integración de la publicidad en el contenido del programa.”*

Por lo tanto, en virtud de todo lo anterior, se concluye que las menciones o referencias verbales explícitas y las imágenes de las marcas y sus productos, muestran el carácter encubierto de la presentación, inherente a esta clase de actividad promocional, lo cual conlleva la producción de errores a los telespectadores en cuanto a la naturaleza publicitaria del producto o servicio que se promociona al confundirse tal promoción con los contenidos del programa.

En definitiva, se trata de un caso claro de publicidad encubierta, incluida como contenido del programa, tal y como es definida en el artículo 2.32 de la LGCA, que promociona la marca “Carolina Herrera” y sus perfumes “Bad Boy” y “Good Girl”. Esta conducta está prohibida en el artículo 18.2 de la citada LGCA, incardinada en el tipo de infracción grave del artículo 58.8 de la misma norma.

IV.- Responsabilidad de la infracción

El artículo 28.1 de la LRJSP dispone que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa, lo que conduce a la atribución de responsabilidades, incluso en los casos de negligencia simple respecto del cumplimiento de los deberes legales impuestos a los operadores de televisión.

En aplicación de lo establecido en el artículo 61 de la LGCA, la responsabilidad por las infracciones debe atribuirse a ATRESMEDIA por ser el operador del servicio de comunicación audiovisual autor de los hechos infractores considerados probados.



8 Productora

Privacy & Cookies Policy

Esta exigencia de responsabilidad a ATRESMEDIA está relacionada con el hecho que el sector audiovisual es un sector altamente especializado y en el que dicho prestador del servicio audiovisual, dados su volumen de actividad y su experiencia en el sector, cuenta con los medios materiales y humanos suficientes para poder extremar la vigilancia y evitar conductas como la que es objeto del presente procedimiento, poniendo la máxima diligencia en el cumplimiento de la normativa que le es aplicable. Más aún, teniendo en cuenta que éste es el tercer⁹ expediente que se le incoa en los últimos años por transgredir el artículo 18.2 de la LGCA.

Así lo han indicado expresamente los Tribunales, aunque en el ámbito de la protección del menor frente a contenidos audiovisuales inadecuados, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2015 (recurso núm. PO 08/409/2013), en cuyo Fundamento Cuarto se recuerda que *“en el caso de empresas audiovisuales, como la ahora recurrente, dotadas de la máxima especialización y vinculadas con la Administración con un régimen especial de sujeción, los estándares de diligencia exigibles alcanzan el mayor nivel”*.

Asimismo, señalar que el prestador de servicios audiovisuales es el responsable de la emisión de programas y publicidad y debe tener un control sobre los contenidos que emite constituyendo, en caso contrario, supuestos de culpa en su actuación, únicamente salvables en casos de sucesos imprevistos e inevitables, que no le exoneran de responsabilidad administrativa por ausencia de culpabilidad en la comisión de los hechos cometidos, sobre todo, cuando esa negligencia repercute negativamente sobre los telespectadores.

En efecto, en la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 134/2016 de 1 de marzo de 2016 (recurso núm. PO 01/246/2014) se recuerda que los operadores son responsables de los contenidos emitidos, debiendo *“extremar la diligencia en el cumplimiento de los deberes que le impone la legislación en materia de comunicación audiovisual”* y recordando que resulta sancionable la simple *“inobservancia”* de la normativa sectorial aplicable.

En consecuencia, deben rechazarse las alegaciones por las ATRESMEDIA pretende quedar exenta de toda responsabilidad y culpa y considera probado su incumplimiento, en el canal, ámbito, día y horario especificado, de la prohibición de emitir publicidad encubierta establecida en el artículo 18.2 de la LGCA y tipificada como infracción grave en el artículo 58.8 del mismo texto legal.

V.- Cuantificación de la sanción

La contravención de las obligaciones y prohibiciones establecidas en el artículo 18.2 de la LGCA, se consideran infracciones graves conforme a lo dispuesto en el artículo 58.8 de la LGCA. A su vez, el artículo 60.2 de la LGCA establece que

⁹ Los anteriores fueron el SNC/DTSA/022/16 y el SNC/DTSA/089/19.

este tipo de infracciones pueden ser sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000,00 euros para los servicios de comunicación audiovisual televisiva.

El artículo 29.3 de la LRJSP establece, como criterios de graduación, el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad, la continuidad en la conducta infractora, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

Por su parte, el artículo 60.4 de la LGCA establece los siguientes criterios: la inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida; haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores; la gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona; la repercusión social de las infracciones y; el beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

De los anteriores criterios de graduación, se ha tenido en cuenta en este caso la repercusión social de la conducta infractora, dado el ámbito de cobertura de la emisión (nacional), la duración de la publicidad (1.111 segundos) y la audiencia obtenida durante su emisión (1.895.000 espectadores). Asimismo, se ha tenido en cuenta el criterio de graduación sobre reincidencia previsto en la letra b) del artículo 60.4 de la LGCA pues el 25 de octubre de 2016 fue sancionada ATRESMEDIA por haber emitido publicidad encubierta en el programa “OBJETIVO BIENESTAR”, emitido el día 20 de marzo de 2016 en uno de sus canales de ámbito nacional (expediente con número de referencia SNC/D TSA/022/16), es decir, por haber sido sancionada mediante resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores a la fecha de comisión de la conducta infractora.

En definitiva, atendiendo a los principios y límites cuantitativos a que se hace antes referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la LRJSP y en el artículo 60.4 de la LGCA, se considera ajustado a derecho la imposición de una (1) multa por importe total de **232.970 €** (doscientos treinta y dos mil novecientos setenta euros).

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 la entidad ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. responsable directa de la comisión de **una (1) infracción administrativa grave** tipificada en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, por haber emitido, en su canal ANTENA 3, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la marca “CAROLINA HERRERA” y de sus perfumes “BAD BOY” y “GOOD GIRL”, en el programa “EL HORMIGUERO”, emitido el día 3 de octubre de 2019, entre las 21:51:15 y las 22:53:00, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

SEGUNDO.- Imponer a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., una multa por importe de **232.970 €** (doscientos treinta y dos mil novecientos setenta euros), por la comisión de una infracción grave de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, al haber emitido publicidad encubierta en el programa “EL HORMIGUERO”, emitido en su canal ANTENA 3 el día 3 de octubre de 2019.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado. haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y que contra ella podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.