



Roj: **STS 4358/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4358**

Id Cendoj: **28079130032020100298**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/12/2020**

Nº de Recurso: **7375/2019**

Nº de Resolución: **1733/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3079/2019,**
ATS 2076/2020,
STS 4358/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.733/2020

Fecha de sentencia: 14/12/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **7375/2019**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/11/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: **7375/2019**

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1733/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Fernando Román García

En Madrid, a 14 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen referenciados, el recurso de casación número **7375/2019**, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 14 de junio de 2019, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 419/17, sobre Sanción de la CNMC. Se ha personado como parte recurrida la Procuradora D^a. Gloria Teresa Robledo Machuca en representación de ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SA.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 419/17 seguido ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SA, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 21 de junio de 2017, recaída en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/006/17, que impone a dicha entidad, cuatro multas, por un importe total de 413.434 euros, por infracción del artículo 17.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA).

La sanción se impone a la entidad ATRESMEDIA como autora de cuatro infracciones de carácter grave, una de ellas de carácter continuado, tipificadas en el art. 58.7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por haber emitido en su canal Nova, durante cuatro emisiones del programa Decogarden, emplazamientos de los productos TITANLUX, CORTINA DECOR, TESA y FLOWER, incumpliendo las condiciones previstas en el art. 17.3 LGCA.

SEGUNDO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de fecha 14 de junio de 2019, cuya parte dispositiva acuerda:

<<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 SA, 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, confirmamos dicha resolución, con imposición de costas a la parte recurrente.>>

Contra la referida sentencia, la Administración del Estado preparo recurso de casación que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, comparecieron en tiempo y forma ante el Tribunal Supremo.

La ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, en representación de la CNMC presentó su escrito de interposición del recurso de fecha 5 de mayo de 2020, en el que realizó las consideraciones oportunas a su derecho, y precisó las pretensiones de los siguientes pronunciamientos:

Se pretende que se fije la doctrina en un doble extremo

a) Debe reconocerse la competencia de la CNMC para interpretar los conceptos jurídicos indeterminados utilizados en la LGCA a través de sus acuerdos resolutorios de consultas, respetando su control jurisdiccional un margen de discrecionalidad en atención a la competencia técnica de tal Autoridad.

b) En todo caso, la prominencia indebida del producto referida en el artículo 17.3 LGCA como límite al derecho al emplazamiento de productos implica que el producto emplazado no pueda ser ensalzado mediante menciones verbales o visuales a sus posibles virtudes o méritos referidos al mismo en concreto, ni destacado sobre los demás productos o servicios a través de su presencia recurrente en el programa de que se trate, o a través de la manera en que se presenta (por ejemplo, por la duración o el tratamiento de su imagen).



El acogimiento de esta interpretación implica que proceda la desestimación del recurso contencioso-administrativo, tanto si se acogen ambas afirmaciones doctrinales propuestas, o una sola de ellas, si se respeta lo señalado en (a), el criterio interpretativo de la CNMC en atención a su competencia técnica, el recurso será desestimado sin más razonamiento que la obvia inexistencia de irracionalidad o desviación de poder en tal interpretación.

Aunque no fuera acogido lo señalado en (a), la interpretación sostenida en nuestro b) de que hay prominencia indebida prohibida cuando el producto emplazado resulta ensalzado y además se le otorga un especial protagonismo en imagen, llevará igualmente a la desestimación del recurso, en el modo señalado en el punto 1.3 de su escrito.

Terminando por suplicar dicte sentencia estimatoria, fijando la doctrina que propone en el FII de su escrito, con desestimación del recurso contencioso interpuesto en la instancia, con imposición de las costas de la instancia al recurrente.

CUARTO.- Por Auto de la Sala de admisión del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2020, se admitió el recurso de casación, y declaró que la cuestión planteada que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

"interpretar la noción de dar prominencia indebida al producto que contiene el artículo 17.3 LGCA como límite al derecho al emplazamiento de productos; así como, en relación con lo anterior, las posibilidades de intervención que, en la determinación de dicho concepto jurídico indeterminado, tiene la autoridad reguladora competente.

Para ello será necesario interpretar el artículo 17.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual en relación con el artículo 2.32 de la misma norma y con el artículo 14 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la citada Ley; todo ello, a la luz de lo dispuesto en las Directivas europeas sobre comunicación audiovisual."

QUINTO.- Admitido el recurso de casación, el representante legal de ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SA presento su escrito de oposición el 1 de septiembre de 2020, suplicando dicte sentencia por la que desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, y todo ello con la condena en costas a la parte recurrente.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de noviembre de 2020, continuando en días sucesivos, si bien, por razón del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se deliberó por vía telemática conforme a lo previsto en el artículo 19.3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 14 de junio de 2019, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A." contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 21 de junio de 2017 recaída en el procedimiento sancionador, SNC/DTS/006/17, que le impuso cuatro multas cuya suma total asciende a 413.434 Euros, por la comisión de una infracción de carácter grave en materia de publicidad televisiva ex artículos 58.7 y 17.3 de la Ley General de Comunicación Audiovisual

La Administración del Estado formula recurso de casación contra la sentencia de instancia que anula la multa impuesta por el emplazamiento de productos sin observar las condiciones previstas en el artículo 17.3 LGCA en los programas emitidos los días 3, 11, 17 y 31 de diciembre de 2016, alegando la errónea interpretación realizada por la Sala de instancia del concepto jurídico recogido en dicho precepto sobre "prominencia indebida" cuya apreciación sustentaba las sanciones impuestas en detrimento del margen de valoración que corresponde a la CNMC.

SEGUNDO.- En el proceso de instancia se debatió si el emplazamiento de ciertos productos de pintura y decoración en diferentes programas cumplían o no las condiciones previstas en el artículo 17.3 LGCA. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia consideró que los emplazamientos de los productos "Titanlux", "Cortina Decor", "Tesa" y "Flower" en cuatro programas de Decogarden emitidos en el canal NOVA en fechas de 3, 11, 17 y 31 de diciembre de 2016 incumplían las condiciones previstas en el aludido apartado 3º del artículo 17 LGCA e impuso a la mercantil "Atresmedia" una sanción por el importe reseñado como responsable de cuatro infracciones graves, una de ellas de carácter continuado.



TERCERO.- El Abogado del Estado basa su recurso de casación en la transgresión de los límites del emplazamiento del producto invocando la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de Marzo de 2010 sobre coordinación de determinadas disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, con transcripción de ciertos pasajes de su texto. Cita también la STS de 26 de enero de 2016, dictada en el recurso 250/2014, sobre el reglamento de desarrollo de la LGCA y afirma que la ley de trasposición, anterior a la Directiva, había reconocido el emplazamiento del producto como un derecho, de modo que resulta ajustada a la directiva en el punto controvertido, sin que pueda tildarse el Acuerdo de la CNMC dictado en el año 2014 de "obsoleto". La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual traspone con fidelidad la Directiva, considerando el emplazamiento como una forma de comunicación audiovisual y destaca que la jurisprudencia ha resaltado que las distintas formas de comunicación comercial han de atenerse a sus requisitos normativos propios de modo que la inclusión de un producto en un programa ha de realizarse con la finalidad promocional que le es propia con la mera presentación que familiarice al espectador con el producto sin suplementaria carga promocional y a este objetivo obedecen los límites de la Directiva y la LGCA que pretenden mantener la necesaria diferenciación entre el contenido comercial y editorial.

Continúa su alegato afirmando que a la Audiencia Nacional le basta que el emplazamiento esté anunciado sin atender a los demás límites del legislador comunitario y el nacional han añadido para que no se convierta en un mensaje publicitario más, con quebranto de los principios jurídicos protegidos. Lejos de ser genéricas e inconcretas las menciones -como parece pretender la sentencia de instancia-, son -en su opinión- perfectamente detalladas y ajustadas a lo que puede entenderse como "prominencia indebida". Añade a lo anterior que siendo la CNMC la Autoridad reguladora nacional competente conforme a la Directiva (art. 30 de la misma y 48 LGCA y Ley 3/2013 de creación de la CNMC), y utilizando ésta un concepto jurídico indeterminado, le corresponde precisar tal concepto (como hizo en el Acuerdo de 2014) y debe ser reconocida la presunción de acierto propia de la discrecionalidad, de modo que el enjuiciamiento judicial de tal concreción debe limitarse a un juicio de razonabilidad. Y en fin, concluye que a la vista de las menciones verbales recogidas por la propia Sentencia, reforzadas por el énfasis visual que se refleja en la resolución sancionadora, sobre primeros planos, presencia invasiva y demás que no se valoran en la Sentencia recurrida, se incurre claramente en el tipo infractor:

- a) Bien asumiendo la eficacia del Acuerdo interpretativo de la CNMC de 2014, pues obviamente en los casos dados se hacían menciones verbales a las virtudes o méritos de cada producto o servicio, y se le daba prominencia por la manera en que se presentan por el tratamiento de la imagen (primeros planos, presencia recurrente); extremos excluidos por tal Acuerdo.
- b) Bien, aun prescindiendo de tal Acuerdo, a la vista de que la mención de virtudes o méritos y el tratamiento de imagen que le da protagonismo a un producto entra de lleno en el concepto de "prominencia indebida" por todo lo ya razonado sobre la necesidad de que la inclusión del producto en el programa no contenga carga promocional alguna.

Por su parte, la mercantil recurrida "Atresmedia Corporación", sostiene que la forma en la que se ha realizado el emplazamiento en los programas es absolutamente respetuosa con la Directiva Europea y con los propios criterios de la CNMC, cuya fuerza vinculante reivindica la Abogacía del Estado. Discrepa de la aducida prevalencia técnica de la Administración y del contenido y fuerza normativa de los Criterios publicados por la CNMC en el Acuerdo de fecha 17 de septiembre de 2014, que fueron dictados sin contar con potestad alguna para desarrollar la LGCA. Señala que no se trata de una circular y que tampoco han sido publicados en el BOE, sino únicamente en la página web de la CNMC en contra de los principios de publicidad y seguridad jurídica del artículo 9.3 CE. Añade a lo anterior que tampoco dichos criterios impiden o prohíben las menciones verbales o visuales, sino aquellas que pueden incitar directamente a la compra o realizando promociones concretas, lo que no sucede en el caso de autos. Continúa su alegato la parte indicando que el emplazamiento de productos es una forma lícita de financiación de la industria audiovisual reconocida en la Directiva 2010/13/UE respecto a la cual en la propuesta de Directiva 2016 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE se admitía de forma generalizada el emplazamiento de productos, si bien, con ciertas excepciones tasadas, que se plasman en la posterior Directiva 2018/108, de 14 de Noviembre de 2018, indicando que no es una novedad que se deje de considerar prohibido, pues en España ya desde 2001 había unos criterios que permitían el uso proclamándose como un derecho del operador en el año 2010, y a nivel europeo ya desde la propuesta de la Directiva 2016 y la posterior Directiva de 2018 que da prevalencia a la transparencia en la identificación y comunicación al espectador del emplazamiento del producto.

Continúa su razonamiento indicando que la Abogacía del Estado defiende la vinculación a los operadores de televisión del Acuerdo de la CNMC de 2014, afirmando que este prohíbe las menciones verbales o visuales a las posibles virtudes, méritos u otras características del producto o servicio obviando que para la correcta



interpretación de dicho acuerdo hay que partir de la premisa de que las menciones obedezcan al propósito de incitar directamente a la compra de aquellos productos o servicios o realizar promociones concretas de ellos. Reitera que la CNMC carece de potestad para dictar una norma con carácter vinculante para los operadores que restrinja lo dispuesto en la propia ley y en la Directiva y que lo aplique a los procedimientos sancionadores, pues ello infringe el principio de legalidad en materia sancionadora ex artículo 25 CE si bien, añade a lo anterior que los criterios de la CNMC no excluyen las descripciones de los productos sino únicamente cuando incitan a la compra o realizan promociones concretas, sin que sea admisible que deba prevalecer la discrecionalidad de la Administración y que ésta quede fuera de control judicial, pues ello vulneraría el artículo 24.1 CE.

CUARTO.- El recurso de casación fue admitido por Auto de fecha 28 de febrero de 2020 por presentar interés casacional la interpretación de la noción de "prominencia indebida" que contempla el artículo 17.3 LGCA como límite al derecho al emplazamiento de productos así como, en relación con lo anterior, las posibilidades de intervención que, en la determinación de este concepto jurídico indeterminado, tiene la autoridad reguladora competente.

Para resolver esta cuestión es oportuno recordar el contenido de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de Marzo de 2010 sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual y la regulación del emplazamiento de producto en la LGCA.

La Directiva reseñada establece en su artículo 11.2 la prohibición del emplazamiento de producto como forma de comunicación audiovisual, si bien, en su apartado 3 dispone que es admisible el emplazamiento de producto en determinados supuestos que enumera, en su considerando 91 indica que "el emplazamiento de productos 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 productos", y el considerando 92 reza "Debe prohibirse, en principio, el emplazamiento de producto. No obstante, es conveniente que existan algunas excepciones para determinados tipos de programas sobre la base de una lista positiva".

La nueva Directiva de comunicación audiovisual de 14 de noviembre de 2018, -que no es aplicable por razones temporales- mantiene la definición del emplazamiento de producto si bien viene a sustituir la prohibición anterior del emplazamiento por un principio de permisión, con excepciones, manteniendo los límites de promoción e incitación a la compra de los productos.

La Ley General de Comunicación Audiovisual, Ley 7/2010, de 31 de marzo, define en el artículo 2.31 (en línea de la Directiva) 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).

En su artículo 17 de la LGCA reconoce el derecho a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual el derecho a realizar emplazamiento de productos con los límites que se establecen en el apartado 3 entre los que figura el aquí cuestionado sobre "prominencia indebida" del producto.

Dispone el artículo 17 LGCA lo siguiente:

"Artículo 17. El derecho al emplazamiento de productos. 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 Real Decreto 1624/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LGCA, establece en su artículo 14 lo siguiente:

"Artículo 14. Condiciones y requisitos del emplazamiento de producto.



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

2. El emplazamiento de producto será también admisible en los casos en que no se produzca pago alguno, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, tales como ayudas materiales a la producción o premios, con miras a su inclusión en un programa siempre que estos bienes o servicios tengan valor significativo. A estos efectos, se considera que tienen un valor significativo cuando el importe de los referidos bienes y servicios incluidos en el programa sea superior en un diez por ciento a la tarifa estándar establecida para un mensaje publicitario correspondiente a la franja horaria en la que se emite el programa donde se incluyen.

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

La Sentencia de este Tribunal Supremo de 26 de Enero de 2016, dictada en el recurso 250/2014, sobre el Real Decreto 2/2014, de 17 de enero, interpreta la Directiva 2013/10/UE destacando el carácter excepcional del emplazamiento, señalando que "La Directiva 2013/10/UE muestra un claro recelo hacia esta figura, derivado sin duda de la posible confusión que puede producir a la hora de diferenciar dos conceptos que deben ser claramente deslindables, como son el contenido editorial y el contenido comercial de un programa; además de por la dificultad que supone en ocasiones diferenciar en la práctica esta forma de publicidad de otras no permitidas como la encubierta o la subliminal, y en fin, por la afección que puede producir sobre la independencia editorial del prestador del servicio. Por eso, la regla general que la Directiva incorpora es la prohibición de los emplazamientos de producto (considerando 92 del preámbulo, y artículo 11, apartado 2º). Ciertamente, esa prohibición genéricamente establecida se excepciona en los supuestos a que hacen referencia el considerando 91 del preámbulo y el apartado 3º del artículo 11, pero el dato del que hemos de partir es el anotado de que la regla general es una regla prohibitiva, y que por tanto las excepciones a esa regla no deben ser interpretadas ni aplicadas de forma extensiva, más aún cuando, como ya se ha dejado expuesto, la propia Directiva autoriza a los Estados miembros a imponer normas más estrictas o detalladas, más todavía, permite incluso no acogerse a dichas excepciones y por tanto salvar la aplicabilidad rigurosa de la regla general prohibitiva (considerando 92 del preámbulo)".

Por su parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adopta un Acuerdo el 17 de septiembre de 2014 en el que se da contestación a diversas consultas formuladas por operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas. En este Acuerdo de contestación a consultas se subraya que el hecho que la LGCA haya legalizado el uso del emplazamiento exige un especial rigor en el cumplimiento de las condiciones impuestas a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que los utilicen. Y se establecen una serie de condiciones que han de ser observadas en el emplazamiento de productos, e indica que su inobservancia determina la comisión de una infracción administrativa, ya sea por el incumplimiento de estas condiciones ex artículo 58.7 LGCA, o por incurrir en supuestos de comunicación comercial encubierta ex artículo 58.8 LGCA. Las condiciones descritas en dicho Acuerdo son las siguientes:

- Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria.
- Esta información al telespectador se considera clave para evitar confusiones al telespectador que le induzcan a error sobre la naturaleza publicitaria de los emplazamientos de productos. A estos efectos, se considera que esta información al principio y al final de los programas, y cuando se reanuden tras una pausa publicitaria, se considera que es adecuada siempre que consista en una superimpresión o transparencia claramente legible y con una duración mínima de 5 segundos en la que se indique: "este programa contiene emplazamiento publicitario".

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

- El emplazamiento de producto no puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual, es decir, no debe incluir en el contenido o en el guión de los programas.



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

QUINTO.- En el supuesto enjuiciado, en todos los programas objeto de sanción se había informado debidamente al público de la existencia de este tipo de comunicación comercial, por tanto, se excluye por la propia CNMC la comunicación comercial encubierta. Lo que se examina en el apartado 3.2 de la resolución sancionadora es el "cumplimiento de los requisitos del ilícito" esto es, si se observan los límites establecidos en el artículo 17.3 LGCA, desarrollados en el RD 1624/11 y "de manera más amplia por esta Comisión en el Acuerdo de contestación a consultas". Hace referencia la CNMC a las características del programa en el que tienen lugar el emplazamiento, que es un programa de decoración, llamado Decogarden emitido en el canal Nova en las fechas que antes hemos consignado y detalla las imágenes de los productos y las expresiones vertidas en cada programa que le llevan a considerar que existió la "prominencia indebida" en los productos en los términos del artículo 17.3 LGCA.

Entiende la CNMC en cada uno de los emplazamientos que relaciona, existe dicha prominencia indebida del producto bien por el enfoque o reiteración en la aparición de la imagen durante un tiempo "excesivo", que va más allá de la simple presencia natural del producto emplazado en relación con la acción que se está llevando a cabo, bien por las expresiones que se vierten en el programa ensalzatorias de los productos emplazados que suponen una influencia en el guión del programa que incumplen las condiciones previstas en el artículo 17.3 LGCA. Advierte la CNMC una presencia invasiva y reiterada de las imágenes de los productos y manifestaciones a las posibles virtudes y características del producto emplazado.

Así las cosas, compartimos el criterio de la sala de instancia que considera que la conducta imputada a la mercantil no tiene encaje en tipo sancionador previsto en el artículo 58.7 LGCA en relación con el concepto de "prominencia indebida" al que se refiere el artículo 17.3 de dicha ley. En efecto, la Audiencia Nacional sustenta su conclusión en dos razones esenciales: por un lado, en la invalidez del Acuerdo de la CNMC dictado en el año 2014 como elemento integrador del tipo sancionador y por otro lado, por la inexistencia de un ánimo de promoción del producto, al no apreciar un protagonismo excesivo de las imágenes y al considerar las expresiones meramente coloquiales e insertas en el contexto del programa dirigido al bricolaje y la decoración.

La CNMC apoya su resolución sancionadora en sus propios criterios definidos en el Acuerdo dictado en 2014. No obstante, cabe objetar dicha operación jurídica que se limita a trasladar los criterios del Acuerdo de consultas a fin de fundamentar la resolución sancionadora y ello por diversas razones; en primer término, porque el Acuerdo no se dicta en virtud de una concreta habilitación o competencia que se atribuye por ley a la CNMC, antes bien, se adopta resolviendo ciertas consultas de operadores sobre las condiciones de publicidad televisiva (Acuerdo de consultas), de modo que no puede tener una finalidad ni un alcance mayor y distinto a aquel que da lugar al mismo. Por otra parte, como subraya la sala de instancia, el Acuerdo se adopta en el año 2014, esto es con anterioridad a que se dictara la nueva Directiva 2018 en la que se establecen nuevas y pautas y criterios en materia de publicidad televisiva, reconociendo el emplazamiento.

Por tal razón -y con independencia de otras cuestiones sobre su estricto ajuste a la LGCA- no cabe atribuir a los criterios adoptados en este Acuerdo de la CNMC un valor específico para la integración del concepto jurídico indeterminado de "prominencia indebida" a los efectos sancionadores. Los criterios del Acuerdo pueden tener un valor orientativo general pero carecen de un efecto vinculante, no sólo por lo antes dicho sobre su naturaleza y la competencia de la CNMC en este ámbito, sino porque tampoco fueron publicados ni eran de conocimiento general, pues tan solo figuraban en la página web de la CNMC.

En fin, se trata de pautas orientativas carentes de otro valor y eficacia que el de establecer reglas generales de actuación a los operadores sobre los límites del artículo 17.3 LGCA controvertido siendo necesario un examen pormenorizado y casuístico del emplazamiento del producto en cada supuesto que exige la valoración de las imágenes de los productos emplazados y de las eventuales menciones que puedan proferirse en el programa en atención a su contexto y si implican o no una finalidad promocional ajena al emplazamiento de producto.

Dicho lo anterior, aduce la Administración del Estado recurrente que "siendo la CNMC como autoridad reguladora nacional competente conforme a la Directiva y utilizando esta un concepto jurídico indeterminado, la CNMC puede precisar tal concepto (como hizo en el Acuerdo de 2014) y el enjuiciamiento de tal concreción debe limitarse a un "juicio de razonabilidad". Esto es, considera que la apreciación de este concepto jurídico



indeterminado es una labor técnica que corresponde a la CNMC, debiendo realizarse el ulterior control judicial desde la perspectiva de la razonabilidad.

Alegato que ha de ser desestimado toda vez que nos hallamos ante el ejercicio de la potestad sancionadora de la CNMC, que ha de ajustarse a los principios generales del derecho sancionador, entre los que cabe subrayar el de seguridad jurídica y de legalidad material y formal. Lo que es objeto de enjuiciamiento es una resolución sancionadora en la que únicamente cabe una interpretación rigurosa y estricta del tipo aplicado, el contemplado en el artículo 57.8 LGCA en relación con los límites del artículo 17.3 LGCA, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales el control pleno de la legalidad de la actuación administrativa y de los elementos que integran el tipo sancionador, incluido el concepto jurídico indeterminado de "prominencia indebida" con arreglo a las garantías que rigen en este ámbito, reconocidas en los artículos 24 y 25 CE. Así, hemos declarado que la potestad sancionadora que ejerce la Administración decidiendo cuales son los hechos y conductas acaecidos en la realidad y si estos se subsumen o no en un tipo infractor previamente establecido y cual es la sanción que a tales hechos y conductas corresponde según las previsiones, también previas, contenidas en el ordenamiento jurídico no se desenvuelve a través de una actuación administrativa que esté gobernada por el principio de discrecionalidad técnica, es por el contrario una actuación que ha de decidir sobre cuestiones jurídicas aplicando conceptos y criterios prefijados en normas jurídicas (por todas, STS 8 de octubre de 2001)

SEXTO.- Entrando al examen de la actividad sancionada, la Administración recurrente insiste en la procedencia de la sanción basándose en el énfasis visual de los productos, los primeros planos y su presencia invasiva, así como en las menciones verbales que resaltan sus virtudes y méritos que entran de lleno en el concepto de "prominencia indebida" e implica la existencia de una carga apologética que transgrede los límites del mero emplazamiento.

Por contra, la Audiencia Nacional parte de que el emplazamiento se reconoce como un derecho del prestador del servicio de comunicación, y aprecia de forma razonada y motivada que las imágenes o enfoque de los productos no resultan excesivas ni presentan una carga promocional. Añade a lo anterior, que atendiendo a las características del programa de bricolage, jardinería y decoración que promueven la realización de este tipo de actividades las expresiones vertidas eran "meramente coloquiales" que no implican una promoción verbal directa al producto. Y a tenor de la valoración probatoria realizada por la Sala de instancia cabe descartar que se hayan transgredido los límites del artículo 17.3 LGCA en el sentido de que advierta una "prominencia indebida" de los productos, pues no advierte un énfasis visual excesivo ni tampoco referencias expresas que impliquen una promoción del producto y en fin, no se constata una carga apologética que determine la transgresión de las previsiones de dicho precepto de la LGCA.

La interpretación del concepto jurídico indeterminado de "prominencia indebida" (elevación de algo sobre lo que está alrededor o cerca de ello) que es una cualidad que ha de apreciarse en cada supuesto, ha de hacerse en función de las circunstancias concurrentes, de modo que ni el tratamiento de las imágenes ni las menciones y expresiones verbales meramente coloquiales que se insertan en el contexto y guión de un programa especializado como es el de decoración y bricolage -que promueve la realización propia de objetos- no suponen en sí mismas una promoción directa del producto ni dotan de prominencia indebida al emplazamiento.

Como hemos reiterado en numerosas ocasiones la valoración de la prueba solo puede ser abordada en casación en casos excepcionales como son los de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba, ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones o se justifique que el resultado de la valoración realizada es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad.

En el caso que nos ocupa la Administración recurrente discrepa de la conclusión a que llega la Sala sentenciadora sobre la inexistencia de una carga promocional en los emplazamientos controvertidos, apelando a la competencia propia de la CNMC para interpretar los conceptos jurídicos indeterminados de la LGCA y el respeto al margen de discrecionalidad en atención a la competencia técnica de tal Autoridad, pero no invoca la infracción en el proceso de valoración probatoria de ningún precepto legal concreto, ni tacha las conclusiones alcanzadas de ilógicas o arbitrarias.

Y siendo ello así, ya hemos señalado que no cabe revisar en casación la valoración de la prueba, pues no se aprecia irracionalidad o falta de lógica en la valoración probatoria contenida en la sentencia. En ella se comprueban las diferentes imágenes de los productos objeto de controversia y se analizan las expresiones pronunciadas en cada ocasión y su contexto para concluir que no existe un énfasis visual excesivo ni una promoción directa de los productos, con exposición razonada de tales conclusiones. Cabe añadir, en fin, que no procede la solicitud de incorporación de hechos ex artículo 93 LJCA, referidos a la presencia invasiva de



los productos auspiciada por la Abogacía del Estado, por haber sido objeto ya de valoración por la sala de instancia.

La doctrina que se fija es que el concepto indeterminado de "prominencia indebida" del artículo 17.3 LGCA prohíbe que el producto emplazado pueda ser ensalzado mediante el tratamiento de la imagen excesiva o mediante expresiones verbales que impliquen una carga promocional o apologética suplementaria ajena al emplazamiento y que dicha "prominencia indebida" debe ser examinada de forma casuística, en atención al tratamiento e intensidad de la imagen del producto y al significado de las expresiones vertidas en atención al contexto y guión del programa, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales el enjuiciamiento pleno de la concurrencia de los elementos integrantes del tipo sancionador y de la actuación sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

SÉPTIMO.- Por las razones expuestas el recurso de casación debe ser desestimado.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en los fundamentos quinto y sexto de esta sentencia:

1.- No ha lugar al recurso de casación número **7375/2019**, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia de fecha 14 de junio de 2019, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 419/17.

2.- Sin hacer expresa imposición de las costas en casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

-D. Eduardo Espín Templado. -D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. -D. Eduardo Calvo Rojas. -D^a. María Isabel Perelló Doménech. -D. José María del Riego Valledor. -D. Diego Córdoba Castroverde. -D. Fernando Román García. -Firmado

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm^a. Sra. D^a. M^a ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.