



Roj: **SAN 3163/2021 - ECLI:ES:AN:2021:3163**

Id Cendoj: **28079230012021100339**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2021**

Nº de Recurso: **1830/2019**

Nº de Resolución: **358/2021**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001830 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 13183/2019

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.

Procurador: MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ- CARVAJAL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. **NIEVES BUISAN GARCÍA**

Madrid, a veintinueve de junio de dos mil veintiuno.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número PO **1830/2019**, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González- Carvajal, en nombre y representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 24 de julio de 2019. Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso en 130.964,00 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo frente a la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 14 de julio de 2019, del que se acordó su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.



SEGUNDO. - En el momento procesal oportuno tal entidad actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 26 de diciembre de 2019 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se tuviera por *formalizada demanda contra la Resolución de 24 de julio de 2019 y, tras los trámites legales oportunos, dicte Sentencia por la que se declare la nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad, de la Resolución impugnada, por no existir una infracción del artículo 17.2 y 3 de la LGCA, como consecuencia de los hechos analizados.*

TERCERO. - El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 11 de marzo de 2020 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso, confirmando el acto administrativo impugnado por ser conforme a derecho, con expresa imposición de costas a la actora.

CUARTO. -No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, y no considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio trámite de conclusiones a las partes, trámite que evacuaron por su orden, primero la defensa de la entidad actora y después el Abogado del Estado, mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO. - Concluidas las actuaciones, quedaron las mismas pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 15 de junio de 2021, fecha en que ha tenido lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña **Nieves Buisán García**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por la representación de Mediaset España Comunicación SA, la Resolución de la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC de 24 de julio de 2019 que impone a MEDIASET una multa por importe de 130.964 euros por una infracción administrativa grave por haber emitido en su canal Telecinco un emplazamiento de producto que incumple los requisitos establecidos en el artículo 17.2 y 3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

Razona a tal efecto la resolución, que:

En el supuesto analizado, la propuesta de resolución califica la conducta como una infracción de los artículos 17.2 y 17.3 de la LGCA porque no está señalizada la existencia de un emplazamiento publicitario al comienzo y al final del programa y al reanudarse tras sus pausas, y porque se da una excesiva prominencia al producto emplazado.

Durante la instrucción del expediente se han identificado dos momentos del programa en los que se produciría el emplazamiento de un mismo producto (unas zapatillas).

En primer lugar, tras cerrar temporalmente la tertulia y antes de presentar una actuación musical (a partir de las 16:26:16), se produce la presentación de las zapatillas promocionadas, las "oficiales del programa", que la presentadora calza y con un claro mensaje destinado a incentivar su compra.

Durante la presentación, se incluye un banner sobreprominente que remite a una página web para adquirir las zapatillas. El faldón incluye la mención "publicidad" en letra significativamente más pequeña.

Tal y como alega MEDIASET, esa presentación, con indudable alcance promocional o publicitario, no puede ser calificada como emplazamiento de producto porque es identificada como "publicidad". No es objeto del procedimiento analizar su adecuación como mensaje publicitario, calificación que podría merecer, además, a la vista de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con las llamadas "nuevas formas de publicidad".

(...) En segundo lugar, casi dos horas después (entre las 18:30:40 y las 18:31:06) se ofrece el producto emplazado como regalo a una actriz al concluir su entrevista. Las zapatillas se encuentran en una caja que un regidor entrega a la presentadora fuera de plató y ésta las saca para entregárselas. Tras recibirlas, ambas se funden en un abrazo, mientras la cámara sigue las zapatillas para ofrecer a los espectadores un primer plano y así asegurarse que las reconozcan.

Tras separarse, la actriz muestra directamente las zapatillas por el lateral que incluye la palabra "Viva", en clara alusión al nombre del programa.

A juicio de esta Sala, este tratamiento y la presentación visual explícita excede los requisitos propios del emplazamiento de producto. En concreto, se considera que se otorga una prominencia indebida a las zapatillas.

(...) La presentación es prominente cuando es recurrente, injustificada, extemporánea o excesivamente destacada en su contexto. Puede resultar de la presencia del producto sin que exista justificación editorial, pero



también de la manera en la que se introduce en la acción la presentación (...) denota un esfuerzo por elevar el producto emplazado y destacarlo más allá de la mera presencia accesoria que caracteriza el emplazamiento. La presentadora hubiera podido entregar las zapatillas en su caja. En lugar de ello, se preocupa por sacarlas y mostrarlas por el lateral, que es por dónde son más reconocibles. De esta manera, se asegura que no pasen desapercibidas a ojos del espectador y busca la identificación de éste con el producto por su estrecha vinculación (las zapatillas son presentadas como las "oficiales" del programa). Las zapatillas, además, se convierten en protagonistas del programa; su presencia no es accesoria o superflua, sino principal.

(...) No hay ninguna necesidad narrativa en cerrar la entrevista con un regalo y menos aún en obviar el abrazo emocionado entre la presentadora y la actriz para centrarse en las zapatillas. Se considera que el contenido editorial (la entrega del regalo) es creado expresamente para convertirlo en un pretexto para la presentación del producto emplazado.

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

Durante apenas 25 segundos y al término de la entrevista que la presentadora del programa realiza a la invitada, se produce la entrega del mencionado regalo, unas zapatillas "VLV Sneakers", como gesto de cortesía y a modo de despedida, consistente en una caja que contiene unas zapatillas, que la invitada extrae y sostiene durante unos segundos en sus manos. En ningún momento la entrevistadora o la entrevistada hacen la más mínima mención a la marca, ni comentan nada sobre dicho producto.

Es aplicable al supuesto lo previsto en el Art 17 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, a cuyo tenor: *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*". Concepto de valor significativo cuyo alcance se contiene en el artículo 14.2 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (el "Reglamento de Publicidad").

Valor de las zapatillas "VLV sneakers" entregadas como regalo a la invitada: Tal y como esta parte acreditó en las alegaciones presentadas a lo largo del expediente y la resolución en ningún momento negó o cuestionó, el valor de las zapatillas entregadas como regalo fue de unos 60 euros, tal y como se puede comprobar en la página web <https://www.xyonco.com/categorias/viva-la-vida>, (folio 41). El valor de un spot publicitario correspondiente a la franja del programa analizado se situaría en torno a 6.500 euros, según se acreditó con copia del folleto comercial entonces vigente (ver tarifa "Spot 20s", "Tarde Fin Semana", folio 42 a 70).

Considera por ello la demanda que no hubo infracción, pues los hechos objeto de análisis no tuvieron contenido publicitario de ningún tipo: El momento de la entrega del regalo a la entrevistada, a las 18:30 horas, consistió en un contenido puramente editorial, sin elemento publicitario alguno pues, fundamentalmente, se entregó una caja con unas zapatillas a la entrevistada, como regalo de cortesía, sin mediación de contraprestación alguna y sin mención alguna sobre el contenido, la marca o las características del producto.

El hecho de que se haya podido apreciar, a partir de ciertos planos de la cámara, el aspecto de las zapatillas entregadas como regalo, no es suficiente para considerar la existencia de emplazamiento de producto.

Además, y de entenderse que las citadas zapatillas se mostraron con suficiente énfasis o detalle como el requerido para el emplazamiento de producto, tampoco cabría apreciar su existencia, pues el artículo 17 de la LGCA exige, a efectos de suministro gratuito de determinados bienes o servicios, que éstos tengan valor significativo, cuyo alcance se establece en el artículo 14.2 del Reglamento de Publicidad. Es evidente que en ningún caso podría haber emplazamiento, pues el valor de las zapatillas entregadas como regalo fue de unos 60 euros, significativamente inferior al de un spot publicitario, que en la franja del programa analizado se situaría en torno a los 6500 euros.

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

Directiva que 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, Directiva (UE) 2018/1808, de 14 de noviembre, -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.

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

El artículo 17 de dicha LGCA 7/2010, de 31 de marzo, cuyos apartados 2 y 3 considera infringidos la resolución impugnada, bajo el título de *El derecho al emplazamiento de productos* establece que:

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

En los casos en que no se produzca pago alguno, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, tales como ayudas materiales a la producción o premios, con miras a su inclusión en un programa, únicamente constituirá emplazamiento de producto y por tanto estará permitido, siempre que estos bienes o servicios tengan un valor significativo.

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

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

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

El RD 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la ley 7/2010, de 31 de marzo, dentro del Capítulo V, "emplazamiento de producto", establece en el art. 14 las condiciones y requisitos del emplazamiento de producto. A tal efecto indica que:

(...) A los efectos de la definición del artículo 2.31 el emplazamiento de producto merece tal consideración cuando se realice a cambio de una remuneración o contraprestación similar.

2. El emplazamiento 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 un valor significativo. A estos efectos, se considera que tienen un valor significativo cuando el importe de los referidos bienes o 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 o servicios incluidos en un programa no tiene la consideración de emplazamiento de producto si tales bienes o servicios no tienen un valor significativo.

CUARTO. - Da das las alegaciones de las partes y la aplicación de la normativa expuesta al supuesto enjuiciado, la muestra y entrega de las repetidas zapatillas ha de considerarse un emplazamiento en cuanto se trata de una forma de comunicación comercial televisiva en la que la referencia al producto (en este caso unas zapatillas), que se promociona, está incorporada a la acción de un programa y forma parte del argumento.



Tal y como argumenta el Abogado del Estado en la contestación, es indudable que se produce la inclusión de las zapatillas, pues su presencia en el programa es evidente e indiscutible. Si se produce la presentación, hay emplazamiento, aunque ello no supone el nacimiento de responsabilidad administrativa, sino que esta práctica está permitida siempre que se realice en determinadas condiciones. El suministro de bienes y servicios puede sustituir el pago en metálico y por esos se permite que, cuando es de poco valor, no se considere como emplazamiento de producto.

Partiendo de ello la controversia se circunscribe a determinar si es aplicable al supuesto el concepto jurídico de "valor significativo" que, para que los emplazamientos gratuitos tengan la consideración de tales, prevé el artículo 14 del Reglamento de Publicidad en relación con el artículo 17 de la LGCA.

Una interpretación literal, sistemática y teleológica de los mencionados preceptos, cuyo contenido se detalla en el fundamento jurídico anterior lleva a esta Sala a considerar, contrariamente a lo mantenido en la demanda, que el pago o remuneración a que hace referencia tal artículo 14 del RD 1624/2011, en el sentido de que de no producirse el mismo entra en juego el concepto jurídico "valor significativo", se refiere al pago o contraprestación que efectúa el titular del producto o anunciante que suministra los bienes o servicios, al prestador del servicio de comunicación audiovisual.

Deriva de dicho artículo 14 que es solo el editor el programa (artículo 2 de la Ley 7/2010) quien ha de recibir la eventual remuneración del anunciante, es decir, de quien suministra los bienes o servicios emplazados.

Por lo que en el supuesto enjuiciado, en el que es la presentadora de un programa quien regala un determinado bien (unas zapatillas, que son las "oficiales" del programa), no entra en juego el concepto de *valor significativo* y la determinación del mismo que, a efectos de considerar producido el emplazamiento, se contiene en los mencionados preceptos.

Así, repárese en que dicho artículo 14.2 del Reglamento de Publicidad, cuando hace referencia al repetido suministro gratuito de bienes o servicios, pone como ejemplo *ayudas materiales a la producción o premios*, añadiendo el artículo 17.1 de la LGCA *ayudas materiales a la producción o premios, con miras a su inclusión en el programa*, lo que avala la interpretación de que, tal gratuidad, únicamente se refiere al prestador del servicios de comunicación audiovisual y no a un invitado, pues es aquél, y no éste, el único que puede percibir tales ayudas materiales a la producción o premios, para incluirlos en un programa.

Se desprende, de todo lo anterior, que no es aplicable la interpretación que del artículo 14 del RD 1624/2011 en relación con el 17 LGCA defiende la entidad actora.

Así, y dado que se otorga una prominencia indebida a las meritadas zapatillas, conforme a la definición que de tal concepto indeterminado del artículo 17.3 se contiene en la STS de 17 de noviembre de 2020 (Rec. 7375/2019) a cuyo tenor se prohíbe que el producto 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 , prominencia indebida que ni siquiera se discute en la demanda, ni tampoco el incumplimiento de los demás requisitos que respecto del emplazamiento se regulan en la normativa expuesta (esencialmente la falta de señalización del perceptivo aviso al comienzo y fin del programa) procedente resulta, sin necesidad de mayores consideraciones la desestimación del motivo y, en definitiva, del recurso contencioso administrativo interpuesto.

QUINTO. - A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas procesales a la entidad actora.

Vi stos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A., contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia () de fecha 24 de julio de 2019, resolución que se confirma, con imposición de costas a la entidad actora.

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 art. 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,

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ