



Roj: **SAN 5148/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5148**

Id Cendoj: **28079230012021100506**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2021**

Nº de Recurso: **1831/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EDUARDO MENENDEZ REXACH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN PRIMERA**

**Núm. de Recurso:** 0001831 /2019

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 13188/2019

**Demandante:** MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, SA.

**Procurador:** D. MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ- CARVAJAL

**Letrado:** D<sup>a</sup> LAURA MARÍA FABELO SANTANA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. **EDUARDO MENÉNDEZ REXACH**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. **EDUARDO MENÉNDEZ REXACH**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D<sup>a</sup>. LOURDES SANZ CALVO

D<sup>a</sup>. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a dos de noviembre de dos mil veintiuno.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Mediaset España Comunicación, SA, representada por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal**, contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre sanción por infracción grave de la Ley General de Comunicación Audiovisual. Ha sido Ponente el Presidente de esta Sección Ilmo. Sr. D. **Eduardo Menéndez Rexach**.

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El acto impugnado procede de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y es la Resolución de 24 de julio de 2019.



**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

**TERCERO.-** Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a Derecho.

**CUARTO.-** Contestada la demanda y no habiéndose solicitado recibir el pleito a prueba, una vez finalizada la tramitación, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 14 de octubre de 2021 en el que, efectivamente, se votó y falló.

## II . FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso tiene por objeto la Resolución de 24 de julio de 2019, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), que declara a la demandante, como responsable editorial de canales de TV CUATRO y ENERGY, de la comisión de una infracción administrativa grave, por haber emitido en su canal CUATRO, durante la emisión del programa "First Dates, San Valentín" de 11 de febrero de 2019, emplazamientos de producto de caramelos "SMINT" que incumplen los requisitos establecidos en el artículo 17.3 de la Ley 7/2010 y le impone una multa por importe de 146.926,00 €, de conformidad con lo previsto en el artículo 60.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA).

**SEGUNDO.-** La recurrente solicita que se declare la nulidad de la Resolución impugnada con anulación de la sanción impuesta, por inexistencia de la infracción; subsidiariamente pide que se anule por vulneración de los artículos 25 y 27 de la Ley 40/2015, por vulneración del principio de tipicidad de las infracciones, al no constar acreditada la comisión de la infracción del artículo 17.3 LGCA.

En defensa de su pretensión alega que el emplazamiento no ha condicionado la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual ni ha dado prominencia indebida al producto y el mero hecho de que la marca "Smint" aparezca en un accesorio del programa (contador de besos) no modificó el contenido del programa ni alteró su dinámica habitual; cita la sentencia de esta Sala de 25 de julio de 2019 (R.363/2017) que considera que lo relevante es que el emplazamiento haya sido debidamente señalado, siempre que cumpla los demás requisitos y en este caso ni por duración, ni por tratamiento de la imagen podría considerarse que ha habido una prominencia indebida de la marca; otra interpretación dejaría vacío de contenido el derecho a realizar emplazamientos y convertiría a estos en figuras carentes de valor publicitario para el anunciante. Por otra parte, la resolución vulnera los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones pues la interpretación del art. 17.3 LGCA, que incorpora conceptos jurídicos indeterminados y fundamentaciones imprecisas, exige una concreción suficiente que, en este caso, no se ha cumplido.

**TERCERO.-** La representación de la Administración demandada, por su parte, con remisión a los hechos de la Resolución y cita de diversos preceptos de la Ley General de Comunicación Audiovisual, opone que es correcta la interpretación que realiza la resolución impugnada que tipifica los hechos como constitutivos de infracción y no se aprecia la vulneración del principio de tipicidad y legalidad alegada por la demandante y sin que exista "improvisación" alguna en la redacción de los hechos y su calificación infractora, sin existencia de vulneración jurídica alguna ya que la preeminencia del producto está expuesta y existe una clara exposición ajustada al elemento infractor en su incorporación a la acción de un contador de besos a través de la caja de caramelos; por todo lo cual solicita la desestimación del recurso, con imposición de las costas a la demandante.

**CUARTO.-** Co mo se reconoce expresamente en la demanda, no hay discrepancia con los hechos declarados probados en la Resolución impugnada, que aquí se dan por reproducidos, sino que se propone una interpretación diferente de la ley, en virtud de la cual tales hechos no encajarían en el tipo aplicado, lo que excluiría la existencia de infracción, como se expresa en los argumentos resumidos anteriormente.

El artículo 17 de la Ley General de Comunicación Audiovisual (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 .*

Por su parte el art. 2 apartado 31 de la misma LGCA 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" y lo distingue de la comunicación comercial encubierta, que define en el apartado 32 del mismo artículo 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".

La Resolución impugnada considera que la recurrente ha vulnerado lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 17 de la LGCA en relación con la inclusión de emplazamientos de producto en el programa "First Dates San Valentín" emitido el lunes 11 de febrero de 2019 en el canal "CUATRO", con base en los hechos que declara probados. Tras hacer referencia a las Directivas 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual y a la más reciente Directiva (UE) 2018/1808, que flexibiliza las normas relativas al emplazamiento de producto, recuerda que éste sigue sujeto a determinadas limitaciones, que no han sido respetadas en este caso ya que se interrumpe el transcurso natural del programa para introducir el producto emplazado, se condiciona la independencia editorial y se otorga una prominencia indebida al producto emplazado, detallando a continuación las dos acciones que incurren en esas extralimitaciones en la primera de las cuales se condiciona el contenido editorial al insertar la presentación para introducir el "contador de besos", que no es sino una caja de caramelos gigante de la marca SMINT, de modo que lo que justifica la existencia del contador es precisamente la necesidad de promocionar los caramelos; en la segunda, se vuelve a buscar una ocasión para nuevamente mostrar la caja de caramelos que contiene el contador de besos; ambas guardan una relación inequívoca, según la resolución, con el eslogan de la marca publicitada ("Sin SMINT no hay beso").

En cuanto a la prominencia indebida del producto, consiste en el tratamiento visual que se hace en las partes del programa descritas y el protagonismo del producto emplazado que denota un esfuerzo por destacarlo; así, el conjunto de mensajes publicitarios de SMINT durante el programa refuerza su impacto publicitario y remite al espectador a una asociación prácticamente continua con la marca publicitada, lo que es contrario a la finalidad de esta limitación, mantenida en la Directiva de 2018, que pretende impedir que la presentación



indebida irrumpa en el transcurso de la acción del programa y, además, no compute dentro de los límites cuantitativos de la publicidad.

Finalmente, la resolución dedica un apartado a justificar la cuantía de la sanción, que fija en aplicación de los criterios generales establecidos en el artículo 29 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y 60.4 d) y e) LGCA, y tiene en cuenta la audiencia del programa, su duración, así como la de los emplazamientos, y el posible beneficio económico que haya podido obtener el operador.

**QUINTO.-** La calificación que se hace en la resolución de los hechos probados, no discutidos en la demanda, resulta correcta en cuanto los tipifica como una infracción grave del artículo 58.7, en relación con el 17.3 LGCA y le impone una sanción económica en aplicación del artículo 60.2 de la misma Ley y dentro de los límites señalados por ésta. La Resolución impugnada expone detalladamente las razones que le llevan a tal conclusión tras analizar las normas aplicables, sin que se observe error en su apreciación o infracción de las normas del procedimiento sancionador.

Frente a esta conclusión, las alegaciones de la demandante que pretenden la nulidad de la decisión carecen de fundamento. Así, su pretensión principal de que se considere la inexistencia de la infracción se basa en que se han cumplido todos los requisitos legales que exige el emplazamiento lo que, como se explica en la resolución, no es ajustado a la realidad pues, aunque se haya cumplido alguno de ellos, como por ejemplo la información al público al comienzo y finalización del programa de la existencia del emplazamiento, lo que excluye la comunicación comercial encubierta, existen otros límites señalados por el artículo 17.3 LGCA que deben ser cumplidos, como respetar la independencia editorial y no dar prominencia indebida al producto.

En relación con este último aspecto, el Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 14 de diciembre de 2020 (R. 7375/2019), ha declarado que: «[...] 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 [...]».

Esta sentencia confirma la de esta Sala de 14 de junio de 2019 (R. 419/2017), citada en las conclusiones de la demandante en apoyo de su pretensión. Puesto que en ella se contiene la doctrina del Alto Tribunal sobre el artículo 17.3, habrá que examinar si en los hechos enjuiciados se contienen los elementos del tipo sancionador.

Como dijo la Sala en la sentencia de 25 de julio de 2019 (R. 363/2017), no cabe apreciar prominencia indebida cuando los hechos se insertan de forma natural en la trama formando una parte accesoria del argumento del programa; esa misma consideración se mantiene en la sentencia de 29 de junio de 2021 (R.1830/2019) en la que se afirma también que, conforme a la nueva Directiva (UE) 2018/1808, se viene a sustituir la prohibición anterior del emplazamiento por el principio de permisividad con excepciones, manteniendo los límites de promoción e incitación a la compra de los productos.

En este caso, es posible que la colocación de un contador de besos no sea extraña en un programa (First dates) en una edición especial dedicada al beso con motivo del día de San Valentín, ni afecte a la independencia editorial; lo que no resulta justificado es que ese contador se inserte en una máquina que representa una caja de caramelos SMINT, con la leyenda "Besos by SMINT", de modo que más bien se construye la acción para presentar el contador en la caja de la marca promocionada en los dos momentos del programa de modo que, cuando los participantes se besan accionan el contador insertado en la caja de caramelos, lo que sin duda, como correctamente apreció la resolución, es contrario a la independencia editorial, al ser un elemento ajeno a la acción, forzada por la presentación de la caja de la marca, que se repite en una indebida promoción de ésta.

Así, en este caso cabe concluir que no se han respetado los límites establecidos por el artículo 17.3 LGCA, interpretado conforme a la más reciente doctrina del Tribunal Supremo. La acción sancionada reúne todos los elementos del tipo (emplazamiento de un producto en un programa de entretenimiento, realizado por un operador audiovisual traspasando los límites impuestos por la independencia editorial y dando una prominencia indebida al producto), por lo que no cabe hablar de ausencia de infracción por falta de tipicidad.

En cuanto al principio de proporcionalidad, como antes se ha expuesto, la resolución tiene en cuenta los criterios legales para la imposición de la sanción correspondiente a las infracciones graves (multa de 100.000 a 500.000 euros, conforme al art. 60.2 LGCA), y la fija en una cuantía más próxima al mínimo, en atención a las circunstancias concretas del caso, como son la audiencia media del programa ese día 11 de febrero de 2019



(1.238.000 espectadores) y duración de los emplazamientos indebidos (42 segundos en total) duración que, si bien puede ser escasa en comparación con la duración total del programa, no lo es tanto en relación con cada anuncio publicitario y, finalmente, el potencial beneficio económico que haya podido obtener el operador.

**SEXTO.-** Por todas las razones anteriores procede desestimar el recurso y, en aplicación del art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción imponer las costas a la demandante cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas.

## FALLAMOS

**PRIMERO.-** Desestimar el presente recurso nº **1831/2019** interpuesto por el Procurador Sr. Sánchez-Puelles González-Carvajal, en la representación que ostenta, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia descrita en el primer Fundamento de Derecho, que se confirma por ser conforme a derecho.

**SEGUNDO.-** Imponer a la demandante las costas del recurso.

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

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.