



Roj: **SAN 5064/2010** - ECLI: **ES:AN:2010:5064**

Id Cendoj: **28079230012010100452**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2010**

Nº de Recurso: **561/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a once de noviembre de dos mil diez.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del presente recurso contencioso-

administrativo numero **561/2009**, interpuesto por el procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado, actuando en

nombre y representación de la entidad "Antena 3 de Televisión S.A", contra la resolución de 13 de mayo de 2009 del Secretario

de Estado de Telecomunicaciones y para la sociedad de la información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Ha sido

parte la Administración del Estado, asistida y representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por término de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito presentado el 18 de febrero de 2010 en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso por la que se anule la resolución recurrida y la sanción impuesta y se condene a la Administración a estar y pasar por dicha declaración así como a la devolución de la cuantía de las sanciones que se declaran nulas, más los intereses devengados desde la fecha del pago por parte de la recurrente.

SEGUNDO. La Administración demandada, una vez conferido el tramite pertinente para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

TERCERO. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 3 de noviembre de 2010, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo PONENTE el Magistrado ILMO. SR. D. DIEGO CORDOBA CASTROVERDE.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. El presente recurso tiene por objeto la resolución de 13 de mayo de 2009 del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la sociedad de la información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio por la que se impuso una sanción a Antena 3 Televisión SA por publicidad encubierta, por la presentación de productos y servicios de terceros - bebidas VIVE SOY del Grupo Pascual- con propósito publicitario en un



capítulo de la serie "LA LOLA", emitidos el 15 de octubre de 2008. Se consideró que los hechos constituyen publicidad encubierta, lo que supone vulneración del art. 9.2 de la Ley 25/1994, lo que constituye una infracción grave prevista en el art. 20.2 de la Ley 25/1994 que se sanciona con una multa de 71.083 €.

Los hechos que dieron lugar a esta sanción, según consta en el acta de visionado, eran los siguientes:

En la el programa "La LOLA" emitido por Antena 3 del 15 de octubre de 2008 en la franja horaria 16:04:36 a 16:54:30 se produjo la siguiente escena:

- Lola, personaje protagonista en la serie como directora de una agencia de publicidad, escribe en la pizarra "VIVE SOY" y al mismo tiempo dice "para perder el tiempo mejor le damos la vuelta a otra campaña y a ver si nos vamos inspirando".
- Otro personaje (Tigre) mirando a la pizarra dice: "genial, me encanta la soja, con sus vitaminas, sus minerales, su actividad estrogénica y además sumado al zumo es perfecto".
- Plano de la pizarra en la que pone "VIVE SOY".
- Tres personajes de la serie juegan a las chapas encima de la mesa utilizando como portería varios tetrabriks de Vive soy.
- Lola, con un tetrabrik de Vive Soy, dice "Vive Soy, no dejes para mañana lo que puedas hacer hoy".
- Se ven dos tetrabriks de Vive Soy encima de la mesa.
- Tigre, con un vaso en la mano y dos tetrabriks en la mesa dice "lo que vives hoy te protegerá mañana".
- Primer plano de dos tetrabriks de Vive soy.
- Lola, con un vaso lleno en una mano y un tetrabrik de Vive Soy en la otra dice "Moja, Moja, que es de soja".
- Detrás de 3 tetrabriks de Vive Soy, uno de los personajes con un vaso lleno y diciendo "No lo da una vaca que congoja, lo da una plante y se llama soja".
- El personaje Tigre con el vaso lleno en la mano y 2 tetrabriks encima de la mesa dice "Soja y zumo de frutos, se acabó el pasarlas canutas".
- Escenas en las que se puede ver a los tres personajes con varios tetrabriks de Vive soy sobre la mesa.
- Los tres personajes están alrededor de una mesa en la que hay varios tetrabriks de Vive Soy; Lola cogiendo uno en la mano dice "Vive soy..ah..ah...", y más locuciones verbales como "Soja, soja, soja, me gusta la Pantoja", "Con la soja a la pata coja"; "Si bien soy lo que soy es porque bebo Vive soy" al mismo tiempo primeros planos de tetrabriks de Vive Soy.

SEGUNDO. El recurrente alega en apoyo de su pretensión que:

1º No existe infracción sancionable, pues la conducta realizada no puede considerarse "publicidad" ni mucho menos "publicidad encubierta" a tenor lo dispuesto en los apartados c) y d) del art. 3 de la Ley 25/1994, ya que no existe un mensaje emitido mediante contraprestación y por encargo de tercero, ni existe propósito publicitario, ni se induce al telespectador a confusión. La conducta estaría amparada como "emplazamiento de productos", que permite utilizar productos y marcas en el decorado o atrezzo lógico que sean necesarios para la escena, y que ha sido admitida como lícita en la actual ley 7/2010 de 21 de marzo, General de comunicación audiovisual.

La trama de la serie de televisión "LA LOLA" se desarrolla principalmente en una agencia de publicidad, lo que conlleva la aparición de numerosas marcas, productos y bienes que forman parte de la realidad que se pretende emular, lo contrario limitaría la libertad de creación de las productoras y de los guionistas de series se vería muy limitado.

2º No se ha infringido tipo alguno, pues los hechos no son encuadrables en la definición de publicidad contenida en el art. 3.c) de la Ley 25/1994 al no existir contraprestación ni encargo de tercero.

3º Vulneración del principio de proporcionalidad por el importe de la sanción impuesta, dado que ni se han individualizado las infracciones y sanciones que se imputan ni se han tomado en consideración que la conducta no tiene la consideración de grave en la actualidad y a nivel europeo, no ha tenido ninguna repercusión social, duró minuto y medio y ningún beneficio obtuvo la recurrente por los hechos.

TERCERO. El art. 9 2 de la Ley 25/1994 de 12 de julio, modificada por la Ley 22/99, de 7 de junio, establece que "quedan prohibidas la publicidad y la televenta encubiertas" y el art. 20. 2 de esta misma norma considera "infracción grave, la contravención de las obligaciones y prohibiciones establecidas en los arts. 5, 6, 8 a 16, 17.2 y 3, 18, 19.3 y en la disposición adicional quinta de esta Ley".



El primer motivo de impugnación aparece referido a la inexistencia de infracción, al negar que la conducta enjuiciada pueda catalogarse de "publicidad" ni de "publicidad encubierta", pues no existe contraprestación alguna, ni propósito publicitario, ni intención de inducir a error al espectador.

A tal efecto, ha de señalarse que el artículo 3.c) de la Ley 25/1994 afirma que se entenderá por publicidad por televisión "cualquier forma de mensaje televisado emitido, mediante contraprestación y por encargo de una persona física o jurídica, pública o privada, en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover la contratación de bienes muebles o inmuebles o de servicios de cualquier tipo.

.....También se considerará publicidad, cualquier forma de mensaje emitido por cuenta de terceros para promover determinadas actitudes o comportamientos entre los telespectadores".

Y el art. 3.d) de esta norma entiende por publicidad encubierta "aquella forma de publicidad que suponga la presentación verbal, visual o sonora, dentro de los programas, de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza". Seguidamente el mismo precepto señala que "En particular, la presentación de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, las actividades o los elementos comerciales propios de un tercero se considerará intencionada y, por consiguiente, tendrá el carácter de publicidad encubierta, si se hiciese a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta".

Los hechos descritos en el expediente administrativo y que han sido recogidos en el primer fundamento de esta resolución han de contextualizarse en las relaciones comerciales existentes entre Antena 3 y el grupo Pascual. En tal sentido, en el expediente queda acreditada la estrecha vinculación de la entidad Antena 3 con el grupo Pascual, en su condición de patrocinador publicitario de dicha cadena, y en especial, por lo que ahora nos interesa, con la serie "La Lola", pues dicho grupo empresarial había patrocinado el producto "Vive soy" desde el 15 de septiembre de 2008 hasta el 19 de octubre de 2008 y, en concreto, patrocinó varios capítulos de esta serie. Por otra parte, en la página web del grupo Pascual, cuyo contenido se refleja en el expediente, se comprueba que dicha compañía incluso realizaba un concurso sobre los conocimientos que los concursantes tenían del contenido de dicha serie con la campaña "Demuestra cuánto sabes sobre "La Lola" en el que se podían ganar 200 € respondiendo a dos preguntas sobre la serie de televisión "La Lola".

Y es en este contexto en el que ha de situarse la escena antes transcrita de la serie "La Lola". A juicio de este Tribunal, esta escena tiene una clara intención de publicitar el citado producto, pues el hecho de recrear una imagen real del proceso de creación de una agencia de publicidad no exige la utilización de un producto o marca real, que además ha patrocinado esa misma serie, pues hubiese bastado con la utilización de un producto o marca ficticia o inventada, sin que el mensaje y el propósito perseguido con esta escena perdiera fuerza o credibilidad. No se trató de la mera utilización ocasional de un producto en el contexto de un capítulo de la serie sino, por el contrario, se perseguía promocionar un producto real, haciendo continuas referencias a su nombre real, con sus mismas características (zumo de frutas con soja), se utilizó para la escena el envoltorio real de este mismo producto, y los personajes se recreaban con continuos intentos de volver al nombre del producto y a sus características fundamentales mostrando los envases en diferentes momentos.

En otras sentencias de este Tribunal, relativas también a publicidad encubierta, hemos tenido ocasión de señalar que el artículo 3.d) de la Ley 25/94, contiene en su párrafo segundo un subtipo, llamémosle así, que considera "intencionada" la presentación de bienes, servicios, nombre, marca o actividades si media remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta. De modo que la cuestión a solventar radica, no en si hubo o no hubo contraprestación por la aparición del visionado, sino en si hubo o no hubo intención y propósito publicitario por parte del operador de televisión, que además pudiera haber inducido a error al público, supuesto recogido en el párrafo primero del artículo 3.d) de la Ley 25/94. Y este tribunal entiende que sí lo hubo atendiendo: al contenido del mensaje, la reiteración en la promoción y exhibición del producto y la innecesariedad para la escena. Al margen de que no puede entenderse que no existe ningún tipo de remuneración, ("cualquiera que sea la naturaleza de esta"), cuando la empresa propietaria del producto o servicio mantiene estrechas relaciones comerciales de patrocinio publicitario, precisamente en relación con dicho producto, con la empresa

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



Es por ello que este Tribunal considera que la escena descrita puede considerarse una publicidad encubierta del citado producto y, por ende, comprendida en el art. 9.2 de la Ley 25/1994 de 12 de julio, como una conducta prohibida que aparece tipificada en el art. 20. 2 de dicha norma.

CUARTO. En íntima conexión con el motivo anterior, se aduce por la parte recurrente que la actuación descrita no puede considerarse publicidad sino que debe catalogarse como «emplazamiento de producto», categoría contemplada como una vía de financiación de la industria audiovisual por la Directiva 2007/65 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, (por la que se modificó la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989), y que ha sido contemplada en el art. 17.2 de la reciente Ley 7/2010 de 31 de marzo General de Comunicación Audiovisual como derecho del operador, norma que sería aplicable retroactivamente al supuesto que nos ocupa al tratarse de una norma más favorable que destipifica este comportamiento.

La Directiva 2007/65 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificó la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, define el "emplazamiento de producto" como «toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar»(art. 1). Y el art. 2 apartado 31 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual lo define en términos muy similares como "Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa". Por el contrario, y en contraposición con este "derecho al emplazamiento del producto" esta misma norma define la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta (lo que antes se denominaba publicidad encubierta) como "La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio".

Tal y como acertadamente ha señalado la SAN, Sala contencioso-administrativo, Sección 8, de 23 de Marzo del 2009 (rec. 1500/2007) "La diferencia entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la mera presentación ("asentamiento" o "emplazamiento") del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el "asentamiento" la aparición del producto o servicio de que se trate es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional o apologetica.

Tal finalidad promocional, verdadero elemento subjetivo de la conducta (que además el Tribunal considera probada en el presente caso, tras un análisis detallado de los contenidos de los programas), es la que está también presente en la definición en el artículo 3.d («que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario») de la Ley 25/1994, de 12 de julio. En el caso de la publicidad "encubierta" esa misma promoción no se hace además de una manera explícita, clara o abierta, sino oculta; ocultación que por sí misma entraña riesgo para los consumidores de provocar su error, a través del estímulo, no consciente, al consumo del producto. También la definición contenida en el artículo 3.d) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, contiene dentro de sí ese factor de ocultación inherente al carácter encubierto de esta forma de publicidad".

La mera presencia de un producto o un cartel en una película o en una serie de televisión formando parte del decorado, o la mención circunstancial de un producto en una escena ha de distinguirse claramente del intento de utilizar una escena, como es el caso que nos ocupa, para promocionar un producto determinado con un mensaje reiterado e insistente, tanto verbal como visual, utilizando el soporte de una escena como mera excusa para realizar una promoción encubierta de un producto determinado que ha patrocinado esa misma serie y que guarda una estrecha relación comercial con la misma y con la empresa que lo produce y emite. No nos encontramos, por tanto, ante el mero emplazamiento de un producto en una escena o decorado por lo que ninguna influencia tiene a los efectos de la infracción que nos ocupa el hecho de que la nueva Ley 7/2010 contemple el derecho al emplazamiento del producto, dado que la conducta sancionada no puede quedar comprendida en este concepto.

Descartado, pues, que nos encontremos ante un supuesto de "emplazamiento de un producto" ninguna virtualidad jurídica tiene la alegada aplicación retroactiva de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual que también considera prohibida (art. 18.2) la publicidad encubierta y tipifica como infracción grave (art. 58) la emisión de comunicaciones comerciales encubiertas, infracciones que pueden ser



sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva, de cuantía superior a la impuesta.

QUINTO. Se aduce, por último, la vulneración del principio de proporcionalidad, al considerar excesivo el importe de la sanción impuesta, dado que ni se han individualizado las infracciones y sanciones que se imputan ni se han tomado en consideración que la conducta no tiene la consideración de grave en la actualidad a nivel europeo, no ha tenido ninguna repercusión social, duró minuto y medio y ningún beneficio obtuvo la recurrente por los hechos.

Tal alegación ha de ser rechazada. Las infracciones graves, como la que nos ocupa, según dispone el art. 20 de la Ley 25/1994 de 12 de julio modificada por la Ley 22/99, de 7 de junio, pueden ser sancionadas con multa de hasta 50.000.000 de pesetas (el equivalente a 300.506 €) por lo que la sanción impuesta se encuentra el tercio inferior de la cuantía que podría haberse impuesto. La conducta y la infracción cometida ha quedado plenamente individualizada y, según se desprende de la propia resolución administrativa, se ha tomado en consideración para graduar el importe de la sanción los criterios fijados en el art. 131.3 de la Ley 30/1992 y art. 20.3 de la Ley 25/1994, en especial la "intención publicitaria, la repercusión social en función de la franja horaria de emisión, la audiencia obtenida, la duración de la publicidad y el beneficio obtenido.

Debe destacarse, al respecto, que la empresa tenía el control del hecho en la presentación de la serie proyectada en su cadena, de manera que la infracción por presentación de publicidad encubierta le resulta aplicable en calidad de sujeto responsable; esa misma serie había sido patrocinada por este producto y mantenían estrechas relaciones comerciales tal y como ha quedado expuesto; la escena se emitió en una franja horaria (16:04:36 a 16:54:30) de gran audiencia; la propia empresa reconoce que la presentación de productos (aunque lo intenta encuadrar como el derecho de emplazamiento) es un mecanismo de financiación por lo pudo beneficiarse de un producto a un precio menor que, en fin, emitió en su cadena plenamente consciente de sus contenidos y de las ventajas económicas de la operación. La existencia de un efectivo perjuicio al espectador, resulta inherente a la capacidad de inducir a error en el consumidor que la publicidad encubierta conlleva. Factores, todos ellos, que no permiten entender desproporcionada la sanción impuesta.

SEXTO. A los efectos previstos en el art. 139 de la Ley reguladora de esta jurisdicción en materia de costas procesales, no se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

QUE PROCEDE DESESTIMAR

el recurso interpuesto por la entidad "Antena 3 de Televisión S.A", contra la resolución de 13 de mayo de 2009 del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la sociedad de la información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, sin hacer expresa condena en costas.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

EL SECRETARIO JUDICIAL