

JURISPRUDENCIA

Comentarios monográficos

**Notas de jurisprudencia
contencioso-administrativa**

**Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de
Derechos Humanos**

**Notas de jurisprudencia de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos**

HECHOS Y APLICACIÓN DE NORMAS EN LA APRECIACIÓN DE PROMINENCIA INDEBIDA EN EL EMPLAZAMIENTO DE PRODUCTO. A PROPÓSITO DE LA STS 1733/2020, DE 14 DE DICIEMBRE

FRANCESC J. RODRÍGUEZ PONTÓN
Universitat de Barcelona

Cómo citar/Citation

Rodríguez Pontón, F. J. (2021).

Hechos y aplicación de normas en la apreciación de prominencia indebida en el emplazamiento de producto. A propósito de la STS 1733/2020, de 14 de diciembre.

Revista de Administración Pública, 215, 145-178.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.215.05>

Resumen

Este comentario examina una reciente sentencia del Tribunal Supremo que resuelve un recurso de casación sobre sanciones por infracción en materia de comunicación comercial audiovisual, concretamente por existencia de prominencia indebida en emplazamiento de producto. El comentario destaca los antecedentes más relevantes y su contexto normativo. El análisis se lleva a cabo con la finalidad de ilustrar diversos problemas de fondo que dan lugar a algunas consideraciones críticas. Estas consideraciones se refieren a los siguientes temas: las consecuencias del carácter sancionador de la resolución; la apreciación de los hechos y la aplicación de los conceptos indeterminados por parte de la autoridad reguladora, el valor jurídico del *soft law* y el alcance del control judicial.

Palabras clave

Comunicación comercial audiovisual; emplazamiento de producto; autoridad reguladora; apreciación de hechos; control judicial.

Abstract

This paper examines a recent Supreme Court judgment that decides an appeal about sanctions for infringement in the field of audiovisual commercial communication, specifically for undue prominence in the product placement. The commentary highlights the case background and its legal context. The analysis is carried out in order to illustrate various underlying problems that give rise to some critical considerations. These considerations refer to the following topics: the consequences of the sanctioning nature of the decision; the assessment of the facts and the application of indeterminate concepts by the regulatory body, the legal value of soft law and the scope of judicial control.

Keywords

Audiovisual commercial communication; product placement; regulatory body; assessment of facts; judicial control.

SUMARIO

I. OBJETO, CONTEXTO Y PROPÓSITO DEL PRESENTE COMENTARIO. II. EL MARCO NORMATIVO. ESPECIAL REFERENCIA AL ACUERDO ADOPTADO EN 2014 POR LA CNMC Y SU SENTIDO. III. EL RECORRIDO DEL ASUNTO. ESPECIAL REFERENCIA A LA APRECIACIÓN DE LOS HECHOS: 1. La Resolución de la CNMC: apreciación de los hechos e imposición de sanción. 2. La sentencia de la Audiencia Nacional: estimación del recurso contencioso-administrativo. 3. La sentencia del Tribunal Supremo: el alcance del control judicial. IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE DETERMINADAS CUESTIONES DE FONDO PLANTEADAS POR LA SENTENCIA: 1. Un aspecto previo a precisar: la ulterior evolución normativa europea del tema. 2. El carácter sancionador de la decisión: ¿un «tema pantalla», una vez más? 3. Los conceptos jurídicos indeterminados necesitados de criterios interpretativos y la relevancia de la función de las autoridades reguladoras. 4. El valor jurídico diverso y diferenciable de los instrumentos de *soft law*. V. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE EL ALCANCE DE LA SENTENCIA.

I. OBJETO, CONTEXTO Y PROPÓSITO DEL PRESENTE COMENTARIO

El Tribunal Supremo ha dictado recientemente una sentencia, la STS 1733/2020, de 14 de diciembre (rec. 7375/2019; ponente, Perelló Doménech), sobre una cuestión jurídicamente sensible en cuanto a que obliga a ajustar varias piezas conceptuales que se hallan en buena parte en el núcleo duro del derecho administrativo, en tanto que derecho dirigido a la racionalización de la toma de decisiones y a su control, todo ello con la debida ponderación del valor aportado por las diferentes instituciones que intervienen en estos procesos de decisión y de control. El mismo tenor del planteamiento de la cuestión de interés casacional que en ella se formula pone de manifiesto la presencia de un concepto típico de las explicaciones de la parte general de nuestra disciplina:

Declarar que la cuestión planteada en el recurso 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 [Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual] 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 (RJ 4 del ATS de 28 de febrero de 2020, rec. 7375/2019 —ponente, Román García—).

El caso puede tener valor paradigmático para poner sobre la mesa la actual relevancia de la determinación de los hechos por parte de instituciones caracterizadas por su conocimiento y experiencia, su correspondiente aplicación en base a la formación de criterios y las dudas que ello debe introducir en un control sustitutivo de los jueces y tribunales.

El objeto de la controversia partía de una sanción administrativa impuesta por la CNMC a «ATRESMEDIA» por haber realizado emplazamientos de productos incumpliendo las condiciones previstas en el art. 17.3 de la LGCA, en relación con una serie de productos en unos espacios televisivos de decoración y bricolaje. De lo que se trataba era, en síntesis, de resolver si la sanción impuesta era respetuosa con los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, confianza legítima, seguridad jurídica y proporcionalidad; pero todo ello específicamente desde el prisma de la aplicación de una serie de conceptos indeterminados, sometidos a apreciaciones valorativas e interpretaciones en manos de la autoridad independiente correspondiente, en este caso la CNMC, y en particular sobre la noción de «prominencia indebida» en el marco de la técnica del «emplazamiento de productos» legalmente prevista. El punto de interés para nuestro enfoque es justamente el que tiene que ver con esas apreciaciones, por su condición, por quién las realiza, por cómo las realiza y por cómo se controla en derecho su aplicación por parte de los tribunales de justicia.

Este tipo de cuestiones se plantea en este caso en un ámbito relativamente novedoso para la jurisprudencia (en consonancia con la necesidad de resolver la cuestión de interés casacional¹) y de una presencia fáctica muy «visible», como resulta ser el del sector audiovisual, y particularmente reciente en la regulación relativa al emplazamiento de producto, como veremos². Escapa a las posibilidades de este comentario llevar a cabo un análisis centrado en los aspectos técnicos propios de este sector; pero creemos que el caso puede aportar una perspectiva general útil en el contexto de una problemática jurídica de gran trascendencia en el contexto económico y social actual.

¹ En los últimos años se vienen produciendo sentencias que resuelven cuestiones de interés casacional con la necesidad de aclarar diversos términos de la regulación audiovisual, como la autopromoción, la publicidad encubierta o los patrocinios. Pueden verse, por ejemplo, las sentencias del TS 1570/2018, de 18 de octubre; 1573/2018, de 31 de octubre y 1605/2018, de 8 de noviembre.

² Puede verse una exposición sintética de cómo aparece en nuestro ordenamiento de manera explícita la regulación del emplazamiento de producto en S. Vilajoana Alejandro (2014), «El derecho a emitir publicidad: límites de la publicidad emitida por prestadores de servicios de comunicación audiovisual», en A. Boix Palop y J. M. Vidal Beltrán (coords.), *La nueva regulación del audiovisual: medios, derechos y libertades*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 240-242.

Este comentario se propone también abordar los interrogantes básicos que plantea la sentencia aludida en línea directa con algunas de las preguntas, cuestiones y conclusiones que se han formulado en una reciente publicación alrededor de la idea de la deferencia judicial en torno a las decisiones de instituciones u órganos administrativos caracterizados institucionalmente por su cualificación y criterio independiente a la hora de decidir en determinados ámbitos sensibles, con un abundante análisis jurisprudencial español y europeo³.

Se mantenía en la formulación de dicho proyecto que, a diversos niveles y con diversos matices, existen razones y argumentos jurídicos serios para pensar que en la jurisprudencia se produce, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo —incluyendo en el análisis el sector audiovisual—, la deferencia indicada; pero también para poner de relieve que su presencia o argumentación no resultan a menudo explícitas ni simétricas. Se partía de la hipótesis de que una normativa a menudo parca en programación se corresponde con especiales requerimientos o garantías procedimentales y organizativas de las autoridades que la deben aplicar, y que ello debería comportar una revisión judicial no indiferente a los diseños institucionales que tienen lugar en los sectores analizados, sectores relativos a la regulación económica, a las telecomunicaciones, a la protección de datos, a la selección de personal y a la contratación pública y en general a los ámbitos en los que corresponde tomar decisiones a las autoridades reguladoras independientes. Bien es cierto, como decimos, que dicha implicación relativa a la intensidad judicial del control se revelaba no uniforme, muchas veces no explícita, y muy a menudo asimétrica, particularmente en relación con el dato de las características organizativas como tales —composición, cualificación, profesionalización, independencia—⁴ de las instituciones administrativas objeto de un amplio análisis jurisprudencial resultante de la impugnación ante los tribunales de justicia de sus decisiones.

Puesto que, de determinación de hechos, de apreciaciones, de aplicación y de interpretación (y de su posterior control judicial) estamos hablando, por parte de una autoridad reguladora independiente de determinada normativa que disciplina la actuación de unos actores en el ámbito audiovisual, lo primero que habrá que hacer es situar con claridad el marco normativo.

II. EL MARCO NORMATIVO. ESPECIAL REFERENCIA AL ACUERDO ADOPTADO EN 2014 POR LA CNMC Y SU SENTIDO

³ E. Malaret i Garcia (dir.) (2019), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. En dicha obra colectiva se presentan diversas aproximaciones y variados análisis que hacen un recorrido por los ámbitos mencionados en el texto.

⁴ Se puede ver en particular la explicación de Malaret i Garcia en el capítulo primero de dicha obra colectiva.

Hagamos, pues, un recordatorio y unas consideraciones sobre los términos de dicho marco normativo, en lo que se refiere específicamente a las condiciones del emplazamiento de producto, para aclarar lo mejor posible las premisas del asunto y también sobre todo para subrayar algunos elementos de contexto que creemos que luego no podrán resultar indiferentes al comentario de este caso.

En primer lugar, vamos a hacer mención a la normativa de derecho derivado de la Unión que trata el tema, con una precisión previa: nos vamos a referir ahora a la normativa europea tal como existía en el momento de producirse los hechos. Decimos esto porque en dicho marco normativo ha habido cambios posteriores que podrían incidir de manera más o menos sustancial, pero ello lo trataremos más adelante. Lo que se expone en las siguientes líneas, pues, se corresponde con la directiva europea vigente en el momento de los hechos.

La Directiva 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 (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), define y contextualiza el margen normativo europeo en el que se acepta este tipo de técnica⁵.

⁵ Así, en el considerando 81 del preámbulo, para empezar, se señala algo relevante desde la perspectiva del contexto vinculado con los límites; pero también de los márgenes de flexibilidad en cuanto a esta forma de comunicación comercial audiovisual: «[...] la regulación debe permitir un cierto grado de flexibilidad con respecto a la radiodifusión televisiva. El principio de separación debe limitarse a la publicidad televisiva y la televenta, mientras que procede permitir el emplazamiento de producto en determinadas circunstancias, a menos que un Estado miembro decida otra cosa. No obstante, se debe prohibir el emplazamiento de producto cuando se realiza de manera encubierta. El principio de separación no debe impedir el uso de las nuevas técnicas de publicidad».

Luego, en su párrafo 90, se precisa la línea que demarca la publicidad encubierta en relación con el emplazamiento de producto: «La comunicación audiovisual con fines comerciales encubiertos es una práctica que prohíbe la presente Directiva, por su efecto negativo sobre los consumidores. La prohibición de la comunicación audiovisual con fines comerciales encubiertos no debe afectar al emplazamiento legítimo de productos en el marco de la presente Directiva, siempre que se informe adecuadamente al espectador de dicho emplazamiento, condición que puede cumplirse señalando el hecho de que en un determinado programa hay emplazamiento de producto, por ejemplo, mediante un logotipo neutro.»

Y en los párrafos 92 y 93 se realizan importantes acotaciones que tienen que ver con la definición del emplazamiento de producto y con los términos de su aceptación legal:

“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. Los Estados miembros deben tener la posibilidad de optar por no acogerse a dichas excepciones, parcialmente o en su totalidad, por ejemplo al autorizar el emplazamiento de producto únicamente en programas que no se hayan producido exclusivamente en dicho Estado miembro.

A partir de aquí, la directiva define a sus efectos «emplazamiento de producto», en línea con lo ya indicado⁶, y prescribe las concretas condiciones en que se admite el mismo⁷.

Por su parte, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), en su art. 2.31, define el emplazamiento de producto en la línea ya indicada y en su art. 17 (en la redacción resultante de la modificación efectuada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, Ley General de Telecomunicaciones) establece aspectos relevantes del mismo⁸.

Además, deben prohibirse el patrocinio y el emplazamiento de producto cuando influyan en el contenido de los programas de manera que se vea afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación. Este será el caso en lo que se refiere a la colocación de temas.

⁶ Art. 1.m: «emplazamiento de producto»: 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».

⁷ En lo que más nos interesa, el art. 11 establece:

«[...] 2. Queda prohibido el emplazamiento de producto.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, el emplazamiento de producto será admisible, a menos que un Estado miembro decida otra cosa, en los siguientes casos:

- a) obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento;
- b) los casos en que no se produce ningún pago, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa.

La excepción indicada en la letra a) no se aplicará a los programas infantiles.

Los programas que contengan emplazamiento de producto observarán, al menos, todos los requisitos siguientes:

- a) bajo ninguna circunstancia se podrá influir en su contenido y, en el caso de las radiodifusiones televisivas, en su horario de programación de manera que se vea afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación;
- b) no incitarán directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular mediante referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios;
- c) no darán una prominencia indebida a los productos de que se trate;
- d) los espectadores deberán ser claramente informados de la existencia emplazamiento de producto. Los programas que contengan emplazamiento de producto deberán estar debidamente identificados al principio y al final del programa, así como cuando el programa se reanude tras una pausa publicitaria, con el fin de evitar toda confusión al espectador [...].»

⁸ «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 premi-

A nivel reglamentario hay que tener presente el 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, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, especialmente su art. 14, añadido por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero⁹.

Finalmente, como hemos dicho, hay que añadir, aspecto importante en este caso, el Acuerdo de la CNMC de 17 de septiembre de 2014, por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia

os, 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.»

⁹ Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, aprobado por el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre. En su preámbulo se dice que «se regula el emplazamiento de productos, todo ello con la finalidad de proporcionar mayor seguridad jurídica a los agentes implicados». Dicho art. 14 establece:

«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.»

de publicidad y autopromoción televisivas¹⁰. Vamos ahora a indicar los aspectos que creemos de mayor relevancia, y más conectados con el caso de la sentencia a comentar, en lo que se refiere a la aportación sustantiva de este acuerdo, en lo que implica de mayor profundidad en los planteamientos pertinentes a efectos de definir con precisión en qué términos cabe contemplar el emplazamiento de productos.

En primer lugar, se señala en este acuerdo, en relación concretamente con el emplazamiento de producto (luego aludiremos a otras referencias generales que también creemos pertinentes), que:

El emplazamiento de producto está sujeto a unas condiciones cuyo incumplimiento, por su relevancia y por las características propias del emplazamiento, al figurar dentro de los programas, determina la comisión de una infracción administrativa.

Dos aspectos creemos que vale la pena destacar aquí. El primero, la relevancia de las condiciones en que se contempla el emplazamiento de producto (en línea con el especial rigor a observar que remarca el documento), relevancia que tiene que ver con la caracterización intrínseca de esta actividad de comunicación comercial audiovisual. El segundo, la conexión directa entre dicho rigor y relevancia, con su traducción en términos sancionadores. Luego volveremos sobre ello. Dichas infracciones, de carácter grave, tienen que ver, o bien con el incumplimiento de dichas condiciones, sobre las que enseguida volveremos (apdo. 7º del art. 58 LGCA) o bien con incurrir en comunicación comercial encubierta (apdo. 8º del mismo precepto). En nuestro caso, como veremos, la atención se centra en el primer supuesto, ya que no se cuestiona el tema de la información al público y que por tanto se hubiera podido incurrir en publicidad encubierta (también queda el supuesto al margen del requisito relativo a no producirse el emplazamiento en programación infantil, que no es el caso).

En segundo lugar, el acuerdo se adentra en la explicación, desarrollo, interpretación o ejemplificación de las condiciones legalmente indicadas (art. 11 de la Directiva, art. 17 LGCA)¹¹.

¹⁰ Referencia: INF/DTSA/1356/14/CRITERIOS PUBLICIDAD

¹¹ Lo hace del siguiente modo: «El emplazamiento de producto no puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual, es decir, no debe influir en el contenido *o en el guion 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)*» (las cursivas son nuestras).

Vemos que, de forma breve, el acuerdo perfila, puntualiza, ejemplifica, de un modo que podemos caracterizar de «en línea directa» (puesto que se retoma en cada punto la redacción de la directiva y de la ley) con los textos legales.

A todo ello debemos añadir, como habíamos anticipado, otras dos menciones más, contenidas en el acuerdo, que realizan afirmaciones relevantes desde la perspectiva del contexto.

En primer lugar, una referencia de contexto que tiene que ver con la regulación legal de la publicidad y su vinculación con el factor tiempo, y que se halla al principio de todo del acuerdo, no en la parte específica dedicada al emplazamiento de producto¹².

Dicha apreciación lleva de manera directa a la formulación del acuerdo¹³, a lo que habría que añadir que el mismo no deja de referirse explícitamente a los intereses a los que responde la regulación en juego¹⁴.

Debemos destacar lo siguiente, respecto a los contenidos señalados del acuerdo:

No es un capricho la referencia a la importancia de las condiciones previstas por la normativa europea e interna en materia de comunicación comercial audiovisual, ni lo es la apelación a un especial rigor o carácter escrupuloso a observar en su aplicación. Ello resulta del encuadre de los intereses en juego en este sector¹⁵, pero

¹² «La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual [...] amplió el tiempo total permitido a la publicidad por normas anteriores. A los 17 minutos por hora de reloj (tiempo máximo que podría durar en la anterior legislación la publicidad y las autopromociones), la LGCA permite además incorporar las telepromociones (3 minutos máximo) y los segundos dedicados a las menciones al patrocinio de los programas. En total, un máximo de 20 minutos por hora en los distintos formatos (más los segundos de patrocinio si lo hubiera). *Este incremento de los tiempos de publicidad anteriormente permitidos, obliga a un cumplimiento muy escrupuloso de la normativa para proteger los derechos de los telespectadores*» (las cursivas son nuestras).

¹³ «Se considera, por tanto, *conveniente aprobar* el siguiente Acuerdo *sobre la forma y condiciones* en las que se han de producir las emisiones de comunicaciones comerciales y la autopromoción, *y sobre su contenido*» (las cursivas son nuestras).

¹⁴ «La regulación de la comunicación comercial televisiva es de suma importancia, tanto para los prestadores del servicio como para los telespectadores pues, además de reconocer el derecho de los prestadores del servicio a realizar comunicaciones comerciales, también se debe concebir como instrumento de protección del telespectador frente a la saturación, la emisión de publicidad prohibida o la difusión de mensajes promocionales y publicitarios que induzcan a error en cuanto a su naturaleza.»

¹⁵ En este sentido no deja de ser pertinente recordar que en el considerando 41 del preámbulo de la directiva de 2010 se hace referencia a que: «Los Estados miembros deben poder aplicar normas más estrictas o detalladas en los ámbitos coordinados por la presente Directiva a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción, siempre que estas normas sean conformes con los principios generales del Derecho de la Unión», y en

no solamente eso, sino de los cambios concretos experimentados en la normativa en la línea de haber hecho posible un aumento del tiempo total posible de publicidad, y que el acuerdo hemos visto que explícitamente incorpora.

En segundo lugar, el acuerdo, en la parte final del apartado específico relativo al emplazamiento de producto, apela a un elemento social de contexto que de nuevo apela al rigor contextualizado¹⁶.

Una autoridad reguladora independiente, para ello diseñada y configurada, que advierte explícitamente sobre estos elementos contextuales, no puede dejar de tenerlos en cuenta en su actividad. Volveremos sobre ello y sobre sus implicaciones.

El siguiente paso será comprobar en qué términos se produjeron las decisiones y apreciaciones que desembocan ahora en la sentencia del Tribunal Supremo.

III. EL RECORRIDO DEL ASUNTO. ESPECIAL REFERENCIA A LA APRECIACIÓN DE LOS HECHOS

Por razones que en este caso están imbricadas con el fondo del tema —dada la centralidad de la discusión sobre los hechos, su interpretación y su aplicación por parte de las instituciones— hemos de empezar haciendo referencia a los episodios que fueron jalonando la situación resuelta por el TS desde el principio. Es muy relevante caracterizar el modo en que se producen los razonamientos en cada caso, como intentaremos mostrar a continuación.

1. LA RESOLUCIÓN DE LA CNMC: APRECIACIÓN DE LOS HECHOS E IMPOSICIÓN DE SANCIÓN

En particular, resulta muy conveniente referirse al contenido y al modo de pronunciarse de la resolución sancionadora de la CNMC, la resolución del procedimiento sancionador incoado a «ATRESMEDIA corporación de medios de comunicación, S.A.» por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el art.

este contexto se recuerda que: «[e]l concepto de normas de interés público general ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado CE (actualmente los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) e incluye, entre otras cosas, normas sobre la protección de consumidores, la protección de menores y la política cultural».

¹⁶ «Debemos recordar que el emplazamiento de producto ha sido una de las modalidades publicitarias que a lo largo de los años ha provocado un debate social más intenso. El hecho de que la LGCA haya legalizado su uso, cumpliendo determinados requisitos, exige un especial rigor en el cumplimiento de las condiciones impuestas a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que lo utilicen.»

17.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, de 21 de junio de 2017¹⁷, cuyo relato parte de la comprobación de los contenidos de las emisiones de un programa de decoración y bricolaje en el hogar en las que tuvieron lugar las conductas discutidas. En efecto, la detallada resolución, de 35 páginas de extensión, después de dedicar un amplio espacio a recoger las alegaciones al acuerdo de incoación y las alegaciones en trámite de audiencia (con ampliación de plazo incluido en ambos casos), desarrolla extensamente el núcleo de los hechos vinculado a la imposición de la sanción en el apartado de «hechos probados». En este apartado, el texto de la resolución de la CNMC aporta con sumo detalle (el dato de la hora exacta, el concreto espacio y demás elementos pertinentes en su desarrollo, incluyendo instantáneas correspondientes a los momentos más significativos de los espacios en los que se produjeron los hechos) las expresiones vertidas por los participantes en dichos espacios que constituyen, en apreciación de la CNMC, el incumplimiento de los requisitos del emplazamiento del producto. A partir de esta aportación de los extractos de visionado, se incorporan también los datos de las audiencias medias, presentes en el expediente.

Vienen, a continuación, los fundamentos jurídicos. En ellos, en lo que ahora más nos interesa, se empieza por hacer un repaso de la normativa europea e interna que recoge la tipificación de los hechos en el marco de la técnica del emplazamiento de producto. Se introduce el contexto de la directiva europea en la materia; se indica con detalle el contenido de la LGCA, se hace referencia a su desarrollo reglamentario y, sobre todo, se recuerda el acuerdo de la propia CNMC de 2014. De todo ello ya hemos dado cuenta en el apartado anterior de este comentario.

Lo que más nos interesa remarcar aquí, ahora, son dos cosas.

La primera es que, tras recordar el tenor literal del acuerdo, al que ya nos referimos antes, la resolución de la CNMC indica como punto de partida lo siguiente:

Así pues, en los casos antes indicados pero en los que sí se informa al público de que el programa contiene emplazamiento de productos o servicios, está permitida esta forma de publicidad televisiva *siempre y cuando se cumplan rigurosamente*¹⁸ *todos los siguientes requisitos cuyo incumplimiento podría suponer el incumplimiento del artículo 17 de la LGCA*, resultando constitutivo de la infracción grave tipificada en el artículo 58.7 de la LGCA en lugar de la infracción prevista en el apartado 8 del mismo artículo (a continuación se mencionan los requisitos que ya conocemos) (las cursivas son nuestras).

¹⁷ Referencia: SNC/DTSA/006/17/ATRESMEDIA.

¹⁸ En este punto, el texto de la resolución, en nota a pie de página, transcribe el último párrafo del apartado dedicado al emplazamiento de producto del acuerdo de 2014, que ya hemos mencionado y comentado.

El rigor, una vez más, como punto de partida y como contexto ineludible, y que ineludiblemente se proyectará sobre la actividad sancionadora.

La segunda cuestión a destacar no es otra que los términos en que se expresa la CNMC a la hora de relatar, apreciar y encajar en la tipificación de las infracciones los hechos acaecidos en las emisiones controvertidas. Entonces, la resolución, a lo largo de unas 9 páginas, en su FJ 3, examina, producto a producto, cómo se justifica la existencia de prominencia indebida del producto. A la consulta del texto hay que remitir el detalle del relato; pero aquí es pertinente resaltar algunas propiedades de dicho relato, de la apreciación que lleva a cabo la CNMC, con algunos ejemplos que mostramos en nota a pie de página con extractos diversos —sin referirnos necesariamente a qué producto en concreto se hacía referencia en cada caso, porque es innecesario y porque lo que queremos es destacar el registro en el que se expresa la resolución— en dicho texto¹⁹.

¹⁹ Son los siguientes:

«[...] se da una prominencia indebida al producto, tanto por su reiteración, como por su duración y por el tratamiento de la imagen [...].

[...] En definitiva, se produce una presencia invasiva de la marca en el programa debido a que, de manera reiterada y durante 63 segundos, se da una prominencia indebida a los productos emplazados, además que se emiten primeros planos de los productos que se escapan al desarrollo regular de la acción de la que es objeto el programa.

Asimismo se hacen menciones verbales a las posibles virtudes, méritos u otras características del producto emplazado [...].

Si bien ATRESMEDIA SEÑALA que algunas de las menciones que hace la presentadora no deben ser merecedoras de sanción puesto que se trata de opiniones personales y subjetivas de la presentadora o que se refieren a características genéricas y reconocibles de tipos de pintura, no cabe duda de que dichas menciones unidas a las reiteradas menciones visuales de la marca y sus productos, resaltan las posibles virtudes de los productos emplazados que incitan a la compra de los productos de esa marca y no de otras marcas de pintura. En definitiva, las anteriores expresiones personales de la presentadora influyendo en el guion del programa y, en consecuencia, afectando la independencia editorial del prestador del servicio respecto del anunciante [...].

[...] la cámara enfoca un primer plano de los brazos de la presentadora que están sobre el estor y la caja donde éste venía embalado en cuyo interior tiene varias etiquetas. Cabe destacar que justo entre los brazos de la presentadora, en el centro de ese primer plano, hay una etiqueta donde puede leerse fácilmente... [...].

Además, esta imagen de la caja con las etiquetas se escapa a la acción de la que es objeto el programa.

También se hacen menciones verbales y visuales a las posibles virtudes de los productos de dicha marca, así como al servicio que ofrece esa marca para la compra y entrega de sus productos [...].

Si bien se puede coincidir con las alegaciones de ATRESMEDIA en cuanto a que las alusiones que se hacen en el programa al producto emplazado no suponen una prescripción o recomendación del mismo por cuanto que no resaltan las posibles virtudes del producto emplazado puesto que se trata de un tejido genérico, en este caso lo que se resal-

A la vista de todos estos extractos, podemos ver que:

En un plano general, se motiva por la concurrencia de los criterios (reiteración, duración, tratamiento de la imagen...) que conducen a apreciar la prominencia indebida, ya formulados de manera explícita en el acuerdo de 2014.

En un plano de detalle, se describen con términos propios del sector («presencia invasiva», «menciones verbales», «primer plano», aparición del producto y desarrollo de la acción...), y a menudo de forma cuantificada, los aspectos

tan son las posibles bondades de la marca o empresa proveedora a cuyo nombre y página web se le da una prominencia indebida por cuanto que en las menciones verbales destacan su accesibilidad, precio, fiabilidad, comodidad y rapidez para adquirir los productos que comercializa. Por lo tanto, el emplazamiento sí influye en el guion del programa y, en consecuencia, afecta la independencia editorial del prestador del servicio respecto del anunciante [...].

Si bien se da una prominencia al producto de NIESEN emplazado (panel electrónico o pantalla táctil colgada en la pared en el que se lee con claridad “NIESEN” cuya presencia se desarrolla hasta las 13:59:17 horas —8 segundos— y de las 13:59:22 a las 13:59:36 horas —15 segundos—, mediante planos medios y con carácter secundario hasta las 13:59:24. A las 13:59:34 horas la presentadora se vuelve hacia el panel, pone el dedo encima y durante menos de un segundo el panel y la marca ocupan un primer plano de pantalla), no cabe considerar esa prominencia como indebida debido a que la presencia de la marca es mayoritariamente secundaria en una sección del programa dedicado a la domótica y que esos planos donde aparece la marca del producto emplazado coinciden con el desarrollo de la acción de la que es objeto ese momento el programa [...].

En estas dos apariciones no se considera que se haya producido una prominencia indebida de la marca emplazada debido a que la bolsa aparecía en un segundo y a una distancia desde la que no se puede apreciar con claridad la marca del producto emplazado. No obstante, entre las 14:28:28 a 14:29:14 horas (46 segundos), el presentador sitúa la bolsa sobre la mesa con la marca hacia la cámara, la abre y se pone a rellenar macetas con su contenido.

En definitiva, debido al tratamiento de la imagen antes descrito, se concluye que durante 46 segundos se le da una prominencia indebida a la marca del producto emplazado [...].

Por lo tanto, cabe señalar que las anteriores expresiones personales del presentador calificando el producto emplazado como “el mejor del mercado” de manera reiterada, resaltan las posibles virtudes del producto emplazado incitando a su compra suponen una influencia en el guion del programa y, en consecuencia, afectan a la independencia editorial del prestador del servicio respecto del anunciante [...].

[...] lo que no resulta necesario ni natural es la prominencia de la marca del producto, tanto por su duración como por el uso de la imagen (primer plano durante 47 segundos). Por lo tanto, cabe concluir que se da una prominencia indebida a la marca del producto emplazado [...].

[...] en el tercer momento del programa en el que se emite FLORAL, se da una prominencia indebida al producto por la duración, reiteración de la aparición del producto y su marca, así como por el tratamiento que se ha realizado de la imagen [...].»

concretos que conducen a vincular la apreciación de los hechos con la tipificación de la infracción por incumplimiento de los requisitos legales. Y, además, sin perjuicio de la existencia de un posterior fundamento jurídico dedicado al análisis de las alegaciones de la empresa, se hace a menudo en diálogo con las observaciones de la misma. Al respecto, conviene destacar que también hay momentos en que se llegan a compartir apreciaciones con las alegaciones, mostrándose en cambio los elementos en que se difiere, todo ello de manera clara y explícita. Además, en algunos casos, como se ha visto, la CNMC aprecia que no se producía incumplimiento de los requisitos, en aplicación de los mismos criterios.

A partir de aquí, la resolución dedica un fundamento jurídico al análisis del resto de alegaciones de la empresa. Es relevante indicar que en este FJ 4 la CNMC dialoga con dichas alegaciones en el sentido de reconocer que el tipo o formato de programa televisivo de que se trata conlleva una cierta tendencia natural a utilizar productos del mercado; pero esto no implica tolerar el incumplimiento de las condiciones vistas, dándose pie a una síntesis muy ilustrativa²⁰.

En este FJ 4 se hace referencia a un precedente jurisprudencial de la Audiencia Nacional²¹ y se finaliza señalando que, por tanto, la CNMC no ha llevado a cabo ninguna interpretación «omnicomprensiva», extendiendo el carácter de ilícito a cualquier emplazamiento de producto, sino que lo que ha hecho ha sido garantizar la observación del art. 17 LGCA, de modo que no se ha vulnerado la reserva de ley, ni la tipicidad, en conexión con la seguridad jurídica.

Y, por último, un aspecto no menos importante, y es que la CNMC recuerda que, en contra de lo alegado por la empresa —falta de apercibimiento previo—, ya se había producido una anterior resolución, en 2015, que había requerido a la empresa a adecuar en espacios televisivos similares sus emplazamientos a los términos legales, en línea con los elementos concretados, reiterados y aclarados, en el acuerdo de 2014²².

²⁰ En los siguientes términos: «[...] como, por ejemplo, prominencia indebida del producto en el programa cuando su imagen va más allá de la simple presencia natural del producto emplazado en relación con la acción que se está llevando a cabo en el programa (prominencia que puede venir derivada, a modo de ejemplo, por la presencia recurrente del producto, por la manera en que se destacan los productos por la duración del visionado o por tratamiento de la imagen utilizando primeros o segundos planos, etc., o por la aparición del producto en una escena de forma innecesaria) y, asimismo, realizar valoraciones subjetivas que subrayen supuestos atributos de los productos emplazados, valoraciones que van más allá de limitarse a señalar las características de los productos emplazados».

²¹ Se trata de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2009, rec. 1500/2007 (ponente, Ortega Martín), que ya había sido citada en el requerimiento de la CNMC al que enseguida nos referiremos, y que recoge el contenido destacado por la CNMC en su FJ 4.

²² Encontramos, en efecto, una resolución de dicha fecha (referencia REQ/D TSA/1/15/ ATRESMEDIA), que se refería a un espacio gastronómico, en el que se planteaban los mismos problemas de fondo, en la que se requería a «ATRESMEDIA»: «[...] para que,

No entraremos, sin embargo, aquí, en las interesantes cuestiones a las que da lugar el tema del requerimiento previo, sin perjuicio de una mención que haremos posteriormente.

Vemos, además, que en todo momento las referencias de la CNMC se refieren a los requisitos legales, solo objeto de aclaración en el acuerdo de 2014. Se analiza siempre su observación de manera conjunta, en línea de continuidad con los preceptos legales.

Por último, una referencia a los dos últimos fundamentos jurídicos, que ya no entran tan directamente en el objeto de nuestro comentario.

En primer lugar, el FJ 5 se ocupa del tema de la concurrencia de culpabilidad y responsabilidad. De aquí destacaremos que la CNMC remarca que la exigencia de responsabilidad a la empresa tiene que ver con un sector, como es el audiovisual, «altamente especializado»²³ aspecto que no deja de ser relevante, dado que enlaza con el rigor del cumplimiento de la normativa que hemos visto que ocupa un lugar esencial en los razonamientos de la CNMC.

En segundo lugar, el FJ 6 trata de la cuantificación de la sanción, indicando los factores considerados en la graduación —audiencia media, duración de los emplazamientos, posible beneficio económico—, incorporando un cuadro completo al respecto y valorando la dimensión final de la cuantía.

2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL: ESTIMACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Frente a la imposición de la sanción por parte de la CNMC, la empresa sancionada interpone recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, lo que da lugar a la Sentencia de 14 de junio de 2019 (rec. 419/2017; ponente, Atienza Rodríguez).

Los motivos de impugnación se referían a los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora (necesaria predeterminación normativa de las conductas); al principio de culpabilidad (inexistencia de voluntad de incumplir y falta de apercibimiento previo); a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica (por haberse emitido espacios anteriormente sin ningún problema) y a la proporcionalidad de las sanciones impuestas.

En el FJ 3, la Audiencia Nacional, ante la diversidad de motivos y contenidos invocados, selecciona el argumento que considera principal, relativo a la

a partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución, adopte las medidas oportunas para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, adecue los emplazamientos de productos a los criterios establecidos por la legislación [...]».

²³ En el que dicha empresa «cuenta con expertos profesionales que deben extremar la vigilancia para evitar conductas como la que es objeto del presente procedimiento, poniendo la máxima diligencia en el cumplimiento de la normativa que le es aplicable».

dificultad de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, conectados con apreciaciones valorativas «metajurídicas», faltos de criterios prefijados suficientemente precisos y susceptibles de interpretaciones, se dice, subjetivas y cambiantes. Y también se señala como argumento relevante de la impugnación que lo que no resulta aceptable es que sea la empresa sancionada la que tenga que desvirtuar el acierto de la valoración llevada a cabo por la Administración.

En el FJ 4 se aclara que la cuestión clave controvertida es la concurrencia o no de la «prominencia indebida», haciendo breve alusión a contenidos y pasajes de la resolución que nosotros hemos comentado anteriormente. Después de ello, en el FJ 5 se hace alusión al marco normativo, incluido el acuerdo de la CNMC de 2014, así como a algunos antecedentes jurisprudenciales de la propia Audiencia Nacional²⁴, en la línea de intentar definir el emplazamiento de producto en particular por contraposición a la publicidad encubierta.

Sentadas estas premisas, la sentencia, en el FJ 6, aborda la perspectiva sancionadora del tema: se recuerda la aplicación de los principios del ámbito penal al procedimiento sancionador. Un recordatorio que se proyecta específicamente sobre los elementos de cargo, la valoración de la prueba y la motivación de la resolución sancionadora, y de modo particular, sobre cómo hay que caracterizar la carga de la prueba. Ahí se sitúa un elemento relevante en la sentencia de la Audiencia Nacional:

[...] debemos rechazar «a priori», que corresponda a la recurrente la prueba de «la certeza en el desacierto de la valoración realizada por la Administración», como parece pretender el representante del Estado, sino que la prueba de que los hechos constitutivos de la infracción sean típicos, antijurídicos y culpables siempre corresponde a la Administración.

Se hace una referencia al escrito de contestación del abogado del Estado, cuya presencia al principio de los fundamentos jurídicos había sido muy parca, para señalar especialmente que en él «se hace una equiparación con los actos discrecionales técnicos de la Administración que gozan de una presunción de acierto por parte de la Administración». Y para apuntar a su conclusión de que, a partir de la dificultad propia de los conceptos indeterminados presentes, no se ha incurrido en arbitrariedad.

Más allá de estas referencias a la contestación del abogado del Estado, lo cierto es que en el FJ 7 la sentencia plantea ya de modo frontal su discrepancia con la Administración, y lo primero que señala es que la normativa europea y nacional ahora vigente «supuso una postura más aperturista de la que existía con anterioridad». Este punto de partida (reconocimiento como derecho del emplazamiento de producto en la ley española), vinculado a la naturaleza san-

²⁴ Entre las que destaca la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2010, rec. 561/2009 (ponente: Córdoba Castroverde).

cionadora de la resolución impugnada, marcará el sentido del pronunciamiento judicial. De momento solamente señalaremos que ya vimos cómo esa explicación de contexto, en términos más matizados, había sido ya también explícitamente planteada por la CNMC en sus actuaciones. Y completaremos este tema al referirnos más adelante a los cambios normativos producidos en la normativa europea.

Pero avancemos en los razonamientos de la sentencia de la Audiencia Nacional. A continuación, para valorar el tema de la concurrencia o no de promoción indebida, la sentencia empieza por hacer referencia a unos pocos extractos de las expresiones y comentarios vertidos en los espacios televisivos en cuestión —no ocupan más de 9 líneas (ya vimos el espacio que se le dedicaba en la Resolución de la CNMC)—.

De este modo, en el FJ 8, directamente la sentencia expresa que, desde la perspectiva garantista sancionadora, tratándose de «elevadas sanciones» (ya vimos también cómo se razonaban y cómo se valoraban en la resolución de la CNMC), dichas multas «deben ir acompañadas del máximo rigor en el análisis de los hechos «probados» que se sancionan». Sin embargo, lo cierto es que cuesta encontrar detalladas las bases concretas de cuál sería en este caso la falta de rigor. Solamente advertimos este pasaje de la sentencia de la Audiencia Nacional, en contraste con el nivel de apreciaciones de la resolución de la CNMC:

Lo mismo cabe decir respecto de las expresiones que alaban las supuestas virtudes de los productos, que, como se puede apreciar, son expresiones coloquiales, que, ciertamente hacen comentarios positivos respecto de los productos empleados, como no podría ser de otro modo, en un programa de dichas características, en que se pretende animar a los telespectadores a utilizar sus propias habilidades y productos de uso fácil para pequeñas tareas caseras. Ciertamente, resultaría bastante extraño que, a la hora de mostrar un determinado producto, legítimo y permitido por la ley, y explicar su funcionamiento a personas comunes y sin mucho conocimiento, no se especifiquen sus características, obviamente positivas, pues sería impensable que los comentarios fueran negativos²⁵.

Porque, más allá de esto, en lo que se pone énfasis es en la falta de referencia legal a la hora de determinar a partir de qué punto mostrar el producto es una actividad indebida. Lo acaba formulando así la sentencia:

²⁵ A este párrafo podríamos añadir este otro, un poco después: «A este respecto, debemos poner de relieve que, en las apreciaciones de la resolución sancionadora, existen incluso referencias a datos ajenos al producto emplazado, por ejemplo cuando se habla de las cortinas y se dice que «se compran por Internet y te las llevan a casa lo que es muy cómodo», cualidades estas que resultan ajenas al estricto producto. También en el caso de flower, que es un sustrato y una hormona enraizante, se confunden los continuos comentarios del presentador con los relativos a una gramínea, carex, «un poco caprichosa», al que se aplica el sustrato y «se reproduce el Carex sin problema».

En definitiva, la indefinición con que se establecen los límites del art. 17.3, resultan un tanto incompatibles con la concreción y rigurosidad que debe exigirse para la imposición de sanciones, cuya apreciación no puede descansar en opiniones ni en conceptos jurídicos indeterminados.

Y se concluye, en el caso:

[...] considera la Sala que la valoración de la «prominencia indebida» que ha efectuado la resolución combatida vulnera algunos de los principios que rigen el derecho administrativo sancionador, por cuanto la inconcreción en cuanto al concepto «prominencia indebida», puede resultar incompatible con la seguridad jurídica que exige el derecho sancionador.

De modo que parece que el motivo principal de la decisión de la Audiencia Nacional sería la inconcreción legislativa. Ahora bien, como lo que no se plantea es la hipotética inconstitucionalidad de la ley, no es este el único motivo que sustenta la decisión, sino que hay un ulterior factor determinante, que es la operación valorativa e interpretativa de la CNMC. Lo que parece estimar la sentencia es que el rigor aplicado al sancionar por parte de la CNMC, aplicando el concepto de prominencia indebida, no es compatible con dicho escenario de indeterminación legal. Ello lo corrobora la sentencia en un (pen)último párrafo —iniciado con la expresión «por otro lado», pero no por ello, entendemos, de menor importancia— de este FJ 8. En este párrafo, la Audiencia Nacional apunta a la falta de valor del acuerdo de la CNMC de 2014 al que antes hicimos referencia. Y lo hace de manera que podemos distinguir dos aspectos. El primero, su relativo anacronismo. El segundo, la naturaleza del texto, que no deja de consistir en unas respuestas ofrecidas a determinadas consultas de operadores del sector. Sobre el primer aspecto volveremos un poco más adelante. Sobre el segundo, en el que la sentencia de la Audiencia Nacional afirma que dichas consultas tenían «por objeto dar respuesta a determinadas consultas de los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas, distintas al concepto de emplazamiento, introducido por la LGCA 7/2010», simplemente recordaremos que el Acuerdo de la CNMC, que es de 17 de septiembre de 2014, cuenta con un apartado específico, el séptimo, relativo al emplazamiento de producto, como ya hemos visto, y que ya recoge la modificación de la LGCA realizada por la Ley General de Telecomunicaciones de 2014. Dejaremos para más tarde la referencia a la evolución ulterior del tema a nivel de normativa europea, como hemos avanzado, que es a lo que parece que podría apuntar, por las dudas que genera la referencia a determinadas fechas, la sentencia.

Así pues, lo que la Audiencia Nacional considera determinante para finalmente estimar el recurso contencioso-administrativo y anular la resolución sancionadora es la falta de concreción de los límites del art. 17.3 LGCA, «unido» a la valoración efectuada por la CNMC del término «prominencia indebida», elementos que conducen a entender que no se ha acreditado debidamente la comi-

sión de las correspondientes infracciones. En efecto, la perspectiva sancionadora se muestra decisiva, dado que ya unas líneas antes la Audiencia había afirmado que la valoración de la CNMC había vulnerado «algunos de los principios que rigen el derecho administrativo sancionador», centrados en la seguridad jurídica. Sobre ello también volveremos.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 1733/2020 ya indicada, va a confirmar el resultado al que llega la Audiencia Nacional, declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado.

Ya hemos indicado al principio cuál era la cuestión de interés casacional planteada. Conviene recordarla, en ella centramos el interés de nuestro comentario:

[...] interpretar la noción de dar prominencia indebida al producto que contiene el artículo 17.3 LGCA [Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual] 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.

En el Auto de 28 de febrero de 2020, ya también indicado, el TS llega a dicha formulación teniendo en cuenta el sentido de la argumentación del abogado del Estado, que apunta a la falta de reconocimiento por parte de la Sala de instancia del margen de valoración que corresponde en estos temas a la CNMC, a respetar salvo arbitrariedad o desviación de poder. Sostiene también el abogado del Estado que, aunque un concepto jurídico indeterminado tuviera solo un significado, el modo en que entiende presente la CNMC la prominencia indebida resulta del todo adecuado y proporcionado. Además, la justificación para entender de interés casacional este tema tiene que ver con la relevancia de la cuestión de complementar la LGCA con elementos interpretativos. En este sentido, corrobora la dimensión general de importancia para cuestiones de fondo de nuestro derecho administrativo que plantea la cuestión, y a la que hacíamos referencia al principio de este comentario, el siguiente extracto del planteamiento del abogado del Estado contenido en el RJ 1 del auto mencionado:

Critica, asimismo, la concepción que late en la sentencia recurrida sobre los conceptos jurídicos indeterminados y la posibilidad de completarlos con criterios emitidos por la autoridad reguladora. En este sentido sostiene que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados no puede suponer la base de la anulación de una sanción, debiéndose analizar si su interpretación es o no es correcta; y ello en relación a los criterios emitidos por la CNMC en atención a su competencia y su capacidad técnica (disponiendo de un margen de apreciación).

La trascendencia de la cuestión que lleva al auto a admitirla queda acreditada, a juicio del TS, por la falta de jurisprudencia sobre el concepto de prominencia indebida, y, además, y especialmente importante por su dimensión más allá del caso, por la pregunta de determinar los poderes de intervención en estos contextos de la CNMC, y de modo inseparable, el alcance del control judicial de sus decisiones.

Como hemos adelantado, la sentencia del TS no llega a un resultado distinto que la de la Audiencia Nacional. Una vez más, conviene empezar destacando los términos en los que formula su recurso (recogidos en el antecedente de hecho 3º de la sentencia), a la hora de pretender la fijación de doctrina, el abogado del Estado, especialmente importante, igual que hemos visto antes, el primero (letra «a»), por su dimensión general y de fondo:

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).

Más adelante, en el FJ 3 de la sentencia, se precisan más estos planteamientos del abogado del Estado, dando un paso más en la definición concreta del tema, desde su punto de vista:

[...] 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.

Queda, por tanto, planteada de modo expreso una cuestión que incide de lleno —incluyendo la relevante perspectiva de la posición institucional de la autoridad reguladora independiente— en el tema de los márgenes de apreciación de una autoridad reguladora, la CNMC, y correlativamente, del alcance de su control judicial, como había quedado también planteada, en otro ámbito, también en el marco de actuación de la CNMC, en los casos de las sentencias del Tribunal

Supremo que se tuvieron ocasión de comentar en otro lugar, a propósito de las apreciaciones económicas complejas²⁶.

Para abordar tal cuestión, el Tribunal Supremo dedica sus cuatro primeros fundamentos jurídicos a recordar el recorrido procesal del asunto, a recoger las posiciones del abogado del Estado y de la mercantil sancionada y a recordar las fuentes aplicables al caso, incluyendo un buen fragmento dedicado al acuerdo de la CNMC de 2014, así como a recordar la posición adoptada por la CNMC en su resolución sancionadora.

Con dichos elementos, lo primero que hace el TS es declarar que comparte el criterio de la Sala de instancia: la conducta imputada no encaja en el tipo sancionador, distinguiendo, a su juicio, dos grandes motivos presentes en la sentencia de la Audiencia Nacional: el relativo al valor de dicho acuerdo de la CNMC y el juicio en sí mismo sobre las conductas sancionadas por la CNMC.

En realidad, a partir de aquí el Tribunal Supremo dilucida tres aspectos consecutivos: el valor del acuerdo de la CNMC; el tema de la competencia y aptitud de la CNMC para interpretar los conceptos indeterminados y que conllevaría un control judicial limitado a su razonabilidad, y finalmente el análisis en sí de la conducta.

Es sintomático que el TS aborde como primera cuestión el valor del acuerdo de la CNMC (FJ 5). Sobre dicho acuerdo, recaen diversos juicios que suscitan diversas dudas. Sobre él mantiene el TS que la Audiencia Nacional había basado su decisión en la «invalidez» de dicho acuerdo, para decir luego, de forma más matizada, que dicho acuerdo no tiene «valor específico» para integrar un concepto indeterminado a efectos sancionadores. Hay tres aspectos que aquí formula la sentencia del TS que luego habrá que retomar: el carácter y base legal del acuerdo; su carácter temporalmente anterior a la Directiva de 2018 que ha modificado la de 2010 anteriormente comentada; y cómo ha sido utilizado por parte de la CNMC. Cada uno de esos aspectos, así como el previamente indicado, son susceptibles de consideraciones propias, que luego llevaremos a cabo brevemente.

En segundo lugar, también en el FJ 5, el TS descarta el argumento enunciado por el abogado del Estado consistente en decir que es a la CNMC a quien corresponde precisar el tipo de conceptos jurídicos indeterminados presente en el caso, como autoridad reguladora. Dicha apreciación sería susceptible de control judicial, pero limitado, dicho ahora de manera simplificada, a la ausencia de arbitrariedad, a la razonabilidad. Como decimos, el TS no acoge este argumento, y no lo acoge porque entiende que ello no es admisible en un caso, como el presente, en que nos hallamos ante el ejercicio de la potestad sancionadora, en la que

²⁶ En aquel caso se trataba de tres sentencias relativas a sanciones administrativas en materia de defensa de la competencia. Pueden verse, en Malaret i Garcia (dir.) (2019), especialmente las págs. 166-180 del capítulo segundo del libro, así como también las págs. 237-245 de su capítulo cuarto, a cargo de M. Timón Herrero, que tenía en cuenta de modo específico la virtualidad del nuevo recurso de casación en estos contextos.

entiende que no cabe su desarrollo conforme a criterios de discrecionalidad técnica, por exigencias de los principios de seguridad jurídica y también de legalidad formal y material. Dice el Supremo que en estos casos solamente cabe «una interpretación rigurosa y estricta del tipo aplicado», cuyo control pleno corresponde a los tribunales, puesto que se trata de cuestiones, dice, «jurídicas», tratándose de una actuación que aplica «conceptos y criterios prefijados en normas jurídicas». Sobre este segundo punto también realizaremos unas breves valoraciones posteriormente.

En tercer lugar, ya en el FJ 6, la sentencia del TS lo que hace es entrar en las conductas sancionadas, y lo que hace, dada la naturaleza casacional del recurso, es contrastar los hechos teniendo en cuenta el enjuiciamiento de la Audiencia Nacional, contrastando dicha apreciación con la de la CNMC. Lo que hace aquí el TS es decantarse por la apreciación de la Sala de instancia, haciendo un control de razonabilidad, en este caso, de lo juzgado por la Sala de instancia. Dice así el TS en lo que aquí más nos interesa ahora:

[...] 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.

Argumentando en base a los límites que en casación son propios a la hora de abordar el tema de la valoración de la prueba, el TS entiende que el recurso del abogado del Estado, lo que plantea es una discrepancia en relación con dicha valoración; pero no acompañada por una invocación concreta de elementos que logren tachar de ilógica o arbitraria la conclusión de la Sala de instancia, remachando el TS que en dicho proceso se comprobaron las imágenes y se analizaron las expresiones vertidas en los espacios televisivos controvertidos. Y así, llega el TS su conclusión final, respondiendo también a la cuestión de interés casacional:

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 guion 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.

Sobre el alcance concreto de dicha fijación de doctrina nos pronunciaremos también en el siguiente apartado.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE DETERMINADAS CUESTIONES DE FONDO PLANTEADAS POR LA SENTENCIA

Son diversas, como anunciábamos, las cuestiones de fondo vinculadas a la cuestión de interés casacional presente, que suscitan gran interés y que deben ser objeto de comentario crítico. Antes de realizar una serie de consideraciones breves sobre las mismas, sin embargo, será útil despejar previamente una variable, que tiene presencia diversa y a veces no muy precisa en las dos sentencias del caso, que es el relativo a la evolución europea última de la regulación del tema de la publicidad audiovisual, y, en concreto, del tema de la prominencia indebida. A ello le dedicaremos el primer apartado.

1. UN ASPECTO PREVIO A PRECISAR: LA ULTERIOR EVOLUCIÓN NORMATIVA EUROPEA DEL TEMA

En páginas previas habíamos mencionado la normativa vigente en el momento de producirse los hechos. Ha habido, sin embargo, algún cambio que podría incidir en ciertas apreciaciones de fondo (por eso lo tratamos aquí), y que resulta un argumento utilizado en las sentencias del caso.

En efecto, las dos sentencias hacen mención al cierto anacronismo de los criterios del acuerdo de la CNMC, como argumento contrario a su criterio sancionador²⁷, dado que —y en este punto es algo más precisa la sentencia del TS— los criterios fijados por la CNMC en su acuerdo de 2014 son anteriores a una nueva directiva que regula el tema. En efecto, se trata de la Directiva (UE) 2018/1808, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. Directiva cuyo título, como vemos, pone bien de relieve la incidencia de la evolución del mercado en estos temas y la necesidad de estar

²⁷ También lo invoca la empresa en sus alegaciones en el recurso, como se puede ver en el FJ 3 de la sentencia del Tribunal Supremo.

atentos a las nuevas necesidades regulatorias. Pues bien, es cierto, como en general se vienen a referir las sentencias, que dicha directiva ha venido a contemplar un marco en general más aperturista, más flexible, en relación con la publicidad audiovisual. Pero hay que realizar algunas puntualizaciones al respecto. Las comentamos a continuación.

Lo primero que hay que señalar es que la versión definitiva de la directiva, al menos en lo que aquí más debemos tener en cuenta, es finalmente menos intensa en el cambio en sentido aperturista que suponía la propuesta inicial, de manera que hay que ser precisos a la hora de identificar los cambios finalmente aprobados.

Así, en primer lugar, en la Propuesta²⁸ se decía (considerando 17 del Preámbulo):

La norma de que no debe darse una prominencia indebida a un producto ha resultado difícil de aplicar en la práctica. Además, limita el despegue del emplazamiento de productos que, por definición, implica cierto nivel de exposición prominente para poder generar valor. Los requisitos relativos a los programas que contengan emplazamiento de productos deberán centrarse, por lo tanto, en informar claramente a los espectadores de la existencia de dicho emplazamiento y en garantizar que no se vea afectada la independencia editorial del prestador de servicios de comunicación audiovisual.

Consecuentemente, desaparecería del art. 11 la referencia a que los programas que contengan emplazamiento de producto no darán una prominencia indebida al producto en cuestión.

Esto, finalmente, no se ha recogido en la Directiva aprobada en 2018, que sigue estableciendo dicha condición relativa a no dar prominencia indebida (art. 11.3.c). No vamos a entrar en las consideraciones de fondo respecto a aquella propuesta y a su evolución en el procedimiento legislativo europeo²⁹.

Lo que sí ha cambiado es el punto de partida de cómo se planteaba la actividad de emplazamiento de producto, que deja de estar formulada de entrada como prohibida y pasa a ser de entrada autorizada, algo que ya se reflejaba, sin que ahora nos corresponda valorarlo, en las diferencias con el texto de la ley española. Pero las condiciones a las que se somete la actividad, en esencia, no son muy distintas en lo que se refiere al aspecto que aquí tratamos³⁰.

²⁸ Bruselas, 25.5.2016, COM(2016) 287 final, 2016/0151 (COD).

²⁹ Pueden verse interesantes consideraciones críticas acerca de la coherencia discutible de la propuesta inicial y sobre su evolución en la tramitación legislativa en M. Sánchez Ruiz (2017), «La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto y la propuesta de reforma de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9, 2, particularmente págs. 527-529.

³⁰ Dice así ahora, entonces, el art. 11 de la Directiva de 2018, en los párrafos que más nos interesan:

Por otra parte, el apdo. cuarto sigue manteniendo la prohibición de emplazamiento relativa a productos del tabaco y a medicamentos, en los términos allí previstos. Como se sigue manteniendo igual, a los efectos de nuestro tema de interés, la definición de emplazamiento del art. 1.m

Y el preámbulo de la Directiva de 2018 dice ahora (considerandos 32 y 33):

El mercado de la radiodifusión televisiva ha evolucionado y, por tanto, es necesaria una mayor flexibilidad por lo que se refiere a las comunicaciones comerciales audiovisuales y, en particular, a las normas cuantitativas para los servicios de comunicación audiovisual lineales y al emplazamiento de producto.

La liberalización del emplazamiento de producto no ha aportado el esperado despegue de esta forma de comunicación comercial audiovisual. En particular, la prohibición general de emplazamiento de producto, aun con algunas excepciones, no ha dado seguridad jurídica a los prestadores de servicios de comunicación. Así pues, debe permitirse el emplazamiento de producto en todos los servicios de comunicación audiovisual y plataformas de intercambio de vídeos, con determinadas excepciones.

Bien es cierto que la tendencia ha cambiado, y en particular ha cambiado para introducir más flexibilidad en el sistema de publicidad, y también en algunos aspectos concretos relativos al emplazamiento de producto³¹, que quedan al margen de nuestra cuestión central. Es cierto que esa introducción de mayor

«2. El emplazamiento de producto estará autorizado en todos los servicios de comunicación audiovisual, excepto en los programas de noticias y actualidad, los programas de asuntos del consumidor, los programas religiosos y los programas infantiles.

3. Los programas que contengan emplazamiento de producto deberán cumplir los requisitos siguientes:

- a) bajo ninguna circunstancia se podrá influir en su contenido ni en la organización de su horario de programación (en el caso de la radiodifusión televisiva) ni en la de su catálogo (en el caso de los servicios de comunicación audiovisual a petición) de una manera que afecte a la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación;
- b) no incitarán directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios;
- c) no darán una prominencia indebida a los productos de que se trate;
- d) se informará claramente a los espectadores de la existencia de emplazamiento de producto mediante una identificación adecuada al principio y al final del programa, así como cuando el programa se reanude tras una pausa publicitaria, con el fin de evitar toda confusión al espectador».

³¹ Sobre ello puede verse con más detalle J. M. Martínez Otero (2019), «Un nuevo marco regulador para el sector audiovisual en Europa: la Directiva 2018/1808 en el contexto de la convergencia mediática y el Mercado Único Digital», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 63, especialmente págs. 558-561.

flexibilidad podría tener alguna consecuencia en clave de razonamientos a utilizar en la imposición de sanciones. Ya vimos que el acuerdo de 2014 se refería a algunos elementos de contexto que justificaban también el rigor en la aplicación de los límites legales y las consecuentes sanciones a imponer en caso de su vulneración. Sin embargo, conviene también recordar que el argumento que aparecía se refería también a un escenario general de ampliación de las posibilidades de actuación publicitaria. En cualquier caso, sin perjuicio de que por parte de la CNMC se puedan y deban actualizar dichos elementos, parece cuestionable utilizar este argumento para invalidar la viabilidad de la utilización de dicho acuerdo. Anotemos, por otra parte, que la CNMC ya ha dado cuenta de estos cambios en alguno de sus expedientes más recientes³².

³² Es el caso de la Resolución del procedimiento sancionador incoado también a «ATRES-MEDIA», por incumplir las condiciones establecidas en la LGCA, para el emplazamiento de productos, de 29 de julio de 2020 (ref. SNC/D TSA/001/20). En la misma, se destaca (FJ III):

«Al respecto resulta reseñable que entre los objetivos la reciente Directiva (UE) 2018/1808, aún no traspuesta al ordenamiento español, se encuentra flexibilizar estas normas relativas al emplazamiento de producto. Así, se considera que la liberalización del emplazamiento de producto no ha aportado el esperado despegue de esta forma de comunicación comercial audiovisual. En particular, se reconoce que la prohibición general de emplazamiento de producto no ha dado seguridad jurídica a los prestadores de servicios de comunicación. Es por ello que, con carácter general, se prevé un régimen general de autorización hacia esta forma de comunicación comercial en todos los servicios de comunicación audiovisual y plataformas de intercambio de vídeos, con determinadas excepciones (programas de noticias y actualidad, de asuntos del consumidor, religiosos e infantiles)».

A continuación, se señala que se siguen manteniendo los requisitos que ya nosotros hemos indicado antes, aunque, en el caso, el tema controvertido se centraba en la falta de información o señalización del emplazamiento de producto.

Por ello, nos interesa más todavía el caso de la resolución del procedimiento sancionador incoado a «MEDIASET», por el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 17.2 y 3 de la LGCA, de 24 de julio de 2019 (ref. SNC/D TSA/007/19/MEDIASET). Dicha resolución hace la misma consideración anteriormente indicada; pero, además, al plantearse también un tema de prominencia indebida, hace unas consideraciones sobre este tema a la vista del cambio de normativa europea. Son las siguientes:

«La Propuesta inicial de reforma de la Directiva Audiovisual de la Comisión Europea preveía eliminar la referencia a dicho requisito tras poner de manifiesto las dificultades para su aplicación práctica y razonar que la inseguridad que creaba impedía la utilización de la figura. No obstante, el texto final de la Directiva, tras la modificación operada por la Directiva 2018/1808, lo mantiene. Este hecho acredita, por tanto, la importancia que el legislador comunitario otorga al citado requisito [...]».

Hay que indicar que, en el posterior análisis de si concurre prominencia indebida en las circunstancias del caso, esta resolución de 2019 no hace referencia explícita al acuerdo de 2014 (sí se hace, como en la antes comentada de 2020, en lo relativo al requisito de información o señalización), aunque sí se refiere, por ejemplo, al tratamiento de la imagen.

En cualquier caso, la nueva normativa europea no resultaba de aplicación al caso por razones temporales (como recuerda la sentencia del TS en el FJ 4). Su plazo de transposición finalizó el 19 de septiembre de 2020. Eventualmente, cabría recordar que, en cualquier caso, en el período que se inicia desde su entrada en vigor (20 días tras su publicación, que se produjo el 28 de noviembre de 2018), los Estados miembros deben abstenerse de adoptar medidas que puedan comprometer de modo grave su resultado, y del mismo modo existe un deber de interpretación conforme. Esto comprende, por qué no, la propia actuación de la CNMC, en los casos en que por razón de tiempo esté vigente la directiva; pero ello, insistimos, no debería invalidar de manera plena sus criterios establecidos, por ejemplo, en el acuerdo de 2014. Sobre ello volveremos en un momento.

2. EL CARÁCTER SANCIONADOR DE LA DECISIÓN: ¿UN «TEMA PANTALLA», UNA VEZ MÁS?

No es la primera vez que al verse implicada una decisión de tipo sancionador, alguna cuestión de fondo puede quedar condicionada, relativizada, o limitado o disminuido su alcance. Precisamente por el fuerte desarrollo cuantitativo del derecho administrativo sancionador en nuestro país abundan los recursos presentados en esta materia, a diferencia de otras. Podemos recordar un caso como el de la clásica STS de 12 de marzo de 1990, sobre el valor del respeto de la audiencia, no subsanable en vía contencioso-administrativa, sentencia de gran valor en relación con la caracterización del procedimiento administrativo en general; pero que resolvía un supuesto sancionador³³. En cuanto al tipo de casos en juego en este comentario, sin entrar ahora en el debate sobre el carácter reglado o discrecional del ejercicio de la potestad sancionadora, sí recordaremos que, en efecto, el carácter sancionador es una variable de consideración a la hora de formular los márgenes de apreciación y el alcance del control judicial. Y esto se produce sobre todo en la línea de reforzar las garantías de la tutela judicial; pero tampoco en estos casos pierde sentido la consideración del respeto de los márgenes de apreciación a la hora de concretar determinados aspectos complejos, aspecto que no dejará de estar presente, dado además que también el ámbito sancionador puede presentar facetas o aspectos muy variables. No puede perderse de vista el papel crucial de las autoridades reguladoras, y del sentido de su independencia y saber profesionalizado, como aspecto directamente presente en el ejercicio de la potestad sancionadora, que forma parte importante de su actuación, no solo por ella en sí misma, sino por el conjunto que forma con el ejercicio de sus otras potestades,

³³ Precisamente Beladiez, en un análisis que no pierde actualidad, dijo que el no haber justificado la invalidez en el específico carácter sancionador del procedimiento le permitió a la sentencia establecer una doctrina con carácter general: M. Beladiez Rojo (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, págs. 150-155.

como bien se ha constatado también en el sector audiovisual³⁴, y entre ellas, de modo destacado, las de efectuar requerimientos. Que cuando hablemos de imposición de sanciones haya de estar presente un elemento más intenso de garantías no debe impedir tampoco reconocerlo. La sentencia, como hemos visto, cierra el paso de manera parece que total a un reconocimiento de margen de apreciación con deferencia judicial incluida al tratarse de un supuesto sancionador. Habrá que ver si en el futuro se abre alguna puerta, desarrollando las potencialidades de alguna jurisprudencia anterior que ofrecía más posibilidades³⁵.

3. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NECESITADOS DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS Y LA RELEVANCIA DE LA FUNCIÓN DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS

Ciertamente de manera inseparable al factor anterior en nuestro caso, pero con una esfera más amplia, se plantea el tema de la necesidad de concretar los conceptos jurídicos indeterminados. Es este un tema que sin duda plantea dudas importantes, en concreto en el ámbito de la publicidad audiovisual y más en particular en relación con el concepto de prominencia indebida, aunque tal tipo de problemas se pueden plantear y se plantean en otros muchos ámbitos. Ya vimos cómo la propuesta de directiva apelaba a los problemas de su aplicación para prescindir de dicho requisito; pero ya vimos también que finalmente se mantuvo³⁶.

En nuestro caso, como hemos explicado, para el TS, el estar ante un caso de ejercicio de potestad sancionadora impide entender que haya un espacio de apreciación en manos de la CNMC y solo controlable judicialmente con criterios de razonabilidad. El «control pleno» que se dice que procede en estos casos parecería cerrar esa puerta³⁷. Lo cual, por otra parte, parece que apuntaría a poder admitirlo

³⁴ Puede verse, por ejemplo, refiriéndose a temas relacionados con la regulación de la publicidad, B. Andrés Segovia (2017), «La regulación sobre publicidad audiovisual», en A. Boix Palop, J. M. Martínez Otero y G. Montiel Roig (coords.), *Regulación y control sobre contenidos audiovisuales en España*, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 321-323.

³⁵ Puede verse al respecto, especialmente, el capítulo segundo en Malaret i Garcia (dir.) (2019).

³⁶ La sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2019, rec. 363/2017 (ponente, Buisan García), comenta así dicha dificultad, conectándola con dicha propuesta: «Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya concreción no resulta sencilla tal y como hace constar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en curso, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado».

³⁷ También la sentencia de la Audiencia Nacional de nuestro caso era aquí contundente: véase la siguiente frase de su FJ 8: «En definitiva, la indefinición con que se establecen los

en supuestos no estrictamente sancionadores, aunque la concepción más formal de los conceptos jurídicos indeterminados parece cerrar el paso sustancialmente también a tal reconocimiento³⁸. Creemos que aquí hay que recordar que los márgenes de apreciación en manos de las autoridades reguladoras en sectores sensibles y complejos tienen un sentido y justificación particular precisamente cuando se trata de interpretar conceptos jurídicos indeterminados que constituyen la premisa de aplicación de la norma. La posición institucional y la configuración organizativa y procedimental (que hemos podido ver ejemplificada al comentar la resolución sancionadora comentada en nuestro caso) de dichas autoridades obliga a insistir en esta perspectiva; no olvidemos, por otra parte, que uno de los objetivos de la directiva de 2018 era precisamente el de reforzar la independencia y garantizar los recursos y potestades de estas autoridades. Se puede matizar su alcance, su intensidad, sus detalles, en función de cada caso; pero resulta hoy en día muy difícil negar dicho margen de apreciación asociado a un cierto nivel de deferencia judicial. En este sentido, por tanto, es difícil hablar de márgenes de apreciación sin márgenes de decisión³⁹.

4. EL VALOR JURÍDICO DIVERSO Y DIFERENCIABLE DE LOS INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW*

El asunto plantea una perspectiva todavía suplementaria de interés, que es la presencia de instrumentos que podemos englobar en el *soft law* que forman parte de la determinación precisa del concepto indeterminado a aplicar. Ya presentamos en qué términos se formula y se plantea en este caso el acuerdo de la CNMC de 2014, y ya pusimos énfasis en sus puntos clave. Las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo ya hemos visto también que llevan a cabo una operación de invalidación de su papel, por decirlo así, en el caso controvertido. No es la primera vez que algo así ocurre. Ya hubo un episodio también relevante en la STS de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013 (ponente, Campos Sánchez-Bordona), a efectos de determinación de cuantía de sanciones en el ámbito de la defensa de la competencia, a propósito de la comunicación de

límites del art. 17.3, resultan un tanto incompatibles con la concreción y rigurosidad que debe exigirse para la imposición de sanciones, cuya apreciación no puede descansar en opiniones ni en conceptos jurídicos indeterminados».

³⁸ Sobre ello, también se pueden encontrar, en relación con nuestro ordenamiento jurídico, puntos de vista diversos, con referencias bibliográficas más abundantes, en Malaret i Garcia (dir.) (2019), por ejemplo, de la misma autora en el capítulo primero (especialmente, págs. 34-40), de M. Timón Herrero en el capítulo cuarto (especialmente, págs. 237-245) y de N. Ruiz Palazuelos en el capítulo sexto (especialmente, págs. 295-299).

³⁹ En palabras de Laguna de Paz. Al respecto, es muy ilustrativa la riqueza de matices y de contenidos presente en J. C. Laguna de Paz (2019), *Derecho Administrativo Económico*, 2ª ed., Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, págs. 364-365; 400-412; 699-700.

la CNC de 6 de febrero de 2009, apuntando a su falta de carácter vinculante y a su improcedencia como base legal para determinar por vía reglamentaria aspectos relacionados con el ejercicio de la potestad sancionadora⁴⁰. De los argumentos utilizados en las sentencias de nuestro caso cabe distinguir los siguientes aspectos.

Sobre su carácter relativamente anacrónico, ya nos hemos pronunciado al hablar de los cambios normativos europeos. Se recordará también que en este caso las sentencias destacaban el carácter de respuesta a consultas del acuerdo de 2014, vinculado a su falta debida de habilitación legal. Dice en concreto la sentencia del TS que el acuerdo «no se dicta en virtud de una concreta habilitación o competencia que se atribuye por ley a la CNMC». La adopción del acuerdo se basa, en efecto, en ejercicio de las funciones consultivas previstas por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su art. 5.2. Y ello tiene el valor que tiene. Señala después (también en el FJ 5) el Supremo que:

[...] —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 [...] 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 [...].

Sin embargo, en pocas líneas de distancia, aparecen los términos «invalidez» y «valor específico» en referencia a dicho acuerdo. Esto puede poner de manifiesto que, en la valoración jurídica que se produce, al sembrarse dudas sobre el valor de estos instrumentos, cabría matizar más la cuestión. Una cosa es el carácter vinculante en el sentido más pleno, y otra cosa es que dichos instrumentos no puedan tener un determinado valor jurídico relevante. Que ese valor jurídico puede ir asociado a una aportación de mayor transparencia, predeterminación de criterios, objetividad, publicidad y transparencia (aunque la sentencia señala que «tan solo» figuran en la página web), y, por tanto, precisamente, mayor seguridad jurídica, elemento a integrar en el proceso interpretativo y valorativo de aplicación de la ley por parte de las autoridades reguladoras, es algo sobre lo que parece que tampoco pueda haber muchas dudas. Ciertamente, el valor jurídico de estos instrumentos u otros similares ofrece no pocas dificultades, como ha mostrado especialmente Sarmiento⁴¹; pero no cabe obviar la pluralidad de registros que hace posible su

⁴⁰ Sobre la virtualidad de este tipo de mecanismos para una mayor objetividad, transparencia y «autovinculación» en los procesos de toma de las decisiones, puede verse F. J. Rodríguez Pontón (2011), «El principio de objetividad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora», *Documentación Administrativa*, 289, págs. 226-230.

⁴¹ Especial interés sigue teniendo su estudio, del que podemos destacar más en particular, en el ámbito sancionador, las explicaciones vinculadas al valor tipificador del *soft law*, y sus fuertes límites, y a su valor de creación de un estándar de conducta, con diversos matices:

aprehensión en el ámbito del derecho de la Unión Europea⁴², ámbito en el que ofrecen una especial riqueza, dado también el contexto de las relaciones entre ordenamientos jurídicos, y también la naturaleza particular del derecho de la Unión; pero que no deja de ser prolijo en enseñanzas en este aspecto, a la hora de «tener en cuenta», en la medida pertinente en cada caso, este tipo de instrumentos.

Otra cosa es el modo concreto en que se utilicen estos instrumentos, como inmediatamente comentaremos.

V. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE EL ALCANCE DE LA SENTENCIA

En definitiva, la sentencia, sobre la base de una determinada concepción de los temas sustantivos que hemos abordado, concluye que no cabe confirmar la actuación de la CNMC. Hay, sin embargo, un argumento más que conduce a la decisión. En su FJ 5 la sentencia del TS señala que la CNMC, en su resolución, «se limita a trasladar los criterios» del acuerdo mencionado para fundamentar la sanción impuesta. Esto enlaza con un argumento relativo al modo de implementar los conceptos jurídicos indeterminados. Y es que, justo después de referirse al valor limitado del acuerdo, el TS afirma lo siguiente (FJ 5):

[...] 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.

Y, sobre todo, después, en el FJ 6, indica:

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 men-

D. Sarmiento (2008), *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Cizur Menor: Thomson Civitas, págs. 181-194. Por otra parte, solo podemos apuntar aquí el tema, también son muy interesantes las connotaciones que tiene, de cara a una motivación conforme a reglas racionales de las decisiones con márgenes de apreciación, el tema de la actividad planificadora, como ha expuesto J. M. Rodríguez de Santiago (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, especialmente págs. 31-39, 68-69 y 92-101.

⁴² Puede verse también, con carácter general, D. Sarmiento (2020), *El Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, págs. 283-285.

ciones y expresiones verbales meramente coloquiales que se insertan en el contexto y guion de un programa especializado, como es el de decoración y bricolaje —que promueve la realización propia de objetos—, no suponen en sí mismas una promoción directa del producto ni dotan de prominencia indebida al emplazamiento.

Si lo que se quiere decir es que cabe huir de todo automatismo, no se puede estar más que de acuerdo. Al lector corresponde juzgar también este aspecto contrastando los juicios de hecho efectuados por la CNMC, en primer lugar, y por la Audiencia Nacional, producto de la actividad probatoria procesal. Lo que tampoco parece ofrecer demasiadas dudas es que ello no es de ningún modo incompatible con la existencia de instrumentos interpretativos o de predeterminación de criterios, tengan la expresión formal que tengan, que coadyuven a una decisión más objetiva. Y lo que tampoco parece fácil es asumir que, en un ámbito en el que se han diseñado medios organizativos y materiales para la toma de decisiones basada en el conocimiento y experiencia institucionalizados en una autoridad independiente, finalmente se imponga una actuación judicial meramente sustitutiva; que ocupa el lugar de una apreciación detallada y motivada de los hechos. De hecho, la respuesta a la cuestión de interés casacional, además de señalar el control jurisdiccional pleno, incorpora en su contenido relativo al concepto indeterminado de prominencia indebida elementos coincidentes con los que hallamos en el acuerdo de la CNMC —tratamiento de la imagen, o tipo de expresiones verbales—, criterios que utilizaba y sin duda continuará utilizando la CNMC. De modo que el carácter «pleno» del control judicial, que se declara en la respuesta a la cuestión de interés casacional, no puede implicar prescindir de la relevancia material de los criterios adoptados por la autoridad reguladora. Ya en alguna sentencia anterior, la Audiencia Nacional⁴³ había manejado con normalidad los criterios del acuerdo de la CNMC como un elemento más a la hora de aplicar la

⁴³ Nos referimos a la ya mencionada SAN de 25 de julio de 2019, rec. 363/2017 (ponente, Buisan García), en cuyo FJ 6 se incluyen en los elementos a tener en cuenta, con toda normalidad, el acuerdo de la CNMC de 2014 e incluso otros criterios anteriormente existentes. Lo hace así: «Ha de tenerse asimismo en cuenta el Acuerdo de la CNMC 17 de septiembre de 2014, por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas, que contiene una serie de criterios sobre lo que ha de considerarse emplazamiento indebido de productos, entre ellos, que no se incite directamente a la compra del producto ni se haga promoción concreta del mismo, poniendo como ejemplo la mención verbal a sus virtudes u otras características del producto, y que no se dé prominencia indebida al producto, bien por su presencia recurrente o la manera en que se presentan o destacan.

Resultando asimismo de interés, a efectos hermenéuticos, los criterios que sobre emisiones publicitarias establece la Circular de la Subdirección General de 20 de enero de 2004 que, aun siendo de fecha anterior a la admisión y destipificación del emplazamiento de productos en nuestra legislación, sí fija las condiciones que ha de cumplir la presencia o utilización de productos o servicios dentro de un programa, para que no pueda considerar-

normativa vigente, sin perjuicio de que al final acabara discrepando, con explícita mención, sin embargo, a la utilización de los propios criterios del acuerdo de la CNMC, en la aplicación llevada a cabo por la CNMC a la vista de los elementos de prueba⁴⁴. La clave está en lograr un equilibrio adecuado, en el que cada institución aporte motivadamente los elementos más pertinentes —unos como autoridad reguladora, otros como órganos de tutela judicial— para que al final las decisiones se enriquezcan lo más posible de su respectiva aportación, todo ello lejos de automatismos y rigideces. Cierta jurisprudencia ya había mostrado la capacidad de avanzar en esta línea; pero el camino, como hemos podido comprobar, no será fácil de consolidar.

se publicidad encubierta, concepto jurídico que, como ya hemos referido, se contraponen al de emplazamiento». Condiciones que son las siguientes:

Que la presencia del producto forme parte del decorado o atrezzo lógico del programa y se produzca de forma no reiterada, ni en número tal que desvirtúe su condición de elemento decorativo o necesario en la escena.

Que no se realice mención verbal alguna al producto presentado y menos aún a sus posibles virtudes o ventajas.

Que no se resalte la presencia del producto o marca mediante la ubicación de carteles publicitarios que formen parte del decorado.

Que el contenido del guion no se vea influido artificialmente por la inclusión de estos elementos publicitarios.

Que no se remarque artificialmente la presencia del producto mediante encuadres o movimientos de cámara, alterando el normal desarrollo de la narración audiovisual, ni forzando una ruptura o distorsión en la continuidad narrativa.

⁴⁴ Dice así la sentencia en su FJ 7: «Ello [la decisión de la Audiencia Nacional contraria a la resolución sancionadora de la CNMC] de conformidad con la normativa y los criterios interpretativos expuestos en los fundamentos jurídicos anteriores y tomando además en consideración que cuando la Directiva 2010/13/UE establece de forma expresa que «se debe prohibir el emplazamiento de producto cuando se realiza de manera encubierta», está reforzando el derecho del operador de televisión a emitir contenidos con emplazamiento de productos cuando éste ha sido correctamente señalado».