



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 114/2016, de 26 de enero de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 250/2014

SUMARIO:

Comunicación audiovisual. Impugnación del RD 21/2014 sobre comunicación comercial televisiva. Telepromociones. Emplazamiento del producto. Puede convenirse en que la diferencia entre los anuncios o spots publicitarios y las telepromociones no descansa solamente en el dato de la respectiva duración de unos u otros. Ahora bien, aun siendo cierto que la mayor duración de la telepromoción no es su dato definitorio esencial y exclusivo (como así es), no es menos cierto que se trata al fin y al cabo de un elemento característico y singularizador frente a los spots publicitarios. Eso es así porque la peculiar naturaleza, contenido y forma de elaboración, presentación y emisión de las telepromociones requiere necesariamente de una duración del mensaje mayor que la típica de los spots. Por eso, puede decirse que las telepromociones no lo son porque duren más, sino que duran más precisamente porque son telepromociones. De ahí que la duración de las comunicaciones comerciales audiovisuales en forma de telepromoción han de tener una duración mayor que la de los spots, siendo este un dato que permite diferenciar una forma de comunicación de la otra. El hecho de que el emplazamiento de producto, para ser tenido como tal a efectos de su permisibilidad y cómputo, se realice a cambio de una contraprestación con valor significativo, comporta una consecuencia, a saber, que, en el supuesto de que el emplazamiento se produzca mediante el suministro gratuito de bienes o servicios que no tengan un «valor significativo», esta forma de comunicación comercial será plenamente legítima y, además, no tendrá que observar las limitaciones propias del régimen de emplazamiento de producto.

PRECEPTOS:

Directiva 2010/13/UE (servicios de comunicación audiovisual), arts. 1, 4, 11, 18.1 y 23.

Ley 7/2010 (General de la Comunicación Audiovisual), arts. 2 y 14.

RD 1624/2011 (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), arts. 9.1 y 14.

PONENTE:

Doña María Isabel Perelló Doménech.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: TERCERA



www.civil-mercantil.com

S E N T E N C I A

Sentencia N°: 114/2016

Fecha de Sentencia: 26/01/2016

REC.ORDINARIO(c/d) Recurso Núm.: 250/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 12/01/2016

Procedencia:

Ponente: Excma. Sra. D^a. María Isabel Perelló Doménech Secretaria de Sala : Ilma. Sra. D^{ña}. Aurelia Lorente Lamarca Escrito por: BPM

Nota:

Comunicación comercial televisiva. Telepromoción. -Transposición de la Directiva en la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual. Incorporación del art.14 y nueva redacción dada al art.9.1 del Reglamento de desarrollo (RD 1624/2011) por el RD 21/2014. - UTECA.-

REC.ORDINARIO(c/d) Num.: 250/2014

Votación: 12/01/2016

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

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. D^{ña}. Aurelia Lorente Lamarca

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor



www.civil-mercantil.com

D. Diego Córdoba Castroverde

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil dieciséis. Esta sala ha visto el recurso contencioso-administrativo número 1/250/14, interpuesto por «UNIÓN DE TELEVISIONES COMERCIALES EN ABIERTO (UTECA)», representada por la Procuradora D^a. Magdalena Cornejo Barranco, bajo la dirección letrada de D. Santiago Muñoz Machado, contra el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, en materia de comunicación comercial televisiva. Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por la Abogacía del Estado y como parte codemandada el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en representación de la «ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ANUNCIANTES CORPORACIÓN RTVE».

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Dictado 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, fue publicado en el BOE de 22 de enero de 2014.

Segundo.

La representación procesal de «UNIÓN DE TELEVISIONES COMERCIALES EN ABIERTO (UTECA)», mediante escrito de 19 de marzo de 2014, interpuso recurso contencioso-administrativo y formalizó su demanda contra el mencionado Real Decreto, en el que expuso los siguientes fundamentos jurídicos:

I.- La regulación de la Telepromoción en el derecho comunitario europeo como marco preceptivo para la legislación española.

II.- La correcta transposición de la Directiva en la Ley 7/2010, General del Audiovisual y la vulneración de lo establecido en la Ley, en punto al derecho de Telepromoción, por el artículo 9.1 del RD 21/2014, que impugnamos.

III.- La nueva redacción dada al artículo 9.1 RD 1624/2011 por el RD 21/2014 es contraria al derecho comunitario y también a la Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual.

1. Vulneración del Derecho Comunitario.

2. Vulneración, por el nuevo artículo 9.1 que impugnamos, de lo establecido en la Ley 7/2010.

IV.- La ilegalidad del capítulo V, artículo 14 RD 21/2014.

Suplicando a la Sala se tenga por formulada demanda contra los artículos 9.1 y 14 del Reglamento aprobado por el RD 1624/2011, de 14 de noviembre, modificado por el RD 21/2014, de 17 de enero, y previos los trámites que procedan, declare su nulidad absoluta.

Por otrosí digo segundo, fija la cuantía en indeterminada. Solicita el recibimiento del proceso a prueba, y el trámite de conclusiones escritas.



www.civil-mercantil.com

Tercero.

El Abogado del Estado y la Asociación Española de Anunciantes Corporación RTVE en sus escritos de contestación a la demanda de 20 de junio y 2 de septiembre de 2014, respectivamente, suplicaron se dictase sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto, con costas.

Por otrosí digo estiman la cuantía del proceso en indeterminada, y se oponen al recibimiento del pleito a prueba.

Cuarto.

Mediante Decreto de 5 de septiembre de 2014, se fija la cuantía como indeterminada.

Quinto.

Por Auto de 10 de octubre de 2014, se acordó recibir el proceso a prueba, teniéndose por reproducido el CD-3 acompañado con la demanda.

Sexto.

Practicada la prueba admitida y declarada pertinente, se acordó el trámite de conclusiones escritas, que fue evacuado por «UTECA», la «ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ANUNCIANTES», y por el Abogado del estado.

Séptimo.

Se señaló para votación y fallo el día 12 de enero de 2016, fecha en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. María Isabel Perelló Doménech , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La «UNIÓN DE TELEVISIONES COMERCIALES EN ABIERTO (UTECA)» interpone el presente recurso contencioso- administrativo contra el 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 Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre (BOE de 22 de enero de 2014).

La impugnación se ciñe a la modificación del artículo 9.1 del anterior Reglamento de 2011, así como al nuevo artículo 14 añadido por este Real Decreto que ahora se impugna.

Así, discute en primer lugar la parte recurrente la nueva redacción del artículo 9.1, que establece lo siguiente:



www.civil-mercantil.com

« 1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 7/2010 , de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se considerará que la telepromoción tiene una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario siempre que supere los 2 minutos.»

Esta nueva y controvertida redacción se diferencia de la anterior del mismo precepto, establecida en el Real Decreto de 14 de noviembre de 2011, que decía:

« 1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se considerará que la telepromoción tiene una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario siempre que supere los 45 segundos »

Por tanto, la diferencia entre el texto reglamentario de 2011 y el ahora cuestionado de 2014, en la que centra su impugnación la entidad actora, es que aquél fijó la duración mínima de la telepromoción en 45 segundos y éste la fija en 2 minutos.

Por otra parte, el artículo 14 asimismo impugnado, referido al "emplazamiento de producto" (forma de comunicación comercial que regula el artículo 17 de la Ley en términos que, a juicio de la parte, se mueven en términos señaladamente diferentes de los que utiliza el Real decreto que la desarrolla), establece lo siguiente

« Artículo 14. *Condiciones y requisitos del emplazamiento de producto.*

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

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

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

Siempre a juicio de la parte recurrente, la regulación de los "emplazamientos de producto" incorporado a este novedoso precepto es contraria a Derecho por infringir tanto la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual como la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Segundo.

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

En el desarrollo argumental de su impugnación razona la demandante que las telepromociones tienen su particular forma de presentación y características singulares suficientes para diferenciarlas del spot publicitario convencional, que constituyen formas de promoción de duración generalmente muy corta y con un impacto sugestivo muy importante, que se presentan generalmente agrupados conforme a una periodicidad variable durante o entre los programas y que son producidos por quienes suministran bienes o servicios o por sus agentes, más que por las propias entidades de radiodifusión.

Precisamente por reunir esas características -continúa la recurrente-, la telepromoción es una forma de mensaje publicitario distinta del anuncio, y por eso la telepromoción está sometido a un límite horario distinto y adicional al de los anuncios: 36 minutos por día y 3 minutos por hora. Ahora bien -puntualiza la recurrente- de todos los conceptos y expresiones que la Ley utiliza, hay una, la expresión «un tiempo claramente superior a la duración de un mensaje publicitario», que no está exactamente determinada y que ha de ser labor que debe ser llevada a cabo teniendo cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario referida a la interpretación de las directivas de televisión que ha subrayado la exigencia de interpretar las normas del modo más favorable a la libertad de los operadores de televisión. Pues bien, el Real Decreto 1624/2011, que desarrolló la Ley en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, podría haberse limitado, considerando que la duración convencional de un spot publicitario es de 20 segundos, a señalar para las telepromociones una duración de 30; pero no lo hizo así, y de modo que la actora entiende no fundado señaló una duración de 45 segundos, a través del artículo 9 apartado 12, sí ya esos 45 segundos carecían realmente de fundamento, ocurre que la reforma reglamentaria aquí y ahora cuestionada ha aumentado más aún esa duración, fijándola en dos minutos.

Denuncia la actora que esta determinación establecida en el artículo 9.1 del Real Decreto 1624/2011, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 21/2014, constituye una grave restricción de la libertad de comunicación audiovisual que no tiene amparo en lo establecido ni en la Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo de 2010, ni en la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual. La contradicción con el Derecho comunitario resulta -siempre según el parecer de la parte recurrente- de que la Directiva 2010/13/UE, a la que la nueva redacción del Reglamento sobre comunicación comercial televisiva trata de acomodarse, no contiene prescripción alguna que imponga que las promociones tengan una duración superior a dos minutos. Ciertamente es - advierte - que las telepromociones son formas de publicidad distintas de los anuncios o spots tradicionales, y uno de los rasgos particulares puede radicar en su mayor duración; pero lo decisivo no es su mayor duración solamente, sino el conjunto de las características diferenciales de su presentación; y lo cierto es que la directiva citada no exige que en todo caso la duración de la telepromoción sea superior a dos minutos, ni las dos sentencias fundamentales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que la han interpretado (RTI de 12 de diciembre de 1996, y Comisión c. España de 24 de noviembre de 2011) lo imponen tampoco. En esta sentencia la demandante entiende que no puede convertirse la duración de más de dos minutos, utilizada como simple criterio en la deliberación sobre hechos ocurridos en 2005, en una regla o norma de obligada aplicación diez años después.

Considera la recurrente, en este sentido, que la vulneración de la Directiva 2010/13/UE se produce porque, aun no siendo ésta una directiva de armonización total, sino que permite a los Estados miembros añadir disposiciones más restrictivas, impone no obstante que la aplicación de sus normas sea llevada a cabo con criterios de flexibilidad y a favor de la libertad de comunicación y de emisión de publicidad cuando «ello no perjudique indebidamente la integridad de los programas» (apartado 81 del preámbulo de la Directiva); siendo contraria a



esa flexibilidad la imposición a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de obligaciones estrictas que no están señaladas en las normas de las que trae referencia. Recuerda la actora, a este respecto, que la sentencia ARD de 28 de octubre de 1999 declaró que las disposiciones de la Directiva que imponen una limitación a la libre difusión de emisiones por televisión deben interpretarse restrictivamente cuando no estén redactadas en términos claros e inequívocos; y más aún, la misma Comisión Europea tuvo ocasión de insistir en la pertinencia de utilizar tal criterio en las directrices interpretativas que aprobó en el año 2004 [de la Comisión de las Comunidades Europeas de 23 de abril de 2004, C(2004) 1450, relativa a algunos aspectos de las disposiciones de la directiva Televisión sin fronteras sobre la publicidad televisiva], en las que sostiene que en caso de duda deberá aplicarse el criterio más favorable al operador en virtud del principio " in dubio pro libertate ".

Afirma la recurrente que el nuevo artículo 9.1 infringe asimismo la Ley 7/2010 , desde el momento que los artículos 2.27 y 14.1 de la Ley 7/2010 no establecen una limitación para las promociones consistente en que hayan de tener una duración mínima de dos minutos; sino que delimitan el derecho a la emisión de telepromociones con otros criterios.

En suma, considera la recurrente que el artículo 9.1 del Decreto 1624/2011 , en la redacción dada por el Decreto 21/2014, es ilegal, pues insertándose este precepto en un reglamento ejecutivo de la Ley 7/2010, dicho reglamento ha de limitarse a interpretarla y desarrollarla en lo preciso para hacer posible su aplicación, sin añadir a los de la ley contenidos nuevos, especialmente si resultan restrictivos de la libertad o los derechos individuales consagrados por la Constitución o las leyes.

Pero más aún -continúa la recurrente su extenso alegato- también es ilegal la nueva regulación de las telepromociones introducida por el Real Decreto 21/2014 por otra razón, porque cambia el sentido y hace imposible la aplicación de las previsiones del artículo 14, apartado 12, de la Ley 7/2010 , donde está previsto que «el conjunto de telepromociones no supere los treinta y seis minutos al día ni los tres minutos por hora de reloj». Eso es así porque tanto esta previsión como la establecida en el Real Decreto 1624/2011, cuando imponía que la telepromoción habría de tener una duración superior a cuarenta y cinco segundos, estaban permitiendo que en el espacio de una hora se emitieran hasta tres telepromociones de cuarenta y cinco segundos de duración cada una de ellas. Sin embargo, el cambio que lleva a cabo el Real Decreto 21/2014, al imponer la regla de los dos minutos de duración mínima, conduce a la consecuencia necesaria de que el «conjunto de las telepromociones» a que se refería el artículo 14.1 de la Ley no podrá tener una duración límite de tres minutos, como ésta permite, sino de dos. La constatación que conduce a esta conclusión es que sólo cabe una telepromoción de dos minutos dentro del límite de tres minutos a la hora fijado en aquel precepto legal, ya que si se emitieran dos telepromociones se superaría este último límite. Lo que conduce a que necesariamente, por imperativo del Reglamento y no por determinación de la Ley, no será de tres minutos el límite del «conjunto de las telepromociones» sino de dos.

Por lo que respecta a la impugnación del artículo 14, referido al llamado «emplazamiento de producto», comienza la recurrente su exposición señalando que el emplazamiento de producto está definido en la Directiva 2010/13/UE , artículo 1.1.m, del siguiente modo:

«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 ». Esta misma Directiva regula el emplazamiento de producto en su artículo 11, cuyo apartado 2º establece un régimen general es de prohibición de tal forma de publicidad, si bien formula inmediatamente a continuación una excepción a esta regla en el apartado siguiente, 3º.



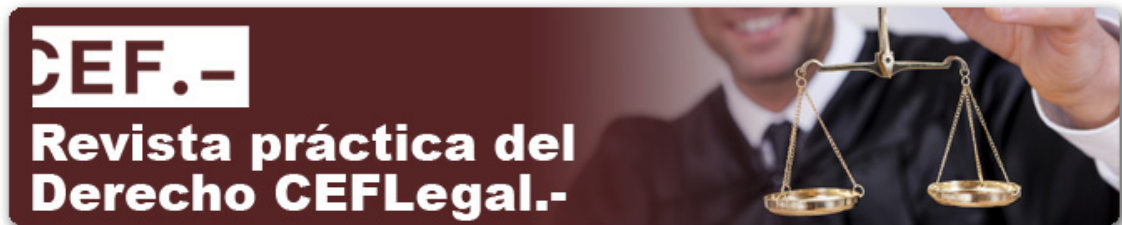
www.civil-mercantil.com

No hay, por tanto -afirma la actora- contradicción, sino una marcada línea de continuidad entre lo establecido en la Directiva y en la Ley 7/2010, General de la comunicación audiovisual . Pero, sorprendentemente -dice-, el Real Decreto 21/2014 ha regulado el emplazamiento de producto añadiendo un artículo 14 al Real Decreto de 2011, que tiene de singular que añade a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 7/2010 la siguiente precisión: « ... 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». Más todavía, el apartado 2 del mismo artículo 14 también contiene añadidos y precisiones importantes al régimen del emplazamiento de producto fijado en la Ley. Reitera que también es admisible dicho emplazamiento «en los casos en que no se produzca pago alguno, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios» , pero añadiendo siempre que estos bienes o servicios no tengan valor significativo, en los términos que se indican.

Según el parecer de la recurrente, las innovaciones respecto de la Ley 7/2010 y la Directiva 2010/13/UE solo generan inseguridad y confusión, e implican una modificación del concepto legal de "emplazamiento de producto" que conlleva restricciones a la libertad de comunicación y a la libertad de empresa, por completo inaceptables si se formulan, como es el caso, en una norma de carácter reglamentario. Y ello por cuanto el apartado 1 del nuevo artículo 14 modifica la definición legal de emplazamiento de producto al precisar que éste debe realizarse a cambio de una remuneración o contraprestación similar. Sin embargo, en el apartado siguiente se contempla el emplazamiento realizado a cambio de un pago en especie (suministro gratuito de bienes o servicios, ayudas materiales a la producción, o premios), estableciendo para esta modalidad de pago en especie muy serias restricciones que de hecho conducen a su abolición práctica. En efecto -razona la demandante-, por más que se lea el texto de los apartados 1 y 2 del artículo 14, no hay manera de distinguir los casos en que el emplazamiento de producto está realizado «a cambio de una remuneración o contraprestación similar» (si esto último implica que no es dineraria) y por tanto quedaría regido por el apartado 1 del artículo 14, y aquellos otros en que el emplazamiento de producto se hace a cambio de un pago en especie (que no se sabe muy bien en qué puede distinguirse de una «contraprestación similar») y quedaría sometido a la regla del apartado 2 del artículo 14.

Más aún -añade-, algunos de los conceptos que utiliza el nuevo Reglamento no existen en el mercado. Especialmente, para determinar cuándo los bienes y servicios que se ofrecen como contraprestación de un emplazamiento de producto tienen «valor significativo», se indica que así ocurre «cuando el importe de los referidos bienes y servicios 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»; pero el concepto «tarifa estándar», no existe en la práctica de funcionamiento del mercado publicitario en televisión. En efecto, los operadores de televisión, o las empresas que comercializan su publicidad, publican periódicamente las condiciones generales de contratación de publicidad, que pueden calificarse de tarifas oficiales, pero que no son aplicadas de un modo estandarizado nunca, ya que la contratación de publicidad se lleva a cabo en la práctica siguiendo una gran variedad de modelos, que se adaptan considerando las condiciones del caso, el carácter de la empresa que contrata y las características de los espacios que se venden, su cuantía, duración, localización.

Finalmente -prosigue la actora su exposición-, si el producto objeto de emplazamiento no tiene «valor significativo», no podrá considerarse emplazamiento de producto y quedará excluido de esta fórmula publicitaria. Lo que significa que productos de bajo coste, que valen menos que un spot, como las botellas de agua mineral tan frecuentemente emplazadas en las tertulias o entrevistas, el aceite o el tomate frito, habituales en los programas de cocina, etc., quedarán expulsados de la aludida modalidad publicitaria. En definitiva, sostiene la



www.civil-mercantil.com

demandante, el nuevo artículo 14 es nulo por extralimitarse en relación con el contenido de la Ley, y de la propia Directiva.

Tercero.

El examen del debate procesal entablado ha de partir del marco jurídico comunitario regulador de la actividad de publicidad televisiva, recogido actualmente en la Directiva 2010/13/UE 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).

Comenzando por su preámbulo, el apartado 41 puntualiza 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 similares términos el apartado 83 señala que

«Para asegurar de forma completa y adecuada la protección de los intereses de los consumidores como telespectadores, es básico que la publicidad televisiva se someta a un cierto número de normas mínimas y de criterios y que los Estados miembros tengan la facultad de fijar reglas más detalladas o más estrictas y, en determinados casos, condiciones diferentes para los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia».

El apartado 81 señala que «La evolución del mercado y la tecnología ofrece a los usuarios una mayor capacidad de elección y responsabilidad en el uso que hacen de los servicios de comunicación audiovisual. Para guardar la proporcionalidad con los objetivos de interés general, 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».

Los apartados 84 y 85 explican, respectivamente, que «Al mismo tiempo que respetan el Derecho de la Unión, los Estados miembros deben poder fijar, para las emisiones destinadas únicamente al territorio nacional y que no puedan recibirse, directa o indirectamente, en uno o más Estados miembros, diferentes condiciones relativas a la inclusión de publicidad y distintos límites aplicables al volumen de publicidad con el fin de favorecer la difusión de este tipo de emisiones»; y que «Dado el incremento de posibilidades que tienen los espectadores para eludir la publicidad a través del uso de las nuevas tecnologías, como los grabadores personales de vídeo digital y la mayor oferta de canales, no está justificada una reglamentación pormenorizada en materia de inserción de anuncios con el objetivo de proteger al espectador. La cantidad de tiempo por hora en que es admisible la publicidad no debe incrementarse, pero la presente Directiva debe ofrecer a los organismos de radiodifusión televisiva flexibilidad con respecto a su inserción cuando ello no perjudique indebidamente la integridad de los programas ».

En fin, los apartados 90 a 92 indican lo siguiente:

«90. 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.

91. El emplazamiento de producto es una realidad en las obras cinematográficas y las obras audiovisuales realizadas para televisión. Para garantizar la igualdad de condiciones y acrecentar así la competitividad del sector europeo de medios, son necesarias normas en materia de emplazamiento de producto. La definición de emplazamiento de producto que se establece en la presente Directiva debe englobar toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que aparezca en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar. El suministro gratuito de bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, debe considerarse emplazamiento de producto únicamente si los bienes o servicios a los que se refiere tienen un valor significativo. El emplazamiento de producto debe estar sujeto a las mismas normas cualitativas y restricciones aplicables a la comunicación comercial audiovisual. El criterio determinante para distinguir patrocinio y emplazamiento de producto es que, en el emplazamiento de producto, la referencia a un producto está incorporada en la acción de un programa, razón por la cual la definición del artículo 1, apartado 1, letra m), incluye para la expresión «figure en». Por el contrario, las referencias a los patrocinadores pueden aparecer en el programa, pero no formar parte del argumento.

92. 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».

Ya en el texto articulado, el artículo 1 contiene una larga serie de definiciones, de entre las que interesa destacar las siguientes:

« h) comunicación comercial audiovisual»: las imágenes con o sin sonido destinadas a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción. La publicidad televisiva, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto son, entre otras, formas de comunicación comercial audiovisual;

i) «publicidad televisiva»: toda forma de mensaje que se televisa a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones;

j) «comunicación comercial audiovisual encubierta»: la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se



www.civil-mercantil.com

considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar;

k) «patrocinio»: cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos;

l) «televenta»: la radiodifusión televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones, a cambio de una remuneración;

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".

El artículo 4 dispone que «Los Estados miembros tendrán la facultad de exigir a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas o detalladas en los ámbitos regulados por la presente Directiva siempre y cuando estas normas sean conformes al Derecho de la Unión» .

El artículo 11, apartados 2º y 3º, establece lo siguiente:

« 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»

Y el artículo 23 dice:

«1. La proporción de anuncios de publicidad televisiva y de anuncios de televenta no excederá del 20 % por hora de reloj.

2. El apartado 1 no se aplicará a los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y los productos accesorios directamente derivados de dichos programas, a los anuncios de patrocinio ni al emplazamiento de producto».

Hasta aquí los puntos de la Directiva más relevantes por relación con los temas controvertidos en el presente proceso. Asimismo, en relación con dichos temas han recaído diversas sentencias del TJUE, de entre las cuales nos interesa destacar en este momento dos.

La primera sentencia es la dictada el 12 de diciembre de 1996 en los asuntos C-320/94 y acumulados (asunto RTI), por la que se resolvieron varias cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 89/552/CEE (precedente de la ahora concernida).

El artículo 18.1 de esta Directiva establecía que «El tiempo de transmisión dedicado a la publicidad no deberá representar más de un 15% del tiempo de transmisión diario. No obstante, dicho porcentaje podrá ascender hasta el 20 % si incluye formas de publicidad como



las ofertas al público realizadas directamente, para vender, comprar o alquilar productos, o bien para prestar servicios, siempre que el volumen de espacios publicitarios no sea superior al 15 % ».

El órgano judicial remitente de la cuestión prejudicial preguntó al TJUE sí « I a expresión 'formas de publicidad como las ofertas al público realizadas directamente' , que figura en el artículo 18, reviste, en la normativa comunitaria, por lo que respecta a la posibilidad de aumentar hasta el 20 % el límite máximo del tiempo de emisión diario dedicado a la publicidad: a) un mero carácter de ejemplo, de forma que podría aplicarse también a otras formas de promoción distintas de los anuncios publicitarios y, por lo que respecta al caso de autos, las 'promociones televisivas', que, si bien no constituyen 'ofertas al público', pueden, no obstante, asimilarse a estas últimas, debido a algunas de sus características intrínsecas (dado que estas 'promociones televisivas' se caracterizan porque, a pesar de que pueden distinguirse claramente, mediante interrupciones adecuadas, del contexto editorial en el que se insertan, se encuentran normalmente respecto a este contexto en una relación de continuidad escénica y, además, duran más ['more time consuming']) que los anuncios, como consecuencia de los elementos de carácter de espectáculo y/o de juego que contienen, o b) un carácter explicativo y taxativo (como el que le reconoce el artículo 12 del Decreto controvertido), en el sentido de que la posibilidad de aumentar al 20 % el límite máximo del tiempo de emisión diario dedicado a la publicidad sólo se aplica a las 'ofertas al público' en sentido estricto y no se extiende a formas de publicidad como las 'promociones televisivas', precisamente en la medida en que estas últimas carecen del elemento distintivo que caracteriza a las 'ofertas'. »

Así, la sentencia identifica el objeto de la cuestión prejudicial señalando (pár. 27) que «es preciso determinar en qué supuesto(s) puede un Estado miembro aumentar del 15 al 20 % del tiempo de emisión diario el tiempo de emisión dedicado a la publicidad». Pues bien, la sentencia responde a tal cuestión en los siguientes términos:

«31. A este respecto, las ofertas directas al público son programas en los que se presentan productos que pueden encargarse directamente por teléfono, por correo o por videotexto y que se destinan a su entrega en el domicilio de los telespectadores. Por otra parte, los programas de ofertas directas al público son sustancialmente más largos que los anuncios publicitarios, que constituyen formas de promoción de duración generalmente muy corta, que tienen un impacto sugestivo muy importante, que se presentan generalmente agrupados conforme a una periodicidad variable durante o entre los programas y que son producidos por quienes suministran los productos o los servicios o por sus agentes, más que por las propias entidades de radiodifusión.

32. Entre los elementos que acaban de citarse, parece que sólo la duración de las "ofertas al público realizadas directamente", que depende de las modalidades de presentación de este tipo de promoción, puede justificar la existencia de una posibilidad de aumento de los límites máximos de emisión, con objeto de no perjudicarlas en relación con los anuncios publicitarios. El hecho de que los productos puedan, posteriormente, encargarse por teléfono, por correo o incluso por videotexto, no puede influir en modo alguno en lo que respecta al aumento de los límites máximos de emisión, en la medida en que el pedido de los productos constituye una operación totalmente distinta de la presentación televisiva que constituye el objeto de la disposición de que se trata.

33. Por lo demás, este análisis se ve confirmado por la lectura del informe explicativo que acompaña al Convenio Europeo de 5 de mayo de 1989 sobre la televisión transfronteriza, que se preparó de forma paralela a la Directiva y al que ésta se refiere en su exposición de



motivos. En efecto, del apartado 168 de dicho informe se desprende que la posibilidad de aumentar al 20 % el límite máximo de espacio publicitario diario contemplado en el artículo 12 del Convenio, disposición cuyo tenor literal es idéntico al del apartado 1 del artículo 18 de la Directiva, se justifica por la necesidad de tener en cuenta el desarrollo de nuevas formas de publicidad como la telecompra, que generalmente requieren más tiempo que los anuncios publicitarios clásicos.

34. En consecuencia, ha de considerarse que la posibilidad que ofrece la segunda frase del apartado 1 del artículo 18 de aumentar el porcentaje de tiempo de emisión dedicado a la publicidad al 20 % del tiempo de emisión diario puede utilizarse también para formas de publicidad que, sin constituir "ofertas al público", requieren, al igual que éstas y debido a sus modalidades de presentación, más tiempo que los anuncios publicitarios.

35. En la medida en que del enunciado de la primera cuestión, así como de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, resulta que las "promociones televisivas" son formas de publicidad que, debido a sus modalidades de presentación, duran más que los "anuncios", éstas pueden, en principio, acogerse a la posibilidad, reconocida por el apartado 1 del artículo 18 de la Directiva, de aumentar el porcentaje de tiempo de emisión diario dedicado a la publicidad.

36. No obstante, ha de destacarse que, con arreglo a la segunda frase del apartado 1 del artículo 18 de la Directiva, los Estados miembros no están en absoluto obligados a aumentar el tiempo de emisión diario dedicado a la publicidad. Igualmente, en el supuesto de que optaran por utilizar la facultad que les reconoce esta disposición, son libres para hacerlo únicamente en favor de determinadas formas de publicidad "more time consumig". En efecto, en la medida en que el artículo 19 de la Directiva prevé que los Estados miembros pueden adoptar "reglas más rigurosas que las del artículo 18 para el tiempo de transmisión y las modalidades de transmisión televisada de los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia [...]", dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que autoriza a los Estados miembros a adoptar normas más estrictas para la definición de los tipos de publicidad que pueden disfrutar del tiempo de emisión adicional previsto en la segunda frase del apartado 1 del artículo 18, siempre que tales normas sean compatibles con las disposiciones del Tratado.

37. De las consideraciones anteriores se desprende que la Directiva y, en particular, la letra b) del artículo 1 y el artículo 18, debe interpretarse en el sentido de que la expresión "formas de publicidad como las ofertas al público realizadas directamente", que figura en el artículo 18, reviste en la normativa comunitaria carácter de ejemplo, por lo que respecta a la posibilidad de aumentar el porcentaje máximo de tiempo de emisión diario dedicado a la publicidad y elevarlo al 20 %, de manera que puede extenderse también a otras formas de promoción como las "promociones televisivas" que, al igual que las "ofertas al público realizadas directamente", requieren, debido a sus modalidades de presentación, más tiempo que los anuncios publicitario s.».

Esta sentencia resulta de oportuna cita porque su fundamentación jurídica sería recogida con posterioridad en la sentencia de 24 de noviembre de 2011, recaída en el asunto C-281/09 (Comision c. España), que ha determinado en parte la reforma reglamentaria aquí cuestionada.



www.civil-mercantil.com

En el proceso resuelto por dicha sentencia de 2011 se aborda la interpretación y aplicación del artículo 18 de la Directiva 89/552 tras la modificación introducida por la Directiva 97/36, que establecía lo siguiente:

« 1. El tiempo de transmisión dedicado a anuncios publicitarios, de televenta o a otras formas de publicidad, con excepción de los bloques de televenta a que se refiere el artículo 18 bis, no rebasará el 20 % del tiempo de transmisión diario. El tiempo de transmisión de anuncios publicitarios no rebasará el 15 % del tiempo de transmisión diario.

2. El tiempo dedicado a anuncios publicitarios y anuncios de televenta dentro de una determinada hora de reloj no rebasará el 20 % » .

La Comisión había demandado al Reino de España, denunciando que España venía interpretando el concepto de «otras formas de publicidad» de un modo tan amplio que incluía determinados tipos de publicidad que, a juicio de la Comisión, encajaban en la categoría de anuncios publicitarios.

Así, el fundamento jurídico 23º de la sentencia resume el objeto del proceso en los siguientes términos: «Conviene recordar que el recurso de la Comisión se refiere a cuatro tipos de publicidad que emiten las cadenas de televisión españolas: los publirreportajes, las telepromociones, los anuncios publicitarios de patrocinio y los microespacios publicitarios. La Comisión considera que la emisión en España de estos cuatro tipos de publicidad encaja dentro del concepto de anuncios publicitarios, mientras que el Reino de España estima que éstos representan «otras formas de publicidad» y que, como tales, la duración de su emisión está sujeta a límites horarios y diarios diferentes»;

Pues bien, ante la impugnación de la Comisión, respondió el TJUE mediante los siguientes fundamentos:

47. En particular, la Directiva 89/552 no sólo fijó límites al tiempo de emisión de la publicidad televisada, tal como ésta se define en su artículo 1, letra c), sino que estableció, según resulta de lo dispuesto en su artículo 18, apartado 2 , una distinción entre límites diarios y límites horarios. Pues bien, esta distinción toma en consideración la circunstancia de que los límites horarios, a diferencia de los límites diarios, tienen una incidencia directa en las horas de mayor audiencia, es decir, en aquellas horas en las que es mayor la necesidad de proteger a los telespectadores.

48. Tal como señala el Reino de España, es verdad que en la sentencia de 28 de octubre de 1999, ARD (C-6/98 , Rec. p. I-7599), apartados 29 y 30, el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones de la Directiva 89/552 que imponen una limitación a la libre difusión de emisiones por televisión deben interpretarse restrictivamente cuando no estén redactadas en términos claros e inequívocos.

49. Pero no es menos cierto que, tal como señaló el Abogado General en el punto 75 de sus conclusiones, el concepto de «anuncios publicitarios» que resulta del artículo 18 de la Directiva 89/552 debe interpretarse teniendo en cuenta el objetivo de ésta, consistente en conciliar el ejercicio de la libertad de difundir publicidad en televisión con la necesidad de proteger a los telespectadores frente a una difusión excesiva de publicidad.

50. A este respecto, el Tribunal de Justicia también precisó, tal como la Comisión recordó acertadamente, que los anuncios publicitarios constituyen formas de promoción de



duración generalmente muy corta, que tienen un impacto sugestivo muy importante, que se presentan generalmente agrupados conforme a una periodicidad variable durante o entre los programas y que son producidos por quienes suministran los productos o los servicios o por sus agentes, más que por las propias entidades de radiodifusión (sentencia RTI y otros, antes citada, apartado 31).

51. En la sentencia RTI y otros, el Tribunal de Justicia, en relación con la delimitación del concepto de anuncios publicitarios respecto del concepto de formas de publicidad como las «ofertas al público realizadas directamente», previsto por la Directiva 89/552 en su versión original, declaró fundamentalmente que la justificación de que se elevaran con carácter excepcional los límites de la emisión de tales ofertas radicaba en el hecho de que su duración era mayor, debido a sus modalidades de presentación, y de que la aplicación de los límites de tiempo de emisión previstos para los anuncios publicitarios suponía un trato desfavorable para esas ofertas frente a tales anuncios. El Tribunal de Justicia destacó, por otra parte, que esos criterios también podían utilizarse en relación con otras formas de promociones (véase, en este sentido, la sentencia RTI y otros, antes citada, apartados 32, 34 y 37).

52. De las anteriores consideraciones se desprende que cualquier tipo de publicidad televisiva emitida entre programas o durante los intermedios constituye, en principio, un «anuncio publicitario» en el sentido de la Directiva 89/552, salvo que el tipo de publicidad de que se trate encaje en alguna de las otras formas de publicidad expresamente reguladas por esa Directiva -como es el caso, en particular, de la «televenta»- o requiera, por sus modalidades de presentación, una duración superior a la de los anuncios publicitarios, cuando la aplicación de las limitaciones establecidas para tales anuncios implique un trato desfavorable para la forma de publicidad en cuestión en relación con los anuncios publicitarios, sin justificación válida para ello.

53. Por consiguiente, aunque un tipo de publicidad concreto tenga por su propia naturaleza, es decir, debido a su modalidad de presentación, una duración algo mayor que la que habitualmente tienen los anuncios publicitarios, tal circunstancia no basta por sí sola para calificar a ese tipo de publicidad como «otra forma de publicidad» en el sentido del artículo 18, apartado 1, de la Directiva 89/552 .

54. Pues bien, se desprende de los autos -y más concretamente del informe de Audimetría mencionado en el apartado 16 de la presente sentencia, y respecto del cual el Reino de España no ha puesto en duda la exactitud de sus datos- que cada uno de los cuatro tipos de publicidad sobre los que trata el presente asunto tiene, por lo general, una duración que no excede de los dos minutos.

55. De las anteriores consideraciones se deduce que esos tipos de publicidad encajan en el concepto de anuncios publicitarios y, por consiguiente, están sujetos a las limitaciones relativas al tiempo de emisión establecidas en el artículo 18, apartado 2, de la Directiva 89/552 .

56. Habida cuenta de todo lo anterior, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 89/552 , al permitir que determinados tipos de publicidad, como los publirreportajes, los anuncios de telepromoción, los anuncios publicitarios de patrocinio y los microespacios publicitarios, sean emitidos por las cadenas de televisión españolas durante un tiempo que



www.civil-mercantil.com

excede el límite máximo del 20 % del tiempo de emisión por hora de reloj establecido en el artículo 18, apartado 2, de dicha Directiva.»

Cuarto.

Expuesto así el marco comunitario, y dando un paso más en el estudio del asunto, la regulación interna española sobre la materia se encuentra en la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA). Contiene esta Ley, de forma correlativa con la directiva europea, un listado de definiciones en su artículo 2 °, de entre las que destacamos las siguientes:

«24. Comunicación comercial audiovisual.

Las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio.

En todo caso son formas de comunicación comercial audiovisual: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto.

25. Mensaje publicitario.

Toda forma de mensaje de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones.

26. Televenta.

La comunicación audiovisual televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones.

27. Telepromoción.

La comunicación comercial audiovisual en la que el presentador o cualquiera de los protagonistas del programa, utilizando el escenario, la ambientación y el atrezzo del programa, exponen por un tiempo claramente superior a la duración de un mensaje publicitario las características de un bien o servicio, de manera que el mensaje no puede ser emitido de manera independiente al programa correspondiente.

[...]

29. Patrocinio.

Cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos.



www.civil-mercantil.com

[...]

31. Emplazamiento de producto.

Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa».

A su vez, el artículo 14.1 dispone:

« 1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, ya sean servicios radiofónicos, televisivos o conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios.

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva pueden ejercer este derecho mediante la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. Los servicios radiofónicos, conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios libremente.

Para el cómputo de esos 12 minutos se tendrá sólo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento. También se excluirá del cómputo la telepromoción cuando el mensaje individual de la telepromoción tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario y el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj» .

Y el artículo 17, referido al emplazamiento de productos, establece:

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

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

Quinto.

Con todos los antecedentes reseñados, comenzaremos el análisis del artículo 9.1 del Real Decreto 21/2014, de 17 de enero impugnado. Como hemos expuesto, la diferencia entre el texto reglamentario original de este apartado y el ahora cuestionado de 2014, en la que centra su impugnación la entidad actora, es que aquél fijó la duración mínima de la telepromoción en 45 segundos y éste la fija en 2 minutos. Pues bien, las alegaciones de la recurrente en relación con este precepto carecen de consistencia para dar lugar a su declaración de nulidad, por lo que en este punto el recurso contencioso- administrativo ha de ser desestimado.

En primer lugar, puede convenirse con la parte actora en que la diferencia entre los anuncios o spots publicitarios y las telepromociones no descansa solamente en el dato de la respectiva duración de unos u otros. Ya hemos expuesto que el artículo 2 de la Ley 7/2010 diferencia con claridad una y otra forma de publicidad en sus apartados 25 y 27, fijando en este

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

último para la telepromoción unas características propias, entre las que la relativa al tiempo de duración es sólo una más. Ahora bien, aun siendo cierto que la mayor duración de la telepromoción no es su dato definitorio esencial y exclusivo (como así es), no es menos cierto que se trata al fin y al cabo de un elemento característico y singularizador frente a los spots publicitarios. Eso es así porque la peculiar naturaleza, contenido y forma de elaboración, presentación y emisión de las telepromociones requiere necesariamente de una duración del mensaje mayor que la típica de los spots. Por eso, puede decirse que las telepromociones no lo son porque duren más, sino que duran más precisamente porque son telepromociones. De ahí que la duración de las comunicaciones comerciales audiovisuales en forma de telepromoción han de tener una duración mayor que la de los spots, siendo este un dato que permite diferenciar una forma de comunicación de la otra. Así lo resaltó el TJUE en las dos sentencias precitadas. En primer lugar, la sentencia RTI de 12 de diciembre de 1996 indicó y razonó en su párrafo 31 que los programas de telepromoción son sustancialmente más largos que los anuncios publicitarios, hasta el punto de que fue precisamente esa mayor duración la que justificó (pár. 34) que las telepromociones se diferenciaron de los spots a efectos del cómputo del tiempo máximo de publicidad permitida. Muy similares fueron los pronunciamientos de la sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Comisión vs . España), que en sus párrafos 50 y ss, recogiendo las consideraciones expuestas en la sentencia RTI, insistió en la mayor duración de las telepromociones como elemento caracterizador y distintivo.

Desde esta perspectiva, es cierto que ni la Directiva aplicable ni las dos sentencias citadas del TJUE han fijado con precisión una duración mínima clara, precisa y acotada de las telepromociones, a partir de la cual pueda establecerse que existe suficiente diferenciación respecto de los spots. La referencia del pár. 54 de la sentencia de 24 de noviembre de 2011 a los «dos minutos», leída y entendida en su contexto, se utiliza a efectos argumentativos y para justificar el reproche que dicha sentencia hace al Reino de España de que estaba caracterizando como «otras formas de publicidad» distintas de los spots a comunicaciones publicitarias que realmente eran indistinguibles de los spots propiamente dichos. El TJUE toma singularmente en consideración, para justificar esa ausencia de distintividad, la reducida duración de esas otras formas de publicidad entre las que incluyen las telepromociones, y resalta que no tienen una duración superior a los dos minutos. Ahora bien, si resalta este dato no es porque los dos minutos constituyan un umbral normativo tasado que deslinde lo jurídicamente permitido de lo no autorizado, sino para hacer visible que en España se están cobijando bajo la categoría de telepromociones ciertas comunicaciones publicitarias que realmente no resultan posibles de diferenciar de un spot.

No obstante, aun siendo esto así, la referencia a los dos minutos que hace esta sentencia tiene más valor o relevancia que el que la parte recurrente le atribuye. Pues, aunque sea a efectos argumentativos, el dato cierto es que el TJUE considera que las telepromociones que ha examinado no son distinguibles de un spot atendiendo al hecho de que duran menos de dos minutos, con lo que, de forma implícita, está señalando que por debajo de esa duración comienzan los problemas de confundibilidad de una y otra forma de comunicación. Así las cosas, que el reglamento español, dictado en cumplimiento de la condena a España acordada por el TJUE en dicha sentencia, tome esos dos minutos como duración mínima de las telepromociones no puede considerarse en modo alguno arbitrario, sino como una opción razonable y fundada.

Dice la recurrente que la duración podría haber sido cualquier superior a los veinte segundos que convencionalmente tienen los spots; pero el argumento carece una vez más de vigor. El artículo 2.27 de la Ley 7/2010 exige que las telepromociones expongan o transmitan su comunicación «por un tiempo claramente superior a la duración de un mensaje publicitario». No dice sólo «superior» sino «claramente superior», lo que implica un matiz no ya cuantitativo



www.civil-mercantil.com

sino incluso cualitativo, en el sentido de que la duración debe contribuir a diferenciar una y otra forma de comunicación, lo cual sólo puede hacerse articulando una diferencia de duración significativa, tanto menos apreciable cuanto menor sea el tiempo de duración de la telepromoción. Partiendo de esta base, entra dentro del margen de apreciación propio de los conceptos jurídicos indeterminados concretar a nivel reglamentario la duración de la telepromoción, y aún cuando ese margen de apreciación no puede derivar en un lapso temporal desproporcionado por excesivo, no es este el caso, pues la duración de dos minutos ni se presenta apriorísticamente desmedida ni carece de justificación, visto que fue utilizada por el TJUE en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata. Por eso, ni hay contravención del derecho comunitario ni hay un " ultra vires " en el ejercicio de la potestad reglamentaria respecto de la Ley 7/2010, visto que el reglamento no hace sino concretar de forma razonable y fundada el concepto jurídico indeterminado que la Ley incorpora.

No ha de olvidarse, a este respecto, que la Directiva resalta de forma bien explícita que los Estados miembros pueden aplicar a nivel interno normas más estrictas y detalladas que las que la propia Directiva perfila (considerandos 41 y 83 del preámbulo, y artículo 4), por lo que el Estado español goza de habilitación a nivel europeo para aprobar a nivel interno una regulación que imponga cánones más estrictos para la difusión televisiva de comunicaciones publicitarias; y aún cuando la fijación de esas normas más estrictas o detalladas debe hacerse con respeto al Derecho de la Unión, en este caso no existe ninguna contradicción o antinomia entre la norma española y los principios y reglas de la Unión, cuando la magnitud adoptada por el Estado español se mueve en términos de continuidad con los razonamientos del TJUE y es la propia Directiva la que le confiere expresamente esa facultad al Estado español. No ha de olvidarse, en este sentido, que la STJUE de 2011 resalta en sus pár. 48 y 49 que es cierto que las disposiciones de la Directiva deben interpretarse restrictivamente cuando no están redactadas en términos claros e inequívocos, pero no es menos cierto que el concepto de anuncios publicitarios debe interpretarse sin perder de vista la necesidad de proteger a los televidentes frente a la difusión excesiva de la publicidad; siendo esa precisamente la razón por la que se enfoca la distinguibilidad (a efectos del cómputo de las emisiones publicitarias) de las telepromociones por su duración «claramente superior» a la de los anuncios o spots. Aun asumiendo que las limitaciones a la libertad de comunicación de las empresas de televisión aconseja una interpretación flexible de los mandatos en términos favorables al desarrollo de dicha libertad y a la propia libertad de empresa, eso no puede derivarse hasta el extremo de que en aras de la flexibilidad se desapodere al titular de la potestad reglamentaria de hacer uso legítimo del margen de apreciación que la norma europea y la española le confieren en aras de la protección de un bien superior como es el de protección de los telespectadores.

En fin, la regulación reglamentaria cuestionada no es incompatible de forma insalvable con la regla legal que establece que el conjunto de telepromociones no superará los 36 minutos al día ni los 3 minutos por hora de reloj. Como acertadamente ha expuesto el Sr. Abogado del Estado, la regulación reglamentaria controvertida no impide que las telepromociones duren menos de dos minutos si así se considera oportuno de acuerdo con la estrategia comercial que en cada momento se estime más adecuada, por más que en tal caso dichas telepromociones serán equiparadas a los mensajes publicitarios y, por consiguiente, incluidas en el cómputo del límite de los 12 minutos por hora de reloj. Incluso en el caso de las telepromociones que se caracterizan y computan como tales por exceder del umbral de los dos minutos y a las que se aplica el límite de 3 minutos por hora ó 36 minutos al día, queda en manos de las operadoras elegir cómo administrar esos 3 minutos, con arreglo a diversas opciones que la Ley y el reglamento permiten. Así, pueden optar por hacer una telepromoción de 2 minutos dentro de esa hora; y pueden optar por hacer en esa hora una telepromoción de más de 2 minutos y hasta 3 minutos; del mismo modo que si hacen una telepromoción de dos minutos pueden



aprovechar el minuto restante para iniciar una segunda telepromoción que se suma al tiempo habilitado en la hora siguiente. Siempre, claro está, dentro del respecto a la regla que exige que el conjunto de las telepromociones a lo largo de todo el día no supere los 36 minutos.

Por lo demás, la parte recurrente se ha referido con insistencia al cambio de formato experimentado en las telepromociones desde 2005 (periodo al que atendió la STJUE de 2011) y 2014; pero ese dato, aun aceptándose, carece de utilidad, pues no responde más que a definiciones de estrategia comercial, contingentes y coyunturales, que no sirven para desvirtuar la razonabilidad del parámetro establecido en el reglamento español a la hora de fijar la duración mínima de estas formas de publicidad. No cabe sino insistir en que aun cuando la diferenciación entre spots y telepromociones no depende solamente de su respectiva duración, no hay duda de que la mayor duración de las telepromociones es un componente distintivo relevante del que no se puede prescindir y que por ende puede y debe ser tomado legítimamente en consideración.

Sexto.

La segunda impugnación sostenida por la recurrente, se refiere al artículo 14 del reglamento, en el que se regula la comunicación publicitaria del llamado «emplazamiento de producto». Hemos de recordar que la Directiva 2010/13/UE caracteriza los emplazamientos de producto (considerando 91 del preámbulo) a los que se refiere como formas de comunicación audiovisual consistente en incluir dentro de un programa un producto, servicio o marca «a cambio de una remuneración o contraprestación similar», matizando inmediatamente a continuación que en el supuesto de suministro gratuito de bienes o servicios, únicamente se considerará emplazamiento de producto a efectos de la Directiva «si los bienes o servicios a los que se refiere tienen un valor significativo». Del mismo modo, el artículo 17 de la Ley española 7/2010, en clara línea de coherencia con la Directiva, especifica en su párrafo 2º que el suministro gratuito de bienes o servicios se considerará emplazamiento de producto siempre que los bienes o servicios tengan un valor significativo.

El hecho de que el emplazamiento de producto, para ser tenido como tal a efectos de su permisibilidad y cómputo, se realice a cambio de una contraprestación con valor significativo, comporta una consecuencia que ha sido certeramente apuntada por el Sr. Abogado del Estado en su contestación, a saber, que al contrario de lo que alega la actora en equivocada interpretación de la normativa española, en el supuesto de que el emplazamiento se produzca mediante el suministro «gratuito de bienes o servicios que no tengan un "valor significativo"», esta forma de comunicación comercial será plenamente legítima y, además, no tendrá que observar las limitaciones propias del régimen de emplazamiento de producto.

Pues bien, desde este punto de vista no hay contradicción entre la Directiva y la Ley, por un lado, y el artículo 14 del reglamento, por otro. Aun cuando, ciertamente, la redacción de este precepto reglamentario es algo oscura, puede entenderse sin dificultad que el mismo regula únicamente el emplazamiento de producto contemplado en la norma europea y en la Ley española, es decir, el emplazamiento a cambio de remuneración y/o el emplazamiento gratuito cuando los bienes o servicios prestados tengan valor significativo. El suministro gratuito de bienes o servicios sin valor significativo queda fuera de la regulación de dicho precepto y como tal no se ve afectado por las limitaciones establecidas en las normas que nos ocupan para el emplazamiento de productos.

Podemos, pues, dejar sentado, en primer lugar, que la regulación del emplazamiento de producto a que se refiere el artículo 14 del reglamento, impugnado, se refiere, en línea de continuidad con la Directiva, al emplazamiento de producto que se presta a cambio de una remuneración, o bien al emplazamiento de producto que aún no siendo a cambio de una



www.civil-mercantil.com

remuneración (es decir, aun siendo gratuito) implique aportación de bienes o servicios dotados de un «valor significativo».

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

Es en este contexto normativo como ha de entenderse el concepto jurídico indeterminado «valor significativo» que emplea el artículo 17 de la Ley en continuidad con la Directiva. Como concepto jurídico indeterminado, definido como tal en la Ley, su concreción o especificación puede hacerse por el titular de la potestad reglamentaria con arreglo a un legítimo margen de apreciación que permita su concreción utilizando parámetros que pueden variar en cada uno de los Estados miembros. A estos efectos, el reglamento de desarrollo de la Ley puede optar legítimamente por fijar un concepto más o menos riguroso de «valor significativo», estando habilitado por el Derecho europeo de referencia para hacerlo de forma estricta y/o detallada.

Partiendo de esta base, la unión recurrente alega que resulta muy difícil distinguir el emplazamiento de producto a cambio de remuneración «o contraprestación similar» (párrafo 1º del art. 14) del emplazamiento de producto consistente en un «pago en especie» (apartado 2º del mismo artículo), pues -dice- la expresión «contraprestación similar» pudiera referirse precisamente a una modalidad de pago en especie. Sin embargo, no existe la confusión a que la actora se refiere, o al menos no existe una confusión o incertidumbre de tal entidad que justifique la declaración de nulidad del precepto por contrario al principio de seguridad jurídica. El párrafo 1º de este artículo se refiere con evidencia al emplazamiento de producto oneroso y retribuido, ya en dinero ya con arreglo a modalidades de contraprestación equivalentes a la monetaria, mientras que el 2º se refiere a emplazamientos que aun presentándose aparentemente como gratuitos, en cuanto que no van directamente ligados a una remuneración, sin embargo se incluyen en el concepto de «emplazamiento de producto» por el hecho de que los bienes, productos o servicios suministrados tienen «un valor significativo». En el primer caso hay retribución o contraprestación, en el segundo hay prestación formalmente no retribuida de bienes o servicios que por sí mismos tienen ese valor significativo y por esa misma razón se incluyen también dentro de la categoría de los emplazamientos de producto ahí regulados. Tal regulación no es, en realidad, más que un trasunto del considerando 91 del preámbulo de la Directiva.

La crítica que formula la recurrente se refiere también a la regla consistente en que el valor significativo de los emplazamientos de producto regulados en el párrafo 2º del tan citado artículo 14 se determina en atención al dato de que «el importe de los referidos bienes y servicios incluidos en el programa sea superior en «un diez por ciento a la tarifa estándar



www.civil-mercantil.com

establecida para el mensaje publicitario correspondiente a la franja horaria en la que se emite el programa donde se incluyen».

Ciertamente, el Estado español dispone de un amplio margen de apreciación para la determinación y cuantificación de ese «valor significativo», si bien tal operación, que se lleva a cabo a través del reglamento ahora cuestionado, debe hacerse en todo caso «conforme al canon de racionalidad que ha de ser inherente al ejercicio de las potestades administrativas dotadas de un margen de discrecionalidad» como es la potestad reglamentaria (STS de 15/07/2011, rec. 5332/2007).

Razona la actora que resulta difícil identificar con la necesaria claridad una «tarifa estándar» que pueda ser invocada a los efectos que este precepto contempla, dado que aun cuando los operadores de televisión, o las empresas que comercializan su publicidad, pueden publicar periódicamente las condiciones generales de contratación de publicidad, estas no son aplicadas de un modo estandarizado, ya que la contratación de publicidad se lleva a cabo en la práctica de forma contingente y variable, con adaptación a las condiciones del caso, el carácter de la empresa que contrata y las características de los espacios que se venden, su cuantía, duración, localización, y otros., y los mismos precios varían en función de criterios como la ubicación del spot en el intervalo publicitario.

Pues bien, desde esta perspectiva, no cabe acoger la impugnación de la parte recurrente en lo que se refiere a la «tarifa estándar» correspondiente a la franja horaria en la que se emite el programa. Como indica el representante de la Administración demandada, existe un margen de apreciación para la Administración española, y este margen de libertad de configuración se ha determinado de forma objetiva y razonable con un criterio que resulta proporcionado. La referencia tomada en consideración la tarifa standar reseñada, es susceptible de determinación sin especial dificultad, dado que responde a valores medios habituales en atención al horario de emisión. Como indica la propia parte recurrente, las empresas que comercializan su publicidad publican periódicamente las condiciones generales de contratación de publicidad y con independencia de su posible variación en función de las condiciones de cada caso, permite conocer los valores medios de los mensajes publicitarios a los agentes intervinientes, sin que las críticas vertidas a este concreto precepto presentan relevancia y responden más bien a la subjetiva opinión de la Unión recurrente que tilda de «confusa» la regulación que, como hemos razonado se ajusta a criterios razonables y de proporcionalidad.

Procede, por lo expuesto, desestimar íntegramente el recurso contencioso-administrativo deducido por «UTECA».

Séptimo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las demandadas, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , hasta una cifra máxima de cuatro mil euros.

Por todo lo expuesto,

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY,

por la autoridad conferida por la Constitución, esta sala ha decidido

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo número 1/250/2014, interpuesto por «UNIÓN DE TELEVISIONES COMERCIALES EN ABIERTO (UTECA)», contra el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero.

2.- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia..

3.- Acordar la pérdida del depósito.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Insértese en la colección legislativa.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a. María Isabel Perelló Doménech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.