

**ACORD 27/2023, de 15 de març, del Ple del
Consell de l'Audiovisual de Catalunya**

INCOACIÓ de l'expedient sancionador núm. 1/2023-S (eventual incompliment de la prohibició d'emetre comunicacions comercials encobertes) obert al prestador de serveis de comunicació audiovisual Emissions Digitals de Catalunya, SAU

Fets

1r. Mitjançant l'Informe 3/2023, de 7 de febrer, l'Àrea de Continguts del Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAC) analitza el contingut d'una edició del programa *Mundo Natural Health & Beauty* emès pel prestador de serveis de comunicació audiovisual Emissions Digitals de Catalunya, SAU (EDC), per 8tv, el 6 d'octubre de 2022, per verificar el compliment de la normativa sobre publicitat.

L'informe ubica el programa analitzat dins de la tipologia *divulgatiu* i el descriu com un programa que tracta temàtiques vinculades a la salut, el benestar, l'alimentació i la bellesa a través de seccions específiques a càrrec de diferents persones col·laboradores, algunes de les quals són presentades com a expertes en l'àmbit de la salut.

Així mateix, l'informe detecta la presència de la marca Mundonatural, que es concreta de la manera següent:

- En la careta inicial, el títol del programa conté el nom i el logotip de l'empresa Mundonatural.
- Una persona, que es presenta com a director de comunicació de Mundonatural, comparteix taula amb la conductora del programa.
- Existeix promoció verbal i visual de Mundonatural durant tot el programa: nom i logotip en la pantalla de televisió del fons del plató; sobreimpressió del telèfon d'informació i de la pàgina web; sobreimpressió de les adreces de les botigues físiques de València, Madrid i Alacant, i referències verbals de la conductora del programa que indiquen on es poden comprar els productes de Mundonatural.
- El productes promocionats en el programa són creats per la mateixa empresa Mundonatural.
- Les referències a Mundonatural apareixen en gairebé totes les seccions del programa.

D'altra banda, constata que l'edició analitzada no presenta cap element d'identificació de la naturalesa publicitària de la marca Mundonatural i dels seus productes.

Ateses les consideracions anteriors, l'informe conclou tot establint que la presència de Mundonatural suposaria un cas de publicitat encoberta, "atès que les referències detectades tindrien, de manera intencionada, un propòsit publicitari i podrien induir el públic a error quant a la naturalesa de la presentació".

2n. Mitjançant l'Acord 17/2023, de 15 de febrer, el Ple del CAC decideix obrir un període d'informació prèvia a EDC, per tal que en el termini màxim de deu dies, a comptar de l'endemà d'haver rebut la notificació de l'acord, formuli les manifestacions que consideri oportunes, de conformitat amb el que disposa l'apartat 2 de l'article 34 de l'Estatut orgànic i de funcionament d'aquest Consell, aprovat per l'Acord 3/2001, de 28 de febrer (EOF).

Aquest acord es notifica a EDC el 16 de febrer de 2023.

3è. Mitjançant un escrit de 22 de febrer de 2023, el senyor Nicola Pedrazzoli, en la seva condició d'administrador únic de la societat EDC, efectua el tràmit atorgat per l'Acord 17/2023, de 15 de febrer, i, tot reconeixent la comissió de la conducta eventualment infractora establerta a l'acord d'obertura del període d'informació prèvia, manifesta que aquesta és fruit d'un error involuntari, atès que en cap moment es va voler amagar o emmascarar el caràcter publicitari de la marca Mundonatural però es va cometre l'error de no incorporar-hi els mecanismes òptics i/o acústics i/o espacials que preveu l'apartat 3 de l'article 121 de la Llei 13/2022, de 7 de juliol, general de comunicació audiovisual (LGCA).

Fonaments de dret

Primer. Anàlisi de les al·legacions

Les al·legacions efectuades per EDC són en relació amb l'emplaçament de producte que, de conformitat amb l'article 129 de la LGCA, és tota forma de comunicació comercial audiovisual consistent a incloure, mostrar o referir-se a un producte, servei o marca comercial, de manera que figuri en un programa. Aquest emplaçament es configura, d'acord amb l'apartat 1 de l'article 121 d'aquesta mateixa llei, com un dret dels prestadors de serveis de comunicació audiovisual que es podrà realitzar sempre que es compleixin les condicions que estableix l'apartat 3 de l'article 129 de la LGCA i que estan relacionades amb dos aspectes bàsics: d'una banda, amb la manera en què es presenta i s'integra el producte o la marca en el contingut editorial del programa (independència editorial, manca d'incitació directa a la compra i de prominència indeguda) i, de l'altra, amb la necessitat d'informar els espectadors de la presència de l'emplaçament (identificació de l'emplaçament). L'emissió d'emplaçament de producte que incompleix aquestes condicions es tipifica com a infracció greu (apartat 19 de l'article 158 de la LGCA).

Per contra, la conducta imputada a EDC i que ha donat lloc a l'Acord 17/2023, de 15 de febrer, d'obertura del període d'informació prèvia, és en relació amb l'eventual emissió de comunicacions comercials prohibides. En concret, de la publicitat encoberta que, de conformitat amb l'apartat 3 de l'article 122 de la LGCA, mitjançant la presentació intencionada de béns, serveis, noms, marques o activitats, tingui un propòsit publicitari i pugui induir a error sobre la finalitat comercial de la presentació esmentada. L'emissió d'aquesta publicitat es tipifica com a infracció greu (apartat 15 de l'article 158 de la LGCA).

En definitiva, a criteri d'EDC la conducta que se li imputa és en relació amb una publicitat il·lícita per l'incompliment dels requisits de l'emplaçament de producte i,

segons l'acord d'obertura del període d'informació prèvia, aquesta conducta s'ubicaria eventualment dins la prohibició absoluta d'emetre publicitat encoberta.

Cal assenyalar, que no sempre és fàcil delimitar si, en un supòsit concret, ens trobem davant d'una comunicació comercial encoberta o bé davant d'una comunicació comercial que, tot i no ser encoberta, no respecta els requisits específics que condicionen la licitud de l'emplaçament de producte. Tanmateix, existeixen diverses sentències del Tribunal Suprem (TS) i de l'Audiència Nacional (AN) que aprecien l'existència de publicitat encoberta i rebutgen que es tracti d'un emplaçament de producte, en virtut de les argumentacions següents:

“El emplazamiento de productos en largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos o en programas de entretenimiento, regulado en el artículo 17 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, aún en aquellos supuestos en que se cumplan los requisitos relativos a la advertencia al espectador o a la ausencia de condicionamiento a la independencia editorial del programa, podrá ser considerado una conducta infractora consistente en el incumplimiento de la prohibición de realizar publicidad encubierta, tipificada en el artículo 58.8 de la citada Ley General de la Comunicación Audiovisual, cuando de la naturaleza o características de los mensajes publicitarios emitidos pueda inferirse que no se trata de una mera presentación de los bienes o servicios en la medida que resulte prominente la finalidad promocional dirigida a la adquisición del producto por parte del público al que le induce a error sobre la naturaleza de la presentación.” (STS de 13 de diciembre de 2021 –recurs 371/2021).

“La mera presencia de un producto o un cartel en una película o en una serie de televisión formando parte del decorado o la mención circunstancial de un producto en una escena ha de distinguirse claramente del intento de utilizar una escena, como es el caso que nos ocupa, para promocionar un producto determinado con un mensaje reiterado e insistente, tanto verbal como visual, utilizando el soporte de una escena como mera excusa para realizar una promoción encubierta de un producto determinado que ha patrocinado esa misma serie o que guarda una estrecha relación comercial con la misma y con la empresa que lo produce y emite. No nos encontramos, por tanto, ante el mero emplazamiento de un producto en una escena o decorado, sino que se trata de un supuesto de publicidad encubierta del producto en cuestión [...]” (SSAN d'11 de novembre de 2010 –recurs 561/2009, de 24 de febrer de 2011 –recurs 637/2009, de 30 de gener de 2012 –recurs 413/2010 i d'11 de maig de 2012 –recurs 254/2009).

“Respecto a la diferencia entre publicidad y emplazamiento, esta Sala ha reiterado, entre otras, en Sentencias, Sec. 8ª, de 23 de marzo 2009 (Rec. 1500/2007) y 20 de mayo de 2013 (Rec. 254/2010) que: " La diferencia que en la misma norma europea se establece entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la mera presentación ("asentamiento" o "emplazamiento") del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el "emplazamiento" la aparición del producto o servicio de que se trate es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga

promocional o apologética." (SSAN de 2 d'octubre de 2020 –recurs 1834/2019 i de 23 de setembre de 2022 –recurs 1833/2019).

"[...] se ha producido una presentación directa, verbal y visual, de bienes, servicios y marcas [...] de un productor de mercancías existentes en el mercado, en un programa de televisión [...] con intención publicitaria por parte del prestador del servicio [...]". L'AN entén que aquesta presentació és "distinta del emplazamiento de producto" perquè l'emplaçament "carece siempre del protagonismo de estas emisiones" i la considera, per tant, publicitat encoberta (SSAN de 2 de març de 2015 –recurs 134/2013 i de 15 de juny de 2015 –recurs 421/2013).

De conformitat amb aquesta jurisprudència es pot concloure que, en el cas que ens ocupa, la conducta realitzada per EDC consisteix en l'eventual emissió de publicitat encoberta prohibida, atès que la presentació de la marca Mundonatural, que es concreta de diverses maneres, segons detalla l'informe de l'Àrea de Continguts, no es limita merament a incloure, mostrar, presentar o fer referència a aquesta marca. Ans al contrari, és una presentació que va més enllà de formar part únicament de l'entorn físic o decorat en què transcorre l'acció; és una presentació que forma part de l'acció del programa mateix i que té una càrrega promocional o apologètica suplementària. En altres paraules, és una presentació que converteix la marca en la protagonista del programa i incita a comprar els seus productes.

Ens trobem, doncs, davant d'una presentació amb un propòsit publicitari intencionat que, a més, pot induir a error el públic pel que fa a aquest propòsit. Així, sota l'aparença d'un contingut divulgatiu sobre salut, benestar, alimentació i bellesa, aparentment objectiu i aliè als interessos propis del titular de la marca Mundonatural, s'emmascara un contingut publicitari.

Sobre aquest emmascarament, propi dels continguts divulgatius, especialment pel que fa al divulgatiu sobre salut, s'ha pronunciat el TS en el sentit següent:

"[...] Y siendo ello así, compartimos el parecer de la Sala de la Audiencia Nacional cuando señala que las citadas entrevistas forman parte de una acción publicitaria multiformato o multisoporte en las que se presentan de forma indirecta y visual marcas y productos, cuyas características y propiedades beneficiosas se describen, que podrían adquirirse a través de la empresa a la que remite el blog de la presentadora y de su plataforma on-line. Todo ello partiendo de la premisa de que la publicidad encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, pues se hace de forma subliminal, con ocultación de la finalidad publicitaria, lo que genera un indudable riesgo de provocar error en los consumidores, invitándoles o inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, al consumo del producto presentado. Y es que, en efecto, se trata de espacios televisivos que, bajo la apariencia de entrevistas y sin ser formalmente publicitarios, albergan un claro ensalzamiento de determinados productos." (SSTS de 31 d'octubre de 2018 – recurs 5920/2017, d'11 de novembre de 2019 –recurs 6537/2018 i de 10 de març de 2020 –recurs 383/2019)

Per tant, el programa *Mundo Natural Health & Beauty*, emès per 8tv, el 6 d'octubre de 2022, tot desdibuixant la distinció entre publicitat i contingut editorial, es pot

considerar que dona una informació esbiaixada sobre les temàtiques tractades, que genera una necessitat de consum, atesa la creença d'estar veient un programa amb un contingut únicament i exclusiva divulgatiu però que, això no obstant, conté la presència i promoció de la marca Mundonatural, que es converteix en la protagonista del programa i que evidencia l'existència d'un propòsit publicitari. Aquests elements, juntament amb les referències verbals de la conductora del programa que indiquen on es poden comprar els productes de Mundonatural, constitueixen una incitació directa a la compra d'aquests productes.

Segon. Tipificació de la conducta infractora, sanció i graduació

L'eventual emissió de publicitat encoberta en el programa divulgatiu *Mundo Natural Health & Beauty*, emès per 8tv, el 6 d'octubre de 2022, atesa la presència de la marca Mundonatural, que es concreta de diverses maneres, segons detalla l'informe de l'Àrea de Continguts, i a partir de la qual es podria entendre que s'està presentant el nom, l'activitat i els productes de l'empresa Mundonatural amb un propòsit publicitari intencionat i que pot induir el públic a error quant a la naturalesa de la presentació esmentada, és una conducta prohibida per l'apartat 3 de l'article 122 de la LGCA.

Aquesta prohibició específica de les comunicacions comercials audiovisuals encobertes es pot considerar com una aplicació sectorial de la publicitat encoberta establerta en el dret de la publicitat. Així, aquesta publicitat s'entén prohibida, directament, per l'article 9 de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de la publicitat (LGP), que determina que és il·lícita la publicitat que vulnera el deure dels mitjans de delimitar de manera perceptible publicitat i informació i/o el deure dels anunciants de desvelar inequívocament el caràcter publicitari del seus anuncis.

I, així mateix, indirectament, per la lletra *d* de l'article 3 de la LGP, que estableix que és il·lícita, perquè és enganyosa, la publicitat que no sigui fàcilment identificable. Aquesta naturalesa enganyosa comporta que la publicitat encoberta es pugui encabir en el concepte més ampli de "pràctica comercial encoberta", qualificada com a il·lícit deslleial, de conformitat amb l'apartat 1 dels articles 5 i 7 [*actes d'engany per la forma de presentació i omissions enganyoses per no donar a conèixer el propòsit comercial de la pràctica*] i l'article 26 [*pràctiques comercials encobertes amb consumidors o usuaris*], tots de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial.

D'altra banda, l'incompliment de la prohibició que estableix l'apartat 3 de l'article 122 de la LGCA es tipifica com a infracció greu, de conformitat amb l'apartat 15 de l'article 158 d'aquesta mateixa llei, i pot comportar, segons la lletra *b* de l'apartat 1 de l'article 136 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (LCA), la imposició d'una multa des de 12.001 euros fins a 90.000 euros.

Així mateix, sense perjudici del que resulti de la instrucció, EDC pot ser considerada la persona presumptament responsable de la infracció que preveu l'apartat 15 de l'article 158 de la LGCA, atesa la seva condició de prestador del servei de comunicació audiovisual autor dels fets eventualment infractors i responsable editorial del canal en què eventualment s'ha comés la infracció (8tv).

Als efectes de valorar aquesta presumpta responsabilitat, cal tenir en compte que als prestadors de serveis de comunicació audiovisual televisiva se'ls pressuposa el coneixement i l'acceptació de les obligacions que tenen assignades legalment, en

especial, pel que fa a les limitacions del seu dret a realitzar comunicacions comercials en les seves diverses formes. Així, la inobservança d'aquestes limitacions suposa una falta de diligència equiparable a l'omissió del deure d'una diligència exigible.

La sanció que es podria imposar consisteix, doncs, en una multa i per determinar-ne la quantia, cal tenir en compte el que estableix l'article 137 de la LCA, que obliga a graduar la sanció que s'imposi tenint en compte les circumstàncies que ressenya. En la conducta eventualment infractora objecte d'examen, no s'hi aprecia la concurrència de les circumstàncies que estableix l'article 137 de la LCA. Per tant, caldria imposar la sanció en el grau mínim establert legalment.

En conseqüència, EDC seria el presumpte responsable d'una infracció administrativa greu, per l'eventual emissió de publicitat encoberta, tipificada a l'apartat 15 de l'article 158 de la LGCA i sancionada, de conformitat amb la lletra *b* de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA en relació amb l'article 137 d'aquesta mateixa llei, amb una multa de dotze mil un euros (12.001 €), és a dir, la quantia mínima que preveu la LCA, per la comissió d'infraccions greus.

Tercer. Competència del Consell de l'Audiovisual de Catalunya

D'acord amb el que disposa la lletra *g* de l'article 10 de la Llei 2/2000, de 14 de maig, d'aquest Consell, i l'article 34 de l'EOF, el Ple del CAC és l'òrgan competent per resoldre aquest procediment.

Així mateix, s'indica al prestador de serveis de comunicació audiovisual EDC la possibilitat que té, com a presumpte responsable, de reconèixer voluntàriament la seva responsabilitat i/o de pagar voluntàriament la multa, amb els efectes que preveu l'article 85 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC). Concretament, l'aplicació d'una reducció, en el seu cas, de fins a un màxim del 40% sobre l'import de la sanció proposada [*20% per reconèixer la seva responsabilitat i/o 20% per pagament anticipat*]. Amb el benentès que l'efectivitat d'aquesta reducció està condicionada al desistiment o la renúncia de qualsevol acció o recurs en via administrativa contra la sanció.

Als efectes anteriors, s'acompanya, adjunt, model de declaració responsable d'assumpció de responsabilitat i/o de sol·licitud d'expedició de la carta de pagament voluntari.

Per tot el que s'ha exposat, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya adopta, per unanimitat, el següent

ACORD

1. Incoar un procediment sancionador al prestador de serveis de comunicació audiovisual EDC per l'eventual emissió de comunicació comercial encoberta, prohibida per l'apartat 3 de l'article 122 de la LGCA, fet susceptible de constituir una infracció greu, d'acord amb l'apartat 15 de l'article 158 d'aquesta mateixa llei, i que pot ser sancionada amb una multa de dotze mil un euros (12.001 €), de conformitat amb la lletra *b* de l'apartat 1 de l'article 136 de la LCA.



2. Atorgar al prestador de serveis de comunicació audiovisual EDC un tràmit d'audiència per tal que, en el termini màxim d'un mes, a comptar de l'endemà d'haver rebut la notificació d'aquest acord, pugui formular les al·legacions que consideri oportunes, tot indicant-li que, en cas que no s'efectuïn al·legacions, aquest acord d'iniciació serà considerat proposta de resolució.
3. Nomenar instructora d'aquest procediment la senyora Carme Fita i Caba, funcionària i cap de l'Àrea Jurídica d'aquest Consell, comunicar-li aquest acord i donar-li trasllat de les actuacions.

De conformitat amb l'article 24 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del règim jurídic del sector públic, en qualsevol moment de la tramitació d'aquest procediment es pot plantejar la recusació de la instructora pels motius que preveu l'article 23 d'aquesta mateixa llei.

4. Notificar aquest acord al prestador de serveis de comunicació audiovisual EDC, tot recordant-li que si reconeix la seva responsabilitat i/o efectua el pagament voluntari en qualsevol moment anterior a la resolució, segons el model de declaració adjunt, s'aplicarà una reducció, si s'escau, de fins a un màxim del 40% sobre l'import de la sanció proposada, de conformitat amb l'article 85 de la LPAC.

Barcelona, 15 de març de 2023

Xevi Xirgo i Teixidor
President

Laura Pinyol Puig
Consellera secretària