

El Tribunal Supremo extiende el uso de las sobreimpresiones y de la publicidad virtual al conjunto de la programación

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo (290/2018 de 26 febrero) ha dictaminado que las sobreimpresiones y las transparencias son formatos publicitarios cuya utilización no puede restringirse únicamente a los espacios deportivos, sino que su práctica puede extenderse al conjunto de la emisión siempre y cuando se ubique fuera de los bloques publicitarios, al inicio o al final de los programas, respete la integridad del contenido editorial de éstos y pueda ser percibida como tal con claridad por el telespectador.

La sentencia responde a un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el prestador de servicios de comunicación audiovisual televisiva Mediaset contra una sanción impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a raíz de la difusión en distintos programas de Cuatro y Telecinco de sobreimpresiones y transparencias publicitarias, con una duración de entre 5 y 7 segundos, insertadas al inicio de dichos programas. Dicha sanción había sido conformada por la Audiencia Nacional.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, reconoce en su artículo 14 el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, ya sean servicios radiofónicos, televisivos o conexos e interactivos, a emitir mensajes publicitarios. Este derecho está limitado en el caso de la comunicación audiovisual televisiva a un máximo de 12 minutos por hora de reloj, limitación de la que quedan expresamente excluidos el patrocinio, el emplazamiento y la telepromoción “cuando su mensaje individual 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”.

Señala el artículo 14, además, que “tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos según los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente”, especificándose que “En la emisión de publireportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación «publicidad»”.

Establece también el mencionado artículo que “Los mensajes publicitarios en televisión deben respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman”, y añade una condiciones dependiendo del tipo de contenido (películas para la televisión, largometrajes y programas informativos; programas infantiles, servicios religiosos), que, en el caso de las retransmisiones de acontecimientos deportivos, se concretan en que “únicamente podrán ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido” y en que “En dichas retransmisiones, dispongan o no de partes autónomas, se podrán insertar mensajes publicitarios siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento”.

Con respecto al primer aspecto, el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/201 en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, que fue modificado por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, aclara en su artículo 15 que “un acontecimiento deportivo se encuentra detenido en función de los Reglamentos oficiales que lo regulen en cada caso”, o, en su defecto mientras se esté desarrollando o su tiempo esté computando. Y en su artículo 16 que, mientras se desarrolla un acontecimiento deportivo, se permite la libre inserción de mensajes publicitarios mediante transparencias, sobreimpresiones o publicidad virtual siempre que su tamaño no ocupe más de una quinta parte de la pantalla, garantizando así que el telespectador pueda seguir dicho desarrollo.

Cuando se recurra, para la emisión de los mensajes publicitarios, a la pantalla compartida o técnicas similares, “se podrá efectuar la desconexión del audio de la narración del acontecimiento siempre que se mantenga una ventana de al menos, el 60 por ciento de la superficie de la pantalla para el seguimiento del acontecimiento. En el caso de que no se desconecte el audio de la narración del acontecimiento, la ventana para el seguimiento del acontecimiento podrá reducirse hasta un mínimo del 40 por ciento”. En todos los casos, la parte de la pantalla ocupada por la narración del acontecimiento debe quedar exenta de todo tipo de publicidad.

Queda claro, de acuerdo con el artículo 17 del Real Decreto:

- Que los mensajes publicitarios emitidos durante la retransmisión de acontecimientos deportivos deben respetar los límites máximos de tiempo establecidos en la Ley General de la Comunicación Audiovisual.
- Que, en los casos de transparencias o publicidad virtual, así como de locuciones verbales por parte del locutor o locutores, y también en los supuestos de pantalla compartida, debe superponerse de forma clara y legible la indicación «publicidad» durante todo el tiempo que duren las mismas, al objeto de evitar la confusión sobre su carácter publicitario, de conformidad también con la Ley 7/2010.
- Que estas normas se aplican igualmente a la inserción de publicidad durante las repeticiones de jugadas o de momentos durante la transmisión de un acontecimiento, no así en el caso de repeticiones de jugadas emitidas durante los descansos o tras la finalización del acontecimiento.
- Que la transmisión de acontecimientos deportivos en diferido estará sujeta a las mismas condiciones que los emitidos en directo, siempre que se trate de la primera difusión en abierto y no hayan transcurrido más de 24 horas desde la finalización del acontecimiento.

En materia de infracciones y sanciones, la Ley 7/2010 considera grave, entre otros, el incumplimiento del límite de tiempo de emisión por hora de reloj dedicado a la publicidad y a la televenta, así como el incumplimiento del resto de las condiciones establecidas en la Ley para la realización de las distintas formas de comunicación comercial (artículo 58, apartados 6 y 7); ello conlleva multa de entre 100.001 y 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva (artículo 60.2). Hay que tener en cuenta, además, que la acumulación de cuatro infracciones graves en un mismo año natural deviene en infracción muy grave (artículo 57.14), con multas de entre 500.000 y 1 millón de euros (artículo 60.1)

En su resolución del caso, la CNMC consideraba acreditadas 17 inserciones publicitarias de la naturaleza comentada, entendiendo encontrarse ante faltas graves en la medida en la dichas inserciones no se incluyeron en retransmisiones deportivas, que son la única excepción prevista en la Ley 7/2010 a la obligación de separar la publicidad de la programación (además, obviamente, del emplazamiento de producto). Por tanto, tales inserciones de sobreimpresiones y/o transparencias supondrían una infracción de los principios de separación y distinción entre publicidad y programación, así como de integridad de la programación.

Tras el recurso por parte de Mediaset a la resolución de la CNMC, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia (de 20 de enero de 2017) confirmando la sanción. La sentencia reconoce haber permitido en un fallo anterior este tipo de publicidad de sobreimpresiones y transparencias un espacio distinto a las retransmisiones deportivas (concretamente en *Gran Hermano*), pero justifica tal decisión por el hecho de que se trata de un programa “sin guión previo en el que no se interrumpe una programación previamente preparada sino, simplemente, se hace simultáneo el contenido publicitario con el visionado de la convivencia de determinadas personas”, afirmando que ello no puede considerarse como una autorización general de este tipo de publicidad, que ha de seguirse entendiendo como contraria a la Ley en programas con un guión previo.

El recurso de casación de Mediaset centra la cuestión en determinar:

- Si, como afirma la operadora, no existe en la Ley 7/2010 ni en la Directiva que traspone impedimento alguno para el uso de transparencias publicitarias en contenidos distintos de la retransmisión de acontecimientos deportivos, por más que en estas retransmisiones se permiten de forma expresa.
- Si, como entendían la CNMC, la AN y ahora el abogado del Estado ante este recurso, frente a los principios generales de diferenciación entre los programas y comunicaciones comerciales: de identificabilidad y no inducción a error sobre la naturaleza de las segundas, y de respeto a la integridad de los programas, sólo se contempla en la normativa, para el caso de los acontecimientos deportivos y por el motivo de que no se pueden interrumpir voluntariamente por el retransmitente sin afectar al seguimiento de su desarrollo, esa posibilidad de coexistencia simultánea de ambos tipos de contenido en desarrollo (lo que no ocurre en las telepromociones).

En su sentencia, el Tribunal Supremo afirma que la Directiva se muestra abiertamente a favor de la utilización de las nuevas técnicas publicitarias, si bien éstas deben respetar los principios de identificación, diferenciación e integridad de los programas, tal y como aparecen regulados en los artículos 19 y 20 de la norma europea. Y considera que, por lo que respecta al principio de separación/diferenciación, la Directiva tan solo exige que la publicidad televisiva se diferencie claramente del “resto del programa” por medios ópticos y/o acústicos y/o espaciales”, sin que tales medios tengan que aplicarse cumulativamente (véase Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2016, Asunto C-314/14, considerando 37). Ciertamente, reconoce el TS, los Estados miembros tienen “la facultad de exigir a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas” (art. 4 y considerando 83), pero estima que en la medida en la que en nuestro ordenamiento jurídico no se ha introducido la obligación de establecer una separación temporal o interrupción que diferencie nítidamente el bloque publicitario del comienzo o finalización del programa (sí exige la utilización de mecanismos acústicos “y” ópticos, de forma cumulativa), la inclusión de una sobreimpresión publicitaria sobre el fondo del programa, una vez finalizado el bloque publicitario y antes del inicio de aquél o de su finalización constituye una forma de tránsito entre el contenido editorial del programa y el bloque publicitario que no está prohibido ni permitido únicamente para las retransmisiones deportivas.

Señala el TS:

Que las sobreimpresiones publicitarias de Mediaset consistían en la inserción al inicio o final de los programas de varias sobreimpresiones en las que se anunciaban varios productos.

Que respetaban los principios de identificación, separación e integridad (en muchos casos con la inclusión en la parte superior de la pantalla del término “publicidad”).

Que las sobreimpresiones se emitieron mientras en el fondo de la pantalla se enfocaba el escenario con los espectadores o el público asistente aplaudiendo sin que el anuncio interrumpiese el hilo argumental del programa, el cual no había comenzado o ya había finalizado. Recoge en este sentido la propia resolución administrativa, según la cual “las transparencias (...), fueron insertadas durante la emisión del programa, aunque considerando el momento en el que se emitieron, cabe considerar que no se alteró gravemente la integridad de dichos programas”.

Que no considera vulnerado el principio de diferenciación o distinción entre la publicidad televisiva y el contenido editorial del programa, pues no era necesaria una interrupción o lapso temporal entre la publicidad y el inicio del programa.

Que el mensaje publicitario estaba suficientemente diferenciado, por medios acústicos y ópticos, del contenido editorial del programa. Gran parte de la pantalla estaba ocupada por la publicidad, apreciándose claramente, que se trataba de anunciar un producto.

Un voto particular discrepante señala que la interpretación de la norma sustentada por la mayoría de la sala desdibuja la delimitación de las conductas potencialmente infractoras, al hacerlas depender de circunstancias variables y de perfiles imprecisos como el momento del programa en que se realiza la inserción, la concreta imagen de fondo que se está emitiendo y la relevancia de ésta con relación al hilo argumental del programa. Y ello aboca en su opinión al casuismo y a la inseguridad. A su juicio, estas nuevas modalidades de publicidad no respetan la integridad del programa en el que se inscriben y han surgido precisamente para estorbar o dificultar la evitación de los mensajes publicitarios por parte de los consumidores, con lo que la sentencia deja a éstos particularmente indefensos y es poco respetuosa con el llamamiento que se hace en la Directiva a su protección y defensa y a su posibilidad de eludir el contenido publicitario sin tener que renunciar al contenido propio del programa.