

ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA LA DENUNCIA CONTRA ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. SOBRE LO CONTENIDO EN ESPACIO PUBLICITARIO EN RELACIÓN CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 122 DE LA LEY 13/2022, DE 7 DE JULIO, GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

(IFPA/DTSA/238/23/ESPACIO PUBLICITARIO ATRESMEDIA)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 23 de mayo de 2024

Vista la denuncia presentada por un particular contra **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.** (en adelante, ATRESMEDIA), la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta el siguiente acuerdo:

I. ANTECEDENTES

Único.- Denuncia presentada

Con fecha 16 de octubre de 2023 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) una denuncia presentada por un particular en relación con determinados contenidos emitidos el día 16/10/2023, en un espacio publicitario dedicado a compresas “EVAX” del canal ANTENA 3.

En el escrito se señala que los motivos de la denuncia son la *“Publicidad repulsiva que produce rechazo, estas comiendo y vomitas al ver un anuncio de compresas echándole sangre, irrespetuoso e insensible”*, así como que la queja [...] *“se eleva al respeto de todas las personas con un mínimo de sensibilidad, estas comiendo y empieza a vomitar al salir un anuncio de compresas Evax con una compresa echándole sangre, este gesto atenta contra la dignidad de las personas”*.

La denuncia, en síntesis, plantea que el citado espacio publicitario habría emitido unos contenidos que podrían ser contrarios a la dignidad humana.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Habilitación competencial

El artículo 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), establece su competencia para *“garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*, para lo que ejercerá sus funciones *“en relación con todos los mercados o sectores económicos”*.

En este sentido, el apartado 10 del artículo 9 de la LCNMC reconoce la competencia de esta Comisión para *“Controlar y supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo de ámbito estatal, de conformidad con el título VI de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual”*.

Por ello, esta CNMC es competente para conocer la reclamación presentada, ya que la misma queda encuadrada en la supervisión y control de contenidos audiovisuales, ámbito sobre el que esta Comisión tiene funciones reconocidas.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y los artículos 8.2.j) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para dictar el presente acuerdo es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Segundo.- Marco jurídico aplicable

El canal ANTENA 3 se emite en España por el prestador ATRESMEDIA, establecido en España, según consta en el Registro Público Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual, por lo que de conformidad con lo establecido por la Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo, de Servicios de Comunicación Audiovisual¹ y la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA) está sometido a la supervisión de esta Comisión.

Cabe destacar, en primer lugar, que la jurisprudencia ha reconocido que la publicidad o la comunicación comercial audiovisual se enmarca en los derechos a la información y a la libertad de expresión reconocidos en el artículo 20 de la Constitución Española, así como que su ejercicio no es absoluto, sino que queda sujeto a límites. Así tiene dicho el Tribunal Supremo que².

“[...] Ello sentado, declarar la aptitud de la publicidad para entrar en la órbita del artículo 20 de la Constitución Española implica entender que lo hace en el ámbito formado por el conjunto normativo que, dentro y fuera de dicho texto, la regula y desarrolla. Y, por tanto, que queda sujeta a los límites o restricciones que legítimamente se le impongan. [...]

Así, desde el punto de vista material, [...], la restricción debe estar justificada, ya por imponerla la regulación constitucional del propio derecho o la concurrencia con él de otros igualmente fundamentales; ya por perseguir fines legítimos según el ordenamiento constitucional, entre otros, los configurados como derechos y deberes de los ciudadanos o como principios rectores de la política económica -libertad de empresa, artículo 38; peculiaridades propias de algunas actividades profesionales, artículo 36; defensa de los consumidores, artículo 51 ; protección de la salud, artículo 43 ...- o por el legislador ordinario para el logro de objetivos de interés general. [...]”

¹ Esta Directiva se ha modificado y actualizado por la Directiva 2018/1808, de 14 de noviembre.

² STS de 15 de enero de 2010, núm. 860/2009, de sala de lo Civil y jurisprudencia allí citada.

La LGCA se ocupa de regular el régimen de las comunicaciones comerciales audiovisuales fundamentalmente en el capítulo IV de su Título VI. El apartado 2 de su artículo 121 establece que *“Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen derecho a difundir comunicaciones comerciales audiovisuales a través de sus servicios de conformidad con lo previsto en este capítulo y en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, así como en la normativa específica para cada sector de actividad.”*

En concreto, la denuncia presentada se refiere al presunto incumplimiento de las prohibiciones absolutas de determinadas comunicaciones comerciales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 122.1 LGCA:

“1. Se prohíbe toda comunicación comercial audiovisual que vulnere la dignidad humana, fomente la discriminación contra un grupo de personas o un miembro de un grupo por razón de edad, sexo, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, raza, color, origen étnico o social, características sexuales o genéticas, lengua, religión o creencias, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, nacionalidad, patrimonio o nacimiento, fomente comportamientos nocivos para la seguridad o fomente conductas gravemente nocivas para la protección del medio ambiente.”

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en la LGCA, el respeto a la dignidad humana se configura como un límite al ejercicio de la actividad comercial audiovisual³.

III. VALORACIÓN DE LA DENUNCIA

En el ejercicio de las facultades de control y supervisión determinadas en el artículo 9 de la LCNMC se ha procedido a analizar la publicidad de compresas EVAX emitida en el canal ANTENA 3 el día 16/10/2023, a fin de comprobar el grado de cumplimiento de las condiciones establecidas por la legislación audiovisual vigente, en relación con la protección de la dignidad humana frente a las comunicaciones comerciales.

En el citado anuncio se muestran imágenes de varias mujeres, de estilos, complejiones y edades diferentes que bailan al son de la música con el propósito

³ Por su parte, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, (en adelante, LGP) que es aplicable a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual establece en su artículo 3 a) que es publicidad ilícita *“La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. [...]”*.

de acreditar la fijación de las compresas EVAX con alas o sujeción por medio de salientes que se adhieren a la ropa interior. El anuncio explica que tal fijación se consigue a pesar de que su diseño permite que su separación de las indicadas prendas sea rápida y sencilla.

Todo ello se muestra con el objetivo de informar que se trata de un producto destinado al cuidado de la higiene íntima y personal de las mujeres que pretende favorecer la comodidad y libertad de movimientos de quienes lo utilicen.

En relación con la valoración de la reclamación, se realizan las siguientes consideraciones.

El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución⁴, ha venido determinando el alcance de la libertad de expresión y la posición que ocupa en el ordenamiento jurídico español. Con ello, se perfilan tanto la significación de este derecho fundamental como sus límites. En relación con éstos, tiene dicho este Tribunal que⁵ *“El ejercicio de la libertad de expresión no puede servir de excusa para el insulto, ni tampoco ser un instrumento para menoscabar la dignidad del ser humano y su propio valor como persona. [...]”*

Por otro lado, como se ha indicado anteriormente, el artículo 121 de la LGCA reconoce el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a emitir comunicaciones comerciales audiovisuales, de acuerdo con lo establecido en la propia LGCA, en la LGP, así como en la normativa específica para cada sector de actividad.

En este sentido, por tanto, los prestadores deben tener presente el necesario equilibrio entre los derechos y valores constitucionales en los que se enmarca el ejercicio del servicio de comunicación comercial audiovisual. En el caso que nos ocupa dicha previsión se refiere al desarrollo de contenidos amparados en la libertad de expresión, dentro de los límites y márgenes exigidos en el respeto a la dignidad humana.

Como ya se ha descrito, el anuncio de compresas EVAX pretende mostrar la comodidad y libertad de movimientos que ofrece el producto anunciado, sin que tales propiedades hagan perder la fijación requerida a este tipo de bienes. Todo ello con imágenes objetivas, neutras, directas, precisas y claras.

⁴ Artículo primero de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁵ STC 93/2021.

A estos efectos, es importante destacar que no es condición *sine qua non* que el espectador se sienta identificado o comparta las imágenes o mensajes contenidos en el anuncio publicitario. Tampoco debe confundirse una cuestión de sensibilidad o de gusto por un producto o una temática determinados con la idea de que el anuncio, por la forma que tenga de desarrollar la presentación comercial de un bien, entre automáticamente en una infracción de la normativa audiovisual.

Atendiendo a todo lo anteriormente expuesto, una vez analizados los contenidos publicitarios controvertidos, esto es, la forma de presentación de las compresas con alas de la marca comercial EVAX, esta Sala concluye que, en el presente caso, no se dan las circunstancias exigidas para entender vulnerada la dignidad de las personas, en los términos constitucionalmente previstos. Por ello, los contenidos objeto de la denuncia no se entienden subsumibles en la infracción prevista en el artículo 157.3 LGCA por el presunto incumplimiento de lo incluido en el apartado 1 del artículo 122 de la LGCA.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

ACUERDA

ÚNICO.- Archivar la denuncia recibida contra ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, publíquese en la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (www.cnmc.es) y notifíquese a:

ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.

Comuníquese al denunciante

Con este acuerdo se agota la vía administrativa, si bien cabe interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.