

ACUERDO POR EL QUE SE EJECUTA LA SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE OCTUBRE DE 2018, RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN A IMPONER A MEDIASET COMO AUTORA DE INFRACCIÓN CONTINUADA POR INFRACCIONES TIPIFICADAS EN EL ARTÍCULO 18.2 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

SNC/DTSA/007/15/MEDIASET

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 21 de marzo de 2019

En ejecución del dispositivo número 2 del fallo de la Sentencia de la Sección 3^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1573/2018, de fecha 31 de octubre de 2018, recaída sobre el recurso de casación núm. 03/5920/2017 interpuesto por MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. contra la sentencia de la Sección 3^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de junio de 2017 dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 01/1770/2015, y teniendo en cuenta los antecedentes de hecho y hechos probados establecidos en la Resolución sobre este mismo expediente dictada en fecha 30 de julio de 2015, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta el presente Acuerdo basado en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución sancionadora

Con fecha 30 de julio de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de esta Comisión dictó Resolución por la que acordó declarar a MEDIASET

responsable de la comisión de seis (6) infracciones administrativas por haber emitido comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas encubiertas de diferentes productos, así como de una empresa que los vende, dentro del programa “Que tiempo tan feliz”, en sus emisiones de los días 7 y 14 de diciembre de 2014, 11 y 18 de enero y 1 y 7 de febrero de 2015, lo que supone la infracción de lo previsto en los artículos 18.2 y 58.8 de la LGCA e imponer 6 sanciones por cada una de las seis infracciones, cada una por importe de 100.001 €.

SEGUNDO.- Desestimación del recurso contencioso-administrativo

Con fecha 20 de junio de 2017 la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia desestimatoria del recurso, tramitado con número recurso nº 01/1770/2015, interpuesto MEDIASET contra la resolución de esta Comisión a la que se refiere el anterior antecedente.

TERCERO.- Estimación parcial de recurso de casación

Notificada la sentencia mencionada en el anterior antecedente, MEDIASET interpuso recurso de casación contra la misma.

Con fecha 9 de febrero de 2018 la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo acordó, por medio de un auto, la admisión del recurso de casación presentado por MEDIASET señalando que la cuestión planteada presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en interpretar los artículos 2.32 y 18.2 LGCA a fin de determinar si las estrategias multiformato o de marketing 360º pueden integrar la noción de publicidad encubierta y en qué condiciones.

Con fecha 31 de octubre la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó Sentencia núm. 1573/2018, sobre el recurso de casación núm. 03/5920/2017, por la que, al margen de que la cuestión jurídica sobre la que se apreció la concurrencia de interés casacional en el mencionado auto, ha considerado que en los hechos probados concurren las circunstancias del artículo 4.6 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, para apreciar que nos encontramos ante una infracción continuada y, por tal motivo, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por MEDIASET contra la Resolución de esta Comisión recaída en el expediente SNC/DTSA/0007/15, anulándola, dejándola sin efecto y ordenando a esta Comisión dictar nueva resolución en la que se sancione a MEDIASET como autora de una infracción continuada y fije la cuantía de la sanción atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, a los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 60.4 de la LGCA, y a los criterios de proporcionalidad establecidos en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC).

Por medio de un oficio de la sección 1 de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 9 de enero de 2019 y con entrada en el

registro de esta Comisión el día 16 de enero de 2019, y en cumplimiento de lo previsto por el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ha comunicado a esta Comisión la sentencia antes referida con el fin de que se lleve a puro y debido efecto lo en ella.

HECHOS PROBADOS

Los hechos probados expuestos en la Resolución de esta Sala, de fecha 30 de julio de 2015, y recogidos en el fundamento jurídico primero de la sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de junio de 2017, acreditan que MEDIASET, en el programa “¡Qué tiempo tan feliz!” emitido en su canal Telecinco, ha incluido un micro-espacio, pretendidamente informativo y divulgativo en formato entrevista de la presentadora a una colaboradora experta en nutrición, salud y belleza, en los días, hora y con la audiencia y duración que a a continuación se relacionan:

Fechas	Franjas	AM(000)	AM%	Cuota	Duración en segundos
		T5	T5	T5	
07/12/2014	18:19-18:24	1227	2,8	9,6	300
14/12/2014	19:22-19:24	1816	4,1	11,9	180
11/01/2015	19:15-19:20	2200	5	14,9	305
18/01/2015	19:36-19:41	2276	5,1	13,6	295
01/02/2015	20:18-20:22	2568	5,8	15,5	265
07/02/2015	18:47-18:53	1767	4	13,5	310

En dichas entrevistas la colaboradora presenta una serie de productos relacionados con la salud y bienestar (Salsas con sabor a gloria, Lipobloq, Serenlider, Slim Nutrients, Sales de baño de magnesio Santa Isabel y Numckatos), con finalidad publicitaria y promocional de manera encubierta. Dicha acción publicitaria se complementó con mensajes publicitarios o promocionales de los mismos productos emitidos en otros medios o soportes de contenidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Habilitación competencial y legislación aplicable

De conformidad con el artículo 104.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el órgano de la Comisión competente para ejecutar lo dispuesto en el dispositivo número 2 del

fallo de la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1573/2018, de fecha 31 de octubre de 2018, recaída sobre el recurso de casación núm. 03/5920/2017, es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, ya que fue el órgano que dictó el acto recurrido y casado, de acuerdo con sus competencias sancionadoras establecidas en los artículos 20.1, 21.2 y 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico.

Junto a las normas ya citadas, son de aplicación al presente procedimientos, la LRJPAC y el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, ya que de conformidad con la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y con la disposición transitoria tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la norma procedimental aplicable será la vigente en el momento de la incoación del procedimiento.

II. Objeto del presente acuerdo

El objeto del presente acuerdo consiste en la ejecución de lo dispuesto en el dispositivo número 2 del fallo de la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1573/2018, de fecha 31 de octubre de 2018, recaída sobre el recurso de casación núm. 03/5920/2017, en concreto en sancionar como infracción continuada el incumplimiento por parte de MEDIASET de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA al haber emitido comunicaciones comerciales encubiertas consistentes en la emisión de las seis entrevistas a las que se refiere esta resolución.

III. Aspectos relevantes a considerar en la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018

El tenor literal del dispositivo número 2 del fallo de la sentencia, es el siguiente:

“2.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 30 de julio de 2015 en la que se impone a dicha entidad seis sanciones por un importe de 100.001 € cada una de ellas como responsable de la comisión de seis infracciones graves por el incumplimiento del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, tipificadas en el artículo 58.8 de la citada Ley, anulando la referida resolución en cuanto sanciona por seis infracciones independientes, ordenándose a la CNMC que dicte nueva resolución en la que se sancione a Mediaset como autora de una infracción continuada y fije la cuantía de la sanción atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, a los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 60.4 de la Ley de la Ley 7/2010, de 31 de marzo,

General de Comunicación Audiovisual, y a los criterios de proporcionalidad establecidos en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

En su Fundamento de Derecho cuarto, una vez que confirma que la conducta examinada es constitutiva de publicidad encubierta, señala que «*la CNMC admite que en las seis conductas examinadas “concorre identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad. Y si bien a continuación la CNMC admite que “en cada una de las emisiones la conducta infractora, aunque similar, tiene diferencias considerables que justifican la necesidad de valorarlas de manera independiente”, lo cierto es que la resolución administrativa no explica en qué consisten esas diferencias ni su relevancia para excluir la apreciación de que nos encontramos ante una infracción continuada. Tampoco la Sala de la Audiencia Nacional se detiene a analizar esos extremos.»* Y añade que una vez expuestas las reseñas del contenido de los microespacios «*los datos que allí se exponen vienen a indicar que todos los microespacios que se examinan presentan las mismas características y responden a un diseño común. en cada conducta infractora se agota en sí misma, produce efectos plenos, lesiona el bien jurídico que la norma prohibitiva protege y que por ello es susceptible de subsumirse en el tipo infractor de forma individual”.*

Antes también señala que, la razón expuesta por la CNMC para considerar las seis infracciones de manera independiente, en referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2013 (RC 6965/2010) en la que, en supuestos similares, no se apreciaron una pluralidad de infracciones como continuada, la considera insuficiente.

El fallo de la sentencia es claro: Mantiene la responsabilidad de MEDIASET por la comisión la conducta infractora prevista en el artículo 58.8 de la LGCA, aunque anula la Resolución impugnada en cuanto que las seis infracciones ahí consideradas como independientes, deben ser sancionadas como una única infracción continuada con sujeción al principio de proporcionalidad y a los criterios de graduación de las sanciones que resultan aplicables.

El principio de proporcionalidad, previsto en el artículo 131 de la LRJPAC, además de contener criterios graduación que ayudan a adecuar la gravedad del hecho infractor a la sanción aplicada, establece en su apartado 2 que la sanción pecuniaria deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. Por lo tanto, la sanción a imponer por las seis conductas infractoras consideradas como infracción continuada deberá asegurar la debida correspondencia entre la gravedad de la infracción –tomando en consideración las circunstancias concurrentes en el caso- y el importe de la sanción –que éste cumpla con el principio de prevención: evite un directo incremento de la utilidad económica que tiene su comisión cuantos más actos infractores se cometan, al tiempo que se producirá una gradual y paralela reducción de sus costes (sancionadores)-.

Para garantizar lo anterior, cabe observar las consecuencias que se prevén en el Derecho Penal para los delitos continuados¹, que actúa como correctivo de proporcionalidad, sin cuyo traslado al Derecho Administrativo Sancionador podría dar lugar a un incumplimiento del principio de prevención que establece el citado apartado 2 del artículo 131 de la LRJPAC, y a su vez, una contravención de la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción, dando así lugar a iniquidades y al fomento, acaso, en la reiteración organizada de conductas ilícitas. En este sentido se han manifestado nuestros tribunales (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2013, recurso de casación nº 6965/2010²).

¹ Artículo 74.1 del Código Penal: “(...) el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.”

² FD3º: “(...) el reglamento administrativo no se contiene la agravación de la sanción, natural consecuencia de la mayor gravedad del conjunto, que sí se recoge, por el contrario, en el Código Penal (...)

(...)

Ambos factores –elemento limitante y elemento agravante previsto en el artículo 74 del Código penal-, presentes en el Derecho Penal (...) incorporan verdaderos correctivos de proporcionalidad y de justicia, como valor superior, sin cuya conjugación la institución puede dar lugar a iniquidades y fomentar, acaso, la realización de conductas ilícitas, en lugar de poner en funcionamiento los principios de prevención general y especial que son inherentes al derecho punitivo.

6º.- Buena prueba de esto que se dice -y sobre lo que luego se volverá- son precisamente las infracciones por publicidad encubierta; ya que la sanción, como una única infracción, de un conjunto de actos de promoción publicitaria produciría un directo incremento, exponencial si se quiere, de la utilidad económica que tiene su comisión para la empresa de que se trate, al tiempo que producirá una gradual y paralela reducción de sus costes (sancionadores).

Con ello, al obtener mayor beneficio las empresas cuantos más actos de inserción publicitaria produzcan y, al tiempo, al minimizar sus costes sancionadores de modo correlativo, la aplicación de la norma en la manera que la recurrente pretende serviría para fomento de la infracción en lugar de cauce de prevención.

(...)

7º.- El Tribunal estima, con fundamento en los razonamientos antecedentes, que la ausencia de explícita cobertura legal de la institución contenida en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, no obliga a la inaplicación de la norma reglamentaria y, por tanto, a la formulación de cuestión de ilegalidad para con ella (artículos 26 y 26 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741)) siempre y cuando: a) se considere la institución como emanación de ciertos principios generales del derecho punitivo, preexistentes, que fueron objeto de recepción jurisprudencial; b) se entienda complementada con las cautelas y limitaciones previstas para la institución en el Código Penal y que son inherentes a su cualidad de decantación de ciertos principios punitivos; c) aun cuando lo que se dirá incida parcialmente sobre la misma cuestión aludida en la letra antecedente, la infracción continuada será incorporable al Derecho Administrativo sancionador siempre y cuando se admita su corrección -o sencillamente exclusión- en aplicación del principio de proporcionalidad que necesariamente ha de mediar entre la infracción y la respuesta (artículo 131 de la Ley 30/1992).”

Así, por ejemplo, si al conjunto de ilícitos considerados como una única infracción continuada se sanciona con una multa inferior a la que hubiera correspondido a la suma de las sanciones por esos mismos ilícitos considerados individualmente, ello podría suponer un fomento de la realización de ilícitos de forma organizada y sistemática (y por ello con un mayor componente doloso) puesto que, de esa manera, se impondría una menor sanción suponiéndole un beneficio, en forma de menor sanción, que actos singulares que, a su vez, serían menos lesivos para el interés protegido por carecer del elemento de continuidad. Pero en cambio, si al conjunto de ilícitos considerados como una única infracción continuada, aplicando las consecuencias del citado artículo del Código Penal, resulta una sanción inferior a la suma de las sanciones que hubiera correspondido determinar por la consideración individualizada de los ilícitos, en tal caso no resultaría adecuado con el principio de proporcionalidad trasladar dichas consecuencias³.

Para evitarlo, en este caso resultaría adecuado trasladar las consecuencias previstas en el artículo 74.1 del Código Penal para sancionar delitos continuados.

Por lo tanto, de conformidad con lo anterior, una vez atendidas las circunstancias concurrentes al caso y aplicados los criterios de graduación correspondientes, se ha de determinar si en virtud del principio de proporcionalidad procede en el presente caso trasladar las consecuencias previstas en el artículo 74.1 del Código Penal para sancionar delitos continuados teniendo como referencia el importe de la sanción anulada.

IV. Cuantificación de la sanción

La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas está tipificada en el artículo 58.8 de la LGCA como infracción grave. A su vez, el artículo 60.2 de la LGCA prevé que las infracciones graves podrán ser sancionadas con multas cuyo importe va desde los 100.001 euros hasta los 500.000 euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisual. Debido a que las seis emisiones infractoras del mismo precepto legal -art. 18.2 de la LGCA-, han ser objeto de una respuesta púnica única, ésta debe venir adecuada a la gravedad del conjunto de los ilícitos en atención al principio de proporcionalidad. No obstante, de conformidad con lo expuesto en el anterior Fundamento de Derecho, una vez analizadas las circunstancias concurrentes en el presente caso y la aplicación de los criterios de graduación previstos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 60.4 de la LGCA, en virtud del principio de proporcionalidad podrá trasladarse al régimen administrativo sancionador la consecuencia punitiva prevista el artículo 74.1 del Código Penal. En tal caso, la infracción continuada podrá ser sancionada en la mitad superior del importe previsto en el artículo 60.2 de la LGCA, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la sanción superior en grado – desde 300.001 € hasta 750.000 €-.

³ Se citan nuevamente los mencionados Fundamentos Jurídicos 3º, 6º y 7º de la precitada sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2013 –recurso de casación nº 6965/2010-.

El artículo 131.3 de la LRJPAC establece, como criterios de graduación, la intencionalidad o reiteración de la conducta infractora, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme. Por su parte, el artículo 60.4 de la LGCA establece los siguientes criterios: la inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida; haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores; la gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona; la repercusión social de las infracciones y; el beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

En aplicación de los anteriores criterios al presente caso, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- Los hechos objeto del procedimiento se llevaron a cabo de manera continuada, en seis ocasiones, entre el 7 de diciembre de 2014 y el 7 de febrero de 2015, elemento que denota una mayor intencionalidad de MEDIASET en la conducta infractora.

- La infracción que se imputa a MEDIASET resulta especialmente reprochable atendiendo a la naturaleza de los perjuicios causados por los siguientes motivos: i) vulnera la obligación de separar los programas de los mensajes publicitarios; ii) induce al público a error sobre el contenido publicitario al que se ve expuesto aumentando, de esta manera, la eficacia de la actividad promocional debido a que la enmascara bajo un supuesto contenido informativo presentado por un tercero experto imparcial y ajeno a los productos promocionados a pesar de que no lo es; iii) evita los límites de tiempo legales previstos para las comunicaciones comerciales a los que están sujetas este tipo de comunicaciones audiovisuales al tiempo que los microespacios tienen una duración superior a la de un anuncio publicitario; y iv) promociona a través de los micro-espacios que tienen una duración superior productos relacionados con la salud, belleza y bienestar incumpliendo con la prohibición que existe sobre la publicidad de este tipo de productos según se establece en el artículo 44 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición y artículo 4.7 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitarias.

En definitiva, los perjuicios causados por la conducta infractora de MEDIASET no solo afectan a la debida protección del consumidor frente a una publicidad no identificada y excesiva, sino que se realiza afectando a la objetividad, veracidad y exactitud sobre la información publicitaria emitida afectando así también la libertad de consumo de los ciudadanos.

- El último criterio de cuantificación de la sanción que se ha tomado en consideración es la repercusión social. Para su valoración, se ha tenido en cuenta la duración de cada uno de los micro-espacios en los que se cometió el ilícito, considerablemente mayor que la duración de un anuncio publicitario separado del programa, así como a las considerables audiencias de los programas en el que se emitieron los micro-espacios (Hechos Probados 7º y 8º).

Aun sin ser uno de los criterios de graduación de la sanción previstos, esta Comisión también ha tenido en cuenta que MEDIASET cesó la emisión del micro-espacio al ser notificado del acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador.

En definitiva, atendiendo a los principios y límites cuantitativos a que se hace antes referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 60.4 de la LGCA, se acuerda imponer una sanción pecuniaria por importe de 480.000 euros.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para dictar el presente Acuerdo en ejecución del dispositivo número 2 del fallo de la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1604/2018, de fecha 8 de noviembre de 2018

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S. A., responsable de la comisión de **una infracción administrativa grave, de carácter continuado**, por la emisión de comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas encubiertas de diferentes productos dentro del programa “Que tiempo tan feliz”, durante sus emisiones realizadas en los días 7 y 14 de diciembre de 2014, 11 y 18 de enero y 1 y 7 de febrero de 2015, lo que supone la infracción de lo previsto en los artículos 18.2 y 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

SEGUNDO.- Imponer a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, SA, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, la multa de **cuatrocientos ochenta mil euros (480.000,00 €)**.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la misma puede promover incidente de ejecución de sentencia en los términos

previstos por el artículo 109 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.