

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A
MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., POR EL INCUMPLIMIENTO
DEL ARTÍCULO 18.2 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE
LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL**

SNC/DTSA/035/19/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. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 24 de julio de 2019

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y las demás actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adopta resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Conocimiento de la emisión de una comunicación comercial encubierta en el programa “SÁLVAME NARANJA”

En el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión previstas en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual realizó actuaciones que consistieron, básicamente, en el visionado de la grabación del programa “SÁLVAME NARANJA”, emitido el día 23 de enero de 2019, entre las 16:55:08 a 20:11:00 h. (Folio 11), con un ámbito de difusión nacional por el canal de Mediaset España Comunicación, S.A., TELECINCO, por la presentación verbal y visual durante su desarrollo de la revista “LECTURAS”, presentación que podría tener un propósito publicitario e inducir al público a error en cuanto a su naturaleza, sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna superimpresión que la

identificara. Estos hechos podrían constituir una vulneración de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA).

SEGUNDO.- Incoación de procedimiento sancionador

Con fecha 14 de mayo de 2019, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/D TSA/035/19/MEDIASET (folios 16 a 22), al entender que MEDIASET había podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.2 de LGCA por las emisiones indicadas en el apartado anterior.

Con fecha 16 de mayo de 2019 le fue notificado el acuerdo de incoación a MEDIASET. (folios 23 a bis26.1)

TERCERO.- Acceso a documentos del expediente

Con fecha 24 de mayo de 2019, MEDIASET solicitó copia de la documentación del expediente (folios 27 a 31), dándosele traslado mediante escrito de la instrucción del 27 de mayo de 2019 (folios 32 a 53).

CUARTO.- Alegaciones de MEDIASET

MEDIASET presentó escrito de alegaciones el 30 de mayo de 2019 (folios 54 a 61) en el que sucintamente, manifiesta lo siguiente:

- Que la presentación de la revista “Lecturas” se produjo por tratarse de un tema de actualidad sobre la publicación, en exclusiva, de la entrevista realizada por la colaboradora del programa, Mila Ximénez, a la famosa Alba Carrillo sobre la relación existente con su expareja, el tenista Feliciano López.
- Que en el supuesto de considerarse que ha podido haber una comunicación comercial sobre la citada revista, encajaría dentro del concepto de emplazamiento publicitario, que fue debidamente señalado con “EP” al inicio, durante las pausas y a la finalización del mismo, tal y como exige el artículo 17.2 de la LGCA, con lo cual difícilmente cabría reprocharle la inducción a error al telespectador sobre la naturaleza publicitaria de elementos contenidos en el programa.
- Las referencias a la revista “Lecturas” fueron, a estos efectos, visuales, y dentro del derecho de cita, consistentes en la muestra en pantalla, durante algunos segundos, de la portada de la revista, y que tales momentos fueron menores en número y duración a lo indicado en el acuerdo de incoación, sin que en ningún momento se le diera una especial relevancia o “prominencia”.

- Que en el acuerdo de incoación se afirma erróneamente, que en determinados momentos del programa se vio al presentador mostrando la revista al público o a los colaboradores hojeándola y que se sucedieron en pantalla extractos del reportaje de la revista junto al nombre de la edición y la fecha, “por ejemplo a partir de las 19:07:40 horas”.

QUINTO.- Trámite de audiencia

Con fecha 10 de junio de 2019 le fue notificada a MEDIASET la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento (folios 62 a 75) a los efectos de lo previsto por los artículos 82 y 89.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), concediéndole un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes.

SEXTO.- Alegaciones de MEDIASET al trámite de audiencia

El escrito de alegaciones de MEDIASET tuvo entrada en el Registro de la CNMC el día 24 de junio de 2019 (folios 77 a 85). En síntesis, MEDIASET viene a reiterar las mismas alegaciones realizadas respecto del acuerdo de incoación del presente procedimiento e introduce, como novedad, una alegación relativa al importe de la sanción propuesta que la considera desproporcionada por no haber tenido en cuenta la señalización del programa como emplazamiento publicitario por lo que no concurre propósito publicitario oculto que tiene como característica propia la publicidad encubierta.

SÉPTIMO.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente

Por medio de escrito de fecha 26 de junio de 2019, el Instructor ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 76), para su elevación a la Sala de Supervisión Regulatoria.

OCTAVO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar sin observaciones el presente procedimiento (folio 86).

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Emisión de publicidad encubierta de la revista “Lecturas”

De acuerdo con el Acta de Visionado número 017/2019, de fecha 5 de marzo de 2019 (folios 1 a 3), entre las 16:55:08 y las 20:11:00, se ha emitido en el canal TELECINCO, el día 23 de enero de 2019, se ha emitido el programa “SALVAME NARANJA”, magazine dedicado a la actualidad de la prensa del corazón.

A partir de las 19:58:40 horas, el presentador del programa *“comienza a hablar de la exclusiva que realizan varios personajes en la revista Lecturas, apareciendo un una pantalla gigante en medio del plato y mostrándola en todo momento[...]*” (19:58:54h a 19:59:00h) *donde se pude leer “EXCLUSIVA CONFIESA A MILA SU “DOLOR Y HUMILLACIÓN” y aparece una foto de la protagonista y la colaboradora del programa Sálvame, MILA”* mientras una voz en off que va contando parte del contenido de la noticia.



Luego (19:59:01h a 20:00:01h), se pasa a mostrar imágenes grabadas de la noticia de la exclusiva mientras la misma voz en off antes mencionada, continúa con su narración.

A partir de las 20:00:04 h, finalizado la emisión de las imágenes grabadas, y mientras se muestra una vez más la portada de la revista “Lecturas”, el presentador y los colaboradores, entre ellos Mila, hablan de la entrevista que esta ha realizado a Alba Carrillo, hasta las 20:02:12 h.

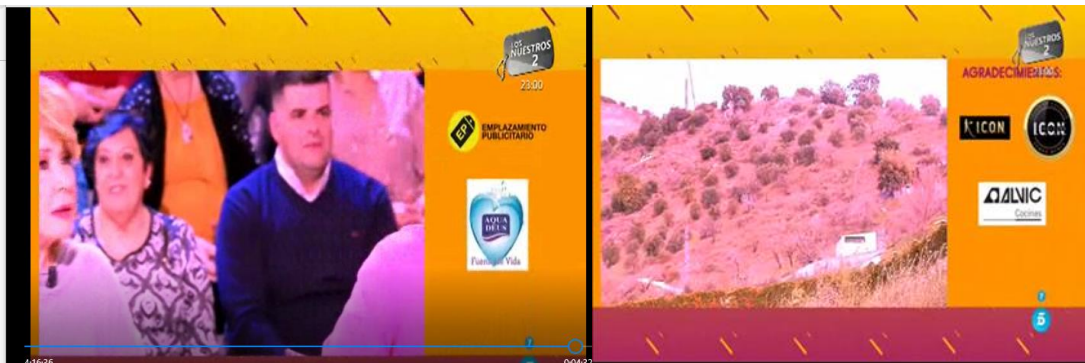


Entre las 20:02:25h y las 20:05:31h, se muestra la revista en todo momento (aunque la cámara se mueve, se intenta que la revista aparezca en el centro de la imagen) mientras se continúa comentando sobre la entrevista ahí contenida.



Luego, entre las 20:05:31h y las 20:09:35h, si bien no aparece la revista, sí se hace alguna alusión verbal a la misma.

Entre las 20:10:15h a 20:11:00h finaliza el programa y aparece un rodillo sobreimpresionado los emplazamientos de producto que han aparecido durante el programa y otros agradecimientos. Sin embargo, no aparece la revista Lecturas.



Se ha unido al expediente un vídeo con la grabación del programa (folio 11) y cuatro vídeos con grabaciones de recortes del programa (folios 12 a 15) proporcionados por la empresa KANTAR MEDIA. Las grabaciones contienen impresionada la hora de emisión.

Asimismo, se considera acreditado que las apariciones y menciones a la revista en el programa “SÁLVAME NARANJA” se desarrollaron de la siguiente manera, según se expone en la propuesta de resolución:

- Junto a la locución del presentador, Jorge Javier Vázquez, diciendo: *“Vámonos con la exclusiva que Alba Carrillo ha dado a la revista “Lecturas”. Lo vemos”* Aparece la portada de “Lecturas” en una pantalla de plasma gigante en medio del plató: de 19:58:40h a 19:58:50 h (**10 segundos**).
- Portada de “Lecturas” ocupando toda la pantalla: de 19:58:54h a 19:59:00h (**6 segundos**).
- Portada de “Lecturas”: de 20:00:05h a 20:02:13h (**2 minutos y 8 segundos**). Durante los primeros 13 segundos la portada de la revista ocupa toda la pantalla.
- Portada de “Lecturas”: de 20:02:25h y las 20:05:31h (**3 minutos y 6 segundos**).
- Presentador (20:05:31h y las 20:09:35h): El presentador y los colaboradores continúan comentando la entrevista, haciendo alguna alusión verbal a la revista.

Tiempo total de la presentación: 5 minutos y 30 segundos.

SEGUNDO.- Audiencia del programa y duración de la publicidad prohibida

Se ha unido al expediente el informe de audiencias medias de las emisiones del programa SALVAME NARANJA, elaborado por la empresa Kantar Media (folio 4 a 5), con los datos siguientes:

Fechas	Franjas	AM(000)	AM%	Cuota	Segundos computados de pub. encubierta
23/01/2019	16:55:08-20:11:00	2083	4,6	18,4	330

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I.- Habilitación competencial de la Comisión y legislación aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en el artículo 29.1 de la LCNMC, que señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de la LGCA.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la LCNMC y en la LGCA, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LPAC y por la la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP).

Según el artículo 29.2 de la LCNMC, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”. En consecuencia y atendiendo a lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, la instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. La resolución de dichos procedimientos corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC.

Respecto de la legislación aplicable, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la LCNMC, la LGCA y el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LGCA (en adelante, Reglamento de desarrollo de la LGCA), conforme a la Disposición Adicional Primera de la LPAC, y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) en lo no previsto en las normas anteriores.

II.- Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si MEDIASET ha infringido el régimen contenido en el artículo 18.2 de la LGCA al haber emitido publicidad encubierta consistente en la exposición de una revista del corazón con finalidad publicitaria durante el transcurso del programa de

“SÁLVAME NARANJA”, emitido en su canal TELECINCO, el día 23 de enero de 2019, entre las 16:55:08 a 20:11:00 h., sin informar al público de que dicha exposición se correspondía con publicidad.

III.- Tipificación de los hechos probados

3.1.- Consideraciones generales

La publicidad encubierta, en el ámbito de la comunicación audiovisual, ha sido prohibida por la Directiva “Televisión sin Fronteras”¹, y mantenida su prohibición en la que se ha mantenido en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (Directiva 2010/13/UE), así como en su revisión (Directiva 2018/1808/UE).

En España, el legislador prohíbe² expresamente esta forma de comunicación comercial audiovisual en el artículo 18.2 de la LGCA, artículo en el que, además, se prohíbe la publicidad de productos ilegales o que atente contra los valores democráticos más significativos. Y el artículo 2.32 de la LGCA describe la comunicación comercial encubierta como *“la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”*.

De la definición de publicidad encubierta contenida en la LGCA, cabe resaltar que tiene un propósito publicitario y es apta para inducir a error en los destinatarios a los que se dirige al enmascararse el mensaje publicitario bajo la apariencia de un contenido informativo o de otra índole, pero aparentemente objetivo y ajeno a los intereses propios del titular del bien o servicio publicitado. De esta manera, este tipo de publicidad traiciona la confianza depositada por el consumidor en los medios de comunicación y en sus profesionales pues confía que los contenidos emitidos cumplen con el principio de separación entre los programas y los mensajes publicitarios (art. 6.5 LGCA) y con el deber de identificar aquel contenido publicitario emitido durante el programa para distinguirlo de su contenido editorial (art. 13.1, 2º párrafo de la LGCA). Es así, que al prohibir este tipo de publicidad el legislador busca proteger a los consumidores-telespectadores frente a la inducción al error respecto del propósito publicitario o promocional de un contenido específico emitido dentro de un programa de televisión.

¹ Art. 10.4. DIRECTIVA 89/552/CEE

² Además, La publicidad encubierta se considera una práctica desleal en el artículo 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y, por lo tanto, una modalidad de publicidad ilícita por la remisión a ésta en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Desde el punto de vista del anunciante, la publicidad encubierta aporta ventajas porque evita las cautelas que, al creer estar viendo un programa, el receptor del mensaje publicitario activa cuando se le intenta vender un producto, prestigiar o promover una marca, o crearle una necesidad de consumo. Además, sorteando la pérdida de atención del espectador e incluso el cambio del canal, lo que puede suceder en el caso de la publicidad convencional. De esta manera consigue aumentar la eficacia de la actividad promocional. Las comunicaciones comerciales como la que nos ocupa también permiten aumentar la información sobre el producto promocionado al permitirse una mayor duración temporal frente a la necesidad de síntesis de otros formatos publicitarios al burlar, por ejemplo, la aplicación de los límites legales a otros tipos de comunicaciones comerciales, como los mensajes publicitarios.

Por todos los anteriores motivos, la LGCA prohíbe la comunicación comercial encubierta en su artículo 18.2 y la tipifica como una infracción administrativa de carácter grave en su artículo 58.8.

En cuanto a la existencia o no de una remuneración y su posible incidencia en el carácter intencional de la conducta, el artículo 2.32 de la LGCA no exige la acreditación de la contraprestación para apreciar que una comunicación comercial es encubierta. Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya falló en su sentencia de fecha 9 de junio de 2011 (asunto C 52/10) que la existencia de una remuneración o de un pago similar no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta, por lo que esa remuneración no es determinante para la existencia de una comunicación comercial encubierta. Por ese motivo, no se analiza en la presente resolución la intencionalidad de la conducta en atención al carácter remunerado o no de las comunicaciones comerciales a las que se refiere.

De la definición de este tipo de comunicación comercial audiovisual prevista en la LGCA se extraen los siguientes requisitos o características que han de reunir éstas y cuya concurrencia en los hechos probados será objeto de análisis más adelante:

- (i) La presentación de bienes o servicios en un programa distinta del emplazamiento publicitario.
- (ii) Que la presentación tenga un propósito publicitario.
- (iii) Que sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción al tratarse de un mensaje publicitario que no es reconocido como tal.

3.2.- Cumplimiento de los requisitos del ilícito

De acuerdo con la relación de hechos probados, se considera acreditado que dentro de la emisión del programa “Sálvame Naranja”, del día 23 de enero de 2019, emitido en el canal Telecinco del que es responsable editorial MEDIASET, se realizaron comunicaciones comerciales de la revista “Lecturas” y, en concreto,

se realizó una exposición de la misma que excede lo razonable respecto de la mera mención a la fuente de información. Este exceso le otorgaría carácter publicitario.

En el análisis de la existencia de publicidad encubierta, la tipicidad de la infracción y la culpabilidad, se seguirán los criterios jurisprudenciales establecidos en sentencias previas de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo³ sobre la misma materia (publicidad encubierta).

Sin perjuicio de lo ya expuesto en la relación de hechos probados y de la incorporación al expediente de los videos con los extractos de los programas en los que se evidencian tales hechos, el análisis del cumplimiento de los requisitos del tipo sancionador se centrará en presentación de la revista en el programa y su falta de identificación como contenido publicitario, así como sobre su propósito publicitario y la posibilidad de que induzca a error al público en cuanto a su naturaleza publicitaria.

3.2.1 Presentación de bienes o servicios en un programa

MEDIASET alega que las menciones y presentaciones de la revista se debieron a que, en la misma, aparece una entrevista que tenía el carácter de tema de actualidad en exclusiva, además de que una colaboradora habitual del programa fue quien había realizado dicha entrevista. Esa colaboradora cuenta en el programa determinada información relacionada con la entrevista. Por lo tanto, señala MEDIASET, que las referencias a la revista que aparecen en el programa fueron visuales, dentro del derecho de cita, y que, de considerarse como publicidad, en cualquier caso, se trataría de un emplazamiento de producto.

A esta alegación hay que responder diciendo que la presentación y mención de la revista, de la que se muestran imágenes de la misma durante 330 segundos, incluyendo la imagen en primer plano de la portada de la revista en una pantalla de plasma gigante, ubicada en medio del plató, exceden de lo que hubiese sido un comentario aceptable dentro de su derecho de cita o para referirse a la fuente de la noticia.

Tampoco se puede considerar que se trate de un emplazamiento del producto puesto que, a pesar de aparecer la señal “EP” “EMPLAZAMIENTO

³ Ver las siguientes sentencias previas de la Audiencia Nacional (Sala Cont.Adm., Secc. 1ª) y del Tribunal Supremo (Sala Cont.Adm., Secc. 3ª) sobre publicidad encubierta: la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2015 (PO 01/134/2013); la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2017 (Proced. num. PO 01/1770/2015) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 (Rec.Casación nº 03/5920/2017), sobre una sanción a Mediaset por publicidad encubierta (“Meli Camacho”); la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2018 (PO 01/550/2016), sobre una sanción a Mediaset por publicidad encubierta (“Actafarma”); la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de octubre de 2018 (PO 01/1744/2015), sobre una sanción a Mediaset por publicidad encubierta (“Actafarma” y otros); y la reciente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2018 (PO 01/370/2017) sobre una sanción a la CRTVE por publicidad encubierta (“Clínica Baviera”).

PUBLICITARIO” al inicio, en las reanudaciones del programa, tras las pausas publicitarias, y al final del mismo, no se identifica en ningún momento a ésta como producto emplazado, tal y como exige el artículo 17.2 de la LGCA y con mayor profundidad lo ha expuesto esta Comisión en su Acuerdo de 17 de septiembre de 2014⁴ por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas.

Asimismo, se le da una prominencia indebida a la presentación de la revista, prohibición prevista en el artículo 17.3 de la LGCA respecto del derecho al emplazamiento publicitario. En efecto, no se trata de la mera aparición de un producto o marca, sino de una presentación de la revista y de sus contenidos ocupando toda la pantalla durante 19 segundos, además de ocupar casi la mitad de la pantalla en un segundo plano, durante 5 minutos y 14 segundos. A lo largo de todo este tiempo, con movimientos de la cámara se consigue que la portada de la revista está siempre presente, apareciendo en pantalla la escena principal del programa y, al mismo tiempo, la portada de la revista completa, de donde se deduce la prominencia indebida de la presentación.

En virtud de todo lo anterior, cabe concluir que la presentación de la revista “Lecturas” durante la emisión del programa no obedece al derecho de cita ni al derecho a realizar emplazamiento de producto.

Las menciones verbales explícitas y las imágenes de la portada de la revista, muestran el carácter encubierto de la presentación, inherente a esta clase de actividad promocional, lo cual conlleva la producción de errores a los telespectadores en cuanto a la naturaleza publicitaria de la emisión, al confundirse con los contenidos del programa.

3.2.2 Propósito publicitario

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, define la publicidad como *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

⁴ INF/D TSA/1356/14/CRITERIOS PUBLICIDAD: *Esta información al telespectador se considera clave para evitar confusiones al telespectador que le induzcan a error sobre la naturaleza publicitaria de los emplazamientos de productos. A estos efectos, se considera que esta información al principio y al final de los programas, y cuando se reanuden tras una pausa publicitaria, se considera que es adecuada siempre que consista en una superimpresión o transparencia claramente legible y con una duración mínima de 5 segundos en la que se indique: “este programa contiene emplazamiento publicitario”.*

Asimismo, al final del programa, todos los productos, servicios o marcas que han sido emplazados en el mismo deben quedar perfectamente enumerados y claramente legibles, bien diferenciados del resto de menciones y agradecimientos, ya sea mediante transparencias u otras fórmulas de presentación gráfica.

Por su parte, la LGCA define la comunicación comercial audiovisual en su artículo 2.24, de la siguiente manera:

“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”.

A este respecto, se aprecia el propósito publicitario de las referencias a la revista en el programa promoviendo su conocimiento entre el público que está interesado en ese tipo de contenidos, que es el tratado en el programa, se deduce de la relación de hechos probados.

La recurrencia con la que se presenta la revista en el programa es muestra de ello. En la presentación de la portada de la revista no se escatiman ocasiones para mostrarla en pantalla repetidas varias veces y de manera constante, hasta el punto de que se convierte en la protagonista del programa durante unos minutos. Tal y como señalamos en el anterior subapartado, la continua presentación de la revista supone una prominencia indebida de la presencia de ésta en el programa y no, como alega MEDIASET, una presentación con intensidad moderada. Además, la presentación de la revista en el programa supera lo razonable respecto del derecho de cita pues su aparición recurrente, tanto verbal como visual, cobra un protagonismo impropio al de la mera cita de la fuente de la noticia. Para satisfacer dicho propósito, el de citar la fuente de la noticia, habría bastado con citar la revista para identificarla como fuente de información.

Téngase en cuenta, además, que la promoción de la revista no solo abarca la del concreto número que se muestra en el programa, sino que sirve para dar a conocer la publicación en general y reforzar la idea de que incluye informaciones relevantes, como las tratadas en el programa que están viendo las personas a las que se dirige. Es decir, el espectador de “Sálvame Naranja” tiene interés en las noticias del corazón y de temática rosa, por lo que constituye un público objetivo ideal para promocionar una revista semanal que aborda estos mismos temas. Cuando el programa comenta su tema de portada, el mensaje que se transmite es el de que la revista incluye contenidos interesantes, capaces de ocupar un programa de televisión como “Sálvame Naranja”. Se trata, por tanto, de promocionar y reforzar la imagen de la revista frente a sus potenciales lectores.

Por lo tanto, ha existido un claro propósito publicitario de la revista “Lecturas” dada su reiterada presentación, tanto de forma verbal como visual, durante el espacio dedicado a la noticia en exclusiva aparecida en su portada.

3.2.3 Que la comunicación comercial sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción

Como se ha explicado más arriba, la publicidad encubierta se caracteriza porque puede inducir al público a error en cuanto a su naturaleza. La falta de reconocimiento del carácter publicitario del mensaje por parte de los destinatarios se consigue, en primer lugar, porque se trata de comunicaciones no separadas ni desveladas, pues no se incluyen dentro de un bloque publicitario que interrumpa el programa, sino dentro de éste, como una parte de su contenido.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo reconoce en su sentencia de 24 de abril de 2012 (recurso de casación nº 03/3262/2009) que la presentación del producto de una forma no clara ni directa, sino encubierta, colabora de manera decisiva a que esa forma oculta de presentación del producto sea idónea para producir error en los consumidores.

Además, la publicidad encubierta no se identifica como publicidad, tal y como exige el principio de diferenciación al que hace referencia el artículo 6.5 de la LGCA, que incluye la separación del mensaje publicitario del editorial y la identificación de aquel como tal.

El error del telespectador se consigue en este caso al promocionar una revista relacionada con el contenido del programa, que es la fuente de la noticia tratada. Esta relación entre el contenido tratado y el producto promocionado evita que el espectador medio asocie la presentación de la revista con un mensaje de alcance publicitario. De esta manera, se contribuye a la inducción del error que caracteriza al ilícito administrativo.

MEDIASET alega que debido a que el programa fue señalado con emplazamiento publicitario, resulta difícil reprocharle haber inducido al público a error en cuanto al propósito publicitario o promocional de la revista. Sin embargo, tal y como hemos señalado en el primer subapartado 3.2.1, tal señalización no cumple con los requisitos previstos para satisfacer lo previsto con el artículo 17 de la LGCA por lo que no se puede aceptar que no se produzca error en el telespectador respecto del supuesto producto emplazado, la propia fuente de la noticia, más aún cuando esta ha pasado a formar parte de la noticia en sí y, asimismo, por lo aquí expuesto ha de rechazarse la alegación de MEDIASET relativa a la desproporcionalidad de la sanción propuesta contenida en su escrito de alegaciones de 24 de junio de 2019.

IV.- Responsabilidad de la infracción

El artículo 28.1 de la LRJSP dispone que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.

En aplicación de lo establecido en el artículo 61 de la LGCA, la responsabilidad por las infracciones debe atribuirse a MEDIASET, por ser el operador del servicio de comunicación audiovisual autor de los hechos infractores considerados probados.

A los efectos de valorar esta exigencia de responsabilidad, ha de tenerse en cuenta que el sector audiovisual es un sector altamente especializado y profesionalizado en el que es exigible a los operadores como MEDIASET una diligencia especial en el deber de control de sus contenidos para asegurar el cumplimiento de la normativa. En este caso, respecto de la presentación de una revista como publicidad encubierta, más aún, teniendo en cuenta que el mismo prestador ya ha sido sancionado por emitir publicidad encubierta respecto de la misma revista y en el mismo programa en el procedimiento tramitado bajo número de expediente nº SNC/DTSA/180/17. En general hay que señalar que en los últimos años MEDIASET ya ha sido sancionada por la comisión de esta misma grave infracción hasta en 3⁵ ocasiones.

Así lo han indicado expresamente los Tribunales en el ámbito de la protección de los menores frente a contenidos audiovisuales inadecuados, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2015 (Rec. nº PO 409/2013), en cuyo Fundamento Cuarto se recuerda que:

“en el caso de empresas audiovisuales, como la ahora recurrente, dotadas de la máxima especialización y vinculadas con la Administración con un régimen especial de sujeción, los estándares de diligencia exigibles alcanzan el mayor nivel”.

En el expediente sancionador no ha quedado acreditada la existencia de circunstancias eximentes de la responsabilidad.

V.- Cuantificación de las sanciones

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.

El artículo 29.3 de la LRJSP establece, como criterios de graduación, el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad, la continuidad en 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 en vía administrativa. 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

⁵ Expedientes nº SNC/DTSA/050/15, SNC/DTSA/057/17; SNC/DTSA/180/17, confirmados por las sentencias citadas en el subapartado 3.2.1 de la presente resolución.

firmes 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.

De los anteriores criterios de graduación, además de haberse tenido en cuenta el de reincidencia previsto en el artículo 60.4 de la LGCA en relación con la resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción –Resolución de del procedimiento sancionador, de fecha 19 de abril de 2018, por el incumplimiento del artículo 18.2 de la LGCA en relación con la emisión de una comunicación comercial encubierta de la misma revista “Lecturas” en los programas “Sálvame Limón” y “Sálvame Naranja” el día 8 de noviembre de 2017, tramitado bajo número de expediente nº SNC/DTSA/180/17, se han tenido en cuenta otras tres⁶ resoluciones en las que se sanciona por el mismo tipo infractor en relación con supuestos similares- la repercusión social en función de la audiencia media de los programas (2.083.000 espectadores) y la duración de la promoción publicitaria (330 segundos).

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 29.3 de la LRJSP y en el artículo 60.4 de la LGCA, se considera ajustado a derecho la imposición de una multa por importe de **ciento ochenta mil cuatrocientos sesenta y seis euros (180.466,00 €)** por la comisión de una infracción grave al artículo 18.2 de la LGCA.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador:

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S. A.**, responsable de la comisión de **una infracción administrativa grave**, por haber emitido, en su canal **TELECINCO**, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la revista “Lecturas”, durante la emisión del programa “SÁLVAME NARANJA”, emitido el día 23 de enero de 2019, entre las 16:55:08 a 20:11:00 h., lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

SEGUNDO.- Imponer a **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S. A.**, una multa por importe de **ciento ochenta mil cuatrocientos sesenta y seis euros (180.466,00 €)**.

⁶ SNC/DTSA/050/15, SNC/DTSA/057/17; SNC/DTSA/180/17

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.