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/038/19/MEDIASET

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta
Dª. 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 "La que se avecina"

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 de la emisión del capítulo *"Un aniversario, un peluquín y una reunión de tupper-sex"* de la serie *"La que se avecina"*, emitido el día 4 de febrero de 2019, entre las 03:30:22 y las 04:38:45 h. (Folio 30), con un ámbito de difusión nacional por el canal de Mediaset España Comunicación, S.A., FDF, por la presentación de juguetes y productos eróticos "Amantis", 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 sobreimpresión que la identificara. Estos hechos, que son reposición o repetición de emisiones anteriores realizadas del mismo capítulo de la serie en el mismo canal en los días y horario que a continuación se relacionan, 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):

Fecha	Hora de inicio	Hora fin	Duración	Calificación
05/08/2018	02:34:07	03:42:26	0068:19	+ 12 años
06/10/2018	02:42:52	03:51:15	0068:23	+ 12 años
15/10/2018	13:24:35	14:54:17	0089:42	+ 12 años
23/11/2018	02:13:28	03:20:28	0066:59	+ 12 años
11/01/2019	13:29:43	14:58:28	0088:45	+ 12 años
04/02/2019	03:30:22	04:38:45	0068:23	+ 12 años

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/DTSA/038/19/MEDIASET (folios 31 a 36), al entender que MEDIASET había podido infringir, con carácter continuado, 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 37 a bis.41.1)

TERCERO.- Acceso a documentos del expediente

Con fecha 24 de mayo de 2019, MEDIASET solicitó copia de la documentación del expediente (folios 42 a 46), dándosele traslado mediante escrito de la instrucción del 28 de mayo de 2019 (folios 47 a 88).

CUARTO.- Alegaciones de MEDIASET

MEDIASET presentó escrito de alegaciones el 6 de junio de 2019 (folios 89 a 98) en el que sucintamente, manifiesta lo siguiente:

- Que no hubo publicidad encubierta de la marca de la empresa de distribución y venta de juguetes eróticos **"Amantis"** ni de sus productos durante la emisión del capítulo "*Un aniversario, un peluquín y una reunión de tupper-sex*" de la serie *"La que se avecina"*, resultando todas las secuencias relativas al tupper-sex parte integral del contenido del capítulo de ese día.

- Que esta serie comenzó a emitirse por primera vez el 24 de abril de 2008 en el canal Telecinco, habiéndose emitido este capítulo durante once años sin que se hubiese apreciado una intencionalidad publicitaria durante este tiempo.

- Las referencias al tupper sex en el capítulo "*Un aniversario, un peluquín y una reunión de tupper-sex*" forman parte de su contenido, puesto que en el año 2008 en el que se produjo este tipo de reuniones se encontraban en su máximo apogeo, por lo que los guionistas lo incorporaron al contenido de la serie desde un punto de vista irónico, introduciendo en el hilo argumental de la trama la referencia a los juguetes sexuales (vibradores, estimuladores de próstata, disfraces, etc..), sin que en ningún momento hubiese intención de hacer publicidad con estos productos ni finalidad promocional para su compra.

- Que de considerarse que hubo alguna intencionalidad publicitaria de la marca "Amantis" y de alguno de sus productos, la emisión del capítulo habría cumplido debidamente con los requisitos legales del emplazamiento de producto.

- Que los momentos en los que se muestra la marca "Amantis" o el nombre de alguno de sus productos para fundamentar la existencia de publicidad encubierta son significativamente inferiores a los indicados en el acuerdo de incoación.

QUINTO.- Trámite de audiencia

Con fecha 21 de junio de 2019 le fue notificada a MEDIASET la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento (folios 99 a 133) 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.- 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 134), para su elevación a la Sala de Supervisión Regulatoria.

SÉPTIMO.- Solicitud de ampliación de plazo

Con fecha 2 de julio de 2019 tuvo entrada un escrito de MEDIASET en el Registro electrónico de esta Comisión por el que solicitaba una ampliación del plazo de

diez días otorgado para formular alegaciones y presentar documentos e informaciones que estimasen pertinentes. (Folios 135 a 139))

Por medio de un escrito de la Instructora del procedimiento de 3 de julio de 2019, notificado el día 4 de julio de 2019, en atención a la proximidad del plazo máximo legal para resolver el mismo se ha rechazado la solicitud de ampliación del plazo para presentar alegaciones. (Folios 140 a 143)

OCTAVO.- Alegaciones de MEDIASET al trámite de audiencia

El escrito de alegaciones de MEDIASET tuvo entrada en el Registro de la CNMC el día 5 de julio de 2019 (folios 144 a 158). En síntesis, MEDIASET viene a reiterar las mismas alegaciones realizadas respecto del acuerdo de incoación del presente procedimiento aunque introduce las siguientes novedades:

- Que la aparición de la página web www.amantis.net no se publicitó pues su aparición en pantalla es prácticamente inapreciable.

- Que no existió intención publicitaria pues el estimulador de próstata que se menciona de forma expresa en el capítulo, el de marca "Nexus", dejó de comercializarse hace años en la página web de amantis por lo que cualquier infracción por publicidad encubierta habría prescrito. En apoyo de esta alegación aportan un documento donde figuran los resultados de búsqueda de google de la siguiente mención: *"nexus amantis estimulador de próstata".*

- Que el hecho de que se haya repuesto la emisión del capítulo en multitud de ocasiones sin que se hubiera incoado un procedimiento sancionador contra MEDIASET por aquellas emisiones previas, supone un cambio de criterio arbitrario por parte de esta Comisión, cambio que rompe con el principio de confianza legítima proclamado en el artículo 3.1 de la LRJSP respecto de la confianza del prestador de que la emisión de dicho capítulo cumplía con la LGCA.

- Que en virtud de sus alegaciones no procede la imposición de sanción alguna y, en todo caso, de cuantía inferior a la propuesta por las siguientes circunstancias: i) valorar la buena fe de MEDIASET debido a que nunca antes se había incoado procedimiento sancionador por esta emisión; ii) la finalidad promocional se habría extinguido desde que los productos dejaron de comercializarse y que MEDIASET no tiene ningún interés en promocionar productos eróticos.

NOVENO.- 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 165).

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 productos eróticos y de plataformas web en donde se pueden adquirir dichos productos

De acuerdo con el Acta de Visionado número 13/19, de fecha 6 de marzo de 2019 (folios 1 a 18), entre las 16:55:08 y las 20:11:00, se ha emitido en el canal FDF, el día 4 de febrero de 2019, el capítulo titulado *"Un aniversario, un peluquín y una reunión de tupper-sex"* de la serie de humor titulada *"La que se avecina".*

Asimismo, de conformidad con el informe de emisiones realizado por la empresa KANTAR MEDIA, en la siguiente tabla se recogen los días y horas en los que MEDIASET, a través de su canal FDF emitió idéntico contenido en fechas anteriores:

Fecha	Hora de inicio	Hora fin	Duración	Calificación
05/08/2018	02:34:07	03:42:26	0068:19	+ 12 años
06/10/2018	02:42:52	03:51:15	0068:23	+ 12 años
15/10/2018	13:24:35	14:54:17	0089:42	+ 12 años
23/11/2018	02:13:28	03:20:28	0066:59	+ 12 años
11/01/2019	13:29:43	14:58:28	0088:45	+ 12 años
04/02/2019	03:30:22	04:38:45	0068:23	+ 12 años

Se ha unido al expediente un vídeo con la grabación del programa (folio 30) y el informe de audiencias medias, proporcionados por la empresa KANTAR MEDIA, de la emisión del programa mencionado (folio 19), así como un informe de emisiones del mismo programa (folio 20). Las grabaciones contienen impresionada la hora de emisión.

1.1.- Falta de identificación de determinando contenido emitido como publicidad

Empieza la serie con el logotipo EP y a su lado la sobreimpresión EMPLAZAMIENTO PUBLICITARIO, en la parte superior izquierda de la pantalla, 03:30:27-03:30:31 horas.

EMPLAZAMIENTO PUBLICITARIO

Al finalizar la serie (entre las 04:38:11h hasta las 04:38:16h) aparece la sobreimpresión agradecimientos en la parte superior central de la pantalla, y debajo los cartones con los nombres de las marca, al final del todo sólo ponen los nombres de las marca.

1.2.- Contenido emitido

FRANJA HORARIA	DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO EMITIDO
03:30-04:38	Emisión del capítulo "***Un aniversario, un peluquín y una reunión de tupper-sex***" de la serie ***LA QUE SE AVECINA***, con un indicativo visual 12 permanente en la parte inferior derecha de la pantalla.
03:48:43 - 03:49:19	Maite muestra un vibrador rojo a Blanca y lo mete en la caja: "Bueno, yo de momento me llevo este". Blanca: "Mmm… **El corsario rojo**. A mí me encanta". Berta: "¡Maite! que estás embarazada. Te puede salir el niño deforme". Maite guarda la caja del vibrador en su bolso, encima de su falda tiene unos vibradores de diferentes colores. Blanca: "No, no, no. Los médicos recomiendan tener orgasmos durante el embarazo. Sube la autoestima, relaja la musculatura y favorece el metabolismo". Nines dice a Raquel: "Se lo está inventando todo, ya verás tú, como le sale tonto". Blanca: "¿Quién más quiere uno? ¿Berta?". Berta: "No, no yo, yo… es que me lo tengo que pensar, es que hay tanta variedad que –Maite coge los vibradores de colores que tiene en su falda y se los muestra a Berta- que cuesta decidirse". Blanca coge un juguete erótico de la maleta y se lo muestra a Berta: "¿Y unas bolas chinas? para fortalecer los músculos de la vagina". Raquel dice a Blanca que deje tranquila a Berta. Blanca: "Pues toma un catálogo, y luego decides tú tranquila". Berta coge con pocas ganas el catálogo, que ha sacado Blanca de la maleta. La maleta aparece en primer plano, y el catálogo -se ve la contraportada con dos vibradores rojos- que Berta tiene en la mano en segundo plano.

03:49:29 - 03:50:05	Salen de la reunión y algunos maridos están esperando a sus mujeres. Berta sale corriendo, Antonio su marido, la sigue preguntándola preocupado: “Berta ¿estás bien?”. Berta entra nerviosa en su casa con el catálogo en la mano, se sienta en el sofá diciendo: “¡Ay Dios Mío! Todavía me tiembla todo el cuerpo”. Deja el catálogo encina del sofá. Antonio enfrente de ella de pie mirándola: “Berta ¿qué has hecho?”. Berta: “Yo, pasar el peor rato de mi vida. Mira –señala el catálogo que está a su lado encima del sofá-, mira lo que vende la fresca esa”. Antonio coge el catálogo, mira la portada, el telespectador lo que ve es la contraportada. Está de pie, plano americano, y en la contraportada del catálogo se puede leer **amant** con una foto encima de las letras de dos vibradores rojos, mientras exclama: “Pero ¿esto qué es?”. Berta: “El corsario rojo, la presidenta ha comprado uno”. Antonio al ir a sentarse en el sofá, la cámara en un ángulo picado capta la portada del catálogo donde pone **amantis** y encima de las letras dos vibradores. Antonio ya sentado al lado de su mujer en el sofá, se dispone a ver el catálogo, lo abre, pasa las hojas. Se ve la contraportada mientras dice: “¡Andá! si tienen disfraces de enfermera”. Antonio y Berta están sentados en el sofá la cámara enfoca el catálogo en primer plano ligeramente contrapicado, se ve claramente en la contraportada las letras **amantis**, con la fotografía de los vibradores rojos encima de las letras. Antonio sigue mirando el catálogo, ahora se pueden ver la portada y contraportada del catálogo en ambas pone **amantis**, que tienen unas fotografías de unos vibradores encima de las letras mientras exclama: “¡Qué golfillas¡”. Berta está escandalizada y regaña a su marido, que cierra el catálogo, ahora se ve la contraportada del catálogo que pone **amantis** y encima los dos vibradores rojos.

03:54:34 - 03:55:48	Nines, Blanca y Raquel se encuentran en el salón de su casa hablando de sus impresiones sobre la reunión de *tupper-sex*. Raquel: "Blanca, no lo he pasado peor en mi vida. Prefiero que te traigas a 50 tíos a casa, antes de que les metas los vibradores a las vecinas". Blanca: "Raquel, si no pasa nada, si están todas encantadas". Nines: "Sí, sí, la casera estaba entusiasmada". Blanca: "Pues se llevó un catálogo". Raquel: "Blanca, que estos vecinos no son gente normal, son peligrosos". Llaman a la puerta Raquel grita aterrorizada: "¡Ya están aquí!". Blanca va a abrir la puerta: "Que te juegas que vienen a comprar algo, a veces les da corte y te lo piden luego a escondidas". Abre la puerta, es Antonio que entra gritando con el catálogo en la mano: "¡Esto es una vergüenza! ¡Tengo a mi mujer en casa traumatizada!". Da el catálogo a Blanca. Raquel: "Antonio de verdad, que lo siento, si ya la he echado la bronca yo". Blanca que está mirando el catálogo: "!Eh¡ aquí faltan páginas". Se las muestra a Antonio que dice: "¡Eh! no, no". Blanca sonriendo con el catálogo abierto y mostrándole algo: "Sí, sí, la sección de disfraces". Antonio le quita enfadado el catálogo: "¡A mi mujer se lo habéis dado así! ¡No cambies de tema! ¿qué?, ¿queréis acabar con mi vida sexual?". Antonio vuelve a dar el catálogo a Blanca. Nines: "Tampoco creo que tengas mucha". Antonio: "Pues mira que tú".

Blanca con el catálogo en una mano, agarra a Antonio con la otra, y le acompaña hasta un sillón: “Antonio los juguetes íntimos no son un enemigo, son un aliado, y se adaptan perfectamente a la sexualidad en pareja, para romper la monotonía”.
Antonio sentado en un sillón muy sonriente: “Eso es interesante”. Nines: “Espérate prima, que todavía le vende algo”. Blanca que sigue con el catálogo en la mano abre la maleta. Antonio al ver todos los juguetes eróticos dentro de la maleta, se incorpora en el sillón: “¡Uy, la Virgen!”. Raquel, al ver que Blanca va a ofrecerle un producto trata de pararla: “¡Blanca por Dios! ¡guarda eso!”.
Blanca coge una caja de la maleta y se la da a Antonio: “Mira esto es para que juguéis los dos”.
Antonio coge la caja con sonrisa vergonzosa: “¿Cómo los dos? ¿A qué juego yo con esto?”. La cámara enfoca a Antonio -medio plano- sentado que sostiene la caja con un vibrador dentro de color negro, que se ubica en el centro de la pantalla.

04:14:58 - 04:15:53	Llaman a la puerta del 1ºA. Nines abre la puerta; es Antonio que pregunta por Blanca porque quiere devolver el vibrador que le compró, da a Nines la bolsa: “Toma, que vengo a devolver esto, que a mi mujer no le ha gustado, y necesito el dinero para otra cosa”. Nines saca la caja con el vibrador dentro: “No, no, esto tu no lo puedes devolver –con el vibrador negro en una mano, y la caja en la otra- si has abierto la caja”. Antonio: “Y ¿qué?”. Nines con la caja del vibrador en la mano: “¿Cómo sé yo que no le has usao?”. Antonio: “Pero ¿para qué voy a usar yo esto?”. Nines mete la caja en la bolsa: “Pues yo que sé, para algo lo habrás comprao ¿no?”. Antonio: “Me estás llamando degenerado”. Nines le devuelve la bolsa con el vibrador dentro, la cámara enfoca a Nines en un plano medio, la bolsa ocupa la parte central derecha del plano. En la parte superior de la bolsa dentro de una etiqueta pone **amantis.net** a la vez que dice: “Mira cuando vuelva la otra te quejas a ella ¡A mí me dejas en paz!”. Antonio continúa en la puerta con la bolsa en la mano, puesta de tal forma que se ve la pegatina de **amantis.net**: “Bueno, esto es una vergüenza ¡Estafadoras!”.

Raquel aparece por el descansillo de la escalera: “Pero ¿qué pasa aquí?”. Antonio con la bolsa en la mano: “Que vengo a devolver esto, y no me deja”. Nines: “Pero como lo va a devolver ¡Tío guarro¡”. Raquel: “Nines, eso no es asunto tuyo”. Nines se va dentro de la casa. Raquel y Antonio continúan hablando en el descansillo, en la puerta abierta de la casa de Raquel.

Raquel se ocupa de Antonio que continúa con la bolsa en la mano: “Antonio si quieres déjame la bolsa y ya cuando vuelva Blanca”. Antonio saca el vibrador negro de la bolsa, y se lo da a Raquel: “Da igual, toma –muy sonriente, se lo pone en la mano- para ti, te lo regalo”.

Raquel lo coge, y devolviéndole el vibrador: “No, muchas gracias, de verdad”.

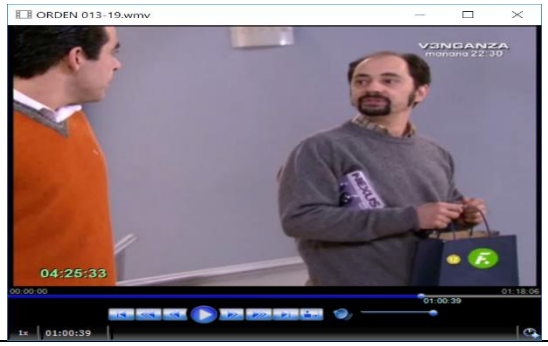
Antonio con una sonrisa: “Que sí, tonta, si está nuevo, ya me cuentas que tal”. Antonio le da también la bolsa que pone **amantis.net**

04:23:51 - 04:25:20	Llaman a la puerta del 1ºA. Blanca abre la puerta, se encuentra con dos hombres que se presentan así. Amador: "Hola, soy Amador Rivas, presidente de la Comunidad y te comunico oficialmente que está prohibida la venta ambulante de vibradores, dildos, bolas chinas y/o cualquier otro artilugio sexual que ponga en peligro la convivencia conyugal en esta Comunidad". Antonio: "Tú, ¿a qué has venido aquí?, ¿a destruir matrimonios?". Blanca: "¿Queréis pasar?". Amador y Antonio se miran y pasan. En la siguiente escena Blanca está sentada junto a ellos en el sofá del salón, delante de ellos en el centro encima de una mesa, la maleta en primer plano abierta llena de juguetes eróticos. Blanca: "Bueno, no os preocupéis, también tengo productos específicos para hombres –toca los productos de la maleta mientras los enumera- anillas, afrodisiacos". Antonio dice a Amador que no la escuche, pero Blanca prosigue en su búsqueda dentro de la maleta repleta de juguetes eróticos. **04:24:22 h-04:25:06 h** Blanca muy sonriente sentada en el sofá –plano medio- saca un objeto de la maleta. En el centro de la pantalla, muestra el objeto envuelto en su *package* transparente, se puede leer en la parte superior **NEXUS**: **"Este es mi producto estrella, el estimulador de próstata** -da el producto a Amador, y coge otro producto de la maleta, en su package transparente-. **Ha sido diseñado por un equipo médico, para estimular el punto G masculino, y como veis, incorpora una bola giratoria -señalándola- que masajea el perineo, proporcionando una sensación parecida a las caricias de la lengua".**

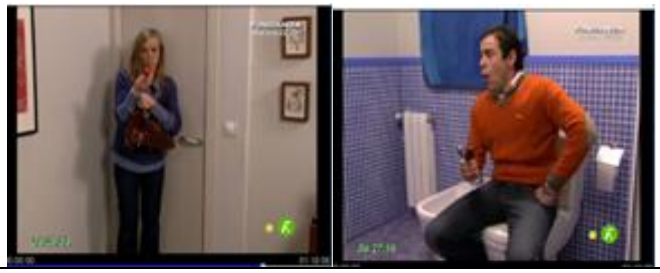
Amador con el estimulador Nexus, desempaquetado que le dio Blanca en su mano dice: "¡Ah¡ Muy bien". Antonio pregunta a Amador: "¿Qué es el perineo?". Amador: "!Eh¡ pues ella te lo explica". Blanca que continúa con el *package* del estimulador de próstata Nexus mostrándolo: "Es la zona que tenéis los chicos detrás de los testículos".

Antonio: "Yo es que ahí no sé lo que tengo". Amador mira el estimulador de próstata que tiene en su mano: **"Pero ¿esto cómo va?".** Blanca que continúa con el *package* del estimulador de próstata Nexus mostrándolo: "**Muy fácil lo introducís en el ano**. Toma llevaros uno cada uno –le da un estimulador de próstata a Antonio- para probar". Antonio lo coge y lo mira: "Pues sí que me lo llevo sí, pero para adjuntarlo a la denuncia –se levanta, muestra el estimulador en su *package* en la parte superior se lee **NEXUS**, que queda posicionado justo en el centro de la pantalla-. Esto en el juicio será la prueba A". Amador se levanta con el que tiene en la mano: "Yo también me lo llevo".

Raquel llega a su casa, Antonio y Amador salen corriendo. Raquel escandalizada cierra la maleta, mientras que la cierra, se puede ver la etiqueta de la maleta que pone **amantis.net** en el ángulo izquierdo.

04:25:20 - 04:25:35	Amador y Antonio salen del 1ºA, se encuentran con el conserje que le da una bolsa. Antonio lleva debajo del brazo el estimulador en su *package*. Se ve el rótulo **NEXUS** durante unos segundos: 04:25:29-04:25:30 horas y 04:25:32-04:25:35 horas. 
04:25:35 - 04:27:20	Amador llega a su casa, los niños están jugando, regaña a su hijo porque se ha vestido de niña. Les pregunta por su madre, que le contestan que está en el baño. Se dirige al baño y llama a la puerta: "¡Maite, sal del baño ahora mismo!". Maite sale: "¿Qué pasa?". Amador: "No te hagas la tonta, sé que llevas un vibrador". Maite: "No, no, no… yo, no". Amador: "¡Ah! ¿no? –le coge el bolso, busca dentro, y saca un vibrador de color rojo, mostrándoselo a Maite- y esto, ¿qué es?". La cámara enfoca un medio plano de Amador, que tiene el vibrador rojo en la mano. Maite: "Un ambientador". Amador que sigue con el vibrador en la mano, lo mira: "¡Ah!". Presiona un botón del vibrador, se oye un ruido de vibraciones, y se ve vibrar al vibrador en su mano. Maite: "Eso es para dispersar mejor el olor". Amador: "¿En el bolso?". Maite: "Si, es que es de cuero y, –coge el bolso- bueno, huele un poco fuerte –le coge el vibrador de la mano- vale, vale, es un vibrador ¡eh!, pero, ¡mira qué bonito es!". La cámara enfoca un medio plano de Maite mostrando el vibrador rojo en su mano en el centro de la pantalla-Tócalo". Toca con el vibrador la cara de Amador que grita: "Pero, ¿qué haces? ¡Que yo no toco eso!¡Hombre!". Maite continúa con el vibrador en su mano: "Cuqui, no te enfades, que yo creía que éramos modernos".

Amador: “No, si yo soy muy moderno, pero tira eso ahora mismo. –Mayte le dice que no-¿Cómo qué no?¡Maite que lo tires!”.
Maite abraza el bolso y el vibrador: “! Qué me ha costado 60 euros ¡”. Amador: “! Alá ¡
y encima caro”. Maite: “Cuqui, esto no tiene por qué afectar a nuestra vida sexual, eh, esto es un complemento”. Amador: “Ah, muy bien, pues que sepas que me he comprado un estimulador de próstata, y lo pienso utilizar”.
Maite: “¿Un qué?”.
Amador: “Con bolas para el perineo. Me voy al baño que me toca”. Amador entra en el baño se sienta en el wáter, saca de su bolsillo el estimulador de próstata, lo mira. Al otro lado de la puerta cerrada del baño está Maite, que mira el vibrador rojo, le da a un botón, y se pone a vibrar. Amador, al oír la vibración, empieza a teatralizar con sonidos una escena erótica. Al otro lado Maite mira el vibrador y pone cara de circunstancias. Los niños entran y preguntan si su padre también está malo, si se van a divorciar. Amador sigue teatralizando la escena erótica, con sonidos, mientras mira el estimulador de próstata: “¡Uy!¡uy! ¡uf! ¡uf! ¡Esto es la bomba!”. Maite al otro lado de la puerta tiene cara pensativa.



1.3.- Duración del contenido promocional

Para concretar los hechos, a continuación se detallan los momentos en que se produce la promoción de los productos de **“Amantis”** durante la emisión del capítulo de la serie:

HORA DE COMIENZO	HORA DE FIN	TIEMPO EN SEGUNDOS
03:39:13	03:41:17	124
03:46:50	03:47:51	61
03:48:44	03:51:18	154
03:54:34	03:56:16	92
04:01:41	04:03:50	129
04:15:00	04:15:52	52
04:23:51	04:25:17	86

04:25:36	04:27:20	94
TOTAL		**792**

A continuación, se detallan los momentos en que se produce la promoción de productos comercializados por “Amantis” durante la emisión del capítulo de la serie:

HORA DE COMIENZO	HORA DE FIN	TIEMPO EN SEGUNDOS
04:24:23	04:25:04	41
04:25:29	04:25:30	1
04:25:32	04:25:35	3
TOTAL		**45**

Tiempo total de la presentación de los productos y servicios promocionados: 13 minutos y 57 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 capítulo de la serie “La que se avecina”, elaborado por la empresa Kantar Media (folio 19), con los datos siguientes:

Fechas	Franjas	AM(000)	AM%	Cuota	Segundos computados de pub. encubierta
5/08/2018	2:34:07 - 03:42:26	217	0,5	10,4	837
6/10/2018	02:42:52 – 03:51:15	132	0,3	7,4	837
15/10/2018	13:24:35 – 14:54:17	173	0,4	2,1	837
23/11/2018	02:13:28 – 03:20:28	151	0,3	7,2	837
11/01/2019	13:29:43 – 14:58:28	187	0,4	2,3	837
4/02/2019	3:30:22 - 4:38:45	57	0,1	6,6	837

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 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 por las imágenes y menciones con finalidad publicitaria de productos y servicios comercializados por la empresa "Amantis" que aparecen durante el desarrollo del capítulo ""*Un aniversario, un peluquín y una reunión de tupper-sex*" de la serie *"La que se avecina"*, sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna sobreimpresión que la identificara, ni se señalizara como emplazamiento de producto, capítulo emitidos los días y en las horas que a continuación se relacionan, utilizando la emisión del día 4 de febrero de 2019 como referencia para analizar su contenido:

Fecha	Hora de inicio	Hora fin
05/08/2018	02:34:07	03:42:26
06/10/2018	02:42:52	03:51:15
15/10/2018	13:24:35	14:54:17
23/11/2018	02:13:28	03:20:28
11/01/2019	13:29:43	14:58:28
04/02/2019	03:30:22	04:38:45

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 prohíbe[2] 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 (artículo 6.5 de la LGCA) y con el deber de identificar aquel contenido publicitario emitido durante el programa para distinguirlo de su contenido editorial (artículo 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.

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, sortea la pérdida de atención del espectador e incluso el cambio del canal, lo que puede

[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.

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 capítulo "*Un aniversario, un peluquín y una reunión de tupper-sex*" de la serie "*La que se avecina"*, emitido los días 5 de agosto de 2018, 6 y 15 de octubre de 2018, 23 de noviembre de 2018, 11 de enero de 2019 y 4 de febrero de 2019, en el canal FDF del que es responsable editorial MEDIASET, se realizaron comunicaciones comerciales encubiertas sobre la empresa de distribución y venta de juguetes y productos eróticos **"Amantis".**

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 Supremo[3] 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 aquellos documentos y vídeo de los programas en los que se produjeron tales hechos, el análisis del cumplimiento de los requisitos del tipo sancionador se centrará en el cumplimiento de los requisitos o características que reúnen las comunicaciones comerciales encubiertas.

3.2.1 Presentación de bienes o servicios en un programa

MEDIASET alega que no hubo publicidad encubierta. Que todas las referencias a productos eróticos o secuencias relativas al *tupper-sex* durante el desarrollo del capítulo, forman parte integral del contenido del mismo y que no siempre, durante dichas secuencias, se presentan las marca mencionada. Añade que las referencias al *tupper-sex* en el capítulo se debe a que, en el año 2008 en el que se produjo el capítulo, este tipo de reuniones se encontraban en su máximo apogeo por lo que los guionistas lo incorporaron al contenido de la serie desde un punto de vista irónico, introduciendo en el hilo argumental de la trama la referencia a los juguetes sexuales (vibradores, estimuladores de próstata, disfraces, etc..), sin que en ningún momento hubiese intención de hacer una presentación de bienes y servicios en la serie.

Al respecto resulta importante señalar que, tras el visionado del capítulo, sí se presenta la empresa "Amantis" en distintos momentos del capítulo de la serie. Aunque la presencia de los productos comercializado por "Amantis" no se produzca de manera explícita durante el total de los 837 segundos contabilizados de promoción de las mismas –tiempo que supone el 20% del tiempo de duración total del capítulo- durante todo ese tiempo contabilizado sí se presenta una amplia variedad de productos eróticos que, según se explica en el mismo capítulo, pueden adquirirse a través de "amantis" y en la página web[4] www.amantis.net, aunque la presentación de la página web es escasa y apenas perceptible sin que por ello decaiga la presentación de la empresa

[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").

[4] La aparición explicita de la página web www.amantis.net es reiterada y aparece hasta en dos escenas de forma fugaz: entre las 3:55:53h y 3:55:55h y entre las 4:15:00h y 4:15:50h.

"amantis".También se muestra la imagen del catálogo que contiene toda la variedad de productos eróticos que pueden adquirirse en la mencionada página web.

Es decir, esos momentos previos a la aparición explícita de los mencionados productos, cuya duración de esta presencia explícita es el 20%[5] del tiempo contabilizado como de emisión de publicidad encubierta, sí se deben relacionar directamente con los productos publicitados y, en consecuencia, se ha de considerar al conjunto de imágenes como parte de la campaña de publicidad encubierta objeto del presente procedimiento. Ello porque aquellas imágenes previas o complementarias a la presentación de los productos, en las que se presenta una amplia variedad de artículos acompañadas de comentarios relativos a sus usos y fines eróticos, se constituyen como parte de la campaña publicitaria pues tienen por objeto o logran captar la atención o el interés de los telespectadores en conocer más sobre los productos presentados o en su adquisición.

Por lo tanto, el conjunto de momentos en los que aparecen los productos sí forman parte de la presentación de "Amantis" en cuanto que es el conjunto de todas las imágenes con las que el prestador se vale para realizar la presentación del comercializador y distribuidor de productos eróticos "Amantis".

Téngase en cuenta que la presentación de los productos reales se podría haber evitado sin que el conjunto de imágenes hubieran supuesto una infracción de la LGCA. En efecto, el prestador podría haber optado por utilizar productos genéricos o con marca ficticia sin necesidad de modificar el hilo argumental del capítulo sin que por ello pudiera perder interés el telespectador en el contenido propio de la serie sin incurrir en la comisión de una infracción administrativa grave.

Añade además MEDIASET que de considerarse como publicidad, en cualquier caso, se trataría de un emplazamiento de producto que habría cumplido

[5] El catálogo de productos de la marca AMANTIS así como la bolsa con la marca AMANTIS aparece en pantalla durante 127 segundos. Y el producto NEXUS aparece en pantalla durante 45 segundos. [(127+45)/837]*100=20%

debidamente con los requisitos legales para la emisión de esta forma de comunicación comercial.

A dicha alegación hay que responder que tampoco se puede considerar que se trate de un emplazamiento del producto puesto que, a pesar de aparecer la señal "EP" "EMPLAZAMIENTO PUBLICITARIO" al inicio, en las reanudaciones del programa, tras las pausas publicitarias, y al final del mismo, no se identifica en ningún momento a "Amantis" como la comercializadora de los productos emplazados, 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 2014[6] por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas.

Asimismo, otorgan una prominencia indebida a la presentación de los productos comercializados por "Amantis" como los productos eróticos que aparecen en pantalla al aparecer éstas, de forma verbal o visual, durante 172 segundos, circunstancia prohibida 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 de manera circunstancial sin afectar al contenido del programa, sino de una presentación de las entidad "Amantis" y sus productos y servicios con una prominencia indebida.

En virtud de todo lo anterior, cabe concluir que la presentación de la empresa de distribución y venta de juguetes y productos eróticos **"Amantis"** durante la emisión del programa, no obedece derecho a realizar emplazamiento de producto ni forma parte necesaria del hilo argumental 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".*

[6] INF/DTSA/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 sobreimpresión 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 marca 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, tal y como se desprende de la relación de hechos probados, se aprecia el propósito publicitario de las imágenes en las que aparecen los artículos comercializados por la marca "Amantis", marca presentada explícitamente en varios momentos del capítulo. En efecto, el conjunto de imágenes en las que aparecen artículos eróticos y en las que aparece explícitamente la marca "Amantis", tienen en su conjunto un propósito publicitario. Tal y como antes hemos señalado, las primeras imágenes en las que únicamente aparecen y se mencionan genéricamente artículos eróticos o las finales en las que se presenta en detalle[7] un producto comercializado por "Amantis", tienen la aptitud de captar la atención o generar el interés de los telespectadores en disponer de ese tipo de productos mientras que las imágenes en las que sí aparece de forma explícita y reiterada la marca "Amantis", tiene la aptitud de llamar a la acción a los telespectadores respecto de la adquisición de este tipo de artículos dadas las bondades que ofrecen los mismos según se expone durante el transcurso del capítulo.

En definitiva, el conjunto de las imágenes contabilizadas como de publicidad encubierta son complementarias entre sí de una verdadera campaña publicitaria pues conllevan una carga promocional adicional, tanto de forma verbal[8] como visual, que va más allá a la de un mero emplazamiento de producto en cuyo caso la presencia de las marcas sería circunstancial, sin intervenir en el hilo argumental del programa.

---

[7] Sirva de ejemplo la transcripción de la siguiente conversación que aparece en el acta de visionado y que trasncurre entre las 04:24:22h y las 04:25:06h mientras se muestra en todo momento el producto "Nexus":

-"Este es mi producto estrella, el estimulador de próstata. Ha sido diseñado por un equipo médico, para estimular el punto G masculino, y como veis, incorpora una bola giratoria -señalándola- que masajea el perineo, proporcionando una sensación parecida a las caricias de la lengua".
-"¿Qué es el perineo?".
-"¡Eh¡ pues ella te lo explica".
-"Es la zona que tenéis los chicos detrás de los testículos".
-"Yo es que ahí no sé lo que tengo".
-"Pero ¿esto como va?
-"Muy fácil lo introducís en el ano."

[8]

Debe destacarse que la recurrencia con la que se presenta la marcas en el capítulo de la serie, tal y como señalamos en el anterior subapartado, supone una prominencia indebida de su presencia y no, como alega MEDIASET, que resulta necesaria dada la propia temática del capítulo de la serie. En efecto, la constante exposición física del catálogo de la marca "Amantis", de la variedad de los productos ahí ofrecidos, junto a la exposición explícita de sus atributos a la vez que se muestra su empaquetado, superan lo razonable a una mera explicación sobre la finalidad de los productos presentados. Para cumplir con dicho propósito o finalidad, tal y como ha se ha mencionado, habría bastado con utilizar productos genéricos o productos de marcas ficticias.

Por lo tanto, ha existido un claro propósito publicitario de la marca "Amantis" y de los productos que comercializa dada la reiteración de su presentación y promoción, tanto de forma verbal como visual, durante la emisión del capítulo de la serie.

Por último, en relación con lo señalado por MEDIASET en su escrito de alegaciones de 5 de julio de 2019, que debido a que el producto de marca "Nexus" hace ya años que no se comercializa en la página web de "Amantis" la finalidad promocional de la presentación de las marcas se habría extinguido, debe rechazarse. Tal y como antes se ha mencionado, si bien se menciona el producto "Nexus", este producto es un mero ejemplo concreto de uno de los comercializados en la web de "Amantis" que sirve como ejemplo de uno de los productos ahí comercializados sin que por ello decaiga el interés promocional de la plataforma web de venta de artículos eróticos "Amantis". El hecho de que ese producto en concreto haya dejado de comercializarse en la citada web, no significa que no exista, tal y como se aprecia en el documento aportado por MEDIASET en la que se observa (folio 162) que el citado estimulador de próstata lo comercializa actualmente otra plataforma de venta –Amazon- ni anula el interés que pudiera suscitar entre los telespectadores acceder a la página web de "Amantis" además de que, cuando se produjo el capítulo, según manifestó la propia MEDIASET en su escrito de alegaciones de 6 de junio de 2019, probablemente sí lo comercializaban según lo que ahí señaló: *"**La serie muestra los objetos tal y como son realmente**: en sus cajas, en sus envoltorios de plástico, pero no con una finalidad publicitaria, sino como recurso de producción*

para hacer verosímil un contenido que tiene que hacer reaccionar a los espectadores".

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 publicad 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 este, 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 unos productos relacionados con parte de la temática tratada en el capítulo de la serie, los accesorios o juguetes eróticos. Esta relación entre el contenido tratado –juguetes eróticos- y la marca promocionada –"Amantis" evita que el espectador medio asocie la presentación de dicha marca 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 señalizado con emplazamiento publicitario, resulta difícil reprocharle haber inducido al público a error en cuanto al propósito publicitario o promocional de las citadas marcas. 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 la negación por parte de MEDIASET del error que la comisión de la infracción produce en el telespectador respecto de las marcas emplazadas, más aún cuando éstas han pasado a formar parte de la trama o hilo argumental del capítulo de la serie.

Por lo tanto, en virtud de todo lo anterior, se concluye que las menciones verbales explicitas y las imágenes de las marcas o sus productos, 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 ese contenido del capítulo al confundirse con la trama del mismo.

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 la marca de juguetes eróticos "Amantis" como publicidad encubierta, más aun teniendo en cuenta que el mismo prestador ya ha sido sancionado en varias ocasiones[9] por emitir esta modalidad de publicidad prohibida.

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.

Por otra parte, se deben rechazar las alegaciones de MEDIASET relativas a que esta Comisión, al tramitar el presente procedimiento sancionador por la emisión del capítulo en cuestión, estaría inculcando el principio de confianza legítima proclamado en el artículo 3.1 de la LRJSP en cuanto que el mismo capítulo lo habría emitido MEDIASET en varias ocasiones anteriores sin que nunca se haya incoado un procedimiento sancionador como el actual. Por lo tanto, señala que esta incoación supone un cambio de criterio de esta Comisión y, en consecuencia, afectando así a la seguridad jurídica.

[9] 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.

Esta Comisión tiene encomendada la función de control del cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y límites previstos por la LGCA. Por lo tanto, incoar un procedimiento sancionador ante una conducta infractora detectada es materia indisponible para esta Comisión. El hecho de que no se haya detectado la conducta infractora en las emisiones anteriores del capítulo no obedece a un cambio de criterio sino, probablemente, a la imposibilidad técnica de que esta Comisión detecte todas y cada una de las infracciones que se hayan podido producir en los servicios de comunicación audiovisual emitidos en España. Además, la conducta objeto de sanción en el presente procedimiento resulta análoga a conductas infractoras previas del mismo precepto normativo por las que sí ha sido sancionado al mismo prestador y, en consecuencia, supone una actuación coherente con anteriores expedientes. Por último, señalar que si ahora, tras una década en la que se ha emitido el capítulo, se ha detectado la infracción, no supone una conculcación del principio de confianza legítima teniendo en cuenta la jurisprudencia al respecto del Tribunal Supremo y que cabe resumir en lo siguiente: *"el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones (…)*[10]*"*. Y más recientemente[11]: *"(…) tampoco sería válido ni admisible pretender que los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima se aplicaran con fundamento en que, en otras ocasiones, la Administración hubiera efectuado una interpretación o aplicación de la norma en cuestión más favorables para el peticionario o para otros, aunque no fueran ajustadas a Derecho."*

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.

Atendiendo a lo previsto por el artículo 29.6 de la LRJSP, se sanciona como infracción continuada la emisión del capítulo durante 6 ocasiones entre el 5 de agosto de 2018 y el 4 de febrero de 2019, al entender que en todas esas emisiones se ha infringido el mismo precepto (artículo 18.2 de la LGCA) y aprovechando idéntica ocasión.

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

[10] STS de 16 de mayo de 2000 (RJ 2000\5487)
[11] STS de 15 junio (RJ 2018\3065)

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.

De los anteriores criterios de graduación se han tomado en consideración: la continuidad en la conducta infractora producida durante seis emisiones, la repercusión social en función de la audiencia media de los programas y también la duración de la promoción publicitaria.

En definitiva, atendiendo a los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia en la presente Resolución, 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 noventa y seis mil treinta y ocho euros (196.038,00 €)** 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 FDF, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la marca **"amantis"**, durante la emisión del capítulo **"*Un aniversario, un peluquín y una reunión de tupper-sex*"** de la serie **"La que se avecina"** emitido los días 5 de agosto de 2018, 6 y 15 de octubre de 2018, 23 de noviembre de 2018, 11 de enero de 2019 y 4 de febrero de 2019, tras analizar la emisión realizada el día 4 de febrero de 2019 entre las 03:30:22 y las 04:38:45 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 noventa y seis mil treinta y ocho euros (196.038,00 €)**.

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.