



Roj: **SAN 3339/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3339**

Id Cendoj: **28079230012017100465**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2017**

Nº de Recurso: **1770/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3339/2017,**
ATS 1125/2018,
STS 3770/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001770 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05830/2015

Demandante: MEDIASET ESPAÑA S.A.

Procurador: MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ- CARVAJAL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LOURDES SANZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a cuatro de julio de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **1770/2015** interpuesto por **MEDIASET ESPAÑA S.A.**, representada por el Procurador Sr. Sánchez Puelles contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 30 de julio de 2015; ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se declare: a) contraria a derecho y nula o, subsidiariamente, la anulación de la resolución impugnada, por no existir infracción de los artículos 18.2 y 58.8 de la Ley General de Comunicación Audiovisual (LGCA); b) la anulación parcial de la resolución recurrida de modo que se deje sin efecto la sanción impuesta a Mediaset o subsidiariamente, dicha sanción quede reducida a un importe simbólico o mínimo; c) la anulación parcial de la resolución impugnada de modo que la sanción impuesta a Mediaset quede reducida a un importe significativamente inferior como consecuencia de considerar que las supuestas infracciones hubieran dado lugar, en su caso, a una única infracción continuada y no a seis infracciones independientes.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia por la que se desestime el presente recurso contencioso administrativo.

TERCERO.- El recurso no se recibió a prueba y evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 20 de junio de 2017, en que tuvo lugar.

La cuantía del recurso se ha fijado en 606.006 Euros.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. LOURDES SANZ CALVO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 30 de julio de 2015, por la que se declara a Mediaset España Comunicación S.A, responsable de la comisión de seis infracciones graves por el incumplimiento del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), tipificadas en el artículo 58.8 de la citada LGCA, por haber emitido comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas encubiertas de diferentes productos (Salsas con sabor a gloria, Lipobloq, Serenlider, Slin Nutrients; Sales de baño de magnesio Santa Isabel y Numckatos), así como de una empresa que los vende, dentro del programa "Que tiempo tan feliz", del canal Telecinco, en sus emisiones de los días 7 y 14 de diciembre de 2014, 11 y 18 de enero y 1 y 7 de febrero de 2015, imponiéndola seis sanciones por un importe de 100.001 € cada una de ellas.

Explica la citada resolución que dentro de los programas ¡Que tiempo tan feliz!, del canal Telecinco, del que es responsable editorial Mediaset, se ha incorporado un microespacio, pretendidamente informativo y divulgativo en formato entrevista de la presentadora a una colaboradora experta en nutrición, salud y belleza, pero que en realidad contaba con una clara finalidad publicitaria y promocional, pues las entrevistas tienen el propósito evidente de estimular la compra de diferentes productos que son presentados como soluciones efectivas para diferentes problemas relacionados con la salud y el bienestar y cuyas cualidades beneficiosas se destacan, completándose la acción promocional con la remisión al blog de la prescriptora, que facilita su adquisición a través de la plataforma on-line de una empresa que los vende.

Considera la CNMC que las citadas entrevistas forman parte de una acción publicitaria multisoprote o multiformato, es decir, que se desencadena de forma sucesiva y/o simultánea y sistemática a través de diversos medios o soporte, que reiteran, complementan o amplían los mensajes (telepromoción, remisión a web, red social etc), vinculándose de esta manera las entrevistas de la colaboradora a las entradas de su blog relativas a productos promocionados y a la remisión a la tienda virtual que los vende.

SEGUNDO.- La actora sustenta su pretensión impugnatoria en los siguientes motivos:

- No ha habido infracción del artículo 18.2 de la LGCA, puesto que dicho espacio no tiene naturaleza publicitaria. La estrategia de Mediaset consistió en separar contenidos publicitarios, en telepromociones, de no publicitarios, en los microespacios de salud, respetando lo establecido en la Ley. No hubo publicidad encubierta, ya que no hubo mención a marca alguna, pues salvo en una de las seis emisiones no se muestra ni menciona el nombre de los productos en las entrevistas de dichos programa y la remisión al blog de la entrevistada no altera dichas consideraciones pues en las referencias a dicho blog no se mencionan las marcas de los productos. La promoción de marcas comerciales concretas tuvo lugar en telepromociones, de forma totalmente diferenciada de los microespacios de salud. El hecho de que pueda existir una cierta relación entre

el espacio de salud y las telepromociones no supone infracción del artículo 18.2 de la LGCA siempre y cuando exista una clara diferenciación entre el espacio de salud y la telepromoción y cada uno responda a una finalidad diferente, como ocurre en el presente caso.

- Incluso si se considerase erróneamente que hubo situaciones de publicidad encubierta en las emisiones analizadas, la Administración incumplió el principio de confianza legítima al no haber dado la posibilidad a Mediaset de modificar, en su caso, su conducta, de modo que no resulta procedente la imposición de sanción alguna a Mediaset.

- En todo caso, se trataría de una infracción continuada en lugar de seis infracciones independientes. Existen precedentes en supuestos similares en que se acordó la existencia de una infracción continuada, de modo que el cambio de criterio en el presente caso resulta contrario a la doctrina de los actos propios.

- Las sanciones impuestas resultan improcedentes o, al menos, de un importe total desproporcionado.

El Abogado del Estado se opone a la demanda y efectúa las siguientes consideraciones:

- En cuanto a la pretendida no infracción del artículo 18.2 de la LGCA. El propósito publicitario de los microespacios y la intención de promover la compra de los productos promocionados se deduce del hecho que en los seis casos las entrevistas describen las propiedades beneficiosas de los productos y sus características, también se muestran sus envases y presentaciones, en alguna ocasión se menciona la marca comercial del producto y en varias ocasiones incluso se informa de su precio. En todo caso, se facilita su compra a través de la remisión del blog de la prescriptora, en que de forma sistemática se envía al consumidor a la plataforma on-line de venta de la empresa que los comercializa. El engaño del telespectador se consigue mediante la utilización de la prescriptora como una colaboradora especialista en la materia, ajena a los productos y servicios promocionados, que contribuye a generar en el consumidor credibilidad y una sensación de fiabilidad e independencia que le hace más vulnerable al mensaje publicitario encubierto.

- El artículo 48 de la LGCA que establecía la facultad (no la obligación) del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales de requerir el cese de aquellas prácticas que contravengan las disposiciones establecidas en dicha Ley u sus normas de desarrollo, ha sido derogado por la disposición derogatoria (letra g) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, por lo que no constituye presupuesto necesario para la incoación de un expediente sancionador.

- Respecto a la infracción continuada señala que los tribunales de justicia, han considerado en los antecedentes citados por la resolución recurrida la no consideración del ilícito como continuado.

- Las sanciones impuestas no resultan improcedentes o desproporcionadas.

TERCERO.- El artículo 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, bajo el título de "comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas" establece en su apartado 2 que " *Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales* " y el artículo 58.8 de la citada Ley tipifica como infracción grave la emisión de las comunicaciones comerciales encubiertas.

Define la LGCA en su artículo 2.32 la comunicación comercial audiovisual televisiva 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* ".

Alega Mediaset que no hubo publicidad encubierta, pues salvo en una de las seis emisiones no se muestra ni menciona el nombre de los productos en las entrevistas de dichos programa y la promoción de marcas comerciales concretas tuvo lugar en telepromociones, de forma totalmente diferenciada de los microespacios de salud.

Sin embargo, de los vídeos de los citados microespacios o entrevistas a Dulce realizadas en seis programas de "Que tiempo tan feliz" emitidos los días 7 y 14 de diciembre de 2014, 11 y 18 de enero y 1 y 7 de febrero de 2015 resulta que en ellos se describen las propiedades beneficiosas de los productos y sus componentes o características. También se informa de su precio en varias ocasiones (el 7 de diciembre de 2014, 11 de enero y 7 de febrero de 2015). En todos se muestran sus envases y presentaciones, en unos casos la presentadora sostiene el frasco durante la entrevista (7 de diciembre de 2014 y 18 de enero 2015), en otros lo muestra al final (14 de diciembre 2014), el 11 de enero de 2015 lo muestra abiertamente, el 1 de febrero de 2015 se muestra el bote de sales de baño, colocándose al lado de la prescriptora en los dos formatos disponible, el 7 de febrero de 2015 se muestra el envase del producto que sostiene en la mano derecha e incluso se incluye una forma de administración del jarabe contra la gripe y una de las presentadoras toma una dosis en directo. En alguna ocasión (el 11 de enero de 2015) se menciona la marca comercial (salsas con sabor a gloria). En todos



los casos, la entrevistada se remite durante las entrevistas o al final de las mismas a su blog, facilitándose la compra del producto a través de dicho blog, en el que se envía al consumidor a la plataforma on.line de venta de la empresa que los comercializa (Tu Parafarmacia de Confianza S.L.), de la que también se facilita su teléfono a tal fin. La web de la prescriptora esta directamente vinculada a dichos programas, pues aparte de lo expuesto, las entradas en el blog tienen fecha del día anterior o se publican pocos días después de la emisión de la entrevista en la que se presenta el producto y se mantienen durante varios días como primera entrada.

Pues bien, el propósito publicitario de los citados microespacios y la intención de promover la compra de los productos promocionados se desprende de los hechos y circunstancias expuestas, aún cuando no se mencionen siempre de forma expresa marcas comerciales, al considerar, como razona la resolución recurrida, que las citadas entrevistas forman parte de una acción publicitaria multiformato o multisoprote en las que se presentan de forma indirecta y visual marcas y productos, cuyas características y propiedades beneficiosas se describen, que podrían adquirirse a través de la empresa a la que remite el blog de la presentadora y de su plataforma on-line. De esta manera, las entrevistas de la presentadora en las que se promocionan dichos productos, se vinculan con las entradas en su blog a dichos productos y con la tienda virtual que los venden, siendo exponente también de dicha vinculación de los citados microespacios con el citado blog, que el día antes o pocos días después de cada una de las entrevistas se describen expresamente los productos promocionados por medio de entradas en el blog que se mantienen durante varios días.

Debe tenerse en cuenta, que la publicidad encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, sino que se hace de forma subliminal con ocultación de la finalidad publicitaria, por lo que se crea un indudable riesgo de provocar error en los consumidores, invitándoles o inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, al consumo del producto presentado.

Por otro lado, el hecho de que la misma persona (Dulce) participe en telepromociones en el mismo programa, contribuye a crear una falsa sensación de separación entre su actividad como prescriptora publicitaria, por un lado, y colaboradora neutral, por otro, como en el caso de las entrevistas.

Pero en todo caso, ha quedado constatado que el objeto de las entrevistas citadas era promover la compra de los productos presentados, que no se incluyen en un bloque publicitario sino dentro de un programa, como una parte de su contenido, creando la impresión al consumidor de que se encuentra ante un programa relacionado con la salud y la belleza cuando en realidad promueve la compra de productos, contribuyendo así a generar un error en cuanto a la naturaleza de la presentación.

Finalmente, señalar que la existencia de contraprestación no es un requisito constitutivo de la infracción en cuestión, no exigiendo el artículo 2.32 de la LGCA la existencia de contraprestación para apreciar que una comunicación comercial es encubierta. En este sentido ha señalado la SAN, Sec. 8ª, de 2 de marzo 2015 (Rec. 134/2013), por todas, que no puede ser obstáculo para la apreciación de la infracción el hecho de que no se acredite la existencia de contraprestación, o que se alegue que ésta no ha existido, pues ésta no es necesaria para integrar el tipo, sino para apreciar la mayor o menor culpabilidad o graduación de la gravedad de la infracción, es decir, se puede tener en consideración a afectos de imponer la sanción en mayor o menor cuantía, pero no para excluir la misma infracción.

CUARTO.- En cuanto al alegado incumplimiento del principio de confianza legítima al no haberse dado la posibilidad a Mediaset de modificar, en su caso, su conducta, cabe recordar que el artículo 48 de la LGCA que establecía la "facultad" del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales de requerir el cese de aquellas prácticas que contravinieran las disposiciones establecidas en dicha Ley u sus normas de desarrollo, ha sido derogado por la disposición derogatoria (letra g) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, en vigor a partir del 6 de junio de 2013, es decir, más de año y medio antes de la fecha de los hechos.

Por otro lado, la actora invoca el artículo 61.2 de la LGCA, párrafo 2 *"No obstante, el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca"*, pero desvinculado del párrafo primero que constituye el presupuesto para su aplicación.

Efectivamente, el apartado primero del citado artículo 61.2 dispone que no incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de servicio de catálogo de programas, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente. Pero, no obstante lo cual, se establece en el párrafo segundo, que el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.



Sin embargo en el caso de autos, ni siquiera se ha planteado por la actora la concurrencia del presupuesto de inexistencia de responsabilidad del artículo 61.2 de la LGCA, lo que veda la aplicación del citado apartado segundo del artículo 61.2 de la citada Ley.

A la vista de las circunstancias expuestas, no se entiende bien la invocación del principio de confianza legítima que se aborda entre otras en las SSTs de 25 de mayo de 2014 (Rec.5998/2011) y de 31 de octubre de 2014 (Rec. 270/2012), pues ni cabe apreciar una vulneración de ese principio, ni del de la buena fe, ni de vinculación de los actos propios de la Administración, ya que la ausencia de un requerimiento previo, a la vista de las circunstancias expuestas, no puede considerarse en modo alguno como un acto concluyente con entidad para generar en Mediaset de forma inequívoca la confianza de que su conducta no será sancionada.

QUINTO.- Co nsidera la actora que concurren en el presente caso los presupuestos para considerar que no nos encontramos ante seis infracciones independientes sino continuadas, ya que se trata de una pluralidad de acciones que infringen el mismo precepto (art 18.2 de la LGCA), con proximidad temporal entre ellas (entre diciembre de 2014 y febrero de 2015), existe una unidad de acción preconcebida respecto de la existencia de la microsección de Dulce en "Que tiempo tan feliz" y un aprovechamiento de "idéntica ocasión", ya que se decide contar con la colaboradora y se la contrata para un paquete de programas, para dar sensación de continuidad a sus intervenciones.

También se alega, que en casos similares se ha considerado la existencia de infracción continuada, citando como tal la resolución de 2 de junio de 2015 relativa al expediente NUM000 que declaró la existencia de una única infracción continuada por la emisión de publicidad encubierta a lo largo de diversos episodios de salud de un programa y que existen otros precedentes en materia de publicidad que concluyeron con la consideración de una infracción continuada, entre los que cita los expedientes NUM001 y NUM002 , de modo que el cambio de criterio en el presente caso resulta contrario a los actos propios.

En el caso de autos, el instructor en la propuesta de resolución apreció la existencia de continuidad en la infracción en los términos exigidos por el artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora , al considerar que se trataba de una pluralidad de acciones que infringían el mismo precepto administrativo, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Sin embargo, la Sala regulatoria adoptó un acuerdo de 30 de junio de 2015 de recalificación de los hechos objeto del citado procedimiento, por considerar que dicha calificación de la infracción como continuada podría no ser correcta, pues si bien concurre identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad, lo cierto es que en cada una de las emisiones la conducta infractora, aunque similar, tiene diferencias considerables que justifican la necesidad de valorarlas de manera independiente. En este sentido señalaba que se había pronunciado dentro de este concreto ámbito, la Audiencia Nacional en su Sentencia de fecha 25 octubre 2010 (Rec. 698/2008), que reitera el criterio ya expuesto en su anterior sentencia de 23 de marzo de 2009 (Rec.1500/2007), y que fue confirmada por el Tribunal Supremo en su posterior sentencia de fecha 30 de julio de 2013 (Rec. 6965/2010), en las que se excluye justificadamente la aplicación de la infracción continuada en las infracciones relativas a la publicidad encubierta en la comunicación audiovisual televisiva. Consideraba, en definitiva, el citado acuerdo que cada conducta infractora se agota en sí misma, produce efectos plenos, lesiona el bien jurídico que la norma prohibitiva protege y que por ello es susceptible de subsumirse en el tipo infractor de forma individual. La reiteración de la misma conducta (sobre la base de idénticas circunstancias: identidad de programa, medio, producto publicitado, mecanismo de encubrimiento equivalente, aunque no siempre idéntico, etc.) constituye el inicio y ejecución de una nueva conducta susceptible de encuadrarse, de nuevo, en el mismo tipo infractor, por lo que la Sala considera que los hechos hubieran debido calificarse como seis infracciones independientes y autónomas, en lugar de como una única continuada.

Pues bien, como señala la resolución recurrida, el Tribunal Supremo (STS de 30 de julio de 2013, Rec. 6965/2010 , que confirma la SAN, Sec. 8ª, de 25 de octubre de 2010, Rec. 698/2008) ha considerado en supuestos similares de comunicaciones comerciales encubiertas, no apreciar la infracción como continuada.

Así, en el Fundamento de Derecho quinto de la citada STS de 30 de julio de 2013 , citando la SAN objeto del recurso de casación, señala:

"La sanción, como una única infracción, de un conjunto de actos de promoción publicitaria produciría un directo incremento, exponencial si se quiere, de la utilidad económica que tiene su comisión para la empresa de que se trate, al tiempo que producirá una gradual y paralela reducción de sus costes (sancionadores). Con ello, al obtener mayor beneficio las empresas cuantos más actos de inserción publicitaria produzcan y, al tiempo, al minimizar sus costes sancionadores de modo correlativo, la aplicación de la norma en la manera que la recurrente pretende serviría para fomento de la infracción en lugar de cauce de prevención. Y todo ello, además, elevando los daños para los ciudadanos, para su información objetiva y para su libertad de consumo, que son precisamente los bienes jurídicos que la norma pretende tutelar" .< o:p>



Y concluye:

[...] Como conclusión el Tribunal estima inaplicable, al presente caso, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993 porque comportaría contravención de la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción; porque, por la singular naturaleza económica de la actividad, iría en fomento de la infracción en lugar de operar el principio de prevención (general y especial); y porque incluso, en los casos límite, pueden verse afectados bienes de carácter personal como la libertad referida a los actos de consumo".

Por otro lado, la resolución de 2 de junio de 2015 relativa al expediente NUM000 citado como precedente, no puede ser tomado como término de comparación o precedente válido, a los efectos pretendidos por la actora, por cuanto en ella se razonaba que la calificación de la conducta como de cinco infracciones independientes, sin previo trámite de audiencia, podría generar indefensión a la interesada, por lo que se mantuvo la propuesta en que se calificaba la infracción como continuada.

El resto de las resoluciones citadas, no se refieren a supuestos similares de publicidad encubierta, por lo que no cabe hablar de cambio de criterio contrario a los actos propios.

SEXTO.- Co nsidera la actora que las sanciones impuestas son improcedentes o desproporcionadas.

Sin embargo, no puede considerarse infringido el principio de proporcionalidad desde el momento en que las sanciones impuestas lo han sido en la multa mínima de 100.001 € establecida en el artículo 60.2 de la LGCA para las infracciones graves, es decir, en el mínimo legal.

Procede, en definitiva, la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso conlleva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , la imposición de costas a la parte demandante.

Vi stos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **MEDIASET ESPAÑA S.A.** , representada por el Procurador Sr. Sánchez Puelles contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 30 de julio de 2015; con imposición de costas a la actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia en Audiencia Pública. Doy fé.

Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA