



Roj: **SAN 3069/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3069**

Id Cendoj: **28079230012018100369**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2018**

Nº de Recurso: **550/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3069/2018,**
ATS 195/2019,
STS 3601/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000550 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03561/2016

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION S.A.

Procurador: MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ CARVAJAL

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

SENTENCIA Nº:

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

Madrid, a trece de julio de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 550/16, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 12 de mayo de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora dos multas, por importe cada una de ellas de 258.956 euros y 269.417 euros, por la vulneración del art. 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual,



por dos infracciones continuadas tipificadas como graves en el art. 58.8 de la citada norma . Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO** , representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en 528.373 euros.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Admitido el recurso contencioso-administrativo y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 19 de diciembre de 2016 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia en la que se declarara: "a) *La nulidad de la Resolución impugnada, por no existir una infracción del artículo 18.2 de la LGCA como consecuencia de los hechos analizados o, subsidiariamente, para el caso de que no se acoja la solicitud efectuada en el punto anterior,*

b) *La anulación parcial de la Resolución impugnada de modo que se deje sin efecto la sanción económica impuesta a Mediaset por los hechos analizados o, subsidiariamente, dicha sanción quede reducida a un importe simbólico o mínimo"* .

SEGUNDO .- Formalizada la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante el pertinente escritos, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación íntegra del recurso, con expresa imposición de costas.

TERCERO .- Mediante Auto de 21 de febrero de 2017, se acordó el recibimiento del recurso a prueba, admitiéndose la prueba documental propuesta por la parte actora, y no habiendo más pruebas que practicar, se declaró concluso el periodo probatorio, y se concedieron diez días a las partes para que formularan conclusiones. Una vez presentados los pertinentes escritos, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, señalándose para el día 29 de mayo de 2018.

Por providencia de citada fecha, se acordó dejar sin efecto el señalamiento, para conceder diez días a la parte actora para que alegara sobre la causa de inadmisibilidad invocada por el Abogado del Estado, en relación con el cumplimiento del requisito del art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción . Se decía que dicha parte debería acreditar que don Daniel , es Secretario del Consejo de Administración de Mediaset España Comunicación, S.A., qué órgano autorizó la impugnación de la resolución objeto del presente recurso contencioso-administrativo, y si tenía la debida facultad según los Estatutos para ello, así como debería aportar los Estatutos de dicha sociedad. Una vez presentada diversa documentación por la parte actora, se señaló nuevamente para votación y fallo, que tuvo lugar el 10 de julio del año en curso.

SIENDO PONENTEEl Magistrado Ilmo. Sr. Don **FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sociedad demandante impugna la resolución de 12 de mayo de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora dos multas, por importe cada una de ellas de 258.956 euros y 269.417 euros, por la vulneración del art. 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), por dos infracciones continuadas tipificadas como graves en el art. 58.8 de la citada norma .

Los hechos por los que ha sido sancionada la parte actora son que en el canal de televisión de Telecinco, dentro del programa Sálvame Naranja, en la emisión del 11 de junio de 2015, el doctor Eulalio trató de concienciar al telespectador de problemas que afectaban a gran parte de la población -el envejecimiento por la oxidación de las células- y de que existían soluciones como el consumo de complementos alimenticios que contienen antioxidantes. Posteriormente, el presentador del programa, durante la telepromoción de Revidox, utilizó argumentos similares a los utilizados previamente por el doctor al anunciar uno de los productos que, identificaba con los problemas y las soluciones expuestos por el doctor previamente.

Mientras que, en la emisión del 30 de junio de 2015 en el citado programa, por el mismo doctor, trató de concienciar al telespectador de problemas que afectaban a gran parte de la población -la acumulación de grasa blanca en el cuerpo debido a que esta no se quema, a diferencia de la grasa parda que sí se quema-, y de que existían soluciones como complementos alimenticios que producen un efecto adipoconversor -mecanismo que transforma grasa blanca en grasa parda-. Posteriormente, el presentador del programa, durante la telepromoción de Obextrem, utilizó argumentos similares a los utilizados previamente por el doctor



al anunciar uno de los productos que, identificaba con los problemas y las soluciones expuestos por el doctor previamente.

SEGUNDO .- En primer lugar, analizaremos la causa de inadmisibilidad suscitada por el representante legal de la Administración del Estado, basada en el incumplimiento del requisito del art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción por parte de la sociedad recurrente.

Tal y como ha declarado la jurisprudencia - Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2014 - recurso nº. 1.613/2012-, de 19 de abril de 2012 - recurso nº 6.412/2009 -, y de 16 de marzo de 2011 - recurso nº. 3.629/2009 -, entre otras, que reiteran la doctrina recogida en la Sentencia de Pleno de 5 de noviembre de 2008 -recurso nº. 4.755/2005 -, con arreglo a lo dispuesto en el art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción , cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo.

Se afirma, además, que una cosa es el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. De modo que el cumplimiento de esta exigencia permitirá la válida constitución de la relación jurídico- procesal, pues ha de constatarse que la persona jurídica que aparece como recurrente ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin a través del órgano facultado para ello.

Resulta singularmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2012 -recurso nº. 2.043/2010 -, cuya doctrina es reiterada por la Sentencia de dicho Tribunal de 7 de febrero de 2014 -recurso nº. 4.749/2011 -, pues recapitula esa doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: << 1º) *Las sociedades mercantiles no escapan al régimen general de presentación de documentos que han de acompañar al escrito de interposición, previsto para las personas jurídicas en el tan citado apartado d) del artículo 45.2 LRJCA como viene declarando de forma constante esta Sala. Baste citar la Sentencia del Pleno de la Sala de 5 de noviembre de 2008 (recurso de casación nº 4755/2005), precedida y seguida de muchas otras como, a título de muestra, la de 4 de noviembre de 2011 (casación 248/2009).*

2º) A efectos del cumplimiento de esta carga procesal, ha de tenerse en cuenta que una cosa es el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito del orden de jurisdicción contencioso-administrativo lo primero que ha de comprobarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente [ad exemplum, Sentencia de 28 de octubre de 2011 (casación 2716/2009)].

3º) Es verdad que la Ley tiene por cumplida la exigencia procesal que nos ocupa cuando la decisión de litigar se ha insertado en el propio cuerpo del poder de representación, pero no cuando el poder aportado por la parte actora no incorpora ningún dato del que quepa deducir que los órganos de la entidad actora competentes para ello hubieran decidido ejercitar la concreta acción promovida [Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (casación 2468/2009)].

4º) Por lo que respecta a la subsanabilidad de la falta de aportación inicial de la documentación exigida por el artículo 45.2 .d) de la LRJCAel artículo 138 LRJCA diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, el Secretario judicial ha de dictar diligencia de ordenación reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo. Así pues, no es sólo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez



agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona la conclusión de que en el supuesto contemplado en el número 1 precitado, no resulta obligado que el órgano judicial haga un previo requerimiento de subsanación. Consiguientemente, el Tribunal habrá de requerir expresa y necesariamente de subsanación cuando sea el propio Tribunal el que de oficio aprecie esta circunstancia (sentencia del Pleno de la Sala de 5 de noviembre de 2008 , ya citada) .

5º) Ahora bien, nuestra jurisprudencia ha puntualizado que el requerimiento de subsanación del Tribunal resultará también necesario cuando sin él pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución ; lo que ocurriría si la alegación de la contraparte no fue clara, o si fue combatida, bien dentro del plazo de aquellos diez días, bien en cualquier otro momento posterior; pues si fue combatida y el órgano jurisdiccional no comparte los argumentos opuestos, surge una situación en la que, como una derivación más del contenido normal del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es exigible una advertencia implícita, a través del previo requerimiento, de lo infundado de esos argumentos y de la confianza nacida de ellos de obtener una sentencia que, como demanda aquel contenido normal, se pronuncie sobre el fondo de la cuestión litigiosa [Sentencia de 20 de enero de 2012 , (Casación 6878/2009)].

6º) En todo caso, una vez dictada la sentencia que declara la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, de nada sirve que con posterioridad se pretenda aprovechar la tramitación del recurso de casación para justificar el cumplimiento de ese requisito que no fue debidamente acreditado en la instancia pese a haber dispuesto la parte de sobradas ocasiones para ello (Sentencia citada de 24 de noviembre de 2011).>>

Así las cosas, la parte actora aportó con la interposición del recurso contencioso-administrativo certificación del Secretario del Consejo de Administración de 7 de julio de 2016, don Daniel , en el que consta la aprobación de la impugnación en vía judicial de la resolución sancionadora. Por otro lado, se aportó por la parte recurrente, en el plazo dado por la Sala, escritura notarial de 28 de julio de 1998, en la que se acredita el nombramiento de don Daniel como Secretario del Consejo de Administración de Mediaset; escritura notarial de 30 de abril de 2014, por la que se nombra Consejero Delegado de Mediaset a don Plácido , que según la parte actora, autorizó la impugnación de la resolución objeto del presente recurso, con amplias facultades para gestionar, dirigir representar y administrar a la sociedad, incluyendo la capacidad para decidir el recurso de una resolución administrativa, así como los Estatutos de la Sociedad.

Pues bien, como lo aportado por la parte demandante, considera la Sala que se ha cumplido el requisito establecido en el art. 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional debiéndose desestimar la inadmisibilidad del recurso suscitada por el Abogado del Estado.

TERCERO .- La parte actora alega, en síntesis, los siguientes motivos de impugnación:

- No ha habido infracción del art. 18.2 de la LGCA, puesto que, en los microespacios de salud, no hubo promoción de marca alguna, en concreto, de productos de laboratorios Actafarma, extendiendo entre los microespacios de salud y las telepromociones de productos de Actafarma (Revidox y Obextrem), entre una hora y hora y media en cada caso.

Durante el espacio de salud "Aprende a Cuidarte" no se hizo mención a ninguna marca por lo que no pudo haber publicidad encubierta, teniendo en cuenta que la marca comercial resulta inherente al propósito publicitario. 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. 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 art. 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.

- En todo caso, se trataría de una infracción continuada en lugar de dos infracciones independientes. Las emisiones analizadas habrían supuestamente infringido el mismo precepto, ocurriendo próximas en el tiempo, y existió una estrategia para realizar los microespacios de salud con su correspondiente contenido en los programas analizados.

- Las sanciones impuestas resultan improcedentes o, al menos, de un importe total desproporcionado. Se alega la existencia de una infracción continuada, la ausencia de reincidencia, el hecho de que los datos de audiencia considerados en la resolución recurrida, representan la media de espectadores que ha visto el programa y no, por tanto, el número de espectadores que han visto ambos espacios. Y tampoco se han tenido en cuenta otros factores de graduación, como la duración de los supuestos espacios muy reducida, el hecho de que la parte actora no ha obtenido contraprestación alguna de Actafarma por la sección "Aprende a cuidarte" de los programas analizados.



CUARTO .- La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, define la comunicación comercial audiovisual encubierta, como *"la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del organismo de radiodifusión televisiva, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hiciere a cambio de una remuneración o de un pago similar"* .

El art. 18 de la LGCA, 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 art. 58.8 de la citada Ley tipifica como infracción grave la emisión de las comunicaciones comerciales encubiertas.

Por su parte, la LGCA define en su art. 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"* .

Pues bien, los hechos por los que ha sido sancionada la sociedad recurrente son los siguientes: En cuanto a la emisión del 11 de junio de 2015 en el programa de televisión *Sálvame Naranja*, en el canal Telecinco: *<<... entre las 18:54 y las 18:58, se emite el microespacio dedicado a la salud y titulado "Aprende a Cuidarte" (título que aparece en los monitores que hay en plató y que permanece hasta el final del microespacio. A su vez, aparece en la parte superior izquierda de la pantalla una transparencia con el hashtag #aprendeacuidarte que permanecerá hasta el final de dicho microespacio) El discurso del Dr. Eulalio , encargado del mencionado microespacio, trata sobre la supuesta necesidad de los productos antioxidantes para el cuerpo.*

Durante su discurso, se emiten sobreimpresiones en la parte inferior de la pantalla con gráficos explicativos sobre lo señalado por el mencionado doctor.

En síntesis, el Dr. Eulalio insiste en que "necesitamos obligatoriamente el tomar un complemento alimenticio que nos va a aportar todos esos antioxidantes y, además, nos va a aportar para evitar el envejecimiento prematuro (...) como el extracto de uva patentado" -durante tales intervenciones, intermitentemente aparece en pantalla la imagen de un blíster con cápsulas de color uva tinta indicándose que contiene EXTRACTO DE UVA PATENTADO 17 VECES+POTENTE-

Con posterioridad y después de una pausa publicitaria, entre las 19:56 y las 19:59, el presentador del programa protagoniza una telepromoción de dos productos de los laboratorios ACTAFARMA: Obextrem 7 CLINICAL y Revidox.

Tras promocionar el primero de los productos, pasa a promocionar Revidox de esta manera: "(...) Revidox un complemento alimenticio (...) un potente antioxidante (...) contiene extracto de uva, que mejora la salud y la apariencia de la piel. Con Revidox cumplir años es signo de juventud. Para más información sobre Obextrem y Revidox consulta la página web actafarma.com o llama al teléfono 902 202 456 y encuentra los mejores consejos en Facebook y en twitter" -durante la telepromoción aparece, entre otras, una transparencia que contiene una cápsula similar a las que presentaba previamente el Dr. Eulalio junto al nombre de Revidox-" .>>

En cuanto a la emisión del 30 de junio de 2015 en el programa de televisión *Sálvame Naranja*, en el canal Telecinco: *<<...entre las 17:18 y las 17:24, se emite el microespacio dedicado a la salud y titulado "Aprende a Cuidarte" (título que aparece en los monitores que hay en plató desde las 17:19:18 y que permanece hasta el final del microespacio y, a su vez, aparece en la parte superior izquierda de la pantalla una transparencia con el hashtag #aprendeacuidarte que permanecerá hasta el final de dicho microespacio).*

El discurso del Dr. Eulalio , encargado del mencionado microespacio, trata sobre los adipocitos de grasa y, en concreto, sobre la necesidad de transformar la GRASA BLANCA en GRASA PARDA -esta última, más beneficiosa, según el doctor- a través del consumo de sustancias capaces de realizar dicha transformación a través del mecanismo de la adipoconversión y finaliza subrayando la existencia de sustancias capaces de hacer esa adipoconversión. Durante su discurso, se emiten sobreimpresiones en la parte inferior de la pantalla donde se subrayan las explicaciones del doctor, como se puede ver en los siguientes fotogramas del microespacio.

En síntesis, el Dr. Eulalio insiste en que "hay sustancias, como te digo, capaces de transformar, y hacer esa adipoconversión, y transformar esa grasa blanca en esta grasa parda, y por lo tanto vamos a tener



muchos menos problemas, por supuesto, a nivel cardiovascular y cerebrovascular". Durante tales intervenciones, intermitentemente aparece en pantalla una supuesta muestra de grasa blanca y de grasa parda.

Con posterioridad y después de una pausa publicitaria, entre las 18:52 y las 18:55, el presentador del programa protagoniza una telepromoción de dos productos de los Laboratorios Actafarma: Revidox y Obextrem 7 CLINICAL.

Tras promocionar el primero de los productos, pasa a promocionar Obextrem CLINICAL de esta manera: "(...) El exceso de grasa se acumula en nuestro cuerpo en lo que se conoce como grasa blanca, tras muchos años de investigación estudios científicos han demostrado que existe un mecanismo denominado adipoconversión que es capaz de transformar la grasa blanca acumulada en nuestro cuerpo en grasa parda, que se quema y se elimina. (...) Además apostando por la innovación y la ciencia española presenta Obextrem. Obextrem está desarrollado a base de extractos naturales como el konjac, que te ayuda a adelgazar siguiendo una dieta hipocalórica, ya sabéis, yo este verano el único flotador que me llevo a la playa es el hinchable, y líala parda con Obextrem de laboratorios Actafarma. (...)". >>

Así las cosas, 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. A este respecto, el propósito publicitario de los microespacios y la intención de promover la compra de los productos telepromocionados se deduce de la relación de hechos por los que ha sido sancionada la parte actora, de los que se derivan una conexión entre el microespacio y las telepromociones dada la coincidencia entre los temas expuestos por el doctor Eulalio y la telepromoción posterior, además de existir, también, una conexión explícita e implícita entre el microespacio y el anunciante de las telepromociones, Laboratorios Actafarma.

En efecto, tal y como se recoge en la resolución sancionadora, la conexión entre ambos espacios resulta evidente en cuanto a que los trastornos de salud sobre los que tratan los microespacios y las soluciones que propone el reseñado doctor para solucionarlos, como es el consumo de complementos alimenticios que contienen determinados componentes o que facilitan determinados mecanismos biológicos, son coincidentes con los trastornos que supuestamente solucionan los productos posteriormente telepromocionados ya que contienen, entre sus componentes, los productos a los que previamente se refirió el doctor Eulalio o que facilitan los mecanismos biológicos señalados por el citado doctor.

Más adelante se dice, que en cuanto a la conexión explícita entre el microespacio y Laboratorios Actafarma, <<se puede comprobar por las publicaciones en FACEBOOK, los mismos días 11 y 30 de junio de 2015 en el perfil de usuario de Actafarma, y previo al inicio de los programas de SÁLVAME NARANJA, el enlace a unos vídeos en directo y que fueron introducidos de forma coincidente con el tema tratado por el doctor ese día y con los productos telepromocionados: "Hoy como cada semana, el Dr. Eulalio te trae los mejores #consejos e información de #salud, en esta ocasión, sobre el desequilibrio que causan en nuestro organismo los #radicaleslibres, y cómo neutralizar su ataque a nuestras #celulas, no te lo pierdas..." y también, "No te pierdas como cada martes el espacio de #salud# aprendeacuidarte del Dr. Eulalio , y descubre porqué unas personas están más #delgadas que otras comiendo lo mismo..." .>>

Posteriormente, se analiza, la conexión implícita existente entre Laboratorios Actafarma y el microespacio "Aprende a Cuidarte", hecho que refuerza el propósito publicitario del microespacio, señalándose lo siguiente: "El título del microespacio de "Aprende a cuidarte" que aparece en los monitores que hay en plató durante la emisión del microespacio, tiene un slogan muy parecido, hecho que facilita la identificación del microespacio con la empresa anunciante de las telepromociones, así como un diseño muy similar, en cuanto a que utiliza los mismos colores y fuente tipográfica, que i) el logo de Laboratorios Actafarma; ii) el título anterior del mismo microespacio que era el de "Me encanta cuidarme"; y; iii) el perfil de TWITTER @tecuidamos creado por Actafarma.

Además, la imagen del título "Aprende a Cuidarte" que aparece en los monitores que hay en plató durante el desarrollo del microespacio, figura en la página web de la red social PINTEREST bajo el hashtag #aprendeacuidarte creado por Actafarma y promocionado durante el microespacio al poner en la parte superior izquierda de pantalla el mencionado hashtag. Además, al acceder al mencionado hashtag en PINTEREST, se observan varias imágenes bajo el título "aprende a cuidarte", todas guardadas por Laboratorios Actafarma y, como introducción a todas esas imágenes, se acompaña la siguiente explicación: "Espacio de salud dirigido por el Dr. Eulalio que cada semana te trae los mejores consejos saludables".

Por último, cabe señalar como indicio de conexión entre ambas entidades y entre los espacios televisivos, la existencia de un canal15 en YOUTUBE titulado "Me encanta cuidarme" creado por Laboratorios Actafarma en el que constan vídeos del microespacio "Aprende a Cuidarte" emitidos los días 10, 17 y 24 de marzo de 2015, microespacios en los que se trataron trastornos de salud que coinciden con los productos que comercializan los Laboratorios Actafarma y que promocionan en su publicidad".



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, especialmente en un ámbito tan delicado como es de la salud, invitándoles o inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, al consumo del producto presentado, estando especialmente indefensos los consumidores. En este sentido, debemos poner de manifiesto, que la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, denominada Directiva de servicios de comunicación audiovisual, hace un constante llamamiento a la protección y defensa de los consumidores. Baste señalar que el punto 9 de su Preámbulo declara que el contenido de la Directiva "...se entiende sin perjuicio de los actos de armonización de la Unión vigentes o futuros que tienen especialmente por objeto hacer que se respeten los imperativos relativos a la defensa de los consumidores,..." . Y en otros considerandos del mismo Preámbulo, se reiteran las referencias a "la plena y adecuada protección de los intereses de los espectadores de la Unión Europea" (55) y a que "resulta esencial garantizar un alto nivel de protección del consumidor" (99).

A tenor de lo expuesto, ha quedado constatado que los dos microespacios emitidos inducen al error a los telespectadores, al crear una falsa sensación de separación entre la actividad del doctor como prescriptor sanitario, por un lado, y promotor indirecto de consumo de los productos telepromocionados, por otro. A la misma conclusión llegó esta Sala en un supuesto semejante al que nos ocupa, en la Sentencia de 4 de julio de 2017 -recurso nº. 1.770/2015 -, habiendo sido admitido el recurso de casación formulado contra la misma mediante Auto del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2018 -recurso nº. 5920/2017 -.

Finalmente, señalar que la existencia de contraprestación no es un requisito constitutivo de la infracción en cuestión, no exigiendo el art. 2.32 de la LGCA la existencia de contraprestación para apreciar que una comunicación comercial es encubierta. En este sentido, en la Sentencia de la Sección 8ª de esta Sala de 2 de marzo 2015 -recurso nº. 134/2013 -, por todas, se declara 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.

QUINTO .- Considera la parte actora que concurren en el presente caso los presupuestos para considerar que no nos encontramos ante dos 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 (ambas en el mes de junio de 2015, los días 11 y 30), existe una unidad de acción preconcebida respecto de la existencia de un plan unidad de decisión para incluir el espacio de salud en los programas, teniendo en cuenta que éste constituía una sección del programa.

También se alega, que la parte recurrente corrigió su comportamiento tras la experiencia de expedientes anteriores, eliminando toda mención a la página web de Laboratorios Actafarma, durante la emisión del microespacio de salud, con el fin de evitar nuevos expedientes sancionadores.

La resolución sancionadora, considera la existencia de dos infracciones independientes, partiendo de que no basta para apreciar la existencia de una infracción continuada con la simple reiteración de conductas semejantes, pues es preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante, responda a un mismo proceso psicológico y material y, como se ha visto, la inclusión de microespacios en programas concretos responde a procesos individualizados y distintos por cada emisión del programa o, en otras palabras, la conducta infractora se agota en cada caso.

Se añade que, la calificación de una infracción como continuada, no puede suponer la imposición de una multa inferior a la que correspondería por su consideración individualizada para reforzar la finalidad del tipo infractor o la protección del bien jurídico de que se trate y, asimismo, que la ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión, suponga un beneficio al infractor respecto de la sanción que le correspondería por su consideración individualizada. Así, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de julio de 2013 -recurso nº. 6.965/2010 -, que confirma la Sentencia de la Sección 8ª de esta Sala de 25 de octubre de 2010 -recurso nº. 698/2008 -, ha considerado en supuestos similares de comunicaciones comerciales encubiertas, no apreciar la infracción como continuada.

En el Fundamento de Derecho quinto de la citada Sentencia del Tribunal Supremo se declara: "*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". 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 tanto, en virtud de lo expuesto, procede desestimar este motivo de impugnación.

SEXTO < b>.- Por último, se denuncia por la sociedad recurrente la vulneración del principio de proporcionalidad, ya que la cuantía de las sanciones impuestas resultan desproporcionadas, y si la parte actora debe ser sancionada por los hechos analizados, cualquier sanción no podría ser más que mínima o simbólica.

Ciertamente, el principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues el margen de apreciación que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones dentro de los límites legalmente previstos, debe ser desarrollado ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho. De modo que la proporcionalidad constituye un principio normativo que se impone a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras.

En consecuencia, al ámbito jurisdiccional corresponde no sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también adecuar la sanción al hecho cometido, a través de la aplicación de criterios legales previstos en las normas o inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son, en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

Y ello, sin que por los Tribunales de Justicia se pueda sustituir el criterio de la Administración al graduar la sanción imponible a una infracción administrativa, cuando ésta sea conforme con la norma aplicable, ni resulte procedente reducir una sanción en base a una apreciación subjetiva de la que debería aplicarse, cuando la Administración se pronuncia, dentro de los límites que dimanar de una norma, de manera motivada en elementos de juicio objetivos y basada en los hechos acreditados en el expediente, ajustándose en su decisión al principio de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos o la infracción y la sanción impuesta.

Conforme al art. 60.2 de la LGCA, las infracciones graves pueden ser sancionadas con multa de 100.000 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual. Y en el apartado 4 del mismo precepto se dispone que: *"La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los siguientes criterios:*

- a) La inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida.*
- b) Haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores.*
- c) La gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona.*
- d) La repercusión social de las infracciones.*
- e) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción".*

En el presente caso, se ha impuesto por dos infracciones graves, las sanciones de 258.956 euros y de 269.417 euros cada una, pues se trata de dos infracciones autónomas como hemos analizado anteriormente. En la imposición de dichas multas se razona en la resolución impugnada los criterios que se han tenido en cuenta, como la reincidencia (expediente NUM000); la existencia del expediente NUM001 , a los efectos de valorar la intencionalidad y la reiteración en la comisión de las conductas infractoras; elevada aptitud para repercutir activamente en los consumidores (la acción publicitaria como multisoporte o multiformato), y la naturaleza de los productos publicitados, relacionados con los productos sanitarios, merece un mayor reproche.

En todo caso, la cuantía de las sanciones impuestas por las infracciones se sitúa cerca del grado medio de la sanción legalmente prevista, por lo que en virtud de lo expuesto no cabe apreciar infracción del principio de proporcionalidad.



Procede, en consecuencia, desestimar este último motivo de impugnación, y, por tanto, el presente recurso contencioso-administrativo.

SEPTIMO. - A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, al haberse desestimado la causa de inadmisibilidad suscitada por el representante legal de la Administración del Estado, y además, que en otro supuesto semejante al que nos ocupa, se ha admitido el recurso de casación por el Tribunal Supremo contra la Sentencia de esta Sala de 4 de julio de 2017, no procede imponer las costas procesales.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:<

/b> Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., contra la resolución de 12 de mayo de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora dos multas por importe cada una de ellas de 258.956 euros y 269.417 euros por la vulneración del art. 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por dos infracciones continuadas tipificadas como graves en el art. 58.8 de la citada norma, declaramos la citada resolución conforme a derecho; sin hacer expresa imposición de las costas procesales.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo 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 fe. Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA