

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., POR INCLUIR PUBLICIDAD ENCUBIERTA DURANTE LA EMISIÓN DEL PROGRAMA, “EL JEFE INFILTRADO”, DEL DÍA 9 DE MAYO DE 2019

SNC/D TSA/088/19

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 8 de octubre de 2020

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 la presente Resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Actuaciones previas

En el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión que en materia audiovisual tiene atribuidas la CNMC, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual constató, según se desprende de los documentos que obran en las actuaciones previas practicadas del presente procedimiento (folios 1 a 16) que ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. (en adelante ATRESMEDIA), en su canal de televisión LA SEXTA, había podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), ya que durante la emisión del programa, “EL JEFE INFILTRADO”, del día 9 de mayo de 2019, entre las 22:34:49 y las 23:51:34 h., se emitió, sin identificación, publicidad que pudiera ser calificada como publicidad encubierta de la de la empresa GRUPO ABRASADOR.

SEGUNDO.- Incoación de procedimiento sancionador

Con fecha 16 de julio de 2020, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/D TSA/088/19, al entender que ATRESMEDIA habría podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA, por las emisiones indicadas en el anterior antecedente. (Folios 17 a 25).

El 27 de julio de 2020 le fue notificado el acuerdo de incoación al interesado, concediéndole un plazo de diez días para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones, y proponer pruebas, en su caso (folio 26 a 27).

TERCERO.- Alegaciones de ATRESMEDIA

Tras ampliarse el plazo de alegaciones a solicitud de ATRESMEDIA y darle traslado de la documentación que obra en el expediente, ésta presentó escrito de alegaciones el 13 de agosto de 2020 (folios 38 a 45) en el que sucintamente, manifiesta lo siguiente:

- Que, durante el transcurso del programa, se muestran aspectos positivos y negativos que, incluso podrían calificarse como graves, de las actividades de la empresa y de sus franquiciados. Concluye que un anunciante no permitiría reflejar aspectos negativos de su actividad empresarial en un anuncio publicitario.
- Que ATRESMEDIA no ha tenido ninguna voluntad de incumplir la norma, ni tampoco la productora del programa.
- Que la incoación de este tipo de expedientes sancionadores, casi un año después de producirse los hechos y colmado de apreciaciones subjetivas, crean una indudable inseguridad jurídica a los operadores, que la calificación de la conducta como infracción grave vulnera el principio de proporcionalidad y que la conducta imputada no puede considerarse antijurídica, porque faltaría el necesario principio de culpabilidad que exige la actividad sancionadora en un Estado de Derecho.

CUARTO.- Trámite de audiencia

Con fecha 10 de septiembre de 2020 le fue notificada a la ATRESMEDIA la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento (folios 46 a 66) 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 y, asimismo, informándole de lo previsto en el artículo 85 de la LPAC.

La propuesta de resolución remitida a ATRESMEDIA proponía lo siguiente:

“PRIMERO.- Que se declare a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., responsable de la comisión de **una (1) infracción administrativa grave** por haber emitido, en su canal LA SEXTA, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la empresa **GRUPO ABRASADOR** en la programa, “EL JEFE INFILTRADO”, emitido el día 9 de mayo de 2019, entre las 22:34:49 y las 23:51:34 h., lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA.

SEGUNDO.- Que se imponga a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., una multa por importe de **162.132,00 euros (ciento sesenta y dos mil ciento treinta y dos euros)**, por la comisión de una infracción grave al artículo 18.2 de la LGCA, al haber emitido publicidad encubierta en el programa, “EL JEFE INFILTRADO”, emitido en LA SEXTA el 9 de mayo de 2019. Para el cálculo de la sanción se ha tenido en cuenta, principalmente, el tipo de emisión (nacional), la repercusión social en función de la audiencia media del programa (1.275.000), y el beneficio económico que la conducta infractora puede haber reportado al prestador en función de la duración de la publicidad (151 segundos) y el carácter reincidente de la infracción al haber sido sancionado por Resolución firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores”

QUINTO.- Alegaciones de ATRESMEDIA

En fecha 24 de septiembre de 2020 (folios 67 a 85), ATRESMEDIA ha presentado escrito de alegaciones por el que solicita que se acuerde al archivo del expediente administrativo por la falta de tipicidad de los hechos, así como por su falta de culpabilidad o, subsidiariamente, acuerde la reducción de la sanción sobre la base de los motivos que se resumen a continuación:

- Que el hecho de que durante el relato del programa se recojan momentos en los que se detallan errores o fallos¹ de los empleados y franquiciados de la empresa, resulta contradictorio con la infracción que se le imputa pues atendiendo a lo anterior, el relato no contiene exclusivamente elementos positivos o elogiosos de la empresa susceptibles de acreditar que el programa contiene publicidad encubierta por incitar a los telespectadores a comprar o a consumir los productos Abrasador en restaurantes.

¹ Folio 68: “la propia propuesta, en sus anteriores páginas 10 y 11 recoge determinados momentos en que no se cumplen los protocolos legales de higiene en el cuidado de los animales y seguridad en el trabajo, también en la manipulación de la carne en las instalaciones propias de GRUPO ABRASADOR, y también se desvela cómo uno de los franquiciados, ABRASADOR LA CARRETA, en Ronda, Málaga, no cumple mínimamente las normas de higiene legales como por ej. llevando el pelo suelto y dejando que la jefa infiltrada manipule el pan, sirva y atienda las mesas ataviada con su propia ropa, que trae de la calle, y también que, a efectos de abaratar el menú del día, sirva una carne que no es del franquiciador y de la calidad que a ésta se le presupone, engañando a los clientes. También, que la cocinera de la franquicia de Alcalá de Henares, ABRASADOR CASA BENITO, no cumple el protocolo de conservación de la carne, ni mínimamente las normas de seguridad en el trabajo.”

- Que del relato de los hechos probados que constan en la propuesta de resolución no reúnen los requisitos del tipo infractor que se le imputa pues no se habría condicionado la responsabilidad e independencia de ATRESMEDIA ni contendría una presentación publicitaria intencionada.
- Que el tipo normativo relativo a la publicidad encubierta exige acreditar la responsabilidad del presunto infractor a título de dolo o culpa, requisito que en el presente caso se incumple además de que tampoco cabe la aplicación analógica de los requisitos de culpabilidad que establece el artículo 17.2 de la LGCA relativo al emplazamiento de producto.
- Que el importe de la sanción propuesta resulta desorbitado y contraviene el principio de proporcionalidad. Considera que la infracción no es grave por los siguientes motivos: i) porque se observaban elementos negativos de la empresa durante el programa; ii) porque la infracción no tuvo repercusión social pues se trató de un programa con contenido similar a otros anteriores; iii) porque la infracción no le ha reportado beneficio alguno; y iv) porque desconoce las resoluciones sancionadoras que acreditan el carácter reincidente de la infracción. Atendiendo a todo lo anterior; y subrayando que el importe mínimo de las sanciones graves resulta muy elevado (100.001 euros) y que el importe propuesto resulta muy superior, solicita la aplicación de lo previsto en el artículo 29.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) por el que se habilita al órgano resolutor a imponer la sanción inferior en grado.

SEXTO.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente

Por medio de escrito de fecha 25 de septiembre de 2020, la Instructora 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 86), para su elevación a la Sala de Supervisión Regulatoria.

SÉPTIMO.- Informe de la Sala de Competencia

La Sala de Competencia ha emitido informe en el presente expediente 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) (folio 87).

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Emisión de comunicación comercial encubierta

Conforme consta en el acuerdo de incoación, en las grabaciones del contenido emitido que constan unidas al expediente en copia CD y según se describe en el informe de visionado, ha quedado acreditado que se incluyó comunicación comercial encubierta durante la emisión del programa “EL JEFE INFILTRADO” emitido el día 9 de mayo de 2019.

A continuación se reproduce el contenido del informe de visionado Nº 141/2019, correspondiente a esa emisión:

INFORME DE VISIONADO

Programa: “EL JEFE INFILTRADO”- Programa de telerrealidad en el que los jefes trabajan infiltrados en sus propias empresas para investigar cómo funcionan realmente y para identificar cómo se puede mejorar, así como para recompensar a sus empleados.

Fecha de emisión: sábado 9 de mayo de 2019

Franja horaria del programa: 22:34:49 a 23:51:34 horas



Canal: LA SEXTA

Ámbito: Nacional.

Calificación: +7 permanente

Objeto del Acta: Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual, Artº. 18.2.



Nº: 141/2019

<p>22:34:49 a 22:37:06</p>	<p>Tras una breve introducción sobre el contenido y fin del programa durante la cual en la parte superior de la pantalla el hashtag #eljefeAbrasador [...], se introduce al jefe infiltrado del programa y a la empresa a la que corresponde: Abrasador como “<i>empresa de vanguardia en la industria cárnica</i>”.</p>
<p>22:37:06 a 22:37:50</p>	<p>[...] Da comienzo el programa con información sobre la empresa, vuelve a sobrepresionarse el hashtag, se muestran imágenes de carnes, parrillas... Una voz en off va narrando: “<i>a la hora de sentarse a la mesa el 85 % de los españoles, escoge la carne como alimento preferido para sus comidas y cenas, pero no todas las carnes son iguales, entre las mejores están las que ofrecen una de las más importantes empresas del sector ¡abrasador!</i>”</p> <div style="display: flex; justify-content: space-around;">   </div> <p>[...] “<i>Empresa líder que sirve en sus restaurantes carne de altísima calidad y de crianza propia, este modelo de negocio integral, que va del campo a</i></p>

la mesa seduce a más de 1 millón de clientes a año, factura más de 10 millones, comercializa más de 3.000 cabezas de ganado y más de medio millón de piezas” [...]



<p>22:37:50 a 22:38:56</p>	<p>La voz en off cuenta la historia de la empresa con dibujos animados: “todo empezó en los bellos campos toledanos hace 45 años, donde D. Julio y D^a Esperanza vivían en armonía con las mejores vacas y cerdos de la zona... en ese entorno paradisiaco. D. Julio y D^a Esperanza, además de criar miles de cabezas de ganado, criaron a 5 hijos a los que enseñaron los secretos de la ganadería... los animales se multiplicaron, los hijos crecieron y les dio por soñar a lo grande... ¿Si tenemos la mejor ganadería por qué no dejamos de lado a los intermediarios y lo hacemos todo nosotros?</p>  <p>En ese momento decidieron cumplir sus sueños, criar cuidadosamente su ganado, transportarlo en sus camiones, inventar novedosos cortes y ofrecerlo de manera impecable en sus propios restaurantes. Esta idea revolucionaria ha hecho posible que a día de hoy ¡Abrasador! Haya conquistado toda España [...].”</p> 
<p>22:56:26 a 23:06:36</p>	<p>[...] “Día 2 Sala de Despiece”, se muestran imágenes del centro en Toledo y la jefa infiltrada comenta: “estoy en el centro de transformación Abrasador en donde quiero comprobar que uno de los trabajadores (se muestra el cartel de la empresa en la fachada y parte lateral de una camioneta de reparto)” Continúa la telerrealidad con las incidencias producidas en esta parte de la empresa [...].</p> 
<p>23:06:36 a 23:16:17</p>	<p>[...] “Día 3 Encargada”, en este caso se encamina a Ronda (Málaga) “para comprobar si el Restaurante Abrasador (uno de los establecimientos que se encuentra en el top 10 de nuestra marca con respecto a pedidos), cumple con todos los requisitos de calidad que exigimos en Abrasador”.</p>

	
<p>23:25:57 a 23:51:34</p>	<p>[...] El programa continúa con la jefa hablando con los empleados de la empresa donde ha estado infiltrada, mostrándose carteles con el logotipo de la empresa.</p> <p>Tanto al principio del programa, como después de los cortes publicitarios y al final del mismo, aparece sobrepresionado el logo "EP" pero sin mencionarse como EP estos productos al final del mismo. Finaliza el programa</p> 

SEGUNDO.- Duración del contenido promocional

Para concretar los hechos, a continuación se detallan los momentos en que se produce la promoción de las marcas y productos durante la emisión del programa:

HORA DE COMIENZO	HORA DE FIN	TIEMPO EN SEGUNDOS
22:37:16	22:38:58	102
22:56:45	22:56:48	3
23:06:46	23:06:49	3
23:06:57	23:06:59	2
23:50:42	23:51:23	41
TOTAL		151

TERCERO.- Audiencia de los programas

Se ha unido al expediente (folio 6) el informe de audiencias medias de las emisiones en el canal LA SEXTA, elaborados por la empresa KANTAR MEDIA, con los datos siguientes:

Título/Descripción	Cadena	Ámbitos de emisión	Fecha	Hora de Inicio	Hora de Fin	Duración	Audiencia (en miles)
EL JEFE INFILTRADO	La Sexta	GEN	09/05/2019	22:34:50	23:51:34	0076:44	1275 ²

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 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

² Los cálculos se han realizado considerando únicamente la audiencia obtenida durante la emisión del programa, sin considerar la audiencia que dejó de ver la televisión durante las pausas publicitarias.

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 lo relativo a la comunicación comercial televisiva (en adelante, Reglamento de publicidad), 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 presente procedimiento sancionador tiene como objeto determinar si ATRESMEDIA ha infringido el régimen contenido en el artículo 18.2 de la LGCA, al haber emitido publicidad encubierta por las imágenes y menciones a la empresa *GRUPO ABRASADOR*, a la calidad de sus productos, a la evolución de su actividad y al volumen de su negocio durante el desarrollo del programa “EL JEFE INFILTRADO” emitido el día 9 de mayo de 2019, entre las 22:34:49 y las 23:51:34 horas, sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna superimpresión que la identificara como tal sobre su naturaleza publicitaria.

III.- Tipificación de los hechos probados

3.1.- Consideraciones generales

La publicidad encubierta, en el ámbito de la comunicación audiovisual, ha sido prohibida por el artículo 10.4 de la Directiva 89/552/CEE “Televisión sin Fronteras”, y mantenida su prohibición en el artículo 9.1 de la Directiva 2010/13/UE de servicios de comunicación audiovisual, así como en su revisión por la Directiva 2018/1808/UE (aún en plazo de trasposición a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros).

En España, el legislador prohíbe³ 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*”

³ 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.

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 que es apta para inducir a error en los destinatarios a los que se dirige al enmascarse 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 del consumidor en los medios de comunicación y en sus profesionales pues el telespectador 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 el receptor activa cuando, al estar viendo un programa, se le intenta vender un producto, prestigiar o promover una marca, o crearle una necesidad de consumo. Es decir, sorteando la pérdida de atención del espectador e incluso el cambio del canal, lo que puede suceder en el caso de la publicidad convencional. De esta manera consigue aumentar la eficacia de la actividad promocional. Las comunicaciones comerciales como la que nos ocupa también permiten aumentar la información sobre el producto promocionado al permitirse una mayor duración temporal frente a la necesidad de síntesis de otros formatos publicitarios al burlar, por ejemplo, la aplicación de los límites legales de tiempo de emisión 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.

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

3.2.- Cumplimiento de los requisitos del ilícito

De acuerdo con la relación de hechos probados, se considera acreditado que dentro de la emisión del programa “EL JEFE INFILTRADO” emitido el día 9 de mayo de 2019, en el canal LA SEXTA del que es responsable editorial ATRESMEDIA, se realizó una comunicación comercial encubierta de la empresa GRUPO ABRASADOR.

Sin perjuicio de lo ya expuesto en la relación de hechos probados y de la incorporación al expediente de aquellos documentos y vídeos del programa en el 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

Tras el visionado del programa “EL JEFE INFILTRADO” emitido el día 9 de mayo de 2019, se puede afirmar que durante su emisión sí se realiza una presentación de la empresa *GRUPO ABRASADOR*.

El programa comienza introduciendo a la empresa Abrasador como empresa cárnica en la que se infiltrará una de sus socias fundadoras. A continuación, una voz en off realiza la presentación de la empresa durante 1 minuto y 42 segundos, presentación en la que se destaca la calidad de sus carnes comercializadas y la importancia comercial del negocio familiar indicando, literalmente, que *“no todas las carnes son iguales, entre las mejores están las que ofrecen una de las más importantes empresas del sector ¡ABRASADOR!...”,* (se muestra el logo y el nombre de la empresa) *Empresa líder que sirve en sus restaurantes carne de altísima calidad y de crianza propia, este modelo de negocio integral, que va del campo a la mesa, seduce a más de un millón de clientes al año, factura más de 10 millones, comercializa 3.000 cabezas de ganado y más de medio millón de piezas.”* Continúa narrando de forma elogiosa la historia de la empresa como sigue: *“(...) vivían en armonía con las mejores vacas y cerdos de la zona. En ese entorno paradisiaco (...). Si tenemos la mejor ganadería..., criar cuidadosamente su ganado* (se muestran unos dibujos en los que varias personas tratan a una vaca como si estuviera en la peluquería)..., *inventar novedosos cortes y ofrecerlo de manera impecable en sus propios restaurantes. Esta idea revolucionaria ha hecho posible que, a día de hoy, Abrasador haya conquistado toda España.”*

Luego, durante el desarrollo del programa, la acción se desplaza por distintas ubicaciones correspondientes a los distintos eslabones de la cadena de valor de la empresa Abrasador apareciendo, en todas ellas, el logo de su marca e incluso, en alguna de ellas, la dirección web de la empresa.

También, desde el comienzo del programa (22:37:07 h) hasta su finalización, en la parte superior izquierda de la pantalla, aparece sobrepreso el hashtag #eljefeAbrasador.

Si bien es cierto que debido al formato del programa resulta necesaria la mención de la empresa en la que se infiltrará alguno de sus directivos, la aparición de la empresa no se limita a su mera mención y aparición fugaz y secundaria de su marca o logo o una breve descripción objetiva de la empresa, sino que se realiza una verdadera presentación de la empresa, presentación que, además, se realiza con una prominencia indebida al incluirse una narración de su evolución desde su origen hasta nuestros días destacando aquellos elementos sobre su actividad y sus productos que presuntamente la diferencian de otras marcas en el mercado y, asimismo, destacan su éxito alcanzado, presentación que excede de la mera mención o breve descripción objetiva de la empresa en la que se centrará la acción o relato del programa.

En definitiva, cabe concluir que la presentación de la empresa cárnica no se limita a una mera mención o aparición del nombre de la empresa en la que tendrá lugar el relato del programa ni a un mero emplazamiento publicitario, pues no se trata de una mera aparición circunstancial, descriptiva y necesaria dada la naturaleza del programa, ni reúne los requisitos del emplazamiento publicitario pues la presentación se ha realizado de tal manera que forma parte esencial del programa haciendo evidente la carga promocional suplementaria de dicha presentación.

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”*.

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. Conforme con lo que antes hemos señalado, durante los primeros minutos del programa se realiza la presentación de la empresa cárnica acompañada de imágenes elogiosas o que ponen en valor a la empresa, presentación que se realiza con una prominencia indebida, hecho que otorga una predominancia al carácter promocional de dicha presentación cumpliendo así con la aptitud de captar la atención o generar el interés de los telespectadores en consumir y disfrutar de sus productos.

Si bien dada la finalidad del programa “El jefe infiltrado”, tal y como antes hemos indicado, resulta inevitable que se mencione el nombre de la empresa donde se va a infiltrar o se ha infiltrado el jefe y que a lo largo del programa aparezca el logo de la empresa plasmado en carteles y en la ropa de los empleados, tal mención o aparición debería de haberse realizado sin notoriedad relevante, de una manera secundaria, y este no es el caso pues hasta las tres ocasiones computadas el logo de la marca se ofrece ocupando toda la pantalla mediante planos cortos de la cámara que resultan superfluos en el relato del programa y, por tanto, acreditan el carácter promocional. Es decir, se considera que las menciones y apariciones de la marca durante la emisión del programa se han realizado con una prominencia indebida que se podía haber evitado sin que el programa perdiera sentido. En efecto, se podría haber optado por limitarse a mencionar el nombre de la empresa sin necesidad de modificar sustancialmente el programa, evitando los planos cortos y superfluos en los destaca el logo de la empresa y sin que por ello pudiera perder interés el telespectador en el contenido del mismo y sin incurrir en la comisión de una infracción administrativa grave.

Asimismo cabe recordar que la prominencia indebida es distinta del mero emplazamiento publicitario. La prominencia indebida está expresamente prohibido en el artículo 17.3 de la LGCA respecto del derecho al emplazamiento publicitario. A este respecto, la Audiencia Nacional se ha referido, en sus sentencias de 11 de noviembre de 2010 y de 23 de marzo de 2009, y en otras posteriores, cuando establece que la diferencia entre publicidad encubierta y mera presentación (emplazamiento) del producto reside en que en la publicidad encubierta existe una finalidad promocional para la compra de un producto por el público, mientras que, en el emplazamiento, la aparición del producto o servicio de que se trata es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional. Pero es que además, aun cuando se haya incluido al finalizar el programa la señalización “EP” (“EMPLAZAMIENTO PUBLICITARIO”) (23:51:14 h), esta señalización fue incorrecta, pues no aparece ni al comienzo ni en la reanudación del programa tras la pausa publicitaria, tal y como lo ha expuesto esta Comisión en su Acuerdo de 17 de septiembre de 2014⁴ por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas.

La prominencia indebida e innecesaria del nombre de la empresa para el desarrollo del argumento del programa y que prueba su propósito publicitario resulta evidente no solo mientras se produce la presentación de la empresa al

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

Asimismo, al final del programa, todos los productos, servicios o 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.

comienzo del programa, si no también cuando se recorren los distintos establecimientos de la empresa o relacionados con la empresa así como en la última sección del programa, donde la directiva infiltrada de la empresa realiza las entrevistas finales con los empleados y una vez finalizadas éstas, realiza una serie de reflexiones acompañada del cartelón en el que consta el logotipo y nombre, la página web y el eslogan de la marca, y donde resalta el tesón y amor que ponen los empleados y el equipo de la marca ABRASADOR en cada actividad que realizan y producto que ofrecen.

En relación con la alegación de ATRESMEDIA en el sentido de que durante el transcurso del programa no solo se muestran aspectos positivos de la empresa sino que también se muestran aspectos negativos (errores o fallos cometidos por empleados o franquiciados de la marca) que, incluso podrían calificarse como graves, se debe señalar que los mencionados fallos o errores no se atribuyen de manera exclusiva a la empresa, sino que se atribuyen a fallos o errores humanos de sus empleados y franquiciados. Además, dichos errores o aspectos negativos que menciona ATRESMEDIA funcionan para captar la atención de los telespectadores, pues genera suspense respecto de cómo el jefe infiltrado resolverá dichos fallos o errores en las entrevistas finales para evitar que se vuelvan a producir. De hecho, durante el desenlace del programa, en las entrevistas finales con los empleados que han participado en la formación del jefe infiltrado, los mencionados errores o fallos son aprovechados para, una vez más, elogiar a la empresa por la manera de resolverlos pues destaca no solo la adopción de medidas correctoras oportunas, a la vez que subraya su carácter empático y compasivo con las circunstancias personales de sus empleados y franquiciados.

En definitiva, en el programa no se realiza una descripción aséptica y objetiva de la empresa sino que predomina el aspecto positivo de la marca sobre los pequeños fallos o malas actuaciones de los empleados que, en todos los casos resultan corregibles, tal y como se puede comprobar en las entrevistas al final del programa en donde el personal acaba siendo ensalzado y premiado dado el esfuerzo y amor con el que trabaja el personal humano que hay detrás de la marca, fallos que son aprovechados para reforzar la imagen positiva de la empresa.

Por lo tanto, se puede considerar que el conjunto del programa es una campaña publicitaria pues conllevan una carga promocional adicional a lo que sería una mera presentación de la empresa ya que, tanto de forma verbal como visual de la empresa, resaltan los atributos positivos de la empresa.

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

Como se ha explicado más arriba, la publicidad encubierta se caracteriza porque puede inducir al público a error en cuanto a su naturaleza publicitaria. 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), y en otras posteriores⁵, 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 no por una mera aparición de un producto o marca en el programa, sino por la presentación promocional de una empresa cárnica y sus productos comercializados a través de una extensa red de restaurantes con la misma marca. Durante las imágenes que se muestran no solo se incluyen menciones verbales explícitas a la empresa, sino también se muestran imágenes elogiosas de la empresa. Y todo lo anterior sin informar al público sobre el verdadero carácter publicitario de las mismas, salvo en los créditos finales del programa donde se incluye el logo EP pero sin relacionarlo con marca alguna, lo que conlleva que durante la emisión del programa se mantuvo encubierto el carácter publicitario de la presentación del Grupo Abrasador.

Por lo tanto, en virtud de todo lo anterior, se concluye que las menciones o referencias verbales explícitas y las imágenes de las marcas y 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 del producto o servicio que se promociona al confundirse tal promoción con los contenidos del programa.

En definitiva, se trata de un caso de publicidad encubierta, incluida como contenido del programa, tal y como es definida en el artículo 2.32 de la LGCA, que promociona la empresa *GRUPO ABRASADOR*. Esta conducta está prohibida en el artículo 18.2 de la citada LGCA, incardinada en el tipo de infracción grave del artículo 58.8 de la misma norma.

⁵ Las más recientes son las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Cont. Adm., Sección 3ª) de 10 de marzo de 2020 (Rec. Casación nº 03/383/2019), de 31 de octubre de 2018 (Rec. Casación nº 03/5920/2017), de 8 de noviembre de 2018 (Rec. Casación nº 03/4055/2017), y de 11 de noviembre de 2019 (Rec. Casación nº 03/6537/2018)

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, lo que conduce a la atribución de responsabilidades, incluso en los casos de negligencia simple respecto del cumplimiento de los deberes legales impuestos a los operadores de televisión.

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

Esta exigencia de responsabilidad a ATRESMEDIA está relacionada con el hecho que el sector audiovisual es un sector altamente especializado y en el que dicho prestador del servicio audiovisual, dados su volumen de actividad y su experiencia en el sector, cuenta con los medios materiales y humanos suficientes para poder extremar la vigilancia y evitar conductas como la que es objeto del presente procedimiento, poniendo la máxima diligencia en el cumplimiento de la normativa que le es aplicable. Más aún, teniendo en cuenta que éste es el tercer⁶ expediente que se le incoa en los últimos años por transgredir el artículo 18.2 de la LGCA.

Así lo han indicado expresamente los Tribunales, aunque en el ámbito de la protección del menor frente a contenidos audiovisuales inadecuados, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2015 (recurso núm. PO 08/409/2013), 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”*.

Asimismo, señalar que el prestador de servicios audiovisuales es el responsable de la emisión de programas y publicidad y debe tener un control sobre los contenidos que emite constituyendo, en caso contrario, supuestos de culpa en su actuación, únicamente salvables en casos de sucesos imprevistos e inevitables, que no le exoneran de responsabilidad administrativa por ausencia de culpabilidad en la comisión de los hechos cometidos, sobre todo, cuando esa negligencia repercute negativamente sobre los telespectadores.

En efecto, en la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 134/2016 de 1 de marzo de 2016 (recurso núm. PO 01/246/2014) se recuerda que los operadores son responsables de los contenidos emitidos, debiendo *“extremar la diligencia en el cumplimiento de los deberes que le impone la legislación en materia de comunicación audiovisual”* y recordando que resulta sancionable la simple *“inobservancia”* de la normativa sectorial aplicable.

⁶ Los anteriores fueron el SNC/DTSA/022/16 y el SNC/DTSA/089/19.

En consecuencia, deben rechazarse las alegaciones por las ATRESMEDIA pretende quedar exenta de toda responsabilidad y culpa y considera probado su incumplimiento, en el canal, ámbito, día y horario especificado, de la prohibición de emitir publicidad encubierta establecida en el artículo 18.2 de la LGCA y tipificada como infracción grave en el artículo 58.8 del mismo texto legal.

V.- Cuantificación de la sanción

La contravención de las obligaciones y prohibiciones establecidas en el artículo 18.2 de la LGCA, se consideran infracciones graves conforme a lo dispuesto en el artículo 58.8 de la LGCA. A su vez, el artículo 60.2 de la LGCA establece que este tipo de infracciones pueden ser sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000,00 euros para los servicios de comunicación audiovisual televisiva.

El artículo 29.3 de la LRJSP establece, como criterios de graduación, el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad, la continuidad en la conducta infractora, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

Por su parte, el artículo 60.4 de la LGCA establece los siguientes criterios: la inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida; haber sido sancionado por resolución administrativa 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 ha tenido en cuenta en este caso la repercusión social de la conducta infractora, dado el ámbito de cobertura de la emisión (nacional), la duración de la publicidad (151 segundos) y la audiencia obtenida durante su emisión (1.275.000 espectadores). Asimismo, se ha tenido en cuenta el criterio de graduación sobre reincidencia previsto en la letra b) del artículo 60.4 de la LGCA pues el 25 de octubre de 2016 fue sancionada ATRESMEDIA por haber emitido publicidad encubierta en el programa “OBJETIVO BIENESTAR”, emitido el día 20 de marzo de 2016 en uno de sus canales de ámbito nacional (SNC/D TSA/022/16), es decir, por haber sido sancionada mediante resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores.

En definitiva, atendiendo a los principios y límites cuantitativos a que se hace antes referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la LRJSP y en el artículo 60.4 de la LGCA, se considera ajustado a derecho la imposición de una (1) multa por importe total de **162.132 €** (ciento sesenta y dos mil ciento treinta y dos euros).

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 la entidad ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., responsable directa de la comisión de **una (1) infracción administrativa grave** tipificada en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual por haber emitido, en su canal LA SEXTA, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la empresa GRUPO ABRASADOR en la programa, “EL JEFE INFILTRADO”, emitido el día 9 de mayo de 2019, entre las 22:34:49 y las 23:51:34 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 Comunicación Audiovisual.

SEGUNDO.- Imponer a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., una multa por importe de **162.132 €** (ciento sesenta y dos mil ciento treinta y dos euros), por la comisión de una infracción grave de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, al haber emitido publicidad encubierta en el programa, “EL JEFE INFILTRADO”, emitido en LA SEXTA el día 9 de mayo de 2019.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado. haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y que contra ella podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.