



Roj: **SAN 2793/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2793**

Id Cendoj: **28079230012020100296**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/10/2020**

Nº de Recurso: **1834/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001834 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 13202/2019

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION S.A.

Procurador: MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL

Letrado: ALFONSO MUÑIZ VIGIL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

S E N T E N C I A 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 dos de octubre de dos mil veinte.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **1834/2019** interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Puelles, en nombre y representación de la entidad **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A.**, frente a la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Sala de Supervisión Regulatoria) de fecha 24 de julio de 2019; 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 dicha resolución por la inexistencia de la infracción atribuida, b) Contraria a Derecho y nula o, subsidiariamente, la anulación de dicha resolución por vulnerar el principio de confianza legítima; c) Subsidiariamente, la anulación parcial de la resolución impugnada, de modo que se deje sin efecto la sanción económica impuesta a Mediaset o, subsidiariamente, dicha sanción quede reducida a un importe inferior, de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento Jurídico Cuarto.

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 recurso contencioso administrativo interpuesto, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Re cibido el recurso a prueba, admitida la propuesta y evacuado el trámite de conclusiones se señaló para votación y fallo el día 22 de septiembre de 2020, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. María Lourdes Sanz Calvo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por Mediaset España Comunicación S.A (en adelante Mediaset) la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Sala de Supervisión Regulatoria) de fecha 21 de marzo de 2019, recaída en el expediente SNC/DTSA/038/19, que impone a dicha mercantil Mediaset una sanción de multa de 196.038 euros, por la comisión de una infracción administrativa grave, de carácter continuado, por haber emitido en su canal FDF, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la marca "amantis", durante la emisión del capítulo "Un aniversario, un peluquín y una reunión de tuppersex" de la serie "La que se avecina", emitido los días 5 de agosto de 2018, 6 y 5 de octubre de 2018, 23 de noviembre de 2018, 11 de enero de 2019 y 4 de febrero de 2019, lo que supone una vulneración del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Considera la citada resolución que dentro de la emisión de dicho capítulo se realizaron comunicaciones comerciales encubiertas sobre la empresa de distribución y venta de juguetes eróticos "Amantis", empresa a la que se presenta en distintos momentos del capítulo de la serie. Señala que aunque la presencia de los productos comercializados por Amantis no se produzca de manera explícita en los 837 segundos contabilizados de promoción de la misma - tiempo que supone un 20% de duración total del capítulo- durante ese tiempo si se presenta una amplia variedad de productos eróticos que, según se explica en el mismo capítulo, pueden adquirirse a través de "Amantis" y en la página web www.amantis.net, aunque la presentación de la web es escasa y apenas perceptible, sin que por ello decaiga la presentación de la empresa Amantis, mostrándose también la imagen del catálogo que contiene toda la variedad de productos eróticos que pueden adquirirse en la mencionada página web.

Entiende que el conjunto de imágenes previas o complementarias a la aparición explícita de los mencionados productos, se relacionan directamente con los productos publicitados, pues tienen la aptitud de captar la atención o generar el interés de los telespectadores en disponer de este tipo de productos, mientras que las imágenes en las que aparece de forma explícita y reiterada la marca "Amantis" tiene la aptitud de llamar a la acción a los telespectadores respecto de la adquisición de este tipo de artículos dadas las bondades que ofrecen según se expone durante el transcurso del capítulo. Por tanto, el conjunto de momentos en los que aparecen los productos forman parte de la presentación de "Amantis", en cuanto es el conjunto de todas las imágenes con las que el prestador se vale para realizar la presentación del comercializador y distribuidor de productos eróticos "Amantis".

En definitiva, estima que el conjunto de imágenes contabilizadas como de publicidad encubierta son complementarias entre si de una verdadera campaña publicitaria pues conlleva una carga promocional adicional, tanto de forma verbal como visual, que va más allá de un mero emplazamiento del producto en cuyo caso la presencia de la marca sería circunstancial, sin intervenir en el hilo argumental.

SEGUNDO.- Obra en el expediente administrativo la grabación y el acta de visionado del capítulo titulado "Un aniversario, un peluquín y una reunión de tuppersex" de la serie de humor "La que se avecina", emitido el día 4 de febrero de 2019 entre la 03:30 y las 04:38 en el canal FDF.

Así mismo, consta de conformidad con el informe de emisiones realizado por la empresa Kantar, en la que se emitió en el mismo canal idéntico contenido en fechas anteriores: 5/8/2018 (de 02:34:07 a 03:42:26); 6/10/2018 (de 02:42:52 a 03:51:15); 15/10/18 (de 13:24:35 a 14:54:17); 23/11/2018 (de 02:13:28 a 03:20:28); 11/01/2019 (de 13:29:43 a 14:58:28).

Del visionado del video cuyo contenido se refleja en el acta de visionado interesa destacar lo siguiente:

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

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

El capítulo, se compone de tres historias, siendo una de ellas, la reunión de tupper-sex que decide organizar Noemi, la nueva vecina del piso NUM000 y compañera de Pilar, en dicho piso y a la que ha invitado a las vecinas del inmueble.

Entre las 03:48:43 y 03:49:19- se observa como en dicha reunión en el salón de la casa, donde hay una maleta abierta con objetos eróticos sobre la mesa, Trinidad muestra un vibrador rojo a Noemi y lo mete en la caja: "Bueno yo de momento me llevo éste". Noemi: "Mmm...El corsario rojo. A mi me encanta". Trinidad guarda la caja del vibrador en su bolso, encima de su falda tiene unos vibradores de diferentes colores. Noemi: "¿Quién más quiere uno? ¿Zaira?", Zaira: "No, no yo, yo...es que me lo tengo que pensar, es que hay tanta variedad que - Trinidad coge los vibradores de colores que tiene en su falda y se los muestra a Zaira -cuesta decidirse". Noemi coge un juguete erótico de la maleta y se lo muestra a Zaira: "¿Y unas bolas chinas? para fortalecer los músculos de la vagina". Noemi le dice a Zaira "Pues toma un catálogo y luego tu decides tranquila", Zaira coge el catálogo que ha sacado Noemi de la maleta. La maleta aparece en primer plano, y el catálogo -se ve la contraportada con dos vibradores rojos- que Zaira tiene en la mano en segundo plano.

Tras salir de la reunión, Zaira entra en su casa con el catálogo en la mano y se lo enseña a su marido Efrain quien lo coge, está de pie y mira la portada dejando ver al espectador la contraportada donde se puede leer amantis con una foto de dos vibradores rojos encima de las letras, mientras exclama "Pero ¿esto qué es? Zaira; "el corsario rojo, la presidenta ha comprado uno". Cuando Efrain va a sentarse en el sofá puede verse en ángulo picado la portada del catálogo donde se lee amantis con la fotografía de los vibradores encima de las letras. Efrain estando ya sentado en el sofá junto a su mujer, se dispone a ver el catálogo, lo abre, pudiéndose observar la portada como la contraportada y en ambos se ve claramente como pone amantis y encima de dichas letras una fotografía de los vibradores rojos. Efrain sigue mirando el catálogo y se pueden ver la portada y contraportada en las que pone amantis con las fotografías de los vibradores encima de las letras, Zaira regaña a su marido que cierra el catálogo, y se ve la contraportada que pone amantis con las fotografías de los vibradores encima de las letras (entre las 3:49:29 y 03:50:05).

Más adelante (3:54:34 a 3:55:48), llaman a la puerta del NUM000, Noemi la abre, es Efrain que entra gritando con el catálogo en la mano "¡Esto es una vergüenza! ¡tengo a mi mujer traumatizada!" y da el catálogo a Noemi, quien mira el catálogo y dice. "Eh, aquí faltan páginas" se lo muestra a Efrain que dice: "¡Eh! no, no", "a mi mujer se lo habéis dado así" y enfadado le quita el catálogo a Noemi y luego se lo vuelve a dar. Noemi con el catálogo en una mano, agarra a Efrain con la otra y le acompaña hasta un sillón: "Efrain los juguetes íntimos no son un enemigo, son un aliado, y se adaptan perfectamente a la sexualidad de la pareja para romper la monotonía. Efrain: "Eso es muy interesante", Elisenda: "Espérate prima, que todavía le vende algo". Noemi que sigue con el catálogo en la mano abre la maleta, coge una caja de la maleta y se la da a Efrain "Mira esto es para que juguéis los dos". Efrain coge la caja: ¿Cómo los dos? ¿A qué juego yo con esto? La cámara enfoca a Efrain sentado que sostiene la caja con un vibrador dentro de color negro, que se ubica dentro del centro de la pantalla.

Entre las 4:14:58 y las 4:15:53 Efrain quiere devolver a Noemi el vibrador que le compró, Elisenda: "No, no, esto tu no lo puedes devolver si has abierto la caja", mete la caja del vibrador en la bolsa y se lo devuelve a Efrain a la vez que dice: "Mira cuando venga la otra te quejas a ella, a mi me dejas en paz", la cámara enfoca a Elisenda en un plano medio, la bolsa ocupa la parte central derecha del plano. En la parte superior derecha de la bolsa dentro de una etiqueta pone amantis.net. Efrain continúa en la puerta con la bolsa, puesta de tal forma que se ve la pegatina de amantis.net: "Bueno, esto es una vergüenza ¡Estafadoras!

En otra escena (04:24:22 a 04:25:06), Noemi sentada muy sonriente en el sofá, saca un objeto de la maleta. En el centro de la pantalla muestra el objeto envuelto en su package transparente, pudiéndose leer en la parte superior NEXUS: "Este es mi producto estrella, el estimulador de próstata -da el producto a Tomás y coge otro producto de la maleta, en su package transparente- ha sido diseñado por un equipo médico, para

estimular el punto G masculino, y como veis, incorpora una bola giratoria -señalándola- que masajea el perineo, proporcionando una sensación parecida a las caricias de la lengua".

Y continúa la conversación contando como se usa. Tomás mira el estimulador de próstata que tiene en su mano: "Pero ¿esto cómo va?" Noemi que continúa con el package del estimulador de próstata Nexus mostrándolo, responde "Muy fácil, lo introducís en el ano. Toma, llevaros uno cada uno- le da uno a Efrain - para probar". Efrain lo coge y lo mira: "Pues sí que me lo llevo, si, para adjuntarlo a la denuncia -se levanta, muestra el estimulador en su package en la parte superior se lee NEXUS, que queda posicionado justo en el centro de la pantalla- esto en el juicio será la prueba A". Tomás se levanta con el que tiene en la mano: "yo también me lo llevo".

Efrain y Tomás salen corriendo y una de las protagonistas cierra la maleta donde se encontraban todos los objetos eróticos y mientras la cierra (04:25:15) se puede observar la etiqueta de la maleta que pone amantis.net en el ángulo izquierdo. Efrain lleva debajo del brazo el estimulador en su package y se ve el rótulo NEXUS durante unos segundos 04:25:29-04:25:30 y 04:25:32-04:25:35 horas.

Entre las 04:25.35 y las 04:27:20 Tomás llega a su casa, pregunta a sus hijos por su madre que le contestan que está en el baño, se dirige al baño y llama a la puerta: " Trinidad sal del baño ahora mismo", "No te hagas la tonta que se que llevas un vibrador", Trinidad : "No, no, no ...yo no". Tomás : "¡Ah! ¿no? -le coge el bolso, busca dentro y saca un vibrador de color rojo, mostrándoselo a Trinidad - y esto ¿qué es? Trinidad : "Un ambientador", Tomás que sigue con el vibrador en la mano, lo mira: ¡Ah!, presiona un botón, se oye un ruido de vibraciones y se ve vibrar el vibrador en su mano.

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

- Inexistencia de infracción, puesto que la trama del tupper sex del capítulo en cuestión, no era publicidad sino contenido editorial. La presencia de la marca "Amantis" y sus productos en las partes del capítulo en que se desarrolló la trama de tupper sex, fue puntual y se explica por el argumento del mismo integrándose la marca de forma natural en la acción del programa, sin ningún contenido publicitario. No hubo publicidad encubierta, en el capítulo en cuestión se apreció la marca "Amantis" y el producto Nexus, en tres momentos puntuales, que tuvo una limitación significativamente más limitada (83 segundos) que lo indicado en la resolución, estando dicha presencia justificada por el contexto y prueba de la ausencia de propósito publicitario es que los productos supuestamente promocionados, como el simulador Nexus, no se comercializan en la actualidad.

- Conculcación del principio de confianza legítima proclamado en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Esgrime que el capítulo se estrenó en abril de 2008 en canal Telecinco, y desde entonces se ha estado refundiendo de forma recurrente sin ningún impedimento, resultando sorprendente que no se haya apreciado la existencia de publicidad encubierta en los restantes capítulos, lo que denota un cambio de criterio de la calificación jurídica de los hechos, que supone vulneración del principio de confianza legítima y seguridad jurídica.

- Incluso, de considerarse la existencia de una cierta presencia de la marca o de sus productos a lo largo del capítulo, se respetó en todo caso la normativa publicitaria vigente, puesto que tales imágenes encajarían, en cualquier caso, en la regulación del emplazamiento del producto.

- La sanción impuesta es desproporcionada.

CUARTO.- Para el examen de la cuestión controvertida se va a efectuar una referencia al marco normativo de aplicación.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), traspone la Directiva 2007/65/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 y recuerda en su Exposición de Motivos que la regulación de la publicidad, "*Está concebida como un instrumento de protección del consumidor frente a la emisión de mensajes publicitarios en todas sus formas, en cuanto a tiempo y contenidos...*"

El artículo 2.32 de la citada Ley define 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. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador del servicio.*"

Por su parte, el art. 18 de la misma LGCA, bajo el título de "*comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas*" establece en su apartado 2; "*Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que*

utilice técnicas subliminales", y el art. 58.8 de la mentada Ley tipifica como infracción grave la emisión de las comunicaciones comerciales encubiertas.

Sostiene la actora que no hubo publicidad encubierta, pues la presencia de la marca "Amantis" y sus productos en el capítulo en la parte del tupper sex, fue puntual, significadamente más limitada que lo indicado en la resolución impugnada, discreta y justificada por el contexto. Añade que la serie relata las peripecias de una comunidad de vecinos disparatada y se incluyó la trama sobre el impacto de una sesión de tupper-sex en el citado vecindario, utilizándose la novedad de las mismas en 2008 que es cuando se grabó el capítulo y en tono irónico, que lógicamente requería hablar sobre el funcionamiento de los juguetes eróticos que uno de los personajes intentaba vender a los vecinos, tratándose de momentos perfectamente integrados en la trama sin ningún contenido publicitario.

Sin embargo, frente a dichas alegaciones, hay que señalar que el propósito publicitario y la intención de promover los productos promocionados se deduce del contexto del episodio y de las circunstancias concurrentes, presentándose a la empresa amantis en distintos momentos del capítulo y si bien los productos comercializados por amantis no se presentan de manera explícita durante todo del tiempo tomado en consideración por la resolución recurrida, que supone el 20% del capítulo, lo cierto es que durante dicho periodo se presentan una amplia variedad de productos eróticos, cuyas bondades se explicitan, que se relacionan con la marca amatis y con la página web www.amantis.net en la que pueden adquirirse, por lo que todas esas imágenes en su conjunto tienen un propósito publicitario.

Así, en la citada sesión de tupper sex se muestran una serie de artículos eróticos que se contienen en una maleta sobre la mesa del salón. En una de las escenas, una de las protagonistas cierra la maleta y mientras la cierra se puede observar la etiqueta de la maleta que pone amantis.net en el ángulo izquierdo.

Esos productos de la maleta (con la etiqueta amantis.net) se conectan asimismo con el catálogo exhibido, que se muestra en varios momentos del capítulo, en el que se puede observar tanto en la portada como la contraportada el nombre de amantis, donde aparecen los productos eróticos que podrían adquirirse.

En este sentido, cabe destacar que cuando Noemi, la organizadora de la sesión de tupper sex, dirigiéndose a Zaira, pregunta quien más quiere uno (vibrador), o unas bolas chinas que saca de la maleta, y aquella responde "me lo tengo que pensar es que hay tanta variedad que cuesta decidirse", Noemi le da un catálogo que ha sacado de la maleta, para que decida con tranquilidad. Catálogo con el que Zaira entra en su casa y enseña a su marido quien mientras lo hojea y lo tiene en la mano puede verse el nombre de amantis en varias ocasiones. Noemi sentada en el sofá, saca un objeto de la maleta, mostrándose en el centro de la pantalla el objeto envuelto en su package transparente, pudiéndose leer en la parte superior NEXUS, el estimulador de próstata, que según dice es su producto estrella...

Además, la etiqueta amantis.net no sólo aparece en la maleta sino también y en dos ocasiones en la parte superior derecha de una bolsa que sostiene Efrain en la que lleva el vibrador que quiere devolver.

Es decir, todas las imágenes tomadas en consideración por la resolución recurrida están conectadas o vinculadas entre sí y evidencian claramente un propósito publicitario, con riesgo de provocar error en los consumidores inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, a la adquisición de los productos de amantis. Error que se consigue con el *modus operandi* expuesto al promocionar unos productos cuyas bondades se exponen, que están relacionados y se confunden con la temática del tupper sex tratada en dicho capítulo - productos eróticos-.

En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la existencia de publicidad encubierta en las SSTs de 31 de octubre 2018 (Rec. 5920/2017), 11 de noviembre 2019 (Rec. 6537/2018), 10 de marzo de 2020 (Rec. 383/2019) etc.

Aduce la actora como prueba de la ausencia de propósito publicitario que los productos supuestamente promocionados, como el simulador Nexus, no se comercializan en la actualidad. Sin embargo, si bien se menciona el producto Nexus que ya no se comercializa por amantis, este producto ha de considerarse como un mero ejemplo de los comercializados en la web de amantis, sin que por ello decaiga el interés promocional de la plataforma web de venta de artículos eróticos amantis.

QUINTO.- Enlazando con el tercer motivo de impugnación, alega la recurrente que de considerarse la existencia de una cierta presencia de la marca o de sus productos a lo largo del capítulo, se trataría de un emplazamiento de producto que habría cumplido con los requisitos para esta forma de comunicación comercial respetándose la normativa publicitaria vigente.

Abundando en lo expuesto esgrime, que en particular se habrían respetado los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 17 de la LGCA, pues se avisó del emplazamiento del producto, al principio y final de

la serie y en las reanudaciones después del corte publicitario y en los momentos en que se vio de alguna forma la marca "amantis" o algunos de sus productos fueron solamente tres, tratándose de una presencia puntual, completamente justificada e integrada en la trama.

La figura del emplazamiento fue incorporada por la Ley 7/2010, cuyo artículo 2.31 lo define como " *Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa*".

Por su parte, el artículo 17, en relación con dicha figura, dispone en su apartado 1, que los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir con emplazamiento de productos, por lo que aquí nos interesa, series de televisión. El apartado 2, establece " *Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el programa deber ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria*" y el apartado 3, también invocado por la actora " *El emplazamiento no puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto*".

En similar sentido, se pronuncia la Directiva 2010/13 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, denominada Directiva de servicios de comunicación audiovisual, en su artículo 11.

Respecto a la diferencia entre publicidad y emplazamiento, esta Sala ha reiterado, entre otras, en Sentencias, Sec. 8ª, de 23 de marzo 2009 (Rec. 1500/2007) y 20 de mayo de 2013 (Rec. 254/2010) que: " *La diferencia que en la misma norma europea (Directiva 2007/65/CE) se establece entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la mera presentación ("asentamiento" o "emplazamiento") del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el "emplazamiento" la aparición del producto o servicio de que se trate es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional o apologética*.

Tal finalidad promocional, verdadero elemento subjetivo de la conducta (que además el Tribunal considera probada en el presente caso, tras un análisis detallado de los contenidos de los programas), es la que está también presente en la definición en el artículo 3.d («que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario») de la Ley 25/1994, de 12 de julio.

En el caso de la publicidad "encubierta" esa misma promoción no se hace además de una manera explícita, clara o abierta, sino oculta; ocultación que por sí misma entraña riesgo para los consumidores de provocar su error, a través del estímulo, no consciente, al consumo del producto".

Así las cosas, los elementos concurrentes expuestos en el fundamento de derecho precedente permiten colegir que el conjunto de imágenes en las que aparecen artículos eróticos y en las que aparece explícitamente la marca amantis, tienen en su conjunto un propósito publicitario, es decir, concurre intención publicitaria por parte del prestador del servicio, sin que se trate de un emplazamiento del producto.

El hecho de que se haya avisado de emplazamiento del producto con el logotipo EP y a su lado la sobreimpresión EMPLAZAMIENTO PUBLICITARIO, máxime cuando al finalizar el programa no se ha diferenciado la marca "amantis" del resto de los agradecimientos, no obsta a lo expuesto, porque de lo que estaría avisado el espectador es del emplazamiento de productos y no de que se vaya a infiltrar publicidad o mensajes publicitarios.

Por otro lado, señalar que el supuesto que nos ocupa difiere del contemplado en la Sentencia de esta Sala y Sec. de 25 de julio de 2019 (Rec. 363/2017) invocada en la demanda, bastando reseñar que en aquel caso no se apreció vulneración del artículo 18.2 de la LGCA, es decir publicidad encubierta, sino del artículo 17.3 de la misma Ley.

Finalmente debemos poner de manifiesto, que la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, 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).

SEXTO.- Respecto a la vulneración de la confianza legítima, se sustenta por la actora en que el capítulo ha estado emitiéndose de forma recurrente sin ningún impedimento en los últimos 11 años y con la más

absoluta connivencia por la autoridad, habiendo realizado la resolución impugnada un cambio de calificación vía sancionadora que vulnera dicho principio contenido en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015.

Sin embargo, el hecho de que no se haya detectado la conducta infractora en las emisiones anteriores del capítulo no consta que obedezca a un cambio de criterio de la CNMC, sino más bien, a la imposibilidad técnica de que la actuación inspectora pueda detectar todas las infracciones que se hayan podido producir en los servicios de comunicación audiovisual emitidos en España.

Por tanto, no cabe apreciar la vulneración del principio de confianza legítima, recogido en el artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, principio que como ha reiterado la jurisprudencia - SSTS de 28 de diciembre 2012 (Rec. 273/2009), 3 de julio 2013 (Rec. 2511/2011), entre otras muchas- "*no puede invocarse e para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico*", siendo la actora responsable de la infracción apreciada por la resolución impugnada, a tenor del artículo 28.1 de la Ley.

SÉPTIMO.- Finalmente considera la actora que la sanción impuesta fue desproporcionada, pues una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en este caso sólo podría conducir a la no imposición de sanción o, en su caso, de una sanción en su grado mínimo.

Acreditada la comisión de la infracción y siendo responsable de la misma la actora, como ya se ha expuesto, resulta obvio que procede la imposición de sanción, debiéndose examinar, en consecuencia, si la sanción impuesta vulnera el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad de las sanciones, como señalan las SSTS, Sala 3ª, de 3 de diciembre de 2008 (Rec. 6602/2004) y 12 de abril de 2012 (Rec. 5149/2009) es el fundamental que late y preside el proceso de graduación de las sanciones y comporta, en términos legales, que debe de existir una "*debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada*", como dispone el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (antes artículo 131.3 de la LRJPA).

Principio que no ha resultado vulnerado en el caso de autos, a la vista de las circunstancias concurrentes, que han sido valoradas, razonada y adecuadamente por la resolución recurrida y justifican la fijación de la sanción en la cuantía de 196.038 euros.

Así, debe tenerse en cuenta que las infracciones graves, conforme al artículo 60.2 de la LGCA pueden ser sancionadas con multa de 100.000 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual y la sanción se ha impuesto en la mitad inferior habiéndose tomado en consideración la continuidad de la conducta infractora producida durante seis emisiones, la repercusión social en función de la audiencia media de los programas y la duración de la promoción publicitaria, circunstancias que justifican la determinación de su cuantía.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo y, en definitiva, del recurso contencioso administrativo interpuesto.

OCTAVO.- A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas procesales a la parte actora.

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

FA LLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Puelles, en nombre y representación de la entidad **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A.**, frente a la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Sala de Supervisión Regulatoria) de fecha 24 de julio de 2019; 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 **notificación**; 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 fe.

Madrid a

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA