

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., POR EL INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 18.2 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

(SNC/DTSA/077/21)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULACIÓN

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. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 19 de abril de 2022

De acuerdo con la función establecida en el artículo 9.6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria, y vista la Propuesta de resolución de la instructora, junto con las alegaciones presentadas y el resto de las actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución:

TABLA DE CONTENIDO

ANTECEDENTES DE HECHO	2
HECHOS PROBADOS	5
Fundamentos JURÍDICOS	11
I.- Habilitación competencial de la Comisión y legislación aplicable..	11
II.- Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos	11
III.- Tipificación de los hechos probados.....	12
IV.- Antijuridicidad de la conducta	17
V.- Responsabilidad de la infracción.....	18
VI.- Terminación del procedimiento y reducción de la sanción.....	19
RESUELVE	20

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contenidos denunciados

El 24 de abril de 2021 tuvieron entrada en el registro electrónico de la CNMC tres escritos por los que se denuncia que MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (en adelante MEDIASET), habría emitido publicidad encubierta de gazpachos y salmorejos en los contenidos emitidos en el programa de “SÁLVAME NARANJA” emitido el día 23 de abril de 2021. Posteriormente, el 3 de mayo de 2021, se recibió una nueva denuncia por el mismo motivo durante la emisión del programa “SÁLVAME DELUXE” del día 1 de mayo. (folios 12 a 26).

SEGUNDO.- Periodo de información previa

En el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión determinadas en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual ha constatado que MEDIASET, en su canal de televisión TELECINCO, ha podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010 (en adelante LGCA), ya que durante la emisión de los programas “Sálvame

naranja”, del día 23 de abril de 2021, y “Sálvame Deluxe”, del 1 de mayo de 2021, emitió diversos espacios dedicados al lanzamiento de dos productos, el salmorejo y el gazpacho, de una empresa creada por una de las colaboradoras de los programas, emisiones que podrían tener un propósito publicitario e inducir al público a error en cuanto a su naturaleza, sin que en ningún momento de las emisiones se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna sobreimpresión que así la identificara. (Folios 1 a 11 y 28 a 43).

TERCERO.- Acuerdo de incoación de procedimiento sancionador

El 20 de enero de 2022, a la vista de las anteriores actuaciones realizadas por esta Comisión, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra MEDIASET por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA, cuyos hechos están tipificados como infracción administrativa de carácter grave en el artículo 58.8 de la citada Ley. (folios 44 a 51).

En fecha 25 de enero de 2022 le fue notificado a MEDIASET el acuerdo de incoación. (folio 52).

CUARTO.- Acceso al expediente

Con fecha 25 de enero de 2022, MEDIASET solicitó copia de la documentación obrante en el expediente, dándosele traslado mediante escrito de la instrucción del 26 de enero de 2022. (folios 56 a 97).

QUINTO.- Escrito de mediaset aportando alegaciones

Con fecha 9 de febrero de 2022 se recibió en la CNMC un escrito de alegaciones del representante de MEDIASET (folios 98 a 109), en el que, sucintamente, manifiesta:

- Que la presentación de los productos de la empresa de la colaboradora se trató de contenido editorial. Se trataba de una noticia de máximo interés para la audiencia del programa, dada la popularidad de la colaboradora. La presentación se produjo dentro de una entrevista a la colaboradora, similar al contenido de muchos programas de entretenimiento en los que el entrevistado promociona una película, un libro o cualquier actividad emprendida o producto o servicio lanzado al mercado.
- Que no hubo propósito publicitario; las menciones al nombre de la marca, a las virtudes de los productos o las valoraciones positivas, se debieron al contexto de la noticia que detallaba el origen de la idea de negocio, su proceso de creación y desarrollo y se entremezclaba con emociones

provocadas por el éxito de la actividad y la amistad y afecto del resto de colaboradores.

SEXTO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 23 de febrero de 2022 fue notificada a MEDIASET la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento 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) e informándole de lo previsto en el artículo 85 de la misma Ley, concediéndole un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes. concediéndole el plazo de un mes 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. (folios 110 a 127).

El mismo día 23 de febrero de 2022 MEDIASET fue notificada de la propuesta de resolución (folio 128).

En la propuesta de resolución la instructora propone declarar a MEDIASET como responsable de la comisión de una (1) infracción administrativa grave de carácter continuado por haber emitido, en su canal TELECINCO, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de los productos y empresa “LOS SABORES DE LA ESTEBAN, S.L.”, durante la emisión de los programas “SÁLVAME NARANJA”, emitido el día 23 de abril de 2021, y “SÁLVAME DELUXE”, emitido el 1 de mayo de 2021, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA y, como consecuencia de lo anterior, la imposición de una multa por importe total de 301.356,00 euros (trescientos cincuenta y un mil trescientos cincuenta y seis euros).

SÉPTIMO.- Escrito de mediaset por el que reconoce su responsabilidad infractora y manifiesta su voluntad de pagar anticipadamente

Con fecha 9 de marzo de 2022, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de MEDIASET por el que reconoce voluntariamente su total responsabilidad sobre la conducta infractora objeto del presente procedimiento, de manera expresa e incondicionada, y solicita realizar el pago voluntario de la sanción en cualquier momento anterior a que se dicte la resolución sancionadora (folios 129 a 134).

OCTAVO.- Emisión de carta de pago

De conformidad con lo solicitado por MEDIASET en el antecedente previo, con el fin de que ésta pueda efectuar el pago de la sanción propuesta reducida en un

40% en aplicación de la acumulación de los descuentos previstos en el artículo 85 de la LPAC previo a que se dicte resolución definitiva, con fecha 15 de marzo de 2022 se notificó a MEDIASET el correspondiente MODELO como documento de ingreso (folios 135 a 141).

NOVENO.- Pago de multa

Con fecha 17 de marzo de 2022 MEDIASET remitió un escrito a esta Comisión por el que daba traslado del justificante de pago de la multa reducida en un 40% en aplicación de la acumulación de los descuentos previstos en el artículo 85 de la LPAC (folios 142 a 147).

DÉCIMO.- Finalización de instrucción y elevación de expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 18 de marzo de 2022, la instructora ha informado de la finalización de instrucción del procedimiento y remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de los documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerados. (folios 148 a 149).

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Emisión de publicidad encubierta en el programa “sálvame naranja” del día 23 de abril de 2021

Conforme consta en el acuerdo de incoación, en las grabaciones del contenido emitido que constan unidas al expediente y según se describe en el informe de visionado, se incluyó comunicación comercial encubierta durante la emisión del programa de entretenimiento titulado “*Sálvame Naranja*” en el canal TELECINCO el día 23 de abril de 2021 entre las 16:55:14 a 20:14:12 horas.

A continuación, se reproducen aquellas partes del Acta de Visionado No. 019/2021 (folios 61 a 63), en donde se refleja el contenido emitido constitutivo de infracción:

<p>17:31:56 a 17:32:42</p>	<p>[...] El presentador realiza una conexión en directo fuera del estudio, donde comenta que “<i>hoy es el bautizo como empresaria Belén Esteban</i>” y se muestran imágenes de unboxing Plaza Cerolo en Madrid (Food Truck, Gastronomía sobre Ruedas), en el vehículo se muestran carteles del programa Sálvame Naranja y Limón. El presentador pregunta a Belén donde está y pasa a informar que dentro de unos minutos volverán con ella. Belén indica que más tarde estará en el estudio [...]</p>  <p>¡BELÉN ESTEBAN, EMPRESARIA DE ALIMENTACIÓN! LANZA GAZPACHO Y SALMOREJO CON LA RECETA DE SU MADRE LO REPARTE EN EL CENTRO DE MADRID! ENSEGUIDA</p>
<p>17:32:42 a 17:35:01</p>	<p>[...] Continúa en el plato mostrando un concurso a través de un SMS y se vuelven a mostrar imágenes de Belén Esteban, donde muestra una imagen de ella con una botella de Gazpacho en sus manos mostrándolo en pantalla y continúa con un avance del programa para pasar a publicidad [...]</p> 
<p>17:35:01 a 17:43:59</p>	<p>[...] Publicidad [...]</p>
<p>17:43:59 a 17:51:33</p>	<p>[...] Continúa el programa con reportajes sobre personajes famosos, dando paso otra vez donde se encuentra Belén Esteban publicitando su producto (gaspacho y salmorejo) se sobrepone “¡BELÉN ESTEBAN, EMPRESARIA DE ALIMENTACIÓN! ¡LANZA GAZPACHO Y SALMOREJO CON LA RECETA DE SU MADRE Y HOY LO REPARTE EN EL CENTRO DE MADRID! ENSEGUIDA [...]</p> 
<p>17:51:33 a 17:55:23</p>	<p>[...] se muestran imágenes donde Belén ofrece sus productos a los viandantes, realizando varias pruebas de cata, el presentador Jorge Javier emplaza a Belén en el plató con la camioneta y volviéndose dice: “<i>los sabores de Belén</i>” [...]</p>

<p>18:27:56 a 19:30:36</p>	<p>[...] El presentador Jorge Javier presenta un video de Belén Esteban como empresaria: en el reportaje comparan a Belén con otros empresarios como Amancio Ortega, Florentino Pérez..., se realiza un reportaje sobre la presentación de este mismo día de</p>    <p>sus productos con la intervención de Belén nombrando el nombre del producto (Sabores de la Esteban) y mostrándose en pantalla además de otras imágenes de diferentes programas donde ha realizado tanto el gazpacho como el salmorejo. Imágenes donde Belén publicita su producto: “es un producto 100x100 español, muy saludable, hecho para veganos y gente saludable...”, se muestra imágenes de un pasillo de un supermercado (C.I.) mientras una voz en off dice: “... pero esto no ha hecho nada más que empezar ...”, “contestando a una pregunta: “esta es la temporada del gazpacho y el salmorejo, luego vienen las cremas, que están buenísimas y muy naturales”, sigue la voz en off diciendo: “... una madre que ella presume muy orgullosa de tener en sus manos esa botella que supone el sueño de su hija hecho realidad...” y sigue explicando cómo se ha involucrado en la realización de este negocio. Vuelve imágenes al plato [...]</p>
<p>19:30:36 a 19:36:49</p>	<p>[...] Se recrea un plató fuera en el aparcamiento de lo que parece ser la</p>   <p>ubicación de Mediaset. Ahí se muestra la camioneta con los productos y a Belén con el presentador Jorge Javier y los colaboradores... comienza a explicar el porqué de la empresa y hace referencia a otras empresas y los productos utilizados y los pasos que ha dado ... mientras los colaboradores van probando los productos... los colaboradores comentan lo bueno que está tanto el gazpacho como el salmorejo ... Belén: “se vende en el Corte Inglés y en Carrefour y a partir del 3 de mayo en SuperSol” ... siguen comentando la</p>

	implicación de familiares en la empresa... su expansión en el extranjero ... J.J. comenta que le van a enviar una muestra a la Reina Doña Leticia ...
19:45:44 a 19:48:47	  <p>[...] continúa en el otro plató con un zoom de la camioneta de Belén ... donde es agasajada por sus compañeros y agradece a una empresa que han confiado en ella ... vuelve a repetir que va a sacar cremas ... va a repartir a tres personajes como la Reina, Pantoja... pasan a continuación al plató con un primer plano del nombre comercial y del camión [...]</p>

SEGUNDO.- Emisión de publicidad encubierta en el programa “Sálvame naranja” del día 23 de abril de 2021

Conforme consta en el acuerdo de incoación, en las grabaciones del contenido emitido que constan unidas al expediente y según se describe en el informe de visionado, se incluyó comunicación comercial encubierta durante la emisión del programa de entretenimiento titulado “SÁLVAME DELUXE” en el canal TELECINCO entre las 22:06:08, del día 1 de mayo de 2021, y las 02:30:09, del día 2 de mayo de 2021.

A continuación, se reproducen aquellas partes del Acta de Visionado No. 020/2021 (folios 64 a 65), en donde se refleja el contenido emitido constitutivo de infracción:

Al comienzo del programa, en una careta de apertura, así como en la reanudación del programa tras la pausa publicitaria 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:

00:58:41 a 01:11:39	[...] Sobreimpresión “EP”. Continúa las declaraciones de Kiko sobre Antonio David y su familia y las contestaciones de las preguntas del polígrafo y una entrevista de J.J. con la madre de un colaborador, pero la interrumpe [...]
01:11:39 a 01:23:31	[...] El presentador Jorge Javier se levanta y se dirige a una zona del plato diciendo: “claro, Belén Esteba ha tenido un éxito tal con su gazpacho y su salmorejo, que en menos de una semana se han agotado las existencias en los puntos de venta, ¿Belén dónde estás? Pero bueno

		<p>si ya han preparado...” en el plató han puesto una especie de puesto con los productos de Belén, donde el presentador comenta que ha ido muy bien, a lo que Belén Esteban contesta que si... Belén comienza a explicar un poco como ha ido y que se venden en el Corte Inglés, Carrefour, y se venderán en tiendas de barrio... Habla de la fábrica que está en Alhama de Murcia y la participación de amigos y familias. Se somete a las preguntas de sus compañeros sobre el proceso de realizar el producto y la empresa ...”tengo que daros la sorpresa de que voy a sacar más productos”, “yo que sé lo que es la publicidad y lo que cuesta, estoy muy agradecida porque de vez en cuando me metéis mis productos y metéis donde se compra y yo de verdad... y a toda la gente, y este verano (con las botellas en las manos mostrándolas a la cámara) a tomar el gazpacho y el salmorejo de “Sabores de la Esteban” [...]</p>
<p>01:23:31 a 02:30:09</p>	<p>[...] continúa el programa con la entrevista de la madre de un colaborador pasando a publicidad y su continuación hasta finalizar el programa.</p>	

TERCERO.- 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 de los programas:

FECHA PROGRAMA	HORA DE COMIENZO	HORA DE FIN	TIEMPO EN SEGUNDOS
23/04/21	17:31:56	17:32:41	45

23/04/21	17:33:55	17:34:08	13
23/04/21	17:49:40	17:55:22	342
23/04/21	19:27:56	19:36:51	595
23/04/21	19:45:44	19:48:47	183
2/05/21	01:11:39	01:23:31	712
TOTAL			1890 segundos

CUARTO.- Audiencia de los programas

Se ha unido al expediente el informe de audiencias medias de las emisiones en el canal TELECINCO en los horarios y días especificados, 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 ¹ (en miles)
SALVAME NARANJA	TELECINCO	GEN	23/04/2021	16:55:14	20:14:13	198:59	1800
SABADO DELUXE	TELECINCO	GEN	01/05/2021 Y 02/05/2021	22:06:06	26:30:10	264:03	1814

A los anteriores antecedentes y hechos probados le son de aplicación los siguientes

¹ 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.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I.- Habilitación competencial de la Comisión y legislación aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en los artículos 9.6 y 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), que señalan que la CNMC controlará el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y límites al ejercicio del derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales impuestos por los artículos 13 a 18 de la LGCA y que ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de la LGCA.

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 Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. La resolución de dichos procedimientos corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) del mencionado 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), y en lo no previsto por las anteriores, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)..

II.- Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos

El presente procedimiento sancionador tiene como objeto determinar la infracción por parte de MEDIASET del régimen contenido en el artículo 18.2 de la LGCA, al haber emitido publicidad encubierta por las imágenes y menciones a la empresa Sabores de la Esteban, S. L., a la calidad de sus productos y a la

evolución de su actividad durante el desarrollo de los programas “SÁLVAME NARANJA”, de 23 de abril de 2021, entre las 16:55:14 a 20:14:12 h., y “SÁLVAME DELUXE”, emitido entre las 22:06:08 del 1 de mayo y las 02:30:09 del 2 de mayo de 2021, sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna sobreimpresión que la identificara, ni se señalizara como emplazamiento de producto.

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 prohíbe² expresamente esta forma de comunicación comercial audiovisual en el artículo 18.2 de la LGCA. Y el artículo 2.32 de la LGCA describe la comunicación comercial encubierta como *“la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”*.

De la definición de publicidad encubierta contenida en la LGCA, cabe resaltar que tiene un propósito publicitario y que es apta para inducir a error en los destinatarios a los que se dirige al enmascararse el mensaje publicitario bajo la apariencia de un contenido informativo o de otra índole, pero aparentemente objetivo y ajeno a los intereses propios del titular del bien o servicio publicitado.

De 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:

² Además, La publicidad encubierta se considera una práctica desleal en el artículo 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y, por lo tanto, una modalidad de publicidad ilícita por la remisión a ésta en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

- 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 tipo

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 de los programas “SÁLVAME NARANJA” y “SÁLVAME DELUXE” emitidos los días 23 de abril de 2021 y 1 de mayo de 2021, se puede afirmar que durante su emisión sí se realiza una presentación de los productos de la empresa Sabores de la Esteban, S. L.

Las presentaciones y menciones verbales a los productos de la mencionada empresa a la que da nombre e imagen Dña. Belén Esteban, el gazpacho y el salmorejo, se desarrollan en diversos escenarios en donde se muestran los productos embotellados, con sus marcas expuestas a la cámara, cajas con los productos naturales que entran en su composición, con faldones promocionales de los productos y aportando información sobre los lugares donde se venderán éstos y sobre las futuras líneas de productos que la empresa tiene previsto comercializar.

MEDIASET desempeña un papel activo en la presentación de la empresa y de sus productos introduciendo faldones informativos en pantalla como, por ejemplo, “*BELÉN ESTEBAN SE HACE EMPRESARIA ¡¡QUE TIEMBLE AMANCIO ORTEGA*” “*LANZA “SABORES DE LA ESTEBAN” ¡GAZPACHO Y SALMOREJO SON SUS PRIMEROS PRODUCTOS!*”, preparando los decorados, dedicando diversos espacios que abarcan casi 20 minutos (sumando los dos programas), integrando la presentación de los productos en los contenidos de los programas. También participa de la presentación de forma activa el presentador de los programas junto a la propietaria de la empresa, Dña. Belén Esteban, quien también es imagen de esta y cuya presencia no resulta condicionada por la promoción de los productos que vende pues es colaboradora habitual de estos programas.

El hecho de que la presentación de la empresa y sus productos se haya producido en el contexto de una entrevista a la colaboradora habitual del programa, tal y como alega MEDIASET, no es óbice para ignorar el hecho de que el objeto de la entrevista es la presentación de los productos.

En definitiva, cabe concluir que sí se produce una presentación de la empresa y sus productos, presentación que no se limita a su mera mención o aparición durante los programas, como podría ser un emplazamiento publicitario, pues no reúne los requisitos de esta modalidad publicitaria.

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 pues durante la presentación de la empresa y sus productos al resultar reiterativa la promoción de la marca y los productos presentados.

Así, por ejemplo, en el programa “SÁLVAME NARANJA”, cuando el presentador conecta con Dña. Belén Esteban que se encuentra fuera del estudio en donde se muestran imágenes de ella sosteniendo en sus manos uno de sus productos y sobrepuesto en pantalla lo siguiente: *“¡BELÉN ESTEBAN, EMPRESARIA DE ALIMENTACIÓN! ¡LANZA GAZPACHO Y SALMOREJO CON LA RECETA DE SU MADRE Y HOY LO REPARTE EN EL CENTRO DE MADRID!”*; o más adelante, cuando el presentador de ese programa introduce un vídeo que consiste en un reportaje que destaca la faceta de empresaria de Dña. Belén Esteban y se muestran distintas imágenes de ella promocionando los productos de la mencionada empresa y realiza menciones en el siguiente sentido : *“es un producto*

100x100 español, muy saludable, hecho para veganos y gente saludable...". Asimismo, cuando el programa se desplaza a un decorado en el que se ha dispuesto una camioneta que dispone de los productos promocionados y sus ingredientes mientras que Dña. Belén Esteban habla sobre el proceso de creación de su empresa, de sus productos y ofrece una prueba de éstos al presentador y a sus colaboradores, quienes no solo le preguntan por los productos y sus lugares de venta sino que también comentan lo buenos que están los productos y cuántos vasos se han bebido recomendándole a Dña. Belén Esteban vender sus productos más caros pues dada su calidad el precio, a juicio de éstos, resulta módico.

Y en el programa "SABADO DELUXE" en el que durante más de 11 minutos su presentador se dirige a una zona del plato en la que han puesto una especie de puesto con los productos de la empresa de Dña. Belén Esteban para hacerle una entrevista sobre la iniciativa empresarial de la colaboradora habitual del programa y el éxito en ventas cosechado gracias a la buena acogida de los productos por parte de los consumidores y realizando menciones promocionales como la siguiente: *... "tengo que daros la sorpresa de que voy a sacar más productos", yo que sé lo que es la publicidad y lo que cuesta, estoy muy agradecida porque de vez en cuando me metéis mis productos y metéis donde se compra y yo de verdad... y a toda la gente, y este verano (con las botellas en las manos mostrándolas a la cámara) a tomar el gazpacho y el salmorejo de "Sabores de la Esteban" [...].* Es decir, la propia artista agradece al programa la promoción y publicidad que hacen de sus productos.

En definitiva, la aparición de la marca y los productos promocionados durante los mencionados programas no resulta secundaria ni como un emplazamiento publicitario. Tampoco cabe ignorar la finalidad publicitaria por lo alegado por MEDIASET, que las menciones a los productos promocionados se debieron al contexto de la noticia que detallaba el origen de la idea de negocio, su proceso de creación y desarrollo y se entremezclaba con emociones provocadas por el éxito de la actividad y la amistad y afecto del resto de colaboradores, pues la aparición en pantalla y las menciones que se realizan a los productos en los programas se realizan 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. 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.

Por lo tanto, en tanto que el conjunto de imágenes y menciones a los productos que se realizan durante los programas conllevan una carga promocional adicional a lo que sería una mera presencia circunstancial de los productos durante el desarrollo de los programas, cabe afirmar que dichas imágenes y menciones tienen un propósito publicitario en su conjunto.

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 posteriores³, 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 y sus productos comercializados. Durante las imágenes que se muestran no solo se incluyen menciones verbales explícitas a la empresa, sino sobre todo se muestran imágenes y se realizan menciones elogiosas a los productos promocionados. Y todo lo anterior sin informar al público sobre el verdadero carácter publicitario de las mismas, lo que conlleva que durante la

³ 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)

emisión del programa se mantuviera encubierta la finalidad publicitaria de la presentación de los productos de la empresa Sabores de la Esteban, S.L.

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 es susceptible de llevar a error a los telespectadores en cuanto a la naturaleza publicitaria del producto promocionado que se confunde con los contenidos más habituales del programa.

IV.- Antijuridicidad de la conducta

De conformidad con todo lo previsto en el apartado III de esta resolución, los hechos probados cumplen con los requisitos del tipo infractor, vulnerar la prohibición de emitir comunicaciones comerciales encubiertas, tipificada como infracción grave por el artículo 58.8 de la LGCA.

La Directiva 89/552/CEE “Televisión sin Fronteras” establecía como requisito de la emisión publicitaria, la obligación de que ésta fuera fácilmente identificable y diferenciarse con claridad del resto de contenidos audiovisuales y, consecuentemente, prohibía en un apartado distinto la emisión de publicidad encubierta. 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, unificó ambos preceptos en uno solo, la diferenciación entre tipo de contenidos audiovisuales y la prohibición de publicidad encubierta. En la trasposición de lo anterior al Derecho nacional se optó por una fórmula similar a la Directiva “Televisión sin fronteras”, la obligación de diferenciación entre tipos de contenidos audiovisuales viene prevista en el artículo 6 de la LGCA, donde se establece como garantía del derecho a una comunicación audiovisual transparente, (“*que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales, en los términos previstos por la normativa vigente*”) y en artículo distinto, el reforzamiento de esa garantía al prohibir la publicidad encubierta en su artículo 18.2.

Así, en la medida en que se emplace un producto durante un programa de televisión, que no es casual o accesoria pues se hace con una prominencia indebida aportando así una carga promocional y sin advertir al público sobre su propósito publicitario, más bien haciéndolo creer que se encuentra ante un contenido que forma parte del propio programa, no solo supone una contravención de la prohibición de emitir publicidad encubierta sino que, principalmente, rompe la transparencia exigible traicionando 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).

Por todo ello, de conformidad con los hechos probados y el cumplimiento de los requisitos del tipo infractor objeto del presente procedimiento, cabe concluir calificando la conducta de MEDIASET como antijurídica pues ha vulnerado el bien jurídico protegido, el derecho a una comunicación comercial transparente, al inducir al público a error sobre el verdadero carácter promocional de la presentación de los productos de la empresa Sabores de La Esteban, SL, dentro de los programas “SÁLVAME NARANJA” y “SÁLVAME DELUXE” emitidos los días 23 de abril y 2 de mayo de 2021.

Además, téngase en cuenta que la conducta antijurídica le ha reportado ventajas al anunciante pues ha logrado evitar 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, ha sorteado la pérdida de atención del espectador e incluso el cambio del canal, lo que puede suceder en el caso de la publicidad convencional o cuando se informa al telespectador sobre el carácter publicitario del contenido emitido y, a su vez, ha logrado 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.

V.- 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.

Durante la instrucción de este procedimiento sancionador y en aplicación de lo establecido en el art. 61 de la LGCA, la responsabilidad por la infracción le corresponde a MEDIASET prestador del servicio de comunicación audiovisual titular del canal TELECINCO, medio por el que se difundió la publicidad encubierta elaborada y emitida dentro del propio programa de televisión.

Como se ha señalado en los Antecedente séptimo de la presente resolución, MEDIASET ha reconocido expresa y voluntariamente su responsabilidad en los hechos imputados.

VI.- Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la LPAC, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción que proceda, aplicando una reducción del 20% sobre el importe total de la sanción propuesta. Asimismo, de acuerdo con el apartado dos del mismo precepto legal, teniendo la sanción únicamente carácter pecuniario, también puede el presunto infractor realizar el pago voluntario de la sanción en cualquier momento anterior a la resolución. El pago voluntario conlleva la aplicación de una reducción del 20% sobre el importe total de la sanción propuesta (artículo 85, apartado tercero).

Así, la acumulación de las dos reducciones antes señaladas conlleva una reducción del 40% sobre el importe de la sanción propuesta de trescientos un mil trescientos cincuenta y seis euros (301.356,00 €), lo que la limitaría a ciento ochenta mil ochocientos trece euros y sesenta céntimos de euro (180.813,60 €).

Asimismo, de acuerdo con el precitado segundo apartado, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del presente procedimiento.

Al haber realizado MEDIASET el ingreso del importe de la sanción propuesta según se indicaba en la propuesta de resolución (antecedente noveno, folios 142 a 147), además de haber reconocido expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción (antecedente séptimo, folios 129 a 134), ello determina la aplicación de las reducciones antes señaladas en la cuantía de la multa, y asimismo implica la terminación del procedimiento, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 85 de la LPAC, habiendo efectuado también MEDIASET su renuncia a la interposición de cualquier acción o recurso ulteriores según exige el apartado 3 del mismo artículo 85 de la Ley 39/2015.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los términos de la propuesta del instructor a la que se refiere el antecedente de hecho sexto, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se propone imponer la sanción pecuniaria a Mediaset España Comunicación, S.A.

SEGUNDO.- Aprobar las dos reducciones del 20% sobre el importe de la sanción de mil doscientos euros (301.356,00 €) contenida en la propuesta del instructor, establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; minorándose la suma de las sanciones en un 40% a la cuantía de ciento ochenta mil ochocientos trece euros y sesenta céntimos de euro (180.813,60 €), suma que ya ha sido abonada por Mediaset España Comunicación, S.A.

TERCERO.- Declarar que la efectividad de las reducciones de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

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.