



Roj: **SAN 1153/2022 - ECLI:ES:AN:2022:1153**

Id Cendoj: **28079230012022100120**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/03/2022**

Nº de Recurso: **1576/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001576 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 12492/2020

Demandante: ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A

Procurador: GLORIA TERESA ROBLED0 MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a veinticinco de marzo de dos mil veintidós.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número **1576/20**, interpuesto por **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A** representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Gloria Teresa Robledo Machuca, frente a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 8 de octubre de 2020. Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 162.132 euros.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por la representación de Atresmedia, Corporación de Medios de Comunicación SA se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 26 de noviembre de 2020, acordándose su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.



SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno tal entidad actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 5 de marzo de 2021 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que estimando la demanda, *declare la nulidad de la resolución impugnada, condenando a la Administración al abono de las costas causadas o, subsidiariamente, se rebajen las sanciones a su grado inferior, en estricta aplicación de la medida prevista en el artículo 40.4 de la Ley 40/2015, del Sector Público, a fin de adecuar la cuantía de las sanciones impuestas con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes.*

TERCERO. - El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 24 de marzo de 2021 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO. - Solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó el mismo mediante Auto de 4 de mayo de 2021, practicándose la prueba documental propuesta y admitida, con el resultado que figura en las actuaciones.

No considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio trámite de conclusiones a las partes, trámite que evacuaron por su orden, primero la defensa de la entidad actora y después el Abogado del Estado, mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivas pretensiones.

QUINTO. - Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 22 de marzo de 2022, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña Nieves Buisán García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. - Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo por Atresmedia, Corporación de Medios de Comunicación SA frente a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 8 de octubre de 2020 que acuerda:

1º. *Declarar a la entidad Atresmedia, Corporación de Medios de Comunicación SA responsable de la comisión de una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, por haber emitido, en su canal LA SEXTA, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la empresa GRUPO ABRASADOR, en el programa "EL JEFE INFLITRADO" 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 la Comunicación Audiovisual.*

2º. *Imponer a Atresmedia, Corporación de Medios de Comunicación SA 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 la Comunicación Audiovisual, al haber emitido publicidad encubierta en el programa "EL JEFE INFLITRADO", emitido por LA SEXTA el día 9 de mayo de 2019.*

Resolución que se sustenta en el contenido del Informe de visionado que se transcribe en los folios 5, 6, 7 y 8 de la Resolución, cuyo contenido se da aquí por reproducido.

En el mismo figura, entre otros extremos que:

Da comienzo el programa con información sobre la empresa, vuelve a sobreimpresiones el hashtag el jefe Abrasador, se muestran imágenes de carnes, parrillas... una voz en off va narrando: *"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 jabrasador! (...) 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 1 millón de clientes al año, factura más de 10 millones, comercializa más de 3000 cabezas de ganado y más de medio millón de piezas, pero los primeros pasos de este grande del sector tienen su historio (...)*

En base a todo ello se considera una duración del contenido promocional de 2:52 minutos en total, con un Informe de audiencia de 1.275.000 espectadores.

SEGUNDO. - La parte actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

I.TIPICIDAD DE LOS HECHOS:



1. Sobre la presentación (presencia) de bienes o servicios en un programa: no hay ningún tipo de comunicación comercial, el programa controvertido es un formato internacional, que se emite en más de 25 países. Se trata de un programa de entretenimiento donde la presencia de la marca y las alusiones a la empresa son necesarias.

2. Sobre la existencia de un propósito publicitario en el operador de televisión: No puede haber "elementos definitorios de publicidad encubierta" si no hay un propósito publicitario que dé lugar a esa publicidad encubierta.

La comunicación comercial encubierta exige dolo específico: De manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual. Ninguna voluntad de incumplir la norma tuvo la actora. Las afirmaciones subjetivas y sin fundamentar de la CNMC no pueden servir para desvirtuar el principio de presunción de inocencia (art. 24 CE).

3. Sobre la supuesta ocultación al espectador del propósito publicitario: difícilmente un anunciante dejaría que en una comunicación publicitaria se reflejara públicamente que su empresa no cumple con las medidas de seguridad e higiene o engañar a sus clientes con abaratar el menú del día, tal y como consta en el capítulo 46 de "El Jefe Infiltrado" por el que ha sido sancionada la recurrente.

4. Principio de legalidad y tipicidad en materia sancionadora y necesaria predeterminación normativa de las conductas ilícitas. No hubo propósito publicitario ocultado a los espectadores de la productora, ni se condicionó la responsabilidad e independencia del prestador del servicio, por lo que los hechos no son típicos

II. CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD:

No estamos en un supuesto de inobservancia de la normativa publicitaria, a pesar de que el propio tipo exige intención, intención que asimismo se requiere en el artículo 28 de la Ley 40/2015.

III. INFRACCION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:

La cuantía de la sanción contradice los criterios de proporcionalidad establecidos en el artículo 60.4 de la LGCA y en el artículo 29 de la Ley 40/2015, del Sector Publico. Y ello dado que ninguna repercusión social tuvo la infracción, pues fue un programa más, de contenido similar a los anteriores y ningún beneficio obtuvo ni la actora ni la productora del programa.

Respecto de la aplicación de la agravante de reincidencia del artículo 60 de la LGCA que remite a la Ley 30/1992 (actual artículo 29 Ley 40/2015), no puede aplicarse en una resolución dictada en 2020, como agravante por reiteración de su conducta, una resolución dictada el 25 de octubre de 2016.

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

Comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta que se define en el artículo 2.32 de la LGCA 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*".

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

Es por ello que el ordenamiento jurídico, para proteger al espectador, exige que las comunicaciones comerciales con finalidad publicitaria se separen suficientemente del resto del contenido, de forma que la naturaleza del mensaje sea clara, y no pueda producirse confusión ninguna. Así resulta del artículo 14.2 de la LGCA: " *tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos*", y del artículo 14.3 de la misma Ley: " *en la emisión (...) de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación «publicidad»*".

CUARTO. - Se desprende de tal normativa de aplicación, por tanto, que para considerar cometida la infracción se precisa la concurrencia de dos elementos esenciales, cuales son el propósito publicitario y la inducción al público a error.



Si bien la existencia de ambos se discute en la demanda, considera esta Sala, al igual que entiende el Abogado del Estado en la contestación, y así se desprende con claridad del Informe del visionado al que se hace referencia en el fundamento de derecho primero y que se describe en los folios 5, 6, 7 y 8 de la Resolución, que la presentación de la empresa "Abrasador", en la que va a tener lugar el programa, no se limita a un mera mención o aparición de su nombre, es decir, la presentación de la empresa no se circunscribe de una simple aparición en los términos que eran necesarios por la naturaleza del programa, sino que trasciende de tal puntual presentación, con un evidente propósito publicitario.

Propósito publicitario que se deduce, tal y como argumenta la resolución combatida, de la prominencia indebida e innecesaria del nombre de la empresa "Abrasador" para el desarrollo del argumento del programa, no solo mientras se lleva a cabo la presentación de la empresa, al comienzo del programa, sino también cuando se recorren los distintos establecimientos de la misma en distintas localidades, así como en la última sección del programa, donde la directiva infiltrada realiza entrevistas finales con los empleados resaltando, una vez finalizadas, el tesón y amor que ponen los empleados y el equipo de la marca "Abrasador" en cada actividad que realizan y en los productos que ofrecen.

La inducción al público a error, por otra parte, se desprende de que tal actuación de promoción de la empresa "Abrasador" no se identifica como publicidad televisiva, sino que se emite bajo la apariencia de integrar el contenido del programa, más introduciendo tanto imágenes elogiosas de la repetida empresa como menciones verbales explícitas de la misma, de carácter claramente promocional, manteniendo en definitiva encubierto tal carácter publicitario durante la emisión del programa.

A tal efecto, resulta trascendente destacar que la publicidad encubierta conlleva indudables ventajas para los anunciantes por la falta de reconocimiento del verdadero carácter del mensaje por los destinatarios y ello, dado que los mensajes que se identifican como publicitarios tienen un menor impacto, pues el propósito comercial que implican conlleva un conflicto de intereses que el subconsciente inmediatamente valora, disminuyendo la atención y retención. En el presente supuesto, por tanto, al tratarse de comunicaciones comerciales que no están separadas ni identificadas como publicidad, sino dentro del programa "El Jefe Infiltrado", como una parte de su contenido, se evitan las defensas que tales telespectadores activan ante la emisión explícita de publicidad.

Infracción cometida que además ha de considerarse conforme con el principio de culpabilidad, a tenor de lo establecido en el artículo 61 de la LGCA en relación con el artículo 28.1 de la LRJSP, tomando en consideración el carácter altamente especializado del sector audiovisual, con un enorme volumen económico y de actividad, en el que el prestador del servicio, en este caso Atresmedia, cuenta con medios materiales y humanos más que suficientes para extremar la vigilancia y evitar conductas como la enjuiciada.

QUINTO. - La vulneración del principio de proporcionalidad, que por último se denuncia en la demanda, requiere poner de manifiesto lo siguiente:

El principio de proporcionalidad de las sanciones, como señalan las SSTS de 3 de diciembre de 2008 (Rec. 6602/2004) y 12 de abril de 2012 (Rec. 5149/2009) es el fundamental que preside el proceso de graduación de las sanciones e implica, en términos legales, que debe de existir una "*debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada*", dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho.

En el sector en que nos encontramos es el artículo 60.2 de la LGCA el que determina que las infracciones graves pueden ser sancionadas con multa de entre 100.000 y 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual. Y el apartado 4 del mismo artículo dispone que: "*La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:*

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

La CNMC, a efectos de graduar la sanción, ha tenido en cuenta, según la resolución razona, tanto la repercusión social (la propia entidad actora reconoce en la demanda que se trata de un programa de formato internacional,



que se emite en más de 25 países), como la elevada audiencia del programa durante su emisión (1.275.000 espectadores), así como la duración de la publicidad (151 segundos), es decir, el tiempo durante el cual dichos telespectadores se vieron afectados por la infracción.

Por ello y sin necesidad de tomar en consideración la "reincidencia", han de ser tenidas en cuenta dichas circunstancias agravantes concurrentes y, en cualquier caso, que la cuantía de la sanción impuesta a Atresmedia por la infracción del artículo 18.2 LGCA cometida, se sitúa próxima al mínimo de la sanción legalmente prevista (100.000 €), por lo que en virtud de todo lo expuesto, tal sanción ha de considerarse justificada y proporcionada a la infracción cometida y la infracción de tal principio de proporcionalidad no puede ser estimada.

Razonamientos, todos los anteriores, que conllevan la íntegra desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto.

SEXTO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede la imposición de las costas procesales a la parte demandante.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FA LLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Atresmedia, Corporación de Medios de Comunicación SA contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 8 de octubre de 2020, Resolución que se confirma, dada su conformidad a Derecho, con imposición de costas a tal parte 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.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.