Roj: **SAN 2056/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2056**

Id Cendoj: **28079230012022100188**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **12/05/2022**
Nº de Recurso: **1575/2020**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: **0001575 /2020**

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **12490/2020**

Demandante: **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A**

Procurador: **GLORIA TERESA ROBLEDO MACHUCA**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

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

S E N T E N C I A Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH **Ilmos. Sres. Magistrados:**

Dª. LOURDES SANZ CALVO Dª. BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

Madrid, a doce de mayo de dos mil veintidós.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1.575/2020, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Robledo Machuca, en nombre y representación de **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 8 de octubre de 2020 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora una multa de 232.970 euros, por la vulneración del art. 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por una infracción tipificada como grave en el art. 58.8 de la citada norma. Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en 528.373 euros.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Admitido el recurso contencioso-administrativo y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 22 de abril de 2021 en el que, tras exponer los hechos y

fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia, por la que se *"declare la nulidad de la resolución impugnada, condenando a la Administración al abono de las cosas causadas, o, subsidiariamente, en el caso de sea desestimada la solicitud de nulidad solicitada por esta parte, 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"*.

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

TERCERO .- Mediante Auto de 27 de julio de 2021, se acordó el recibimiento del recurso a prueba, admitiéndose parte de las pruebas propuestas por la parte actora. Interpuesto recurso de reposición por la parte actora, se desestimó por Auto de 21 de septiembre de 2021, y, no habiendo más pruebas que practicar, se declaró concluso el periodo probatorio, y se concedieron diez días a las partes para que formularan conclusiones. Una vez presentados los pertinentes escritos, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, señalándose para el día 10 de mayo del año en curos, fecha en que tuvo lugar.

SIENDO PONENTEel Magistrado Ilmo. Sr. Don Fernando de Mateo Menéndez.

FU NDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sociedad demandante impugna la resolución de 8 de octubre de 2020 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora una multa de 232.970 euros, por la vulneración del art. 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), por una infracción tipificada como grave en el art. 58.8 de la citada norma.

Los hechos por los que ha sido sancionada la parte actora son que, durante la emisión del programa, "EL HORMIGUERO", del día 3 de octubre de 2019, entre las 21:51:15 y las 22:53:00 h., se emitió, sin identificación, publicidad de los nuevos perfumes de la empresa Antonio Puig, S.A. y de su marca "Carolina Herrera" con las marcas comerciales "Bad Boy" y "Good Girl", que pudiera tener un claro propósito publicitario e inducir al público a error en cuanto a su naturaleza.

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

Comienza el programa y tras una pausa publicitaria (21:52:29 a 21:53:08), se continúa con la presentación de los invitados por parte del presentador Juan Francisco : Ed Skrein y Karlie Kloss, así como de sus colaboradores que intervienen en programa [...].

21:56:15 a 21:58:06 [...] Continúa el programa, los invitados se sientan en la mesa junto al presentador, el cual coloca encima de la mesa los envases de perfumes de "Carolina Herrera" mientras comenta: *"Ambos sois imagen de los perfumes de "Carolina Herrara", "Good Girl" y "Bad Boy". Mi primera pregunta es muy directa, ¿antes de aceptar el trabajo, pedisteis oler el perfume a ver si os gustaba?"*. Los invitados contestan haciendo referencia al perfume. [...].

21:58:06 a 22: 01:17 [...] Continua el presentador diciendo: *"Un perfume es una cosa muy personal, es muy especial, porque es algo que te representa, cuando vas a conocer a una persona antes de ti llega el perfume y cuando tú te vas el perfume se queda un ratito, o sea es algo muy especial... mi mujer dice que, si sale sin perfume de casa, se siente desnuda"*, la invitada dice: *"Si, si y Carolina Herrera dice que un perfume es como un accesorio invisible y estoy de acuerdo con tu mujer y con Carolina..."*. El presentador continúa preguntando al invitado: *"¿Qué tiene de especial... "Bad Boy"...?"*, contesta: (durante la contestación, se muestra la imagen de la compañera cogiendo el perfume, lo huele, se echa y se lo muestra al presentador) *"Yo creo que tiene de especial... tiene dulzura... que es algo que tienen que tener los chicos malos...y luego unos aromas como otoñales... pero yo creo que la parte más interesante de estos perfumes es como se combinan con tu propio olor natural... que hace que huela distinto en cada persona que se las pone..."*. Continúa el presentador presentando lo que va a realizar una colaboradora con una catana, dando paso a la publicidad... [...].

22:01:17 a 22:08:14 [...] Se sobre impresiona una publicidad del Corte Inglés, donde publicita un 20% de regalo en alta perfumería y cosmética. Continúa con el bloque publicitario comenzando con un spot de los mismos perfumes de "Carolina Herrera". [...]

22:08:14 a 22:25:04 [...] Vuelve el programa tras la publicidad, los invitados siguen en la mesa con los perfumes encima de ella. El presentador dice: *"Estamos de vuelta con Skrein y Karlie Kloss...son imagen de los perfumes de Carolina Herrera, "Good Girl" y "Bad Boy", y ha pasado una cosa..."*, los invitados hablan de aspectos profesionales

de su carrera, así como anécdotas de su vida. Siguen apareciendo sobre la mesa los frascos de perfume de "Carolina Herrera". Tras la entrevista aparecen las hormigas del programa haciendo un juego para saber quién es más "Bad Boy" o "Good Girl". Una vez finalizada la intervención de los muñecos, los invitados y el presentador pasan a otra parte del plato para realizar otra sección del programa. [...].

22:25:17 a 22:2:19 [...] Esta parte del plato se encuentra decorada con imágenes de una ciudad que representa la creatividad del anuncio de los perfumes de "Carolina Herrera" "Bad Boy o Good Girl" y una pantalla, a la izquierda, donde emite escenas. El presentador Juan Francisco les propone recrear una escena que se emite en el anuncio de los perfumes, y emite esa escena en una pared, detrás de ellos, donde el protagonista pasa por un puesto de flores y explota, saltando los pétalos por los aires. A continuación, entran en el escenario del plato, personal del programa preparando el atrezo para realizar la recreación de la parte del anuncio donde aparecen las flores. [...]

22:27:19 a 22:31:11 [...] En el stand de flores se ve el nombre de "Carolina Herrera" y la silueta de los perfumes en cuestión (que no aparece en la creatividad del anuncio). Durante la recreación del anuncio se muestra, en diversas tomas, la imagen de los perfumes, el nombre de la marca y la música del anuncio. La escena es repetida a cámara lenta y se pasa a otra sección del programa con la intervención del Mago Benedicto .

22:31:11 a 22:42:59 [...] Se realiza la actuación del mago y continúa con la actuación de la sección de Araceli . [...] 22:42:59 a 22:57:27 [...] A continuación pasan a otro plató, donde se realiza una prueba "efecto dominó" con fichas donde figuran imágenes de los invitados, el perfume... Para comenzar los invitados ponen sobre un stand los perfumes y comienza el efecto dominó. En una parte del efecto se muestra el envase del perfume "Bad Boy", y finaliza con una imagen recreada de los invitados [...].

22:52:27 a 22:53:00 [...] Finaliza el programa con las sobreimpresiones finales del personal que ha intervenido y los agradecimientos. El nombre o el logotipo de "Carolina Herrera" no salen sobreimpresionados como "EP" de emplazamiento de productos, ni en los agradecimientos.

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

- Que no cabe valorar si la presencia de la marca cumplía con los requisitos establecidos en el art. 17 de la LGCA para el emplazamiento de productos, porque en este caso no estamos ante un emplazamiento de producto.

- Inexistencia de un propósito publicitario en el operador de televisión. Como ha certificado la productora, la participación de los personajes se hizo a iniciativa de Juan Francisco y su equipo, así como el diseño y desarrollo de los juegos, experimentos y entrevistas, sin que la parte actora participara en el contenido del programa.

Por otra parte, y como ha certificado la mercantil Antonio Puig, S.A., la emisión del anuncio en el bloque publicitario fue pura coincidencia. Como se ha dicho, Karlie Kloss y Ed Skrein estaban aquellos días en España precisamente dentro de la campaña de promoción que se estaba desarrollando estos días. Antonio Puig, S.A. había contratado con la filial de la parte recurrente Atresadverting la emisión de los spots, pero la parte actora desconocía que Karlie Kloss y Ed Skrein acudirían el día 3 de octubre al programa invitados por la productora del programa, 7 Y ACCIÓN, S.L., se trataba simplemente de las emisiones contratadas del spot en campaña, nada más.

Se añade que no puede haber publicidad encubierta si no hay un propósito publicitario que dé lugar a esa publicidad encubierta. Ninguna voluntad de incumplir la norma tuvo la parte actora, que no había recibido previamente ningún tipo de aviso, advertencia o apercibimiento por parte de la autoridad audiovisual ni ningún otro tipo de organismo por el programa. La resolución se basa en afirmaciones subjetivas y sin una fundamentación, que no sea meramente valorativa no pueden servir para desvirtuar el principio de presunción de inocencia de la parte actora del art. 24 de la CE.

- Sobre la supuesta ocultación al espectador del propósito publicitario del programa, se aduce que los personajes famosos que acuden al programa invitados por Juan Francisco de manera habitual hablan de sus trabajos y actividades, sin que pueda considerarse que se está engañando a cualquier espectador/ consumidor *"medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz"* en cuanto a la naturaleza de las referencias y presentaciones que hacen aquellos personajes.

- Los hechos no son típicos porque no reúnen los requisitos del tipo, en la medida en que no hubo un propósito publicitario ocultado a los espectadores por la productora, ni se condicionó la responsabilidad e independencia del prestador del servicio, ni hubo una presentación publicitaria intencionada por parte de la parte demandante. Y, si fueran típicos (a efectos de análisis), no serían antijurídicos porque faltaría el necesario principio de culpabilidad, que es un elemento imprescindible de la infracción junto a la tipicidad para el correcto ejercicio de la potestad sancionadora en un Estado de Derecho.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

- En cuanto a la culpabilidad, se alega que no estamos en un supuesto de "inobservancia" de la normativa publicitaria donde pueda entenderse que los operadores de televisión deban tener más controles técnicos para evitar emitir más publicidad por hora natural de la permitida por la norma. En este caso, además de que el art. 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, exige que solo puedan ser sancionadas las personas físicas o jurídicas por aquellos hechos de los que resulten responsables a título de dolo o culpa (abandonando la "simple inobservancia" de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), el propio tipo sancionador exige "intención" o dolo en la conducta del operador de televisión:

- Infracción del principio de proporcionalidad, en cuanto a la cuantía de la sanción. Se infringen los criterios de proporcionalidad establecidos en los arts. 60.4 de la LGCA y 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

En cuanto a la agravante de reincidencia apreciada, se dice por la sociedad actora que no concurre ni por tipo de infracción, ni por contenido, porque han pasado cuatro años desde la resolución del expediente, y la LGCA y Ley 40/2015, de 1 de octubre, exigen una continuidad o persistencia en la conducta infractora respecto de infracciones de igual naturaleza que aquí no se ha dado. Se añade que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, hasta ahora solo había aplicado esta agravante ante infracciones de la misma naturaleza, y en las que el operador de televisión haya desoído u obviado precedentes anteriores en hechos de alguna manera vinculados o similares, en los que pudiera llevarse a una misma interpretación de la norma. La aplicación al presente supuesto de un tratamiento diferente y no motivado ni justificado por las circunstancias vulnera los principios de imparcialidad, arbitrariedad y legalidad, igualdad de trato, no discriminación y transparencia, así como los derechos fundamentales a la igualdad de trato y no discriminación establecidos en los apartados 1 y 2 del art. 14 de la Constitución Española.

Y se alega también, la falta de concreción de los criterios utilizados para la cuantificación de la sanción y por ello, la falta de motivación suficiente de su cuantía, lo que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora, del art. 24 de la Constitución.

TERCERO.- El art. 18 de la LGCA, bajo el título de *"comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas"* establece en su apartado 2 que, " *Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales"*, y el art. 58.8 de la citada Ley tipifica como infracción grave la emisión de las comunicaciones comerciales encubiertas.

Por su parte, la LGCA define en su art. 2.32 la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta, como *"la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación"*.

En cuanto a la publicidad encubierta, en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2021 -recurso nº. 371/2021-, se dice: *"En la sentencia de esta sala del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 (RC 5920/2017) en delimitarnos con precisión la noción de publicidad encubierta, a los efectos de la aplicación de los artículos 18.2 y 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual en los siguientes términos:*

<<Ante todo, el artículo 2.32 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , define el concepto de publicidad encubierta en los siguientes términos:

(....) 32. Comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta.

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 de servicio.>>

Por su parte, el artículo 18.2 de la misma Ley establece: <<(...) 2. Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales>>. Y, en fin, el artículo 58.8 de la propia Ley 7/2010 tipifica como infracción grave la emisión de las comunicaciones comerciales encubiertas.

Puede así constarse que los preceptos que acabamos de reseñar, tanto al definir la noción de comunicación comercial audiovisual encubierta (artículo 2.32), como al establecer su prohibición (artículo 18.2) o al tipificar la correspondiente infracción (artículo 58.8), en ningún caso aluden a una determinada modalidad de programas o de formatos, por lo que debe tenderse que la prohibición -y la correlativa infracción en caso de contravención

de aquélla- opera en toda clase de programas y formatos y, por tanto, también cuando el prestador de servicio de comunicación audiovisual utiliza estrategias multiformato, en las que intervienen de manera secuencial o simultánea diferentes formatos o soportes de comunicación, por ejemplo, insertando en el seno de un programa de televisión determinados micro-espacios en los que, se hace referencia a una página web o blog que remite, a su vez, a una plataforma de venta on-line . Todo ello partiendo de la premisa de que la publicidad encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, pues se hace de forma subliminal, con ocultación de la finalidad publicitaria, lo que genera un indudable riesgo de provocar error en los consumidores, invitándoles o inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, al consumo del producto presentado. Y es que, en efecto, se trata de espacios televisivos que, bajo la apariencia de entrevistas y sin ser formalmente publicitarios, albergan un claro ensalzamiento de determinados productos; e incluso en los casos en que no se indica expresamente la marca o nombre comercial del producto, se ofrecen datos suficientes para su completa identificación y se facilita el cauce comercial para su adquisición.

(.....)

Todo ello partiendo de la premisa de que la publicidad encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, pues se hace de forma subliminal, con ocultación de la finalidad publicitaria, lo que genera un indudable riesgo de provocar error en los consumidores, invitándoles o inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, al consumo del producto presentado. Y es que, en efecto, se trata de espacios televisivos que, bajo la apariencia de entrevistas y sin ser formalmente publicitarios, albergan un claro ensalzamiento de determinados productos; e incluso en los casos en que no se indica expresamente la marca o nombre comercial del producto, se ofrecen datos suficientes para su completa identificación y se facilita el cauce comercial para su adquisición.>>

En la ulterior sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 2019, (RC 6537/2018) se reitera explícitamente la doctrina fijada en la precedente sentencia de 31 de octubre de 2018 para resolver la cuestión que presentaba, en el supuesto enjuiciado, interés casacional que permite dosificar cuando una conducta puede calificarse de publicidad encubierta:

<<La cuestión jurídica en la que el auto de admisión del presente recurso apreció la concurrencia de interés casacional queda respondida con las consideraciones que hemos expuesto en el fundamento jurídico quinto, de donde resulta que sí puede calificarse como publicidad encubierta aquella acción que, partiendo de la emisión de un contenido aparentemente no publicitario, en el que no se realiza una presentación directa o indirecta de productos, se combina con otros espacios de telepromoción, que le siguen en la programación del mismo canal, en el que sí se realiza una promoción de productos relacionados con los contenidos tratados en la primera de las emisiones.>>".

CUARTO.- Así las cosas, de lo expuesto, se desprende que para considerar cometida la infracción se precisa la concurrencia de tres elementos esenciales: 1º. Que la presentación de bienes o servicios se produzca en un programa distinta del emplazamiento publicitario; 2º. que la presentación tenga un propósito publicitario, y 3º. 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.

En cuanto a la concurrencia del primer requisito, presentación de bienes o servicios en un programa, se desprende con claridad del informe del visionado al que se ha hecho referencia en el Fundamento de Derecho Primero.

En este sentido, hay que resaltar que en el programa "EL HORMIGUERO" emitido el día 3 de octubre de 2019, al comienzo del mismo, el presentador introduce a los invitados, Ed Skrein y Karlie Kloss, indicando que éstos son la imagen de los nuevos perfumes de la marca "Carolina Herrera", mientras coloca sobre la mesa los envases de dichos perfumes, los cuales permanecerían allí durante toda la entrevista. A continuación, el presentador enfoca la entrevista en la actividad publicitaria de los invitados y mientras estos contestan, detrás de los invitados, se aprecia una televisión en la que se emite el anuncio de los perfumes. Después, continua el presentador hablando de lo que un perfume representa para él y para su mujer, preguntando a los invitados acerca de su opinión sobre el olor de los perfumes de cuya marca son imagen. El hecho de que no se haya incluido el envoltorio de los productos sino solo los envases de los productos, hecho que según la parte recurrente no identifica al producto, carece de importancia al haber quedado patente por las continuas repeticiones a lo largo de todo el programa. En efecto, el presentador da paso a publicidad, apareciendo sobreimpresionada una publicidad del Corte Inglés, donde se ofrece un 20% de descuento en alta perfumería y cosmética. Continúa con el bloque publicitario comenzando con un spot de los mismos perfumes de "Carolina Herrera". Tras la vuelta de publicidad, se realiza una recreación del anuncio de los perfumes, apareciendo el nombre de la marca "Carolina Herrera", así como la imagen de los perfumes y la música del anuncio. Por último,

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

realizan a los invitados una prueba de efecto dominó donde se da una última aparición del frasco de perfume "Bad Boy".

También aparece la imagen del frasco de perfume "Bad Boy" en grandes dimensiones, durante la prueba del efecto dominó durante la cual se proyectan, además, imágenes del spot publicitario del perfume. Asimismo, en el programa se otorga una prominencia indebida al spot publicitario de los perfumes de la marca "Carolina Herrera", al recrear la creatividad del anuncio en el plató e incluyendo la aparición del envase de los perfumes y del nombre de la marca. Por lo que el hecho de que no se haya incluido el envoltorio de los productos sino solo los envases de los productos, carece de importancia al haber quedado patente por las continuas repeticiones a lo largo de todo el programa.

Por tanto, la presentación la han realizado de tal manera que forma parte esencial del programa al dotarla de una prominencia indebida, manifestada en la presencia constante de los perfumes en la mesa de entrevistas, en la proyección gigante de uno de los envases, en la utilización de los mismos para diferentes pruebas, y también en los continuos comentarios sobre las características positivas de los perfumes y de los anuncios de la marca. Y, como se pone de relieve en la resolución sancionadora: *"Nada de ello era necesario para el normal desarrollo de la entrevista y del programa"*.

Igualmente se cumple el segundo requisito, de la existencia de propósito publicitario. Hay que partir que la presentación de los perfumes se centra en los productos cuyos originales recipientes se ponen encima de la mesa, delante de cada uno de los invitados, además de que durante distintos momentos del programa se proyectan la imagen de los perfumes y se reproduce la música de la comunicación comercial de éstos e, incluso, la entrevista se centra en gran parte en el objeto promocionado, y describiendo las cualidades positivas del perfume.

Como se pone de manifiesto en la resolución sancionadora, *"no se trata de una promoción de la comunicación comercial televisiva protagonizada por los invitados, es decir, de su actividad profesional, tal y como viene siendo costumbre en el mencionado programa, sino que se centra en la promoción de los productos, los perfumes "Bad Boy" y "Good Girl" de Carolina Herrera, producidos por la empresa Antonio Puig, S.A., que es la misma empresa que, según ATRESMEDIA, ha contratado el spot publicitario de los perfumes emitido en primera posición tras el corte publicitario realizado una vez que se han introducido a los invitados y presentados los productos promocionados"*. Y, se añade más adelante, *"... la presencia de los invitados ha servido de pretexto para realizar toda una promoción publicitaria de los perfumes que se mezcla con otros contenidos del programa y sin informar a los telespectadores de dicho contenido publicitario. Es decir, la presentación que se ha realizado de los productos y su marca no se ha limitado a hacer una breve alusión a éstos sino que se le ha otorgado una notoriedad muy relevante, no secundaria sino central, incluyendo la descripción expresamente de algunas de sus cualidades de manera subjetiva y promocional, por lo que conociendo el protagonismo que se le ha dado al producto, según lo que antes hemos descrito, se acredita el carácter o ánimo promocional de la presentación de los productos en el programa"*.

Y, por otra parte, no resulta relevante la ausencia de acuerdos comerciales para la emisión de los anuncios de los descuentos en alta perfumería de El Corte Inglés y de la colonia "Bad boy", teniendo en cuenta la existencia de una conexión implícita entre el programa y los anuncios que se emitieron en primera posición, en la primera interrupción publicitaria, una vez introducidos los productos en el programa. Con dichas emisiones se da a conocer el contenido del anuncio de la colonia al telespectador, de forma que pueda relacionar los diversos contenidos del programa con el producto anunciado y, además, se le dice dónde adquirirlo con descuento.

Es decir, se ofrecen datos suficientes para la completa identificación del producto y se facilita el cauce comercial para su adquisición.

En cuanto a negar la existencia de publicidad encubierta por no haber recibido contraprestación alguna, hay que reseñar que, como ha declarado el Tribunal Supremo, para que exista publicidad encubierta no es imprescindible que se acredite la contraprestación; sólo que si se justifica ésta el art. 2.32 de la LGCA y presume la intencionalidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 -recurso nº. 5.920/2017- y 10 de marzo de 2020 - recuso nº. 383/2019-.

Igualmente, se aprecia la existencia del tercer requisito para que nos encontremos ante una publicidad encubierta, que es que la comunicación comercial sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción. En el caso que nos ocupa, no se identifica la publicidad durante la emisión del programa. Los telespectadores no son conscientes de que están recibiendo un mensaje publicitario con el fin de inducirlo a error en cuanto a su verdadera naturaleza publicitaria, pues en ningún momento en la emisión del programa, ni cuando la promoción publicitaria resulta más evidente, se informa a los telespectadores de que se trata de publicidad.

Por lo que se cumplen los requisitos de publicidad encubierta, respetando la infracción imputada, el principio de tipicidad, y siendo conforme con el principio de culpabilidad, a tenor de lo establecido en el art. 61 de la LGCA en relación con el art. 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, 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. A dicha conclusión, llegamos esta Sala en la reciente Sentencia de 25 de marzo de 2022 -recurso nº. 1.576/2020-, en relación con una infracción de la misma naturaleza que nos ocupa, imputada a la parte aquí recurrente.

QUINTO.- Por último, se denuncia por la sociedad recurrente la vulneración del principio de proporcionalidad, ya que la cuantía de la sanción impuesta resulta desproporcionada, y falta de motivación.

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

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

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

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

a) La inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida.

b) Haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores.

c) La gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona.

d) La repercusión social de las infracciones.

e) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción".

Así las cosas, en la resolución impugnada, se impone la sanción de 232.970 euros, en base a lo siguiente: *"De los anteriores criterios de graduación, se ha tenido en cuenta en este caso la repercusión social de la conducta infractora, dado el ámbito de cobertura de la emisión (nacional), la duración de la publicidad (1.111 segundos) y la audiencia obtenida durante su emisión (1.895.000 espectadores). Asimismo, se ha tenido en cuenta el criterio de graduación sobre reincidencia previsto en la letra b) del artículo 60.4 de la LGCA pues el 25 de octubre de 2016 fue sancionada ATRESMEDIA por haber emitido publicidad encubierta en el programa "OBJETIVO BIENESTAR", emitido el día 20 de marzo de 2016 en uno de sus canales de ámbito nacional (expediente con número de referencia SNC/DTSA/022/16), es decir, por haber sido sancionada mediante resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores a la fecha de comisión de la conducta infractora".*

Por otro lado, la apreciación de la reincidencia al tener en cuenta la sanción impuesta por resolución firme de 25 de octubre de 2016 el expediente SNC/DTSA/022/16, es correcta, pues no han transcurrido tres años entre la citada resolución sancionadora, y la comisión de la infracción que nos ocupa, 3 de octubre de 2019, siendo el mismo tipo de infracción.

Alega la parte actora, en relación con la agravante de reincidencia, que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hasta ahora solo había aplicado esta agravante ante infracciones de la misma naturaleza, y en las que el operador de televisión haya desoído u obviado precedentes anteriores en hechos de alguna manera vinculados o similares, en los que pudiera llevarse a una misma interpretación de la norma.

El Tribunal Constitucional ha declarado de manera reiterada (SSTC 62/1984, 64/1984, 49/1985, 52/1986, 73/1989, etc.), en relación con el principio de igualdad garantizado en el art. 14 de la Constitución, que la igualdad lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley, siendo un valor preminente del ordenamiento jurídico, y que el principio de igualdad sólo puede desplegar sus efectos dentro de la legalidad, según reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional (SS.TC. 43/1982, de 6-7, 51/1985, de 10-4, 151/1986, de 1-12, 62/1987, de 20- 5, 40/1989, de 16-2, 21/1992, de 14-2, 78/1997, de 21-4, y 144/1999, de 22-7, entre otras muchas).

Como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero 2004, *"la igualdad ha de predicarse dentro de la legalidad, de modo que si la actuación correcta de la Administración es la ahora enjuiciada, según hemos declarado, la invocada como contraria a ella no lo fue y, por consiguiente, no cabe esgrimirla para pedir que se le aplique al recurrente un trato igual, ya que, como esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado en sus sentencias de 16 de junio de 2003 ,14 de julio de 2003 y 20 de octubre de 2003 que «el principio de igualdad carece de trascendencia para amparar una situación contraria al ordenamiento jurídico», y ello, como indica la propia Sala sentenciadora, al margen de no haberse acreditado la actuación administrativa aducida como contradictoria con la presente"*. En igual sentido, se pronuncia la Sentencia de dicho Tribunal de 2 de abril de 2014 -recurso nº. 1.916/2010-, al declarar que, *"la legalidad prevalece sobre una posible lesión del principio de igualdad"*.

Por tanto, conforme a lo expuesto, respecto a la diferencia de trato con respecto a otros procedimientos sancionadores, el principio de igualdad sólo opera en la legalidad, por lo que carece de trascendencia para amparar una situación contraria al ordenamiento jurídico, debiendo desestimarse dicho motivo.

En conclusión, se ha impuesto a la parte actora una sanción de 232.970 euros, de manera razonada, teniendo en cuenta los criterios fijados en la normativa aplicable. En todo caso, la cuantía de la sanción impuesta por la infracción se sitúa cerca del grado medio de la sanción legalmente prevista, por lo que, en virtud de lo expuesto, no cabe apreciar infracción del principio de proporcionalidad.

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

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

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

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Robledo Machuca, en nombre y representación de **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 8 de octubre de 2020 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora una multa de 232.970 euros, por la vulneración del art. 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por una infracción tipificada como grave en el art. 58.8 de la citada norma, declaramos la citada resolución conforme a derecho, con desestimación de todas las pretensiones; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

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

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ