

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR A ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. POR EMITIR PUBLICIDAD ENCUBIERTA

(SNC/DTSA/003/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 14 de julio de 2022

Vista la Propuesta de resolución del instructor, 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 basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Reclamación de 7 de diciembre de 2021

El 7 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de la CNMC un escrito de reclamación contra ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A. (en adelante, ATRESMEDIA) por los contenidos emitidos en el programa de “LA SEXTA NOTICIAS 14 H”, del 4 de diciembre de 2021, el reclamante que los contenidos relacionados con la aplicación móvil “LAGUINDA” podrían ser de naturaleza publicitaria y se habrían emitido sin identificarse como tales (folios 1 a 4 y grabación del folio 18 del expediente administrativo).

El programa “LA SEXTA NOTICIAS 14 H” es un informativo que se emite a diario en la cadena LA SEXTA, alrededor de las 14 horas y que también se puede ver a través de la plataforma de internet, Atresplayer, donde se cuentan las noticias, hechos y acontecimientos de actualidad, tanto de ámbito nacional como internacional.

SEGUNDO. – Inspección del objeto de la reclamación

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 ATRESMEDIA, en su canal de televisión LA SEXTA, durante la emisión del programa “LA SEXTA NOTICIAS 14 H”, del día 5 de diciembre de 2021 (a diferencia de la fecha indicada en la reclamación), entre las 14:42:38 horas y las 14:44:32 horas (véase acta de visionado en folios 6 y 7 así como grabación en folio 19 a partir de 0:50:39), la presentadora informa de que, para evitar problemas con el reparto de los premios de lotería y también para no tener que pagar impuestos, hay una aplicación llamada “LAGUINDA”.

Tanto ella como una voz en off explican las características y ventajas de esta aplicación, con sobreimpresiones promocionales e imágenes de cómo utilizarla en los dispositivos móviles, todo ello enlazado con el contenido del programa.

Estas emisiones han podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 18.2 de la entonces vigente Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA de 2010), al presentarse productos reales que existen en el mercado y que pudieran tener un claro propósito publicitario por parte del prestador de televisión e inducir al público a error en cuanto a su naturaleza, sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna sobreimpresión que la identificara.

TERCERO. – Incoación de procedimiento sancionador y declaración de confidencialidad

Con fecha 28 de abril de 2022, y a la vista de los antecedentes primero y segundo, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/003/22/ATRESMEDIA (folios 21 a 27), al entender que ATRESMEDIA había podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA de 2010 por las emisiones indicadas en el apartado anterior.

El día 29 de abril de 2022 le fue puesto a disposición de la interesada el acuerdo de incoación, concediéndole un plazo de diez días para la presentación de las alegaciones, documentos e informaciones y propuestas de pruebas, en su caso. ATRESMEDIA accedió a la notificación el 4 de mayo de 2022 (folios 28 a 30).

El 6 de mayo de 2022 se declaró la confidencialidad de los datos personales contenidos en la reclamación contra el programa (folios 36 a 38).

CUARTO. – Acceso al expediente y ampliación de plazo

El 5 de mayo de 2022, ATRESMEDIA solicitó el acceso al expediente y la ampliación del plazo para presentar alegaciones (folios 31 a 35). Por escrito de la instrucción, de 6 de mayo de 2022, se le dio traslado de la documentación del expediente y se le concedió la ampliación del plazo (folio 40).

QUINTO. – Alegaciones de ATRESMEDIA al acuerdo de incoación

Con fecha 26 de mayo de 2022 se recibió en la CNMC un escrito de alegaciones del representante de ATRESMEDIA (folios 58 a 68), en el que, sucintamente, manifiesta:

- Que se trata de una noticia, emitida conforme al libre ejercicio de la libertad de información del artículo 20 de la Constitución y, su emisión, obedece a la preocupación de los españoles por la carga impositiva de los premios. Son numerosos los medios de comunicación que se han hecho eco de esta preocupación. Cita varias páginas webs de distintos medios, informando de los impuestos que cobra la Agencia Tributaria sobre los premios de la lotería nacional (ABC, Onda Cero, El Confidencial, La Sexta, Bussines Insider, Computer Hoy, As); también cita varias páginas que informan sobre LAGUINDA (Europapress, La Información, Canal Extremadura, El Mundo, El Independiente, Expansión, La Noticia Digital, Servimedia); y, por último, cita varias webs que informan sobre servicios y aplicaciones innovadores.

- Que no hubo propósito publicitario, por lo que tampoco hubo dolo o culpa. ATRESMEDIA actuó con diligencia en su actividad de informador, al obtener la noticia de una fuente fiable, como son las agencias de medios (sentencia Tribunal Supremo núm. 913/2002, de 1 de octubre, y la Núm. 856/2008 de 3 Octubre RJ 2008\5673).

SEXTO. - Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 13 de junio de 2022 (folio 88) ATRESMEDIA accedió al contenido de la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento, concediéndole un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estime pertinentes de conformidad con lo establecido por el artículo 82.2 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 LPAC.

En la propuesta de resolución (folios 69 a 84), la instructora califica las actuaciones de ATRESMEDIA de infracción administrativa grave del artículo 58.8 de la LGCA por haber emitido comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas contrarias al artículo 18.2 de la LGCA de 2010, proponiendo, de acuerdo con el artículo 60.2 de la LGCA de 2010, la imposición a ATRESMEDIA de una multa por importe de 207.585,00 euros (doscientos siete mil quinientos ochenta y cinco euros).

SÉPTIMO. – Alegaciones de ATRESMEDIA a la propuesta de resolución

Con fecha 23 de junio de 2022 se recibió en la CNMC un escrito de alegaciones del representante de ATRESMEDIA (folios 89 a 100), en el que, sucintamente, manifiesta que:

- No concurrió un propósito publicitario en la emisión (páginas 2 a 4).
- Rechaza la tesis de que los medios tradicionales de comunicación (p.ej. prensa escrita) puedan referirse a productos y servicios de interés para la opinión pública y, en cambio, los medios audiovisuales no puedan hacerlo (páginas 4 a 5).
- La emisión tuvo lugar en un período del año (antes de Navidad) en el que las noticias de esta naturaleza sobre sorteos y loterías son de gran actualidad e interés para el público en general y el producto referido en la emisión era totalmente innovador (página 6).

- La misma noticia sobre este nuevo producto fue emitida también por una agencia independiente como Europa Press (página 7).

OCTAVO. - Finalización de Instrucción y elevación de expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 24 de junio 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.

HECHOS PROBADOS

1.- Hechos acreditados en el acta de visionado derivada de la actividad inspectora de los servicios de esta Comisión

A consecuencia de los contenidos emitidos en los programas, se levantó acta de visionado (folios 6 a 7), en la que se describe los hechos acreditados y constatados a partir de la grabación del programa (folios 18 a 19). A continuación, se reproduce su contenido:

ACTA DE VISIONADO

Programa: “LA SEXTA NOTICIAS 14H”

Fecha de emisión: sábado 05 de diciembre de 2021

Franja horaria del programa: de 13:57:06 a 14:45:06 horas

Canal: LA SEXTA

Ámbito: Nacional.

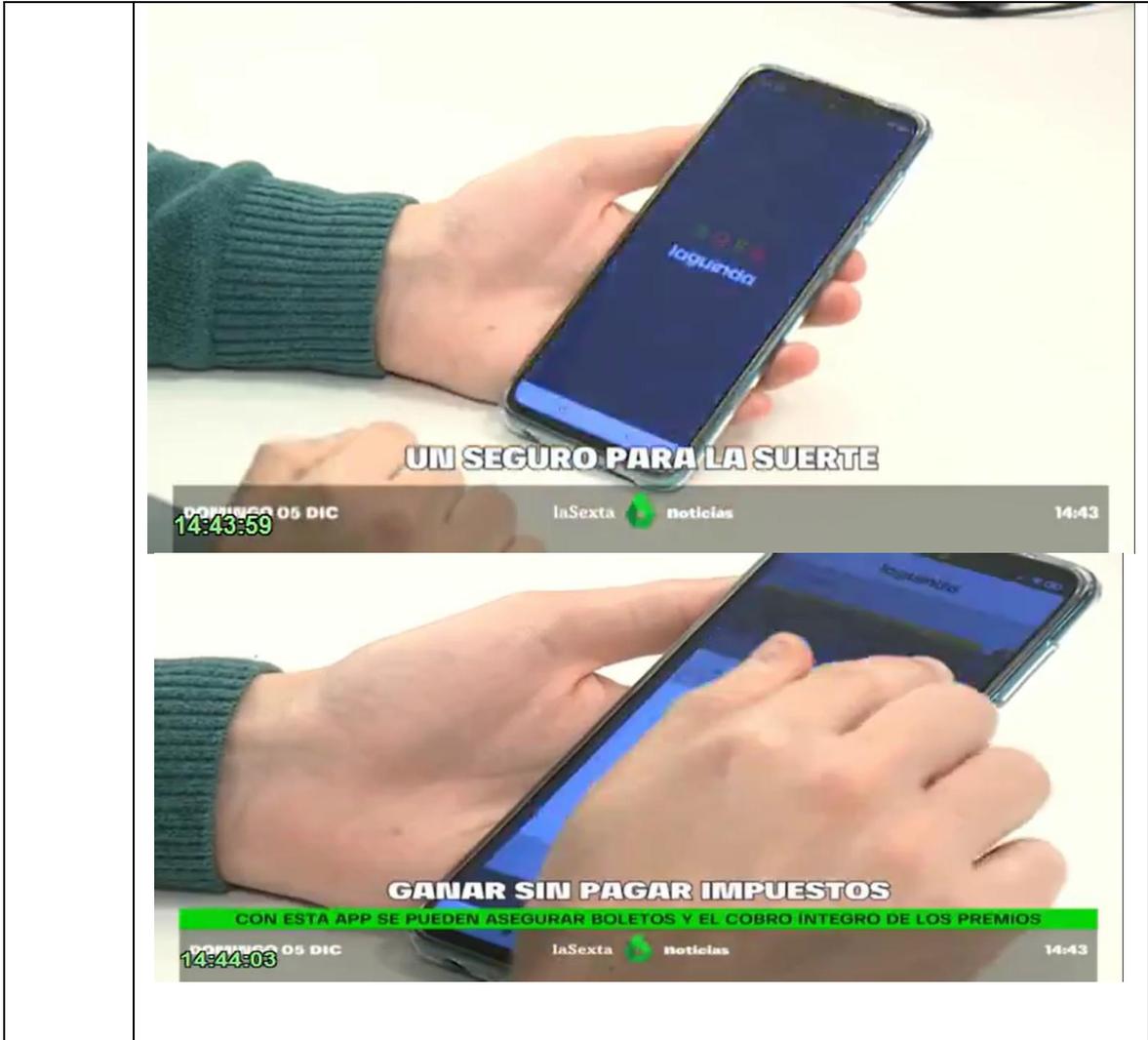
Calificación: S/C

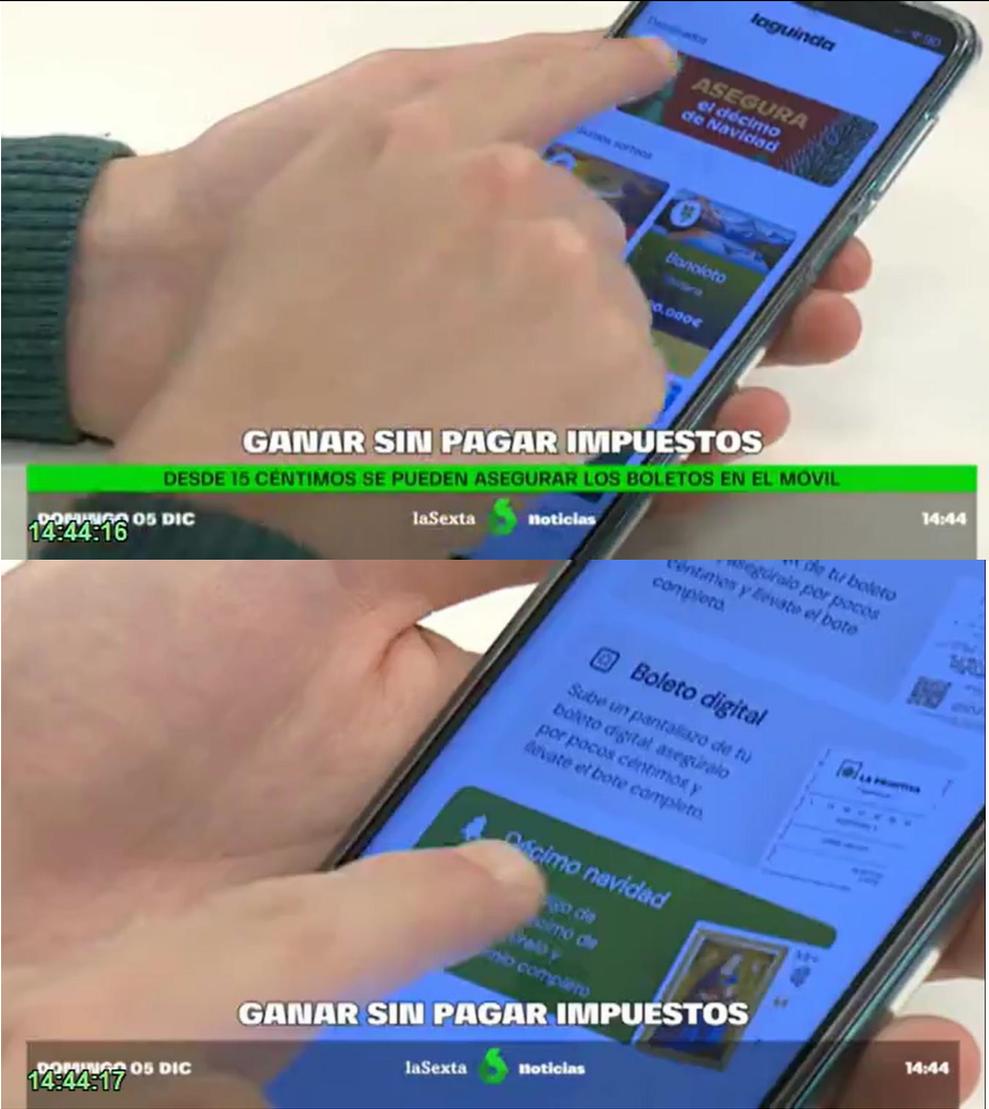
Objeto del Acta: Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual, art. 18.2 publicidad encubierta.

Nº: 001/2022

- 1- CONTENIDO:** “LA SEXTA NOTICIAS 14 H” Programa de Información presentado por Cristina Villanueva con diversos colaboradores y reporteros, donde ofrecen las noticias, hechos y acontecimientos acaecidos, tanto de ámbito nacional como internacional.

<p>13:57:06 a 14:42:39</p>	<p>Comienza el programa y la presentadora informa sobre temas de actualidad, tanto a nivel nacional como internacional. Así trata, entre otros, de la situación del país por el coronavirus y el ritmo de vacunación, el reparto de fondos europeos, la actualidad política, el avance del volcán de La Palma, la erupción de un volcán en Indonesia, el temporal en el norte de la península, etc. [...]</p>
<p>14:42:38 a 14:44:32</p>	<p>[...] En la pantalla que está detrás de la presentadora aparece la frase "Lotería segura" junto con imágenes de décimos de lotería, mientras que ella habla "<i>En poco más de dos semanas llega la lotería de navidad y este año vuelven las colas en las administraciones más famosas tras un año de compras on-line. Los décimos, se comparten en familia, en el trabajo, con amigos. Ahora, un seguro evita cualquier problema en el reparto del premio e incluso te paga los impuestos para poder cobrar íntegramente el premio gordo</i>" Acto seguido, aparece un video con imágenes del sorteo de navidad y la frase "Un seguro para la suerte" mientras una voz en off "<i>Muchos ya visualizan las bolas cayendo en el bombo y el soniquete de los niños de San Ildefonso... y otros se imaginan regados por una nube de cava y de millones</i>". Mientras, se muestran imágenes de gente celebrando que les ha tocado un premio de lotería y de gente que cuenta que les va a tocar, que han compartido décimos con familia, compañeros de trabajo... "<i>...Muchos comparten su décimo...pero para evitar posibles problemas con el cobro, es importante documentarlo.</i>" Aparece en pantalla un abogado y luego la voz en off, que cuentan cómo hay que hacer para documentar que se comparte esa lotería ("<i>fotocopias, firmas de los participantes</i>"). Se muestra a gente opinando. Una de ellas: "<i>... Si me toca una que no...</i>". La voz en off "<i>Que no haya problemas</i>". Otra persona: "<i>No me fío, así de claro</i>". Cuenta la voz en off que el caso más complejo es "<i>Si a uno le hacen partícipe de un boleto como un regalo</i>". Vuelve a aparecer el abogado "<i>Nadie al que le han regalado un número le piden ahora me firmas por detrás de que el número es de los dos</i>". Acto seguido, la voz en off: "<i>Por eso, es posible también recurrir a lo digital</i>". Entonces, se muestra en pantalla un móvil con la imagen de "LAGUINDA". Aparece después en pantalla "Ganar sin pagar impuestos. Con esta App se pueden asegurar boletos y el cobro íntegro de los premios". Mientras, la voz en off: "Esta aplicación móvil permite asegurar un boleto y cobrar el importe íntegro en caso de ser premiado, sin necesidad de pagar impuestos". Se muestran imágenes de cómo utilizar la aplicación y de gente que celebra un premio. Continúa la voz en off: "En la Primitiva, la Bonoloto, el Euromillones, se puede asegurar la apuesta por unos quince o cincuenta céntimos, o tres euros en el caso del sorteo de navidad. Sólo hay que escanear el boleto y el seguro queda garantizado por AXA y la Empresa Nacional de Innovación del Ministerio de Industria, y así evitar que un golpe de suerte acabe en un disgusto". Aparece en pantalla "Ganar sin pagar impuestos. Desde 15 céntimos se pueden asegurar los boletos en el móvil" y "Ganar sin pagar impuestos. Se pueden asegurar los boletos de la Primitiva, la Bonoloto, el Gordo..." Se muestran imágenes del sorteo de navidad.</p>



	
<p>14:44:32 a 14:45:06</p>	<p>[...] [...] La presentadora habla de otro programa de la cadena y se despide, dando fin al programa.</p>

Se ha unido al expediente copia de la grabación del programa (folios 18 y 19), un recorte del programa y los informes de audiencias y de ocupación publicitaria, proporcionados por la empresa KANTAR MEDIA, de la emisión de los programas mencionados (folios 8 a 17). Las grabaciones contienen impresionada la hora de emisión.

El valor probatorio de las actas de visionado en la aplicación de la LGCA y, concretamente, en los supuestos de publicidad encubierta ha sido reconocido

reiteradamente por los tribunales, entre otras, por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm.1462/2021 de 13 de diciembre de 2021 (RC 3/371/2021)¹.

Conforme a los informes de audiencias mencionados (folio 8), el programa “LA SEXTA NOTICIAS 14 H”, de 4 de diciembre de 2021, fue seguido por una audiencia media de 613.000 personas. Los cálculos se han realizado considerando únicamente la audiencia obtenida durante la emisión de los programas, sin considerar la audiencia que dejó de ver la televisión durante las pausas publicitarias.

2.- Análisis de las alegaciones de ATRESMEDIA en relación con los hechos acreditados

ATRESMEDIA, dentro del plazo legalmente establecido, ha alegado que la presentación de la aplicación “LAGUINDA”, en un telediario, obedecía a la preocupación de los españoles por la carga impositiva de los premios de lotería y a que muchos medios de comunicación se habían hecho eco de la noticia. Y, especialmente, al encontrarse en un período prenavideño, según señala ATRESMEDIA en página 6 (folio 94) de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución presentado el 23 de junio de 2022. En definitiva, se trataba de contenido editorial emitido sin propósito publicitario, según reitera ATRESMEDIA en las páginas 2 a 4 del citado escrito de alegaciones (folios 90 a 92).

En respuesta a esa alegación hay que señalar que las apariciones y menciones de los productos en los programas se desarrollaron de la siguiente manera:

- Programa “LA SEXTA NOTICIAS 14 H”, de 5 de diciembre de 2021, de 13:57:06 a 14:45:06 horas:
 - ✓ Entre las 14:42:38 y las 14:44:32 h., poco antes de la terminación del telediario, la presentadora, en un lateral de la pantalla y, como fondo, unos billetes de lotería y un cartel “**LOTERÍA SEGURA**” (de 14:42:39 a 14:42:59 h., 20 segundos), hace una breve introducción con el trasiego de la lotería navideña, habla de que se comparten los billetes de lotería y dice: “**Ahora, un seguro evita cualquier problema en el reparto del premio e incluso te paga los impuestos para poder cobrar íntegramente el premio gordo**”. Acto seguido, aparece un video con imágenes del sorteo de Navidad y un cartel con la frase “**UN SEGURO PARA LA SUERTE**” (de 14:43:02 a 14:44:00 h., 58 segundos), mientras una voz habla de la lotería de Navidad y de los problemas que se producen al compartir los billetes, y termina: “**Por eso, es posible**”

¹ (...) por cuanto las imágenes que se reflejan en el **acta de visionado** contienen una evidente carga promocional de forma subrepticia de los productos de la marca amantis, es plenamente congruente con la definición de publicidad encubierta que se efectúa en el artículo 2.32 del citado texto legal.

también recurrir a lo digital". Se muestra en pantalla un móvil con la imagen de "LAGUINDA" (todavía se mantiene el cartel de "UN SEGURO PARA LA SUERTE"). Cambia la imagen a un niño cantando lotería, desaparece el cartel y vuelve a aparecer el móvil con "LAGUINDA" en la pantalla, en el momento en que la voz en off dice: "**Esta aplicación móvil permite asegurar** (aparecen dos carteles en pantalla: "GANAR SIN PAGAR IMPUESTOS" (desde las 14:44:03 a las 14:44:26 horas, 23 segundos) y, debajo, en fondo verde, "CON ESTA APP SE PUEDEN ASEGURAR BOLETOS Y EL COBRO ÍNTEGRO DE LOS PREMIOS", de 14:44:03 a 14:44:09 h., 6 segundos) **un boleto y cobrar el importe íntegro en caso de ser premiado, sin necesidad de pagar impuestos**". Se muestran imágenes de cómo utilizar la aplicación y de gente que celebra un premio. Continúa la voz en off: "**En la Primitiva, la Bonoloto, el Euromillones** (aparece un nuevo cartel con fondo verde: "DESDE 15 CÉNTIMOS SE PUEDEN ASEGURAR LOS BOLETOS EN EL MÓVIL", de 14:44:12 a 14:44:17 horas, 5 segundos), **se puede asegurar la apuesta por unos quince o cincuenta céntimos, o tres euros en el caso del sorteo de Navidad. Sólo hay que escanear el boleto** (nuevo cartel con fondo verde: "SE PUEDEN ASEGURAR LOS BOLETOS DE LA PRIMITIVA, LA BONOLOTO, EL GORDO...", de 14:44:21 a 14:44:26 horas, 5 segundos) **y el seguro queda garantizado por AXA y la Empresa Nacional de Innovación del Ministerio de Industria, y así evitar que un golpe de suerte acabe en un disgusto**", con más imágenes del uso de la aplicación, billetes de lotería, un despacho de lotería y los niños con las bolas y el bombo, cantando premios.

Tiempo total de la presentación: 114 segundos.

El carácter promocional del reportaje resulta indudable, pese a las alegaciones de ATRESMEDIA en su escrito de 23 de junio de 2022 (folios 89 a 100). En efecto, el reportaje dura 114 segundos, de los que 101 segundos están ocupados con cartelera que ensalza las propiedades del servicio anunciado: "LOTERÍA SEGURA", "UN SEGURO PARA LA SUERTE" y "GANAR SIN PAGAR IMPUESTOS". Se incluye otra cartelera que reitera lo que el narrador cuenta: "CON ESTA APP SE PUEDEN ASEGURAR BOLETOS Y EL COBRO ÍNTEGRO DE LOS PREMIOS", "DESDE 15 CÉNTIMOS SE PUEDEN ASEGURAR LOS BOLETOS EN EL MÓVIL" y "SE PUEDEN ASEGURAR LOS BOLETOS DE LA PRIMITIVA, LA BONOLOTO, EL GORDO...". Se ensalzan las ventajas de la aplicación: "*evita cualquier problema en el reparto del premio e incluso te paga los impuestos para poder cobrar íntegramente el premio gordo*", "*para evitar posibles problemas con el cobro...*", "*que no haya problemas*", fácil acceso digital, "*permite cobrar el importe íntegro*", "*sin necesidad de pagar impuestos*", precio módico y fácil manejo, garantizado por una compañía de seguros y un organismo público y evita disgustos. Se especifican los precios de los servicios y se mezclan numerosas imágenes de gente celebrando que les ha tocado algún premio.

Asimismo, la emisión coincidió, precisamente, con una campaña publicitaria de “LAGUINDA”, que se emitía en el mismo canal y en el mismo día. LA SEXTA emitió un anuncio publicitario, de 20 segundos de duración, de “LAGUINDA, a las 8:11:24 h., a las 15:12:13 h., a las 15:28:02 h., a las 16:37:44 h., a las 19:08:24 h., a las 20:54:55 h. y a las 21:08:37 h., como puede comprobarse en el informe diario de emisión de programas y anuncios, unido al expediente.

Por la instrucción se une al expediente una copia del anuncio publicitario. En el anuncio, un hombre, con un disgusto enorme, reconoce que ignoraba que se pagaba el 20% del premio a Hacienda. El amigo le recomienda que se descargue la aplicación para asegurar los décimos y para que te devuelvan los impuestos del premio. El anuncio termina con una voz en off, “*Descarga LAGUINDA y asegura tu suerte*” y un cartel: “LAGUINDA // *Asegura tu suerte*”. Básicamente, se dice lo mismo que lo que se dice en el reportaje del telediario.

Es decir, ATRESMEDIA desempeña un papel activo en la promoción de la aplicación con el uso de la cartelería, la presencia de distintas imágenes con gente celebrando el que les ha tocado un premio; con la dedicación de casi dos minutos de emisión para promocionar la aplicación y con la integración de la promoción en los contenidos del telediario. La promoción se organiza como parte del contenido editorial del programa, si bien, de carácter publicitario y sin estar identificada como tal.

Son estas características, el papel activo del prestador del servicio audiovisual en la promoción que remarca con detalle las características de la aplicación y les imprime un carácter positivo, la existencia de una campaña publicitaria simultánea del producto (hecho silenciado u omitido por ATRESMEDIA en su escrito de alegaciones del 23 de junio de 2022, folios 89 a 100), que no podía ser ignorada por el prestador del servicio, y la innecesariedad de la presentación de la aplicación en el programa en las circunstancias expuestas, lo que determina que se rechace el carácter de contenido editorial, al tener un marcado sentido publicitario.

Por otra parte, debe señalarse que la publicidad en televisión está sometida a unas limitaciones que no se encuentran en otros medios de comunicación como la prensa escrita, pese a lo indicado por ATRESMEDIA en las páginas 4 a 5 (folios 92 a 93) de su escrito de alegaciones de 23 de junio de 2022. Tal es el caso de la publicidad encubierta, prohibida expresamente en el artículo 18.2 de la LGCA, que obliga a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a extremar sus cautelas, separando con claridad, salvo en los supuestos admitidos en la Ley, la publicidad de los contenidos editoriales, informando al público de la existencia de emplazamientos de productos en los programas y señalizando, permanentemente y de forma claramente legible, con una transparencia con la indicación “publicidad”, aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, puedan confundir al espectador sobre su carácter publicitario. Pero esta limitación para emitir publicidad no afecta a otros medios de comunicación, al no

estar expresamente prohibida esta práctica dentro del concepto de “publicidad ilícita” del artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP).

En definitiva, se ha comprobado que los hechos descritos reúnen los requisitos exigidos en el artículo 2.32 de la LGCA de 2010 y en el artículo 122.3 de la LGCA de 2022 para ser calificados como publicidad encubierta, al haberse producido una presentación directa, visual y verbal, de productos y empresas que existen en el mercado (aplicación “LAGUINDA”), en el programa “LA SEXTA NOTICIAS 14 H”, distinta del emplazamiento de producto, con una intención publicitaria por parte del prestador del servicio, como puede apreciarse en el empleo de cartelería, en las imágenes de las diversas celebraciones de los ganadores y en la duración de 114 segundos de presentación durante la emisión del programa. Todo ello en un contexto en el que la promoción se mezcla con el contenido editorial del programa, sin que se identifique en ningún momento como publicidad, y susceptible, en consecuencia, de causar error al telespectador sobre la naturaleza de lo que está viendo.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Habilitación competencial de la CNMC para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

El artículo 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), señala que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de la LGCA.

La instrucción de los procedimientos sancionadores, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC², corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, siendo competente la Sala de Supervisión regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevé el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 27 y 29.1 de la LCNMC.

Asimismo, son de aplicación al presente procedimiento la Ley 7/2010 (LGCA de 2010), la Ley 13/2020, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA de 2022), la Ley 39/2015 (LPAC), la Ley 40/2015, de 1 de

² Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE número 209, de 31/08/2013.

octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), el Real Decreto 1624/2011³, la LCNMC; el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; y demás disposiciones de aplicación.

SEGUNDO. - Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si ATRESMEDIA infringió el régimen contenido en el artículo 18.2 de la LGCA de 2010 y en el artículo 122.3 de la LGCA de 2022, durante la emisión, en su canal LA SEXTA, del programa de “LA SEXTA NOTICIAS 14 H”, de 5 de diciembre de 2021, emitido entre las 14:42:38 horas y las 14:44:32 horas, por las imágenes y menciones sobre la aplicación LAGUINDA, sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna superimpresión que la identificara, ni se señalizara como emplazamiento de producto.

El artículo 18.2 de 2010 de la LGCA, que regula las “*comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas*”, establece:

“Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales”.

En el mismo sentido, el artículo 122.3 de la actualmente vigente LGCA de 2022, establece lo siguiente:

3. Se prohíbe la comunicación comercial audiovisual encubierta que, mediante la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de bienes, servicios, nombres, marcas o actividades, tenga de manera intencionada un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación.

En relación con lo anterior, debe tenerse presente la definición contenida en el artículo 2.32 de la LGCA de 2010, que disponía que:

“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

³ Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, BOE número 294, de 07/12/2011.

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”.

El artículo 18.2 protege el derecho de los telespectadores, frente a la emisión de comunicaciones publicitarias no separadas ni desveladas de los contenidos editoriales, lo que les podría inducir a error en cuanto a su naturaleza publicitaria.

En este sentido, en el Fundamento Tercero de la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2022 (recurso núm. PO 1/1576/2020) se señala que:

*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.*

Y en el Fundamento Cuarto de la misma Sentencia se razona el porqué de la especial gravedad que reviste la publicidad encubierta:

*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**.*

TERCERO. - Tipificación de los hechos probados

Por un lado, el artículo 18.2 de la LGCA de 2010 declaraba explícitamente la prohibición de la llamada “publicidad encubierta”:

Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales

En el mismo sentido, el artículo 122.3 de la actualmente vigente LGCA de 2022, establece lo siguiente:

3. Se prohíbe la comunicación comercial audiovisual encubierta que, mediante la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de bienes, servicios, nombres, marcas o actividades, tenga de manera intencionada un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación.

Y, por otro lado, el artículo de la 58.8 de la LGCA de 2010 considera infracción administrativa grave:

*La emisión de **comunicaciones comerciales encubiertas**, que utilicen técnicas subliminales, que fomenten comportamientos nocivos para la salud en los términos establecidos en el apartado 3 del artículo 18, que fomenten comportamientos nocivos para el medio ambiente o para la seguridad de las personas, o que sean de naturaleza política, salvo los casos de excepción legal, o que incurran en las prohibiciones establecidas en la normativa de publicidad*

Y en el mismo sentido, el artículo 158.15 de la LGCA de 2022 tipifica como infracción grave:

15. El incumplimiento de las prohibiciones absolutas de determinadas comunicaciones comerciales audiovisuales previstas en los apartados 3 y 4 del artículo 122.

Es decir, sanciona las emisiones de publicidad encubierta y subliminal.

En este caso concreto, los contenidos emitidos en el programa de “LA SEXTA NOTICIAS 14 H” constituyen una contravención a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA de 2010 y el artículo 121.3 de la LGCA de 2022 , por haber emitido comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas, con una clara intención publicitaria y promocional de la aplicación “LAGUINDA”, sin identificarlas como publicidad, disfrazado todo ello de un contenido informativo, lo que induce a los telespectadores a una confusión o error en cuanto a la naturaleza publicitaria de dichas presentaciones.

En el Fundamento Cuarto de la antes citada Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2022 (recurso núm. PO 1/1576/2020) se declara que, para considerar cometida la infracción de “publicidad encubierta”, se precisa la concurrencia de dos elementos esenciales, cuales son el “propósito publicitario”⁴ y la “inducción al público al error”⁵.

⁴ *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.*

⁵ *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.*

En este caso concreto, el *propósito publicitario* se deriva de la prominencia indebida e innecesaria de LAGUINDA para el desarrollo del argumento del programa informativo (LA SEXTA NOTICIAS), mientras que la *inducción al público al error* se desprende de que tal actuación de promoción de LAGUINDA no se identifica como publicidad televisiva, sino que se emite bajo la apariencia de integrar un programa de información (LA SEXTA NOTICIAS) e introduciendo imágenes y comentarios elogiosos de la empresa.

En conclusión, y con base en los hechos probados, se considera que el prestador del servicio de televisión ATRESMEDIA ha cometido una infracción grave, tipificada en el artículo 58.8 de la LGCA de 2010 y en el artículo 158.15 de la LGCA de 2022.

CUARTO. - Responsabilidad de la infracción

El artículo 61.1 de la LGCA de 2010 y el artículo 156.1.a) de la LGCA de 2022 prevén que serán responsables por las infracciones previstas en esta ley los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

En aplicación de lo establecido en los citados artículos, la responsabilidad de la infracción corresponde a ATRESMEDIA, por ser el operador del servicio de comunicación audiovisual autor de los hechos infractores probados, sin que haya quedado acreditada en el expediente sancionador la existencia de circunstancia alguna que le pueda eximir de dicha responsabilidad.

Vistas las alegaciones, y tras el visionado de las grabaciones (folios 18 y 19) y el contenido de los documentos incorporados a las presentes actuaciones (especialmente, del acta de visionado de los folios 6 a 7), se considera probado el incumplimiento de ATRESMEDIA del artículo 122.3 de la LGCA de 2022 (y antes del artículo 18.2 de la LGCA de 2010), y responsable de la comisión de una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 158.15 de la LGCA de 2022 (y antes del artículo 58.8 de la LGCA de 2010), por la emisión de publicidad encubierta de la aplicación “LAGUINDA”.

Y en el Fundamento Cuarto de la referida Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2022 (recurso núm. PO 1/1576/2020) se recuerda la naturaleza especializada de las empresas audiovisuales y su obligación de vigilancia o supervisión de los contenidos emitidos:

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. - Determinación y cuantificación de la sanción

Las contravenciones de las obligaciones y prohibiciones establecidas en el artículo 18.2 de la LGCA de 2010, y en el artículo 122.3 de la LGCA de 2022, se consideran infracciones graves conforme a lo dispuesto en el artículo 58.8 de la LGCA de 2010, y en el artículo 158.15 de la LGCA de 2022, según se ha indicado anteriormente en el Fundamento Tercero de la presente resolución.

5.1.- Límites legales inferior y superior de cuantificación de la sanción

El artículo 60.2 de la LGCA 2010 preveía para las infracciones graves una multa de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva.

Por su parte, el artículo 160.2 de la LGCA de 2022, prevé:

2. Las infracciones graves serán sancionadas:

a) En el caso de los servicios de comunicación audiovisual televisivos lineales, televisivos a petición de los servicios de intercambio de vídeo a través de plataforma y de los servicios de agregación de servicios de comunicación audiovisual, con multa:

1.º De hasta 30.000 euros para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4, sean inferiores a dos millones de euros;

2.º De hasta 150.000 euros para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4, sean superiores o iguales a dos millones de euros e inferiores a diez millones de euros;

3.º De hasta 300.000 euros para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4, sean superiores o iguales a diez millones de euros e inferiores a cincuenta millones de euros;

4.º De hasta el uno coma cinco por ciento de los ingresos devengados en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa conforme a su cuenta de explotación con un máximo de 750.000 euros, obtenidos por la prestación del servicio de comunicación audiovisual en el mercado audiovisual español, para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4 sean iguales o superiores a cincuenta millones de euros.

5.2.- Criterios legales de graduación de la sanción

El artículo 60.4 de la LGCA de 2010 preveía en cuanto a la graduación de la sanción lo siguiente:

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 reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

El artículo 166 de la actualmente vigente LGCA de 2022 prevé que:

Artículo 166. Graduación de sanciones.

La sanción aplicable se determinará en función de las siguientes circunstancias:

a) Naturaleza e importancia de la infracción, en relación con los principios generales de la comunicación audiovisual.

b) Buena fe del responsable cuando el programa, contenido audiovisual o la comunicación comercial audiovisual presuntamente constitutiva de infracción contara con un informe de consulta previa positivo emitido por un sistema de autorregulación con el que la autoridad audiovisual competente tenga un convenio de colaboración de los previstos en los artículos 12, 14 y 15.

c) Audiencia del servicio de comunicación audiovisual o del servicio de intercambio de vídeo a través de plataforma en el que se cometa la infracción.

d) La reincidencia del prestador del servicio de comunicación audiovisual responsable o del prestador del servicio de intercambio de vídeo a través de plataforma, por la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

e) Efecto de la infracción sobre los derechos e intereses del espectador.

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

g) El cese de la conducta infractora antes o durante la tramitación del procedimiento sancionador.

h) La subsanación inmediata del incumplimiento infractor, la reparación efectiva del daño ocasionado por la comisión de la infracción, o la colaboración activa para evitar o disminuir sus efectos.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley 40/2015 (LRJSP) señala que:

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) *El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) *La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*
- c) *La naturaleza de los perjuicios causados.*
- d) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.*

5.3.- Aplicación de los criterios legales de graduación de la sanción y cuantificación de la misma

En este supuesto concreto se considera la concurrencia de dos criterios legales de graduación: la repercusión social de la infracción (artículo 60.4.d) de la LGCA de 2010, y artículo 166, a), c) y e), de la LGCA de 2022), y el beneficio económico aportado al infractor (artículo 60.4.e) de la LGCA de 2010, y artículo 166.f) de la LGCA de 2022).

En primer lugar, respecto a la repercusión social de la conducta infractora (artículo 60.4.d) de la LGCA de 2010, y artículo 166, a), c) y e), de la LGCA de 2022), se ha valorado la audiencia media del programa, estimada en 613.000 espectadores.

Y en segundo lugar y en cuanto al beneficio económico que la conducta infractora puede haber reportado al prestador (artículo 60.4.e) de la LGCA de 2010, y artículo 166.f) de la LGCA de 2022) en función de la duración de la publicidad encubierta, se ha tenido en cuenta la duración total de dicha publicidad (114 segundos en cada emisión).

En cambio, al haberse suprimido el artículo 60.4 c) de la LGCA de 2010 y referirse a un año el período temporal indicado tanto en el artículo 166 d) de la LGCA de 2022 como en el artículo 29.3 d) de la LRJSP, procede minorar la sanción propuesta por la instrucción en 20.000 euros.

Por todo ello, se considera ajustada a derecho la imposición a ATRESMEDIA de una multa por importe de 187.585,00 euros (ciento ochenta y siete mil quinientos ochenta y cinco euros), por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 58.8 de la LGCA de 2010, y en el artículo 158.15 de la LGCA de 2022, por la comisión de la infracción de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA de 2010, y en el artículo 122.3 de la LGCA de 2022, al haber emitido publicidad encubierta en LA SEXTA, en un programa de “LA SEXTA NOTICIAS 14 H”.

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

RESUELVE

PRIMERO. - Declarar a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A. responsable de la comisión de una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 158.15 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual (y antes en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo), por haber emitido, en su canal LA SEXTA, de ámbito estatal, comunicaciones comerciales encubiertas de la aplicación “LAGUINDA”, durante la emisión del programa “LA SEXTA NOTICIAS 14 H”, emitido el día 5 de diciembre de 2021

SEGUNDO. - Imponer a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., una multa por importe de 187.585,00 euros (ciento ochenta y siete mil quinientos ochenta y cinco euros), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 160.2 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual (y antes en el artículo 60.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado, ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., haciéndole saber que esta Resolución 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 contar desde el día siguiente al de su notificación.