



Roj: **SAN 751/2023 - ECLI:ES:AN:2023:751**

Id Cendoj: **28079230012023100096**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2023**

Nº de Recurso: **241/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EDUARDO MENENDEZ REXACH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000241 /2021

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03819/2021

Demandante: ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACION S.A

Procurador: D^a GLORIA ROBLEDO MACHUCA

Letrado: RAMÓN VIGIL FERNANDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

S E N T E N C I A N º :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D^a. BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a diez de febrero de dos mil veintitrés.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., representada por la Procuradora D^a Gloria Robledo Machuca**, contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre sanción por publicidad encubierta. Ha sido Ponente el Presidente de esta Sección Ilmo. Sr. D. Eduardo Menéndez Rexach.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El acto impugnado procede de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y es la Resolución de 22 de diciembre de 2020.

SEGUNDO. - Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO. - Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a Derecho.

CUARTO. - Contestada la demanda se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia de las partes, con el resultado que obra en autos; finalizada la tramitación, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 31 de enero de 2023, en el que, efectivamente, se votó y falló.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la Resolución de 22 de diciembre de 2020, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), por la que se declara a la demandante autora responsable de una falta grave tipificada en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) por haber emitido, en sus canales de televisión LA SEXTA y ANTENA 3, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la empresa "El Corte Inglés" y de su roscón de Reyes, mezcladas con las autopromociones de la suscripción a "AtresPlayer Premium" y del programa de "Tu cara me suena", en los programas "ANTENA 3 NOTICIAS", de las 15 y 21 horas, "LA SEXTA NOTICIAS", de las 14 y 20 horas, y "MÁS VALE TARDE", emitidos todos ellos el día 2 de enero de 2020 en los canales de televisión LA SEXTA y ANTENA3, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual y le impone una multa por importe de 183.220 euros.

SEGUNDO. - La recurrente solicita que se declare la nulidad de la resolución impugnada o, subsidiariamente, que 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.

Alega que se limitaba a informar sobre la promoción de suscripciones a su canal de pago "Atresplayer Premium", como se deduce de la transcripción de las grabaciones, en los cuatro programas de contenido informativo en los que se contienen menciones a "El Corte Inglés" limitadas a informar sobre el lugar donde se podían adquirir los roscones que contenían las suscripciones, pero no a promocionar este establecimiento cuya mención se explica por el contenido de la información, pues junto con la comunicación de la promoción era necesario explicar el cómo y dónde participar en la misma, sin que existiese una finalidad promocional, sin propósito publicitario alguno, de modo que no hay publicidad encubierta.

Considera que la resolución vulnera los principios de legalidad y tipicidad, de modo que los hechos no son punibles, pues no son típicos y, aunque lo fueran, no existe culpabilidad.

Añade que la cuantía de la sanción infringe el principio de proporcionalidad, según los criterios establecidos en el artículo 60.4 LGCA, por lo que, de admitir la existencia de infracción, debería ser considerada como leve, moderando la sanción en ese sentido, por la ausencia de culpabilidad la falta de repercusión social, así como de beneficio, pues sólo estaba promocionando una suscripción a su canal Atresplayer y resulta de aplicación el artículo 29.4 de la Ley 40/2015.

TERCERO.- La representación de la Administración demandada, por su parte, con remisión a los hechos probados y a los fundamentos de la Resolución opone que concurren todos los elementos para apreciar la existencia de infracción y no se vulnera el principio de proporcionalidad ni los de legalidad y tipicidad, por lo que solicita la desestimación del recurso.

CUARTO.- La resolución impugnada considera probada la emisión de comunicaciones comerciales encubiertas en los programas "ANTENA 3 NOTICIAS", "LA SEXTA NOTICIAS" y "MÁS VALE TARDE", el día 2 de enero de 2020, en los canales de televisión LA SEXTA Y ANTENA 3; se apoya para ello en las grabaciones unidas al expediente y en los informes del visionado, que detallan el programa en que se emitió, la fecha, la franja horaria y el contenido, describiendo a continuación los hechos por medio de unas tablas en secuencia temporal, con imágenes gráficas y descripción del contenido donde claramente se puede ver el objeto de la

publicidad encubierta; se completa la descripción, en cada caso con la audiencia obtenida durante la emisión del programa. A título de ejemplo se reproduce la descripción de los hechos de uno de los programas:

"Tras la noticia sobre las personas que se van sin pagar en restaurantes, la siguiente noticia sobre los dulces de navidad, la presentadora comenta: **" el roscón de reyes ya es el protagonista de estas fechas** (se muestra en la pantalla que hay detrás de la presentadora una imagen con un roscón), **los obradores no dan abasto y este año al haba de la suerte se unen otras sorpresas, estos roscones a la venta en el Corte Inglés** (se muestra una imágenes de un roscón abierto con el premio envuelto en un plástico que la presentadora detalla y que los empleados del obrador van manipulando), **llevarán premios como ochenta y cinco suscripciones de Atresplayer Premium o la asistencia con todo el viaje incluido para dos personas a la gran final de TU CARA ME SUENA**".

Así, las conductas son calificadas como una infracción continuada tipificada en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) y consisten en *"haber emitido comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas, con una clara intención publicitaria y promocional de la empresa "El Corte Inglés" y de su roscón de Reyes, mezcladas con las autopromociones de la suscripción a "AtresPlayer Premium" y del programa de "Tu cara me suena", sin identificarse como publicidad, incardinándose y mezclándose todo ello con el contenido y la finalidad de los programas, lo que induce a los telespectadores a error en cuanto a la naturaleza publicitaria de dichas presentaciones"*.

Tales conductas se encuentran perfectamente descritas en los hechos probados que contienen los datos en que se basa la Administración para calificar la infracción e imponer la sanción en la cuantía en que lo hace, con apoyo en los informes de inspección y estando incorporadas al expediente las grabaciones de los programas en los que se ve y se oye claramente que lo plasmado en la resolución se ajusta a las grabaciones.

QUINTO. - El artículo 18.2 LGCA establece: *"Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales"*.

Este concepto es definido en el artículo 2.32 de la propia ley como *"La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio"*

Por último, el artículo 58.8 LGCA tipifica como infracción grave *" La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas, que utilicen técnicas subliminales"*

El Tribunal Supremo ha declarado recientemente (St. TS de 10 de marzo de 2020, R. 383/2019, que cita otras anteriores) que *"debe entenderse 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"*.

En el caso analizado la publicidad encubierta se emitió fundamentalmente en los informativos de Antena 3 y la Sexta, salvo en un caso en que lo fue en el magacín "Más vale tarde", mostrando en pantalla, de forma recurrente, como dice la resolución y se aprecia en el visionado, los roscones de reyes de "El Corte Inglés", destacando los premios que se pueden obtener por su compra; la CNMC considera que se trata de una incitación directa a la compra por las alusiones a los premios que ofrece y no una comunicación visual meramente informativa de una autopromoción, con una prominencia indebida e innecesaria para el normal desarrollo de los programas, de lo que deduce una finalidad publicitaria y promoción del producto marca "El Corte Inglés".

Esta conclusión no incurre en error; como ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de octubre de 2018 (R. 5920/2017) *"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"*. En el mismo sentido se pronuncia la St. del mismo Tribunal de 10 de marzo de 2020 (R.383/19).

Doctrina aplicable al caso en que, en programas de información general, emitidos el 2 de enero, se incluye la promoción de productos propios pero que pueden obtenerse comprando los roscones de reyes en "El Corte Inglés", cuya venta se promociona de esa manera.

SEXTO.- A la anterior conclusión no puede oponerse eficazmente la alegada violación de los principios de tipicidad y legalidad pues, como se ha expuesto, la acción descrita reúne todos los elementos del tipo infractor descrito en el artículo 18.2, en relación con el 2.32 y 58.8 LGCA y ha sido correctamente calificada como publicidad encubierta; el propósito de la presentación, como resulta claramente del visionado, era promover la venta de los roscones de El Corte Inglés, y así lo aprecia la resolución impugnada que destaca la concurrencia de una de las características de la publicidad encubierta consistente en que el espectador no sea consciente de que está recibiendo un mensaje publicitario, al mezclarse éste con los contenidos informativos y generalistas de los programas en que se emitió, con el fin de inducirles a error y sin advertir de que se trataba de publicidad.

Queda de ese modo debidamente justificada la presencia del elemento intencional, a tenor de lo establecido en el art. 61 LGCA en relación con el artículo 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, como ya dijimos en la sentencia de 25 de marzo de 2022 (R. 1576/2020), en un recurso similar interpuesto por la misma demandante; para esta apreciación no es necesario que se demuestre la existencia de contraprestación, conforme a la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo antes mencionadas: "...para que exista publicidad encubierta no es imprescindible que se acredite la contraprestación; sólo que si se justifica ésta la ley presume la intencionalidad" (St TS de 31 de octubre de 2018).

El principio de proporcionalidad encuentra su expresión normativa en el artículo 29.3 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre: *"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"*, enumerando, a continuación, los criterios a considerar.

En el ámbito del sector audiovisual, el artículo 60.4 LGCA establece que las infracciones graves pueden ser sancionadas con multa entre 100.000 y 500.000 euros y 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 resolución de la CNMC ha tenido en cuenta para graduar la sanción el carácter continuado de la infracción; el tipo de emisión (nacional); la repercusión social en función de la audiencia media de cada uno de los programas visionados (que oscila entre los 783.000 del programa con menor audiencia y los 2.168.000 espectadores del programa con mayor audiencia); y el beneficio económico que la conducta infractora puede haber reportado al prestador en función de la duración de la publicidad (199 segundos). En aplicación de esos criterios impone una multa en cuantía de 183.220 euros, al tiempo que rechaza las alegaciones sobre falta de gravedad o de repercusión social y de beneficio económico con un razonamiento que no incurre en error en la valoración de los datos consignados ni infracción de los artículos mencionados, por lo que procede confirmar la resolución.

SEPTIMO.- En aplicación del art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción, procede imponer las costas a la demandante cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas.

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso nº **241/2021**, interpuesto por la Procuradora Sra. Robledo Machuca, en la representación que ostenta, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia descrita en el primer Fundamento de Derecho, que se confirma por ser conforme a derecho.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la parte demandante.

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 artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.



Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ