

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A
MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., POR LAS INFRACCIONES
TIPIFICADAS EN EL ARTÍCULO 18, NÚMERO 2, DE LA LEY 7/2010, DE 31
DE MARZO, GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.**

SNC/DTSA/050/15/MEDIASET

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 12 de mayo de 2016

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Hechos denunciados.

El 25 de junio y el 28 de julio, ambos de 2015, tuvieron entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sendas denuncias de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), en relación con el microespacio de salud, “Aprende a Cuidarte”, emitido durante los programas del “Sálvame Naranja” de los días 11 y 30 de junio de 2015, por considerar que habían emitido publicidad encubierta. Solicita que se requiera al prestador del servicio el cese de esa comunicación comercial o, en su caso, que se acuerde la incoación de expediente sancionador por infracción de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA). (Folios 1 al 12).

Segundo.- Actuaciones previas.

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 (en adelante LCNMC), este organismo constató, a través de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, la existencia de indicios relativos a que MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (en adelante, MEDIASET), en su canal de televisión TELECINCO, ha podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA, ya que durante la emisión del programa “Sálvame Naranja”, emitido los días 11 y 30 de junio de 2015, se ha difundido un microespacio de carácter divulgativo relacionado con la salud, denominado “Aprende a Cuidarte”, en el que se realizaba la presentación de productos o servicios de un tercero, que pudiera tener un propósito publicitario 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. (Folios 33 a 53).

Tercero.- Incoación de procedimiento sancionador.

Con fecha 19 de noviembre de 2015, y a la vista del anterior antecedente, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/050/15/MEDIASET, al entender que MEDIASET había podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA por las emisiones indicadas en el apartado anterior. (Folios 60 a 64).

El día 20 de noviembre de 2015 le fue notificado a MEDIASET el acuerdo de incoación, concediéndole un plazo de quince días para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones y la proposición de pruebas, en su caso. (Folio 66).

Cuarto.- Alegaciones al acuerdo de incoación del expediente sancionador.

MEDIASET presentó escrito de alegaciones el 11 de diciembre de 2015 (folios 67 a 71), en el que solicita el sobreseimiento del expediente y el archivo de las actuaciones negando la existencia de infracción sobre la base de los siguientes motivos:

- Que el microespacio “Aprende a Cuidarte” consiste en entrevistas o conversaciones con el Dr. Luis Gutiérrez, donde se habla de trastornos comunes de salud que preocupan a los telespectadores (trastornos del sueño, problemas de la piel, exceso de grasas, etc...), ofreciendo consejos para solucionarlos con productos naturales que pueden ayudar a superarlos, sin mención o muestra de ninguna marca que pueda conllevar a la existencia de publicidad encubierta, motivo por el cual MEDIASET no ha cobrado cantidad alguna de ningún laboratorio o empresa de otro tipo.

- Que la presentación de marcas concretas de productos relacionados con trastornos o cuestiones de salud, refiriéndose en concreto a productos de los Laboratorios Actafarma, se emitieron en telepromociones a lo largo de los programas analizados en el acuerdo de incoación, de forma claramente diferenciada de los microespacios de salud. Además, estas telepromociones fueron expuestas por el presentador del programa, Jorge Javier Vázquez, y no por el doctor que había protagonizado el espacio de salud, lo cual conlleva a una nítida diferenciación entre un espacio y otro, por lo que en ningún caso se puede considerar que se ha cometido la infracción atribuida.
- Que MEDIASET, con el fin de evitar la incoación de nuevos expedientes sancionadores, basados en hechos similares, ha decidido retirar de emisión la sección “Aprende a Cuidarte”.

Quinto.- Trámite de audiencia.

Con fecha 15 de febrero de 2016 fue notificada a MEDIASET la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento a los efectos de lo previsto por el artículo 19.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, Reglamento Sancionador), concediéndole un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones adicionales que estimara pertinentes. Asimismo, a la propuesta se acompañó una relación de los documentos obrantes en el procedimiento a fin de que el interesado los conociera y pudiera obtener las copias de los que estimase conveniente. (Folios 72 a 102).

En la propuesta de resolución notificada a MEDIASET se propone declarar a dicho operador responsable de la comisión de dos infracciones administrativas de carácter grave, por haber emitido, en su canal TELECINCO, comunicaciones comerciales encubiertas, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el Art. 18.2 de la LGCA.

Asimismo, en la mencionada propuesta de resolución y en aplicación de los artículos 58.8 y 60 de la LGCA y 131.3 de la LRJPAC, se propone imponer a MEDIASET, dos multas por importe total de 408.373 €.

Sexto.- Alegaciones MEDIASET al trámite de audiencia.

En fecha 3 de marzo de 2016, MEDIASET presentó alegaciones a la propuesta de resolución (folios 103 a 111) por las que solicita el sobreseimiento de las actuaciones por no existir vulneración del artículo 18.2 de la LGCA respecto de los hechos objeto del procedimiento y, con carácter subsidiario, se acuerde no imponer sanción o, al menos, imponer una sanción de importe mínimo o simbólico.

Las alegaciones, similares a las aportadas al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, en síntesis son las siguientes:

- Que las infracciones atribuidas a MEDIASET consisten en la combinación de un microespacio de salud y telepromociones emitidas con posterioridad al primero en el mismo programa. Sin embargo, existe una clara diferenciación entre ambos contenidos. Además, en el microespacio de salud no se promociona marca alguna y, de hecho, a raíz de anteriores resoluciones sancionadoras dictadas por publicidad encubierta, MEDIASET ha eliminado las referencias a páginas web durante la emisión de los microespacios, hecho que refuerza la ausencia de publicidad encubierta. Pero además, a raíz de la incoación del procedimiento sancionador objeto de la presente resolución, MEDIASET ha decidido retirar la sección “Aprende a Cuidarte”, al tratarse de una sección que aportaba contenido mínimo a un programa de más de cinco horas de duración.
- Que el microespacio “Aprende a Cuidarte” consiste en entrevistas o conversaciones con el Dr. Luis Gutiérrez, donde se habla de trastornos comunes de salud que preocupan a los telespectadores (trastornos del sueño, problemas de la piel, exceso de grasas, etc...), ofreciendo consejos para solucionarlos con productos naturales que pueden ayudar a superarlos, sin mención o muestra de ningún producto o marca en concreto. Que a la luz de lo anterior, debe de tenerse en cuenta que la marca comercial resulta inherente al propósito publicitario, de conformidad con nuestra jurisprudencia¹, además de que MEDIASET no ha cobrado cantidad alguna de ningún laboratorio o empresa de otro tipo.
- Que el hashtag “#aprendeacuidarte” tiene por objeto proporcionar a los telespectadores información adicional sobre los temas comentados por el Dr. Gutiérrez, así como respuestas a preguntas habituales. En todo caso, en la información disponible en redes sociales no se indica marca comercial alguna.
- Que la presentación de marcas concretas de productos relacionados con trastornos o cuestiones de salud, refiriéndose en concreto a productos de los laboratorios Actafarma, se emitieron en telepromociones claramente diferenciadas del microespacio de salud, emitidas con una separación temporal de hora y media, además de que las telepromociones fueron conducidas por el presentador del programa y no por el doctor que había protagonizado el espacio de salud.
- Que los hechos objeto del presente procedimiento dan lugar a una única infracción continuada, en su caso, dado que concurren los requisitos

¹ Alude a las Sentencias del TS de 30 de julio de 2012 (RC 6965/2010) y de 24 de abril de 2012 (RC 3262/2009) y de la AN de 24 de febrero de 2011 (Rec. 637/2009) y de 11 de noviembre de 2010 (Rec. 561/2009).

objetivos y subjetivos exigidos para este tipo de infracción, según lo señalado por nuestra jurisprudencia².

- Que si a pesar de los argumentos anteriores se concluye que MEDIASET debe ser sancionada, la sanción a imponer debería de ser mínima o simbólica teniendo en cuenta los factores de graduación aplicables al cuantificar la sanción y, en concreto, los siguientes:
 - Los hechos analizados, en su caso, podrían dar lugar únicamente a una infracción continuada.
 - MEDIASET ha adoptado cambios para evitar incurrir en infracciones similares a las que fueron objeto de los expedientes relativos al mismo tipo infractor.
 - MEDIASET no ha obtenido contraprestación alguna de Actafarma.
 - La escasa duración de los microespacios y su audiencia.

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

Por medio de escrito de fecha 7 de marzo de 2016, el Instructor ha remitido a la Secretaría del consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento Sancionador. (Folio 112)

Octavo.- Informe de la Sala de Competencia.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.1 de la LCNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe en su sesión de 28 de abril 2016 sobre el presente procedimiento sancionador. (Folio 113)

² Cita MEDIASET la STS de 10 de julio de 2002, 3 de abril de 2002, 2 de noviembre de 2001, 29 de abril de 1989 y de 31 de mayo de 1984, en relación con acciones que infringen un mismo precepto penal o de igual o semejante naturaleza, con independencia de que se ofenda a uno o a varios sujetos pasivos, además de requerirse cierta proximidad espacial y temporal de los hechos; y las STS de 12 de diciembre de 2012, 4 de noviembre de 1988 y 4 de octubre de 1983, respecto de la necesidad de la concurrencia de un dolo conjunto o continuado.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con el conjunto de actuaciones practicadas en este procedimiento, se consideran probados los hechos siguientes:

PRIMERO.- Emisión de comunicación comercial encubierta incluida en el programa de televisión SÁLVAME NARANJA del día 11 de junio de 2015.

De acuerdo con el Acta de Visionado (folios 44 a 53) de 6 de noviembre de 2015, entre las 18:54 y las 18:58, se emite el microespacio dedicado a la salud y titulado “Aprende a Cuidarte” (título que aparece en los monitores que hay en plató y que permanece hasta el final del microespacio. A su vez, aparece en la parte superior izquierda de la pantalla una transparencia con el hashtag #aprendeacuidarte que permanecerá hasta el final de dicho microespacio).



El discurso³ del Dr. Gutiérrez, encargado del mencionado microespacio, trata sobre la supuesta necesidad de los productos antioxidantes para el cuerpo.

³ Transcripción literal del acta de visionado: “Que cuando respiramos se forman esos famosos radicales libres, y son los que terminan afectando a nuestra célula, y envejece prematuramente (...) pero también tendría que hablar por ejemplo de los rayos ultravioleta; los rayos ultravioleta oxidan por ejemplo todas las células de nuestra piel, y entonces aparecen las arrugas (...) Entonces **lo que tenemos que lograr es conseguir antioxidantes** por un lado que contrarresten el efecto de esos radicales libres, o sea que esté mucho mejor, mucha más cantidad de antioxidantes, y también **tenemos un problema el ser humano no fabrica antioxidantes**, esto también es un tema claro y **los tenemos que conseguir a través de la alimentación**. (...) los norteamericanos, que inventan muchísimas cosas, han inventado también una escala, es una escala que llaman la escala ORAC, en esta **escala ORAC sabemos la capacidad antioxidantes de la mayoría de las frutas, y por ejemplo el extracto de uva patentado**. (...) Tenemos que tomar este tipo de frutas, y también tenemos que tomar manzana y luego existe, y cierto es, un **antioxidante superpotente**, como es el reveratrol **que se encuentra en la uva, y, sobre todo, en la uva tinta –plano detalle del reveratrol y de un blíster con cápsulas del color de la uva tinta-** (...)el extracto de uva, con una extracción patentada podríamos decir y que se encuentra en forma de complementos alimenticios –plano detalle de la mano del doctor Gutiérrez con el blíster de las cápsulas en su mano- **tiene 17 veces más potencia antioxidante que incluso el reveratrol que como te decía es un grandísimo antioxidante** -en un plano detalle la cámara muestra el blíster de cápsulas que tiene en las manos el doctor Gutiérrez, y a su lado el letrero que indica la potencia que tiene como antioxidante **EXTRACTO DE UVA PATENTADO 17 VECES+POTENTE-** (...)¿Y qué necesitamos? Necesitamos obligatoriamente el tomar un complemento alimenticio –señala el

Durante su discurso, se emiten sobreimpresiones en la parte inferior de la pantalla con gráficos explicativos sobre lo señalado por el mencionado doctor.

En síntesis, el Dr. Gutiérrez insiste en que *“necesitamos obligatoriamente el tomar un complemento alimenticio que nos va a aportar todos esos antioxidantes y, además, nos va a aportar para evitar el envejecimiento prematuro (...) como el extracto de uva patentado”* –durante tales intervenciones, intermitentemente aparece en pantalla la imagen de un blíster con cápsulas de color uva tinta indicándose que contiene **EXTRACTO DE UVA PATENTADO 17 VECES+POTENTE-**.



Con posterioridad y después de una pausa publicitaria, entre las 19:56 y las 19:59, el presentador del programa protagoniza una telepromoción de dos productos de los laboratorios ACTAFARMA: *Obextrem 7 CLINICAL* y *Revidox*.

Tras promocionar el primero de los productos, pasa a promocionar⁴ *Revidox* de esta manera: *“(...) Revidox un complemento alimenticio (...) un **potente antioxidante** (...) contiene extracto de uva, que mejora la salud y la apariencia de la piel. Con Revidox cumplir años es signo de juventud. Para más información sobre Obextrem y Revidox consulta la página web actafarma.com o llama al teléfono 902 202 456 y encuentra los mejores consejos en Facebook y en twitter”* –durante la telepromoción aparece, entre otras, una transparencia que contiene una cápsula similar a las que presentaba previamente el Dr. Gutiérrez junto al nombre de *Revidox-*.

blíster con cápsulas de la mesa- que nos va a aportar todos esos antioxidantes y además nos va a aportar para evitar el envejecimiento prematuro”.

⁴ Transcripción literal del acta de visionado: *“El imparable reloj del tiempo. Todos notamos, y con el paso de los años, nuestra piel ya no es la misma que cuando éramos jóvenes, y es que a todos nos afecta el paso del tiempo, esto es sólo lo que vemos por fuera, la verdadera causa es el envejecimiento celular, para combatir este envejecimiento, no sólo debemos actuar sobre la piel, sino sobre todas las células de nuestro cuerpo. Laboratorios ACTAFARMA ha desarrollado Revidox un complemento alimenticio que nos ayuda a cumplir años de forma saludable por dentro, y por fuera. Una cápsula al día de Revidox actúa desde el interior como un potente antioxidante gracias al selenio, contribuye a la protección de las células del estrés oxidativo, con Revidox también notarás los efectos en el exterior, ya que contiene extracto de uva, que mejora la salud y la apariencia de la piel. Con Revidox cumplir años es signo de juventud.”*



De los anteriores hechos se ha concluido que durante la emisión de los microespacios, el doctor trata de concienciar al telespectador de problemas que afectan a gran parte de la población -el envejecimiento por la oxidación de las células- y de que existen soluciones como el consumo de complementos alimenticios que contienen antioxidantes. Posteriormente el presentador del programa, durante la telepromoción de *Revidox*, utiliza argumentos similares a los utilizados previamente por el doctor al anunciar uno de los productos que identifica con los problemas y las soluciones expuestos por el doctor previamente. Asimismo, señala el presentador del programa que para mayor información sobre el producto, se puede consultar en *Facebook* y *Twitter*.

El hecho ha sido probado a través de la documental contenida en las actuaciones previas realizadas por personal técnico de la CNMC: (i) acta de visionado donde se identifica el canal, fecha, franja horaria (concretada en horas, minutos y segundos), ámbito territorial de emisiones, fotogramas de las mismas y la transcripción literal de los diálogos y de otros elementos que aparecen en pantalla (folios 44 a 53) y (ii) grabaciones soporte de las emisiones con impresión de la hora de emisión y se acompaña de archivo en el que consta la fecha, hora de emisión y duración de la grabación (folio 58).

SEGUNDO.- Emisión de comunicación comercial encubierta incluida en el programa de televisión SÁLVAME NARANJA del día 30 de junio de 2015.

De acuerdo con el Acta de Visionado (folios 33 a 43) de 6 de noviembre de 2015, entre las 17:18 y las 17:24, se emite el microespacio dedicado a la salud y titulado "Aprende a Cuidarte" (título que aparece en los monitores que hay en plató desde las 17:19:18 y que permanece hasta el final del microespacio y, a su vez, aparece en la parte superior izquierda de la pantalla una transparencia con el hashtag *#aprendeacuidarte* que permanecerá hasta el final de dicho microespacio).



El discurso⁵ del Dr. Gutiérrez, encargado del mencionado microespacio, trata sobre los adipocitos de grasa y, en concreto, sobre la necesidad de transformar la **GRASA BLANCA** en **GRASA PARDA** –esta última, más beneficiosa, según el doctor- a través del consumo de sustancias capaces de realizar dicha transformación a través del mecanismo de la **adipoconversión** y finaliza subrayando la existencia de sustancias capaces de hacer esa adipoconversión. Durante su discurso, se emiten sobreimpresiones en la parte inferior de la pantalla donde se subrayan las explicaciones del doctor, como se puede ver en los siguientes fotogramas del microespacio.



⁵ Transcripción literal del acta de visionado: “(...) La grasa es mala pero ¿verdaderamente la grasa es mala siempre? (...) ¡Ahí está la cuestión! y además cumple funciones muy importantes ¿por qué? Porque en nuestro tejido adiposo se sitúan las denominadas vitaminas liposolubles (...) ¿Toda la grasa es igual? ¿Toda la grasa es la misma? No, verdad (...) La buena es la parda (...) Tener un exceso de grasa blanca aumenta el riesgo, aumenta la posibilidad, de tener problemas, cardiovasculares tener problemas cerebrovasculares y otros trastornos, sin embargo, lo que tenemos que intentar a todo costa, y es una cuestión que tenemos que tener muy clara, es la transformación de la grasa blanca excesiva que tenemos, transformarla en grasa parda (...) **Lo que tenemos que hacer es transformarlo todo, absolutamente todo en grasa parda, y claro que se puede.** Se puede, ya lo hemos dicho con ejercicio, y se puede también con la alimentación. La genética poco podemos hacer con ella, pero también, y **se han hecho muchísimos trabajos científicos, esto es así de cierto, que han demostrado que hay sustancias capaces de transformar esta grasa blanca** (...) ¿Te digo yo cómo? (...) **Con la adipoconversión, tú lo has dicho ¿no? Y claro que sí, hay sustancias, como te digo, capaces de transformar, y hacer esa adipoconversión** (...)”.

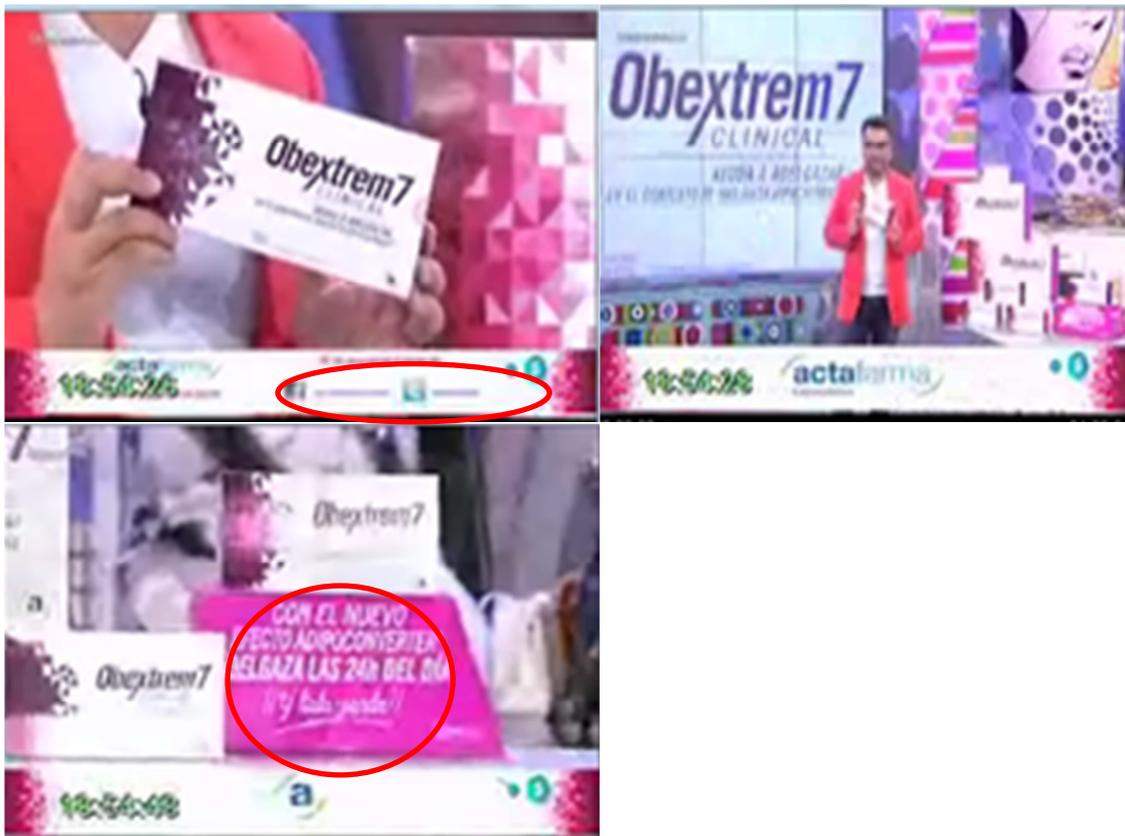
En síntesis, el Dr. Gutiérrez insiste en que “*hay sustancias, como te digo, capaces de transformar, y hacer esa **adipoconversión**, y transformar esa grasa blanca en esta grasa parda, y por lo tanto vamos a tener muchos menos problemas, por supuesto, a nivel cardiovascular y cerebrovascular*”. Durante tales intervenciones, intermitentemente aparece en pantalla una supuesta muestra de grasa blanca y de grasa parda.



Con posterioridad y después de una pausa publicitaria, entre las 18:52 y las 18:55, el presentador del programa protagoniza una telepromoción de dos productos de los Laboratorios Actafarma: *Revidox* y *Obextrem 7 CLINICAL*.

Tras promocionar el primero de los productos, pasa a promocionar⁶ *Obextrem 7 CLINICAL* de esta manera: “(...) **El exceso de grasa se acumula en nuestro cuerpo en lo que se conoce como grasa blanca**, tras muchos años de investigación estudios científicos han demostrado que existe un **mecanismo denominado adipoconversión que es capaz de transformar la grasa blanca acumulada en nuestro cuerpo en grasa parda**, que se quema y se elimina. (...) Además apostando por la innovación y la ciencia española presenta *Obextrem*. *Obextrem* está desarrollado a base de extractos naturales como el konjac, que **te ayuda a adelgazar siguiendo una dieta hipocalórica**, ya sabéis, yo este verano el único flotador que me llevo a la playa es el hinchable, y **lávala parda con *Obextrem*** de laboratorios Actafarma. (...)”.

⁶ Transcripción literal del acta de visionado: ““Ya no queda para el verano ¿queréis que os cuente cómo lucir tipazo en la playa? El exceso de grasa se acumula en nuestro cuerpo en lo que se conoce como grasa blanca, tras muchos años de investigación estudios científicos han demostrado que existe un mecanismo denominado adipoconversión que es capaz de transformar la grasa blanca acumulada en nuestro cuerpo en grasa parda, que se quema y se elimina. Laboratorios Actafarma te acompaña en el propósito de mantener un peso saludable y por eso recomienda seguir una dieta equilibrada, realizar ejercicio, y beber al menos dos litros de agua al día. Además apostando por la innovación y la ciencia española presenta *Obextrem*. *Obextrem* está desarrollado a base de extractos naturales como el konjac, que te ayuda a adelgazar siguiendo una dieta hipocalórica, ya sabéis, yo este verano el único flotador que me llevo a la playa es el hinchable, y **lávala parda con *Obextrem*** de laboratorios Actafarma.”



De los anteriores hechos se ha concluido que durante la emisión de los microespacios, el doctor trata de concienciar al telespectador de problemas que afectan a gran parte de la población –la acumulación de grasa blanca en el cuerpo debido a que esta no se quema, a diferencia de la grasa parda que sí se quema - y de que existen soluciones como complementos alimenticios que producen un efecto adipoconversor –mecanismo que transforma grasa blanca en grasa parda-. Posteriormente el presentador del programa, durante la telepromoción de OBEXTREM, utiliza argumentos similares a los utilizados previamente por el doctor al anunciar uno de los productos que identifica con los problemas y las soluciones expuestos por el doctor previamente. Asimismo, señala el presentador del programa que para mayor información sobre el producto, se puede consultar en *Facebook* y *Twitter*.

El hecho ha sido probado a través de la documental contenida en las actuaciones previas realizadas por personal técnico de la CNMC: (i) acta de visionado donde se identifica el canal, fecha, franja horaria (concretada en horas, minutos y segundos), ámbito territorial de emisiones, fotogramas de las mismas y la transcripción literal de los diálogos y de otros elementos que aparecen en pantalla (folios 33 a 43); y (ii) grabaciones soporte de las emisiones de la franja horaria con impresión de la hora de emisión y se acompaña de archivo en el que consta la fecha, hora de emisión y duración de la grabación (folio 59).

TERCERO.- Audiencia de los programas.

Se ha unido al expediente (folio 54 a 57) el informe de audiencias medias de las emisiones del programa SALVAME NARANJA, elaborado por la empresa Kantar Media, con los datos siguientes:

		AM(000)	AM%	Cuota
Fechas	Franjas	T5	T5	T5
11/06/2015	16:59:27 - 20:05:01	1967	4,4	19,7
30/06/2015	16:59:38 - 20:02:80	1871	4,2	18,5

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable.

El artículo 29.1 de la LCNMC, señala que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de 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 CNMC, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. La resolución de dichos procedimientos corresponde a la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 9, 21.2 y 29.1 de la LCNMC.

Junto a las normas ya citadas, son de aplicación al presente procedimiento, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en adelante, LRJPAC), el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador).

II.- Objeto del procedimiento sancionador.

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si MEDIASET infringió, con los contenidos emitidos en el microespacio “Aprende a Cuidarte” y con los de las telepromociones de “REVIDOX” y “OBEXTREM”, el

régimen establecido en el art. 18, apartado 2⁷ de la LGCA, en el programa “SÁVAME NARANJA” y en los días indicados, así como la responsabilidad administrativa por tales hechos.

III.- Tipificación de los hechos: emisión de comunicaciones comerciales encubiertas.

3.1. Consideraciones generales

La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (Directiva “Televisión sin fronteras”), se refiere a las limitaciones a la publicidad televisiva en su considerando vigesimoséptimo en los siguientes términos:

«Considerando que, para asegurar de forma completa y adecuada la protección de los intereses de los consumidores como telespectadores, es básico que la publicidad televisiva se someta a un cierto número de normas mínimas y de criterios y que los Estados miembros tengan la facultad de fijar reglas más detalladas o más estrictas y, en determinados casos, condiciones diferentes para los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia».

La Directiva “Televisión sin Fronteras” define la publicidad televisiva y la publicidad encubierta de la siguiente manera:

i) “publicidad televisiva”, cualquier forma de mensaje televisado a cambio de una remuneración o de un pago similar o bien para fines de autopromoción por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesión liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones;

j) “comunicación comercial audiovisual encubierta”, la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del organismo de radiodifusión televisiva, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hiciera a cambio de una remuneración o de un pago similar».

El artículo 2.32 de la LGCA, en parecidos términos a como ya lo hacía la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico

⁷ Bajo la rúbrica “Comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas”, el artículo 18 LGCA dispone en su apartado segundo la prohibición de “la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales”.

español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, trasladó la definición de la Directiva “Televisión sin Fronteras” a nuestro ordenamiento interno y describe la comunicación comercial encubierta como *“la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”*.

La publicidad encubierta ha sido prohibida por la Directiva “Televisión sin Fronteras”⁸ y así lo ha establecido el legislador, tanto en la citada Ley 25/1994⁹ como en la LGCA, en su artículo 18.2, donde subraya la gravedad de este tipo de publicidad prohibida al incluirla en el mismo artículo en el que se prohíbe la publicidad de productos ilegales o que atente contra los valores democráticos más significativos.

De la definición de publicidad encubierta contenida en la LGCA, cabe resaltar que tiene un propósito publicitario y es apta para inducir a error en los destinatarios a los que se dirige. Para ello se enmascara el mensaje publicitario bajo la apariencia de un contenido informativo o de otra índole, pero aparentemente objetivo, que proporciona una mayor confianza en los destinatarios y la falsa impresión de que se trata de una manifestación de un tercero imparcial o ajeno a los intereses propios del titular del bien o servicio publicitado. De esta manera, este tipo de publicidad traiciona la confianza depositada por el consumidor en los medios de comunicación y en sus profesionales y vulnera de manera flagrante una legislación que concentra sus esfuerzos en la exigencia de una drástica separación entre los programas y los mensajes publicitarios.

La publicidad encubierta tiene indudables ventajas para el anunciante, por cuanto que evita las defensas que el receptor del mensaje publicitario activa ante la emisión explícita de un mensaje publicitario, prestigia una marca y crea una necesidad de consumo ante la creencia de estar viendo un programa con contenido informativo. Además, evita la pérdida de atención del telespectador frente a la publicidad convencional, e incluso el cambio del canal, y consigue de esta manera aumentar la eficacia de la actividad promocional. Las comunicaciones comerciales como las que nos ocupan también facilitan el aumento de la información sobre los productos promocionados al permitirse una mayor duración temporal frente a la necesidad de síntesis de otros formatos publicitarios. También se busca mayor eficacia del acto de comunicación comercial al realizarse por medio de un personaje popular que, por una parte, avala al prescriptor publicitario al que se presenta como un

⁸ Art. 10.4.

⁹ Art. 10.2.

experto neutral y, por otra, se otorga credibilidad a sus afirmaciones y recomendaciones simulando una entrevista o exposición convencional con objetivos informativos o divulgativos.

Por su propia naturaleza, en la publicidad encubierta la promoción del producto no se hace de una manera explícita, clara o abierta, sino oculta, como en este caso, a través de un microespacio supuestamente informativo. Esa ocultación por sí misma entraña riesgo para los consumidores de provocar su error, a través del estímulo, no explícito, al consumo de los productos.

En el presente caso, la promoción de los productos de Actafarma se ha realizado de manera oculta en el microespacio “Aprende a Cuidarte”, microespacio que consiste, en palabras de MEDIASET, *“en entrevistas o conversaciones con el Dr. Luis Gutiérrez [Doctor colaborador que actúa como prescriptor y experto supuestamente neutral], donde se habla de trastornos comunes de salud que preocupan a los telespectadores (problemas de la piel, exceso de grasas, etc...), ofreciendo consejos para solucionarlos”* como, por ejemplo, consumir complementos alimenticios que pueden ayudar a superar tales trastornos comunes de salud. Ese microespacio tiene un propósito publicitario al estimular inconscientemente a los telespectadores al consumo de complementos alimenticios que secuencialmente coinciden con los elementos comerciales propios de los complementos alimenticios que son posteriormente telepromocionados al subrayar sus características o supuestos efectos.

Las comunicaciones comerciales encubiertas, como las que son objeto de la presente resolución, también evitan la aplicación de los límites legales a otros tipos de comunicaciones comerciales, como los mensajes publicitarios e incumplen otra prohibición¹⁰, la de promocionar indirectamente el consumo de productos aportando testimonios de profesionales sanitarios y de personas famosas o conocidas por el público como medio de inducción al consumo. No obstante, este último incumplimiento no es objeto del presente procedimiento.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el derecho a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales está expresamente previsto en el artículo 6.5 de la LGCA.

Por todos estos motivos, la LGCA prohíbe la comunicación comercial encubierta en su artículo 18.2 y la tipifica como una infracción administrativa de carácter grave en su artículo 58.8.

De la definición expuesta más arriba, se desprenden las siguientes notas características de las comunicaciones comerciales encubiertas:

- (i) La inclusión en un programa.
- (ii) Que la presentación tenga un propósito publicitario.

¹⁰ Art. 4.7 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

- (iii) Que sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción al tratarse de un mensaje publicitario que no es reconocido como tal.

En cuanto a la existencia o no de una remuneración y su posible incidencia en el carácter intencional de la conducta, tal como señala la propuesta de resolución, el artículo 2.32 de la LGCA no exige la acreditación de la contraprestación para apreciar que una comunicación comercial es encubierta. Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya falló en su sentencia de fecha 9 de junio de 2011 (asunto C-52/10) que la existencia de una remuneración o de un pago similar no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta, por lo que esa remuneración no es determinante para la existencia de una comunicación comercial encubierta. Por ese motivo, no se analiza en la presente resolución la intencionalidad de la conducta en atención al carácter remunerado o no de las comunicaciones comerciales a las que se refiere.

3.2. Cumplimiento de los requisitos del ilícito.

De acuerdo con la relación de hechos probados antes expuesta, se considera acreditado que dentro de los dos programas de “SÁLVAME NARANJA”, del canal Telecinco, del que es responsable editorial MEDIASET, se han incorporado dos microespacios de carácter divulgativo relacionados con la salud, denominados “Aprende a Cuidarte”, protagonizados por el doctor Gutiérrez junto con el presentador del programa en los que, como antes hemos mencionado, habla de trastornos comunes de salud que preocupan a los telespectadores ofreciendo consejos para solucionarlos a través de, entre otros, el consumo de complementos alimenticios cuyas características coinciden con las de los productos o complementos alimenticios que posteriormente son telepromocionados.

Puede considerarse que el microespacio forma parte de una acción publicitaria compleja conocida como *multisoporte* o *multiformato*. A estos efectos, se considera como tal aquella en la que la acción publicitaria se desencadena de forma sucesiva y/o simultánea y sistemática a través de diversos medios o soportes, que reiteran, complementan o amplían los mensajes (telepromoción, remisión a web, red social etc.). Esta acción publicitaria también se denomina *marketing 360 grados* porque el cliente puede ser dirigido de un spot de televisión que lo invite a pasar a una red social y que a su vez lo lleve a la página oficial de la empresa que se está publicitando o viceversa. El funcionamiento del marketing 360 grados se da con la inclusión de la publicidad online, específicamente las páginas empresariales con sus respectivas redes sociales, que se combinan con los métodos convencionales de publicidad como son cualquier tipo de banners, spots en televisión, radio o medios impresos como las revistas y los periódicos.

Atendiendo a lo anterior, se considera que las entrevistas del doctor Gutiérrez forman parte de una acción publicitaria multisoporte para la promoción de los productos REVIDOX y OBEXTREM. Tal y como se verá más adelante, la acción publicitaria comienza desde una red social en la que se invita a los usuarios a ver el microespacio televisivo “Aprende a cuidarte”, finaliza con la telepromoción de los dos productos y se complementa con las redes sociales en las que se añade más información¹¹ sobre los problemas tratados por el doctor Gutiérrez y cómo los productos promocionados son una solución a aquéllos.

Sin perjuicio de lo ya expuesto bajo la relación de Hechos Probados y de la incorporación al expediente de los videos soporte de tales hechos, como se ha expuesto, en los dos supuestos objeto de la presente resolución es indudable la inclusión del microespacio “Aprende a cuidarte” dentro de un programa de televisión, por lo que el cumplimiento del resto de requisitos del tipo sancionador se centrará en el análisis de su propósito publicitario y el de la posibilidad de inducir a error al público en cuanto a su naturaleza publicitaria.

3.2.1 Propósito publicitario.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, define la publicidad como *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

Por su parte, la LGCA define la comunicación comercial audiovisual en su artículo 2.24, de la siguiente manera:

“Las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio. En todo caso son formas de comunicación comercial audiovisual: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto”.

La LGCA considera mensaje publicitario:

“Toda forma de mensaje de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones.”

¹¹ Por ejemplo, a través del hashtag #aprendeacuidarte, que figura durante la emisión de los microespacios y que, tal y como reconoce MEDIASET en sus alegaciones, tienen por efecto proporcionar a los telespectadores información adicional sobre los programas comentados por el doctor Gutiérrez.

A la vista de las anteriores definiciones, el ilícito exige que la comunicación comercial encubierta tenga por objeto la promoción de la compra de bienes o de la prestación de servicios.

A este respecto, el propósito publicitario de los microespacios y la intención de promover la compra de los productos telepromocionados (al contrario de lo alegado por MEDIASET) se deduce de la relación de hechos probados donde se observa una conexión entre el microespacio y las telepromociones dada la coincidencia entre los temas expuestos por el Doctor y la telepromoción posterior, además de existir, también, una conexión explícita e implícita entre el microespacio (supuestamente informativo) y el anunciante de las telepromociones, Laboratorios Actafarma.

En cuanto a la conexión entre ambos espacios, ésta resulta evidente en cuanto a que los trastornos de salud sobre los que tratan los microespacios y las soluciones que propone el Doctor para solucionarlos, como es el consumo de complementos alimenticios que contienen determinados componentes o que facilitan determinados mecanismos biológicos, son coincidentes con los trastornos que supuestamente solucionan los productos posteriormente telepromocionados ya que contienen, entre sus componentes, los productos a los que previamente se refirió el Doctor o que facilitan los mecanismos biológicos señalados por el Doctor.

En cuanto a la conexión explícita entre el microespacio y Laboratorios Actafarma, se puede comprobar por las publicaciones en *FACEBOOK*, los mismos días 11 y 30 de junio de 2015 en el perfil de usuario de Actafarma¹², y previo al inicio de los programas de SÁLVAME NARANJA, el enlace a unos vídeos en directo y que fueron introducidos de forma coincidente con el tema tratado por el doctor ese día y con los productos telepromocionados: *“Hoy como cada semana, el Dr. Gutiérrez te trae los mejores #consejos e información de #salud, en esta ocasión, sobre el desequilibrio que causan en nuestro organismo los #radicaleslibres, y cómo neutralizar su ataque a nuestras #celulas, no te lo pierdas...”* y también, *“No te pierdas como cada martes el espacio de #salud #aprendeacuidarte del Dr. Gutiérrez, y descubre porqué unas personas están más #delgadas que otras comiendo lo mismo...”*

¹² <https://www.facebook.com/laboratorios.actafarma/>



Pero además, también existe una conexión implícita entre Laboratorios Actafarma y el microespacio “Aprende a Cuidarte”, hecho que refuerza el propósito publicitario del microespacio, tal y como veremos a continuación.

El título del microespacio de “Aprende a cuidarte” que aparece en los monitores que hay en plató durante la emisión del microespacio, tiene un slogan muy parecido, hecho que facilita la identificación del microespacio con la empresa anunciante de las telepromociones, así como un diseño muy similar, en cuanto a que utiliza los mismos colores y fuente tipográfica, que i) el logo de Laboratorios Actafarma; ii) el título anterior del mismo microespacio¹³ que era el de “Me encanta cuidarme” y; iii) el perfil de *TWITTER* @tecuidamos creado por Actafarma.

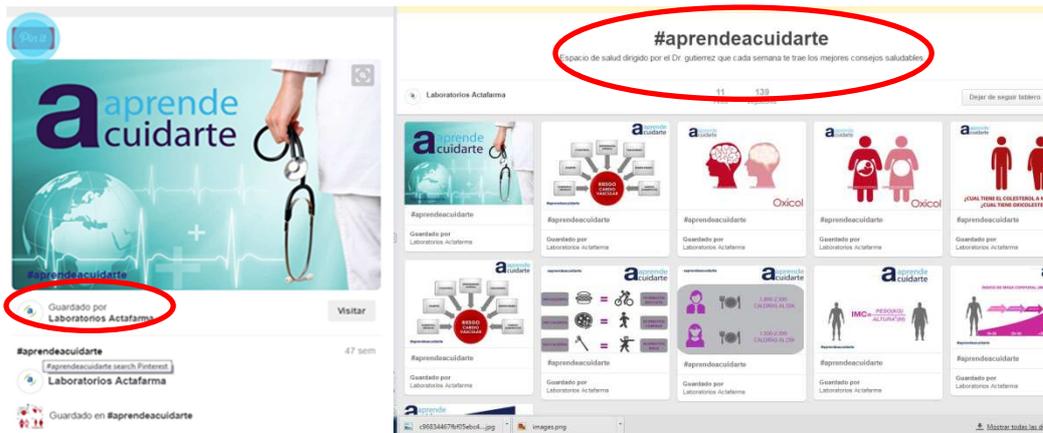
¹³ Con fecha 26 de mayo de 2015, la CNMC dictó Resolución del procedimiento sancionador, incoado a Mediaset España Comunicación, S. A., donde fue declarada como responsable de haber emitido, en su canal TELECINCO, comunicaciones comerciales encubiertas de ACTAFARMA, REVIDOX, OBIXTREM y DORMAX, en las secciones de salud “ME ENCANTA CUIDARME” de los programas “SÁLVAME DIARIO” de 30 de octubre, 6, 13, 18, y 27 de noviembre y 4 de diciembre, todos de 2014 (SNC/D TSA/2104/14). En ese caso, el título del microespacio similar mantenía diseño similar e idéntica tipografía que el actual título.



Emisión del microespacio “Me encanta cuidarme” del día 13/11/2014.

Además, la imagen del título “Aprende a Cuidarte” que aparece en los monitores que hay en plató durante el desarrollo del microespacio, figura en la página web de la red social *PINTEREST* bajo el hashtag #aprendeacuidarte¹⁴ creado por Actafarma y promocionado durante el microespacio al poner en la parte superior izquierda de pantalla el mencionad hashtag. Además, al acceder al mencionado hashtag en *PINTEREST*, se observan varias imágenes bajo el título “aprende a cuidarte”, todas guardadas por Laboratorios Actafarma y, como introducción a todas esas imágenes, se acompaña la siguiente explicación: “Espacio de salud dirigido por el Dr. Gutiérrez que cada semana te trae los mejores consejos saludables”.

¹⁴ <https://es.pinterest.com/actafarma/aprendeacuidarte/>



Por último, cabe señalar como indicio de conexión entre ambas entidades y entre los espacios televisivos, la existencia de un canal¹⁵ en *YOUTUBE* titulado “Me encanta cuidarme” creado por Laboratorios Actafarma en el que constan vídeos del microespacio “Aprende a Cuidarte” emitidos los días 10, 17 y 24 de marzo de 2015, microespacios en los que se trataron trastornos de salud que coinciden con los productos que comercializan los Laboratorios Actafarma y que promocionan en su publicidad.



En todo caso, se considera que el objeto de las entrevistas es incentivar la compra de los productos posteriormente telepromocionados, esto es, que se trata de publicidad encubierta.

En efecto, como se desprende de la relación de hechos probados y del visionado del programa, que consta en el expediente administrativo, en el emitido del 11 de junio de 2015 durante el cual aparece el hashtag #aprendeacuidarte y en los monitores de plató el título “Aprende a cuidarte” - téngase en cuenta lo anteriormente expuesto acerca de la conexión implícita de ese título con Laboratorios Actafarma-, tras hablar el doctor Gutiérrez del envejecimiento de células por su oxidación, señala que **“Necesitamos obligatoriamente el tomar un complemento alimenticio (...) que nos va a**

¹⁵ <https://www.youtube.com/user/meencantacuidarme>

aportar todos esos antioxidantes (...) como el extracto de uva patentado". La acción promocional se completa en un momento posterior cuando se telepromociona el producto REVIDOX utilizando argumentos similares a los utilizados previamente por el doctor al señalar, por ejemplo, que el producto *"actúa desde el interior como un **potente antioxidante (...) contiene extracto de uva (...)**"*. Durante la telepromoción aparecen en las transparencias que figuran en la parte inferior de la pantalla, referencias al hashtag #*tecuidamos* y el perfil de Facebook de "me encanta cuidarme" -tégase en cuenta lo anteriormente expuesto acerca de la conexión implícita entre el espacio y Laboratorios Actafarma-.

En cuanto al programa emitido el 30 de junio de 2015 durante el cual también aparece el hashtag #*aprendeacuidarte* y en los monitores de plató el título "Aprende a cuidarte" -tégase en cuenta lo anteriormente expuesto acerca de la conexión implícita de ese título con Laboratorios Actafarma-, tras hablar el doctor Gutiérrez que debido a que el exceso de grasa blanca aumenta la posibilidad de tener problemas cardiovasculares, cerebrovasculares y otros trastornos, señala que *"se han hecho muchísimos trabajos científicos, y esto es así de cierto, que han demostrado que **hay sustancias capaces de transformar esta grasa blanca (...)** y hacer esa **adipoconversión**, y transformar esa grasa blanca en esta grasa parda*". La acción promocional se completa en un momento posterior cuando se emite la telepromoción del producto OBEXTREM utilizando argumentos similares a los utilizados previamente por el doctor al señalar, por ejemplo, que *"muchos años de investigación estudios científicos han demostrado que existe un **mecanismo denominado adipoconversión que es capaz de transformar la grasa blanca acumulada en nuestro cuerpo en grasa parda, que se quema y se elimina. (...)**"*. Durante la telepromoción aparecen en las transparencias que figuran la parte inferior de la pantalla, referencias al hashtag #*tecuidamos* y el perfil de Facebook de "me encanta cuidarme" - tégase en cuenta lo anteriormente expuesto acerca de la conexión implícita entre el espacio y Laboratorios Actafarma-.

En virtud de todo lo anterior, se concluye que el microespacio tiene un claro propósito publicitario en cuanto que resulta evidente el objetivo de estimular la necesidad de adquirir productos -complementos alimenticios- que contrarresten los problemas de salud introducidos por el doctor Gutiérrez.

3.2.2 Que la comunicación comercial 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.

Como se ha explicado más arriba, la publicidad encubierta se caracteriza porque puede inducir al público a error en cuanto a su naturaleza.

La falta de reconocimiento del carácter publicitario del mensaje por parte de los destinatarios se consigue, en primer lugar, porque se trata de comunicaciones ni separadas ni identificadas como publicidad, pues no se incluyen dentro de un

bloque publicitario que interrumpa el programa, sino dentro de este, como una parte de su contenido sin que se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna sobreimpresión que la identificara.

El Tribunal Supremo reconoce en su sentencia de 24 de abril de 2012 que la presentación del producto de una forma no clara ni directa, sino encubierta, colabora de manera decisiva a que esa forma oculta de presentación del producto sea idónea para producir error en los consumidores.

Además, el engaño al telespectador se consigue en este caso mediante la presentación del prescriptor como un médico, ajeno a los productos y servicios promocionados y, por lo tanto neutral. La utilización de un prescriptor experto (el llamado “marketing de influencia”) –en este caso, un supuesto médico experto- contribuye a generar en el consumidor credibilidad, una sensación de fiabilidad y un atributo de independencia que le hace más vulnerable al mensaje publicitario encubierto. De esta manera, se contribuye a la indefensión del consumidor, que no percibe el mensaje como publicitario induciéndole al error que caracteriza al ilícito administrativo.

Es así que, de conformidad con los hechos probados, los dos microespacios emitidos en efecto inducen al error a los telespectadores al crear una falsa sensación de separación entre la actividad del Doctor como prescriptor sanitario, por un lado, y promotor indirecto de consumo de los productos telepromocionados, por otro.

Además, las sobreimpresiones que se incluyen en las diferentes emisiones refuerzan el carácter encubierto del mensaje comercial, pues remarcan la idea de que los “*consejos*” son soluciones para diferentes problemas de salud cuando en realidad se trata de una estrategia promocional destinada a adquirir productos concretos que contienen las soluciones introducidas por el doctor Gutiérrez.

Por ejemplo, en una de las sobreimpresiones del programa del día 11 de junio, se dice que “*Hoy con el doctor Gutiérrez hablamos del estrés oxidativo ¡¡Vamos a aprender a combatir la oxidación de nuestra células!!*”. Si bien el doctor en ese caso nombra varios productos que contienen antioxidantes, subraya insistentemente que el más efectivo es el extracto de uva “patentado”, a la vez que muestra un blíster con cápsulas del mismo color que la imagen del producto REVIDOX.

Las anteriores características concurren en el vídeo del día 30 de junio, pero refiriéndose a la adipoconversión de la grasa blanca en grasa parda.

Así, y al contrario del carácter exclusivamente informativo que se quiere dar a la entrevista, esta no tiene como única finalidad ofrecer una información objetiva, sino que tiene por finalidad principal promover la compra de los diferentes productos, como ya se ha explicado, creando razonablemente la

impresión, al menos de forma potencial, al consumidor de que se encuentra ante un contenido del programa relacionado con la salud en lugar de ante un mensaje publicitario y, en definitiva, contribuyendo a crear un error en cuanto a la naturaleza de la presentación.

IV. Análisis de las alegaciones de la imputada.

MEDIASET presenta alegaciones relativas a la ausencia de publicidad encubierta de los microespacios debido a que no están conectados con las telepromociones posteriores por los siguientes motivos: i) existe una clara diferenciación entre los microespacios y las telepromociones posteriores; ii) el microespacio no incluye referencias a páginas web; iii) no se menciona marca alguna durante la emisión del microespacio; y iv) a que MEDIASET no ha cobrado cantidad alguna de ningún laboratorio o empresa de otro tipo, se debe señalar que ya se ha analizado suficientemente la presencia de elementos que determinan una clara conexión entre ambos espacios emitidos, hecho que demuestre el propósito publicitarios de los microespacios.

No obstante, conviene subrayar que si bien la diferenciación entre ambos contenidos es evidente, que de conformidad con lo expuesto en el anterior Fundamento de Derecho la conexión entre ambos también es evidente por los elementos conectores conscientes -problema y solución del tema expuesto por el Dr. Gutiérrez análogo al problema y solución que tratan los productos telepromocionados, además de los enlaces desde redes sociales de Actafarma al microespacio- e inconscientes –similitud en el título del microespacio con el slogan y el arte de la marca Actafarma-. Y en cuanto a la ausencia de cobro de cantidad de algún laboratorio por los microespacios, de conformidad con el artículo 2.32 LGCA que establece que no es requisito sine qua non la existencia de contraprestación para valorar la intencionalidad, al igual que lo establece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 9 de junio de 2011 (asunto C 52/10), según lo antes señalado (inciso final del apartado 3.1).

MEDIASET insiste en la diferenciación de los espacios en ambos días y en la separación temporal de hora y media entre los dos espacios. No obstante, debe señalarse que los datos de audiencia que constan en Hechos Probados se refieren a los espectadores que se han mantenido desde el microespacio hasta la telepromoción, es decir, la separación temporal a la que alude MEDIASET no supone que los telespectadores que han visto ambos espacios sean distintos.

En cuanto a que MEDIASET ha decidido retirar la sección “Aprende a Cuidarte”, al tratarse de una sección que aportaba contenido mínimo a un programa de más de cinco horas de duración, debe señalarse que la LGCA no impide la inclusión de microespacios divulgativos de salud en programas de televisión siempre y cuando éstos no tengan un propósito publicitario e

induzcan a error a los telespectadores sobre tal propósito, tal y como sí ocurre en el presente caso.

En cuanto a la alegación relativa a que los hechos objeto del presente procedimiento dan lugar a una única infracción continuada, cabe señalar lo ya razonado en las resoluciones de esta misma Sala de 2 de junio de 2015 y 30 de julio de 2015, dictadas en los expedientes SNC/DTSA/2104/14¹⁶ y SNC/DTSA/007/15¹⁷. Así, no basta para apreciar la existencia de una infracción continuada con la simple reiteración de conductas semejantes, pues es preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante, responda a un mismo proceso psicológico y material y, como se ha visto, la inclusión de microespacios en programas concretos responde a procesos individualizados y distintos por cada emisión del programa o, en otras palabras, la conducta infractora se agota en cada caso.

La doctrina de la “infracción continuada” y su redacción en el Reglamento del Procedimiento Sancionador deriva de la doctrina penal sobre el “delito continuado”, si bien deben de tenerse en cuenta los matices propios del Derecho Administrativo sancionador.

Por ejemplo, en el Derecho penal esta doctrina funciona como un correctivo de graduación al alza de la pena. Por el contrario, en el ámbito del Derecho administrativo, tal agravación de la sanción por la continuidad de la infracción no existe. Ante tal ausencia, la aplicación literal del artículo 4.6 del Reglamento de la Potestad Sancionadora puede dar lugar a incoherencias con el principio de prevención general y disuasión propio del derecho punitivo. Asimismo, una aplicación literal de la doctrina podría contravenir el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta que la finalidad de esta figura, en el Derecho administrativo, es que el infractor pueda verse favorecido por la escasa entidad de la sanción correspondiente a cada una de las acciones ilícitas singularmente consideradas.

Para evitar lo anterior, y de conformidad con lo establecido por nuestros tribunales¹⁸, la calificación de una infracción como continuada no puede

¹⁶ Pg. 33 de 36: “(...) cabe concluir que cada conducta infractora se agota en sí misma, produce efectos plenos, lesiona el bien jurídico que al norma prohibitiva protege, por lo que es susceptible de subsumirse en el tipo infractor. La reiteración de la misma conducta (sobre la base de idénticas circunstancias: identidad de programa, medio, producto publicitado, mecanismo de encubrimiento equivalente, aunque no siempre idéntico, etc.) constituye el inicio y ejecución de una nueva conducta susceptible de encuadrarse, de nuevo, en el mismo tipo infractor.”

¹⁷ Pg. 39 de 43: “(...) con independencia de la hipotética verificación de los requisitos de la infracción continuada, su inaplicación a los supuestos de comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas por la jurisprudencia apuntada precisamente para asegurar los principios de prevención y proporcionalidad, motiva el rechazo de las alegaciones de MEDIASET (...)”

¹⁸ Por ser la más representativa de lo anteriormente expuesto, además de especialmente referida al sector de la comunicación audiovisual, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2010 (recurso 698/2008), confirmada por el Tribunal Supremos en su Sentencia

suponer la imposición de una multa inferior a la que correspondería por su consideración individualizada para reforzar la finalidad del tipo infractor o la protección del bien jurídico de que se trate y, asimismo, que la ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión, suponga un beneficio al infractor respecto de la sanción que le correspondería por su consideración individualizada.

En definitiva, en este caso concreto, no cabe acoger la interpretación que pretende MEDIASET para determinar el carácter continuado de las dos emisiones de publicidad encubierta sino que lo que corresponde apreciar es que MEDIASET ha aprovechado de distintas oportunidades para materializar idéntica infracción.

V. Responsabilidad de la infracción.

Con carácter general, MEDIASET es responsable de los contenidos que emite, a efectos del procedimiento administrativo sancionador y en aplicación de lo establecido en el art. 61 de la LGCA. La responsabilidad puede ser exigida *“aún a título de simple inobservancia”* (art. 130.1 Ley 30/1992), lo que conduce a la atribución de responsabilidades incluso en los casos de negligencia simple respecto del cumplimiento de los deberes legales impuestos a los prestadores del servicio de televisión.

El sector audiovisual, un sector altamente especializado en el que MEDIASET, como prestador, cuenta con expertos profesionales que deben poner la máxima diligencia en el cumplimiento de la normativa y, en este caso, la prohibición del carácter publicitario encubierto del contenido de sus programas. De esta manera, la emisión de publicidad encubierta es reprochable porque constituye, al menos, una grave negligencia en lo que respecta a ese deber esencial de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva.

Los cambios adoptados por MEDIASET para evitar incurrir en infracciones similares a las que fueron objeto de los expedientes relativos al mismo tipo infractor, según señala en su escrito de alegaciones, son insuficientes a sabiendas de que el prestador es el responsable de la emisión de programas y publicidad, y como tal, dispuso de la oportunidad de subsanarlos o evitarlos.

La repetición del ilícito impide considerar que se trate de hechos aislados promovidos al margen de la voluntad del prestador del servicio de comunicación audiovisual.

de 30 de julio de 2013 (recurso 6965/2010), señala lo siguiente: *“Como conclusión el Tribunal estima inaplicable, al presente caso, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993 porque comportaría contravención de la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción; porque, por la singular naturaleza económica de la actividad, iría en fomento de la infracción en lugar de operar el principio de prevención (general y especial); y porque incluso, en los casos límite, pueden verse afectados bienes de carácter personal como la libertad referida a los actos de consumo.”*

En consecuencia, se considera a MEDIASET, con la emisión de los microespacios y telepromociones a los que se refiere esta resolución, en las condiciones referidas, responsable de la comisión de dos infracciones administrativas graves, tipificadas en el artículo 58.8 de la LGCA, al existir una clara vinculación entre los consejos impartidos en los microespacios de salud y las posteriores telepromociones, dentro del mismo programa, de los productos REVIDOX y OBEXTREM de los Laboratorios Actafarma, lo que contribuye a generar en el telespectador confusión o error sobre la naturaleza y carácter del microespacio relativo a consejos de salud.

VI. Cuantificación de la sanción.

La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas está tipificada en el artículo 58.8 de la LGCA como infracción grave.

A su vez, el artículo 60.2 de la LGCA prevé que las infracciones graves podrán ser sancionadas con multas cuyo importe va desde los 100.001 euros hasta los 500.000 euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisual.

En la Propuesta de Resolución se concretó la sanción en la imposición de dos multas de las previstas en el artículo 60.2 de la LGCA. Por la primera de las infracciones, la cometida el 11 de junio de 2015, se propuso la imposición de una multa de 198.956,00 €. Y para la segunda de las infracciones, cometida el día 30 de junio de 2015, se propuso una multa de 209.417,00 €. Para la cuantificación de ambas sanciones en la Propuesta de Resolución se tuvo en cuenta la repercusión social en función de la audiencia media de los programas, el beneficio económico que las conductas infractoras pueden haber reportado al prestador en función de la duración de la publicidad y la reincidencia en la comisión de este tipo de infracciones aludiendo a los expedientes SNC/DTSA/007/15 y SNC/DTSA/2104/14, todo lo anterior, de conformidad con los artículos 131.3 de la LRJPAC y 60.4 de la LGCA.

No obstante lo anterior, y en contra a lo solicitado por MEDIASET en cuanto a que la sanción a imponer debería de ser mínima o simbólica teniendo en cuenta los factores de graduación aplicables al cuantificar la sanción, deben de reconsiderarse algunos criterios de graduación de la sanción tenidos en cuenta en la propuesta de Resolución al objeto de que exista una adecuada coherencia entre las conductas infractoras, el mayor reproche que merecen aquellas y la sanción.

En primer lugar, en la propuesta de resolución se ha tenido en cuenta la reincidencia en la comisión de este tipo de infracciones aludiendo a los expedientes SNC/DTSA/007/15, Resolución de 30 de julio de 2015, y SNC/DTSA/2104/14, Resolución de 2 de junio de 2015.

El Tribunal Supremo señala en su Sentencia de 13-10-1986 (RJ 1986, 5452) que “ (...) una «reincidencia» implica sucesión en el tiempo de hechos ya

sancionados (...)" y en su Sentencia del 4-10-1983 del mismo Alto Tribunal (RJ 1983, 4990) que "la reincidencia es precisamente la de servir de reforzamiento sancionador a quien, habiendo sufrido la primera admonición, no se corrige y comete una segunda o posterior infracción (...) para que haya reincidencia es preciso también que al cometerse la segunda o posterior falta la precedente esté definitivamente sancionada."

Atendiendo a lo anterior, en la fecha en que se cometieron los hechos infractores (11 y 30 de junio), sí se había resuelto el expediente SNC/D TSA/2104/14 (resolución de 2 de junio de 2015) donde se determinó que MEDIASET era responsable de la comisión de cinco infracciones administrativas de carácter grave por la emisión de publicidad encubierta.

A diferencia de la sanción dictada en el marco del expediente SNC/D TSA/2104/14, la sanción contenida en la Resolución de 30 de julio de 2015 (SNC/D TSA/007/15) fue adoptada con posterioridad a la comisión de los hechos objeto del presente procedimiento. En consecuencia, no concurre aquí el requisito exigido jurisprudencialmente, motivo por el que no debe de ser tenida en cuenta a efectos de considerar el criterio de la reincidencia que prevé el artículo 131.3 de la LRJPAC.

No obstante lo anterior, ese expediente SNC/D TSA/007/15, en el que se consideró a MEDIASET responsable de emitir comunicaciones comerciales encubiertas en su canal TELECINCO en el microespacio consistente en entrevistas de salud a Meli Camacho dentro de los programas "¡QUÉ TIEMPO TAN FELIZ!", sí debe de ser tenido en consideración a efectos de valorar la intencionalidad y reiteración de MEDIASET en la comisión de las conductas infractoras objeto del presente procedimiento, conforme con lo previsto por el artículo 131.3 de la LRJPAC.

En segundo lugar, en el expediente que nos ocupa MEDIASET insiste en la promoción de productos relacionados con la salud utilizando acciones publicitarias complejas, como es la acción publicitaria que hemos calificado como multisoporte o multiformato. Pues bien, este tipo de acciones tienen una elevada aptitud para repercutir activamente (y de forma inconsciente) en los consumidores y, en consecuencia, para incrementar de forma exponencial el daño causado por la acción o la lesión al bien jurídico que el tipo infractor, en definitiva, pretende proteger.

En tercer lugar, la naturaleza de los productos publicitados, relacionados con productos sanitarios, merece un mayor reproche considerando que se trata de publicidad prohibida, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición y artículo 4.7 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria. En efecto, tanto en los hechos objeto del presente procedimiento como en los del procedimiento sancionador SNC/D TSA/2104/14, se hace creer al espectador

respecto de los microespacios en los que interviene el Dr. Gutiérrez, que está ante un contenido de salud en el que participa como prescriptor y experto neutral independiente el referido Dr. Gutiérrez, cuando en realidad se trata de una acción publicitaria compleja en la que se aporta el testimonio de un supuesto profesional sanitario como medio de inducción al consumo del producto que posteriormente es telepromocionado.

Así, la naturaleza del producto publicitado debe también tenerse en cuenta a efectos de cuantificar la sanción, en particular, en la incidencia que la conducta despliega en relación con la naturaleza e intensidad de los perjuicios causados, actual o potencialmente; la repercusión social de la conducta infractora (en este caso, singularmente, la protección efectiva del derecho a la seguridad alimentaria de las personas); o la necesidad de impedir las actividades de publicidad o promoción que constituyan un riesgo para la salud.

En virtud de todo lo anterior, las infracciones objeto del procedimiento sancionador merecen un mayor reproche dada su intencionalidad, reiteración, complejidad, gravedad, repercusión social, y en consecuencia deben sancionarse con unas multas de importe superior al propuesto.

A tal efecto, atendiendo al arco sancionador previsto en el artículo 60.2 de la LGCA para las infracciones graves y tomando en consideración los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como los específicamente previstos en el artículo 60, apartados 2, 3 y 4, de la LGCA, de conformidad con los criterios incorporados en la propuesta de resolución complementados con lo expuesto en el anterior apartado, se proponen multas por el importe siguiente:

Programa	SANCIÓN
11/06/2015	258.956 €
30/06/2015	269.417 €

Siendo ello así, el total asciende a 528.373 euros.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho anteriores, la Sala de Supervisión Regulatoria,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S. A., responsable de la comisión de **dos (2) infracciones administrativas de carácter grave**, por haber emitido, en su canal TELECINCO, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de ACTAFARMA, REVIDOX y OBEXTREM, en los microespacios de salud “Aprende a Cuidarte” de los programas “SÁLVAME NARANJA”, emitidos los días 11 y 30 de junio de 2015, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el Art. 18.2 de la LGCA.

SEGUNDO.- Imponer a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S. A., dos multas por importe global de 528.373€ (quinientos veintiocho mil trescientos setenta y tres euros), por la comisión de dos infracciones al artículo 18.2 de la LGCA al haber emitido publicidad encubierta en las secciones de salud de dos programas de “SÁLVAME NARANJA”. La multa correspondiente al programa del 11 de junio de 2015 es de **258.956 € (doscientos cincuenta y ocho mil novecientos cincuenta y seis euros)**, y la correspondiente al programa de 30 de junio de 2015 es de **269.417 € (doscientos sesenta y nueve mil cuatrocientos diecisiete euros)**.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.