



Roj: **STS 3770/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3770**

Id Cendoj: **28079130032018100403**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **31/10/2018**

Nº de Recurso: **5920/2017**

Nº de Resolución: **1573/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3339/2017,**
ATS 1125/2018,
STS 3770/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.573/2018

Fecha de sentencia: 31/10/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5920/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 5920/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1573/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 31 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5920/2017 interpuesto por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal en representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de junio de 2017 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 1770/2015. Se ha personado como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2017 (recurso nº 1770/2015) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Mediaset España Comunicación S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 30 de julio de 2015 en la que se declara a dicha entidad responsable de la comisión de seis infracciones graves por el incumplimiento del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, tipificadas en el artículo 58.8 de la citada Ley, por haber emitido comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas encubiertas de diferentes productos (salsas con sabor a gloria, Lipobloq, Serenlider, Slin Nutrients; sales de baño de magnesio Santa Isabel y Numckatos), así como de una empresa que los vende, dentro del programa "Que tiempo tan feliz", del canal Telecinco, en sus emisiones de los días 7 y 14 de diciembre de 2014, 11 y 18 de enero y 1 y 7 de febrero de 2015, imponiendo Mediaset a España Comunicación S.A. seis sanciones por un importe de 100.001 € cada una de ellas.

SEGUNDO.- Los hechos por los que la resolución de la CNMC impuso las sanciones quedan recogidos en el fundamento jurídico primero de la sentencia del modo siguiente:

<< (...) Explica la citada resolución que dentro de los programas ¡Que tiempo tan feliz!, del canal Telecinco, del que es responsable editorial Mediaset, se ha incorporado un microespacio, pretendidamente informativo y divulgativo en formato entrevista de la presentadora a una colaboradora experta en nutrición, salud y belleza, pero que en realidad contaba con una clara finalidad publicitaria y promocional, pues las entrevistas tienen el propósito evidente de estimular la compra de diferentes productos que son presentados como soluciones efectivas para diferentes problemas relacionados con la salud y el bienestar y cuyas cualidades beneficiosas se destacan, completándose la acción promocional con la remisión al blog de la prescriptora, que facilita su adquisición a través de la plataforma on-line de una empresa que los vende.

Considera la CNMC que las citadas entrevistas forman parte de una acción publicitaria multisoprote o multiformato, es decir, que se desencadena de forma sucesiva y/o simultánea y sistemática a través de diversos medios o soporte, que reiteran, complementan o amplían los mensajes (telepromoción, remisión a web, red social etc), vinculándose de esta manera las entrevistas de la colaboradora a las entradas de su blog relativas a productos promocionados y a la remisión a la tienda virtual que los vende>>.

Los argumentos de impugnación y de oposición que aducían la demandante y la Administración demandada en el proceso de instancia los sintetiza el fundamento jurídico segundo de la sentencia en estos términos:

<< (...) SEGUNDO.- La actora sustenta su pretensión impugnatoria en los siguientes motivos:

- No ha habido infracción del artículo 18.2 de la LGCA, puesto que dicho espacio no tiene naturaleza publicitaria. La estrategia de Mediaset consistió en separar contenidos publicitarios, en telepromociones, de no publicitarios, en los microespacios de salud, respetando lo establecido en la Ley. No hubo publicidad encubierta, ya que no hubo mención a marca alguna, pues salvo en una de las seis emisiones no se muestra ni menciona el nombre de los productos en las entrevistas de dichos programas y la remisión al blog de la entrevistada no altera dichas consideraciones pues en las referencias a dicho blog no se mencionan las marcas de los productos. La promoción de marcas comerciales concretas tuvo lugar en telepromociones, de forma totalmente diferenciada de los microespacios de salud. El hecho de que pueda existir una cierta relación entre el espacio de salud y las telepromociones no supone infracción del artículo 18.2 de la LGCA siempre y



cuando exista una clara diferenciación entre el espacio de salud y la telepromoción y cada uno responda a una finalidad diferente, como ocurre en el presente caso.

- Incluso si se considerase erróneamente que hubo situaciones de publicidad encubierta en las emisiones analizadas, la Administración incumplió el principio de confianza legítima al no haber dado la posibilidad a Mediaset de modificar, en su caso, su conducta, de modo que no resulta procedente la imposición de sanción alguna a Mediaset.

- En todo caso, se trataría de una infracción continuada en lugar de seis infracciones independientes. Existen precedentes en supuestos similares en que se acordó la existencia de una infracción continuada, de modo que el cambio de criterio en el presente caso resulta contrario a la doctrina de los actos propios.

- Las sanciones impuestas resultan improcedentes o, al menos, de un importe total desproporcionado.

El Abogado del Estado se opone a la demanda y efectúa las siguientes consideraciones:

- En cuanto a la pretendida no infracción del artículo 18.2 de la LGCA. El propósito publicitario de los microespacios y la intención de promover la compra de los productos promocionados se deduce del hecho que en los seis casos las entrevistas describen las propiedades beneficiosas de los productos y sus características, también se muestran sus envases y presentaciones, en alguna ocasión se menciona la marca comercial del producto y en varias ocasiones incluso se informa de su precio. En todo caso, se facilita su compra a través de la remisión del blog de la prescriptora, en que de forma sistemática se envía al consumidor a la plataforma on-line de venta de la empresa que los comercializa. El engaño del telespectador se consigue mediante la utilización de la prescriptora como una colaboradora especialista en la materia, ajena a los productos y servicios promocionados, que contribuye a generar en el consumidor credibilidad y una sensación de fiabilidad e independencia que le hace más vulnerable al mensaje publicitario encubierto.

- El artículo 48 de la LGCA que establecía la facultad (no la obligación) del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales de requerir el cese de aquellas prácticas que contravengan las disposiciones establecidas en dicha Ley u sus normas de desarrollo, ha sido derogado por la disposición derogatoria (letra g) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, por lo que no constituye presupuesto necesario para la incoación de un expediente sancionador.

- Respecto a la infracción continuada señala que los tribunales de justicia, han considerado en los antecedentes citados por la resolución recurrida la no consideración del ilícito como continuado.

- Las sanciones impuestas no resultan improcedentes o desproporcionadas>>.

Planteado el debate en esos términos, las cuestiones suscitadas en el proceso son abordadas en los fundamentos jurídicos tercero a sexto de la sentencia, cuyo contenido, en lo que ahora interesa, es el siguiente:

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

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

Alega Mediaset que no hubo publicidad encubierta, pues salvo en una de las seis emisiones no se muestra ni menciona el nombre de los productos en las entrevistas de dichos programa y la promoción de marcas comerciales concretas tuvo lugar en telepromociones, de forma totalmente diferenciada de los microespacios de salud.

Sin embargo, de los vídeos de los citados microespacios o entrevistas a Camino realizadas en seis programas de "Que tiempo tan feliz" emitidos los días 7 y 14 de diciembre de 2014, 11 y 18 de enero y 1 y 7 de febrero de 2015 resulta que en ellos se describen las propiedades beneficiosas de los productos y sus componentes o características. También se informa de su precio en varias ocasiones (el 7 de diciembre de 2014, 11 de enero y 7 de febrero de 2015). En todos se muestran sus envases y presentaciones, en unos casos la presentadora sostiene el frasco durante la entrevista (7 de diciembre de 2014 y 18 de enero 2015), en otros lo muestra al final (14 de diciembre 2014), el 11 de enero de 2015 lo muestra abiertamente, el 1 de febrero de 2015 se muestra el bote de sales de baño, colocándose al lado de la prescriptora en los dos formatos disponible, el 7 de febrero de 2015 se muestra el envase del producto que sostiene en la mano derecha e incluso se incluye una



forma de administración del jarabe contra la gripe y una de las presentadoras toma una dosis en directo. En alguna ocasión (el 11 de enero de 2015) se menciona la marca comercial (salsas con sabor a gloria). En todos los casos, la entrevistada se remite durante las entrevistas o al final de las mismas a su blog, facilitándose la compra del producto a través de dicho blog, en el que se envía al consumidor a la plataforma *on.line* de venta de la empresa que los comercializa (Tu Parafarmacia de Confianza S.L.), de la que también se facilita su teléfono a tal fin. La *web* de la prescriptora está directamente vinculada a dichos programas, pues aparte de lo expuesto, las entradas en el blog tienen fecha del día anterior o se publican pocos días después de la emisión de la entrevista en la que se presenta el producto y se mantienen durante varios días como primera entrada.

Pues bien, el propósito publicitario de los citados microespacios y la intención de promover la compra de los productos promocionados se desprende de los hechos y circunstancias expuestas, aún cuando no se mencionen siempre de forma expresa marcas comerciales, al considerar, como razona la resolución recurrida, que las citadas entrevistas forman parte de una acción publicitaria multiformato o multisoprote en las que se presentan de forma indirecta y visual marcas y productos, cuyas características y propiedades beneficiosas se describen, que podrían adquirirse a través de la empresa a la que remite el blog de la presentadora y de su plataforma *on-line*. De esta manera, las entrevistas de la presentadora en las que se promocionan dichos productos, se vinculan con las entradas en su blog a dichos productos y con la tienda virtual que los venden, siendo exponente también de dicha vinculación de los citados microespacios con el citado blog, que el día antes o pocos días después de cada una de las entrevistas se describen expresamente los productos promocionados por medio de entradas en el blog que se mantienen durante varios días.

Debe tenerse en cuenta, que la publicidad encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, sino que se hace 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.

Por otro lado, el hecho de que la misma persona (Camino) participe en telepromociones en el mismo programa, contribuye a crear una falsa sensación de separación entre su actividad como prescriptora publicitaria, por un lado, y colaboradora neutral, por otro, como en el caso de las entrevistas.

Pero en todo caso, ha quedado constatado que el objeto de las entrevistas citadas era promover la compra de los productos presentados, que no se incluyen en un bloque publicitario sino dentro de un programa, como una parte de su contenido, creando la impresión al consumidor de que se encuentra ante un programa relacionado con la salud y la belleza cuando en realidad promueve la compra de productos, contribuyendo así a generar un error en cuanto a la naturaleza de la presentación.

Finalmente, señalar que la existencia de contraprestación no es un requisito constitutivo de la infracción en cuestión, no exigiendo el artículo 2.32 de la LGCA la existencia de contraprestación para apreciar que una comunicación comercial es encubierta. En este sentido ha señalado la SAN, Sec. 8ª, de 2 de marzo 2015 (Rec. 134/2013), por todas, que no puede ser obstáculo para la apreciación de la infracción el hecho de que no se acredite la existencia de contraprestación, o que se alegue que ésta no ha existido, pues ésta no es necesaria para integrar el tipo, sino para apreciar la mayor o menor culpabilidad o graduación de la gravedad de la infracción, es decir, se puede tener en consideración a afectos de imponer la sanción en mayor o menor cuantía, pero no para excluir la misma infracción.

CUARTO.- En cuanto al alegado incumplimiento del principio de confianza legítima al no haberse dado la posibilidad a Mediaset de modificar, en su caso, su conducta, cabe recordar que el artículo 48 de la LGCA que establecía la "facultad" del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales de requerir el cese de aquellas prácticas que contravinieran las disposiciones establecidas en dicha Ley u sus normas de desarrollo, ha sido derogado por la disposición derogatoria (letra g) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, en vigor a partir del 6 de junio de 2013, es decir, más de año y medio antes de la fecha de los hechos.

Por otro lado, la actora invoca el artículo 61.2 de la LGCA, párrafo 2 *"No obstante, el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca"*, pero desvinculado del párrafo primero que constituye el presupuesto para su aplicación.

Efectivamente, el apartado primero del citado artículo 61.2 dispone que no incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de servicio de catálogo de programas, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente. Pero, no obstante lo cual, se establece en el párrafo segundo, que el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.



Sin embargo en el caso de autos, ni siquiera se ha planteado por la actora la concurrencia del presupuesto de inexistencia de responsabilidad del artículo 61.2 de la LGCA, lo que veda la aplicación del citado apartado segundo del artículo 61.2 de la citada Ley.

A la vista de las circunstancias expuestas, no se entiende bien la invocación del principio de confianza legítima que se aborda entre otras en las SSTs de 25 de mayo de 2014 (Rec.5998/2011) y de 31 de octubre de 2014 (Rec. 270/2012), pues ni cabe apreciar una vulneración de ese principio, ni del de la buena fe, ni de vinculación de los actos propios de la Administración, ya que la ausencia de un requerimiento previo, a la vista de las circunstancias expuestas, no puede considerarse en modo alguno como un acto concluyente con entidad para generar en Mediaset de forma inequívoca la confianza de que su conducta no será sancionada.

QUINTO.- Considera la actora que concurren en el presente caso los presupuestos para considerar que no nos encontramos ante seis infracciones independientes sino continuadas, ya que se trata de una pluralidad de acciones que infringen el mismo precepto (art 18.2 de la LGCA), con proximidad temporal entre ellas (entre diciembre de 2014 y febrero de 2015), existe una unidad de acción preconcebida respecto de la existencia de la microsección de Camino en "Que tiempo tan feliz" y un aprovechamiento de "idéntica ocasión", ya que se decide contar con la colaboradora y se la contrata para un paquete de programas, para dar sensación de continuidad a sus intervenciones.

También se alega, que en casos similares se ha considerado la existencia de infracción continuada, citando como tal la resolución de 2 de junio de 2015 relativa al expediente NUM000 que declaró la existencia de una única infracción continuada por la emisión de publicidad encubierta a lo largo de diversos episodios de salud de un programa y que existen otros precedentes en materia de publicidad que concluyeron con la consideración de una infracción continuada, entre los que cita los expedientes NUM002 y NUM001, de modo que el cambio de criterio en el presente caso resulta contrario a los actos propios.

En el caso de autos, el instructor en la propuesta de resolución apreció la existencia de continuidad en la infracción en los términos exigidos por el artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, al considerar que se trataba de una pluralidad de acciones que infringían el mismo precepto administrativo, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Sin embargo, la Sala regulatoria adoptó un acuerdo de 30 de junio de 2015 de recalificación de los hechos objeto del citado procedimiento, por considerar que dicha calificación de la infracción como continuada podría no ser correcta, pues si bien concurre identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad, lo cierto es que en cada una de las emisiones la conducta infractora, aunque similar, tiene diferencias considerables que justifican la necesidad de valorarlas de manera independiente. En este sentido señalaba que se había pronunciado dentro de este concreto ámbito, la Audiencia Nacional en su Sentencia de fecha 25 octubre 2010 (Rec. 698/2008), que reitera el criterio ya expuesto en su anterior sentencia de 23 de marzo de 2009 (Rec.1500/2007), y que fue confirmada por el Tribunal Supremo en su posterior sentencia de fecha 30 de julio de 2013 (Rec. 6965/2010), en las que se excluye justificadamente la aplicación de la infracción continuada en las infracciones relativas a la publicidad encubierta en la comunicación audiovisual televisiva. Consideraba, en definitiva, el citado acuerdo que cada conducta infractora se agota en sí misma, produce efectos plenos, lesiona el bien jurídico que la norma prohibitiva protege y que por ello es susceptible de subsumirse en el tipo infractor de forma individual. 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, por lo que la Sala considera que los hechos hubieran debido calificarse como seis infracciones independientes y autónomas, en lugar de como una única continuada.

Pues bien, como señala la resolución recurrida, el Tribunal Supremo (STS de 30 de julio de 2013, Rec. 6965/2010, que confirma la SAN, Sec. 8ª, de 25 de octubre de 2010, Rec. 698/2008) ha considerado en supuestos similares de comunicaciones comerciales encubiertas, no apreciar la infracción como continuada.

Así, en el Fundamento de Derecho quinto de la citada STS de 30 de julio de 2013,...

[...]

Por otro lado, la resolución de 2 de junio de 2015 relativa al expediente NUM000 citado como precedente, no puede ser tomado como término de comparación o precedente válido, a los efectos pretendidos por la actora, por cuanto en ella se razonaba que la calificación de la conducta como de cinco infracciones independientes, sin previo trámite de audiencia, podría generar indefensión a la interesada, por lo que se mantuvo la propuesta en que se calificaba la infracción como continuada.

El resto de las resoluciones citadas, no se refieren a supuestos similares de publicidad encubierta, por lo que no cabe hablar de cambio de criterio contrario a los actos propios.



SEXTO.- Considera la actora que las sanciones impuestas son improcedentes o desproporcionadas.

Sin embargo, no puede considerarse infringido el principio de proporcionalidad desde el momento en que las sanciones impuestas lo han sido en la multa mínima de 100.001 € establecida en el artículo 60.2 de la LGCA para las infracciones graves, es decir, en el mínimo legal>>.

Por todo ello la Sala de la Audiencia Nacional termina desestimando el recurso contencioso administrativo.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de Mediaset España Comunicación S.A., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 9 de febrero de 2018 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de 9 de febrero de 2018 se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2º Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 2.32 y 18.2 LGCA a fin de determinar si las estrategias multiformato o de marketing 360º pueden integrar la noción de publicidad encubierta y en qué condiciones>>.

CUARTO.- La representación de Mediaset España Comunicación S.A. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 9 de abril de 2018 en el que solicita que se dicte sentencia en la que se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se acuerde la estimación del recurso contencioso-y la anulación de la resolución sancionadora de la CNMC.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SEXTO.- La representación procesal de la Administración del Estado formalizó su oposición mediante escrito presentado el 26 de abril de 2018 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por la recurrente, termina solicitando la desestimación del recurso de casación.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 30 de mayo de 2018 se acordó la celebración de vista pública, que tuvo lugar el día 23 de octubre de 2018 a las 9#30 horas y cuyo contenido quedó documentado en la correspondiente acta y en el soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones, procediendo es Sala a continuación a la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 5920/2017 lo interpone la representación de Mediaset España Comunicación S.A. contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2017 (recurso nº 1770/2015) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha entidad contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 30 de julio de 2015 en la que se declara a Mediaset España Comunicación S.A. responsable de la comisión de seis infracciones graves por el incumplimiento del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, tipificadas en el artículo 58.8 de la citada Ley, por haber emitido comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas encubiertas de diferentes productos (salsas con sabor a gloria, Lipobloq, Serenlider, Slin Nutrients; sales de baño de magnesio Santa Isabel y Numckatos), así como de una empresa que los vende, dentro del programa "Qué tiempo tan feliz", del canal Telecinco, en sus emisiones de los días 7 y 14 de diciembre de 2014, 11 y 18 de enero y 1 y 7 de febrero de 2015, imponiendo a Mediaset a España Comunicación S.A. seis sanciones por un importe de 100.001 € cada una de ellas.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñados los hechos que motivaron la imposición de las sanciones, así como las cuestiones debatidas en el proceso de instancia y las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 9 de febrero de 2018, en el que, como vimos (antecedente cuarto), se declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en *<< (...) interpretar los artículos 2.32 y 18.2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual a fin de determinar si las estrategias multiformato o de marketing 360º pueden integrar la noción de publicidad encubierta y en qué condiciones>>.*

SEGUNDO.- Para el examen de la cuestión controvertida resulta oportuno recordar el contenido de los preceptos legales directamente concernidos:



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

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

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

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

Puede así constarse que los preceptos que acabamos de reseñar, tanto al definir la noción de comunicación comercial audiovisual encubierta (artículo 2.32), como al establecer su prohibición (artículo 18.2) o al tipificar la correspondiente infracción (artículo 58.8), en ningún caso aluden a una determinada modalidad de programas o de formatos, por lo que debe tenderse que la prohibición -y la correlativa infracción en caso de contravención de aquélla- opera en toda clase de programas y formatos y, por tanto, también cuando el prestador de servicio de comunicación audiovisual utiliza estrategias multiformato, en las que intervienen de manera secuencial o simultánea diferentes formatos o soportes de comunicación, por ejemplo, insertando en el seno de un programa de televisión determinados micro-espacios en los que, se hace referencia a una página *webo blog* que remite, a su vez, a una plataforma de venta *on-line*.

TERCERO.- Establecido lo anterior, y adentrándonos ahora en el caso que nos ocupa, hemos visto que la resolución administrativa sancionadora explica -y así lo recuerda la sentencia recurrida en su F.J. 1º- que, dentro de los programas "¡Que tiempo tan feliz!" del canal Telecinco, del que es responsable editorial Mediaset, se incorporó un micro- espacio, pretendidamente informativo y divulgativo en formato entrevista de la presentadora a una colaboradora experta en nutrición, salud y belleza, pero que en realidad contaba con una clara finalidad publicitaria y promocional, pues las entrevistas tenían el propósito evidente de estimular la compra de diferentes productos que eran presentados como soluciones efectivas para diferentes problemas relacionados con la salud y el bienestar y cuyas cualidades beneficiosas se destacaban, completándose la acción promocional con la remisión al *blog* de la prescriptora, que facilitaba su adquisición a través de la plataforma *on-line* de una empresa que los vende.

La Sala de la Audiencia Nacional comparte la apreciación de la CNMC de que nos encontramos ante una manifestación de publicidad encubierta; y asienta esta conclusión en el visionado de los vídeos de los referidos micro-espacios, de los que la sentencia recurrida (F.J. 3º) hace la siguiente reseña:

<< (...) de los vídeos de los citados microespacios o entrevistas a Camino realizadas en seis programas de "Que tiempo tan feliz" emitidos los días 7 y 14 de diciembre de 2014, 11 y 18 de enero y 1 y 7 de febrero de 2015 resulta que en ellos se describen las propiedades beneficiosas de los productos y sus componentes o características. También se informa de su precio en varias ocasiones (el 7 de diciembre de 2014, 11 de enero y 7 de febrero de 2015). En todos se muestran sus envases y presentaciones, en unos casos la presentadora sostiene el frasco durante la entrevista (7 de diciembre de 2014 y 18 de enero 2015), en otros lo muestra al final (14 de diciembre 2014), el 11 de enero de 2015 lo muestra abiertamente, el 1 de febrero de 2015 se muestra el bote de sales de baño, colocándose al lado de la prescriptora en los dos formatos disponible, el 7 de febrero de 2015 se muestra el envase del producto que sostiene en la mano derecha e incluso se incluye una forma de administración del jarabe contra la gripe y una de las presentadoras toma una dosis en directo. En alguna ocasión (el 11 de enero de 2015) se menciona la marca comercial (salsas con sabor a gloria). En todos los casos, la entrevistada se remite durante las entrevistas o al final de las mismas a su blog, facilitándose la compra del producto a través de dicho blog, en el que se envía al consumidor a la plataforma *on.line* de venta de la empresa que los comercializa (Tu Parafarmacia de Confianza S.L.), de la que también se facilita su teléfono a tal fin. La *web* de la prescriptora está directamente vinculada a dichos programas, pues aparte de lo expuesto, las entradas en el blog tienen fecha del día anterior o se publican pocos días después de la emisión de la entrevista en la que se presenta el producto y se mantienen durante varios días como primera entrada>>.

Es claro que estos datos que recoge la sentencia recurrida, obtenidos a partir del visionado de los videos, integran el sustrato fáctico de la controversia, por lo que no cabe su alteración o revisión ahora en casación (artículo 87bis.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Y siendo ello así, compartimos el parecer de la Sala de la Audiencia Nacional cuando señala que las citadas entrevistas forman parte de una acción publicitaria multiformato o multisoprote en las que se presentan de forma indirecta y visual



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

A lo anterior se añade la circunstancia -también señalada en la sentencia recurrida- de que la misma persona entrevistada en los referidos micro-espacios participa en telepromociones incluidas en el mismo programa, lo que contribuye a crear una falsa sensación de separación entre su actividad como prescriptora publicitaria, por un lado, y colaboradora neutral, por otro.

Por todo ello concluimos que, como apreciaron en su momento tanto la CNMC como la Sala de la Audiencia Nacional, las conductas examinadas constituyen comunicaciones comerciales encubiertas, tal y como éstas son definidas en el artículo 2.32 de la Ley 7/2010 y que están prohibidas por el artículo 18.2 de la misma Ley; siendo tales conductas incardinables en el tipo de la infracción grave del artículo 58.8 de la propia Ley General de Comunicación Audiovisual.

En fin, tal conclusión no puede considerarse desvirtuada por el hecho de que no haya quedado justificado que la recurrente recibiese contraprestación por la emisión de los microespacios a los que se refiere la controversia. Como antes hemos visto, la definición de comunicación comercial televisiva encubierta que establece el artículo 2.32 de la Ley General de Comunicación Audiovisual se refiere a <<la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, [...], 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>>. Y añade el precepto en su inciso final: << (...) Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio>>.

Con ello queda de manifiesto que para que exista publicidad encubierta no es imprescindible que se acredite la contraprestación; sólo que si se justifica ésta la ley presume la intencionalidad. En este mismo sentido puede verse nuestra sentencia de 30 de julio de 2013 (casación 6965/2010), que, aunque interpreta y aplica una norma legal distinta - artículo 3, apartados c/ y d/, de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico 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- viene referida a un precepto de significación equivalente al artículo 2.32 de la Ley 7/2010 que ahora estamos examinando, pues, a efectos de afirmar el carácter de publicidad encubierta, también la citada Ley 25/1994 establecía la presunción de intencionalidad si la actividad se hace a cambio de remuneración.

CUARTO.- Un vez establecido que la conducta examinada es constitutiva de publicidad encubierta, queda por examinar si los microespacios incluidos en seis programas emitidos los días 7 y 14 de diciembre de 2014, 11 y 18 de enero y 1 y 7 de febrero de 2015 son constitutivos de seis infracciones graves del artículo 58.8 de la propia Ley General de Comunicación Audiovisual, como han entendido la resolución de la CNMC y la sentencia aquí recurrida, o si, como sostiene la recurrente, debe considerarse que aquellas conductas integran una única infracción continuada.

La cuestión ya fue suscitada en el proceso de instancia donde la parte actora invocaba el artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, que considera infracción continuada <<la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión>>.

Como vimos, la sentencia recurrida (F.J. 5º) señala que en la propuesta de resolución el instructor del expediente apreció la existencia de continuidad en la infracción, en los términos exigidos por el artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, pero la Sala regulatoria adoptó un acuerdo de 30 de junio de 2015 de recalificación de los hechos objeto del citado procedimiento, por considerar que aquella calificación de la infracción como continuada podría no ser correcta. Y ello por entender la CNMC que "...si bien concurre identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad, lo cierto es que en cada una de las emisiones la conducta infractora, aunque similar, tiene diferencias considerables que justifican la necesidad de valorarlas de manera independiente"; que hay precedentes de sentencias de la



Audiencia Nacional -cita dos sentencias, la segunda de ellas confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de julio de 2013 (casación 6965/2010)- en las que se excluye justificadamente la aplicación de la infracción continuada en las infracciones relativas a la publicidad encubierta en la comunicación audiovisual televisiva; y, en fin, que según el acuerdo de la CNMC "...cada conducta infractora se agota en sí misma, produce efectos plenos, lesiona el bien jurídico que la norma prohibitiva protege y que por ello es susceptible de subsumirse en el tipo infractor de forma individual", de manera que "...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".

Tras relatar la Sala de instancia esas razones expuestas por la CNMC para considerar que en este caso no hay una infracción continuada sino seis infracciones independientes, la sentencia recurrida no entra a analizar esas razones, ni las contrasta con las circunstancias del caso presente, limitándose la Sala de la Audiencia Nacional a indicar que la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2013 (casación 6965/2010) -ya citada en la resolución de la CNMC- "...ha considerado en supuestos similares de comunicaciones comerciales encubiertas, no apreciar la infracción como continuada". Pues bien, tal razonamiento nos parece insuficiente.

Como acabamos de ver, la CNMC admite que en las seis conductas examinadas "concorre identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad". Y si bien a continuación la propia CNMC indica que "en cada una de las emisiones la conducta infractora, aunque similar, tiene diferencias considerables que justifican la necesidad de valorarlas de manera independiente", lo cierto es que la resolución administrativa no explica en qué consisten esas diferencias ni su relevancia para excluir la apreciación de que nos encontramos ante una infracción continuada. Tampoco la Sala de la Audiencia Nacional se detiene a analizar esos extremos. Y cuando en otro apartado de la sentencia (F.J. 3º) se hace una reseña del contenido de los microespacios, las fechas en que se emitieron y su vinculación con el blog de la entrevistada y con la plataforma de ventas *on-line*, nada se dice que permita apreciar diferencias significativas; más bien al contrario, los datos que allí se exponen vienen a indicar que todos los microespacios que se examinan presentan las mismas características y responden a un diseño común.

Así las cosas, entendemos que concurren en este caso las circunstancias que señala el artículo 4.6 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, para apreciar que nos encontramos ante una infracción continuada, por tratarse de una pluralidad de acciones llevadas a cabo en términos sustancialmente coincidentes, realizadas con unidad de propósito y que infringen el mismo precepto.

QUINTO.- Conclusión. La cuestión jurídica en la que el auto de admisión del presente recurso apreció la concurrencia de interés casacional queda respondida con las consideraciones que hemos expuesto en el fundamento jurídico segundo, en particular en su último párrafo, complementadas con lo razonado en el fundamento jurídico tercero.

Ahora bien, por las razones que hemos expuesto en el fundamento jurídico cuarto, la sentencia recurrida debe ser casada, debiendo el recurso contencioso-administrativo ser estimado en parte, en el sentido de que debe anularse la resolución administrativa impugnada en cuanto sanciona por seis infracciones independientes, debiendo ordenarse a la CNMC que dicte nueva resolución en la que se sancione a Mediaset como autora de una infracción continuada y fije la cuantía de la sanción atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, a los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 60.4 de la Ley de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, y a los criterios de proporcionalidad establecidos en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Ha lugar al recurso de casación nº 5920/2017 interpuesto en representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de junio de 2017 (recurso contencioso-administrativo nº 1770/2015), que ahora queda anulada y sin efecto.



2.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 30 de julio de 2015 en la que se impone a dicha entidad seis sanciones por un importe de 100.001 € cada una de ellas como responsable de la comisión de seis infracciones graves por el incumplimiento del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, tipificadas en el artículo 58.8 de la citada Ley, anulando la referida resolución en cuanto sanciona por seis infracciones independientes, ordenándose a la CNMC que dicte nueva resolución en la que se sancione a Mediaset como autora de una infracción continuada y fije la cuantía de la sanción atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, a los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 60.4 de la Ley de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, y a los criterios de proporcionalidad establecidos en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Maria Isabel Perello Domenech Diego Cordoba Castroverde

Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico