



Roj: **STS 4384/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4384**

Id Cendoj: **28079130032013100235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/07/2013**

Nº de Recurso: **6965/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Julio de dos mil trece.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 6.965/2.010, interpuesto por GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A., representada por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 25 de octubre de 2.010 en el recurso contencioso-administrativo número 698/2.008, sobre expediente sancionador en materia de telecomunicaciones (expte. AE/S/TV 21/2007).

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 25 de octubre de 2.009, desestimatoria del recurso promovido por Gestevisión Telecinco, S.A. contra la resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 9 de junio de 2.008, por la que se resolvía el expediente sancionador AE/S/TV 21/2007. En dicha resolución se declaraba a la demandante responsable de la comisión de seis infracciones administrativas graves, dos por **publicidad** indirecta de bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales y cuatro por la presentación de productos y servicios de terceros con propósito publicitario en dos capítulos de la serie "Escenas de matrimonio", emitidos los días 2 y 17 de octubre de 2.007, imponiéndosele por ello seis multas por un importe total de 530.331 euros.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fecha 30 de noviembre de 2.010, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Gestevisión Telecinco, S.A. ha comparecido en forma en fecha 21 de enero de 2.011, mediante escrito interponiendo su recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, formulando un único motivo por infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, del artículo 20.3 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, así como de la jurisprudencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case la recurrida, al no ser ajustada a derecho la sanción impuesta por resultar desproporcionada en relación a la infracción supuestamente cometida, con expresa imposición de costas a la Administración.



El recurso de casación ha sido admitido exclusivamente respecto de una de las sanciones, aquella cuyo importe es de 158.666 euros, por auto de la Sala de fecha 2 de febrero de 2.012 .

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que sea desestimado el mismo, con imposición de las costas a la mercantil recurrente por ser preceptivas.

QUINTO .- Por providencia de fecha 25 de abril de 2.013 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 17 de julio de 2.013, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Espin Templado**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La entidad mercantil Gestevisión Telecinco, S.A., recurre en casación la Sentencia dictada el 25 de octubre de 2.010 en materia de sanciones por **publicidad** televisiva. La citada Sentencia desestimó el recurso contencioso administrativo entablado contra la resolución del Secretario de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 9 de junio de 2.008, por la que se declaraba a la mercantil recurrente responsable de seis infracciones administrativas graves y se le imponían otras tantas multas por diversos importes.

El recurso de casación fue inadmitido por Auto de 2 de febrero de 2.012 de esta Sala en cuanto a las multas de cuantía inferior a 150.000 euros, por lo que ha quedado limitado a la impugnación de la desestimación del recurso *a quo* respecto a la multa de 158.666 euros impuesta por la infracción consistente en la **publicidad** encubierta de una marca de anís, prohibida por el artículo 9.2 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. La Ley 25/1994 fue modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, y luego derogada por la vigente Ley General de Comunicación Audiovisual -Ley 7/2010, de 31 de marzo-; la referida modificación efectuada en 1.999 tenía por objeto incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 97/36/CE, de 30 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modificaba la citada Directiva 89/552/CE.

En lo que respecta a esta sanción, la resolución administrativa dice:

"Declarar a GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A., con domicilio en Ctra. de Irún, Km. 11,700, 28049 Madrid, responsable de la comisión de **seis infracciones administrativas** , [...] y cuatro infracciones por la presentación de productos y servicios de terceros (Anís La Castellana, [...]), con propósito publicitarios, en dos capítulos de la serie "Escenas de matrimonio", emitidos los días 2 [...] de octubre de 2007, en las condiciones que se concretan en los fundamentos jurídicos de esta Propuesta, pudiendo estos hechos constituir **publicidad** encubierta, lo que supone una vulneración de lo dispuesto en los artículos 10.1 y 9.2d e la Ley 25/1994 , de julio, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio.

Al ser dichas infracciones, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la citada Ley 25/1994 , susceptibles de ser calificadas como de carácter grave, se estima pertinente, atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre , modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, así como los específicamente indicados en el artículo 20.3 de la Ley 25/1994, de 12 de julio , modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, imponer **seis (6) multas por un importe de 530.331,00 € (quinientos treinta mil trescientos treinta y un euros)** , de conformidad con lo establecido en el artículo 20.3 de la citada Ley , según detalle que se muestra a continuación:

FECHA 02/10/2007

PROGRAMA "Escenas de matrimonio"

PUBLICIDAD ENCUBIERTA Anís la Castellana

FRANJA DE EMISIÓN De 21:00:00 a 22:00:00

DURACIÓN EN SEGUNDOS 87

SANCIÓN 158.666,00 €"

El recurso se articula mediante un motivo acogido a la letra 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , pero que en realidad se subdivide en cinco apartados que han de ser considerados como motivos o submotivos autónomos, pues se refieren a infracciones normativas perfectamente diferenciables. En el primero de estos submotivos se aduce la infracción del principio de tipicidad. En el segundo, la del principio de proporcionalidad.



El tercero se funda en la errónea aplicación de los criterios de graduación de la cuantía de las sanciones. En el cuarto se aduce la infracción de la jurisprudencia de esta Sala sobre el principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de las sanciones. Finalmente, el quinto motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en supuestos similares.

SEGUNDO .- Sobre el principio de tipicidad.

En el primer submotivo la mercantil recurrente afirma que se ha infringido el principio de tipicidad ya que en la conducta sancionada no se cumplen dos elementos del tipo infractor, la intención del operador de televisión de un propósito publicitario y la existencia de una remuneración a cambio de la emisión, cualquiera que sea la naturaleza de dicha remuneración.

La Sala se pronuncia sobre la efectiva comisión de las infracciones sancionadas por la Administración en los siguientes términos:

" **TERCERO**: Sostiene la entidad actora en su demanda que los hechos que dan lugar a las sanciones no constituyen un supuesto de **publicidad** encubierta, pues no concurre el presupuesto de un propósito publicitario por parte del operador de televisión ya que para que pueda presumirse tal propósito es preciso que la presentación del producto se haga por cuenta de tercero y responda a la finalidad de promover su contratación, lo que no sucede en el presente caso, pues no cabe pensar que voluntariamente se haga **publicidad** de un producto en televisión si no es a cambio de una contraprestación económica, siendo, por el contrario, el único objeto de los guionistas de la serie reflejar una escena cotidiana.

Alegación que conecta con los razonamientos en los que se fundamenta la denuncia de falta de proporcionalidad de las sanciones impuestas, entendiéndose que no se han aplicado correctamente los criterios de graduación de las sanciones, al no haberse tenido en cuenta que los hechos carecen de repercusión social, no han reportado beneficio a la entidad recurrente y que no concurren circunstancias que permita sostener la gravedad del incumplimiento, y, por otra parte, de haberse producido las infracciones apreciadas, serían dos y no seis.

En el expediente administrativo se especifica y concreta los días y horas de emisión del programa en cuestión, detallando en cada acta de visionado el contenido, en relación con los hechos sancionados, consistente en la presentación dentro del programa a "Escenas de matrimonio", en los capítulos emitidos los días 2 y 17 de octubre de 2007, de marcas, productos y servicios de terceros, entre dichos productos dos de ellos eran bebidas alcohólicas con una graduación superior a 20°.

Así:

1) En el acta de visionado del programa emitido el 2 de octubre de 2007, se consigna que en la franja horaria de 21:33:45 a 21:34:59, en ocho secuencias distintas uno de los personajes, Pepa, presenta una botella de anís marca "Castellana", que primero tiene en la mano y pone encima de la mesa, después se sitúa al lado de la mesa donde está la botella, la coge, se le acerca a la asistente, que le quita el tapón, se presentan primeros planos de la botella haciendo visible la etiqueta con la marca del producto.

2) En el acta de visionado del programa emitido el 17 de octubre de 2007, se hace constar que en la franja horaria de las 22:10:17 a 22:10:45 el novio de Sonia entra en la casa llevando puesta una camiseta en la que pone "SUPERSALIDOS", y a continuación aparecen imágenes de Sonia y su novio hablando, durante las cuales se puede leer la palabra "SUPERSALIDOS" en la camiseta de él. En la siguiente franja, de siete segundos, Sonia le pregunta a su novio por el significado de la leyenda de la camiseta, a lo que él responde que "es el título de una peli, lo último de lo último". En la siguiente escena, de 22:10:55 a 22:11:27, entra un amigo que les dice "(...) Lo mejor de lo mejor del descojone en cine (...) Supersalidos (...) Y con esta peli se te quita esa cara de vinagre para siempre". En la secuencia de 22:28:07 a 22:28:26 aparece un spot de la película "Supersalidos", escenas de unos chicos jóvenes en distintas situaciones y la impresión: "Estreno el 19 de octubre sólo en cines SUPERSALIDOS".

En la Propuesta de Resolución se razona que en la emisión del día 2 de octubre la botella de anís "Castellana" es perfectamente visible desde las 21:33:43 horas, momento en el que Pepa porta la botella hasta la mesa, quedando visible, ya entera ocupando el centro de la escena, ya parcialmente ocupado ángulos de la imagen, hasta las 21:35:13 horas. Asimismo, se precisa que en el capítulo del día 17 de octubre, tras un nuevo visionado de la grabación, se comprobó que en una de las escenas aparecía un ordenador portátil con su marca visible "Toshiba" en primer plano, aquí en 21 ocasiones seguidas, durante sesenta segundos, lo que puede constituir un nuevo supuesto de **publicidad** encubierta. También en este capítulo, en otra escena que se desarrolla en la cocina del matrimonio más joven, aparece en cuatro ocasiones una botella de whisky marca "JB", perfectamente identificable, situada sobre la encimera de la cocina, hechos que pueden definir un



nuevo supuesto de **publicidad** encubierta, además de prohibida, por referirse a un producto, de más de 20° de graduación alcohólica.

En consecuencia, en la Propuesta de Resolución se imputa a la entidad GESTEVISIÓN TELECINCO, SA, la comisión de seis infracciones administrativas, dos por **publicidad** indirecta de bebidas con graduación alcohólica superior a 20° y cuatro por la presentación de productos y servicios de terceros con propósito publicitario, en los dos capítulos referidos de la serie de "Escenas de matrimonio".

CUARTO: El art. 9.2 de la Ley 25/1994 prohíbe de manera expresa " la **publicidad** y la *televenta encubiertas* ". Y el artículo 10.1 de la Ley establece que " *queda prohibida cualquier forma directa o indirecta de **publicidad** y de televenta de bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales* ."

Por su parte el art. 20.2 señala que " *Se considerará infracción grave, la contravención de las obligaciones y prohibiciones establecidas en los artículos 5, 6, 8 a 16, 17.2 y 3, 18, 19.3 y en la disposición adicional quinta de esta Ley* ".

El concepto de **publicidad** encubierta viene dado por el art. 3.d de la citada ley , que de manera clara define la **publicidad** encubierta como << *aquella forma de **publicidad** que suponga la presentación verbal, visual o sonora, dentro de los programas, de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza.*

*En particular, la presentación de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, las actividades o los elementos comerciales propios de un tercero se considerará intencionada y, por consiguiente, tendrá el carácter de **publicidad** encubierta, si se hiciese a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta.*

No tendrá esta consideración, la presentación que se haga en acontecimientos abiertos al público organizados por terceras personas y cuyos derechos de emisión televisiva se hayan cedido a un operador de televisión, cuando la participación de este último se limite a la mera retransmisión del evento y sin que se produzca una desviación intencionada para realzar el carácter publicitario .>>

Frente a tales conductas, el artículo 11 establece las pautas normativas sobre identificación y colocación de la **publicidad** y los anuncios de televenta, al disponer:

" 1. La **publicidad** y la *televenta* deberán ser fácilmente identificables y diferenciarse claramente de los programas, a través de medios ópticos o acústicos.

2. Los anuncios publicitarios y de *televenta* se emitirán de forma agrupada. Sólo excepcionalmente se emitirán anuncios publicitarios y de *televenta* aislados.

3. La **publicidad** televisiva y los anuncios de *televenta* deberán insertarse entre los programas.

*No obstante, con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, también podrá insertarse **publicidad** y anuncios de televenta interrumpiendo los programas, siempre que no se perjudique su unidad ni se desmerezca el valor o la calidad de éstos y las interrupciones se realicen teniendo en cuenta las propias pausas naturales del programa, su duración y su naturaleza, y de modo que, en ningún caso, se perjudiquen los derechos de los titulares de los programas dentro de cuya emisión se produzcan.*

4. En la emisión de *publirreportajes*, *telepromociones* y, en general, de aquellas formas de **publicidad** distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación **publicidad**.

5. En las emisiones deportivas, podrán insertarse mensajes publicitarios y de *televenta*, utilizando transparencias o cualquier otro tratamiento de la imagen, únicamente en aquellos momentos en que el desarrollo del acontecimiento retransmitido se encuentre detenido y siempre que no se perturbe la visión del acontecimiento ni se empleen transparencias que ocupen más de una sexta parte de la pantalla.

Estos mensajes consistirán, exclusivamente, en textos escritos y no podrán contener otras imágenes reales ni de animación que el logotipo estático de la marca. "

La mera descripción de las conductas sancionadas, arriba detallada, evidencia que se realizó una exhibición o presentación visual de determinados bienes, identificables por su marca comercial y título -en el caso de la película cinematográfica- dentro de dos capítulos del programa "Escenas de matrimonio", con claro propósito publicitario, sin superponer, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación "**publicidad**", tal como impone el apartado 4 del art. 11, antes transcrito.



La Sala entiende que queda evidenciada la concurrencia de finalidad promocional, que constituye el elemento subjetivo de la conducta infractora, atendidas las circunstancias y modo en que ésta se produjo, pues dado el contenido y temática del programa la presentación de un ordenador portátil y de una película que se iba a estrenar en los cines dos días después de la emisión, consignando en una de las presentaciones la fecha del estreno, no puede considerarse de forma alguna justificada como parte decorativa o de atrezzo propia del programa, de manera que no cabe apreciar la existencia de un mero "asentamiento de producto" o "product placement", figura contemplada por la Directiva 2007/65 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificó la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, no regulada en nuestro Derecho interno en la fecha en que se produjeron los hechos sancionados.

En cuanto a la botella de anís, presentada la emisión del día 2 de octubre, y a la botella de whisky, que aparece en la emisión del día 17 de octubre, si de lo que se trataba era de representar una escena cotidiana, como alega la parte recurrente, ninguna necesidad había de exhibir la etiqueta con la marca de dichas bebidas, exhibición que en el caso de la emisión del día 2 de octubre fue reiterada.

Por otra parte, el hecho de que no conste acreditación precisa de que haya habido remuneración por tal presentación publicitaria no excluye la existencia de **publicidad** encubierta, pues la previsión específica contenida en el artículo 3 de la Ley 25/94 sobre la consideración en todo caso de intencionada y, por consiguiente, constitutiva de un supuesto de **publicidad** encubierta, cuando la presentación se hiciese a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta, no implica que sólo se produzca esa forma de **publicidad** mediando remuneración, como resulta claro, por otra parte, de la literalidad de los preceptos citados.

La **publicidad** encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, sino que se hace de forma subliminar 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 exhibido o presentado.

En consecuencia, las conductas analizadas integran tanto desde el aspecto objetivo como subjetivo la figura de la **publicidad** encubierta, por lo que vulneran la prohibición contenida en el precitado art. 9.2, y, asimismo, la presentación de dos bebidas alcohólicas distintas, ambas de graduación superior a 20°, en dos emisiones, vulnera la prohibición establecida en el artículo 10.1, y, por ende, constituyen infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.2.

En cuanto al título imputación a la entidad ahora recurrente, establece el artículo 19.1 de la Ley 25/1994, en la redacción dada por la Ley 22/1999, dentro del Capítulo VI "DEL RÉGIMEN SANCIONADOR", que " *el régimen sancionador establecido en este capítulo, será de aplicación a los operadores públicos o privados de televisión a los que se refieren los apartados 1, 2 y 3 del artículo 2 de la presente Ley.* "

Y el citado artículo 2 establece:

" *Esta Ley se aplica a las emisiones de televisión realizadas por los operadores de televisión establecidos en España o que, no estando bajo la jurisdicción de ningún país miembro de la Unión Europea, se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en el apartado tercero.*

2. Se consideran establecidos en España los operadores de televisión que cumplan alguna de las condiciones siguientes:

a. Que tengan su sede principal en España y las decisiones editoriales sobre la programación se adopten en territorio español o trabaje en él una parte significativa de su personal.

b. Que, teniendo su sede principal en otro país miembro de la Unión Europea, sin que trabaje en él, sino en España, una parte significativa de su personal, las decisiones editoriales sobre programación se adopten en este último país.

c. Que, teniendo su sede principal en España y adoptándose las decisiones editoriales sobre programación en otro país miembro de la Unión Europea, o viceversa, y no trabajando en España ni ese otro país una parte significativa de su personal, hayan comenzado a emitir por primera vez desde España y mantengan un vínculo estable y efectivo con la economía española.

d. Que teniendo su sede principal en un país no miembro de la Unión Europea, las decisiones editoriales sobre programación se adopten en España y en este país trabaje una parte significativa de su personal.



Para la aplicación de las previsiones contenidas en los precedentes apartados, sólo se considerará el personal del operador que específicamente se dedique a actividades de televisión, tal como se encuentran definidas éstas en la letra a) del artículo 3.

3. A efectos de esta Ley, se consideran bajo jurisdicción española las emisiones de televisión realizadas por operadores de televisión establecidos en un país no miembro de la Unión Europea, en los siguientes supuestos:

(...) ." (fundamentos de derecho tercero y cuarto)

El motivo no puede prosperar. El artículo 9.2 de la Ley 25/1994 prohíbe en términos absolutos y sin ningún condicionamiento la **publicidad** y la televenta encubiertas. Pues bien, en la infracción sancionada (**publicidad** encubierta) no son elementos del tipo las dos circunstancias indicadas por la entidad recurrente.

En efecto, en el caso de la **publicidad** encubierta, el elemento subjetivo del tipo para el supuesto de una operadora televisiva no requiere en todo caso la existencia de intención publicitaria, como cree la recurrente, sino la voluntad y la decisión de emitir un programa que contiene dicha **publicidad** encubierta. Así, el referido precepto legal no presupone que la operadora haya de tener en todo caso la voluntad de emitir la **publicidad** encubierta -en el caso de autos, la **publicidad** de la marca de anís exhibida-, sino la de emitir el programa en el que se insertaba dicha **publicidad**. Una operadora de televisión es, en efecto, responsable de todas sus emisiones y tiene, en consecuencia, la obligación de controlar que las mismas no infringen los límites y prohibiciones legales de cualquier tipo, obligación incumplida en el supuesto enjuiciado. En el caso de autos, la recurrente debió comprobar la existencia de la **publicidad** encubierta e indirecta que contenían los programas y, en consecuencia, no emitirla. No hay, por tanto, infracción del principio de tipicidad por no quedar acreditada una voluntad publicitaria específica relativa al producto exhibido.

En cuanto a la existencia de remuneración, tampoco constituye un elemento del tipo infractor.

Es verdad que el apartado c) del artículo 3 de la Ley 25/1994 define la **publicidad** por televisión con referencia a la existencia de contraprestación. Así, dicho apartado dice así:

"c) **Publicidad** por televisión: cualquier forma de mensaje televisado emitido, mediante contraprestación y por encargo de una persona física o jurídica, pública o privada, en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover la contratación de bienes muebles o inmuebles o de servicios de cualquier tipo.

Los mensajes dedicados a la autopromoción tendrán, a efectos de esta Ley, la consideración de **publicidad**.

También se considerará **publicidad**, cualquier forma de mensaje emitido por cuenta de terceros para promover determinadas actitudes o comportamientos entre los telespectadores."

Y también es cierto que, tal como hemos indicado en jurisprudencia anterior, la emisión de espacios publicitarios está vinculada de forma natural a una contraprestación económica (STS de 8 de abril de 2.011, RC 1.987/2.008 , fundamento de derecho séptimo).

Sin embargo, la definición que se hace de la **publicidad** encubierta (letra d), conducta por la que se impone la sanción, y de la **publicidad** indirecta (letra e), evidencia que en estos casos la existencia de contraprestación no es un requisito constitutivo de las conductas sancionadas. Tales preceptos dicen así:

"Artículo 3. *Definiciones* .

A los efectos de esta ley, se entenderá por: [...]

d) **Publicidad** encubierta: aquella forma de **publicidad** que suponga la presentación verbal, visual o sonora, dentro de los programas, de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza.

En particular, la presentación de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, las actividades o los elementos comerciales propios de un tercero se considerará intencionada y, por consiguiente, tendrá el carácter de **publicidad** encubierta, si se hiciese a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta.

No tendrá esta consideración, la presentación que se haga en acontecimientos abiertos al público organizados por terceras personas y cuyos derechos de emisión televisiva se hayan cedido a un operador de televisión, cuando la participación de este último se limite a la mera retransmisión del evento y sin que se produzca una desviación intencionada para realzar el carácter publicitario.



e) «**Publicidad** indirecta», aquélla que sin mencionar directamente los productos, utilice marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de tales productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan su producción o comercialización.»

En efecto, el párrafo segundo del apartado dedicado a la **publicidad** encubierta indica que la presentación de las imágenes que se indican "se considerará intencionada y, por consiguiente, tendrá el carácter de **publicidad** encubierta, si se hiciese a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta". Quiere esto decir que la remuneración opera como una circunstancia que confirma *ex lege* la intencionalidad publicitaria y, consiguientemente, que la emisión de tales imágenes es **publicidad** encubierta. Pero esto mismo implica, tal como señala la Sala de instancia en el fundamento jurídico cuarto, que puede haber **publicidad** encubierta sin que exista el elemento intencional respecto a la propia **publicidad** o la contraprestación. Del mismo modo, la definición de **publicidad** indirecta no incorpora ya en ningún sentido la existencia de contraprestación. Y tampoco existe ninguna referencia a la contraprestación en las respectivas prohibiciones de la **publicidad** encubierta e indirecta contenidas en los artículos 9.2 y 10.1 de la Ley ("quedan prohibidas la **publicidad** y la televenta encubiertas" y "queda prohibida cualquier forma directa o indirecta de **publicidad** y de televenta de bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales").

Así pues, aunque sea cierto que, por regla general, la emisión de **publicidad** supone la existencia de una contraprestación, ello no lo hace un elemento necesario de la **publicidad** encubierta e indirecta. Tal prohibición, en el caso de ambos tipos de **publicidad**, como sucede en el supuesto litigioso con la encubierta, implica un deber de control respecto a las emisiones por parte del responsable de las mismas -la operadora del medio televisivo- para evitar dicha **publicidad**, con independencia de que dicho responsable reciba o no remuneración o cualquier otra contraprestación o posea cualquier tipo de interés en su emisión.

TERCERO .- Sobre el principio de proporcionalidad y los criterios de graduación de las sanciones.

El segundo y tercer motivos pueden ser examinados conjuntamente pues, en definitiva, ambos se basan en la imputación de que la Sentencia impugnada, al avalar la legalidad de la actuación sancionadora, no ha respetado la adecuada correspondencia entre la relevancia de la infracción y la sanción impuesta.

Pues bien, la Sala de instancia justifica la adecuación a la ley de las sanciones impuestas en el siguiente fundamento de derecho:

" **QUINTO**: No cabe tampoco apreciar la denunciada vulneración del principio de proporcionalidad, pues, como hemos dicho en supuestos similares, la presentación no clara y directa sino encubierta del producto, lejos de restar importancia a las infracciones, por minorar el daño a los consumidores, tiene el efecto de acenderarlo pues colabora de manera decisiva a que esa forma oculta de presentación del producto sea idónea para producir error en los mismos. Por otra parte, es claro que la inclusión de **publicidad** encubierta en el programa revela una relación con las empresas titulares o distribuidoras de la marca de los bienes presentados, que de alguna manera hubo de reportar beneficio a la productora del programa, cualquiera que fuera la forma de obtenerlo, pues se hizo exhibición de productos claramente reconocibles y susceptibles de ser adquiridos por los telespectadores, y en el caso de la película "Supersalidos" se añadieron comentarios elogiosos que invitaban a ver dicha película.

En todo caso, revistiendo los hechos especial gravedad en cuanto a la afectación que esa modalidad de **publicidad** implica de los derechos fundamentales de los telespectadores, tales como el de información correcta de los productos publicitados y de recibir información publicitaria claramente diferenciada de los programas, sin que, en ningún caso, dicha **publicidad** pueda ser recibida en contra de la voluntad del interesado, y siendo todas las sanciones impuestas muy inferiores a la cuantía máxima legalmente prevista para las infracciones graves (art. 20.3), la adecuada proporción entre la acción y la respuesta sancionadora no admite reproche alguno.

En todo caso, la valoración de las sanciones impuestas, desde la perspectiva de la debida observancia del principio de proporcionalidad, exige tener en cuenta que la exhibición de anís La Castellana, en la emisión del día 2 de octubre se realizó en reiterados planos, con una duración de 87 segundos, siendo la sanción impuesta de 158.660 €, por lo que se sitúa a en la franja media de la posible sanción a imponer con arreglo al art. 20.3 citado (hasta 300.000 €); la **publicidad** encubierta de la película "SUPERSALIDOS" se realizó en varias secuencias, con una duración de 67 segundos, siendo la sanción impuesta inferior a la mitad del máximo previsto para las infracciones graves (129.777 €); la presentación del ordenador Toshiba se realizó durante sesenta segundos, hecho por el que se impone una sanción inferior a la anterior (119.666 €), y lo mismo sucede con la presentación del whisky "JB", que con una duración de catorce segundos ha sido sancionada con 53.222 €. Lo que evidencia que se ha tenido en cuenta la reiteración y la duración de la presentación de cada producto objeto de **publicidad** encubierta.



En cuanto a las dos infracciones por la **publicidad** indirecta del anís y el whisky, los días 2 y 17 de octubre, las sanciones impuestas son de 36.000 y 33.000 €, respectivamente, por lo que se sitúan en la franja inferior de la posible sanción a imponer

Por lo que respecta a la alegación de que, en su caso, habría de apreciarse la existencia de dos infracciones continuadas, en lugar de las seis infracciones sancionadas, se ha de recordar que el art. 4.6, párrafo segundo Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RD 1398/1993), señala: "*Asimismo, será sancionable, como 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.*"

Sobre esta figura ha tenido la Sala oportunidad de pronunciarse (St. 23/3/09) en un recurso interpuesto por la misma entidad ahora recurrente (rec. 1500/07), en la que se hacían las siguientes consideraciones:

<<1º.- Que la institución de la infracción continuada es introducida "ex novo" en nuestro ordenamiento jurídico administrativo a través del indicado Real Decreto, esto es, por el cauce de una norma de naturaleza reglamentaria.

2º.- Que la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma que contiene los principios básicos de la potestad sancionadora y los preceptos también básicos de régimen jurídico sancionador, guarda silencio sobre ella.

3º.- Pese a tal silencio, el precepto reglamentario alberga un contenido que trasciende notoriamente lo puramente procedimental y que regula, sin previa interlocución de ley, aspectos sustantivos del régimen jurídico punitivo (tipicidad y respuesta sancionadora).

4º.- Es cierto, por otra parte, que el precepto incorpora al ordenamiento administrativo sancionador una institución de larga trayectoria en el seno del Derecho Penal, que fue fruto de inicial creación jurisprudencial y que se refleja, en el actual Código, en su artículo 74.

5º.- Ello no obstante, pese a tal incorporación de una institución largamente conocida y aplicada en el Derecho Penal, su traslación al Derecho Administrativo sancionador se produce de manera meramente parcial o fragmentaria pues en el reglamento administrativo no se contiene la agravación de la sanción, natural consecuencia de la mayor gravedad del conjunto, que sí se recoge, por el contrario, en el Código Penal («con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado»).

Con relación a tal inexistencia de agravación, el artículo 4.4 del Reglamento no resulta aplicable al caso ya que se refiere a una técnica jurídica bien distinta, como es el llamado "concurso ideal"; de modo que, es preciso insistir, el reglamento carece de elementos correctores de adecuación proporcional de la respuesta punitiva a los supuestos de infracción continuada.

Aunque con lo dicho hasta aquí sería suficiente para desestimar la alegación, tampoco sería descabellado pensar, a juicio de la Sala, en la traslación al caso del elemento limitante previsto en el artículo 74 del Código Penal para «las ofensas a bienes eminentemente personales»; previsión que pudiera resultar de aplicación a un eventual efecto reductor de la libertad de consumo por efecto de la **publicidad** encubierta.

Ambos factores, presentes en el Derecho Penal y que sin embargo no se han incorporado a la norma reglamentaria (agravación de la pena y exclusión de su aplicabilidad en caso de lesión de bienes eminentemente personales) incorporan verdaderos correctivos de proporcionalidad y de justicia, como valor superior, sin cuya conjugación la institución puede dar lugar a iniquidades y fomentar, acaso, la realización de conductas ilícitas, en lugar de poner en funcionamiento los principios de prevención general y especial que son inherentes al derecho punitivo.

6º.- Buena prueba de esto que se dice -y sobre lo que luego se volverá- son precisamente las infracciones por **publicidad** encubierta; ya que la sanción, como una única infracción, de un conjunto de actos de promoción publicitaria produciría un directo incremento, exponencial si se quiere, de la utilidad económica que tiene su comisión para la empresa de que se trate, al tiempo que producirá una gradual y paralela reducción de sus costes (sancionadores).

Con ello, al obtener mayor beneficio las empresas cuantos más actos de inserción publicitaria produzcan y, al tiempo, al minimizar sus costes sancionadores de modo correlativo, la aplicación de la norma en la manera que la recurrente pretende serviría para fomento de la infracción en lugar de cauce de prevención.

Y todo ello, además, elevando los daños para los ciudadanos, para su información objetiva y para su libertad de consumo, que son precisamente los bienes jurídicos que la norma pretende tutelar.



7º.- El Tribunal estima, con fundamento en los razonamientos antecedentes, que la ausencia de explícita cobertura legal de la institución contenida en el artículo 4.6 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, no obliga a la inaplicación de la norma reglamentaria y, por tanto, a la formulación de cuestión de ilegalidad para con ella (artículos 26 y 26 de la Ley Jurisdiccional) siempre y cuando: a) se considere la institución como emanación de ciertos principios generales del derecho punitivo, preexistentes, que fueron objeto de recepción jurisprudencial; b) se entienda complementada con las cautelas y limitaciones previstas para la institución en el Código Penal y que son inherentes a su cualidad de decantación de ciertos principios punitivos; c) aun cuando lo que se dirá incida parcialmente sobre la misma cuestión aludida en la letra antecedente, la infracción continuada será incorporable al Derecho Administrativo sancionador siempre y cuando se admita su corrección -o sencillamente exclusión- en aplicación del principio de proporcionalidad que necesariamente ha de mediar entre la infracción y la respuesta (artículo 131 de la Ley 30/1992).

8º.- 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.>>

Todo lo expuesto impone la desestimación del presente recurso." (fundamento de derecho quinto)

En lo que respecta a la alegación del principio de proporcionalidad (art. 131.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -Ley 30/1992, de 26 de noviembre -) y a la invocación de determinados criterios de graduación expresados en el artículo 20.3 de la Ley 25/1994 -submotivos segundo y tercero-, tampoco pueden prosperar. La Sala hace primero una valoración de la gravedad y consecuencias de las infracciones (dos primeros párrafos del fundamento transcrito) y luego señala, en lo que respecta a la infracción contemplada en casación, la prolongada exhibición del anís y la cuantía media de la sanción efectivamente impuesta en relación con la que pudiera imponerse, todo lo cual constituye una valoración motivada y razonable de la adecuación de la sanción que no puede calificarse de contraria al principio de proporcionalidad. En consecuencia, la afirmación de la parte respecto a que no se han valorado determinados criterios expresados en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 (intencionalidad, perjuicios causados y reincidencia) y en el citado artículo 20.3 de la Ley 25/1994 (repercusión social de la infracción, beneficios reportados por la infracción y gravedad del incumplimiento) no pasa de ser una discrepancia valorativa que no acredita las infracciones denunciadas.

Finalmente, los submotivos cuarto y quinto, referidos a la jurisprudencia, han de ser rechazados *a limine*. El submotivo cuarto, relativo a la jurisprudencia de esta Sala sobre los mismos principio de proporcionalidad y criterios de graduación de la sanción planteados en los dos anteriores motivos, porque la parte se limita a enumerar una serie de sentencias sin justificar en ningún caso la coincidencia substancial de supuestos que permita invocar dicha jurisprudencia. En cuanto al submotivo quinto, referido a diversa jurisprudencia de la Audiencia Nacional sobre supuestos similares, porque las resoluciones de dicho alto Tribunal no constituyen jurisprudencia invocable ante esta Sala; al margen de que, tal como ocurre en el submotivo anterior, tampoco se justifica la semejanza de supuestos.

CUARTO .- Conclusión y costas.

Las razones expuestas en los anteriores fundamentos de derechos conducen al rechazo de todos los motivos en que se basa el recurso y a la desestimación de éste. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, se impone a la parte que ha sostenido el recurso el pago de las costas causadas, hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Gestevisión Telecinco, S.A. contra la sentencia de 25 de octubre de 2.010 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 698/2.008. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho cuarto.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos,



mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Rafael Fernandez Montalvo.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-**Eduardo Espin Templado**.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. **Eduardo Espin Templado**, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ