

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064372

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1552/2019, de 11 de noviembre de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 6537/2018

SUMARIO:**Procedimiento sancionador. Sanción en materia de comunicación audiovisual. Sanción por publicidad encubierta. Telepromoción. Continuidad de la infracción.**

La cuestión jurídica que se suscita consiste en cómo deba integrarse el concepto de publicidad encubierta -a los efectos de aplicar la normativa sancionadora prevista en la Ley General de Comunicación Audiovisual- y, en particular, si puede calificarse como publicidad encubierta el contenido de varios microespacios destinados a la salud, en el que no se realiza una actividad de promoción comercial, en conexión con una telepromoción que le sigue en la programación del mismo canal, en el que sí se realiza una promoción de productos que se relacionan con los trastornos de salud tratados en los microespacios destinados a la salud en el que interviene un médico.

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.

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, sólo que si se justifica ésta la ley presume la intencionalidad.

Un vez establecido que la conducta examinada es constitutiva de publicidad encubierta, queda por examinar si los microespacios incluidos en seis programas, son constitutivos de seis infracciones o una única infracción continuada y al respecto se señala que concurren en este caso las circunstancias que señala el artículo 4.6 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, (actual artículo 63.3 de la Ley 39/2015 y 29.6 de la Ley 40/2015), 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, es decir, identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad en todas sus acciones controvertidas.

PRECEPTOS:

Ley 7/2010 (General de Comunicación Audiovisual), arts. 2.32, 18.2, 58.8 y 60.4.

LO 10/1995 (CP), art. 74.

Ley 40/2015, (Régimen Jurídico del Sector Público), art. 29.6.

RD 1398/1993 (Ejercicio de la Potestad Sancionadora), art. 4.6.

PONENTE:*Don Ángel Ramón Arozamena Laso.*

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR

Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.552/2019

Fecha de sentencia: 11/11/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6537/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

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

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

Transcrito por: MDC

Nota:

R. CASACION núm.: 6537/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1552/2019

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. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde



D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 11 de noviembre de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 6537/2018, interpuesto por la entidad Mediaset España Comunicación, S.A. , representada por el procurador de los tribunales D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, bajo la dirección letrada de D. Alfonso Muñiz Vigil, contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 13 de julio de 2018, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 550/2016, a instancia del mismo recurrente, sobre sanción impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el recurso contencioso-administrativo núm. 550/2016 seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 13 de julio de 2018, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., contra la resolución de 12 de mayo de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora dos multas por importe cada una de ellas de 258.956 euros y 269.417 euros por la vulneración del art. 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por dos infracciones continuadas tipificadas como graves en el art. 58.8 de la citada norma, declaramos la citada resolución conforme a derecho; sin hacer expresa imposición de las costas procesales".

Segundo.

El procurador de los tribunales D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de Mediaset España Comunicación, S.A., presentó con fecha 3 de octubre de 2018 de 2018 escrito de preparación del recurso de casación.

Tercero.

Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de fecha 8 de octubre de 2018, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, la parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 30 de octubre de 2018.

Cuarto.

El Abogado del Estado, en la representación que le es propia y por ley ostenta, ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 8 de noviembre de 2018, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA.



Quinto.

La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 de la LJCA acordó, por auto de fecha a 21 de enero de 2019:

"1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el procurador D. Manuel Sánchez Puelles, en nombre y representación de la entidad recurrente, Mediaset España Comunicación, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 13 de julio de 2018, dictada en el recurso contencioso- administrativo número 550/2016.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo consiste en determinar si puede calificarse como publicidad encubierta aquella acción que, partiendo de la emisión de un contenido aparentemente no publicitario, en el que no se realiza una presentación directa o indirecta de productos, se combina con otros espacios de telepromoción, que le siguen en la programación del mismo canal, en el que sí se realiza una promoción de productos relacionados con los contenidos tratados en la primera de las emisiones.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: los artículos 2.32, 18.2 y 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

4º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos".

Sexto.

Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 8 de febrero de 2019 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 12 de marzo de 2019 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y sus los pronunciamientos que acabó solicitando:

"dictar en su día Sentencia estimatoria por la que case la recurrida y, de conformidad con lo previsto en el artículo 93.1 de la LJCA, dicte un pronunciamiento sobre el fondo conforme a Derecho estimando el recurso contencioso-administrativo y anulando, en consecuencia, la resolución del Consejo de la CNMC de 12 de mayo de 2016, con lo demás que en Derecho proceda".

Séptimo.

Por diligencia de ordenación de fecha 13 de marzo de 2019, se concedió el plazo de treinta días al Abogado del Estado, parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante su escrito de oposición al recurso presentado en fecha 26 de abril de 2019, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala:

"resuelva este recurso por medio de sentencia que LO DESESTIME con la consecuencia de confirmar la sentencia recurrida".

Octavo.

Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 3 de junio de 2019 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria ateniendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 29 de octubre de 2019, fecha en la que tuvo lugar el acto.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *La cuestión litigiosa y la sentencia de instancia.*

El presente recurso de casación núm. 6537/2018, lo interpone la entidad Mediaset España Comunicación, S.A. , contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 13 de julio de 2018, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 550/2016.

La sentencia recurrida desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida entidad contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 12 de mayo de 2016, por la que se le habían impuesto dos multas, por importes respectivamente de 258.956 euros y 269.417 euros, por la vulneración del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por dos infracciones tipificadas como graves en el artículo 58.8 de la citada norma.

La sentencia parte de considerar probado que el 11 de junio de 2015, en el programa de televisión "Sálvame Naranja", en el canal Telecinco, se emitió, entre las 18:54 y las 18:58 horas, un microespacio dedicado a la salud y titulado "Aprende a cuidarte", en el que intervino un doctor tratando de la supuesta necesidad de productos antioxidantes para el cuerpo, durante cuya exposición se emitieron sobreimpresiones en la parte inferior de la pantalla con gráficos explicativos sobre lo señalado por el doctor. Con posterioridad, y después de una pausa publicitaria, entre las 19:56 y las 19:59 horas, el presentador del programa protagonizó una telepromoción de dos productos de los laboratorios Actafarma: Obextrem 7 Clinical y Revidox, señalando, respecto del segundo, que se trataba de un complemento alimenticio y un potente antioxidante.

La Sala tuvo asimismo por probado que durante la emisión del día 30 de junio de 2015, entre las 17:18 y las 17:24 horas, se siguió el mismo formato en el mismo microespacio "Aprende a cuidarte", en relación con la necesidad de transformar grasa blanca en grasa parda, pues esta última sería más beneficiosa, y ello a través del consumo de sustancias capaces de realizar dicha transformación a través del mecanismo de la adipoconversión. Y el mismo doctor finalizó su intervención mencionando la existencia de sustancias capaces de realizar esa adipoconversión. Con posterioridad, después de una pausa publicitaria, entre las 18:52 y las 18:55 horas, el presentador del programa protagonizó una telepromoción de dos productos de los laboratorios Actafarma: Revidox y Obextrem 7 Clinical, señalando, respecto del segundo, que existe un mecanismo denominado adipoconversión parda, que es capaz de transformar la grasa blanca acumulada en nuestro cuerpo en grasa parda, que se quemada y se elimina.

La Sala de instancia concluye que 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. Y añade que la conexión entre ambos espacios 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 consecuencia, la Sala considera constatado que los dos microespacios emitidos 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. Por todo lo cual entiende que concurren los elementos que integran el tipo infractor y desestima el recurso contencioso-administrativo.

La sentencia desestima, a continuación, el motivo referido a la consideración de las dos infracciones como una infracción continuada, por considerar que la calificación de una infracción como continuada no puede 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, para evitar 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. Finalmente, rechaza la infracción del principio de proporcionalidad, al haberse apreciado circunstancias que justifican la imposición de la sanción en su grado medio.



Segundo. *La preparación del recurso de casación.*

La entidad mercantil Mediaset España Comunicación, S.A., presentó escrito de preparación de recurso de casación contra la mencionada sentencia, en el cual identificó como normas infringidas, por un lado, el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, y, por otro lado, el artículo 2.32, argumentando, en síntesis, que no hubo publicidad encubierta ni, por tanto, infracción de tales preceptos, pues la estrategia de la entidad recurrente consistió precisamente en separar contenidos publicitarios, en telepromociones, de contenidos no publicitarios, en microespacios de salud, respetando, en consecuencia, lo establecido en la Ley. Asimismo, consideró infringidos los artículos 74 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y el artículo 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuanto a la no consideración de las infracciones como una única infracción continuada.

Tercero. *La admisión del recurso de casación.*

La Sección Primera de esta Sala en su auto de 21 de enero de 2019 reseña que la sentencia entiende que, conforme a los artículos 18.2 y 2.32 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, los hechos que entiende probados son constitutivos de dos infracciones previstas como graves en el artículo 58.8 de la citada norma, que tipifica la prohibición establecida por las citadas normas de la comunicación comercial encubierta y la publicidad subliminal.

Por su parte, la entidad recurrente considera que no concurren los elementos que integran el tipo infractor, al encontrarse debidamente separados los contenidos publicitarios, emitidos en telepromociones, de los contenidos no publicitarios, que fueron emitidos en los microespacios de salud. Además, considera que ambas infracciones debieron considerarse como una única infracción continuada.

La Sección Primera -como en el auto de fecha 9 de febrero de 2018 dictado en el recurso de casación núm. 5920/2017 en un asunto similar-, entiende que la cuestión jurídica suscitada en este recurso reviste interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia. La cuestión jurídica que se suscita consiste en cómo deba integrarse el concepto de publicidad encubierta -a los efectos de aplicar la normativa sancionadora prevista en la Ley General de Comunicación Audiovisual- y, en particular, si puede calificarse como publicidad encubierta el contenido de un microespacio destinado a la salud, en el que no se realiza una actividad de promoción comercial, en conexión con una telepromoción que le sigue en la programación del mismo canal, en el que sí se realiza una promoción de productos que se relacionan con los trastornos de salud tratados en el microespacio destinado a la salud en el que interviene un médico.

Y transcribe los preceptos que se consideran infringidos, esto es el artículo 18.2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual y el artículo 2.32 de la misma, que reseña qué se entiende por comunicación comercial televisiva encubierta,

Añade que si bien sobre una materia similar ha sido dictada ya por esta Sala Tercera la sentencia de fecha 31 de octubre de 2018, en el mencionado recurso de casación núm. 5920/2017, esta circunstancia no obsta a la admisión del presente recurso, pues, además de tratarse de un solo pronunciamiento, el mismo se ha producido con posterioridad tanto al dictado de la sentencia objeto del este recurso como a la presentación del escrito de preparación.

Cuarto. *La cuestión que presenta interés casacional.*

El auto del pasado 21 de enero de 2019 admitió el recurso de casación y detalla que la cuestión que presenta interés casacional objetivo consiste en determinar si puede calificarse como publicidad encubierta aquella acción que, partiendo de la emisión de un contenido aparentemente no publicitario, en el que no se realiza una presentación directa o indirecta de productos, se combina con otros espacios de telepromoción, que le siguen en la programación del mismo canal, en el que sí se realiza una promoción de productos relacionados con los contenidos tratados en la primera de las emisiones.

Y, señala que las normas jurídicas que, en principio, deberán ser objeto de interpretación son los artículos 2.32, 18.2 y 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.



Quinto. El examen del recurso de casación: sobre la sanción por publicidad encubierta.

Es inevitable, por identidad de criterio, reiterar y ratificar lo que dijo esta Sala en la sentencia de 31 de octubre de 2018 -recaída en el recurso de casación núm. 5920/2017- y también, en cierta medida, en la sentencia de 8 de noviembre de 2018 -recurso de casación núm. 4055/2017- ambas a instancia también de Mediaset España Comunicación.

Recordemos que la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 13 de julio de 2018 desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha entidad contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 12 de mayo de 2016, en la que se declara a Mediaset España Comunicación S.A. responsable de la comisión de dos 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 publicidad encubierta en las Secciones de Salud de dos programas de "Sálvame naranja" en el canal Telecinco, en sus emisiones de los días 11 y 30 de junio de 2015, imponiendo a Mediaset España Comunicación, S.A. dos multas, por importes, respectivamente, de 258.956 euros y 269.417 euros.

Antes 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 21 de enero de 2019, en el que, como vimos, se declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en "determinar si puede calificarse como publicidad encubierta aquella acción que, partiendo de la emisión de un contenido aparentemente no publicitario, en el que no se realiza una presentación directa o indirecta de productos, se combina con otros espacios de telepromoción, que le siguen en la programación del mismo canal, en el que sí se realiza una promoción de productos relacionados con los contenidos tratados en la primera de las emisiones".

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: "Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales". Y, en fin, en su artículo 58.8 se tipifica como infracción grave "La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas, que utilicen técnicas subliminales (...)".

Dijimos en aquella sentencia de 31 de octubre de 2018 -recurso de casación núm. 5920/2017-:

"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 web o blog que remite, a su vez, a una plataforma de venta on-line".



La Sala de la Audiencia Nacional comparte la apreciación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de que nos encontramos ante una manifestación de publicidad encubierta; y asienta esta conclusión en el examen de los referidos micro-espacios, de los que la sentencia recurrida hace la siguiente reseña:

"Así las cosas, 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. A este respecto, el propósito publicitario de los microespacios y la intención de promover la compra de los productos telepromocionados se deduce de la relación de hechos por los que ha sido sancionada la parte actora, de los que se derivan una conexión entre el microespacio y las telepromociones dada la coincidencia entre los temas expuestos por el doctor Gutiérrez y la telepromoción posterior, además de existir, también, una conexión explícita e implícita entre el microespacio y el anunciante de las telepromociones, Laboratorios Actafarma.

En efecto, tal y como se recoge en la resolución sancionadora, la conexión entre ambos espacios resulta evidente en cuanto a que los trastornos de salud sobre los que tratan los microespacios y las soluciones que propone el reseñado 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 Gutiérrez o que facilitan los mecanismos biológicos señalados por el citado doctor".

De nuevo, en aquella sentencia de 31 de octubre de 2018 -recurso de casación núm. 5920/2017- dijimos:

"(...) 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".

Y luego añade:

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 multisoporte 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".

La identidad sustancial del presente recurso con el allí examinado, exime de mayores consideraciones para apreciar la existencia de las conductas reseñadas y las infracciones sancionadas, ratificándonos íntegramente en los razonamientos y la doctrina allí expuestos, sin que resulte relevante la alegada separación temporal entre el microespacio y la telepromoción -apenas una hora o poco más, incluidas las pausas publicitarias, además emitidos dentro del mismo programa-.

Sexto. Sobre la infracción continuada.

Un vez establecido que la conducta examinada es constitutiva de publicidad encubierta, queda por examinar si los microespacios incluidos en dos programas emitidos los días 11 y 30 de junio de 2015 son constitutivos de dos infracciones graves del artículo 58.8 de la propia Ley General de Comunicación Audiovisual, como han entendido la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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".

De nuevo recordemos lo que se dice sobre esta cuestión en la sentencia de 31 de octubre de 2018 - recurso de casación núm. 5920/2017-:

"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 designio 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".

Estos razonamientos son plenamente trasladables al presente supuesto y, ante identidad de razón, debemos llegar a la misma conclusión pues, fácilmente, se aprecia que concurren en los programas y espacios ya reseñados identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad.

Y, por la demás, nos remitimos igualmente a la también citada sentencia de 8 de noviembre de 2018 (fundamento de derecho sexto) -recurso de casación núm. 4055/2017- en la que también fue recurrente Mediaset España Comunicación y se examina análoga cuestión.

Séptimo. Sobre los restantes motivos del recurso.

En otro orden de cosas, la recurrente, Mediaset España Comunicación, S.A., reprocha la falta de motivación en la sentencia recurrida.

Hemos de rechazar, como ya hicimos en la sentencia de 8 de noviembre de 2018 -recurso de casación núm. 4055/2017- también de Mediaset, el alegato sobre el déficit de motivación de la sentencia. Baste, como allí dijimos y sin necesidad de otras consideraciones, reiterar que en el pronunciamiento de la Sala de instancia se expone de modo suficiente, la ratio decidendi o el criterio esencial en que se sustenta la decisión del Tribunal, y en esa medida cabe rechazar la ausencia de motivación.



Octavo. Sobre la fijación de doctrina.

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 quinto, de donde resulta que sí puede calificarse como publicidad encubierta aquella acción que, partiendo de la emisión de un contenido aparentemente no publicitario, en el que no se realiza una presentación directa o indirecta de productos, se combina con otros espacios de telepromoción, que le siguen en la programación del mismo canal, en el que sí se realiza una promoción de productos relacionados con los contenidos tratados en la primera de las emisiones.

Noveno. Sobre la estimación parcial del recurso.

Ahora bien, por las razones que hemos expuesto en el fundamento jurídico sexto, 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 dos infracciones independientes, debiendo ordenarse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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.

En los mismos términos nos pronunciamos en las tantas veces citadas sentencias de 31 de octubre y 8 de noviembre de 2018 - recursos de casación núms. 5920/2017 y 4055/2017, respectivamente-.

Décimo. Sobre las costas.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 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; y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en los fundamentos de derecho quinto, sexto y octavo:

1.- Ha lugar al recurso de casación núm. 6537/2018, interpuesto por la entidad Mediaset España Comunicación, S.A., contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 13 de julio de 2018, dictada en el recurso núm. 550/2016, 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 12 de mayo de 2016, por la que se le había impuesto dos multas, por importes respectivamente de 258.956 euros y 269.417 euros, por la vulneración del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por dos infracciones tipificadas como graves en el artículo 58.8 de la citada norma, anulando la referida resolución en cuanto sanciona por dos infracciones independientes, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que dicte nueva resolución en la que se sancione a Mediaset España Comunicación, S.A. 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.



D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech
D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde
D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.