

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065844

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1462/2021, de 13 de diciembre de 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 371/2021

SUMARIO:**Defensa de la Competencia. Procedimiento sancionador. Sanción en materia de comunicación audiovisual. Publicidad comercial. Publicidad encubierta. Telepromoción.**

Vulneración del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, que prohíbe la publicidad comercial encubierta, por cuanto del visionado del conjunto de las imágenes tomadas en consideración se infería un claro propósito publicitario, al evidenciarse la intención de promover la adquisición por los espectadores de los artículos eróticos de una determinada marca.

Se delimita con precisión la noción de publicidad encubierta, y se señala que los preceptos de la ley, 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*.

Se establece 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.

PRECEPTOS:

Ley 7/2010 (General de la comunicación audiovisual), arts. 2.32, 17, 18.2 y 58.8.

PONENTE:*Don Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.*

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Don EDUARDO CALVO ROJAS
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. 1.462/2021

Fecha de sentencia: 13/12/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 371/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

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

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

Transcrito por: MAS

Nota:

R. CASACION núm.: 371/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1462/2021

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 13 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado bajo el numero 371/2021, interpuesto el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de la mercantil MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A. contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 2 de octubre de 2020, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1834/2019.

Ha sido parte recurrida el Sr. Abogado del Estado en representación y defensa de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el recurso contencioso-administrativo numero 1834/2019, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 2 de octubre de 2020 cuyo fallo dice literalmente:

<< DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Puelles, en nombre y representación de la entidad MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A., frente a la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Sala de Supervisión Regulatoria) de fecha 24 de julio de 2019; con imposición de costas a la actora. >>

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimar el recurso de contencioso-administrativo con base en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

< CUARTO.- Para el examen de la cuestión controvertida se va a efectuar una referencia al marco normativo de aplicación La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), traspone la Directiva 2007/65/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 y recuerda en su Exposición de Motivos que la regulación de la publicidad, " Está concebida como un instrumento de protección del consumidor frente a la emisión de mensajes publicitarios en todas sus formas, en cuanto a tiempo y contenidos..."

El artículo 2.32 de la citada Ley define 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. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador del servicio."

Por su parte, el art. 18 de la misma LGCA, bajo el título de "comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas" establece en su apartado 2; " Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales", y el art. 58.8 de la mentada Ley tipifica como infracción grave la emisión de las comunicaciones comerciales encubiertas.

Sostiene la actora que no hubo publicidad encubierta, pues la presencia de la marca "Amantis" y sus productos en el capítulo en la parte del tupper sex, fue puntual, significadamente más limitada que lo indicado en la resolución impugnada, discreta y justificada por el contexto. Añade que la serie relata las peripecias de una comunidad de vecinos disparatada y se incluyó la trama sobre el impacto de una sesión de tupper-sex en el citado vecindario, utilizándose la novedad de las mismas en 2008 que es cuando se grabó el capítulo y en tono irónico, que lógicamente requería hablar sobre el funcionamiento de los juguetes eróticos que uno de los personajes intentaba vender a los vecinos, tratándose de momentos perfectamente integrados en la trama sin ningún contenido publicitario.

Sin embargo, frente a dichas alegaciones, hay que señalar que el propósito publicitario y la intención de promover los productos promocionados se deduce del contexto del episodio y de las circunstancias concurrentes, presentándose a la empresa amantis en distintos momentos del capítulo y si bien los productos comercializados por amantis no se presentan de manera explícita durante todo del tiempo tomado en consideración por la resolución recurrida, que supone el 20% del capítulo, lo cierto es que durante dicho periodo se presentan una amplia variedad de productos eróticos, cuyas bondades se explicitan, que se relacionan con la marca amantis y con la página web www.amantis.net en la que pueden adquirirse, por lo que todas esas imágenes en su conjunto tienen un propósito publicitario.

Así, en la citada sesión de tupper sex se muestran una serie de artículos eróticos que se contienen en una maleta sobre la mesa del salón En una de las escenas, una de las protagonistas cierra la maleta y mientras la cierra se puede observar la etiqueta de la maleta que pone amantis.net en el ángulo izquierdo.

Esos productos de la maleta (con la etiqueta amantis.net) se conectan asimismo con el catálogo exhibido, que se muestra en varios momentos del capítulo, en el que se puede observar tanto en la portada como la contraportada el nombre de amantis, donde aparecen los productos eróticos que podrían adquirirse.

En este sentido, cabe destacar que cuando Debora, la organizadora de la sesión de tupper sex, dirigiéndose a Elisabeth, pregunta quien más quiere uno (vibrador), o unas bolas chinas que saca de la maleta, y aquella responde "me lo tengo que pensar es que hay tanta variedad que cuesta decidirse", Debora le da un catálogo que ha sacado de la maleta, para que decida con tranquilidad. Catálogo con el que Elisabeth entra en su casa y enseña a su marido quien mientras lo hojea y lo tiene en la mano puede verse el nombre de amantis en varias ocasiones. Debora sentada en el sofá, saca un objeto de la maleta, mostrándose en el centro de la pantalla el objeto envuelto en su package transparente, pudiéndose leer en la parte superior NEXUS, el estimulador de próstata, que según dice es su producto estrella...

Además, la etiqueta amantis.net no sólo aparece en la maleta sino también y en dos ocasiones en la parte superior derecha de una bolsa que sostiene Domingo en la que lleva el vibrador que quiere devolver.

Es decir, todas las imágenes tomadas en consideración por la resolución recurrida están conectadas o vinculadas entre sí y evidencian claramente un propósito publicitario, con riesgo de provocar error en los consumidores inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, a la adquisición de los productos de amantis. Error que se consigue con el modus operandi expuesto al promocionar unos productos cuyas bondades se exponen, que están relacionados y se confunden con la temática del tupper sex tratada en dicho capítulo -productos eróticos-.

En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la existencia de publicidad encubierta en las SSTS de 31 de octubre 2018 (Rec. 5920/2017), 11 de noviembre 2019 (Rec. 6537/2018), 10 de marzo de 2020 (Rec. 383/2019) etc.

Aduce la actora como prueba de la ausencia de propósito publicitario que los productos supuestamente promocionados, como el simulador Nexus, no se comercializan en la actualidad. Sin embargo, si bien se menciona el producto Nexus que ya no se comercializa por amantis, este producto ha de considerarse como un mero ejemplo de los comercializados en la web de amantis, sin que por ello decaiga el interés promocional de la plataforma web de venta de artículos eróticos amantis.

Quinto.

Enlazando con el tercer motivo de impugnación, alega la recurrente que de considerarse la existencia de una cierta presencia de la marca o de sus productos a lo largo del capítulo, se trataría de un emplazamiento de producto que habría cumplido con los requisitos para esta forma de comunicación comercial respetándose la normativa publicitaria vigente.

Abundando en lo expuesto esgrime, que en particular se habrían respetado los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 17 de la LGCA, pues se avisó del emplazamiento del producto, al principio y final de la serie y en las reanudaciones después del corte publicitario y en los momentos en que se vio de alguna forma la marca "amantis" o algunos de sus productos fueron solamente tres, tratándose de una presencia puntual, completamente justificada e integrada en la trama.

La figura del emplazamiento fue incorporada por la Ley 7/2010, cuyo artículo 2.31 lo define como " Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa".

Por su parte, el artículo 17, en relación con dicha figura, dispone en su apartado 1, que los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir con emplazamiento de productos, por lo que aquí nos interesa, series de televisión. El apartado 2, establece " Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el programa deberá ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria" y el apartado 3, también invocado por la actora " El emplazamiento no puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto".

En similar sentido, se pronuncia la Directiva 2010/13 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, denominada Directiva de servicios de comunicación audiovisual, en su artículo 11.

Respecto a la diferencia entre publicidad y emplazamiento, esta Sala ha reiterado, entre otras, en Sentencias, Sec. 8ª, de 23 de marzo 2009 (Rec. 1500/2007) y 20 de mayo de 2013 (Rec. 254/2010) que: " La diferencia que en la misma norma europea (Directiva 2007/65/CE) se establece entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la mera presentación ("asentamiento" o "emplazamiento") del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el "emplazamiento" la aparición del producto o servicio de que se trate es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional o apologética.

Tal finalidad promocional, verdadero elemento subjetivo de la conducta (que además el Tribunal considera probada en el presente caso, tras un análisis detallado de los contenidos de los programas), es la que está también presente en la definición en el artículo 3.d ("que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario") de la Ley 25/1994, de 12 de julio .

En el caso de la publicidad "encubierta" esa misma promoción no se hace además de una manera explícita, clara o abierta, sino oculta; ocultación que por sí misma entraña riesgo para los consumidores de provocar su error, a través del estímulo, no consciente, al consumo del producto".

Así las cosas, los elementos concurrentes expuestos en el fundamento de derecho procedente permiten colegir que el conjunto de imágenes en las que aparecen artículos eróticos y en las que aparece explícitamente la marca amantis, tienen en su conjunto un propósito publicitario, es decir, concurre intención publicitaria por parte del prestador del servicio, sin que se trate de un emplazamiento del producto.

El hecho de que se haya avisado de emplazamiento del producto con el logotipo EP y a su lado la sobreimpresión EMPLAZAMIENTO PUBLICITARIO, máxime cuando al finalizar el programa no se ha diferenciado

la marca "amantis" del resto de los agradecimientos, no obsta a lo expuesto, porque de lo que estaría avisado el espectador es del emplazamiento de productos y no de que se vaya a infiltrar publicidad o mensajes publicitarios.

Por otro lado, señalar que el supuesto que nos ocupa difiere del contemplado en la Sentencia de esta Sala y Sec. de 25 de julio de 2019 (Rec. 363/2017) invocada en la demanda, bastando reseñar que en aquel caso no se apreció vulneración del artículo 18.2 de la LGCA, es decir publicidad encubierta, sino del artículo 17.3 de la misma Ley.

Finalmente debemos poner de manifiesto, que la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, hace un constante llamamiento a la protección y defensa de los consumidores. Baste señalar que el punto 9 de su Preámbulo declara que el contenido de la Directiva "...se entiende sin perjuicio de los actos de armonización de la Unión vigentes o futuros que tienen especialmente por objeto hacer que se respeten los imperativos relativos a la defensa de los consumidores...". Y en otros considerandos del mismo Preámbulo, se reiteran las referencias a "la plena y adecuada protección de los intereses de los espectadores de la Unión Europea" (55) y a que "resulta esencial garantizar un alto nivel de protección del consumidor" (99).

Sexto.

Respecto a la vulneración de la confianza legítima, se sustenta por la actora en que el capítulo ha estado emitiéndose de forma recurrente sin ningún impedimento en los últimos 11 años y con la más absoluta connivencia por la autoridad, habiendo realizado la resolución impugnada un cambio de calificación vía sancionadora que vulnera dicho principio contenido en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015.

Sin embargo, el hecho de que no se haya detectado la conducta infractora en las emisiones anteriores del capítulo no consta que obedezca a un cambio de criterio de la CNMC, sino más bien, a la imposibilidad técnica de que la actuación inspectora pueda detectar todas las infracciones que se hayan podido producir en los servicios de comunicación audiovisual emitidos en España.

Por tanto, no cabe apreciar la vulneración del principio de confianza legítima, recogido en el artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, principio que como ha reiterado la jurisprudencia - SSTS de 28 de diciembre 2012 (Rec. 273/2009), 3 de julio 2013 (Rec. 2511/2011), entre otras muchas- " no puede invocarse e para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico", siendo la actora responsable de la infracción apreciada por la resolución impugnada, a tenor del artículo 28.1 de la Ley.

Séptimo.

Finalmente considera la actora que la sanción impuesta fue desproporcionada, pues una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en este caso sólo podría conducir a la no imposición de sanción o, en su caso, de una sanción en su grado mínimo.

Acreditada la comisión de la infracción y siendo responsable de la misma la actora, como ya se ha expuesto, resulta obvio que procede la imposición de sanción, debiéndose examinar, en consecuencia, si la sanción impuesta vulnera el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad de las sanciones, como señalan las SSTS, Sala 3ª, de 3 de diciembre de 2008 (Rec. 6602/2004) y 12 de abril de 2012 (Rec. 5149/2009) es el fundamental que late y preside el proceso de graduación de las sanciones y comporta, en términos legales, que debe de existir una " debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada", como dispone el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (antes artículo 131.3 de la LRJPA).

Principio que no ha resultado vulnerado en el caso de autos, a la vista de las circunstancias concurrentes, que han sido valoradas, razonada y adecuadamente por la resolución recurrida y justifican la fijación de la sanción en la cuantía de 196.038 euros.

Así, debe tenerse en cuenta que las infracciones graves, conforme al artículo 60.2 de la LGCA pueden ser sancionadas con multa de 100.000 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual y la sanción se ha impuesto en la mitad inferior habiéndose tomado en consideración la continuidad de la conducta infractora producida durante seis emisiones, la repercusión social en función de la audiencia media de los programas y la duración de la promoción publicitaria, circunstancias que justifican la determinación de su cuantía.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo y, en definitiva, del recurso contencioso administrativo interpuesto.>>

Segundo.

Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la mercantil MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A. recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

la Audiencia Nacional, tuvo por preparado mediante Auto de 21 de diciembre de 2020 que, al tiempo, ordeno remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Tercero.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dicto auto el 25 de marzo de 2021 de , cuya parte dispositiva dice literalmente:

<<1.º) Admitir el recurso de casación n.º 371/2021 preparado por la representación procesal de Mediaset España Comunicación, S.A. contra la sentencia de 2 de octubre de 2020, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 1834/2019.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, habiendo existido una información del emplazamiento del producto, la inobservancia de las condiciones establecidas por el artículo 17 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) para el emplazamiento de productos, determina necesariamente una infracción administrativa del artículo 58.7 LGCA, o si dicho incumplimiento puede sancionarse por incurrir en supuestos de comunicación comercial encubierta ex artículo 58.8 LGCA.

Para ello será necesario interpretar los artículos 17, 18 y 58 LGCA, a la luz de lo dispuesto en las Directivas europeas sobre comunicación audiovisual, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

3.º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

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

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

Cuarto.

Por diligencia de ordenación de 9 de abril de 2021, habiendo sido admitido a tramite el recurso de casación, y recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se establece que una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará. La representación procesal de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. presentó escrito de interposición del recurso de casación el 26 de mayo de 2021, en el que tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

<<que tenga por presentado este escrito con sus copias y por personada a esta parte recurrente en el recurso de casación por ella preparado contra la Sentencia de 2 de octubre de 2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional recaída en el procedimiento nº 1834/19; y, por los motivos de casación expuestos en el presente escrito, previos los trámites que procedan, se sirva admitirlo y 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 24 de julio de 2019, con lo demás que en Derecho proceda.>>

Quinto.

Por diligencia de ordenación de 28 de mayo de 2021, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y personada, para que pueda oponerse al recurso en el plazo de treinta días, lo que efectuó el Sr. Abogado del Estado en la representación que ostenta, en el escrito de oposición presentado el 12 de julio de 2021, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

<<que teniendo por presentado este escrito de oposición lo admita para resolver este recurso por sentencia que, fijando la doctrina interesada en el último párrafo del fundamento jurídico sexto, DESESTIME el recurso y confirme la sentencia recurrida. >>

Sexto.

Por providencia de 15 de julio de 2021, se acuerda, no ha lugar al señalamiento de vista; y por providencia de 20 de septiembre de 2021 se designo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y se señala este recurso para votación y fallo el día 30 de noviembre de 2021, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la sentencia impugnada dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2020 .

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A. al amparo de los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2020, que desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución de la sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de julio de 2019, que acuerda imponer a la citada compañía la sanción de 196.038 euros como responsable de la comisión de la infracción administrativa grave tipificada en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, por vulnerar el artículo 18.2 del citado texto legal.

La sentencia impugnada fundamenta la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo con base en el argumento de que la emisión en el canal FDF del capítulo titulado "un aniversario, un peluquín y una reunión tupper- sex" de la serie "la que se avecina", los días 5 de agosto de 2018, 6 y 5 de octubre de 2018, 23 de noviembre de 2018, 11 de enero de 2019 y 4 de febrero de 2019, supone una vulneración del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, por cuanto del visionado del conjunto de las imágenes tomadas en consideración se infiere que concurren los presupuestos para apreciar la comisión de una falta grave del artículo 58.8 de la citada Ley General de la Comunicación Audiovisual, pues es claro el propósito publicitario, al evidenciarse la intención de promover la adquisición por los espectadores de los artículos eróticos de la marca amantis, con riesgo de provocar error sobre la naturaleza de la presentación.

A la luz de la regulación establecida en la directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, que tiene un constante llamamiento a la protección y defensa de los consumidores, se descarta que la emisión de las imágenes tenidas en cuenta en la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, para determinar que se ha infringido la prohibición de emitir comunicación comercial encubierta, pudiera justificarse con base en el argumento de que se cumplían los requisitos para el emplazamiento de productos establecidos en el apartado 2 del artículo 17 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, ya que cabe distinguir entre publicidad y emplazamiento de producto, pues, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 23 de marzo de 2009 y de 20 de mayo de 2013), la publicidad exige una finalidad promocional para la compra del producto por parte de los consumidores, mientras que el emplazamiento se circunscribe a la presentación del producto, y, por tanto, carece de la suplementaria carga promocional.

El recurso de casación se fundamenta, en primer termino, en la infracción del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, al considerar erróneamente la sentencia que hubo publicidad encubierta durante la emisión del capítulo de la serie objeto de análisis, cuyo contenido había sido señalado como emplazamiento publicitario.

Se alega al respecto que, en la medida que existía señalización al principio y al final del programa y durante las pausas, no puede haber intención alguna de ocultar contenidos publicitarios, y por ello no concurre el presupuesto de la publicidad encubierta.

Se denuncia, en segundo lugar, también que la sentencia impugnada infringe los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución española, y los artículos 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la jurisprudencia que los interpreta, en lo relativo al deber de congruencia de las resoluciones judiciales, al rechazar la sentencia la existencia de emplazamiento publicitario realizado correctamente, sin dar respuesta alguna a lo alegado por la parte recurrente en referencia a esta cuestión. Se aduce que se cumplían todos los requisitos del emplazamiento publicitario establecidos en el artículo 17 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, es decir, tanto el aviso de emplazamiento del producto, la ausencia de prominencia indebida, la ausencia de promoción de las características de los bienes o servicios, debiendo tener en cuenta, además, que el emplazamiento no había condicionado la independencia editorial de la serie.

En último término, se alega la infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución española, del artículo 1.7 del Código Civil y del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la jurisprudencia que los interpreta, por motivación defectuosa de la sentencia, al basarse la razón de decidir en normativa derogada y en

jurisprudencia obsoleta, en referencia a la Directiva 2007/65/CE y la Ley 25/1994, y a las sentencias de esa misma Sala de 23 de marzo de 2009 y 20 de mayo de 2013.

Segundo.

Sobre el marco normativo que resuelta aplicable y acerca de la jurisprudencia que estimamos relevante para el enjuiciamiento del presente recurso de casación

A) El derecho Estatal

El artículo 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, bajo el epígrafe "Comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas", en su apartado 2, dispone:

<<Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales.>>

El artículo 17 de la citada Ley 7/2010, bajo la rubrica "El derecho al emplazamiento de productos", establece:

<<1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a realizar a cambio de contraprestación emplazamiento de productos en largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento. En los casos en que no se produzca pago alguno, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, tales como ayudas materiales a la producción o premios, con miras a su inclusión en un programa, únicamente constituirá emplazamiento de producto y por tanto estará permitido, siempre que estos bienes o servicios tengan un valor significativo.

2. Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria.

3. El emplazamiento no puede condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador del servicio de comunicación audiovisual. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamientos de bienes o servicios, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto.

4. Queda prohibido el emplazamiento de producto en la programación infantil. >>

El artículo 58 de la Ley 7/2010, bajo el epígrafe "Infracciones graves", en sus apartados 7 y 8, dispone:

<<7. El incumplimiento del resto de las condiciones establecidas en esta Ley para la realización de las distintas formas de comunicación comercial previstas en los artículos 14, 15, 16 y 17 que no estén incluidas en la tipificación del apartado anterior. El incumplimiento en la misma comunicación comercial de dos o más condiciones de las previstas en esos artículos sólo dará lugar a una sanción. Asimismo, el incumplimiento de una de las condiciones previstas en los citados artículos no podrá dar lugar además a la sanción por comunicación comercial encubierta.

8. La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas, que utilicen técnicas subliminales, que fomenten comportamientos nocivos para la salud en los términos establecidos en el apartado 3 del artículo 18, que fomenten comportamientos nocivos para el medio ambiente o para la seguridad de las personas, o que sean de naturaleza política, salvo los casos de excepción legal, o que incurran en las prohibiciones establecidas en la normativa de publicidad>>

B) La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En la sentencia de esta sala del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 (RC 5920/2017) en delimitarnos con precisión la noción de publicidad encubierta, a los efectos de la aplicación de los artículos 18.2 y 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual en los siguientes términos:

<<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 web o blog que remite, a su vez, a una plataforma de venta 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.

(.....)

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.>>

En la ulterior sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 2019, (RC 6537/2018) se reitera explícitamente la doctrina fijada en la precedente sentencia de 31 de octubre de 2018 para resolver la cuestión que presentaba, en el supuesto enjuiciado, interés casacional que permite dosificar cuando una conducta puede calificarse de publicidad encubierta:

<<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.>>

Tercero.

Sobre las infracciones del ordenamiento jurídico en que se fundamenta el recurso de casación, referidas a la vulneración de los artículos 17 y 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse, con el objeto de la formación de jurisprudencia, se centra en aclarar si cabe la aplicación del tipo infractor contemplado en el artículo 58.8, de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, relativo a la prohibición de comunicaciones comerciales encubiertas, en aquellos supuestos en que el prestador del servicio de comunicación audiovisual hubiese utilizado la técnica publicitaria del emplazamiento del producto regulada en el artículo 17 del citado texto legal.

Concretamente, según se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2021, la controversia jurídica que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, habiendo existido una información del emplazamiento del producto, la inobservancia de las condiciones establecidas por el artículo 17 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) para el emplazamiento de productos, determina necesariamente una infracción administrativa del artículo 58.7 LGCA, o si dicho incumplimiento puede sancionarse por incurrir en supuestos de comunicación comercial encubierta ex artículo 58.8 LGCA.

A tal efecto, resulta pertinente poner de manifiesto que la respuesta que demos a esta cuestión comporta resolver si, tal como propugna la representación de la entidad mercantil MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A, procede revocar la sentencia impugnada por infringir el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en relación con lo dispuesto en los artículos 17 y 58.7 y 8 del citado texto legal, al sostener que la resolución impugnada de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es conforme a Derecho, por cuanto las imágenes tomadas en consideración del capítulo analizado de la serie "La que se avecina",

emitido en el canal FDF, referidas a la inserción de productos eróticos de la marca "amantis", evidencian un claro propósito publicitario y tiene el riesgo de producir error en los consumidores, incitándoles de forma subrepticia a la adquisición de los artículos ofrecidos por dicha empresa, sin que se pueda justificar la conducta examinada en la utilización de la técnica del emplazamiento de productos, regulado en el artículo 17 de la citada Ley General de Comunicación Audiovisual, pues, en el supuesto enjuiciado, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, y con los criterios de la Sala, no cabe deducir que la presentación de los artículos infiltrados no incite a la compra de determinados productos, lo que se aprecia en el caso que examinamos, ya que el aviso dirigido al espectador no se refiere al hecho de que se intercala publicidad o mensajes publicitarios.

Delimitado en estos términos la controversia casacional, esta Sala considera que la sentencia impugnada no ha infringido el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en relación con la subsunción de la conducta analizada en el tipo infractor del artículo 58.8 del citado texto legal, por incurrir en error -según se aduce- al apreciar que hubo publicidad encubierta durante la emisión del capítulo de la serie "La que se avecina", puesto que estimamos que la valoración jurídica que realiza el Tribunal de instancia, sobre que se ha violado la prohibición de publicidad encubierta, por cuanto las imágenes que se reflejan en el acta de visionado contienen una evidente carga promocional de forma subrepticia de los productos de la marca amantis, es plenamente congruente con la definición de publicidad encubierta que se efectúa en el artículo 2.32 del citado texto legal.

Al respecto, procede subrayar que en dicho precepto -tal como se refiere en la sentencia impugnada-, se define 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. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio.

En efecto, partiendo de este contexto hermenéutico, consideramos que no resulta convincente la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que el hecho de que en la emisión del programa se hubiera señalado como emplazamiento publicitario, con el logotipo EP y a su lado la sobreimpresión de emplazamiento publicitario en la parte superior izquierda de la pantalla, a los efectos del artículo 17 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, determinaría la inexistencia de infracción, ya que la trama del capítulo en cuestión no tendría un objetivo publicitario y estaría relacionada con el contenido editorial, y no habría, por tanto, ninguna intención de ocultar contenidos publicitarios.

Entendemos, por el contrario, que acoger esta tesis supondría eludir la clara distinción existente, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y del Derecho estatal, referido a las regulaciones de la comunicación audiovisual, la publicidad y la protección y defensa de los espectadores, tal como subraya el Tribunal de instancia, entre presentación de productos y publicidad encubierta, que comportaría, en infracción de los principios informados de estos regímenes jurídicos, que el mero hecho de que el prestador del servicio de comunicación audiovisual considerase que la emisión de un programa esté amparada, supuestamente, por el derecho al emplazamiento de productos, le eximiría de cumplir con la obligación de no realizar publicidad comercial encubierta, lo que afectaría lesivamente a los intereses legítimos de otros competidores y también a los derechos e intereses de los consumidores, al suponer esa conducta una violación de la normativa publicitaria.

Por ello, no apreciamos que proceda la revocación de la sentencia impugnada, porque en el supuesto enjuiciado -en que la emisión del programa se presentaba señalizando y advirtiendo del emplazamiento publicitario, pero que el Tribunal de instancia considera que la conducta debe calificarse de publicidad encubierta-, únicamente cabría aplicar el tipo infractor del artículo 58.7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual desde una perspectiva lógica, si se entendiese que se hubiesen incumplido algunos de los requisitos que para el emplazamiento de productos establece el artículo 17 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, pero los mensajes emitidos no alentaron subrepticamente a la adquisición de los productos ofrecidos, ya que una interpretación de la normativa audiovisual que impidiera la aplicación autónoma, en estos supuestos, del tipo infractor del artículo 58.8 del citado texto legal, conduciría a desproteger el bien jurídico tutelado derivado de la prohibición de publicidad comercial encubierta, cuyo incumplimiento, según el designio del legislador, constituye una infracción independiente de la infracción grave tipificada en el apartado anterior.

Deben rechazarse, ad limine, las infracciones denunciadas de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución, así como de los artículos 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque, aunque se pudiera entender relacionadas con la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, y específicamente conectadas con la vulneración de los artículos 17 y 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, consideramos que la sentencia impugnada ha realizado un examen del caso plenamente congruente con la doctrina jurisprudencial de esta Sala, formulada en relación con la prohibición de publicidad encubierta, sustentada en las sentencias de esta Sala de 31 de octubre de 2018, 11 de noviembre de 2019 y 10 de marzo de 2020, que se citan expresamente, exponiendo de forma convincente cuales son las razones por

la que procede rechazar la pretensión anulatoria de la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Cuarto.

Sobre la formación de jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual .

De conformidad con lo razonado en el precedente fundamento jurídico, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara:

El emplazamiento de productos en largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos o en programas de entretenimiento, regulado en el artículo 17 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, aún en aquellos supuestos en que se cumplan los requisitos relativos a la advertencia al espectador o a la ausencia de condicionamiento a la independencia editorial del programa, podrá ser considerado una conducta infractora consistente en el incumplimiento de la prohibición de realizar publicidad encubierta, tipificada en el artículo 58.8 de la citada Ley General de la Comunicación Audiovisual, cuando de la naturaleza o características de los mensajes publicitarios emitidos pueda inferirse que no se trata de una mera presentación de los bienes o servicios en la medida que resulte prominente la finalidad promocional dirigida a la adquisición del producto por parte del público al que le induce a error sobre la naturaleza de la presentación.

En consecuencia con lo razonado, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2020.

Quinto.

Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede hacer imposición expresa de las costas procesales causadas en el recurso de casación, manteniendo el pronunciamiento de condena en costas efectuado en la sentencia impugnada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , una vez fijada en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación de los artículos 17, 18 y 58.8 de la Ley //2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Primero.

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A. contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2020, dictada en el recurso número 1834/2019.

Segundo.

No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación, manteniendo el pronunciamiento de imposición en costas efectuado en la sentencia impugnada.

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

Así se acuerda y firma.

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.