

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

Referencia: NCJ064670

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 350/2020, de 10 de marzo de 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 383/2019

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

Se señala como doctrina 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 tele promoción, 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. Con la existencia de una identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad determinaban que la infracción es continuada.

Los preceptos de la ley General de comunicación Audiovisual, 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.

El propósito publicitario se desprende 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 tele promociones dada la coincidencia entre los temas expuestos por un doctor y la tele promoción posterior, además de existir, también, una conexión explícita e implícita entre el microespacio y el anunciante de las tele promociones, es decir unos determinados Laboratorios.

No es óbice a esta conclusión la circunstancia de que no se mencione expresamente la marca o nombre comercial del producto, ya que se ofrecen datos suficientes para su completa identificación y se facilita el cauce comercial para su adquisición. Tampoco puede considerarse desvirtuada por el hecho de que no haya quedado justificado que la recurrente recibiese contraprestación por la emisión de los microespacios, basta la intencionalidad.

**PRECEPTOS:**

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

RD 1398/1993 (Rgto. procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora), art. 4.6.

**PONENTE:***Don Diego Córdoba Castroverde.*

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO  
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT  
Don EDUARDO CALVO ROJAS  
Doña 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. 350/2020

Fecha de sentencia: 10/03/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 383/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 383/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 350/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 10 de marzo de 2020.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 383/2019, interpuesto por la mercantil Mediaset España Comunicación, S.A., representada por el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez Puelles, bajo la dirección letrada de don Alfonso Muñoz Vigil, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 8 de octubre 2018 dictada en el procedimiento ordinario 1744/2015. Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de Mediaset España Comunicación S.A. (en adelante Mediaset), interpone recurso de casación contra la sentencia de 8 de octubre de 2018 (rec. 1744/2015) dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

La sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente en casación contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante CNMC) de 2 de junio de 2015 por la que se impuso a Mediaset una multa de 324.000 € como responsable de la comisión de cinco infracciones por incumplimiento del art. 18.2 de la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) tipificadas como graves en el art. 58.8 de dicha norma, al haber emitido en su canal Telecinco, comunicaciones comerciales encubiertas de Actafarma, Revidox, Obextrem y Dormax, en las secciones de Salud "me encanta Cuidarme" del programa "Sálvame Diario" de 30 de octubre, 6, 13 y 27 de noviembre y 4 de diciembre, todos del 2014.

#### **Segundo.**

Mediante Auto de 5 de junio de 2019 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, 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 tele promoción, 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 se identifican 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.

#### **Tercero.**

La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación argumentando, en síntesis, que:

1º La sentencia de instancia infringe el artículo 18.2 de la LGCA, así como el artículo 2.32 del mismo texto legal, al considerar erróneamente que se emitió publicidad encubierta durante los programas analizados.

La recurrente considera que salvo en la emisión de 4 de diciembre de 2014 en que el doctor Diego mencionó la marca Revidox no se mencionó ninguna otra marca y cuando se anunciaron las marcas, durante las tele promociones se hizo de forma transparente sin error posible sobre la naturaleza publicitaria. A su juicio, el hecho de que pueda existir una cierta relación entre el espacio de salud y las tele promoción, dado que algunos de los productos anunciados puedan ser útiles para los trastornos analizados en el microespacio de salud.

Aduce que el lapso temporal existente entre el microespacio de salud y la tele promoción, aproximadamente una hora y media, hace inverosímil que el espectador vincule ambos espacios, ni guarda recuerdo del contenido del primero de dichos espacios.

Argumenta que no hubo publicidad encubierta porque no hubo mención de marca alguna. Y Mediaset no ha cobrado cantidad alguna de Actafarma en relación a la mencionada sección de los programas analizado, lo cual si bien no descarta la publicidad encubierta pone de manifiesto la ausencia de un propósito publicitario.

Las referencias a determinadas páginas web y hashtags, y la utilización de ciertos eslóganes, no alteran las valoraciones anteriores. Se trató de remisiones sucintas y genéricas a la información disponible en dichas páginas web, y algunas de dichas páginas o sitios web contiene información sobre como adquirir ciertos productos de dichas marcas ello no equivale a la promoción misma de las marcas. Y aunque entre las páginas web y hashtags mencionadas en los programas se cita la página web de Laboratorios Actafarma estaríamos ante un caso de emplazamiento del producto.

Y finalmente considera que la presentación de marcas comerciales tuvo lugar en tele promociones, de forma claramente diferenciada de los microespacios de salud.

2º Infracción del artículo 74 del Código Penal y de la jurisprudencia que lo interpreta al no considerar que las conductas analizadas constituyen una infracción continuada.

La definición de cuando nos encontramos ante una infracción continuada se contiene tanto en el art. 74 de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal como en el artículo 29.6 de la Ley 40/2015 del Sector Público y la jurisprudencia se ha encargado de fijar los requisitos objetivos y subjetivos para apreciar la existencia de una infracción continuada, que, a juicio de la entidad recurrente, concurrirían en el presente caso. Las emisiones analizadas habrían infringido el mismo precepto, ocurrieron próximas en el tiempo y existió una estrategia para realizar los microespacios de salud con su correspondiente contenido en los programas analizados. La productora contrata al protagonista del espacio de salud, el doctor Diego, para un número determinado de programas, al tratarse de una sección del programa,

3º Infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, art, 248 de la LOPJ y 209 de la LEC, y de la jurisprudencia que los ha interpretado por ausencia de motivación, al afirmar la sentencia que hubo publicidad encubierta y que no cabe apreciar una única infracción continuada sin fundamentar suficientemente ninguna de dichas afirmaciones.

Tras transcribir la motivación de la sentencia de instancia considera que la sentencia afirma que existe una publicidad encubierta en base a determinadas conexiones entre el microespacio de salud y las tele promociones, dada la coincidencia entre los temas expuestos por el doctor Diego y el conductor del microespacio de salud y la tele promoción posterior, así como conexiones explícitas e implícitas entre el microespacio y el anunciante de las tele promociones, Actafarma, consistentes en determinadas referencias hechos en el primero a un hashtag y páginas web vinculadas a éste último y el empleo de cierto eslóganes. Pero, a su juicio, la sentencia no ha motivado suficientemente la existencia de publicidad encubierta, teniendo en cuenta la realidad de los hechos analizados y la argumentación desarrollada, la cual no ha sido rebatida.

Y por lo que respecta a la motivación referida a si encontramos ante cinco infracciones independientes o una continuada, la sentencia se limita a señalar que este tema carece de transcendencia por cuando se ha impuesto una multa correspondiente a una infracción continuada por lo que no tiene ninguna repercusión en la esfera jurídica. Por el contrario, la parte considera que esta cuestión sí tiene relevancia jurídica al menos respecto a que el operador actúe con vencido del cumplimiento de la Ley y su conducta y, sin embargo, sea reprochable.

4º Infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, art, 248 de la LOPJ y 209 de la LEC, y de la jurisprudencia que los ha interpretado, por ausencia de motivación de la sentencia al limitarse, en esencia, a reproducir lo establecido en la resolución de 2 de junio de 2015.

Considera que la sentencia se limita a reproducir los hechos y argumentos utilizados por la resolución sancionadora, sin que ello sirva como motivación.

#### **Cuarto.** *El Abogado del Estado se opone al recurso.*

La cuestión que presenta interés casacional es idéntica a la que determinó la admisión del recurso 6537/2018.

Comienza por recordar que la publicidad encubierta tiene como esencia que el destinatario no es consciente de que se realiza una actividad publicitaria, sino que, por el contrario, tiene la impresión de que se encuentra ante un mensaje difundido por un cero imparcial ajeno al anunciante. Se trata de un engaño a los destinatarios, pero no sobre el contenido del mensaje sino sobre el modo o forma de presentarlo, dado que el destinatario al no reconocerlo como publicidad le da mayor credibilidad.

La normativa europea y nacional prohíbe tajantemente esta publicidad.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de octubre de 2018 ya se planteó si era necesario para que se aprecie publicidad encubierta la mención expresa de la marca o visión completa del producto que ostente la marca y sobre la existencia de conexión que permiten entender que si hay referencia y se promociona un producto concreto, en la que se respeta la valoración de hechos realizada por el tribunal de instancia que apreció la existencia de una presentación indirecta del producto. Destacando que dicha publicidad se puede producir en toda clase de programas y formatos y también cuando el presentador del servicio de comunicación audiovisual utiliza estrategias multiformato.

Los elementos de publicidad encubierta concurren en el presente caso:

- se produce la presentación de un producto concreto en un programa de TV, distinta del emplazamiento. La presentación del producto en el programa no implica necesariamente la mención de la marca, basta con que se dirija la atención del consumidor a un producto concreto aunque no se nombre su marca, y para ello basta con que existan otros elementos identificadores del mismo por la conexión entre el espacio divulgativo y la posterior tele promoción, creando una conexión inconsciente entre ambos espacios (crear la conexión con la empresa producto, promocionando en su web los espacios divulgativos, accediéndose a su margen de marca y utilizando en la web un título similar al del espacio divulgativo.

- existencia de un propósito publicitario. El fin publicitario se cumple si la presentación ensalza el producto y lo recomienda para el consumo, incitando a su adquisición.

- que exista un engaño o inducción al error sobre el propio carácter publicitario de la presentación. El engaño se magnifica si se utiliza un formativo de salud y quien presenta el producto es una persona pretendidamente experta y neutral, pues el espectador percibe como consejos de salud lo que no son sino estrategias publicitarias. Y para ello se deben valorar de un modo conjunto la conexión entre los espacios divulgativos y la tele promoción.

El resto de las infracciones planteadas son ajenas a la cuestión que definió el Auto de admisión. Y caso de no acogerse esta interpretación se considera que la presunta existencia de una infracción continuada no resulta relevante para el fallo.

Y tampoco existe la falta de motivación invocada, pues la sentencia examina y resuelve todos los motivos de impugnación planteados, explicando los motivos en los que funda su solución.

#### **Quinto.**

Evacuado dicho trámite, se declararon conclusas y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 3 de marzo de 2020, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

El presente recurso de casación impugna la sentencia de 8 de octubre de 2018 (rec. 1744/2015) dictada por la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Mediaset contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante CNMC) de 2 de junio de 2015 por la que se impuso a Mediaset una multa de 324.000 € como responsable de la comisión de cinco infracciones por incumplimiento del art. 18.2 de la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) tipificadas como graves en el art. 58.8 de dicha norma, al haber emitido en su canal Telecinco, comunicaciones comerciales encubiertas de Actafarma, Revidox, Obextrem y Dormax, en las secciones de Salud "me encanta Cuidarme" del programa "Sálvame Diario" de 30 de octubre, 6, 13 y 27 de noviembre y 4 de diciembre, todos del 2014.

#### **Segundo. Sobre la falta de motivación de la sentencia de instancia.**

El recurso reprocha a la sentencia de instancia su falta de motivación. La recurrente transcribe la motivación utilizada por la sentencia de instancia, pero considera que no ha motivado suficientemente la existencia de publicidad encubierta, teniendo en cuenta la realidad de los hechos analizados y la argumentación desarrollada, la cual no ha sido rebatida. Y en similares términos cuestiona la falta de motivación de la sentencia de instancia respecto de la no

apreciación de una infracción continuada. Paralelamente cuestiona que la motivación de la sentencia coincida, en esencia, con la contenida en la resolución administrativa sancionadora

Lo cierto es que la sentencia explicita las razones por las que considera que existe una publicidad encubierta y el por qué la alegación referida a la existencia de una infracción continuada o cinco infracciones independientes, a la vista de la sanción impuesta, carece de relevancia.

Basta con proceder a la lectura de la sentencia para comprobar que ambas cuestiones han sido abordadas y resueltas por la sentencia. En ella se contienen las razones que justifican el criterio adoptado, sin que la utilización de los hechos y la parcial coincidencia con los argumentos utilizados en la resolución administrativa permita sostener que la sentencia de instancia carece de motivación.

La discrepancia del recurrente con las razones expuestas por la sentencia no constituye un supuesto de falta de motivación sino un intento de combatir lo argumentado por el tribunal en la interpretación y aplicación del derecho respecto de las cuestiones sustantivas, que pasamos a analizar.

### **Tercero.** *Sobre la existencia de publicidad encubierta.*

La cuestión jurídica que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, y que exige una respuesta de este tribunal, según se desprende del Auto de admisión, consiste en aclarar 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 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 tele promoción, 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.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en diferentes sentencias, tales como las SSTS de 31 de octubre de 2018 (rec. casación 5920/2017), la sentencia de 8 de noviembre de 2018 (rec. casación 4055/2017) y, más recientemente, en la nº 1552/2019, de 11 de noviembre de 2019 (rec. 6537/2018) que plantea la misma problemática que la ahora analizada.

La identidad sustancial del presente recurso con los casos examinados en dichas resoluciones, referidos todos ellos a comunicaciones comerciales que se consideran encubiertas realizadas por esta misma empresa de forma muy similar a la ahora enjuiciada, determina que debemos remitirnos íntegramente en los razonamientos y la doctrina allí expuestos.

Tal y como señalábamos en esta última sentencia para el examen de la cuestión controvertida resulta oportuno recordar el contenido de los preceptos legales directamente concernidos.

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 [...]".

En la sentencia de 31 de octubre de 2018 (rec. 5920/2017) y en la STS nº 1552/2019, de 11 de noviembre de 2019 (rec. 6537/2018) dijimos y ahora reiteramos que: "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 sentencia impugnada tras reproducir con detalle los diferentes espacios por los que la empresa ha sido sancionada argumenta que "el propósito publicitario de los citados microespacios y la intención de promover la compra de los productos promocionados se desprende 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 tele promociones dada la coincidencia entre los temas expuestos por el doctor Diego y la tele promoción posterior, además de existir, también, una conexión explícita e implícita entre el microespacio y el anunciante de las tele promociones, Laboratorios Actafarma".

La conexión la basa el tribunal de instancia en que el espacio "Me encanta cuidarme" está vinculado a una tele promoción que se emite en el mismo espacio (Sálvame Diario), existiendo claros elementos de enlace o referencias cruzadas entre ambos. Y destaca como elementos que acreditan esta conexión en las siguientes apreciaciones:

"1) Sustancial identidad entre el nombre del microespacio divulgativo y la posterior tele promoción. El microespacio de salud presentado por el Dr. Diego se titula "Me Encanta Cuidarme" y uno de los eslóganes que aparecen en pantalla en las promociones de ACTAFARMA que se emiten en el mismo programa (Sálvame Diario) es Nos Encanta Cuidarte.

2) Carácter complementario y vinculado entre ambos espacios: los espacios divulgativos informan sobre una necesidad que puede ser directamente cubierta con el producto publicitado en la posterior tele promoción.

Así, cuando el microespacio tiene por objeto el envejecimiento celular, la tele promoción posterior tiene por objeto REVIDOX; cuando se informa sobre los problemas del sueño y la conveniencia de mantener un sueño continuó y tranquilo la tele promoción es de DORMAX; si por el contrario se habla de la grasa blanca y la grasa gris y los métodos de adelgazamiento, la tele promoción es de Obextrem.

El presentador que sirve de interlocutor al doctor en el microespacio divulgativo, en diversos programas (los días 30 de octubre, 11 y 13 de noviembre) cita expresamente las marcas de los productos ACTAFARMA, subrayando que él ya los toma.

El día 4 de diciembre, el Dr. Diego...aludió directamente a la marca REVIDOX, citando expresamente este producto de ACTAFARMA en el supuesto microespacio divulgativo. Al mismo, lógicamente, siguió la tele promoción de REVIDOX.

Conexión entre espacios que tiene también lugar por los contenidos, marcas, etiquetas y hashtag usados en ambos espacios. Así, en la tele promoción se informa sobre los espacios de ACTAFARMA en Facebook y Twitter: "Si te encanta cuidarte, síguenos: En Facebook."Me encanta cuidarme". En Twitter.@tecuidamos".

3) Remisiones a redes sociales y webs externas que en última instancia conectan con la web de ACTAFARMA.

Durante todo el transcurso de los microespacios divulgativos aparece, en la esquina superior izquierda el hashtag: #meencantacuidarme con el mismo nombre que el microespacio Me Encanta Cuidarme. Según señala la resolución impugnada, al conocer los tweets realizados utilizando dicho hashtag, se observa que la mayoría de estos, han sido realizados por dos usuarios: Te Cuidamos y ACTAFARMA. Te Cuidamos es un perfil de usuarios twitter que pertenece a ACTAFARMA y en la que se incluye un hipervínculo directo a la página web de ACTAFARMA.

Asimismo, al finalizar el espacio ME GUSTA CUIDARME, el presentador del programa Sálvame Diario que sirve de interlocutor al Dr. Diego durante el microespacio, recomienda todos los días alguna página de ACTAFARMA (miplan10 de facebook (6/11/14) o Actafarma.com (27/11/14 y 4/12/14).

El día 6 de noviembre es el propio Dr. Diego el que también aconseja visitar la página miplan10 (integrada en el portal del laboratorio farmacéutico ACTAFARMA).

Por otra parte, en las tele promociones de los productos de ACTAFARMA se incluyen sobreimpresiones en las que figuran mensajes, cuyo texto va cambiando y en el que se hace referencia al nombre del microespacio emitido previamente me encanta cuidarme".

Tal y como ha destacado este Tribunal en las sentencias ya reseñadas, los hechos y referencias concretas a los programas que recoge la sentencia recurrida, obtenidos a partir del visionado de los vídeos, integran el sustrato fáctico de la controversia, por lo que no cabe su alteración o revisión ahora en casación ( artículo 87.bis.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.

No es óbice a esta conclusión la circunstancia de que no se mencione expresamente la marca o nombre comercial del producto, ya que se ofrecen datos suficientes para su completa identificación y se facilita el cauce comercial para su adquisición. Al margen de que existen algunas menciones concretas a determinados productos.

Tampoco resulta una circunstancia que excluya esta conexión la alegada separación temporal entre el microespacio y la tele promoción -apenas una hora o poco más, incluidas las pausas publicitarias-, pues se emiten dentro del mismo programa y con continuas referencias entre ellos, tanto desde el programa hacia los productos que se pretenden comercializar, como desde la telepromoción recordando los consejos realizados por el doctor durante el microespacio, estableciéndose una evidente conexión y continuidad entre el programa y la telepromoción.

Y finalmente, tal y como señalábamos en nuestra sentencia de 31 de octubre de 2018 -rec. cas. 5920/2017):

"[...] 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".

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.

#### **Cuarto. Sobre la infracción continuada.**

Por lo que respecta la alegación relativa a la existencia de una infracción continuada, la resolución sancionadora de la CNMC admitía que las conductas examinadas "concurra identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad", 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. Por el contrario, cuando la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional reseña del contenido de los microespacios, las fechas en que se emitieron y su vinculación con el blog de la entrevistada y con la plataforma de ventas on-line, nada se dice que permita apreciar diferencias significativas; más bien al contrario, los datos que allí se exponen vienen a indicar que todos los microespacios que se examinan presentan las mismas características y responden a un diseño común.

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

Carece de trascendencia la remisión que la sala de instancia realiza al criterio sostenido en anteriores sentencias de ese Tribunal en la STS de 30 de julio de 2013, pues tal y como señalamos en nuestra STS nº 1552/2019, de 11 de noviembre de 2019 (rec. 6537/2018), en los que se planteaba un supuesto muy similar al que nos ocupa, se consideró que existía una identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad que determinaban la existencia de una infracción continuada.

Ahora bien, la estimación de esta alegación no tiene consecuencias jurídicas anulatorias de la sanción impuesta porque la propia resolución administrativa consideró que "sin perjuicio de hacer constar el criterio de esta Sala sobre el carácter no continuado de este tipo de conductas, la cuantificación de la sanción se adecuará a los criterios expuestos por el órgano instructor" que la había considerado una infracción continuada. Esta conclusión determinó que el tribunal de instancia aun cuando considerase que se trataba de infracciones independientes, razonase que "al haberse impuesto la sanción correspondiente a una infracción continuada, carece de razón de ser examinar si se trata de una infracción continuada o de cinco infracciones independientes, pues ninguna repercusión tendría en la esfera jurídica del recurrente".

La parte recurrente, al margen de que cuestiona la existencia de la infracción misma, por lo que respecta a la segunda alegación -la existencia o no de una infracción continuada y la sanción correspondiente-, sostiene que nos encontramos ante una infracción continuada pero no cuestiona el importe de la sanción finalmente impuesta, por lo que, sin perjuicio de estimar su alegación referida a la existencia de una infracción continuada, ello no determina la nulidad de la sanción ni, consecuentemente, la de la resolución administrativa o de la sentencia de instancia, pues la sanción finalmente impuesta ya se calculó partiendo de su consideración como una infracción continuada.

Por todo ello, sin perjuicio de rectificar la sentencia en lo referido a la existencia de una infracción continuada procede confirmarla en los demás extremos, así como fallo de la misma.

#### **Quinto** *Sobre la fijación de doctrina.*

La cuestión jurídica respecto de la que se apreció la concurrencia de interés casacional queda respondida con las consideraciones que hemos expuesto en el fundamento jurídico tercero. Así, siguiendo el criterio fijado en anteriores sentencias de este Tribunal Supremo, entre ellas, la STS nº 1552/2019, de 11 de noviembre de 2019 (rec. 6537/2018) debe concluirse 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 tele promoción, 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.

#### **Sexto.** *Costas.*

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 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.

### **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 el fundamento jurídico quinto desestimar el recurso de casación interpuesto por Mediaset España Comunicación S.A., contra la sentencia de 8 de octubre de 2018 (rec. 1744/2015) dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, sin hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José M. Bandrés Sánchez Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas  
D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde  
D. Ángel Ramón Arozamena Laso

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D.Diego Córdoba Castroverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico. Doy Fe.

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.