PUBLICACIONES JURÍDICAS
Jóvenes investigadores
www.uclm.es/centro/cesco

PUBLICIDAD ENCUBIERTA: LA AUSENCIA DE REQUERIMIENTO PARA EL CESE DE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA NO IMPIDE EL INICIO DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Wuilliam Rey Medina
Licenciado en Derecho
Universidad Nacional Federico Villareal

Fecha de publicación: 16 de mayo de 2016

Resumen:

Con motivo de la resolución SNC/DTSA/007/15/MEDIASET[1], en la cual la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia sancionó a un conocido programa de televisión, señaló que: La ausencia de un requerimiento previo para el cese de actos contrarios a la ley no denota per se un acto concluyente o inequívoco para generar en el administrado la razonable confianza de que su conducta no será sancionada, lo cual significa que procede el inicio de un procedimiento sancionador.

1. Introducción

El último informe anual de la Comisión Nacional de Mercado y Competencia – CNMC evidenció un incremento del 8% en ingresos publicitarios. Lo que supone una actividad bastante utilitaria en términos empresariales, que a veces se enfrenta a estrategias donde se abusa de un espacio de comunicación para inducir subliminalmente al consumidor a la adquisición de un determinado bien o servicio, como sucede con la publicidad encubierta.

Por ello en aras de proteger al consumidor garantizando su derecho a la libertad de elección en bienes y servicios se han creado instancias administrativas que puedan advertir y sancionar estas conductas, por medio de multas u otros mecanismos coercitivos.

[1] https://www.cnmc.es/eses/Competencia/Buscadores/Expedientes?num=SNC%2FDTSA%2F007%2F15&ambito=Sancionadores+Ley+30

En el caso materia del presente comentario se exponen y analizan los criterios de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC sobre la sanción impuesta a MEDIASET por ejercer publicidad encubierta en el programa "¡Qué tiempo tan feliz!".

2. Breves referencias con respecto al caso

2.1. La determinación de la infracción

La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual luego de investigar las grabaciones de unos microespacios, del programa "¡Qué tiempo tan feliz!", de la productora MEDIASET, emitidos los días 7 y 14 de diciembre de 2014, 11 y 18 de enero de 2015, y 1 y 7 de febrero del 2015; concluyó que en dicho espacio televisivo se difundía publicidad encubierta a través de entrevistas sobre nutrición, direccionándose de este modo la conducta del consumidor para que adquiera productos, marcas o servicios en presunto beneficio de su salud.

Fue así, que la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de Mercado y Competencia (en adelante CNMC) acordó iniciar el procedimiento sancionador contra MEDIASET por la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, que prohíbe la publicidad encubierta o subliminal.

2.2. Las alegaciones de MEDIASET

La productora del programa esgrimió su defensa las siguientes alegaciones:

- "Espacio no publicitario": El programa "¡Qué tiempo tan feliz!", es un programa televisivo que dispone de un panel orientado a exponer productos beneficios para la salud de los televidentes, además que las marcas ahí referidas se encuentran sin rotulado. Y aun cuando se hagan referencias a plataformas on-line para mayor información, su alcance es sucinto y genérico.

- "Publicidad sin contraprestación": No puede incoarse un procedimiento sancionador por publicidad encubierta pues MEDIASET no ha recibido contraprestación económica por exponer los beneficios de los productos expuestos en el cuestionado programa.

- El inicio del procedimiento sancionador por parte de la CNMC es contrario al principio de confianza legítima al no haber mediado un requerimiento previo, y es que de haberlo sabido hubiera cesado los actos en cuestión.

- Los actos en los seis programas analizados por la Comisión deben considerarse como una única conducta lesiva y continuada, en lugar de calificarlas como actos independientes pues sancionar cada uno de ellos sería desproporcional.

A continuación expondremos el criterio de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC y nuestra opinión.

3. Analizando los criterios de la Sala de Supervisión Regulatoria al resolver

3.1. Existió publicidad encubierta

La publicidad encubierta es una acción por la cual un medio de comunicación esconde contenido publicitario a través de una declaración con carácter informativo, con el animus de inducir la adquisición de cualquier producto o servicio.

Así, dicha estrategia publicitaria transgrede los derechos del consumidor, así ha sido prohibida por la Ley General de la Comunicación Audiovisual[2] en cuanto a la prohibición de comunicación audiovisual encubierta, y por la Directiva "Televisión sin Fronteras"[3], en cuyo artículo 1, inciso d), la define como un acto intencional por parte del presentador del espacio televisivo que induce al error del consumidor; error basado en la creencia de estar viendo un programa con contenido informativo. Siendo este último el criterio compartido por el Tribunal Supremo Español en su sentencia el 24 de abril de 2012.

Desde luego, la Sala al momento de resolver sostuvo que la infracción incurrida por MEDIASET se dio cuando la entrevistadora de "¡Qué tiempo tan feliz!" invitaba a los televidentes revisar el blog web de su entrevistada; corroborándose que en dicha plataforma se hacía especial referencia a una marca determinada de un producto para nutrición, salud y belleza.

[2] Ley Nº 7/2010 de 31 de marzo de 2010.

[3] Directiva Nº 89/552/CEE del Consejo Europeo, acordado el 3 de octubre de 1989, sobre la obligación de regular normativamente el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, entre sus miembros.

En palabras de la Sala, sobre la actuación de MEDIASET como productora del programa en cuestión: "En las seis ocasiones, los espacios publicitarios se presentan como entrevistas supuestamente informativas y divulgativas a la prescriptora, que es considerada como una colaboradora más del programa, lo que contribuye a causar el error en el público".

Ahora bien, es importante notar que la Sala fundamentó con respecto a la publicidad encubierta en base a los tres criterios que la doctrina recoge: (i) la inclusión en un programa; (ii) que la presentación tenga un propósito publicitario; y (iii) que sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción al tratarse de un mensaje publicitario que no es reconocido como tal.

Así, coincidimos plenamente en señalar que se han cumplido la totalidad de los criterios, pues (i) la publicidad encubierta se transmitía en el programa "¡Qué tiempo tan feliz!", espacio de carácter informativo para personas usualmente mayores; (ii) en el procedimiento administrativo la Comisión acreditó que en los seis programas no solo se mostraba al público los productos "saludables", sino también se hacía referencia al blog de cada entrevistada; y (iii) al ser distinto un programa de TV a un espacio publicitario, un televidente es susceptible de confundir los mensajes emitidos con información real y especializada. Tanto más que en los espacios de "¡Qué tiempo tan feliz!" los panelistas hacían recomendaciones con un tecnicismo propio de especialistas en salud, pero con ánimos de hacer marketing.

Es un hecho que la Sala analizó la concurrencia de infracción tras analizar la conducta en dos tiempos. Primero cuando las cámaras transmitían al televidente diversos productos, y segundo cuando la entrevistadora de "¡Qué tiempo tan feliz!" invitaba a los televidentes a revisar el blog web de las entrevistadas; comprobándose que en dicha web se publicitaban. Motivo por el cual destacamos cómo la Sala resolvió con respecto a la publicidad encubierta.

3.2. La publicidad no implica per sé contraprestación económica

Los incoados argüían no haber realizado publicidad en los microespacios investigados pues no se demostró el haber recibido contraprestación alguna por sus actos, con ello tampoco se les podría atribuir intención de cometer infracción (ausencia de dolo). Empero, con firmeza la instancia administrativa señaló que no es relevante demostrar la existencia de contraprestación económica para incoar una infracción por publicidad encubierta.

De hecho, puede existir publicidad gratuita, inclusive la conocida estrategia "intercambio publicitario"[4], mecanismo empresarial donde se publicita productos o servicios a cambio de una mención o auspicio. Sumado que el Tribunal Supremo Español había resuelto con anterioridad que "la remuneración sirve para confirmar ex lege la intencionalidad publicitaria, pero su inexistencia no descarta que pueda haberla"[5].

Podemos afirmar que no existe argumento en la ley ni en la jurisprudencia que impida calificar un acto de comunicación como publicidad encubierta por la ausencia de retribución.

3.3. El inicio del procedimiento administrativo sin notificación previa vulnera el principio de confianza legítima

La CNMC realizó un análisis de seis programas en un espacio de tres meses de "¡Qué tiempo tan feliz!", sin embargo según alega MEDIASET, jamás fueron requeridos por la administración para el cese de las conductas ahora cuestionadas. Por ende, al ser eminente un procedimiento sancionador en su contra, hace notar que no se respeta el "principio de confianza legítima". Y es que dicho principio resguarda "al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades"[6].

En efecto, para MEDIASET al no ser advertidos por alguna autoridad sobre irregularidades en el contenido de sus espacios televisivos, el procedimiento administrativo sancionador es sorpresivo, considerando inclusive la advertencia previa como un derecho garante del debido procedimiento administrativo. Sin embargo, la Sala al resolver sobre este punto fue bastante enfática en dos aspectos fundamentales.

Primero, no existe transgresión al principio de confianza legítima en tanto para su prevalencia deben existir actos concluyentes o tácitos sobre cómo resolvería la entidad administrativa. Así, la Sala remarcó que un requerimiento previo tampoco

[4] Para entender esta estrategia de marketing recomiendo revisar la siguiente dirección web <http://www.emprendedores.es/gestion/intercambio/intercambio-1>.

[5] Sentencia del Tribunal Supremo Español Nº 4384/2013 de 30 de julio de 2013.

[6] Consideramos apropiada la definición expuesta la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-034/04.

es un acto concluyente o tácito, para entender exclusión de un procedimiento sancionador.

Segundo, y considero el más importante, basándose en anteriores pronunciamientos, el órgano sancionador apuntó que la ausencia de un requerimiento previo, no imposibilita establecer una sanción, al no ser un acto concluyente[7].

Si bien, los incoados alegaban el derogado artículo 48 de la Ley General de Comunicación Audiovisual[8], sobre requerimiento previo al cese de sus conductas, es menester destacar que la derogada norma disponía la "facultad" mas no "obligación" del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales para requerir el cese de actos contrarios a ley. Siendo así, tampoco habría vulneración del principio de confianza legítima.

3.4. Infracción continuada vs. Sanción por actos independientes

Por último, MEDIASET expone que de considerarse haber cometido una infracción esta solo puede ser tratada como un solo acto, a fin de reducir la gradualidad de una inminente sanción. Empero la Sala determinó que se trata de actuaciones independientes "agotadas en sí mismas y con efectos plenos" sin perjuicio de la identidad de medios, sujeto y objeto.

En ese orden de cosas pregunto, ¿cuál es el fundamento para considerar en el caso una sanción por actos independientes? Hallándose la respuesta en la práctica legal; y es que en innumerables ocasiones, los administrados infractores intentan evadir su responsabilidad consolidando sus inconductas en un solo acto, bajo el supuesto a mayores actos, una única sanción. Cuando para reparar el daño siempre debe observarse la lesión a cualquier bien jurídico susceptible a una defensa individual propia.

Inclusive deteniéndonos al análisis, en cada una de las seis emisiones de "¡Qué tiempo tan feliz!", naturalmente habría televidentes nuevos o quienes en mucho tiempo volverían a la sintonía, recibiendo un consejo encubierto o subliminal si prefiere llamarlo así. He ahí que cada televidente inducido significa individualizar la conducta infractora.

[7] La Sala consideró oportuno citar la Sentencia de la Audiencia Nacional del 21 de noviembre de 2013- Recurso Nº 325/2010, para sustentar que un requerimiento previo no impide sanción posterior.

[8] Derogado por la disposición derogatoria (letra g) de la Ley 3/2013, de 4 de junio 2013.

Finalmente, la Sala impuso seis sanciones a MEDIASET por la infracción del art. 58.8 LGCA relativo a la emisión de comunicaciones comerciales encubiertas, consideradas infracciones graves por el art. 60.2 del mismo texto legal que prevé multas de 100.001€ a 500.000€. Estas sanciones se impusieron en su grado mínimo debido a que MEDIASET cesó la emisión de estas entrevistas con el inicio del procedimiento sancionador, fijándose pues seis sanciones de 100.001€.

4. Conclusiones

i. La resolución en comentario, representa un precedente en temas de regulación publicitaria pues desarrolla de manera clara y contundente los supuestos de requerimiento para el cese de actos contrarios a ley y su determinación en un procedimiento sancionador. Así como también los alcances del principio de confianza legítima.

ii. Lo resuelto desincentiva la conducta continuada de los administrados cuando infringen la ley, toda vez que la Sala convino en analizar cada infracción como un hecho individual e independiente con efecto pleno sobre bienes jurídicos, considerándolo así para la gradualidad de las sanciones a imponer.

iii. Una vez más se pone freno a la habilidad para esconder publicidad disfrazándola de una comunicación informativa, capaz de violentar la conciencia del consumidor.