

**RESUMEN**

*La AN desestima el recurso contencioso-administrativo promovido por Gestevisión Telecinco contra la resolución por la que se acordó imponer a la sociedad ahora recurrente cinco sanciones, por la realización de sendas infracciones graves previstas en el art. 20, 2 Ley 25/1994, consistentes en la presentación de productos y servicios de terceros con propósito publicitario -publicidad encubierta- en cinco capítulos de una serie televisiva. La Sala considera que una de las pretensiones formuladas, consistente en que no procedía emitir las cinco sanciones, sino una sola en aplicación de la categoría jurídica de la infracción continuada, otorga a esta Sala la competencia para conocer de todas ellas, aunque individualmente consideradas no todas sobrepasan la cuantía exigida para acceder a este Tribunal. La Sala considera que en la publicidad encubierta la promoción del producto no se hace de una manera explícita, clara o abierta, sino oculta, en el caso examinado, inserta en la trama de la serie y con un claro contenido sugestivo o promocional, por ello, el propio contenido de las referencias al complejo hotelero que la serie albergaba es claramente calificable de publicidad encubierta, en lugar de entrañar un caso -no previsto en la legislación española- de presentación del producto. Respecto de la pretensión de considerar las cinco infracciones como una única infracción continuada, la sala descarta su aplicación ya que a diferenciad e lo que ocurre en el proceso penal, en este caso no existe una previsión de agravación de la pena como exige el principio de proporcionalidad.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 25/1994 de 12 julio 1994. Incorporación al Derecho Español de Directiva 89/552/CEE, Actividades de Radiodifusión Televisiva art.3.d  
RD 1398/1993 de 4 agosto 1993. Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora art.4.6 art.6.2

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR

PRINCIPIOS

Del derecho penal

Proporcionalidad

INFRACCIONES

Diferencias con el ilícito penal

MEDIOS DE COMUNICACIÓN

RADIODIFUSIÓN Y TELEVISIÓN

Televisión

Canales de cobertura nacional

INFRACCIONES Y SANCIONES

NORMA JURÍDICA

DERECHO COMUNITARIO

Efecto directo

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

OBJETO

En general

Pretensiones de las partes

En general

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

PRINCIPIOS

Proporcionalidad

**FICHA TÉCNICA**

Favorable a: *Administración estatal (funciones ejecutivas)*; Desfavorable a: *Infractor, Operador de telecomunicaciones*

Procedimiento: *Recurso contencioso-administrativo*

Legislación

Aplica art.3 .d de Ley 25/1994 de 12 julio 1994. Incorporación al Derecho Español de Directiva 89/552/CEE, Actividades de Radiodifusión Televisiva

Aplica art.4 .6, art.6 .2 de RD 1398/1993 de 4 agosto 1993. Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora

Cita Dir. 65/2007 de 11 diciembre 2007

Cita Ley 22/1999 de 7 junio 1999. Modifica L 25/1994, que incorpora al Ordenamiento Jurídico la Dir. 89/552/CEE, sobre coordinación de disposiciones relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva

Cita art.7 .3, art.9 .b, art.25, art.26, art.139 .1 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita Ley 25/1994 de 12 julio 1994. Incorporación al Derecho Español de Directiva 89/552/CEE, Actividades de Radiodifusión Televisiva

Cita art.4 .4 de RD 1398/1993 de 4 agosto 1993. Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora

Cita art.4 .6 de RD 1396/1993 de 4 agosto 1993

Cita Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita Dir. 552/1989 de 3 octubre 1989. Coordinación del Ejercicio de Actividades de Radiodifusión Televisiva

### **Jurisprudencia**

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 30 abril 2008 (J2008/73219)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 1 marzo 1999 (J1999/9806)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 6 febrero 1999 (J1999/3602)

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La representación procesal de la indicada parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que se dirá, por escrito presentado en este Tribunal el 11 de octubre de 2007.

Por Providencia de la Sección de fecha 6 de noviembre de 2007 se admitió a trámite el recurso, ordenando la reclamación del expediente y la práctica de los debidos emplazamientos.

SEGUNDO.- Por Diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sección de fecha 14 de mayo de 2008 se dio traslado a las actoras para que formalizaran la demanda. Por escrito de 16 de junio de 2008 se presentó en efecto ésta.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 11 de julio de 2008.

CUARTO.- Por Auto de 15 de septiembre de 2008 se acordó el recibimiento del proceso a prueba, y una vez practicada, se dio traslado a las partes por su orden para conclusiones, que las evacuaron en sendos escritos, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala se designó Ponente al Ilmo. Sr. D. Eduardo Ortega Martín y se señaló el día 16 de marzo de 2009 como fecha para la votación y fallo de este recurso, día en que efectivamente se deliberó, votó y falló, con el resultado que ahora se expresa.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso la resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 3 de septiembre de 2007, por la que se acordó imponer a la sociedad ahora recurrente cinco sanciones, por un montante total de 470.000 euros, por la realización de sendas infracciones graves previstas en el artículo 20.2 (en relación con el artículo 9.2) de la Ley 25/1994, de 12 de junio, por la que se incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; norma modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio.

Los hechos objeto de sanción consistieron, según la resolución administrativa impugnada, en la presentación de productos y servicios de terceros ("Marina D'Or") con propósito publicitario (publicidad encubierta) en cinco capítulos de la serie "Yo soy Bea", que fueron emitidos los días 24, 25, 26, 29 y 30 de enero de 2007.

SEGUNDO.- Contra la indicada resolución sancionadora la parte actora fundamenta su presente recurso en:

1º.- Inexistencia de infracción por no encontrarnos ante un supuesto de publicidad encubierta, sino de simple "emplazamiento de producto" ("product placement").

La aludida categoría, nos dice, se encuentra carente de regulación legal en España pero resulta contemplada por la Directiva 2007/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificó la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Este "emplazamiento de producto" queda definido por la indicada Directiva (art. 1) como "toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar".

Se indica, así, por la actora en este primer motivo de recurso que, frente la "publicidad encubierta", el "emplazamiento de producto" es una práctica permitida por la Administración siempre que concurren determinadas condiciones, y que está encaminada a diluir los esfuerzos de financiación de las obras audiovisuales.

Añade luego que los casos de "emplazamiento del producto", como el presente, estarían permitidos por el artículo 3.2 de la Directiva para obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento.

Afirma a renglón seguido que en este caso, además, conforme a la Directiva, el emplazamiento de Marina D'Or no influye en el contenido editorial de la obra audiovisual, tampoco incita a la compra o arrendamiento del producto emplazado y no le confiere una prominencia indebida.

2º.- Falta de proporcionalidad en la sanción porque:

a) Los capítulos emitidos los días 25 y 30 de enero de 2007 ni siquiera mencionan el producto Marina D'Or, por lo que, en su opinión, deben anularse las sanciones que se corresponderían con las emisiones de tales días.

b) Que, aun en las emisiones de los días 24, 26 y 29, habría franjas horarias en las que no existen referencias explícitas a este complejo hotelero de manera también que -en su criterio- las sanciones impuestas deberían reducirse proporcionalmente valorando el tiempo de efectiva aparición del producto.

Párrafos más adelante en la demanda, y después de invocar el motivo de impugnación que sigue bajo el número 3º, expresa la misma parte recurrente que la Administración habría contravenido el principio de proporcionalidad ya que:

a) Ella (la empresa recurrente) nunca ha percibido remuneración alguna de Marina D'Or, cosa que estima excluye toda intencionalidad.

b) No ha sido acreditada tampoco por la Administración la existencia de un efectivo perjuicio al espectador.

c) Porque no existe sentencia judicial alguna que les impute la comisión de una infracción como la presente, aspecto del que obtiene la inexistencia de reiteración.

3º.- Existencia de infracción continuada -y no cinco infracciones diferentes- conforme a lo previsto en el artículo 4.6 del Real Decreto 1389/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

TERCERO.- Antes de entrar a analizar los motivos impugnatorios citados debe el presente Tribunal resolver la excepción de inadmisibilidad parcial formulada por la Abogacía del Estado, consistente ésta en la supuesta falta de competencia de la presente Sala para conocer de la impugnación de algunas de las sanciones impuestas.

La Abogacía del Estado destaca, en especial, que aquellas multas impuestas que son de cuantía inferior a 60.000 euros (en concreto dos de ellas) serían revisables ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo conforme a lo previsto en el art. 9.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa . Por ello solicita del Tribunal la inadmisión parcial del recurso.

El Tribunal no comparte, sin embargo, el análisis expuesto. Con independencia, además, de que en caso de incompetencia parcial del Tribunal no hubiera procedido la inadmisión del recurso sino, conforme al art. 7.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la emisión de un Auto acordando la remisión de las actuaciones al órgano de la Jurisdicción competente, para que ante él siga el curso del proceso, tampoco asiste la razón al Abogado del Estado en su afirmación de parcial incompetencia.

Y es que el objeto del recurso contencioso administrativo no viene constituido por actos administrativos, reglamentos, inactividad o vía de hecho sino por "pretensiones" en relación con ellos.

Es la pretensión formulada lo que configura el objeto del recurso. Y en el presente caso estamos ante una pretensión de nulidad de cinco sanciones -es cierto- pero asentada, entre otras causas de legalidad ("causa petendi"), en que no procedía emitir las cinco sino una sola en aplicación de la categoría jurídica de la infracción continuada.

Pues bien, esa pretensión unificadora, dirigida contra todas y cada una de las sanciones impuestas, hace que el Tribunal ostente competencia para pronunciarse sobre la misma.

La decisión contraria, esto es, el fraccionamiento anticipado del contenido de la causa y la remisión a los Juzgados Centrales de parte de las sanciones impuestas, impediría al Tribunal pronunciarse sobre la aplicación de la categoría de la infracción continuada y convertiría en imposible la tutela judicial con relación a esa precisa pretensión.

La jurisprudencia, en la sentencia de 22 de marzo de 2002, con cita en ella de otros pronunciamientos, ha declarado, en la línea expuesta, que "el correcto entendimiento de la naturaleza revisora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, conforme esta Sala ha venido a concretar en consolidado criterio jurisprudencial -v gr. sentencias de 17 de noviembre de 1997, 3 de octubre y 7 de noviembre de 1998, 6 de febrero y 1º de marzo de 1999 (recursos 5658/93 y 468/94) y 5 de febrero de 2000 (recurso 2784/95), entre otras muchas-, supone la exigencia de un acto o "actuación" de una Administración Pública sometida al Derecho administrativo para que, respecto de él o en relación con ella, puedan deducirse por el interesado las pretensiones que estime pertinentes (.../...), porque no es el contenido del acto el que determina la extensión y los límites de la revisión jurisdiccional, sino las peticiones que se hagan en la demanda en relación con él las que acotan, cuantitativa y cualitativamente, el contenido de la pretensión impugnatoria".

La Sentencia de 30 de abril de 2008 ha indicada por otra parte, con un fundamento coincidente con el anterior, que "el objeto del recurso contencioso-administrativo viene determinado, por un lado, por la resolución administrativa impugnada, y, por otro lado, por las pretensiones de las partes.

De tal modo que entre una y otras debe existir correspondencia. Ello lo impone la naturaleza revisora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa y sirve para delimitar los términos del proceso".

Procede, en consecuencia, desestimar la excepción de parcial inadmisibilidad del presente recurso formulada por la Abogacía del Estado.

CUARTO.- Despejada la incógnita anterior debemos entrar a resolver los reparos de legalidad deducidos por la parte recurrente en los presentes autos, empezando por la afirmación de que en el caso presente lo producido es calificable como "asentamiento" -o "emplazamiento"- de producto y no como "publicidad encubierta".

Debe notarse, en respuesta a ese inicial motivo, que la Directiva que el recurrente invoca en su favor no ha sido todavía objeto de transposición al ordenamiento jurídico español.

Y más aún, que esa misma Directiva establece como fecha límite para su transposición por los distintos Estados (artículo 3) el próximo 19 de diciembre de 2009.

Por ello, no sólo no existe norma nacional que otorgue cobertura a las afirmaciones jurídicas deducidas por la recurrente en este primer conjunto de motivos, sino que, incluso, como es patente, no resulta aplicable al caso aquella doctrina jurisprudencial, emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que, en determinados supuestos de Directivas no transpuestas en plazo (lo que, como se ha visto, no es el caso), les termina otorgando efecto directo.

La lectura de la misma Directiva arroja además la conclusión de que está dirigida a los Estados (y no a los ciudadanos), exhortando su actividad normativa para la consecución de los objetivos contenidos en ella, en lugar de establecer, por sí, derechos y obligaciones de directa invocación ante los Tribunales.

Pero, más aún, ni tan siquiera en el caso de que la Directiva fuera directamente aplicable asistiría a la recurrente la razón en el presente motivo de impugnación ya que la diferencia que en la misma norma europea 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 "asentamiento" 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.

También la definición contenida en el artículo 3.d) de la Ley 25/1994, de 12 de julio , contiene dentro de sí ese factor de ocultación inherente al carácter encubierto de esta forma de publicidad.

Pues bien, en el presente caso existe tal publicidad encubierta pues el conjunto de referencias al complejo hotelero Marina D'Or, contenidas en la serie, abundan en las pretendidas excelencias -incluso en supuestos beneficios para la salud de los consumidores ("eso le va a venir de perlas a tus cervicales"; "me han dicho que aquí te dejan como nueva")- del indicado complejo.

Y se hace además de manera no abierta sino inserta en la trama de la serie y con un claro contenido sugestivo o promocional.

En suma, con independencia de que la Directiva invocada por la actora no resulta aplicable, por falta de transposición y por carencia de efecto directo, el propio contenido de las referencias al complejo hotelero que la serie albergaba es claramente calificable de "publicidad encubierta" en lugar de entrañar un caso -no previsto en la legislación española- de "presentación del producto".

La conducta incurrida se adapta por ello a la definición contenida en el artículo 3, letra 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, modificado por la Ley 22/1999, de 7 de junio.

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

El presente análisis nos lleva a anticipar la respuesta a aquellas otras alegaciones contenidas dentro del motivo de impugnación en el que se afirma la contravención del principio de proporcionalidad y donde se nos dice que los capítulos emitidos los días 25 y 30 de enero de 2007 ni siquiera mencionan el producto Marina D'Or, y que en las emisiones de los días 24, 26 y 29 habría franjas horarias en las que no existen referencias explícitas a este complejo hotelero.

Pues bien, esa aparición, sin menciones explícitas al producto sino integradas en el conjunto del argumento y en la acción, son precisamente buena muestra del carácter encubierto de la publicidad y de la capacidad, inherente a esta clase de actividad promocional, de producir error en los consumidores.

QUINTO.- En segundo término la recurrente invoca la contravención del principio de proporcionalidad.

Como acaba de indicarse, las dos primeras alegaciones que soportan esta supuesta contravención no pueden acogerse ya que la presentación no clara y directa sino encubierta del producto, lejos privar importancia a las infracciones, por minorar el daño a los consumidores, tiene en efecto de acenderlo pues colabora de manera decisiva a que esa forma oculta de presentación del producto sea idónea para producir error en los mismos.

En otro conjunto de argumentos la recurrente sustenta la contravención de dicho principio de proporcionalidad en que ella misma nunca ha percibido remuneración alguna de Marina D'Or, cosa que, en su criterio, excluye toda intencionalidad.

La Sala no puede compartir semejante afirmación ya que la actora tenía el control -el dominio pleno- del hecho en la presentación de la serie proyectada en su cadena, de manera que la infracción por presentación de publicidad encubierta le resulta aplicable en calidad de sujeto responsable.

Por otra parte es claro -como se desprende del propio contenido de la demanda- que la inclusión de publicidad encubierta en la serie ayuda a la financiación de la obra para la productora, de modo que el precio de la misma resultaba inferior al que hubiera tenido la misma si tal publicidad ilícita no hubiera sido insertada.

La recurrente, ahora sí, pudo beneficiarse de un producto a un precio menor que, en fin, emitió en su cadena plenamente consciente de sus contenidos y de las ventajas económicas de la operación.

La percepción no "directa", pero sí indirecta, de utilidades económicas carece, a juicio del Tribunal, de relevancia a efectos de una adecuada proporción entre la acción y la respuesta sancionadora.

Más adelante se afirma por la recurrente que no ha sido acreditada por la Administración la existencia de un efectivo perjuicio al espectador.

Tal perjuicio, sin embargo, resulta inherente a la capacidad de inducir a error en el consumidor que la publicidad encubierta alberga dentro de sí.

Más aún en este punto el Tribunal hace propias las afirmaciones de la resolución sancionadora con respecto a que los hechos revisten especial gravedad en cuanto a la afectación que dicha práctica tiene para con los derechos fundamentales de los telespectadores, tales como el de información correcta de los productos publicitados y de recibir información publicitaria claramente diferenciada de los programas, y sin que, en ningún caso, dicha publicidad pueda ser recibida en contra de la voluntad del interesado.

La inexistencia de Sentencia judicial que les "impute" la comisión de una infracción como la presente, es otro factor que, en las tesis de la actora, determinaría la reducción de las sanciones.

Sin embargo no tiene por qué tal ausencia de resolución judicial, en confirmación de sanciones impuestas por la Administración -que no en imputación-, conllevar reducción de unas sanciones cuyo montante final la Sala admite como proporcionado y ajustado a la gravedad del conjunto de afectaciones de los derechos de los espectadores.

SEXTO.- En último término la sociedad recurrente interesa la aplicación al caso de la institución de la infracción continuada prevista en el artículo 6.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Como consecuencia de la aplicación de este precepto estima que lo procedente sería la declaración de una infracción única -en lugar de cinco- y, por ende, la imposición también de una única sanción por el conjunto de actos de inserción, en la aludida serie, de las referencias al complejo turístico.

El artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, dispone:

"Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión".

Con respecto a este precepto y al motivo recursal que ahora nos ocupa debe notarse sin embargo lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7º.- El Tribunal estima, con fundamento en los razonamientos antecedentes, que la ausencia de explícita cobertura legal de la institución contenida en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, no obliga a la inaplicación de la norma reglamentaria y, por tanto, a la formulación de cuestión de ilegalidad para con ella (artículos 26 y 26 de la Ley Jurisdiccional) siempre y cuando:

a) se considere la institución como emanación de ciertos principios generales del derecho punitivo, preexistentes, que fueron objeto de recepción jurisprudencial;

b) se entienda complementada con las cautelas y limitaciones previstas para la institución en el Código Penal y que son inherentes a su cualidad de decantación de ciertos principios punitivos;

c) aun cuando lo que se dirá incida parcialmente sobre la misma cuestión aludida en la letra antecedente, la infracción continuada será incorporable al Derecho Administrativo sancionador siempre y cuando se admita su corrección -o sencillamente exclusión- en aplicación del principio de proporcionalidad que necesariamente ha de mediar entre la infracción y la respuesta (artículo 131 de la Ley 30/1992 ).

8º.- Como conclusión el Tribunal estima inaplicable, al presente caso, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993 porque comportaría contravención de la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción; porque, por la singular naturaleza económica de la actividad, iría en fomento de la infracción en lugar de operar el principio de prevención (general y especial); y porque incluso, en los casos límite, pueden verse afectados bienes de carácter personal como la libertad referida a los actos de consumo.

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de esta Jurisdicción, no procede la condena de ninguna de las partes al pago de las costas pues no han actuado con temeridad o mala fe en la defensa de sus respectivas pretensiones.

## **FALLO**

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda: Rechazando la causa de inadmisión opuesta en la contestación a la demanda por la representación de la Administración General del Estado, desestimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 1500/07, promovido por el Procurador D. Manuel Sanchez Puelles en nombre y representación de Gestevisión Telecinco, S.A. contra la Administración General del Estado (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio), representada y defendida por el Abogado del Estado, y declaramos conformes a derecho los actos recurridos; todo ello con el fundamento y alcance que se derivan de la presente Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, y testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo Ortega Martín.

**Número CENDOJ:28079230082009100237**