



Roj: **SAN 841/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:841**

Id Cendoj: **28079230012016100075**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2016**

Nº de Recurso: **246/2014**

Nº de Resolución: **134/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000246 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04564/2014

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION, S.A.

Procurador: MANUEL SANCHEZ-PUELLES Y GONZALEZ-CARVAJAL

Letrado: MONICA MARTINEZ MARQUES

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

SENTENCIA N.º:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D.ª. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D.ª. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Madrid, a uno de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos por esta Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional los autos del recurso contencioso-administrativo numero 246/2014, interpuesto por el Procurador don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de Mediaset España Comunicación, S.A., en cuya defensa ha intervenido la Abogada doña Mónica Martínez Marqués, contra la resolución de fecha 31 de julio de 2014, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre sanción en materia de publicidad audiovisual. Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado el 16 de septiembre de 2014, acordándose mediante decreto de 20 de octubre de 2014 su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998 y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 18 de febrero de 2015, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria de su pretensión y se anule la resolución recurrida.

Las alegaciones de la parte demandante en defensa de su pretensión son, en síntesis, que la resolución administrativa sancionadora recurrida infringe los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 13 de abril de 2015, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, confirmándose el acto administrativo impugnado.

Las alegaciones de la Administración demandada en sustento de su pretensión son, en síntesis, coincidentes con los razonamientos expuestos en la resolución administrativa recurrida.

CUARTO.- La cuantía del recurso ha sido fijada en 20.400 euros, mediante diligencia de ordenación de fecha 21 de abril de 2015.

Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó dicho trámite mediante auto de 14 de mayo de 2015, se ha practicado la prueba admitida de la propuesta por las partes, con el resultado que consta en los autos.

Concluido el término probatorio, se dio traslado a las partes, por su orden, para que formularan conclusiones, trámite que evacuaron mediante la presentación de sendos escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 23 de febrero de 2016, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente el **Ilmo. Magistrado don JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto la resolución de fecha 31 de julio de 2014, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se imponen a Mediaset España Comunicación, S.A., en concepto de autora de dos infracciones de carácter leve, tipificadas en el artículo 59.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por haber superado los límites de emisión dedicados a los espacios publicitarios en canales de televisión, con una multa de 13.500 euros y una multa de 6.900 euros.

Concretamente, las infracciones sancionadas consistieron en haber superado en los canales, horas naturales y fechas que se indican, en menos de un veinte por ciento, los límites de tiempo de emisión dedicados a los mensajes publicitarios regulados en el artículo 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

La primera de las infracciones sancionadas consiste en la extralimitación en la emisión de publicidad ocurrida en la cadena Telecinco el día 12 de noviembre de 2013, al haberse constatado que en la franja horaria comprendida entre las 23:00 y las 24:00 horas del citado día se contabilizó un exceso de 13 segundos sobre el límite de los 12 minutos por hora natural que fija el artículo 14 de la LGCA.

La segunda infracción sancionada consiste en la extralimitación en la emisión de publicidad en la cadena Cuatro el día 31 de diciembre de 2013, al haberse constatado que en la franja horaria comprendida entre las 20:00 y las 21:00 horas del indicado día se contabilizó un exceso de 39 segundos sobre el límite de los 12 minutos por hora natural que fija el artículo 14 de la LGCA.

SEGUNDO.- La parte demandante alega en sustento de su pretensión la vulneración de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la determinación de las sanciones.

En particular, alega la demandante que no cabe admitir la existencia de las infracciones sancionadas, pues la Administración ha computado indebidamente como tiempos de emisión publicitarios los "*frames publicitarios*"



o "espacios en negro" que anteceden y suceden a los bloques publicitarios, es decir, los intervalos de emisión entre anuncios o entre bloques publicitarios y programas, que en el conjunto de la horas sometidas a control suponen un exceso en el cómputo de 13 segundos el día 12 de noviembre de 2013 y de 5 segundos el día 31 de diciembre de 2013.

La demandante estima que dicha circunstancia resulta acreditada mediante el informe diario de emisión de Kantar Media, obrante en el expediente administrativo, por lo que el acta de visionado de la CNMC habría añadido indebidamente en el cómputo del bloque publicitario los tiempos antes expresados.

Además, en relación con la segunda de las infracciones sancionadas añade que los 39 segundos de exceso publicitario tomados en cuenta por la resolución recurrida, no constituían tal exceso, pues 34 de los 39 segundos se corresponden a la promoción del sorteo de un vehículo Mazda difundida entre las 20:50:18 y las 20:50:52, en el contexto del programa Deportes Cuatro, y que tuvo por causa un error humano.

El artículo 14.1 de la LGCA establece lo siguiente:

"Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, ya sean servicios radiofónicos, televisivos o conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios.

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva pueden ejercer este derecho mediante la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. Los servicios radiofónicos, conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios libremente.

Para el cómputo de esos 12 minutos se tendrá sólo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento. También se excluirá del cómputo la telepromoción cuando el mensaje individual de la telepromoción tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario y el conjunto de tele promociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj."

Tal y como sostiene la Administración demandada, el artículo 14 LGCA se refiere a tiempos totales de emisión dedicados a publicidad, que comprende todo el periodo de tiempo dedicado a dicha emisión, al margen de la forma en que se emita y con independencia de que entre uno y otro mensaje publicitario pueda existir un mínimo espacio de separación, por lo que el cómputo del tiempo de emisión de publicidad ha de realizarse desde el comienzo del bloque de emisión correspondiente y hasta su finalización, sin que quepa el descuento de los espacios entre anuncios o en negro a que se refiere la parte actora.

Por consiguiente, los "frames" publicitarios son espacios que no deben separarse del cómputo global, ya que forman parte del límite máximo de emisión publicitaria previsto en la norma, consistente en 12 minutos por cada hora de reloj.

En consecuencia, no cabe excluir del exceso de tiempo de publicidad apreciado por la resolución sancionadora recurrida los espacios temporales señalados por la demandante, luego ninguna vulneración del principio de tipicidad cabe reprocharle.

Por otro lado, por lo que respecta a las condiciones y requisitos de las telepromociones para que no computen en el límite de 12 minutos por hora de reloj, destinados a mensajes publicitarios y de televenta, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 9.1 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LGCA, donde se dispone lo siguiente:

"1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se considerará que la telepromoción tiene una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario siempre que supere los 2 minutos."

Por tanto, la promoción de sorteo de un vehículo MAZDA que nos ocupa no puede ser considerada como telepromoción a los efectos de quedar excluida del límite de 12 minutos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la LGCA, pues ello hubiera exigido que tuviera una duración superior a 2 minutos y resulta evidente que no fue así.

TERCERO.- Por lo que respecta a la lesión del principio de culpabilidad, denunciada por la actora, la alegación no puede prosperar, pues tal y como prevé el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad puede ser exigida aún a título de simple inobservancia.

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios del orden penal, entre los que se encuentra el de culpabilidad, son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, al ser ambas manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987, 150/1991), y que no cabe en el ámbito sancionador administrativo la responsabilidad objetiva o sin culpa, en cuya virtud se excluye la



posibilidad de imponer sanciones por el mero resultado, sin acreditar un mínimo de culpabilidad aun a título de mera negligencia (SSTC 76/1990 y 164/2005).

El principio de culpabilidad, garantizado por el artículo 25 de la Constitución , limita el ejercicio del ius puniendi del Estado y exige, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 129/2003, de 20 de junio , que la imposición de la sanción se sustente en la exigencia del elemento subjetivo de culpa, para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías (STS de 1 de marzo de 2012, Rec 1298/2009).

Ciertamente, el principio de culpabilidad, previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , dispone que solo pueden ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Obviamente, ello supone que dicha responsabilidad sólo puede ser exigida a título de dolo o culpa, quedando desterrada del ámbito del derecho administrativo sancionador la llamada "responsabilidad objetiva", y comprendiendo el título culposo la imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable. Esta "simple inobservancia" no puede ser entendida, por tanto, como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (a partir de sus sentencias de 24 y 25 de enero y 9 de mayo de 1983) y la doctrina del Tribunal Constitucional (después de su STC 76/1990), destacan que el principio de culpabilidad, aún sin reconocimiento explícito en la Constitución, se infiere de los principios de legalidad y prohibición de exceso (artículo 25.1 CE), o de las propias exigencias inherentes a un Estado de Derecho, por lo que se requiere la existencia de dolo o culpa (en este sentido STS de 21 de enero de 2011, Rec 598/2008).

No obstante, el modo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas no se corresponde con las formas de culpabilidad dolosas o imprudentes que son imputables a la conducta humana. De modo que en el caso de infracciones cometidas por personas jurídicas, aunque haya de concurrir el elemento de la culpabilidad, éste se aplica necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Según la STC 246/1991 " (...) esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma " (en este sentido STS de 24 de noviembre de 2011, Rec 258/2009).

A lo expuesto debe añadirse, siguiendo la sentencia de 23 de enero de 1998 , parcialmente transcrita en las SSTS de 9 de octubre de 2009, Rec 5285/2005 , y de 23 de octubre de 2010, Rec 1067/2006 , que "aunque la culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga, que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa".

Pues bien, el incumplimiento de los límites impuestos legalmente al tiempo de emisión de publicidad por la sancionada configura una infracción administrativa en cuya comisión cabe atribuir, cuando menos, a su autora una evidente negligencia sino dolo, en el control de los tiempos que se destinaban a tal emisión, pues como operador del servicio de comunicación audiovisual es responsable de los contenidos que emite, debiendo extremar la diligencia en el cumplimiento de los deberes que le impone la legislación en materia de comunicación audiovisual y, en particular, de los límites temporales impuestos a la emisión de publicidad, máxime atendido el elevado número de personas que pueden verse afectados por su incumplimiento.

En cualquier caso, la parte demandante no ha acreditado haber actuado con la diligencia que le resultaba exigible en el control sobre los tiempos de emisión de publicidad en los canales, fechas y franjas horarias antes expresadas, sin que la mera afirmación de que tuvo lugar un "error humano" pueda eximirla de responsabilidad.

Esta última consideración se ve reforzada por el hecho de que, como dijimos, la duración mínima prevista para que la telepromoción quede excluida del cómputo del límite de 12 minutos establecido para publicidad es de dos minutos, como prevé el artículo 9 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre , y no cuarenta y cinco segundos, como pretende la parte actora.

Por todo lo expuesto, las infracciones por las que ha sido sancionada la demandante le son imputables, al menos, de forma culposa.



CUARTO.- Alega también la parte demandante la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de las concretas sanciones impuestas por la resolución sancionadora.

Ciertamente, el principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues el margen de apreciación que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones dentro de los límites legalmente previstos, debe ser desarrollado ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho. De modo que la proporcionalidad constituye un principio normativo que se impone a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras.

En consecuencia, al ámbito jurisdiccional corresponde no sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también adecuar la sanción al hecho cometido, a través de la aplicación de criterios legales previstos en las normas o inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son, en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

Y ello, sin que por los Tribunales de Justicia se pueda sustituir el criterio de la Administración al graduar la sanción imponible a una infracción administrativa, cuando ésta sea conforme con la norma aplicable, ni resulte procedente reducir una sanción en base a una apreciación subjetiva de la que debería aplicarse, cuando la Administración se pronuncia, dentro de los límites que dimanen de una norma, de manera motivada en elementos de juicio objetivos y basada en los hechos acreditados en el expediente, ajustándose en su decisión al principio de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos o la infracción y la sanción impuesta.

El artículo 60.3 LGCA prevé que las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 100.000 euros para los servicios de comunicación televisiva.

Añade el apartado cuarto del mismo precepto legal que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entre otros, el criterio del beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

Pues bien, la resolución sancionadora ha graduado las sanciones impuestas atendiendo principalmente al beneficio que el infractor ha obtenido de la comisión de los hechos infractores, en función de los excesos de tiempo en la publicidad emitida y sus tarifas aproximadas, según expresa razonadamente, por lo que procede estimarlas ponderadas y proporcionadas a la gravedad de las infracciones cometida, a la entidad de los hechos y al beneficio obtenido, sin que se aprecien razones que justifiquen su minoración.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este procedimiento a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, al no apreciarse que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de Mediaset España Comunicación, S.A., contra la resolución de fecha 31 de julio de 2014, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se sanciona a Mediaset España Comunicación, S.A. por haber superado los límites de emisión dedicados a los espacios publicitarios en canales de televisión.

Se condena al pago de las costas causadas a la parte demandante.

La presente sentencia no es susceptible de recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA