



Roj: **SAN 2610/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:2610**

Id Cendoj: **28079230012017100375**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2017**

Nº de Recurso: **251/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **EDUARDO MENENDEZ REXACH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000251 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04683/2014

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, SA.

Procurador: D. MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ- CARVAJAL

Letrado: D^a MÓNICA MARTÍNEZ MARQUÉS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

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^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a veinte de abril de dos mil diecisiete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Mediaset España Comunicación, SA, representada por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González Carvajal**, contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre sanción por infracción grave de la Ley General de Comunicación Audiovisual. Ha sido Ponente el Presidente de esta Sección Ilmo. Sr. D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH.

I. ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El acto impugnado procede de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y es la Resolución de 9 de septiembre de 2014.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia de la actora; una vez finalizada la tramitación, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 4 de abril de 2017 en el que, efectivamente, se votó y falló.

II . FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El presente recurso tiene por objeto la Resolución de 9 de septiembre de 2014, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), que declara a la demandante, como responsable editorial de canales de TV CUATRO y ENERGY, responsable de la comisión de una infracción administrativa continuada de carácter grave, por la inserción de cuatro rodillos publicitarios del MAZDA 3 durante la emisión de cuatro programas de DEPORTES 4 y de 21 cartones publicitarios de los vehículos comerciales de Renault durante la emisión de trece programas de Tiki-taka Express/Tiki-taka, emitidos entre el 20 de enero y la madrugada del 19 de febrero de 2014, sin interrumpir los programas y mezclando los contenidos editoriales con los publicitarios, fuera de los casos expresamente admitidos en la ley, lo que infringe lo dispuesto en el artículo 14.2 y 4 párrafo primero de la Ley General de Comunicación Audiovisual , y le impone una sanción de 111.000 euros.

SEGUNDO.- La recurrente solicita que se deje sin efecto la sanción impugnada.

En defensa de su pretensión alega que no comparte la interpretación de la ley que se hace en la resolución y entiende que no hay infracción pues la ley no dice que no pueda insertarse publicidad dentro de los programas, salvo cuando se trate de acontecimientos deportivos; la única obligación que impone es que la inserción publicitaria esté claramente diferenciada de los programas, mediante mecanismos acústicos y ópticos, y que respete la integridad del programa, lo que no se ha incumplido; añade que, según la normativa, la inserción de nuevas formas de comunicación comercial audiovisual (transparencias, sobreimpresiones...) son compatibles con el principio de integridad del programa o de las partes que lo conforman, siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento y es una cuestión distinta si esa inserción se computa en el límite horario.

Fundamenta sus alegaciones en la vulneración del principio de tipicidad pues las transparencia estaban identificadas con el término publicidad, en uno de sus ángulos y, aunque no hubiera sido así, la naturaleza de la transparencia es evidente; esa inserción, durante escasísimos segundos, no vulnera el principio de integridad de los programas pues ni impide su desarrollo ni interrumpe al presentador y la prohibición absoluta de inserción de publicidad en el seno de los programas no está contemplada en la ley y, además, se han insertado en programas de entretenimiento vinculados a la información deportiva, de modo que la resolución contiene una restricción no razonable del derecho a emitir publicidad (art. 13 LGCA), contraria a la flexibilidad prevista en la Directiva 2010/13/UE y, en caso de duda, debería aplicarse el criterio más favorable al operador, ya que se trata de formas nuevas de comunicación comercial que, debido a su peculiaridad, no resultan tan agresivas para la audiencia como los spots convencionales y permiten concretar el equilibrio entre los intereses del operador y los derechos de los usuarios como telespectadores.

Añade que no concurre culpabilidad en la conducta ya que, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1994 , una diferencia de criterio razonable respecto de la interpretación de las normas puede ser causa de la exclusión de la responsabilidad en el ámbito de la potestad sancionadora y el error de prohibición (artículo 6 bis a) del Código penal) es aplicable al procedimiento administrativo sancionador.

Finalmente cita el principio de proporcionalidad y considera que el importe de la sanción no se ajusta a tal principio pues la infracción de la legalidad que se le imputa carece de entidad suficiente para producir quebranto de la legalidad o de los derechos individuales protegidos.

TERCERO.- La representación de la Administración demandada, por su parte, con cita de diversos preceptos de la Ley General de Comunicación Audiovisual, opone que la interpretación correcta es la que realiza la resolución impugnada que tipifica los hechos como constitutivos de infracción; en cuanto a la culpabilidad, se aprecia



aún a título de simple negligencia respecto de los deberes legales y, en cuanto a la proporcionalidad, se han aplicado correctamente los principios del artículo 61.4 de la ley y la sanción impuesta lo ha sido en su tramo inferior, por todo lo cual solicita la desestimación del recurso, con imposición de las costas a la demandante.

CUARTO.- Como se reconoce expresamente en la demanda, no hay discrepancia con los hechos declarados probados en la Resolución impugnada, que aquí se dan por reproducidos, sino que se propone una interpretación diferente de la ley, en virtud de la cual tales hechos no encajarían en el tipo aplicado, lo que excluiría la existencia de infracción, como se expresa en los argumentos resumidos anteriormente.

En la reciente sentencia de esta Sala y sección, de 20 de enero de 2017 (Recurso 20/2016), se analizan las alegaciones de la misma recurrente en el recurso interpuesto contra una Resolución de la CNMC, que le sancionaba por hechos similares, por lo que en aplicación del principio de seguridad jurídica y unidad de doctrina, procede reproducir ahora los razonamientos de la sentencia, también empleados en otro recurso similar de la misma recurrente (sentencia de 3 de marzo de 2017, Recurso 1357/2015), que son los siguientes:

«[...] La resolución sancionadora aprecia la existencia de cuatro infracciones, dos de ellas continuadas, al producirse 17 inserciones publicitarias de cuatro campañas publicitarias, con infracción del art. 14.2 y 4, párrafo 1º de la LGCA, en la emisión de varios programas en los canales Telecinco y Cuarto, de los que es responsable editorial Mediaset.

El art. 14.2 de la LGCA dispone: Tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos según los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente. El nivel sonoro de los mensajes publicitarios no puede ser superior al nivel medio del programa anterior. Mientras que el apartado 4, del citado precepto establece: Los mensajes publicitarios en televisión deben respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman.

La transmisión de películas para la televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), largometrajes y programas informativos televisivos podrá ser interrumpida una vez por cada periodo previsto de treinta minutos. En el caso de los programas infantiles, la interrupción es posible una vez por cada periodo ininterrumpido previsto de treinta minutos, si el programa dura más de treinta minutos.

Las retransmisiones de acontecimientos deportivos por televisión únicamente podrán ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido. En dichas retransmisiones, dispongan o no de partes autónomas, se podrán insertar mensajes publicitarios siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento.

No se insertará publicidad televisiva ni televenta durante los servicios religiosos.

Por su parte, el art. 58.7 de la LGCA, considera infracciones graves: El incumplimiento del resto de las condiciones establecidas en esta Ley para la realización de las distintas formas de comunicación comercial previstas en los artículos 14, 15, 16 y 17 que no estén incluidas en la tipificación del apartado anterior.

El incumplimiento en la misma comunicación comercial de dos o más condiciones de las previstas en esos artículos sólo dará lugar a una sanción. Asimismo, el incumplimiento de una de las condiciones previstas en los citados artículos no podrá dar lugar además a la sanción por comunicación comercial encubierta.

La sociedad actora viene a negar la existencia de infracción alguna, pues según aduce, la Ley no prohíbe la utilización de transparencias publicitarias en emisiones distintas de la retransmisión de acontecimientos deportivos.

El reseñado art.14.2 de la LGCA viene a consagrar el principio de separación entre contenidos televisivos y la publicidad, que se encuentra establecido, primero como un derecho del telespectador (art. 6.5 de la LGCA), y segundo, como una imposición a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual (art. 13.1, párrafo 2º de la LGCA). Dicho principio se encuentra recogido en el art. 19 de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, que dispone: 1. La publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial. Sin perjuicio de la utilización de nuevas técnicas publicitarias, la publicidad televisiva y la televenta deberán diferenciarse claramente del resto del programa por medios ópticos y/o acústicos y/o espaciales.

2. Los anuncios publicitarios y de televenta aislados constituirán la excepción, salvo en el caso de las retransmisiones de acontecimientos deportivos.



Por su parte, el art. 4.1 de la indicada Directiva 2010/13/UE , establece que: Los Estados miembros tendrán la facultad de exigir a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas o detalladas en los ámbitos regulados por la presente Directiva siempre y cuando estas normas sean conformes al Derecho de la Unión. Así, el art. 14.2 de la LGCA al hacer referencia a los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente, atribuye a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la competencia para especificar los criterios por los que considerar que se separa el contenido publicitario del contenido editorial. En la resolución impugnada, en este sentido, se hace referencia a las resoluciones de dicha Comisión de 9 de septiembre de 2014 y de 17 de marzo de 2015, en las que se declaró que los contenidos publicitarios deben emitirse por separado de los contenidos televisivos. Y para considerar diferenciado el mensaje publicitario del programa de televisión, este último debe interrumpirse para emitir el mensaje publicitario, y así evitar cualquier solapamiento entre las imágenes o sonidos de ambas emisiones de forma que no impida la visión del programa o el desarrollo de su línea argumental verbal.

Por otro parte, la finalidad de garantizar la integridad de los programas, se encuentra recogido en el ya reseñado apartado 4 del art. 14 de la LGCA, conforme a lo previsto en el art. 20.1 de la Directiva 2010/13/UE , que dispone: 1. Los Estados miembros velarán por que, cuando se inserte publicidad televisiva o televenta durante los programas, no se menoscabe la integridad de estos, teniendo en cuenta las interrupciones naturales y la duración y el carácter del programa de que se trate, y que no se perjudique a los titulares de sus derechos.

En consecuencia, la LGCA garantiza el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a emitir publicidad televisiva, distinta de las autopromociones, telepromociones, publirreportajes, patrocinios o emplazamiento de producto, siempre que la emisión de la publicidad cumpla con los siguientes requisitos:

-Deben estar claramente diferenciados de los programas.

-No pueden confundir al espectador sobre el carácter publicitario (pues, en ese caso debe superponerse la transparencia con la indicación de publicidad).

-Se debe respetar la integridad del programa en que se inserta.

Por tanto, a tenor de lo expuesto, en contra de lo que dice la parte actora, la LGCA viene a prohibir la emisión de publicidad cuando no se cumplan los citados requisitos, constituyendo la excepción en el caso de retransmisiones deportivas, que está también contemplada en el art. 19.2 de la Directiva 2010/13/UE , así como en el art. 16 del Real Decreto 1.624/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva. [...] » .

QUINTO.- Por esas mismas razones procede rechazar la interpretación alternativa de las normas LGCA que propone la demandante y estimar que los hechos probados encajan en el tipo sancionador aplicado en la resolución y son constitutivos de la infracción continuada sancionada de carácter grave.

En cuanto a la concurrencia de culpabilidad en la conducta, se cita en la demanda una única sentencia del Tribunal Supremo en virtud de la cual una diferencia de criterio razonable en la interpretación de las normas puede ser causa de exclusión de responsabilidad; la sentencia mencionada (St. TS de 27 de diciembre de 1994, Recurso 6413/1991) estimó el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y anuló un acuerdo de la Junta de Gobierno de un Colegio de Abogados y el posterior del Consejo General de la Abogacía, que lo ratificaba, por la que se daba de baja a un colegiado; el fundamento de la sentencia consistía en: « [...]la infracción del principio de legalidad adecuadamente tipificada, con anterioridad al hecho sancionador, apreciada en las resoluciones combatidas [...]», pero de sus fundamentos no se puede deducir una conclusión como la pretendida en la demanda sobre la exclusión de culpabilidad o responsabilidad basada en una diferencia de criterio razonable en la interpretación de las normas.

En cuanto a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 bis a) del Código Penal sobre el error de prohibición, se trata de un precepto del Código Penal de 1973, derogado por la Disposición derogatoria única de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; el artículo 14 del Código vigente regula los efectos del error, distinguiendo entre el invencible, que excluye la responsabilidad criminal, y el vencible, que permite castigar la infracción como imprudente, sin que se hayan alegado, y menos aún probado, los hechos necesarios para apreciar la existencia de error en la conducta de la recurrente, no pudiendo considerarse como tal la interpretación alternativa a la realizada en la Resolución cuando se trata de un sector altamente especializado, como es el audiovisual, en el que la demandante, como prestador de servicios, cuenta con expertos profesionales que deben poner la máxima diligencia en el cumplimiento de la normativa, como señala la resolución de la CNMC, cuyos criterios son conocidos, aunque no compartidos, por la demandante como muestran los numerosos recursos interpuestos ante esta Sala contra sus decisiones.

Finalmente, se invoca el principio de proporcionalidad como infringido; en la citada sentencia de 20 de enero de 2017 la Sala declaró que: «[...] 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 derivados 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 [...]».

Conforme al art. 60.2 de la LGCA, las infracciones graves pueden ser sancionadas con multa de 100.000 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual. Y en el apartado 4 del mismo artículo se dispone que: La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, 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, los siguientes criterios:

- a) *La inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida.*
- b) *Haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores.*
- c) *La gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona.*
- d) *La repercusión social de las infracciones.*
- e) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

En el presente caso, se ha impuesto por la CNMC una multa por importe de 111.000 euros, que se sitúa muy próxima al grado mínimo, razonando la resolución los criterios por los que ha optado por esa cifra, lo que excluye la infracción del principio de proporcionalidad.

SEXO.- Por todas las razones anteriores procede desestimar el recurso y, en aplicación del art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción imponer las costas a la demandante cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas.

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso nº 251/2014 interpuesto por el Procurador Sr. Sánchez-Puelles González Carvajal, en la representación que ostenta, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia descrita en el primer Fundamento de Derecho, que se confirma por ser conforme a derecho.

SEGUNDO.- Imponer a la demandante las costas del recurso.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA