



Roj: **SAN 5129/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:5129**

Id Cendoj: **28079230012017100708**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2017**

Nº de Recurso: **1806/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001806 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06369/2015

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A.

Procurador: MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ- CARVAJAL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a dos de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1806/2015, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A., contra la resolución de 03 de septiembre de 2015 de la Sala de Supervisión Regulatoria, que acuerda imponer a la citada empresa una multa de setenta y nueve mil quinientos veintiocho euros por la comisión de cinco infracciones administrativas leves tipificadas en el artículo 59.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de comunicación Audiovisual. Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 32.640 euros.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 23 de noviembre de 2015 del que se acordó 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 tal parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 16 de junio de 2016 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se tuviera por interpuesto el recurso frente a la resolución del Consejo de la CNMC de 3 de septiembre de 2015 y, tras los trámites oportunos dicte sentencia por la que se declare *la anulación parcial de la resolución impugnada con la correspondiente reducción de las sanciones impuestas y los efectos legales que ello suponga, dada la inexistencia de la infracción atribuida por la emisión "Cine La Proposición" el día 2 de diciembre de 2014 y la infracción atribuida por el espacio relativo al concurso "Súbete al tren de los premios Sálvame" el día 29 de diciembre de 2014.*

TERCERO.- La Sra. Abogada del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 19 de octubre de 2016 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso interpuesto con condena en costas a la parte actora.

CUARTO .- Abierto el periodo probatorio y practicada la prueba documental propuesta y admitida, y no considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio trámite de conclusiones a las partes, trámite que evacuaron por su orden, primero la defensa de la entidad actora y después la Abogada del Estado, mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivas pretensiones.

QUINTO. Conclusas las actuaciones, quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 10 de octubre de 2017, fecha en que ha tenido lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña NIEVES BUISAN GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por Mediaset España Comunicación, S.A la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 3 de septiembre de 2015 que acuerda imponer a la citada empresa una multa de setenta y nueve mil quinientos veintiocho euros (79.528 €), por la comisión de cinco infracciones administrativas leves tipificadas en el artículo 59.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual .

De las cinco sanciones impuestas en la resolución recurrida, el presente recurso se circunscribe únicamente a dos:

- Sanción de 6.448 euros por la infracción del artículo 13.2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual cometida el día 2 de diciembre de 2014 (Telecinco) en la franja horaria comprendida entre las 16:00:00 y 17:00:00 horas consistente en la extralimitación en la emisión de publicidad en 72 segundos, en el espacio "Cine: La Proposición" incumpliendo el límite de 5 minutos del Art. 13.2 LGCA.
- Sanción de 26.192 euros (Telecinco) por la infracción del artículo 14.1 de la Ley General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA) cometida el día 29 de diciembre de 2014 en la franja horaria comprendida entre las 16:00:00 y 17:00:00, en el espacio relativo al concurso "Súbete al tren de los premios Sálvame", consistente en la extralimitación en la emisión de publicidad en 112 segundos.

SEGUNDO. La parte actora aduce como argumentos defensivos, en síntesis, los siguientes:

En cuanto a la emisión del "Cine: La Proposición", este cómputo es erróneo porque habría incluido y calificado equivocadamente como autopromoción un fragmento de película situado entre las 16:00:00 y las 16:01:49 horas. Se trata de contenido audiovisual y no avance de programación. La medición que figura en el folio 115 del expediente, que tuvo un total de 2 minutos y 5 segundos, es muy superior a un avance de programación. En cuanto a su contenido (sucesión de escenas de una película conectadas entre sí, permiten seguir el argumento), se considera de suficiente entidad como para tener un contenido propio. Se añade que el Acuerdo INF/DTSA/1356/14 constituye una mera interpretación u opinión de la Administración que carece de eficacia directa. Incluso de considerarse avance de programación, no se supera el límite de 5 minutos por hora en la franja analizada.

En relación al concurso "Súbete al tren de los premios Sálvame" el día 29 de diciembre de 2014 la entrega del premio al ganador se emite en directo en el programa "Sálvame". La invitación a participar en el concurso durante la emisión de ese día concluyo con la entrega del premio el día 2 de enero de 2015. 56 segundos relativos al concurso "Súbete al tren de los premios sálvame" consistieron en determinados mensajes de la presentadora del programa "Sálvame" invitando a participar mediante llamada o SMS en el mencionado concurso. Se añade que hay una clara conexión entre el concurso y el programa "Sálvame" pues las preguntas



de aquél versan sobre colaboradores del programa. Las preguntas del concursante que permiten obtener premio se realizan en directo, con lo que la inclusión del concurso afecta al desarrollo del programa. Existiendo en definitiva interacción entre los concursantes y el programa ya que para poder responder a las preguntas, el espectador debe conocer el contenido del programa. Se dan los requisitos del art 7.3 del Reglamento de Publicidad aprobado por RD 1624/2011.

El Abogado del Estado, en la contestación argumenta que en el Acta de Visionado de 19 de enero de 2015 (folios 42 y 43 del expediente) resulta que el 2 de diciembre de 2014 (franja horaria de 16 a 17 h), se produce un exceso de 72 segundos de emisión sobre el límite de cinco minutos de autopromociones del canal Telecinco. Tal y como indica la resolución recurrida dicha presentación de cine sí está sujeta a los límites de la llamada "autopromoción" de programas previstos en el artículo 13.2 LGCA, artículo 2 del RD 1624/2011 y en el Acuerdo INF/DTSA /1356/14 de Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 17 de septiembre de 2014, puesto que informaba sobre la programación de Mediaset anunciando la futura emisión de una película ("La Proposición"), que no fue emitida hasta el día siguiente (3 de diciembre de 2014) a las 22:30, tal y como se desprende de la programación publicada por la propia Mediaset y del mensaje sobreimpreso en la esquina superior derecha de la pantalla de la propia grabación. Se acompaña como documento nº uno copia del mencionado Acuerdo de la CNMC de 17 de septiembre de 2014.

Nos encontramos ante un supuesto de autopromoción y así resulta del visionado de la grabación que obra en el CD 1 del expediente administrativo. En el mismo se observa que la emisión del fragmento de película comienza en el minuto 15:59:43 y se extiende hasta el minuto 16:01:49. Y desde el minuto 15:59:50 aparece en la esquina superior izquierda la sobreimpresión "LA PROPOSICIÓN mañana 22:10" y la misma se mantiene hasta el final de la emisión del fragmento de la película.

Respecto de la infracción del día 29 de diciembre de 2014, el Acta de visionado de 19 de enero de 2015 pone en evidencia un exceso de 112 segundos. Contrariamente a lo argumentado en la demanda, y del visionado de Tele 5 (folio 47.6 bis del expediente) en la franja horaria señalada por Mediaset (esto es, de 20:09 a 20:11 horas) se desprende que no hubo resolución de concurso ya que en dicho periodo ya no se emitía el programa "Sálvame", sino el concurso "Pasapalabra".

Se hace igualmente referencia, al Acuerdo INF/DTSA/1143/14 de 26 de junio de 2014, por el que se da contestación a la consulta formulada sobre la participación de los telespectadores en los programas televisivos mediante mensajes y llamadas telefónicas, a cuyo tenor se exigen una serie de requisitos para la exclusión de este tipo de mensajes de cualquier cómputo, requisitos que no se cumplen en el supuesto, concretamente el de interacción con el espectador.

TERCERO. La Ley 7/2010, de 31 de marzo, introdujo un nuevo marco regulador de la comunicación audiovisual en su conjunto y, en especial, de la comunicación comercial como derecho reconocido a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual. Con fecha 7 de diciembre de 2011 se publicó en el BOE el Real Decreto 1824/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha Ley, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, dado que algunos aspectos de la misma dedicados a la comunicación comercial audiovisual precisaban de aclaración y un desarrollo más amplio para otorgar mayor seguridad jurídica.

Lo anterior de conformidad con lo previsto en el art. 20.1 de la Directiva 2010/13/UE, que dispone que: "*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*".

Comenzando por el enjuiciamiento de la sanción impuesta respecto de la emisión del día 2 de diciembre de 2014 (Telecinco) en la franja horaria comprendida entre las 16:00:00 y 17:00:00 horas, la autopromoción se define en el artículo 2 de la LGCA, apartado 28, como "*La comunicación audiovisual que informa sobre la programación del prestador del servicio, sobre programas o paquetes de programación determinados o sobre los productos accesorios derivados directamente de ellos*".

Precepto que hay que conectar con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual a cuyo tenor: *Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir programas que informen sobre su programación o anuncios de sus propios programas y los productos accesorios derivados directamente de dichos programas.*

Estos programas y anuncios no se considerarán comunicación comercial a los efectos de esta Ley. No obstante, para la comunicación audiovisual televisiva, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos no podrá superar los 5 minutos por hora de reloj y sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial.

Y que se completa, en lo que ahora interesa, por el artículo 2.2 del RD 1624/2011, de 14 de noviembre, de desarrollo de la LGCA, que añade que:

"No obstante, para la comunicación audiovisual televisiva, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos no podrá superar los 5 minutos por hora de reloj y sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial."

En el caso que nos ocupa y respecto de tal infracción del día 2 de diciembre de 2014, en la franja horaria de 16 a 17 h y en el canal Telecinco, se considera producido un exceso de 72 segundos de emisión sobre el límite de cinco minutos de autopromoción, invocando Mediaset, en su defensa, que se incluye y califica equivocadamente como autopromoción un fragmento de película situado entre las 16:00:00 y las 16:01:49 horas.

Esta Sala, tomando en consideración las pruebas practicadas en las actuaciones, especialmente el Acta de Visionado de 19 de enero de 2015 (folios 42 y 43 del expediente) que informa sobre la programación de Mediaset anunciando la futura emisión de una película ("La Proposición"), que no fue emitida hasta el día siguiente día 3 de diciembre de 2014, a las 22:30 considera, al igual que argumenta tanto la Resolución combatida como por el Abogado del Estado en la contestación, que la emisión del fragmento de película comienza en el minuto 15:59:43 y se extiende hasta el minuto 16:01:49. Y desde el minuto 15:59:50 aparece en la esquina superior izquierda la sobreimpresión "LA PROPOSICIÓN mañana 22:10" y la misma se mantiene hasta el final de la emisión del fragmento de la película.

Entendemos, por todo ello, que no se trata de un fragmento de un programa, como pretende Mediaset, sino de un anuncio publicitario de la cadena de televisión sobre sus propios programas, que por lo manifestado supera el límite previsto en los artículos 13.2 LGCA y 2.2 del RD1624/2011, por lo que la infracción impuesta ha de ser confirmada por la Sala.

CUARTO. Por lo que se refiere a la sanción impuesta respecto de la emisión del día 29 de diciembre de 2014, en la franja horaria de 16:00 a 17:00 horas y en la cadena Telecinco, es aplicable lo preceptuado en el artículo 14.1 de tal LGCA a cuyo tenor:

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 telepromociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj.

Como esta Sala ha reiterado en múltiples ocasiones, el precepto 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.

Loa apartados 3 y 4 del artículo 7 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, de desarrollo de la LGCA, prevén asimismo que:

"3. Los anuncios o mensajes de productos accesorios directamente derivados de determinados programas no computarán como autopromoción ni como publicidad cuando vayan dirigidos a facilitar la participación del telespectador con el programa de que se trate, afectando de alguna forma al desarrollo del mismo. Esta circunstancia no podrá extenderse a otras formas de participación en las que no existe conexión con el programa y que, aunque puedan entenderse derivadas de éste, en ningún caso cumplen la condición de estar conexas a él, pues no implican interacción con el mismo. Así, estarán excluidos de cualquier límite los mensajes cuyo objetivo sea participar en los programas o realizar determinadas votaciones que afecte al desarrollo del mismo, así como aquellos mensajes de opinión relativos al programa.

4. No están excluidos, sin embargo, aquellos mensajes invitando a llamar mediante números de tarificación adicional o SMS Premium con el objetivo de conseguir un premio, y que no estén en conexión directa con el programa de que se trate en cualquiera de las formas indicadas en el párrafo anterior, o que no afecten a su



desarrollo, computándose en consecuencia como publicidad en el límite de los 12 minutos, sin perjuicio de la regulación del Juego que, en su caso, sea de aplicación."

Interesa igualmente traer a colación lo dispuesto en el Acuerdo INF/DTSA/1143/14 de 26 de junio de 2014, que se reseña por el Abogado del Estado en la contestación, respecto de la consulta formulada sobre la participación de los telespectadores en los programas televisivos mediante mensajes y llamadas telefónicas, del que resulta que la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC exige tres requisitos para excluir, a este tipo de mensajes, de cualquier cómputo de publicidad:

- conexión directa del anuncio o mensaje con el programa,
- interactuación con el telespectador
- y participación activa de este último.

A tal efecto y soslayado los hechos nuevos (entre ellos los datos de Kantar Media) que Mediaset introduce por primera vez en el escrito de conclusiones, en el que además rebate sobre otros contenidos no discutidos ni en vía administrativa previa ni en esta vía judicial. Lo cierto es que según resulta de las pruebas practicadas en el expediente administrativo, especialmente del Acta de visionado que figura en el folio 47.6 bís del mismo, en la franja horaria señalada por MEDIASET (de 20:09 a 20:11 horas) no hubo resolución de concurso, ya que en dicha fase horaria ya no se emitía el programa "Sálvame", sino el concurso "Pasapalabra".

Considera esta Sala, por ello, que no se ha existido el requisito de interacción, tomando en consideración que el premio se entregó cuatro días después, concretamente el 2 de enero de 2015. Por lo que la resolución impugnada se ajustada a derecho, y la misma ha de ser confirmada.

QUINTO. Razones, las anteriores, que conducen a la desestimación del presente recurso, siendo procedente la imposición de las costas causadas a la entidad actora, de conformidad con el Art. 139 de la LJCA en su redacción actual.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Mediaset España Comunicación, S.A. frente a la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 3 de septiembre de 2015, que impone a dicha entidad, como autora de cinco infracciones leves, una multa por importe total de 79.528 euros, confirmamos dicha resolución, con imposición de costas a la parte recurrente.

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 art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia en Audiencia Pública. Doy fé.

Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA