



Roj: **SAN 540/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:540**

Id Cendoj: **28079230012017100055**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2017**

Nº de Recurso: **50/2016**

Nº de Resolución: **104/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000050 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07403/2016

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.

Procurador: MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

SENTENCIA N°:

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 tres de marzo de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 50/16, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 29 de octubre de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora dos multas, por importe cada una de ellas de 150.000 euros por la vulneración del art. 14.4, párrafo 1º de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por dos infracciones continuadas tipificadas como graves en el art. 58.7 de la citada norma. Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en 300.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Admitido el recurso contencioso-administrativo y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 5 de julio de 2016 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso anulando de la resolución recurrida, por no existir la infracción atribuida. Con carácter subsidiario, para el caso de que no se acogiera la solicitud efectuada en el punto anterior, la anulación parcial de la resolución impugnada de modo que se dejara sin efecto las sanciones económicas impuestas a Mediaset por los hechos analizados o, subsidiariamente, resulte una única sanción o sanciones de importe significativamente inferior a las dos sanciones impuestas.

SEGUNDO .- Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante el pertinente escritos, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO .- Contestada la demanda se concedieron diez días a las partes para que formularan conclusiones y, una vez presentados los pertinentes escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el 28 de febrero del año en curso.

SIENDO PONENTEEl Magistrado Ilmo. Sr. Don FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sociedad demandante impugna la resolución de 29 de octubre de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora dos multas, por importe cada una de ellas de 150.000 euros por la vulneración del art. 14.4, párrafo 1º de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en lo sucesivo LGCA), por dos infracciones continuadas tipificadas como graves en el art. 58.7 de la citada norma .

Los hechos objeto de sanción son que la sociedad aquí actora en sus canales de televisión Divinity y Energy, entre los días 4 y 10 de agosto de 2014, emitió mensajes publicitarios, 25 y 16 respectivamente, en diversos programas sin respetar su integridad ni la de las unidades que los conforman.

SEGUNDO .- Debemos partir que la parte actora no cuestiona los hechos por los que ha sido sancionada, por lo que damos por reproducidos.

La resolución sancionadora aprecia la existencia de dos infracciones continuadas, en la emisión de varios programas en los canales Divinity y Energy, de los que es responsable editorial Mediaset, por la emisión de mensajes publicitarios en diversos programas, con infracción del art. 14. 4, párrafo 1º de la LGCA.

El art. 14.4, párrafo 1º de la LGCA dispone: "*Los mensajes publicitarios en televisión deben respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman*".

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" .

TERCERO .- La sociedad actora alega en primer término, que no hay infracción del art. 14.1.1º de la LGCA pues, fundamentalmente, no ha habido afectación a la integridad de los programas objeto de análisis. Los límites del respeto a la integridad de los programas se engloban dentro de un principio de flexibilidad o libertad de inserción de comunicaciones comerciales, que obliga el alcance de aquéllos con cautela. Se alude al art. 20.1 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2010/13/UE, de 10 de marzo de 2010 .

Se añade que no existe una concreción legal del alcance del término "pausa natural" ni criterios claros acerca del cómo aplicar correctamente la norma. Teniendo en cuenta la técnica empleada por el operador, fundamentalmente, la reducción progresiva de volumen de la emisión antes del corte, así como el alcance, y contexto de la normativa sobre inserción de publicidad en televisión, las infracciones atribuidas no tuvieron lugar.

Una gran parte de los programas analizados, además, fueron programas de entretenimiento o docu-realities, que admiten una aplicación del principio de integridad aún más flexible.

Las inserciones publicitarias responden a la técnica de la pauta única, que viene aplicándose desde hace más de 7 años y que es el canal Cuatro el que condiciona los cortes publicitarios de Divinity y Energy, por lo que las emisiones realizadas en estos programas se interrumpiría, para emitir mensajes publicitarios, cuando se emitieran en el canal Cuatro.

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"*.

Por otra parte, la modificación del art. 11 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, producida por la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, tuvo por objeto, tal y como se explica en sus consideraciones (apartado 57), aumentar la flexibilidad de los operadores de comunicación audiovisual televisiva para insertar los mensajes publicitarios a la vista del incremento de posibilidades de los espectadores para eludir la publicidad a través del uso de nuevas tecnologías y la mayor oferta de canales. Eso sí, esta mayor flexibilidad sigue teniendo como límite el respecto a la integridad de los programas y a tal efecto, que se respeten sus interrupciones naturales, su duración y sus características, así como que no se perjudique a los titulares de sus derechos.

En relación con que gran parte de los programas analizados fueron programas de entretenimiento o docu-realitis, que admiten una aplicación del principio de integridad más flexible, lo cierto es que como se deriva de las actuaciones, las interrupciones en el canal Divinity que afectan a series suponen el 37%, mientras que las que se producen en docu-realities y dating shows son solo el 40% en lo que respecta al canal Energy. Pero además, como declaramos en la Sentencia de 20 de enero de 2017 -recurso nº. 20/2016 - que tenía por objeto otras sanciones impuestas por infracción del art. 14 de la LGCA a la parte aquí actora, *"resulta indiferente para el cumplimiento de integridad de los programas que nos encontremos ante grabaciones u obras audiovisuales"*. A lo que debemos añadir, que la exigencia del respeto a su integridad se mantiene porque un aspecto esencial de sus objetivos sigue siendo claramente pertinente: la protección de los derechos de los telespectadores, y ello descarta que el respecto de la integridad de los programas se limite a los que tienen la consideración de obras audiovisuales. Así se pronuncia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de fecha 23 de octubre de 2003 (asunto C-245/01), citada en la resolución sancionadora, en la que se reconoce que *"la protección de los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial, y por razones de política cultural, el mantenimiento de una cierta calidad en los programas son objetivos que pueden justificar restricciones impuestas por los Estados miembros a la libre prestación de servicios en materia de publicidad televisiva"*.

En el caso que nos ocupa, al supeditarse los cortes publicitarios a las pausas de un canal principal, en el presente supuesto el canal Cuatro, el operador está asumiendo que éstos serán aleatorios, con independencia del tipo de programa en que se inserten, en la aplicación de la pauta única publicitaria, interrumpiendo, como consta en las actuaciones, frases de un diálogo e incluso palabras, en muchos de los supuestos analizados.

En consecuencia, los hechos imputados a la sociedad recurrente en la emisión de mensajes publicitarios en diversos programas de los canales Divinity y Energy, se realizaron sin respetar la integridad de los mismos, por lo que se incurre en el ilícito sancionado por el art. 58.7 de la LGCA.

CUARTO .- En segundo lugar, se aduce por la sociedad actora que la consideración de que los hechos analizados han dado lugar a dos infracciones autónomas y diferenciadas carece de fundamento. Concurren todos los requisitos para la consideración, en su caso, de una única infracción continuada. Existen una pluralidad de acciones u omisiones, que aisladamente consideradas, constituirían cada una de ellas una infracción administrativa, y que el sujeto actué bien con un dolo conjunto o continuado. No hay un doble dolo, uno por canal, ya que la publicidad de dos canales secundarios (Divinity y Energy), se comercializan de forma conjunta y automática con la de un canal principal (Cuatro). Se añade que no hay un hipotético incentivo al incumpliendo que impida el reconocimiento de la infracción continuada en el presente caso. La sociedad recurrente realiza la pauta única de los canales Energy y Divinity con el canal Cuatro. La realidad es que la pauta única, que ha sido utilizada en los últimos siete años, nunca se ha extendido a un número superior de canales, por lo que no hay riesgo alguno de extensión de la práctica a más canales.

En cuanto, a la existencia de continuidad en las infracciones que se le imputan a la sociedad recurrente, las partes se muestran conformes, pero se discrepa en que, según la resolución sancionadora, nos encontramos ante dos infracciones autónomas, cuestión negada por la parte actora. El art. 4.6 del Real Decreto 1.398/1993,

de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que considera 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"*.

Así las cosas, lo cierto, es que nos encontramos ante una actuación que afectó a dos canales de televisión diferentes, de la que es titular la sociedad recurrente. En el caso que nos ocupa, la voluntad infractora se aprecia nítidamente de forma separable y diferenciable, ya que la sociedad demandante ha decidido aplicar la pauta única en cada canal, y asumir el riesgo real de que los cortes publicitarios no respeten la integridad de los programas emitidos en los canales secundarios. De forma que se producen dos infracciones continuadas diferentes al considerar que el dolo unitario que vertebraba el plan preconcebido que exige esta calificación se produce de forma consciente, voluntaria e independiente en cada uno de ellos.

No es atendible de la existencia de un solo plan invocado por la parte recurrente, cuando las circunstancias no son idénticas, y el infractor puede elegir si extender esa conducta a varios canales, como viene a reconocerse en la demanda.

Por tanto, procede desestimar este motivo de impugnación.

QUINTO.- Por último, se denuncia por la sociedad recurrente la vulneración del principio de proporcionalidad. Se aduce al respecto, que en la propuesta de resolución se proponía la imposición de una sola sanción de 150.000 euros, mientras que en la resolución sancionadora se duplicó la sanción impuesta en base a los criterios de la propuesta sancionadora, siendo tales criterios la difusión del canal y el número de canales afectados por interrupciones publicitarias. Se incurre en una clara desproporción, al haberse duplicado la sanción por hechos idénticos, por lo que se la sanción correspondiente a cada una de las infracciones imputadas, tendría que ser necesariamente inferior a 150.000 euros.

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 deducibles 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 dimanar 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 artículo 60.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, 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 cada infracción una multa de 150.000 euros, pues se trata de dos infracciones autónomas como hemos analizado anteriormente, que se sancionan con idénticos criterios que los contenidos en la propuesta de resolución. En la imposición de dichas multas se razona en la resolución impugnada los criterios que se han tenido en cuenta, como la repercusión social (es indudable el alcance de la práctica y su repercusión en los medios de comunicación) y el hecho de producirse las interrupciones en canales no principales de los operadores (en este caso, como criterio moderador), así como el carácter continuado de la infracción. Añadiéndose que el carácter continuado de la infracción no se discute por la sociedad recurrente, y, tiene en cuenta lo previsto en el art.74.1 del Código Penal, que el delito continuado se sancione con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior y que incluso podría llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

En todo caso, la cuantía de las sanciones impuestas por las infracciones se sitúa cerca del grado mínimo de la sanción legalmente prevista, por lo que en virtud de lo expuesto no cabe apreciar infracción del principio de proporcionalidad.

Procede, en consecuencia, desestimar este último motivo de impugnación, y, por tanto, el presente recurso contencioso administrativo.

SEXTO. - A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas procesales a la parte actora.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 29 de octubre de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora dos multas, por importe cada una de ellas de 150.000 euros por la vulneración del art. 14.4, párrafo 1º de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por dos infracciones continuadas tipificadas como graves en el art. 58.7 de la citada norma, declaramos la citada resolución conforme a derecho; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

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 fe. Madrid a

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA