



Roj: **SAN 5111/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:5111**

Id Cendoj: **28079230012017100694**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/12/2017**

Nº de Recurso: **170/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5111/2017,**  
**ATS 4708/2018,**  
**STS 668/2019**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN PRIMERA**

**Núm. de Recurso:** 0000170 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 00150/2016

**Demandante:** MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION SA

**Procurador:** MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ CARVAJAL

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.: D<sup>a</sup>. LOURDES SANZ CALVO**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D<sup>a</sup>. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D<sup>a</sup>. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a cuatro de diciembre de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **170/2016** interpuesto por **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A. (MEDIASET)**, representada por el Procurador Sr. Sánchez Puelles contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 12 de noviembre de 2015 (SNC/DTSA/010/15 MEDIASET); ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se declare la anulación parcial de la resolución impugnada por la inexistencia de las cuatro infracciones graves atribuidas los días 5, 19, 26 y 27 de enero de 2015, con los efectos legales que ello suponga, según lo expuesto a lo largo del escrito.

**SEGUNDO**.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia desestimando el presente recurso contencioso administrativo.

**TERCERO**.- El recurso no se recibió a prueba y evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2017, en que tuvo lugar.

La cuantía del recurso se ha fijado en 465.946 Euros.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. LOURDES SANZ CALVO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 12 de noviembre de 2015 ((SNC/DTSA/010/15 MEDIASET), por la que se declara a Mediaset España Comunicación S.A, responsable editorial de los canales de televisión Telecinco y Cuatro, responsable de la comisión de cuatro infracciones administrativas graves y cuatro de carácter leve, por importe total de 502.509 €, por haber superado los límites de tiempo de emisión dedicados a mensajes publicitarios, regulados en el artículo 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA).

La parte actora no cuestiona las infracciones leves, circunscribiendo su impugnación a las cuatro infracciones graves. En concreto, se refiere a las infracciones correspondientes a los días siguientes, en el Canal Telecinco:

- 5/1/2015, de 11 a 12 horas, por un exceso de 147 segundos sobre 12 minutos/hora de publicidad, por la que se le impone una sanción de 111.689 €.

- 19/1/2015, de 12 a 13 horas, por un exceso de 147 segundos sobre 12 minutos/hora de publicidad, por la que se le impone una sanción de 120.730 €.

- 26/1/2015, de 11 a 12 horas, por un exceso de 149 segundos sobre 12 minutos/hora de publicidad, por la que se le impone una sanción de 116.399 €.

- 27/1/2015, de 11 a 12 horas, por un exceso de 147 segundos sobre 12 minutos/hora de publicidad, por la que se le impone una sanción de 117.128 €.

**SEGUNDO**.- Su stenta la actora su pretensión impugnatoria, en que las citadas infracciones graves se debieron fundamentalmente al cómputo efectuado por la CNMC de dos telepromociones seguidas de más de un anunciante dentro del límite de los 12 minutos por hora previsto en el artículo 14.1.2º de la LGCA. Así en la de 5 de enero de 2015, 131 segundos correspondieron a dos telepromociones seguidas de Svenson (60") y Total Crunch (71"); en la de 19 de enero de 2015, 134" correspondieron a dos telepromociones seguidas de Lo Mónaco (67") y Dentix (67"); en la de 26 de enero de 2015, 133" corresponden a dos telepromociones seguidas de Dentix (66") y Lo Mónaco (70") y en la de 27 de enero de 2015, 133" corresponden a dos telepromociones seguidas de Dentix (66") y Lo Mónaco (70").

Aduce, que dichas telepromociones reunieron los elementos propios de una telepromoción, según lo establecido en la normativa vigente y que la resolución se basa en una interpretación literal de la definición legal del artículo 2.27 LGCA, al no admitir el anuncio de más de un bien o servicio, salvo que se trate de bienes o servicios complementarios y correspondientes a un único anunciante. Por lo que el presente recurso se circunscribe a determinar si una telepromoción de más de un producto o servicio, correspondiente a más de un anunciante, debe computar en el límite de los 3 minutos por hora, del Art. 14.1 LGCA.

Abundando en lo expuesto, esgrime que no existe fundamento para incluir en el límite de los 12 minutos por hora telepromociones que reúnen los requisitos legales para ser consideradas como tales, por el mero hecho de que anuncien bienes o servicios de más de un anunciante. Debe predominar una interpretación lógica y sistemática, según Jurisprudencia consolidada, por cuanto la referencia a "un bien o servicio" es una fórmula

semántica utilizada usualmente en todo tipo de definiciones donde el término "un" no puede ser considerado como un número cardinal, sino expresivo de una clase o tipología (cualesquiera bienes o servicios).

Añade que cualquier limitación al uso de determinadas técnicas publicitarias como la telepromoción, debe ser interpretada restrictivamente, y tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado la vigencia del principio de proporcionalidad en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos.

Según ese criterio que sostiene, la exclusión de los 12 minutos por hora de las telepromociones objeto de análisis supone, en consecuencia, la inexistencia de las citadas infracciones.

El Abogado del Estado discrepa de la interpretación de la actora, pues los productos promocionados en las telepromociones emitidas de forma sucesiva no resultan complementarios entre si, ni pertenecen al mismo anunciante, por lo que la telepromoción de cada producto ha de considerarse como promociones distintas y autónomas y, en consecuencia, no reúnen el requisito de que cada promoción debe tener una duración superior a los dos minutos que prevé el artículo 9.1 del Real Decreto 1624/2011, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la LGCA.

**TERCERO.-** Para resolver la cuestión suscitada se va a partir de la normativa aplicable.

Con carácter general, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual :

*"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".*

Añadiendo el párrafo tercero del mismo artículo que: *" 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.»*

Por su parte, es el del artículo 2 apartado 27 de dicha LGCA el que define la telepromoción como: *" La comunicación comercial audiovisual en la que el presentador o cualquiera de los protagonistas del programa, utilizando el escenario, la ambientación y el atrezzo del programa, exponen por un tiempo claramente superior a la duración de un mensaje publicitario las características de un bien o servicio, de manera que el mensaje no puede ser emitido de manera independiente al programa correspondiente".*

Lo cual se completa con el artículo 9 del Reglamento de Publicidad aprobado por Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, que añade:

*"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.*

*2. Las telepromociones siempre se han de emitir dentro de los programas, utilizando el mismo escenario, ambientación y atrezzo del programa donde se emiten.*

*Únicamente se admiten como excepción a este requisito las telepromociones en obras de ficción, que deberán ser emitidas inmediatamente al inicio o al final de la obra de ficción o inmediatamente antes o detrás de un corte publicitario.*

*Las telepromociones emitidas fuera del programa al que correspondan se computarán en el límite de los doce minutos por hora de reloj establecidos para la emisión de mensajes publicitarios y de televenta.*

*3. En todo caso, la promoción del bien o servicio objeto de la telepromoción ha de ser realizada por los presentadores, protagonistas o colaboradores del programa donde ésta se emite, con las características indicadas en el apartado 2 anterior, y ha de tener una vinculación directa con el programa sin que se puedan emitir de manera independiente al programa correspondiente".*

**CUARTO.-** No normativa que ha sido interpretada por el Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 17 de septiembre de 2014, que da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas. Aunque no posee carácter vinculante, contiene interesantes criterios que, ante la ausencia de Jurisprudencia en la materia, pueden servir de pautas interpretativas. Acuerdo que establece entre otras consideraciones, y por lo que ahora interesa, las siguientes:

(...) a los mismos efectos de exclusión de las telepromociones del tiempo máximo de emisión de mensajes publicitarios por hora de reloj, esta duración de las telepromociones fue ampliada a dos minutos por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo de la LGCA.

Este cambio deriva de la necesidad de adaptar la duración de este tipo de comunicación comercial a los dictados de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2011, que condenó al Reino de España por el incumplimiento de la Directiva de TV Sin Fronteras en este ámbito. Según esta Sentencia, para que la telepromoción no sea considerada como "publicidad", a efectos de tiempo de emisión, ésta deberá tener un formato y duración claramente diferente y superior al del mensaje publicitario. Así, con el establecimiento de 2 minutos mínimo de duración de la telepromoción se cumple con las exigencias de la STJCE y se impide que este formato se utilice como una mera ampliación del tiempo computado para la publicidad convencional.

Para operar esta exclusión, además, las telepromociones deben cumplir los siguientes requisitos fijados en los artículos 9 y 10 del Reglamento de publicidad:

*Emisión dentro de los programas (como excepción se admiten las telepromociones en obras de ficción emitidas inmediatamente al inicio o al final de la obra o inmediatamente antes o después de un corte publicitario de dicha obra).*

*Utilización del mismo escenario, ambientación y atrezzo del programa donde se emiten.*

*Realizadas por los presentadores, protagonistas o colaboradores del programa.*

*Para considerar que una telepromoción está dentro de un programa, debe transcurrir un tiempo mínimo entre el final del bloque publicitario y el inicio de la citada telepromoción, ya que si no se considera como una extensión del tiempo del bloque de anuncios.*

(...) Asimismo, y según la definición dada por la LGCA, en los espacios de telepromoción solo se admitirá la exposición de las características de un solo bien o servicio. En caso contrario dichos espacios se computarán en el límite de los 12 minutos por hora de reloj. Como excepción, en un mismo espacio de telepromoción se admitirán las promociones sobre más de un bien o servicio, siempre y cuando estos sean complementarios y pertenezcan al mismo anunciante".

**QUINTO.** En base a dicha normativa y criterios de interpretación de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, considera este Tribunal siguiendo el criterio de nuestra reciente Sentencia de 13 de noviembre de 2017 (Rec. 96/2016), que la telepromoción, para ser conceptuada como tal y poder ser excluida del cómputo de los mensajes publicitarios, únicamente pueda estar referida, en cada ocasión, exclusivamente a un bien o servicio (salvo que sean complementarios y pertenezcan al mismo anunciante).

Consideramos, como expusimos en la citada sentencia de 13 de noviembre de 2017, que ello deriva de la interpretación sistemática y teleológica, y no solo literal, de la definición que de tal telepromoción contempla el apartado 27 del artículo 2 de la LGCA, en relación con los artículos 14.1 de la LGCA y 9 y 10 del Reglamento de Publicidad aprobado por RD 1624/2011 y de conformidad asimismo con los anteriores razonamientos del Acuerdo de La Sala de Supervisión Regulatoria, que se recogen por el Abogado del Estado en la contestación.

Añadimos, que además de que en el artículo 27.2 de la LGCA se hace referencia a "un bien o servicio", tal interpretación es conforme con lo preceptuado en el propio artículo 14.1 de la LGCA que para excluir del cómputo de la publicidad a la telepromoción exige que "el mensaje individual de la telepromoción tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario", refiriéndose a un "individual" y por tanto único mensaje de telepromoción que ha de tener una duración mínima de dos minutos, como ya hemos indicado. De donde igualmente se desprende que no son posibles ni dos o más mensajes de telepromoción ni tampoco que cada uno de ellos, como consecuencia del límite horario contemplado en el precepto, tenga una duración inferior a los 2 minutos, que es lo que pretende Mediaset en la demanda.

La interpretación contraria, es decir, permitir dos, tres, cuatro, cinco o más mensajes de telepromoción, en una misma comunicación comercial audiovisual siempre que la suma de los mismos supere los 2 minutos, pero cada uno de ellos, por tanto tenga una duración inferior a dichos 2 minutos, supondría - como dijimos en la tan citada sentencia- permitir auténticos mensajes o bloques de publicidad bajo la apariencia de la telepromoción. En definitiva, utilizar el marco legal de la telepromoción para, siempre que se hiciera uso del mismo escenario y ambientación del programa y se realizaran por los presentadores, protagonistas o colaboradores del mismo, en realidad, emitir mensajes publicitarios. Ello contraviene lo establecido en la Exposición de Motivos de la LGCA, a cuyo tenor la regulación de la publicidad, conforme a los criterios establecidos por la Directiva Comunitaria 2007/65/CE, de 11 de diciembre de 2007, "está concebida como un instrumento de protección del consumidor frente a la emisión de mensajes publicitarios en todas sus formas en cuanto a tiempo y contenidos pero también



*con una normativa reguladora básica para impedir abusos e interpretaciones divergentes que han llevado, en el pasado, a la apertura de expedientes y discrepancias serias a la hora de interpretar los preceptos europeos”.*

Por tanto, procede en aplicación de la citada doctrina de la Sala la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto.

**SEXTO.**- La desestimación del recurso conlleva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , la imposición de costas a la parte demandante.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

#### FA LLAMOS

**DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **MEDIASET ESPAÑA S.A.** , representada por el Procurador Sr. Sánchez Puelles contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 12 de noviembre de 2015 (SNC/DTSA/010/15 MEDIASET); con imposición de costas a la actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo 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 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

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA