



Roj: **SAN 4651/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:4651**

Id Cendoj: **28079230012017100634**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2017**

Nº de Recurso: **96/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4651/2017,**
ATS 5161/2018,
STS 407/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000096 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00151/2016

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A

Procurador: MANUEL SÁNCHEZ PUELLES GONZÁLEZ- CARVAJAL

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

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 trece 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 96/2016 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 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 12 de noviembre de 2015 (SNC/D TSA/011/15/MEDIASET) Ha sido parte demandada LA



ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 309.631 euros.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 22 de febrero de 2016 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 8 de marzo de 2017 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 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 12 de noviembre de 2015 y se dicte sentencia por la que se declare la anulación parcial de la resolución impugnada teniendo en cuenta (i) la inexistencia de dos infracciones graves atribuidas los días 3 y 16 de febrero de 2015 y (ii) la desproporción de las sanciones impuestas por las supuestas infracciones leves cometidas los días 4 y 6 de febrero de 2015, con los efectos legales que todo ello suponga .

TERCERO.- La Sra. Abogada del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 15 de mayo de 2017 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 .- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba y no considerándose necesaria la celebración de vista pública, y el trámite de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 31 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 interpone el presente recurso contencioso-administrativo por Mediaset España Comunicación, S.A. frente a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 12 de noviembre de 2015 (SNC/DTSA/011/15/MEDIASET) que impone a dicha entidad, por la comisión de dos infracciones graves y cinco infracciones leves, siete sanciones (dos graves y cinco leves) por importe total de 309.631 €.

Concretamente, de las siete infracciones impuestas en la resolución, Mediaset impugna cuatro de ellas:

La de 03/02/2015 , de 12 a 13 horas, por un exceso de 158 segundos sobre 12 minutos/hora de publicidad, infracción que se califica como grave y por la que se impone una sanción de 121.749 €.

La de 04/02/2015 , de 12 a 13 horas, por un exceso de 142 segundos sobre 12 minutos/hora de publicidad, infracción que se califica como leve y por la que se impone una sanción de 22.182 €.

La de 06/02/2015 , de 12 a 13 horas, por un exceso de 136 segundos sobre 12 minutos/hora de publicidad, infracción que se califica como leve y por la que se impone una sanción de 18.056 €.

Y la de 16/02/2015 , de 12 a 13 horas, por un exceso de 149 segundos sobre 12 minutos/hora de publicidad , infracción que se califica como grave y por la que se impone una sanción de 119.901 €.

SEGUNDO. Tal parte actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones :

De las siete supuestas infracciones, cuatro de ellas se debieron 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 LGCA. Así en la de 3/02/2015, 145 segundos correspondieron a dos telepromociones seguidas de "Reti Age" de 77 segundos y de "Lo Mónaco " de 68 segundos de duración. En la de 4/02/2015 135 segundos correspondieron a dos telepromociones seguidas de "Lo Mónaco" de 70 segundos de duración y "Dentix" de 65 segundos. En la de 6/02/2015 133 segundos correspondieron a dos telepromociones seguidas de "Dentix" de 66 segundos y "Lo Mónaco" de 67 segundos de duración. Y en la de 16/02/2015, 138 segundos correspondieron a dos telepromociones seguidas de "Reti Age" de 69 segundos y de "Lo Mónaco" de 69 segundos de duración.

-Las telepromociones analizadas reunieron todos los elementos propios de una telepromoción, según lo establecido en la normativa vigente. 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).

-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, con el fin de evitar interpretaciones descontextualizadas.

Lo característico y diferenciador de la telepromoción, respecto de otras formas de comunicación comercial, es la vinculación de aquella con un programa, de modo que el mensaje no puede ser emitido al margen del mismo, por lo que interpretar la referencia a un bien o servicio de forma estricta, escapa a cualquier lógica interpretativa. 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). Sostener lo contrario conduce a situaciones absurdas e imposibles. Incluso podría llegar a interpretarse que un operador de televisión sólo puede emitir una sola telepromoción, o a que cuando lo que se "telepromoción" no es un bien o servicio sino una marca, por ejemplo BMW, que agrupa varios bienes (como coches y motos), no cabría admitir una telepromoción.

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.

TERCERO. Es aplicable al litigio, con carácter general, lo previsto en el artículo 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, 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.

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 que:

"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 rativa 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, entiende este Tribunal, en línea con lo razonado por la Administración, 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 que ello así 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.

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 Mediset 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 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.*

SEXTO. 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 Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 12 de noviembre de 2015 (SNC/DTSA/011/15/MEDIASET) que impone a dicha entidad, por la comisión de dos infracciones graves y cinco infracciones leves, siete sanciones por importe total de 309.631 euros, confirmamos dicha resolución, y sanciones, con imposición de costas a la parte recurrente .

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 **no** tificación; 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 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