



Roj: **STS 407/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:407**

Id Cendoj: **28079130032019100034**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/02/2019**

Nº de Recurso: **1744/2018**

Nº de Resolución: **171/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 171/2019

Fecha de sentencia: 13/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1744/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 1744/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 171/2019

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 13 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1744/2018, interpuesto por el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles en nombre y representación de Mediaset España Comunicación S.A., (Mediaset), y con la asistencia del letrado don Alfonso Muñiz Vigil contra la sentencia de 13 de noviembre de 2017 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 151/2016, contra la resolución de 12 de noviembre de 2015, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Ha intervenido como parte recurrida, la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre de la mercantil Mediaset España Comunicación, S.A (en adelante Mediaset), interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 13 de noviembre de 2017 (rec. 96/2016).

La sentencia de la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Mediaset contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), de 12 de noviembre de 2015, por la que se declaró a la citada mercantil responsable de la comisión de dos infracciones administrativas de carácter grave y cinco de carácter leve, al haber superado, en las emisiones nacionales de los canales Telecinco y Cuatro y en las fechas y horas naturales que se indican, 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), por lo que le impuso una sanción por importe total de 309.631 euros.

SEGUNDO. Mediante Auto de 21 de mayo de 2018 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en interpretar los artículos 2.27 y 14.1 LGCA y 9 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, a fin de aclarar el concepto de "telepromoción" contemplado en las citadas normas; en particular, para determinar si, a los efectos de exclusión del cómputo del tiempo máximo de publicidad, la "telepromoción" sólo puede referirse a un único bien o servicio -o a diversos en el caso de tratarse de bienes o servicios complementarios y del mismo anunciante-, o si, por el contrario, tal limitación no se desprende de la regulación legal y es posible definir como tales espacios de "telepromoción" aquellos que, cumpliendo con el resto de los elementos normativos establecidos para su configuración, se refieren a varios bienes o servicios, sin necesidad de relación de complementariedad o de la procedencia de un mismo anunciante.

TERCERO. La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación, invocando los siguientes motivos de impugnación:

1º Infracción de los artículos 2.27 y 14.1 3º de la LGCA, así como del artículo 9 del Reglamento de Publicidad, al considerar erróneamente la Sentencia que las telepromociones objeto de análisis no reunieron los elementos propios establecidos legalmente para ser consideradas y computar como tales.

La Sentencia infringió los artículos 2.27 y 14.1 3º de la LGCA y art. 9 del Reglamento de Publicidad al considerar, a partir de una interpretación errónea de la expresión "un bien o servicio" contenida en la definición legal de telepromoción, que las comunicaciones objeto de análisis no reunieron los elementos propios establecidos legalmente para ser consideradas y computar como tales al tratarse, concretamente, de telepromociones de más de un bien o servicio que, además, no eran complementarios y pertenecientes a un mismo anunciante.

El único motivo por el que se considera que aquéllas no debían computar en el límite de 3 minutos por hora es porque, al tratarse en cada caso de dos telepromociones de más de un anunciante, no cumplieron de este

modo con la condición legal de exponer las características "de un bien o servicio", expresión esta última que figura en el enunciado del artículo 2.27 de la LGCA.

A su juicio, no hay fundamento para excluir del cómputo de 3 minutos por hora las telepromociones que reúnen los requisitos legales para ser consideradas como tales, por el mero hecho de que anuncien bienes o productos de más de un anunciante. Una lectura completa de la definición legal de telepromoción muestra que lo característico y diferenciador de la telepromoción, de otras formas de comunicación comercial, es la vinculación de aquélla con un programa, de modo que el mensaje no pueda ser emitido al margen del mismo. Interpretar la referencia legal a "un bien o servicio" de forma estricta, como se sostiene en la Sentencia impugnada, escapa en este sentido a cualquier lógica interpretativa.

La referencia a "un bien o servicio" es una simple fórmula semántica utilizada usualmente en todo tipo de definiciones, donde el término "un" no puede ser considerado como un número cardinal (sólo un bien o sólo un servicio), sino como expresivo de una clase o tipología (cualesquiera bienes o servicios).

Según la sentencia impugnada, una telepromoción de más de un bien o servicio no computaría en todos los casos en el límite de 12 minutos por hora. En ocasiones, si aquéllos son complementarios y de un mismo anunciante se excluyen del mencionado cómputo, mientras que, si son de distintos anunciantes o, siendo del mismo, no son complementarios entre sí, computarían en el límite de 12 minutos por hora, como publicidad convencional. No obstante, en ningún momento se explica ni justifica por qué cuando los dos productos o servicios telepromocionados pertenecen a un mismo anunciante está justificada la consideración de una sola telepromoción y que el cómputo de la misma se efectúe, en consecuencia, en el mencionado límite de tres minutos, y deba utilizarse otro criterio cuando se trate de productos o servicios de distintos anunciantes.

Se trata de una interpretación que conduce, igualmente, a situaciones imposibles cuando lo que se "telepromociona" no es un bien o servicio, sino una marca, como por ejemplo BMW. Teniendo en cuenta que esta marca agrupa multitud de bienes, en este caso coches y motos, que no son complementarios entre sí sino, en todo caso, sustitutivos, no cabría admitir una telepromoción de una marca como BMW, en la medida en que engloba distintos productos no complementarios entre sí.

El derecho del operador televisivo a emitir mensajes publicitarios, consagrado en el artículo 14 de la LGCA, supone que cualquier restricción al uso de determinadas técnicas publicitarias, como en este caso la telepromoción, sólo puede ser interpretada restrictivamente. La interpretación sostenida por la Sentencia impugnada carece de fundamento legal y resulta, en consecuencia, contraria a derecho.

Las comunicaciones analizadas son telepromociones a los efectos legales y debieron de computar como tales, dentro del límite temporal específico establecido en el artículo 14.1 3º de la LGCA, por lo que Mediaset no fue responsable de las infracciones atribuidas, luego confirmadas por la Sentencia ahora impugnada.

Una interpretación correcta de la normativa debe conducir a considerar como telepromoción, a efectos de lo dispuesto en los artículos 2.27 y 14.1 3º de la LGCA, toda comunicación comercial audiovisual que reúna los requisitos establecidos legalmente para ser considerada como tal ("el presentador o cualquiera de los protagonistas de un 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 pueda ser emitido de manera independiente al programa correspondiente"), independientemente de que el objeto de la telepromoción sea un único bien o servicio o más de uno, por ser esto último algo ajeno al concepto de telepromoción.

2º Infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución española, 248 de la LOPJ y 209 de la LEC, así como la jurisprudencia que los ha interpretado, por ausencia de motivación de la Sentencia.

La Sentencia impugnada incurrió en falta de motivación al establecer 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" (FJ 5º), añadiendo además a continuación, sin fundamentación alguna, una excepción a la regla general expuesta, "salvo que sean [más de un bien o servicio] complementarios y pertenezcan al mismo anunciante". Dicha excepción había sido previamente establecida por la CNMC, también sin fundamentación alguna, en la Resolución de 12 de noviembre de 2015, y antes en el Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 17 de septiembre de 2014, que da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas, acuerdo también aludido y parcialmente reproducido en la Sentencia impugnada.

La Sentencia, por tanto, establece que, desde todos los puntos de vista interpretativos posibles de la norma (literal, sistemático y teleológico), solo cabe entender que el concepto de telepromoción se refiere a un único bien o servicio en cada caso puesto que, entre otros argumentos, la aceptación de lo contrario supondría permitir auténticos bloques de publicidad bajo la apariencia de la telepromoción.

Entiende esta parte, en primer lugar, que dicho razonamiento es erróneo puesto que, como se ha expuesto, la referencia a "un bien o servicio" contenida en la definición de telepromoción debe interpretarse como una mera fórmula semántica, al igual que ocurre en otros muchos preceptos legales, y no en sentido literal, conclusión a la que también se llega si se realiza una lectura completa y una comprensión lógica de la definición legal de telepromoción, que muestra que lo característico y diferenciador de esta forma de comunicación comercial, frente a otras, es la vinculación de aquélla con un programa, de modo que el mensaje no pueda ser emitido al margen del mismo, tal y como sucedió en los casos objeto de análisis.

En cualquier caso y, en segundo lugar, dicha fundamentación resulta contradictoria con la afirmación anterior de la sentencia de que sí computarían como telepromociones aquéllas referidas a más de un bien o servicio que "sean complementarios y pertenezcan al mismo anunciante". Es decir, la aceptación de esto último, como excepción, a la regla general, supone que la interpretación defendida con carácter general por la sentencia no se deriva inequívocamente de la definición legal y naturaleza misma de la telepromoción puesto que, en tal caso, algo tan consustancial al concepto mismo de telepromoción no podría admitir excepción alguna. Siguiendo el razonamiento de la sentencia, la aceptación de tal excepción (cómputo como telepromoción de aquélla referida a más de un bien o servicio cuando sean complementarios y pertenezcan al mismo anunciante) supondría permitir auténticos bloques de publicidad, compuestos por anuncios de un mismo anunciante, bajo la apariencia de la telepromoción.

La aceptación misma en la sentencia, por tanto, de la excepción a la regla de las telepromociones de más de un bien o servicio, introducida por la CNMC, supone socavar todo el fundamento desarrollado sobre la regla general establecida para las telepromociones de más de un bien o servicio.

En el presente caso, la Sentencia de 13 de noviembre de 2017 debe ser casada, por falta de motivación, pues establece que las telepromociones objeto de análisis no computan en el límite de 3 minutos por hora al tratarse de telepromociones de más de un bien o servicio que no son complementarios y pertenecientes a un mismo anunciante, sin explicar los criterios jurídicos fundadores de la decisión, es decir, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios que fundamentan la decisión.

3º Infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la CE, 248 de la LOPJ y 209 de la LEC, así como la jurisprudencia que los ha interpretado, por ausencia de motivación de la sentencia al limitarse ésta, en esencia, a reproducir lo establecido en la resolución de la CNMC de 12 de noviembre de 2015.

CUARTO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

Tras analizar la normativa de la Unión Europea en esta materia y su evolución, considera que la LGCA, que traspone la normativa europea, proclama en su artículo 14.1 que "los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva pueden ejercer este derecho de emitir mensajes publicitarios mediante la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. 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".

El artículo 14.1 ha sido desarrollada por el artículo 9 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de LGCA, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, fijando una serie de requisitos; y, por medio del Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, se adaptó el primero de ellos -relativo a la duración de este tipo de anuncios- a los dictados de la STJUE de 24 de noviembre de 2011 (de conformidad con lo advertido por el Consejo de Estado sobre la imprecisión de la mera referencia a una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario), para diferenciar claramente las telepromociones de los mensajes publicitarios.

Estos requisitos han sido desarrollados por la Comisión en su Acuerdo de 17 de septiembre de 2014 (INF/DTSA/1356/14) de adopción de criterios en materia de publicidad y autopromoción televisivas, por el que dio contestación a diversas consultas que le habían sido formuladas, relacionadas, entre otras cosas, con el cómo considerar qué telepromociones podían quedar excluidas del cómputo de los 12 minutos por hora de reloj:

- La telepromoción debe tener una duración superior a 2 minutos.
- Las telepromociones se deben emitir dentro de los programas, utilizando su mismo escenario, ambientación y atrezzo -excepcionando en las obras de ficción que se permiten telepromociones antes o después de las interrupciones publicitarias o al inicio de la obra emitida, justo después del patrocinio, o al final, antes del patrocinio.
- La telepromoción debe ser realizada por los presentadores, protagonistas o colaboradores del programa.

- El bien o servicio objeto de telepromoción, debe tener vinculación directa con el programa.
- Las telepromociones emitidas no pueden superar el límite de 3 minutos por hora de reloj o 36 minutos diarios.

Y en dicho Acuerdo se señaló, en un párrafo separado, que:

"[...] 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."

A su juicio, la finalidad de tal precisión está en distinguirlo y evitar que bajo este formato se emita un bloque de mensajes publicitarios, cada uno de los cuales ya no cumpliría otro elemento necesario y distintivo de la telepromoción, de que la duración del mensaje publicitario superara los 2 minutos. Y todo ello, con el fin último de que no se aproveche indebidamente la ventaja inherente a una telepromoción derivada del eventual riesgo de confusión del espectador, su mayor receptividad, etc, y la (cuestionada por el Consejo de Estado) ventaja derivada de la exclusión del cómputo prevista en el art. 14.1 tercer párrafo LGCA; ventajas que, siendo excepcionales, deben abonar una interpretación igualmente restrictiva en beneficio del espectador, beneficio que está en el origen y motivación de la limitación horaria prevista en la Directiva y traspuesta en el art. 14 LGCA.

Considera que la posibilidad de incluir bienes o servicios complementarios, lejos de constituir la contradicción que se denuncia de contrario, sólo responde a la realidad de que los mensajes publicitarios en forma de anuncios convencionales también suelen comprender tal conjunto; de modo que en tal caso no cabe observar un fraccionamiento que equipare la pretendida telepromoción a un bloque publicitario. Y la pretendida dificultad respecto de la telepromoción de una marca, que el recurso también denuncia, no es tal, sino que obedece a una interpretación *sui generis* del recurrente sobre el concepto de bienes "complementarios", que eludiría los "sustitutivos". No siendo este objeto del presente proceso, sólo cabe señalar que tal debate es artificial, pues generalmente los titulares de una marca promocionan conjuntamente productos similares cuando los consideran complementarios y no competitivos entre sí: Nada que ver con la situación sancionada, en que mensajes referidos a productos de diversos anunciantes y totalmente heterogéneos se sucedieron sin solución de continuidad bajo el pretexto de integrar conjuntamente una telepromoción, con el objeto de eludir los límites horarios impuestos como regla general.

Por todo ello, concluye que la regla general es que todo mensaje publicitario está sujeto a los límites temporales de emisión. La exclusión de estos límites respecto de determinados tipos o formas de mensajes publicitarios -patrocinio, emplazamiento y telepromoción-, que supone una flexibilización frente a otras formas de publicidad, previsto en beneficio de los anunciantes y cadenas de televisión, debe de ser extraordinaria. Por tal motivo, está prevista expresamente por Ley y se han establecido una serie de requisitos y condiciones, desarrollados reglamentariamente y complementados con el Acuerdo de la Autoridad competente (CNMC) por el que se fijan determinados criterios en materia de publicidad y autopromoción televisivas, al objeto de evitar que esa mayor flexibilidad vaya en detrimento de la protección de los telespectadores frente a la publicidad excesiva.

La definición que realiza la LGCA de la telepromoción en su artículo 2.27 utiliza la referencia "un bien o servicio". A la interpretación literal que de ello se deriva, debe unirse la sistemática: la propia Ley, en su artículo 14.1, ya especifica que debe tratarse de un "mensaje individual" al referirse a las condiciones que se deben cumplir para que un mensaje de telepromoción no esté sujeto a la regla general y sea excluido del cómputo del límite temporal de emisión de publicidad. Y a todo ello debe unirse la interpretación teleológica de la norma: no cabe interpretar que una telepromoción pueda consistir en la exposición de más de un bien o servicio cuando éstos no pertenecen al mismo anunciante y no resultan complementarios entre sí, pues se trataría en esencia de la emisión de un bloque publicitario, con la ventaja para el anunciante de que no se respetarían los límites temporales establecidos para ellos, en detrimento de la protección de los telespectadores frente a una publicidad excesiva.

Autorizar una interpretación como la que pretende Mediaset -considerar que un anuncio de telepromoción puede estar compuesto por la exposición de varios bienes o servicios no complementarios entre sí- puede suponer incluso una vulneración de los límites a la inserción publicitaria prevista en la normativa europea (art. 23 de la Directiva).

QUINTO. Se declararon conclusas y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 29 de enero de 2019, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La entidad Mediaset impugna en casación la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 13 de noviembre de 2017 (rec. 96/2016), por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha entidad contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), de 12 de noviembre de 2015.

La resolución de la CNMC declaró a la citada mercantil responsable de la comisión de dos infracciones administrativas de carácter grave y cinco de carácter leve, al haber superado en las emisiones nacionales de los canales Telecinco y Cuatro 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), por lo que le impuso una sanción por importe total de 309.631 euros.

SEGUNDO . Sobre la falta de motivación de la sentencia.

Antes de entrar a resolver esta cuestión de fondo hemos de analizar las infracciones referidas a la falta de motivación de la sentencia. La parte cuestiona la sentencia por falta de motivación al entender que las razones expuestas por la misma para excluir la telepromoción de más de un bien o servicio son erróneas y reproduce los argumentos de la resolución administrativa impugnada.

Ambas infracciones han de ser rechazadas. La sentencia interpreta la norma desde un punto de vista, literal, sistemático y teleológico, para llegar a la conclusión de que el concepto de telepromoción se refiere a un único bien o servicio de un anunciante o a productos conexos del mismo anunciante. La parte discrepa de estos razonamientos por considerarlos erróneos e incursos en contradicción, al afirmar que la telepromoción, para ser conceptualizada 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", para después admitir los supuestos en los que pese a tratarse de más de un bien o servicio, estos sean complementarios y pertenezcan al mismo anunciante.

En definitiva, la parte muestra su discrepancia con la argumentación de la sentencia por considerarla errónea, lo cual no integra un supuesto de ausencia de motivación. Así, una cosa es la falta de motivación, que impide conocer las razones en las que se funda la decisión adoptada, defecto que no concurre en la sentencia de instancia, y otra bien distinta es que los argumentos y razones utilizados por la sentencia, le gusten o no al recurrente, sean conformes a derecho, lo cual no implica un defecto de motivación sino una eventual infracción de la normativa así interpretada.

Del contenido de la propia sentencia se advierte que el tribunal dio respuesta a la cuestión de fondo planteada y explicó las razones que le llevaron a esa conclusión. El propio recurso de casación y la crítica que en él se contiene respecto a los argumentos de la sentencia impugnada, ponen de manifiesto que el recurrente conoce las razones por las que la sentencia desestimó su pretensión de fondo y la forma en la que interpretó los preceptos relevantes para el caso, permitiéndole conocer y poder rebatir tales argumentos.

Por otra parte, el hecho de que las razones acogidas por la sentencia sean parcialmente coincidentes con las proporcionadas en la resolución administrativa no permite entender que la sentencia carece de la necesaria motivación.

El Tribunal Constitucional, precisando el alcance de la motivación de las sentencias, ha venido considerando en una reiterada jurisprudencia que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la *ratio decidendi* que determina aquella. Su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 ; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9 ; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3 ; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3 ; 187/2000 FJ 2).

Se desestiman los motivos de impugnación referidos a la falta de motivación de la sentencia.

TERCERO. Sobre la telepromoción y sus límites.

Tal y como establece el Auto de admisión el presente litigio se centra en interpretar los artículos 2.27 y 14.1 LGCA y 9 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre , a fin de aclarar el concepto de "telepromoción", para determinar si, a los efectos de exclusión del cómputo del tiempo máximo de publicidad, la misma sólo puede referirse a un único bien o servicio -o a diversos en el caso de tratarse de bienes o servicios complementarios y del mismo anunciante-, o si, por el contrario, tal limitación no se desprende de la regulación legal y es posible definir como tales espacios de "telepromoción" aquellos que, cumpliendo con el resto de los elementos

normativos establecidos para su configuración, se refieren a varios bienes o servicios, sin necesidad de relación de complementariedad o de la procedencia de un mismo anunciante.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), dictada para transponer la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, persigue, al igual que las normas de la Unión Europea en la materia, establecer un equilibrio entre los intereses de los anunciantes y organismos de radio y televisión por un lado y de los consumidores/telespectadores por otra, constituyendo un aspecto esencial de la misma la protección de los consumidores, que son los telespectadores, frente a la publicidad excesiva. Así lo recuerda la Exposición de motivos de dicha norma al afirmar que la misma "[...] 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 [...]".

El derecho a emitir mensajes publicitarios, y los límites existentes, aparece regulado, con carácter general, en el artículo 14 de dicha norma, en el que se establece que los "Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, ya sean servicios radiofónicos, televisivos o conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios", si bien, para los prestadores del servicio de comunicación televisiva, se limita el tiempo de emisión a "12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj".

Siendo esta la regla general, la normativa nacional excepciona de este cómputo a determinadas formas de publicidad, entre ellas la telepromoción, entendida como una modalidad de comunicación comercial. A tal efecto, el art. 14 dispone 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".

Esta norma ha sido desarrollada por el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, que tras la modificación operada por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, establece en su artículo 9 las condiciones y requisitos que deben reunir las telepromociones para no ser incluidas en el límite de 12 minutos por hora de reloj destinados a mensajes publicitarios.

La interpretación de lo que debe entenderse por telepromoción y su consiguiente aplicación a los efectos del cómputo del tiempo máximo de publicidad permitido, debe ser restrictiva, por constituir una excepción a la regla general, fijada tanto en la normativa de la Unión Europea como nacional.

El legislador nacional ha excluido a las telepromociones del régimen general del cómputo establecido para los anuncios publicitarios, sometiéndolas a un régimen especial, atendiendo a las especialidades características que este tipo de comunicación comercial reviste, considerando que deben diferenciarse por su contenido y su formato de los anuncios publicitarios.

Los anuncios publicitarios, según la jurisprudencia del TJUE, constituyen formas de promoción de duración generalmente muy corta, que tienen un impacto sugestivo muy importante, que se presentan generalmente agrupados conforme a una periodicidad variable durante o entre los programas y que son producidos por quienes suministran los productos o los servicios o por sus agentes, más que por las propias entidades de radiodifusión. La telepromoción, por el contrario, y según la normativa nacional, se diferencia de este tipo de mensajes publicitarios convencionales no solo por el formato que adopta sino por la duración del mensaje comercial y la relación del bien o producto con el programa en el que se inserta. Así el art. 2. apartado 27 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) 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".

La previsión legal referida a la telepromoción, ha sido desarrollada por el art. 9 del RD 1624/2011, en el que se dispone, por lo que ahora nos interesa, 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.

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".

De la lectura conjunta de los artículos 14.1 de la LGCA y 9 del RD 1624/2011 se desprende que la telepromoción, para diferenciarla de los anuncios publicitarios convencionales, está sujeta a una serie de exigencias cuyo cumplimiento constituye el presupuesto necesario para someter este tipo de publicidad a un cómputo externo y a un régimen especial.

Estos requisitos afectan a diferentes aspectos: por un lado, al formato en el que ha de realizarse (dentro de los programas, utilizando el mismo escenario, ambientación y atrezzo del programa donde se emiten, realizados por los presentadores, protagonistas o colaboradores del programa) a la conexión entre el bien o servicio publicitado y el programa en el que se inserta (el bien o servicio objeto de telepromoción deba estar vinculado directamente con el programa, de manera que el mensaje no puede ser emitido independientemente del programa correspondiente) y a la duración mínima de cada uno de los mensajes individuales de telepromoción (han de tener una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario (art. 14 LGCA) que el art. 9 del RD 1624/2011 concreta en más de 2 minutos).

Llegados a este punto, la cuestión controvertida estriba en aclarar si cada uno de estos "mensajes individuales", solo puede incluir la promoción de un mismo bien o servicio de un mismo anunciante o si, por el contrario, pueden incluirse la publicidad de varios bienes o servicios de diversos anunciantes.

El artículo 2 apartado 27 de la LGCA, cuando define la telepromoción, entiende que este tipo de comunicación comercial implica que el presentador o cualquiera de los protagonistas, en el contexto del programa expongan "por un tiempo claramente superior a la duración de un mensaje publicitario las características de un bien o servicio". El hecho de que la norma tan solo haga referencia a "un bien o servicio" contrasta con los términos en los que se definen los mensajes publicitarios, contenida dos párrafos anteriores, afirmando que en ellos la empresa trata de promocionar el "suministro de bienes o prestación de servicios", utilizando el plural y no el singular. Pero con ser este un argumento basado en la literalidad del precepto no puede entenderse como decisivo, pues pudiera entenderse que se utiliza la fórmula neutra para comprender cualquier bien o servicio sin pretender introducir una limitación.

Mayor relevancia tiene el hecho de que el artículo 14.1 de la LGCA exija que "el mensaje individual de la telepromoción tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario".

En primer lugar, porque la referencia en este precepto a que ha de tratarse de un "mensaje individual" impide entender que la telepromoción puede configurarse como un "bloque" en el que poder incluir la publicidad de varios bienes o servicios correspondiente a varios anunciantes carentes de conexión alguna, pues con ello se desdibuja una de las características de esta modalidad publicitaria, basada en la idea de que este tipo de mensajes tienen unas características y una duración que los diferencian de los anuncios publicitarios convencionales, pues, en definitiva, si entendiésemos que no se trata de emitir un mensaje individual conexo sino un bloque que abarca la promoción de varios bienes o servicios de diferentes anunciantes se perdería la uniformidad e identidad del mensaje, por lo que no estaría justificada la utilización de esta modalidad ni su trato diferenciado respecto de los anuncios publicitarios convencionales.

Y, en segundo lugar, porque la interpretación pretendida por la empresa recurrente en casación, entendiendo que cada uno de los mensajes de telepromoción pueden incluir la publicidad de varios bienes o servicios pertenecientes a varios anunciantes, pretende eludir la exigencia de que la duración de este tipo de mensajes publicitarios "de un bien o servicio" sea superior a la de un anuncio publicitario. No basta con que la suma de todos mensajes individuales supere los dos minutos, se trata de que la publicidad de cada uno de estos bienes o servicios, pertenecientes a un mismo anunciante, por las características del mensaje que se emite, se diferencie claramente de los anuncios publicitarios convencionales. Como acertadamente señala la sentencia de instancia en este punto, la interpretación contraria, es decir, permitir dos, tres, cuatro, cinco o más mensajes de telepromoción, en una misma comunicación comercial 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 bloques de publicidad bajo la apariencia de la telepromoción. En definitiva, utilizar el marco legal excepcional de la telepromoción para emitir anuncios publicitarios convencionales, aunque se utilizase el escenario y ambientación del programa y se realizaran por los presentadores, protagonistas o colaboradores del mismo, implica una forma de eludir los umbrales máximos de tiempo de emisión previstos para los anuncios publicitarios.

Ninguna trascendencia tiene para este recurso, la pretendida contradicción que implicaría asumir que la telepromoción admite la inclusión de varios bienes o servicios siempre que sean productos complementarios y pertenezcan al mismo anunciante, pues este no era el supuesto enjuiciado en este recurso, por lo que cualquier consideración respecto a este extremo ha de considerarse superflua para resolver el supuesto enjuiciado. Todo



ello sin perjuicio de que la promoción de una marca, que pueda incluir varios productos relacionados de la misma, presenta características de conexión y uniformidad que no concurrían en el supuesto que nos ocupa.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación confirmando la sentencia de instancia.

CUARTO . Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

Dando respuesta a las cuestiones que presentaban interés casacional objetivo ha de afirmarse que el mensaje individual de la "telepromoción", para que opere la exclusión del cómputo del tiempo máximo de publicidad prevista en el art. 14 de la LGCA, no puede incluir la publicidad de varios bienes o servicios pertenecientes a varios anunciantes.

QUINTO . Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por "Mediaset España Comunicación, S.A" contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 13 de noviembre de 2017 (rec. 96/2016).

2º No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas

Dª. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.