



Roj: **SAN 5093/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:5093**

Id Cendoj: **28079230012017100685**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **407/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN PRIMERA**

**Núm. de Recurso:** 0000407 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02540/2016

**Demandante:** MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION S.A.

**Procurador:** MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ CARVAJAL

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<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 diecinueve 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 **407/2016** interpuesto por **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN 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 17 de marzo de 2016; ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES 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 de modo que resulte una única sanción o un número de sanciones inferior a las atribuidas, por los hechos analizados, por un importe total significativamente inferior al conjunto de las sanciones impuestas.

**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 por la que se desestime 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 12 de diciembre de 2017, en que tuvo lugar.

La cuantía del recurso se ha fijado en 653.456 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 17 de marzo de 2016, por la que se impone a Mediaset España Comunicación S.A, seis sanciones de multa (que van de 106.021 € a 115.501 €) por un total de 653.456 €, por seis infracciones continuadas, de carácter grave, tipificadas en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), por vulneración del artículo 18.3.d) de la citada norma .

Los hechos en que se sustentan dichas infracciones consisten en haber emitido

comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20º, en horario comprendido entre las 6 y las 20:30 horas durante los meses de julio y agosto de 2015, referidas a la campaña Mateus Rosé/vino, realizada en sus canales de televisión de ámbito nacional Telecinco (4 emisiones), FDF (4 emisiones), Cuatro (6 emisiones), Divinity (6 emisiones) y Energy (6 emisiones) y, a la campaña Barceló Cream, realizada en su canal de televisión FDF (30 emisiones).

El artículo 18.3.d) de la LGCA que la resolución impugnada considera infringido, dispone:

*"3. Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud.*

*En todo caso, esta prohibida:*

(...)

*d) La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir".*

Por su parte, el artículo 58.8 de la LGCA, considera infracciones graves: *" La emisión de comunicaciones encubiertas, que utilicen técnicas subliminales, que fomenten comportamientos nocivos para la salud en los términos establecidos en el apartado 3 del artículo 18 (...)"*.

**SEGUNDO.-** La actora no cuestiona los hechos por los que ha sido sancionada, pero discrepa de que nos encontremos ante seis infracciones diferenciadas, por considerar que los hechos analizados solo podrían dar lugar a una única infracción continuada, o subsidiariamente dos o cuatro infracciones continuadas, pero nunca seis.

Sustenta la existencia de una sola infracción continuada en que la emisión de dichas comunicaciones comerciales en los meses de julio y agosto de 2015 se debió a errores puntuales provocados por la falta de personal durante el periodo estival.

A tal fin alega, que en el caso de la campaña de "Mateus Rosé" existió un error en el momento de planificarse la campaña que no pudo ser subsanado de inmediato y dio lugar, por este motivo, al incumplimiento atribuido. En el caso de la campaña de "Barceló Cream/Crema de Licor", se trató de una campaña de patrocinio vinculada a unos programas que, si bien habían sido planificados a partir de las 20,30 horas, fueron arrastrados a otros horarios junto a sus patrocinios, por un cambio de la parrilla de programación.

Añade, que incluso si no se acepta la existencia de una única infracción por no ser idénticas las circunstancias del error en cada una de esas campañas, cabría considerar dos infracciones continuadas, una por campaña.



Subsidiariamente, aduce, que incluso si se considerase que cada campaña y canal debe justificar una infracción continuada diferente (por ocurrir las emisiones, en cada caso, en fechas y horas diferentes), debe estimarse, al menos, que tres de las seis infracciones corresponden a emisiones realizadas en los canales Cuatro, Divinity y Energy, en la modalidad de pauta única, que supone la existencia de un único pase programado publicitario que se vuelca simultánea y automáticamente en dichas cadenas, lo cual únicamente podría dar lugar a una única infracción continuada, en lugar de tres.

Para analizar dicho motivo, debe tomarse como punto de partida que la resolución recurrida ya considera que se han cometido seis infracciones continuadas, una por cada campaña y canal de televisión que emite los spots publicitarios. Así, por ejemplo, las 6 emisiones publicitarias de Mateus Rosé durante los meses de julio de 2015 en el canal Cuatro se han calificado como una infracción continuada, lo mismo que las 30 emisiones de Barceló Cream en el canal FDF durante el mes de agosto etc. Es decir, si bien se produjeron 56 inserciones publicitarias que vulneraban lo establecido en el artículo 18.3.d) de la LGCA, la resolución recurrida considera que se han producido seis infracciones continuadas cinco correspondientes a la inserción de las campañas de Mateu Rosé en los canales Telecinco, FDF, Cuatro, Divinity y Energy, y una sexta por la campaña de Barceló Cream en el canal FDF).

Pues bien, el artículo 4.6 del Real Decreto 1.298/1994, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, 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*".

La infracción continuada, como indica la STS de 20 de noviembre de 2007 (Rec. 170/2003 ) " constituye una construcción jurídica que proviene del Derecho penal, cuya concurrencia exige la realización de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión; la realización de una pluralidad de acciones con unidad psicológica y material; y la infracción del mismo o semejante preceptos administrativos". Y prosigue, " *No basta, por tanto, para apreciar la existencia de infracción continuada con la simple reiteración de conductas semejantes (...) sino que es preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante, responda a un mismo proceso psicológico y material*".

En esta línea, la posterior STS de 16 de marzo de 2010 (Rec. 5448/2006 ) tras señalar que el apartado primero del art. 74 CP , norma reguladora del delito continuado en el derecho español, cuya precisa definición es trasladable al ámbito del derecho administrativo sancionador, establece: " *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior* ". Añade que: " *Es claro, así, que la infracción continuada exige una pluralidad de acciones ilícitas de naturaleza semejante, guiadas por una única intención*".

Así las cosas, resulta que nos encontramos ante una actuación que afectó a cinco canales de televisión diferentes de los que es titular la sociedad recurrente y a las campañas publicitarias de Mateu Rosé y Barceló Cream, emitiendo uno de esos cinco canales (FDF) dos campañas, una en julio de Mateu Rosé y otra en agosto de Barceló Cream. La infracción continuada se produce por cada campaña y canal, como acertadamente señala la resolución recurrida, sin que se aprecie que la voluntad infractora responda a un mismo proceso psicológico o material de forma unitaria en todos los canales y campañas publicitarias.

No puede considerarse que exista una sola infracción continuada, con base en la existencia de un error por tratarse de periodo estival, cuando resulta que la alegación de dicho error además, no resulta convincente y no ha sido en modo alguno acreditada.

Pero es que además, como viene reiterando esta Sala, Sec. 8ª, en Sentencias de 26 de octubre 2007 (Rec. 233/2006 ) y 11 de noviembre de 2015 (Rec. 521/2013 ), entre otras, no puede el operador excusar incumplimientos de este tipo en errores, cuando ello repercute negativamente en la protección de los derechos de los telespectadores y especialmente cuando pueden afectar negativamente a los menores de edad, protegidos expresamente frente a la publicidad de bebidas alcohólicas según disponen los artículos 9.1.e ) y 22.a) de la Directiva 2010/13/UE , de 10 de marzo (Directiva Audiovisual), traspuesta mediante la LGCA.

Por esas mismas razones tampoco podría hablarse de dos únicas infracciones continuadas.

Respecto a la existencia de cuatro infracciones continuadas, por considerar la actora que tres de las seis infracciones corresponden a emisiones realizadas en los canales Cuatro, Divinity y Energy en la modalidad de pauta única, esta Sala y Sección ya se ha pronunciado en la Sentencia de fecha 3 de marzo de 2017 (Rec. 50/2016 ), ya firme, sobre la pauta única en un recurso en el que también figuraba como demandante Mediaset,



que había sido sancionada por dos infracciones continuadas tipificadas en el artículo 58.7 LGCA por emisión de mensajes publicitarios en sus canales de televisión Divinity y Energy y, propugnaba, al igual que aquí, la existencia de una sola infracción continuada.

Y en dicha sentencia se rechazaba la pretensión de la actora, con la siguiente argumentación:

" (...) lo cierto, es que nos encontramos ante una situación 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 corte 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 vertebra el plan preconcebido que exige esta calificación se produce de forma consciente, voluntaria e independiente en cada uno de ellos.

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

Consideraciones las expuestas que resultan totalmente de aplicación al supuesto de autos, al concurrir los mismos presupuestos, por lo que procede desestimar el citado motivo de impugnación.

En definitiva, la infracción continuada se produce, como ya se ha adelantado, por campaña y canal, puesto que la publicidad en cada canal y campaña responde a un mismo proceso que es programado para dicho canal de forma individualizada.

**TERCERO.-** Finalmente considera la actora desproporcionado el importe de las sanciones, por cuanto no hubo beneficio directo para Mediaset derivado de las emisiones analizadas, sino justamente todo lo contrario, pues los ingresos totales percibidos por Mediaset, como consecuencia de las emisiones de las campañas objeto de análisis ascendieron únicamente a 5.847 €, es decir, un importe 112 veces inferior al total de las sanciones de impuestas. También señala que las audiencias de las emisiones analizadas tuvieron lugar en el periodo estival, durante el cual desciende significativamente el consumo de televisión y las audiencias son particularmente bajas.

Señala finalmente que se han impuesto sanciones por un importe superior al límite máximo que corresponde a una infracción grave (500.000 €) totalmente desproporcionado, no habiendo aplicado la resolución impugnada correctamente la doctrina de la infracción continuada, ni ponderó adecuadamente la importancia de los factores de graduación que deben tenerse en cuenta a la hora de calcular el importe de las sanciones.

El principio de proporcionalidad de las sanciones, como señalan las SSTS, Sala 3ª, de 3 de diciembre de 2008 (Rec. 6602/2004 ) y 12 de abril de 2012 (Rec. 5149/2009 ) es el fundamental que late y preside el proceso de graduación de las sanciones e implica, en términos legales, que debe de existir una " *debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada* ", como dispone el número 3 del artículo 131 de la citada LRJPA , 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.

Dicho principio 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.

Pues bien, conforme al artículo 60.2 de la LGCA, las infracciones graves pueden ser sancionadas con multa de 100.000 hasta 500.000 € 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 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 aportado al infractor el hecho objeto de infracción.*



En el caso de autos, se han impuesto seis sanciones por importe de 110.681 €, 106.181 €, 108.691 €, 106.021 €, 106.381 €, 115.501 €, correspondientes a cada una de las seis infracciones, pues se tratan, como ya se ha expuesto, de seis infracciones continuadas autónomas. Para la determinación de las sanciones, se toma en consideración por la resolución impugnada, que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, debiendo aplicarse la sanción "*i*-de forma proporcional al número de emisiones, a su duración y a la audiencia afectada".

El beneficio es uno de los criterios tomados en cuenta para graduar la sanción, pero no el único. La actora reitera ahora, al igual que ya hizo en vía administrativa, que los ingresos obtenidos como consecuencia de dichas campañas alcanzaron únicamente a 5.847 €, adjuntando en esta vía jurisdiccional, documentación de Publiespaña, que es una sociedad perteneciente a la propia Mediaset dedicada a la venta de espacios publicitarios, cuando como señala la resolución recurrida lo procedente hubiera sido la aportación de facturas o certificaciones de los propios anunciantes, extremo que en modo alguno se considera desproporcionado, sino razonable.

Por otro lado, en cuanto a la disminución de las audiencias en periodo estival, la propia parte señala en su demanda -página 7- que tomando en consideración "*i*-los datos de audiencia de menores de edad en los mismos meses de febrero, julio y agosto de 2015, *por otra parte, resulta que igualmente la audiencia media en los meses de verano fue significativamente superior (entre un 11% y un 22%) que en el mes de febrero*", lo que se corresponde con lo expresado en la resolución impugnada sobre "*que el periodo estival coincide con las vacaciones escolares y determina una mayor disponibilidad de tiempo libre para, entre otras actividades, ver más televisión*".

En todo caso, la cuantía de las sanciones impuestas por las infracciones, se sitúa muy próxima al mínimo de la sanción legalmente prevista (100.000 €), por lo que en virtud de lo expuesto, no cabe apreciar la infracción del principio de proporcionalidad.

Procede, en definitiva, la desestimación del motivo y por tanto, del recurso contencioso administrativo interpuesto.

**CUARTO.-** 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.

Vi stos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

## FA LLAMOS

**DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **MEDIASET COMUNICACIÓN 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 17 de marzo de 2016; 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 **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 esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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

Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA