



Roj: **SAN 3715/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3715**

Id Cendoj: **28079230012018100462**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/10/2018**

Nº de Recurso: **680/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3715/2018,**
ATS 1915/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000680 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04500/2016

Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.

Procurador: MARIA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

Madrid, a dos de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo PO 680/2016 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora D^a. CARMEN ORTIZ CORNAGO, en nombre y representación de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. frente a la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la Resolución de 23 de junio de 2016 (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña FELISA ATIENZA RODRIGUEZ.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 1 de septiembre de 2016, 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 de 28 de marzo de 2017, 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 de la resolución impugnada, y subsidiariamente se resuelva la minoración de la sanción impuesta.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda de 26 de junio de 2017, 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 se recibió a prueba mediante Auto de 4 de septiembre de 2017, y evacuado el trámite de conclusiones, se señaló inicialmente para votación y fallo el día 17 de julio de 2018, fecha en que, por razones del servicio se dejó sin efecto, señalándose nuevamente para votación y fallo el día 18 de septiembre, día en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 23 de junio de 2016, por la que se le declara responsable de una infracción administrativa continuada de carácter grave, por haber emitido en su Canal+ Liga, seis comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados fuera del horario comprendido entre las 20.30 h y 6 h, los días 25 de octubre y 1 de noviembre de 2015 (tres emisiones cada día), lo que constituye una vulneración del art. 18.3 d), tipificada en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), y se le impone una sanción de doscientos doce mil trescientos euros (212.300 €).

SEGUNDO.- La actora no cuestiona los hechos por los que ha sido sancionada, pero discrepa de la calificación que le otorga la resolución combatida, así como de su culpabilidad, por las siguientes razones:

1º) En primer término, manifiesta que el número de emisiones controvertidas, con respecto al total de emisiones realizadas en la plataforma IPTV o en el mismo canal, resulta una proporción insignificante a los efectos de poder afectar al bien jurídico que protege la norma, por lo que no puede entenderse un incumplimiento del artículo 18 por no ser significativa la acción.

2º) Que Telefónica no es culpable de la infracción sancionada, puesto que no tiene responsabilidad editorial en la difusión de canales de terceros, ni por tanto de Canal+ Liga.

a) Telefónica no es prestador de servicios de comunicación audiovisual en su modalidad televisiva.

b) La difusión de Canal+Liga realizada por Telefónica no es un servicio de comunicación audiovisual y así se desprende del Registro de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual.

c) Telefónica transporta la señal de servicios de comunicación audiovisual y ofrece un servicio de audiovisual televisivo a petición (Videoclub).

d) Telefónica distribuye el Canal+Liga en virtud del contrato suscrito con Distribuidora de televisión Digital S.A.

3º) Los Servicios de difusión de canales de terceros como es Canal+Liga son servicios de comunicaciones electrónicas consistentes en el transporte de la señal y a este respecto se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4º) La responsabilidad que, en su caso, le correspondería a Telefónica como prestador de Servicios de Comunicación Electrónica, no se corresponde con la sanción que se le impone.

5º) Vulneración del principio de proporcionalidad.

a) Es desproporcionado imponer sanción atendiendo al daño inexistente producido por el anuncio controvertido.

b) Falta de motivación en relación al principio de proporcionalidad, incumpliendo el artículo 89 de la Ley 30/1992.

c) Falta de proporcionalidad derivada del hecho de que en la propuesta de resolución se recojan dos infracciones y en la resolución sancionadora tan solo una única infracción aunque se mantiene el montante de la sanción.



- d) Resulta desproporcionado que la CNMC haya considerado el beneficio de Telefónica para establecer la sanción.
- e) Desproporción entre lo establecido en la norma y la cuantía de la sanción
- f) Falta de proporcionalidad al aplicar el rango de la cuantía de la sanción.
- g) Falta de proporcionalidad en la sanción impuesta con respecto a sanciones similares.

El Abogado del Estado se opone a la estimación del recurso y afirma que el artículo 61 de la LGCA dispone que la responsabilidad administrativa de las infracciones, es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual y también a los prestadores de los servicios de comunicación electrónica. En cuanto a la sanción impuesta, afirma que la resolución aprecia solo una infracción continuada y en cuanto a su importe la considera adecuada, por cuanto su importe se encuentra dentro del rango de la mitad superior del arco sancionador establecido en la norma que es de 100.000 a 500.000 euros.

TERCERO.- 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 (...)"*.

Y 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"*.

En el caso presente, la resolución impugnada, ya estimaba las alegaciones de la recurrente acerca de que se trataba de una sola infracción continuada, si bien rechazaba la justificación pretendida por la parte de que los hechos se habían producido por un error en el sistema de planificación publicitaria, argumentando que la excusa del error es descartada por la jurisprudencia .

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.



En definitiva, aceptados los hechos por la actora (haber emitido en seis ocasiones un anuncio correspondiente a la campaña Mahou/Cinco Estrellas fuera de la franja horaria permitida), la Sala debe confirmar la resolución combatida en cuanto a que la emisión de publicidad de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados fuera del horario legalmente permitido infringe el art. 18.3 d), así como que dicha infracción tiene carácter continuado y debe calificarse como grave al encuadrarse en el tipo del art. 58.8 de la LGCA.

El objeto de discusión se reduce entonces a otras dos cuestiones, el grado de responsabilidad de la recurrente y el importe de la sanción, que se van a analizar a continuación.

CUARTO.- El argumento principal de la demanda se centra en que la difusión de Canal+Liga realizada por Telefónica no es un servicio de comunicación audiovisual y así se desprende del Registro de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual. Añade que no se le puede atribuir responsabilidad editorial por la difusión de canales de terceros como Canal+Liga y por ello no resulta responsable de la supuesta infracción.

Acto seguido reconoce la recurrente que, en todo caso, se le podría imponer una sanción como prestadora de servicios de comunicación electrónica que difunde canales a terceros, y denuncia falta de adecuación entre la sanción impuesta y la responsabilidad derivada de las funciones como prestador de un servicio de comunicaciones electrónicas.

La resolución impugnada ofrece una respuesta ambigua a esta alegación, pues argumenta que el art. 61 de la ley también hace responsables de las infracciones a los prestadores de servicios de comunicación electrónica, condición que Telefónica esgrime, y añade que precisamente por resolución de esa Comisión de 13 de julio de 2015, se inscribe en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual la modificación de datos correspondientes a Telefónica de España SAU como prestadora de un servicio de comunicación audiovisual televisiva (AUDIOV 2014/2302) y se acordó anotar en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual la emisión del canal MOVISTAR Futbol a solicitud de la propia Telefónica, que de esta manera reconoce la responsabilidad editorial de sus canales propios y no de los que incluye en su oferta empaquetada.

Frente a ello, la actora en su demanda, señala que ciertamente la inscripción por parte de la CNMC se produjo el 14 de julio de 2015, pero que el 7 de septiembre de 2015, procedió a solicitar la cancelación de la anotación correspondiente al canal Movistar Futbol ante el cese en la gestión y emisión del mismo, reiterando que Canal +Liga no es editado por Telefónica, y que, en todo caso las emisiones del anuncio controvertido se produjeron en octubre y noviembre de 2015, cuando ya se había dado de baja también Movistar Futbol.

Reitera Telefónica su carácter de operador de servicios de comunicación electrónica que difunde canales de terceros, con quienes llega a acuerdos para emitirlos en la plataforma, y también reconoce su carácter de operador de Servicios de Comunicación Audiovisual a petición (videoclub y canales a la carta), así como prestadora de Servicios de Comunicación Audiovisual Televisiva en la temporada 2014/2015, por la actividad de edición Movistar Futbol, aunque indica que esta última actividad no es objeto del presente litigio, aunque ha sido citada por la resolución que se impugna que, a su juicio ha mezclado ambas funciones.

A estos efectos, cita el art. 2.13 de la Ley 7/2010, que define los servicios de comunicación audiovisual y lo que se entiende por responsabilidad editorial, que debe relacionarse con la Directiva 2010/13/UE de Servicios de Comunicación Audiovisual, que equipara la responsabilidad editorial con el "control efectivo", y concluye que, respecto a Canal+Liga difundido por Telefónica, no ejerció el control efectivo sobre ningún contenido del Canal, ni organizó los programas en un horario de programación, sino que su actividad se limitó a ofrecer Canal +Liga en su carácter de prestador de servicios de comunicación electrónica que difunde canales de televisión de terceros.

Para acreditar esta afirmación, se refiere al Acuerdo de la extinta CMT, de 21 de octubre de 2010, obrante al expediente, en donde, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 7/2010, se procede a la inscripción de oficio en el Registro Estatal del Servicio de Comunicación Audiovisual a determinadas entidades recogidas en el Anexo II como "prestadoras de servicios de comunicación audiovisual televisiva", en el Anexo III se integra a las entidades "prestadoras de servicios de comunicación audiovisual televisiva a petición", manteniendo la inscripción en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas a las entidades relacionadas en el Anexo IV.

Pues bien la Sala ha podido constatar que, en efecto Telefónica no figura inscrita en el Anexo II, "prestadoras de servicios de comunicación audiovisual televisiva", encontrándose inscrita en los Registros de los Anexos III y IV.

Por ello, debe estimarse la alegación de la recurrente en este particular, pues resulta acreditado que la única inscripción en el Registro de prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual Televisiva, lo fue, en relación al canal Movistar Futbol, y se mantuvo en vigor desde el 9 de septiembre de 2014, hasta el 7 de septiembre de 2015.



Ahora bien, partiendo del reconocimiento por la recurrente de su carácter de prestadora de servicios de comunicaciones electrónicas para la prestación del servicio de transporte de la señal de servicios de comunicación audiovisual, que distribuye el Canal+Liga en virtud de contrato suscrito con Distribuidora de Televisión Digital S.A., podemos concluir que también resulta responsable de la infracción tipificada en el artículo 18. 3 d) que se le imputa, porque así lo dispone el art. 61 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, que dice literalmente:

"Responsabilidad por la comisión de infracciones"

1. *La responsabilidad administrativa por las infracciones de la presente ley es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual. También será aplicable, cuando proceda con arreglo a esta ley, a los prestadores del servicio radiofónico y a los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de catálogo de programas.*

Por todo lo anterior, debe estimarse parcialmente el motivo de impugnación de la recurrente en este sentido.

QUINTO.- Finalmente considera la actora desproporcionado el importe de las sanciones, alegando que no hubo beneficio directo y que se ha impuesto sanción totalmente desproporcionada, no habiendo aplicado la resolución impugnada correctamente la doctrina de la infracción continuada, ni ponderado 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 televisiva y de 50.000 a 100.000 para los radiofónicos, *para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas.*

El apartado 4 del mismo artículo 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, y en concordancia con el carácter de la recurrente, debe anularse la cuantía de la sanción impuesta, por cuanto no se corresponde con la que se establece en el art. 60.2, ya que sería de 50.0001 a 100.000 euros.

Para la determinación de la cuantía de la sanción, se tomó en consideración por la resolución impugnada, la audiencia media afectada (667.000 personas el 25 de octubre de 2015 y 280.000 personas el 1 de noviembre) así como el beneficio obtenido con la comisión de los hechos en función del número de emisiones (seis en total) y su duración (120 segundos de duración global).

Partiendo de estos parámetros, considera la Sala que la cuantía de la sanción ha de fijarse en este supuesto en 70.000 euros, cantidad proporcionada y ajustada a la gravedad de los hechos y número de emisiones.



Por lo que procede, la estimación parcial del recurso contencioso administrativo interpuesto, en el sentido expresado.

SEXTO.- La estimación parcial del recurso conlleva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, que no se imponen las costas a ninguna de las partes.

En atención a lo expuesto y en nombre de Su Majestad el Rey, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

FA LLO

ESTIMAR parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 23 de junio de 2016, que se anula exclusivamente en el particular relativo a la cuantía de la sanción impuesta que se fija en la cantidad de SETENTA MIL EUROS (70.000 euros).

Sin imposición de las costas a ninguna de las partes.

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