



Roj: **SAN 5016/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:5016**

Id Cendoj: **28079230012018100584**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2018**

Nº de Recurso: **113/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000113 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00724/2017

Demandante: CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A.

Procurador: ROBERTO DE HOYOS MENCÍA

Letrado: RODOLFO GILMARTIN PÉREZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y 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^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a nueve de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 113/2017, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Rodolfo de Hoyos Mencía, en nombre y representación de CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A., contra la Resolución de 13 de diciembre de 2016 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) que acuerda imponerle una multa por ser responsable de la comisión de una infracción administrativa continuada de carácter grave. Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 219.342 euros.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Por la representación de la Corporación de Radio y Televisión Española S.A. se interpuso recurso contencioso administrativo dentro de plazo, acordándose 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 entidad actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 2 de junio de 2017 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que " *estimando la demanda, anule la resolución de 9 de junio de 2016 dictada por la CNMC en el expediente SNC/DTSA/030/16/CRTVE, ordenando el pago a mi representada de la cantidad de 219.342 euros, más los intereses que resulten legalmente de aplicación, con expresa condena a la Administración demandada del pago de las costas procesales*".

TERCERO. - El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 11 de septiembre 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 íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO. - Solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó el mismo mediante Auto de 16 de septiembre de 2017, practicándose la prueba documental propuesta y admitida, con el resultado que figura en las actuaciones. No considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio trámite de conclusiones a las partes, trámite que evacuaron por su orden, primero la defensa de la entidad actora y después el Abogado del Estado, mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivas pretensiones.

QUINTO. - Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 25 de septiembre de 2018, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña NIEVES BUISAN GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo por la Corporación de Radio y Televisión Española S.A. frente a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 13 de diciembre de 2016 que acuerda:

1º. Declarar a la Corporación de Radio y Televisión Española S.A. (CRTVE) responsable de la comisión de una infracción administrativa continuada de carácter grave del artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, por haber emitido, en su canal LA 1, de ámbito nacional, una comunicación comercial encubierta de la marca "Bodegas González Byass" y de sus productos (vinos: Tío Pepe, Viña AB, Alfonso, Noé y Beronia), en el programa "MASTERCHEF", emitido el día 18 de mayo de 2016, y reemitido el 21 de mayo de 2016, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la misma Ley 7/2010.

2º. Imponer a CRTVE una multa por importe de 219.342 € (doscientos diecinueve mil trescientos cuarenta y dos euros), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 60.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Resolución que se sustenta en los siguientes hechos probados más trascendentes:

De acuerdo con el conjunto de las actuaciones practicadas en este procedimiento se constata que CRTVE ha emitido, de forma encubierta, publicidad de las Bodegas Tío Pepe de González Byass durante la emisión del programa "MASTERCHEF" en el canal LA 1 del día 18 de mayo de 2016, y redifundido el 21 de mayo de 2016, sin haberlo identificado como publicidad.

Se constata en particular lo siguiente:

-La aparición en la parte superior izquierda de la pantalla del rótulo sobreimpresionado de "Bodegas Tío Pepe Jerez de la Frontera, González Byass" y presentación promocional de la empresa visitada por los concursantes de "MASTERCHEF" (minutos 23:14:38 a 23 : 15:05 de la grabación que consta en el folio 35).

-Las demostraciones realizadas para y por los concursantes de "venenciar", realizadas delante de una barrica de Tío Pepe de González Byass, con la marca bien visible en primer plano (minutos 23 : 15 : 32 a 23:16: 23 de grabación en folio 35).

-La cata de vinos en la bodega (minutos 23:17:06 a 23:17:47 en folio 35), durante la cual se mencionan expresamente distintas marcas de vino de González Byass y concretamente tres (...)



-El personal responsable de la bodega aparece claramente identificado en pantalla con el nombre sobrepuesto de la empresa propietaria de la marca (p.ej. A.F, enólogo de González Byass y Máster Blender, en minuto 23:17:26 de grabación en folio 35).

-Se promociona la marca de vino " Beronia" de González Byass al utilizar barricas con dicha marca a modo de mesas para consumir la barbacoa campera preparada por los concursantes (minuto 23:55:01 de grabación en folio 35).

SEGUNDO.- La Corporación actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones :

No existió una presentación de marcas de la Bodega González-Byass, sino un acto de divulgación cultural. El artículo 3.2 de la Ley 17/2006, de 5 de junio , encomienda a RTVE, en el ejercicio de su función de servicio público, la función de: " (...) e) *Promover la cohesión territorial, la pluralidad y la diversidad lingüística y cultural de España. Y l) Promover el conocimiento de las artes, la ciencia, la historia y la cultura.*

Las Bodegas González Byass no necesitan ninguna publicidad, son conocidas en el mundo entero y su origen se remonta a hace casi dos siglos. Si se visita Jerez de la Frontera y se lleva allí el programa, es inexcusable visitar y grabar estas bodegas. Creemos que el programa Masterchef, en este punto, está haciendo una gran labor de promoción de la marca "España", dando a conocer nuestras bodegas y puesto que el programa es radiodifundido en otros varios y diferentes países.

En ningún momento la presentadora, concursantes o jurado mencionan ni muestran marca alguna, referida a esta Bodega. Igualmente, la producción tiene mucho cuidado en no sacar marca alguna, aunque a veces resulta inevitable que salga alguna botella o bota, los trabajadores hablan sin tapujos como hablan ellos habitualmente de los vinos: unas veces por la marca, otras por su tipología. Si hubiese intención publicitaria, se nombrarían exclusivamente marcas, y se haría más evidente su presencia en las imágenes que percibe el espectador.

Propósito publicitario:

La intencionalidad no la entiende la resolución recurrida respecto de mi representada sino que señala a la productora externa como responsable, según se desprende del F. D. tercero, apartado 3.1. Según el artículo 2.32 LGCA la intención publicitaria tiene que residir en el prestador del servicio de comunicación audiovisual (CRTVE), por lo que la inserción encubierta de publicidad por cualquiera que no sea el prestador del servicio de comunicación audiovisual resulta atípica, y no se ha cometido la infracción.

En cuanto a los costes de producción y emisión, la Corporación RTVE tiene atribuida la gestión del servicio público de radio y televisión, a tenor del art. 3.1 de la Ley 17/2006, de 5 de junio , por lo que se debe al servicio público, sus presupuestos se nutren de los PGE y no intenta minimizar dichos costes vía ingresos publicitarios. No hay ninguna incitación al consumo de determinados productos sino que la única intención ha sido emitir un programa entretenido y visualmente atractivo que sirva de vehículo a la promoción cultural, en concreto respecto de la gastronomía y valores de Andalucía y de España.

Tampoco se trata de una comunicación comercial que haya sido susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la presentación: Eventualmente y de manera fugaz, se pueden ver botellas o botas (es lo normal en una bodega). Eventualmente, algún trabajador de la bodega nombra marcas -otras, simplemente, variedad de uvas-, pero sin cantar excelencia alguna. Se habla de datos objetivos -los 200 años de las bodegas-, o subjetivos, si se quiere, al decir lo magníficas que son, pero nunca en relación a productos o servicios, y siempre dentro del tono amable, razonable por estar en presencia de quien te ha invitado. Nada de esto puede inducir a error alguno al telespectador medio. La resolución no explica cómo, concretamente, puede producirse confusión o error al telespectador, resultando de ello una flagrante indefensión.

De la graduación de la sanción:

La resolución limita la conducta a la presentación de productos de las Bodegas González Byass, abandonando la tesis de la propuesta de resolución, de que también se presentaban servicios: espectáculos taurinos en la Finca "Los Alburejos" y visitas con cata a las bodegas. El abandono de este argumento sobre la presentación de servicios debería haber tenido, como consecuencia, una minoración en la multa impuesta.

Además de los tres criterios de graduación de la sanción previstos en el artículo 131 de la Ley 30/1992 , el artículo 60.4 de la LGCA recoge los siguientes: a) La inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida; b) Haber sido sancionado 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; d) La repercusión social de las infracciones. Y e) El beneficio reportado al infractor.

De donde resulta que de las ocho circunstancias previstas a efectos de graduar la sanción (3 de la Ley 30/1992 y 5 de la LGCA), la CNMC tan sólo considera la concurrencia de una. Además, no se tiene en cuenta la audiencia media de la franja de minutos en que se supone se cometió la infracción (durante 305 segundos, que son 5 minutos, de los 150 minutos del programa).

Se considera por último aplicable el principio de proporcionalidad, pues dada la poca gravedad que supondría la infracción, tal y como la CNMC entiende que se ha producido, la misma resulta desproporcionada.

TERCERO.- El artículo 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, bajo el título de "comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas" establece en su apartado 2 que " *Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales* ", tipificando el artículo 58.8 de la misma Ley, como infracción grave, la emisión de las comunicaciones comerciales encubiertas.

Comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta que se define en el artículo 2.32 de la LGCA como " *la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación*".

Debe tenerse en cuenta que la publicidad encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, sino de forma subliminal con ocultación de la finalidad publicitaria, por lo que se crea un indudable riesgo de provocar error en los consumidores, invitándoles o inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, al consumo del producto presentado.

Es por ello que el ordenamiento jurídico, para proteger al espectador, exige que las comunicaciones comerciales con finalidad publicitaria se separen suficientemente del resto del contenido, de forma que la naturaleza del mensaje sea clara, y que no pueda producirse confusión ninguna. Así resulta del artículo 14.2 de la LGCA: " *tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos* ", como del artículo 14.3 del mismo: " *en la emisión (...) de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación "publicidad"*".

CUARTO.- Se desprende de tal normativa de aplicación, por tanto, que para considerar cometida la infracción se precisa la concurrencia de dos elementos esenciales, cuales son el propósito publicitario y la inducción al público a error.

Si bien la existencia de ambos se discute por la Corporación RTVE en la demanda, considera esta Sala al igual que entiende el Abogado del Estado en la contestación, que así se desprenden con claridad del Informe del visionado que obra en los folios 21 a 30 del expediente, en relación con la propia grabación de la emisión (folio 35) cuyos aspectos más importantes, a efectos del presente litigio, se contienen en la declaración de hechos probados del fundamento jurídico primero que antecede.

En cuanto al propósito publicitario, el mismo se deduce, tal y como argumenta la resolución combatida, de la presencia de las bodegas, de sus productos y marcas, con sus características, virtudes y méritos, que aparecen de forma reiterada durante la emisión de la sección del programa que transcurre en Jerez, durante un periodo conjunto, no desdeñable, de 305 segundos (5 minutos), por lo que en definitiva se está incidiendo al consumo de los productos de la bodega y a su visita.

La inducción al público a error, por otra parte, se desprende de que tal actuación de promoción de las bodegas no se identifica como publicidad televisiva sino que se emite bajo la apariencia de que se trata de un contenido informativo o de otra índole aparentemente objetiva y ajena a los intereses propios de las bodegas.

A tal efecto resulta trascendente destacar que la publicidad encubierta conlleva indudables ventajas para los anunciantes por la falta de reconocimiento del verdadero carácter del mensaje por los destinatarios y ello, dado que los mensajes que se identifican como publicitarios tienen un menor impacto, pues el propósito comercial que implican conlleva un conflicto de interés que el subconsciente inmediatamente valora, disminuyendo la atención y retención. En el presente supuesto, por tanto, al tratarse de comunicaciones comerciales que no están separadas ni identificadas como publicidad, sino dentro del programa Masterchef, como una parte de su contenido, se evitan las defensas que tales telespectadores activan ante la emisión explícita de publicidad.

Por lo que respecta a una eventual prevalencia de un interés estético o cultural en la emisión, que se aduce por la parte actora en la demanda, indicar que los espacios televisivos en discusión no muestran ningún

enclave característico de Jerez, ni mucho menos de Andalucía, ni ninguno de los importantes monumentos existentes en dicha Comunidad Autónoma. La explicación de cómo se venancia y para qué sirve es básica y resulta una excusa para poder mostrar nuevamente una marca comercial, con sobreimpresión en la esquina inferior izquierda. En cuanto a las escenas comiendo en la barbacoa, sin contenido cultural ninguno, son sólo un escenario en el que se coloca una botella con el nombre perfectamente visible, así como una barrica con el mismo nombre, para reforzar el mensaje en los planos largos. No puede apreciarse, por ello, el pretendido contenido cultural.

QUINTO.- En cuanto a la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, argumenta la demanda que la intencionalidad no se predica en la resolución recurrida respecto de tal entidad actora, sino que señala a la productora externa como responsable, lo cual es contrario al artículo 2.32 LGCA.

Frente a ello indicar que CRTVE, en el supuesto, se constituye en prestador del servicio de comunicación audiovisual, que se caracteriza por la responsabilidad editorial, tal y como resulta del artículo 2.1 de la LGCA que define al mismo como: *La persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas.*

Así pues CRTVE, en cuanto responsable editorial, no responde en calidad de mero transmisor de la señal (en la que sólo tiene la condición de operador de telecomunicaciones), sino que selecciona del contenido del programa que emite en el canal del que es concesionario, por lo que tiene la responsabilidad de asegurarse de que tal programa y contenido cumplen con el ordenamiento jurídico.

En definitiva, y puesto que tal Corporación actora tiene la responsabilidad de conocer y filtrar el contenido audiovisual que emite, debía advertir el contenido comercial, máxime cuando le avala un estándar de profesional del sector audiovisual mucho más exigente que un televidente común.

En cuanto a la necesidad de que exista una contraprestación como elemento definitorio del tipo sancionador, que también se invoca en la demanda, señalar que tal contraprestación no es un requisito constitutivo de la infracción, al no venir exigido por el artículo 2.32 de la LGCA. En este sentido viene señalando esta Sala (SAN 2 de marzo 2015 (Rec. 134/2013), por todas), en línea con la doctrina de la STJUE de 9 de junio de 2011, que es apreciable la infracción aunque no se acredite la existencia de contraprestación, o se alegue que ésta no ha existido, pues la misma no es necesaria para integrar el tipo, sino para apreciar la mayor o menor culpabilidad o graduación de la gravedad de la infracción, es decir, se puede tener en consideración a afectos de imponer la sanción en mayor o menor cuantía, pero no para excluir la misma.

Lo anterior sin tener en cuenta que, en cualquier caso, y como apunta el Abogado del Estado en la contestación, podría concluirse que sí existió una remuneración, en especie, en forma de ahorro por disponer de un espacio en el que grabar el programa, sin tener que pagar por ello. Que tal remuneración en especie fuera obtenida por la productora externa en vez de por CRTVE, resulta irrelevante, porque cualquier minoración de los costes de la producción necesariamente impacta en tal recurrente, que obviamente puede participar en dicha mejora de la estructura de costes.

SEXTO.- La vulneración del principio de proporcionalidad, por último, que asimismo se denuncia en la demanda, requiere precisar lo siguiente:

El principio de proporcionalidad de las sanciones, como señalan las SSTS de 3 de diciembre de 2008 (Rec. 6602/2004) y 12 de abril de 2012 (Rec. 5149/2009) es el fundamental que 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 artículo 131.3 de la 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.

Principio que 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 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.

En el sector en que nos encontramos es el artículo 60.2 de la LGCA el que determina que las infracciones graves pueden ser sancionadas con multa de 100.000 hasta 500.000 € para servicios de comunicación audiovisual. Y el apartado 4 del mismo artículo el que 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 la resolución combatida, a efectos de graduar la sanción, no solo se toma en consideración una de dichas circunstancias, como argumento CRTVE en la demanda, sino que se ha tenido en cuenta, según tal resolución razona, tanto el carácter continuado de la infracción, como asimismo su repercusión social, considerando igualmente la elevada audiencia del programa en su primera emisión (2.945.000 personas), esto es, el elevado número de telespectadores afectados por la infracción, y por último, la duración de la publicidad (305 segundos), es decir, el tiempo durante el cual dichos telespectadores se vieron afectados por la infracción. Considerándose además, a efectos de graduación, la prohibición legal expresa de publicidad que recae en CRTVE en virtud del artículo 7 de la Ley 8/2009 .

En todo caso, y no obstante dichas circunstancias agravantes concurrentes en el supuesto, lo cierto es que la cuantía de la sanción impuesta a la Corporación actora por la infracción del artículo 18.2 LGCA cometida, se sitúa 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.

Razonamientos, todos los anteriores, que conllevan la íntegra desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , procede la imposición de las costas procesales 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 la representación procesal de Corporación de Radio y Televisión Española S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 13 de diciembre de 2016, Resolución que se confirma, dada su conformidad a Derecho, con imposición de costas a tal parte 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 fe.

Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA