



Roj: **SAN 666/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:666**

Id Cendoj: **28079230012019100081**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/2019**

Nº de Recurso: **86/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 666/2019,**
ATS 12582/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000086 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00609/2017

Demandante: CADENA DE ONDAS POPULARES (COPE)

Procurador: JAVIER EVARISTO ZABALA FALCO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNAND D MATE MENÉNDE D^a. NIEVE BUISA GARCÍ

Madrid, a dieciocho de febrero de dos mil diecinueve

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 86/2017, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Javier Evaristo Zabala Falco en nombre y representación de Cadena de Ondas Populares (COPE) contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 22 de diciembre de 2016. Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 150.003.- euros

ANTECEDENTES DE HECH

PRIMERO. - Por la representación de Radio Popular SA, Cadena de Ondas Populares (COPE) se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 2 de febrero de 2017, 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 15 de septiembre 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, se declare la nulidad de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 22 de diciembre de 2016 en el que se declara a COPE responsable de la comisión de tres infracciones de carácter grave, consistentes en la emisión de tres comunicaciones comerciales radiofónicas que supuestamente fomentan comportamientos nocivos para la salud prohibidos en el artículo 18.3 de la Ley 7/2010, y se le imponen tres multas de cincuenta mil un euros cada una, dejándose la resolución sin efecto

TERCERO. - El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 5 de diciembre de 2017 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso 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 11 de diciembre 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 5 de febrero de 2019, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña NIEVE BUISA GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala

FUNDAMENTOS JURÍDICO

PRIMERO. - Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo por Radio Popular SA, Cadena de Ondas Populares (COPE) frente a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 22 de diciembre de 2016 que acuerda

1º. Declarar a Radio Popular SA-COPE responsable de la comisión de tres infracciones administrativas de carácter grave consistentes en la emisión de tres comunicaciones comerciales radiofónicas a las que se refieren los hechos probados de esta resolución que fomentan comportamientos nocivos para la salud prohibidos en el artículo 18.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicaciones Audiovisuales

2º. Imponer a Radio Popular SA-COPE, de conformidad con lo previsto en el artículo 60.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicaciones Audiovisuales, tres multas por importe de cincuenta mil un euros (50.001 euros) cada una de ellas

Resultan antecedentes fácticos trascendentes para la resolución de la controversia, los que a continuación se exponen

-Mediante Resolución de 21 de abril de 2016 la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia requirió a la entidad actora para que, en el plazo de diez días contados desde el siguiente a la notificación de la resolución, cesara en la emisión de comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas que no respetaban las condiciones establecidas en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), advirtiéndole que el incumplimiento del requerimiento podría dar lugar a la apertura de procedimiento sancionador por el incumplimiento de las instrucciones y decisiones de la autoridad audiovisual o por la emisión de comunicaciones comerciales que fomenten comportamientos nocivos para la salud en los términos establecidos en el artículo 18.3 de la LGCA

-A través de denuncia de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) de 9 de junio de 2016 respecto de la emisión por la entidad actora de una comunicación comercial de la marca de ron AREHUCAS, el día 22 de mayo de 2016, se solicitó a la CNMC que requiriera a COPE la rectificación o cese de la referida comunicación comercial y, en su caso, se acordase la incoación de expediente sancionador por infracción de la LGCA

-El 7 de julio de 2016, tras las actuaciones inspectoras llevadas a cabo por la CNMC (Informe de audio de 29 de junio de 2016), la Sala de Supervisión Regulatoria acordó la incoación del procedimiento sancionador

por presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18.3 e) de la LGCA, que prohíbe " *la comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomenta el consumo inmoderado o asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud* .

-Una vez presentado escrito de alegaciones por COPE a tal acuerdo de incoación del procedimiento, la propuesta de resolución de la CNMC de 17 de octubre de 2016, acordó lo siguiente:

1º Declarar a Radio Popular SA exento de responsabilidad administrativa por la supuesta comisión de tres infracciones de carácter grave, tipificadas en el art. 58.8 LGCA, por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el art. 18.3.e) LGCA, en relación a las dos comunicaciones comerciales del vino LA GUITA, y en el art. 18.3 LGCA, por la comunicación comercial del ron Arehucas

2º El sobreseimiento del expediente sancionador y el archivo de las actuaciones

Propuesta de resolución que parte de que el ron AREHUCAS, en sus dos versiones, contiene una graduación alcohólica de 37,50 por lo que su publicidad no concuerda con el supuesto de hecho contemplado en el art. 18.3.e) LGCA (referido a las comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados) ni tampoco con el supuesto contemplado en el art. 18.3.c) LGCA, que prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas de más de 20 grados pero en el ámbito televisivo, no en el ámbito radiofónico

Añadiendo, en su fundamento jurídico quinto que : Ninguno de los anuncios se dirige a menores; en los anuncios no se hace referencia a que los invitados ingieran vino en grandes cantidades, tampoco menciona le tipo de botella que se mete en la nevera (en la web... puede verse que hay dos tipos de botellas de La Guita, una de 750 cc y otra de 350 cc), ni siquiera menciona que se hayan consumido todas las botellas que se han metido en la nevera; tampoco relaciona el número de botellas o el consumo del vino, con el éxito de la reunión o con que resulte saludable su consumo o se mejore el rendimiento físico"

Añadiendo a continuación que los tres anuncios analizados: " *promocionan los productos anunciados y sus características; pretenden hacerlos atractivos al oyente y utilizan técnicas propias de la publicidad como la reiteración del nombre, la música pegadiza, el ritmo, los efectos sonoros, es decir, todos los elementos del lenguaje radiofónico que ponen al servicio de estas cuñas publicitarias para hacerlas lo más atractivas posibles y conseguir promocionar los productos y persuadir al oyente para que los adquiera. La LGCA no prohíbe la publicidad de estos productos en la radio, ni tampoco establece límites horarios para su emisión, ni obliga a la emisión de mensajes que aminoren el efecto publicitario si bien la inclusión de mensajes que apelen a un consumo responsable, podrían evitar ambigüedades o como señala la defensa del imputado "la necesidad de redacciones publicitarias más afortunadas "*

-Por acuerdo del instructor de fecha 11 de noviembre de 2016, se remite a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución, para su elevación a la Sala de Supervisión Regulatoria

-Con fecha de 24 de noviembre de 2016 se dicta Acuerdo del Consejo de la CNMC, en el que considera que las tres cuñas están destinadas a estimular un mayor consumo de las bebidas promocionadas y, en definitiva, incrementar los riesgos para la salud inherentes al consumo inmoderado de bebidas alcohólicas por lo que, frente al criterio del instructor, se considera que cada una de las tres infracciones debe sancionarse con multa por importe de 50.001 euros. Acordando conferir a COPE un plazo de quince días para alegaciones

-Presentadas alegaciones por COPE frente al anterior, se dicta la resolución sancionadora de 22 de diciembre de 2016, en la que se declara a la entidad actora responsable de la comisión de tres infracciones administrativas graves consistentes en la emisión las tres comunicaciones comerciales radiofónicas que fomentan comportamientos nocivos para la salud prohibidos en el artículo 18.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual

SEGUNDO. - Se alega en primer término en la demanda que, de conformidad con el artículo 20.3 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora , la CNMC puede modular la gravedad de la infracción fijada en la propuesta de Resolución, e incluso imponer una sanción distinta a la propuesta, pero no modificar la calificación jurídica de la supuesta infracción ni apreciar tipicidad o responsabilidad cuando previamente, en la fase de instrucción, se ha propuesto el archivo del expediente sancionador

Es el artículo 18 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPEPS), aprobado por Real Decreto 1398/1993 el que determina el contenido de la propuesta de resolución, en los siguientes términos

"Concluida, en su caso, la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará propuesta de resolución en la que se fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas

provisionales que se hubieran adoptado, en su caso, por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por el instructor del mismo; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.

Especificándose su vinculación respecto a la propuesta de resolución en el artículo 20.3 del mismo Reglamento

"3. En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculcado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días .

Existe una consolidada y reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que, una de las garantías aplicables al procedimiento administrativo sancionador, derivada del derecho de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución , es la de ser informado de la acusación para poder defenderse adecuadamente. Así, tal y como establece la STS de 3 de noviembre de 2003, Rec. 4896/2000 , cuya doctrina es reiterada en las SSTs de 30 de octubre de 2013, Rec. 2184/2012 y de 21 de mayo de 2014, Rec. 492/2013 : (...)

b) Entre las garantías aplicables al procedimiento administrativo sancionador se encuentra, desde luego, la de ser informado de la acusación para poder defenderse adecuadamente; y tal información comprende los hechos atribuidos, la calificación jurídica de los mismos y la sanción que se propone. Ahora bien, la estricta correlación entre acusación y decisión se refiere a los hechos y no tanto a la calificación jurídica, por cuanto manteniéndose inalterados los hechos objeto de cargo, la propuesta de resolución y, en definitiva, la decisión sancionadora puede utilizar otro título de condena con dos límites: la imposibilidad de que se incluya en dicha resolución del procedimiento una calificación jurídica de mayor gravedad que la reflejada en la comunicación de cargos dirigida a quien se ve sometido al expediente sancionador, y la imposibilidad de apreciar en la resolución una calificación jurídica distinta de la comunicada si existe heterogeneidad en los bienes jurídicos protegidos o si la infracción definitivamente considerada incorpora algún elemento del tipo que no corresponde a aquella que fue notificada y sobre la que el sancionado no ha tenido, en consecuencia, oportunidad de defensa. Y no hay variación de los hechos entre el pliego de cargos, la propuesta de resolución y la decisión sancionadora cuando, aunque los términos empleados no sean exactamente iguales sí son similares y lo que hay es una diferente valoración técnico jurídico de los mismos (SSTC 98/1989 y 145/1993)

c) Como ha señalado esta Sala, el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución , se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata

d) Para apreciar la existencia de lesión constitucional, no basta la existencia de un defecto procedimental, sino que es igualmente necesario que éste se haya traducido en indefensión material, esto es, en un perjuicio real y efectivo, nunca potencial y abstracto, de las posibilidades de defensa en un procedimiento con las necesarias garantías (SSTC 15/1995, de 24 de enero y 1/2000, de 17 de enero).

En similares términos se expresa la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el art. 24 de la Constitución , en cuanto insiste en la obligación de que la propuesta de resolución, que se ha de notificar al infractor, contenga los hechos probados, el sujeto infractor, su calificación jurídica y la consecuencia punitiva, tal y como expone, entre otras, la STC 145/2011, de 26 de septiembre , al razonar que : " (...) una vez concluida la instrucción del expediente sancionador, la propuesta de resolución que formule el instructor, si es inculpatoria, cumple la destacada función de constituir la imputación, para lo cual en esa propuesta "se fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso" (art. 18 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora). En igual sentido, hemos apreciado "como elementos indispensables de toda acusación sobre los que debe versar el ejercicio del derecho de defensa", por una parte, la inalterabilidad o " identidad de los hechos que se le imputan " y, por otra, " la calificación de la falta y sus consecuencias punitivas" (STC 160/1994, de 23 de mayo)

TERCERO. Aplicando dicha normativa y doctrina al supuesto debatido, efectivamente la propuesta de resolución de la CNMC de 17 de octubre de 2016 no apreció la existencia de conducta infractora alguna, considerando que debía declararse a Radio Popular SA- COPE exenta de responsabilidad administrativa por la supuesta comisión de tres infracción de carácter grave, proponiendo el archivo del procedimiento y ello por los

razonamientos que constan en tal propuesta de resolución, que se resumen en el fundamento jurídico primero que antecede

A pesar de ello, y sin ninguna otra prueba practicada ni actividad inculpatória alguna la resolución del procedimiento sancionador, dictada el siguiente 22 de diciembre de 2016, en contradicción con lo anterior y con clara vulneración del principio acusatorio, entiende que Radio Popular SA-COPE sí es responsable de la comisión de tres infracciones administrativas de carácter grave consistentes en la emisión de tres comunicaciones comerciales radiofónicas que fomentan comportamientos nocivos para la salud, prohibidas en el artículo 18.3 de la Ley 7/2010, General de Comunicaciones Audiovisuales

Considera esta Sala que lleva razón la entidad demandante en cuanto que no cabe modificar la calificación jurídica de la infracción y apreciar la tipicidad de la conducta o la responsabilidad del supuesto infractor cuando previamente, en la fase instructora, se ha propuesto el archivo del procedimiento

Tal modo de proceder supone una palmaria infracción del principio acusatorio, principio que tiene su reflejo constitucional en el artículo 24.2 CE, en cuanto derecho a ser informado de la acusación, principio que en el presente caso ha sido lesionado por la resolución impugnada dado que, sin respetar el contenido absolutorio de la propuesta de resolución, que como se ha indicado cumple la destacada función de constituir la imputación, considera a COPE responsable de tres infracciones graves

Principio acusatorio que se vulnera en todos aquellos supuestos en los que se incluye, en la resolución del procedimiento, una calificación jurídica de mayor gravedad que la reflejada en la comunicación de cargos o propuesta de resolución y, todavía en mayor medida, cuando tal resolución decide la imposición de una sanción por la comisión de una infracción cuya existencia e imputación no había sido apreciada en la repetida propuesta, cual acontece en el presente caso, en que se proponía el sobreseimiento del expediente sancionador y archivo de actuaciones

Como también ha señalado reiteradamente el mismo Tribunal Constitucional (SSTC 12/1981, 105/1983 y 104/1987, ATC 1421/1987, entre otras muchas), lo decisivo en la aplicación del principio acusatorio no es la defensa ante una determinada calificación, sino la defensa ante unos determinados hechos, de forma que cuando la parte interesada no se ha podido defender, porque no ha conocido plenamente y desde un principio, los hechos que se le imputaban, se vulneran sus derechos constitucionales al conocimiento de la acusación o la defensa

Razones, las anteriores, que conllevan estimación de la pretensión actora, y la nulidad de la resolución administrativa impugnada

CUARTO. - A los efectos previstos en el art. 139 de la Ley reguladora de esta jurisdicción en materia de costas procesales, procede imponer las costas procesales a la Administración demandada

VISTOS los preceptos citados y demás **no** rmas de procedente aplicación

FALLAMO

QUE ESTIMANDO el recurso presentado por la representación procesal de Radio Popular SA, Cadena de Ondas Populares (COPE) frente a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 22 de diciembre de 2016, anulamos dicha resolución, dada su disconformidad a Derecho, con imposición de las costas procesales a la Administración demandada

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, 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