



Roj: **STS 1556/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1556**

Id Cendoj: **28079130032020100122**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/05/2020**

Nº de Recurso: **7962/2018**

Nº de Resolución: **622/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3715/2018,**  
**ATS 1915/2019,**  
**STS 1556/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 622/2020**

Fecha de sentencia: 29/05/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7962/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 03/03/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

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

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

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: 7962/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 622/2020**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 29 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 7962/2018 interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Carmen Ortiz Cornago en representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU, contra la sentencia de 2 de octubre de 2018, de la Sección 1<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 680/2016. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La representación de "TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU", interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 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 20.30h y 6h, 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 €).

La sentencia de la Sección 1<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2018 (recurso nº 680/2016) termina con la siguiente parte dispositiva:

<< FALLAMOS.

ESTIMAR parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D<sup>ña</sup>. Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU, 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.>>.

Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación la representación de dicha mercantil, que fue admitido remitiéndose las actuaciones al Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes.

**SEGUNDO.-** Personada la recurrente en este tribunal, la Administración del Estado presentó escrito oponiéndose a la admisión del recurso por concurrir como causa de inadmisión la inexistencia de interés casacional objetivo en el asunto pues la claridad de la norma hace innecesario un pronunciamiento del Tribunal Supremo y no se ha justificado la afectación a los intereses generales y la previsible influencia de la doctrina en otros muchos supuestos.

Se admitió a trámite el recurso casación, por Auto de la Sección Primera de esta Sala de 22 de febrero de 2019 en el que se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

La parte dispositiva del Auto de admisión, en lo que ahora interesa, establece lo siguiente:

<< (...) 2º) Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

a) esclarecer cuál es el grado de responsabilidad administrativa de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas cuando difunden canales o contenidos de terceros sobre los que no tienen responsabilidad editorial respecto de eventuales infracciones de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual; y



b) en particular, aclarar el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas respecto de infracciones de las obligaciones y prohibiciones establecidas en el ámbito de las comunicaciones comerciales, cuando difunden señales de terceros.

Las normas que serán objeto de interpretación a tal efecto son el artículo 61.1 y 2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual en relación con los artículos 2.2, 2.13 y 2.15 del mismo cuerpo legal, así como aquellas otras normas que la Sección de Enjuiciamiento considere de aplicación.>>

**TERCERO.**- La representación procesal de "TELFÓNICA DE ESPAÑA SAU", formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 12 de abril de 2019 en el que aduce contra la sentencia los siguientes motivos o argumentos de impugnación:

Primero.- La sentencia recurrida infringe la Directiva 2010/13/UE de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Segundo.- La sentencia recurrida infringe la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

Tercero.- La responsabilidad y obligaciones establecidas para los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas conforme a la LGCA.

Cuarto.- La sentencia recurrida infringe el Real Decreto-legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Quinto.- La sentencia recurrida infringe la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Sexto.- Sentido de las pretensiones que la recurrente deduce y los pronunciamientos que solicita.

Termina solicitando dicte sentencia por la que se case la sentencia recurrida, por ser contraria al marco de la responsabilidad editorial de la LGCA, al concepto de prestador audiovisual de la Directiva 2010/13/UE de servicios de comunicación audiovisual y contrario lo establecido por el TRLPI, y a su vez por violar el principio de responsabilidad, consagrado en la LRJSP.

**CUARTO.**- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la Administración del Estado recurrida para que pudiese formular su oposición, que evacuó mediante escrito de 29 de mayo de 2019, suplicando la desestimación del recurso de casación, con la consecuencia de confirmar la sentencia recurrida.

**QUINTO.**- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondía.

Se señaló para Vista Pública y la consiguiente Deliberación del presente recurso de casación el día 3 de marzo de 2020, en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales. La emergencia sanitaria del COVID-19 ha originado el retraso en la firma y notificación de la presente sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Interpone el presente recurso de casación 7962/2018 la representación de "Telefónica de España SAU" contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2018 (recurso nº 680/2016) que estima en parte el recurso contencioso-administrativo formulado por dicha mercantil contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 23 de junio de 2016.

Esta última resolución de la CNMC declara el incumplimiento del art. 18.3.d) de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) y a "Telefónica de España SAU" responsable de la comisión de una infracción continuada de carácter grave tipificada en el artículo 58.8 de la citada Ley, por haber emitido en su Canal+ Liga seis comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados en horario prohibido, imponiendo a dicha sociedad mercantil una sanción por un importe de 212.300,00 Euros.

Los hechos que motivaron la imposición de las sanciones, que no se cuestionan por las partes procesales, son los que se sintetizan en el apartado de hechos probados de la reseñada resolución sancionadora de la CNMC de 23 de junio de 2016, que indica lo siguiente:

"De acuerdo con el conjunto de actuaciones practicadas en este procedimiento y, concretamente, según las actas de visionado de las emisiones de Telefónica en su Canal + Liga de los días 25 de octubre de 2015 y 1 de Noviembre de 2015 y demás documentación que obra en el expediente, se considera probado que en la franja horaria comprendida entre las 06.00 y las 20.30 00 de los citados días, se emitieron comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados fuera de las condiciones establecidas en el artículo 18.3 LGCA.."



Se consideran probadas seis emisiones de dicho tipo de bebidas alcohólicas que se califican como una infracción continuada, de la que es responsable Telefónica ex artículo 61 LGCA, "por ser el operador del servicio de comunicación audiovisual autor de los hechos infractores probados" a la que se impone una sanción económica por el importe antes reseñado.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular, la que se indica en el Auto de la Sección Primera de esta Sala de 22 de febrero de 2019, en el que se declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en "a) esclarecer cuál es el grado de responsabilidad administrativa de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas cuando difunden canales o contenidos de terceros sobre los que no tienen responsabilidad editorial respecto de eventuales infracciones de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual; y b) en particular, aclarar el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas respecto de infracciones de las obligaciones y prohibiciones establecidas en el ámbito de las comunicaciones comerciales, cuando difunden señales de terceros."

**SEGUNDO.**- Para el examen de la cuestión suscitada resulta oportuno recordar el contenido de los preceptos legales directamente concernidos:

La referida Directiva 2010/13/UE, de Servicios de Comunicación Audiovisual, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, en su versión anterior a diciembre de 2018, define la figura del prestador del servicio de comunicación audiovisual y la responsabilidad editorial. Dispone su artículo 1.1:

<< (...)Artículo 1 1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) "servicio de comunicación audiovisual":

i) un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio de comunicación y cuya principal finalidad es proporcionar programas, con objeto de informar, entretener o educar al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, tal como las define el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE. Este servicio de comunicación audiovisual es bien una emisión de radiodifusión televisiva según la letra e) del presente apartado, bien un servicio de comunicación audiovisual a petición según la letra g) del presente apartado,

ii) comunicación comercial audiovisual;

b) "programa": un conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro de un horario de programación o de un catálogo elaborado por un prestador del servicio de comunicación y cuya forma y contenido son comparables a la forma y el contenido de la radiodifusión televisiva. Como ejemplo de programas se pueden citar los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las comedias de situación, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales;

c) "responsabilidad editorial": el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico, en el caso de las radiodifusiones televisivas, ya en un catálogo, en el caso de los servicios de comunicación audiovisual a petición. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados;

d) "prestador del servicio de comunicación": la persona física o jurídica que ostenta la responsabilidad editorial sobre la elección del contenido audiovisual del servicio de comunicación audiovisual y determina la manera en que se organiza dicho contenido;

e) "radiodifusión televisiva" o "emisión televisiva" (es decir, un servicio de comunicación audiovisual lineal): un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación;

f) "organismo de radiodifusión televisiva": un prestador del servicio de comunicación que ofrece radiodifusión televisiva;

g) "servicio de comunicación audiovisual a petición" (es decir, un servicio de comunicación audiovisual no lineal): un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación;"

La Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual incluye las siguientes definiciones:

"Artículo 2. *Definiciones.*



### 1. Prestador del servicio de comunicación audiovisual.

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. El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio.

### (...) 2. Servicios de comunicación audiovisual.

Son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales.

Son modalidades del servicio de comunicación audiovisual:

a) El servicio de comunicación audiovisual televisiva, que se presta para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación.

b) El servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición, que se presta para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.

c) El servicio de comunicación audiovisual televisiva en movilidad o "televisión en movilidad", que se presta para el visionado de programas y contenidos en un dispositivo móvil.

d) El servicio de comunicación audiovisual radiofónica, que se presta para la audición simultánea de programas y contenidos sobre la base de un horario de programación.

e) Los servicios de comunicación audiovisual radiofónica a petición, que se presta para la audición de programas y contenidos en el momento elegido por el oyente y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.

f) El servicio de comunicación audiovisual radiofónica en movilidad o "radio en movilidad", que se presta para la audición de programas y contenidos en un dispositivo móvil.

(...) "

En el artículo 2.13 de la citada ley define la responsabilidad editorial, en similares términos a los de la Directiva 2010/13 UE:

"Se entiende por responsabilidad editorial el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico o en un catálogo de los servicios de comunicación audiovisual. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados. (...) "

Y el 2.15 se refiere al prestador de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión como:

"La persona física o jurídica prestadora del servicio de comunicación electrónica que ofrezca, conjuntamente con un servicio de acceso a comunicaciones electrónicas, una oferta de canales de televisión que en sus contenidos incluyan películas cinematográficas, películas para televisión o series para televisión, ofrecidas en un paquete seleccionado por el prestador de comunicación electrónica. (...) "

En cuanto a las infracciones, y en lo que aquí interesa, el artículo 18. 3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, dispone:

" Artículo 18. *Comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas.*

(...)

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

En todo caso está 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."

Y, en fin, el artículo 58.8 de la propia Ley 7/2010 tipifica como infracción grave la emisión de las comunicaciones comerciales en horario no permitido:

" Artículo 58. *Infracciones graves.*

(...)

8. La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas, que utilicen técnicas subliminales, que fomenten comportamientos nocivos para la salud en los términos establecidos en el apartado 3 del artículo 18, que fomenten comportamientos nocivos para el medio ambiente o para la seguridad de las personas, o que sean de naturaleza política, salvo los casos de excepción legal, o que incurran en las prohibiciones establecidas en la normativa de publicidad."

Puede así constatarse que los preceptos que acabamos de reseñar, al definir la noción de comunicación comercial audiovisual ( artículo 2.32), como al establecer su prohibición ( artículo 18.2) o al tipificar la correspondiente infracción ( artículo 58.8), se remiten en lo que se refiere a la responsabilidad a lo dispuesto en el apartado 1º y 2º del artículo 61 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, que establece:

"Artículo 61. *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.

A los efectos de la correcta dilucidación de la responsabilidad administrativa, los prestadores del servicio deberán archivar durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de su primera emisión, todos los programas emitidos, incluidas las comunicaciones comerciales, y registrar los datos relativos a tales programas.

2. No incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de servicio de catálogo de programas, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad.

No obstante, el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca."

**TERCERO.-** Establecido lo anterior, y adentrándonos ahora en el caso que nos ocupa, hemos visto que la resolución sancionadora de la CNMC sancionadora explica -y así lo recuerda la resolución en su FJº 1º- que, la responsabilidad de la infracción por la responsabilidad de la infracción por la emisión de publicidad en horarios prohibidos ex apartado 3º del artículo 18 LGCA incumbe a la mercantil recurrente Telefónica en su consideración de prestadora del servicio de comunicación audiovisual.

La Sala de la Audiencia Nacional no comparte la apreciación de la CNMC por considerar que en la fecha en la que tuvieron lugar los hechos, en los días 25 de Octubre a 1 de Noviembre de 2015, la citada mercantil Telefónica no ostentaba la condición de prestadora del servicio de comunicación audiovisual televisiva. Asienta esta conclusión en el certificado del registro Estatal del Servicio de Comunicación Audiovisual de 21 de octubre de 2010 aportado a autos por Telefónica, del que la sentencia recurrida (F.J. 4º) hace la siguiente reseña:

"(...)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.

(...)

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 Fútbol y se mantuvo en vigor desde el 9 de septiembre de 2014 hasta el 7 de septiembre de 2015."

Concluye la Audiencia nacional que no cabe imputar a Telefónica la responsabilidad administrativa por la infracción aludida en tanto que en la fecha de la emisión de la publicidad en horario prohibido, no era prestadora del servicio de comunicación audiovisual televisiva. Empero, la Audiencia da un paso más y razona que con independencia de tal realidad, resulta igualmente exigible dicha responsabilidad a Telefónica en una diferente cualidad, en su condición de prestadora del servicio de comunicación electrónica, extremo que considera indubitado.

Es claro que estos datos que recoge la sentencia recurrida, obtenidos a partir de la documentación no impugnada ni cuestionada por las partes procesales, integran el sustrato fáctico de la controversia, por lo que no cabe su alteración o revisión ahora en casación ( artículo 87.bis.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Y siendo ello así, no compartimos el criterio de la Sala de la Audiencia Nacional cuando, a partir del reconocimiento de la recurrente como prestadora de servicios de comunicación electrónica, afirma que Telefónica resulta igualmente responsable de la infracción tipificada en el artículo 18.3 de la LGCA, porque -razona- "así lo dispone literalmente el apartado 1º del artículo 61 LGCA".

No resulta adecuada tal imputación de responsabilidad ex artículo 61.1 LGT a la entidad recurrente, precepto cuya lectura permite deducir que la responsabilidad por las infracciones de la LGCA recae en los prestadores de los servicios de comunicación audiovisual y, también, en términos ciertamente ambiguos "cuando proceda con arreglo a esta ley" a los prestadores de los servicios de comunicación electrónica.

La regla que deriva del transcrito artículo 61 LGCA es la exigencia de responsabilidad administrativa por las infracciones previstas en la propia ley atendiendo a los diferentes roles y funciones de los prestadores de servicio de comunicación audiovisual y los prestadores del servicio de comunicación electrónica. El criterio general que se desprende del reseñado artículo 61 LGCA es la exigencia de responsabilidad por las infracciones a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual en cuanto les incumbe la responsabilidad editorial y ejercen el control efectivo sobre la selección de los programas, su contenido y organización. Únicamente, de forma mucho más acotada y con un alcance más limitado, dicha responsabilidad administrativa será aplicable "cuando proceda, con arreglo a esta ley", a los prestadores del servicio de comunicación electrónica.

Ello implica que la diferente extensión y ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios ha de determinarse con arreglo a las definiciones y conceptos de la LGCA. Esta ley establece la responsabilidad editorial y la vincula al control efectivo de la programación, de modo que la responsabilidad por la infracción de las condiciones de emisión de publicidad corresponde al prestador del servicio de comunicación audiovisual, sin que pueda asimilarse o equiparar su responsabilidad o dirigirse indistintamente a los prestadores de comunicaciones electrónicas, pues la función de estos últimos se circunscribe a la mera difusión de contenidos suministrados por otros proveedores. Y salvo en el supuesto que resulte acreditado un conocimiento o control previo de los contenidos ilícitos -que la ley no presume- no cabe atribuir la responsabilidad administrativa por las infracciones de esta naturaleza a los prestadores de comunicación electrónica al no asignar la ley a estos últimos ningún tipo de intervención *ex ante* en los contenidos y organización de la programación.

**CUARTO.-** En este caso, no se discute que los citados anuncios publicitarios de bebidas alcohólicas con nivel inferior a 20 grados se insertaron en las emisiones del Canal+ Liga de las aludidas fechas de octubre y noviembre de 2015, en horario no autorizado con arreglo al apartado 3º del artículo 18 LGCA, en una programación cuyo contenido fue elaborado y suministrado por un prestador de comunicación audiovisual. Tal como declara la Audiencia Nacional, en la época en la que tuvo lugar la conducta enjuiciada, la recurrente Telefónica tenía la exclusiva condición de prestadora del servicio de comunicación electrónica, esto es, su función se circunscribió a la divulgación de la programación suministrada y organizada por el proveedor audiovisual que contenía los anuncios en el horario prohibido.

Pues bien, a tenor de la caracterización del prestador de comunicación audiovisual incluida en el artículo 2.1 de la LGCA, como la persona que tiene el control efectivo o la dirección editorial sobre la selección y contenidos de los programas, cabe considerar que, en un principio, la apreciación de responsabilidad de Telefónica por parte de la CNMC sustentada en la condición de prestadora de comunicación audiovisual - y su inherente responsabilidad editorial- se ajustó a la dicción del art. 61.1 LGCA. Empero, una vez negada tal subjetiva condición -como así lo declara probado la Sala de la Audiencia Nacional-, no cabe atribuir de forma automática e indistintamente la responsabilidad por la infracción del artículo 18.3 LGCA al prestador



de servicio de comunicación electrónica, que se ciñe a posibilitar la difusión de los contenidos proporcionado por terceros proveedores. La intervención de Telefónica lo fue en su condición de prestadora del servicio de comunicación electrónica y desde esa perspectiva, al no haber intervenido ni en la creación ni en la decisión de emitir los contenidos ilícitos, no cabe el reproche sancionador por la emisión de publicidad en horario prohibido, que incumbe y debe achacarse a quien ejerce el control efectivo sobre la programación. Y no cabe la atribución de responsabilidad como también sugiere la CNMC pues ello hubiera exigido la acreditación, que aquí no se da, del hecho de que Telefónica tenía algún tipo de conocimiento efectivo o concurrían circunstancias para posibilitar este conocimiento *ex ante* de que la publicidad se organizaba en condiciones contrarias a la LGCA y de que aún detectando el contenido infractor hubiera procedido a su difusión.

Con ello queda de manifiesto que para que pueda deducirse la responsabilidad por la emisión de la publicidad prohibida es imprescindible que se dirija frente al prestador de comunicación audiovisual que ejerce el control efectivo de los contenidos de los programas difundidos y que, en fin, asume la responsabilidad editorial en los términos del artículo 1.1 de la Directiva 2010/13/UE y del artículo 2º de la LGCA. La Sala de la Audiencia Nacional sin tomar en consideración la diferente función y régimen de la responsabilidad de los diferentes tipos de prestadores que se refleja en la regulación en el artículo 61 de la Ley 7/2010, hace recaer directamente al prestador del servicio de comunicación electrónica la responsabilidad por la comisión de una infracción por la emisión de publicidad prohibida por el artículo 18.3 en un programa que difundió siendo prestadora del servicio de comunicación electrónica. Obvia la Sala que la responsabilidad por tal conducta consistente en emitir publicidad en horario prohibido, es exigible con arreglo a los distintos roles de cada uno de los prestadores de los servicios y a la responsabilidad editorial que la propia LGCA atribuye al prestador de servicios de comunicación audiovisual.

Y no presenta lógica desde la perspectiva de la regulación de la LGCA ni de los principios del derecho sancionador la imputación de responsabilidad al prestador de comunicaciones electrónicas por el contenido y organización de la programación por ser aspectos sobre los que no consta que este tipo de prestadores tenga algún tipo de control precedente, pues su intervención se ciñe a difundir los contenidos elaborados por un prestador audiovisual. A efectos meramente dialécticos, la eventual culpa o negligencia que podría subyacer en la decisión de la Audiencia Nacional al sancionar a Telefónica como prestadora del servicio de comunicación electrónica -aceptada por la CNMC a título de mera inobservancia- exigiría un razonamiento adicional expreso sobre la imputación de responsabilidad por la emisión en atención a los concretos elementos acreditados, como hemos dicho, algún tipo de conocimiento efectivo *ex ante* del contenido de los programas u horarios y la vulneración de los límites publicitarios legales, que la ley no presume ni tampoco se desprende de lo actuado.

**QUINTO.-** Conclusión. La cuestión jurídica en la que el auto de admisión del presente recurso apreció la concurrencia de interés casacional queda respondida con las consideraciones que hemos expuesto en el fundamento jurídico segundo, en particular en su último párrafo, complementadas con lo razonado en el fundamento jurídico tercero.

Ahora bien, por las razones que hemos expuesto en el anterior fundamento jurídico cuarto, la sentencia recurrida debe ser casada, con arreglo a lo razonado, debiendo el recurso contencioso-administrativo ser estimado, en el sentido de que debe anularse la resolución administrativa impugnada en cuanto sanciona por una infracción continuada a Telefónica, como prestadora del servicio de comunicación audiovisual, cuando, según se declara probado por la Audiencia Nacional carecía de tal condición en la fecha en la que tuvieron lugar las infracciones por las que se le sanciona *ex* artículos 18.3 y 58 de la Ley de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, siendo exclusivamente prestadora del servicio de comunicación electrónica, sin que figure que tuviera algún tipo de conocimiento previo de las condiciones y horarios de la publicidad contenida en la programación emitida.

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación ni de la instancia a ninguna de las partes procesales.

## 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 establecidas en los fundamentos jurídicos segundo y tercero:

1. Declarar HA LUGAR al recurso de casación 7962/2018 interpuesto por la representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2018, en el recurso contencioso-administrativo nº 680/16, que ahora queda anulada y sin efecto.



2. ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de junio de 2016, en la que se impone a dicha entidad una sanción por importe total de 212.302 € como responsable de la comisión de una infracción administrativa continuada de carácter grave por incumplimiento del artículo 18.3.d) de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, tipificada en el artículo 58.8 de la citada Ley, anulando la referida resolución.

3. No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, ni en el de casación.

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

Así se acuerda y firma.

-D. Eduardo Espín Templado. -D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. -D. Eduardo Calvo Rojas. -D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech. -D. José María del Riego Valledor. -D. Diego Córdoba Castroverde. -D. Ángel Ramón Arozamena Laso. -Firmado.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm<sup>a</sup>. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico. -Firmado.