



Roj: **SAN 1774/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:1774**

Id Cendoj: **28079230012020100191**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2020**

Nº de Recurso: **1015/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001015/2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06907/2019

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A

Procurador: MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ- CARVAJAL

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

Madrid, a diez de julio de dos mil veinte.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1.015/19, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, contra el acuerdo de 21 de marzo de 2019 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el que se ejecuta la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2018, respecto a la determinación de la sanción a imponer a Mediaset como autora de varias infracciones por exceso publicitario, por la que se le impone por la comisión de once infracciones, tres de ellas de carácter continuado, una sanción por un importe total de 171.503,50 euros, por la vulneración del art. 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual. Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en 171.503,50 euros.



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Admitido el recurso contencioso-administrativo y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 2 de septiembre de 2019 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia *"por la que, estimando el presente recurso y de acuerdo con los motivos expuestos en el cuerpo del escrito, declare contrario a derecho y nulo o, subsidiariamente, anule el Acuerdo impugnado. Todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas devengadas en este proceso y con lo demás que en Derecho proceda"*.

SEGUNDO .- Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante el pertinente escrito, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación íntegra del recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de costas.

TERCERO .- Mediante diligencias de ordenación de 3 de diciembre de 2019 y 29 de enero de 2020, se concedieron diez días a las partes para que formularan conclusiones y, una vez presentados los pertinentes escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo que tuvo lugar el 7 de julio del año en curso.

SIENDO PONENTE El Magistrado Ilmo. Sr. Don Fernando de Mateo Menéndez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sociedad demandante impugna el acuerdo de 21 de marzo de 2019 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el que se ejecuta la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2018, respecto a la determinación de la sanción a imponer a Mediaset como autora de varias infracciones por exceso publicitario, por la que se le impone por la comisión de once infracciones, tres de ellas de carácter continuado, una sanción por un importe total de 171.503,50 euros, por la vulneración del art. 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en lo sucesivo LGCA).

Para la mejor comprensión del asunto resulta conveniente poner de relieve los siguientes hechos derivados de las actuaciones:

A) Con fecha 26 de mayo de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) dictó resolución por la que acordó declarar a Mediaset responsable de la comisión de veinte infracciones administrativas de carácter leve, al haber superado en dos canales los límites de tiempo de emisión dedicados a los mensajes publicitarios, regulados en el art. 14.1 de la LGCA e imponer multas por importe total de 229.136 euros, de conformidad con lo establecido en el art. 60.3 de la citada Ley.

Los hechos en que se fundaba la resolución sancionadora, era por la superación del límite legal de tiempo establecido para la emisión de mensajes publicitarios y de televenta, realizadas por la sociedad aquí recurrente en el canal de televisión Telecinco, los días 3 de julio (franja horaria de 15:00 a 16:00 h. y de 20:00 a 21:00 h.); 5 de julio (franja de 23:00 a 24:00 h.); 6 de julio (franja de 19:00 a 20:00 h.); 15 de julio (franja de 23:00 a 24:00 h.); 16 de julio ((franja de 00:00 a 01:00 h.); 19 de julio (franja de 23:00 a 24:00 h.); 21 de julio (franja de 21:00 a 22:00 h.); 23 de julio (franja de 22:00 a 23:00 h.); 24 de julio (franja de 23:00 a 24:00 h.); 25 de julio (franjas de 11:00 a 12:00 h., de 13:00 a 14:00 h. y de 22:00 a 23:00 h.), y 31 de julio (franja de 11:00 a 12:00 h.), todas de 2014. Y en el canal CUATRO, los días 4 de julio (franja de 21:00 a 22:00 h.); 5 de julio (franja de 21:00 a 22:00 h.); 6 de julio (franja de 21:00 a 22:00 h.), y 20 de julio (franjas de 13:00 a 14:00 h., de 17:00 a 18:00 h. y de 19:00 a 20:00 h.), todas de 2014.

B) Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra las anteriores sanciones, fue desestimado por Sentencia de esta Sección de 19 de mayo de 2017 -recurso nº. 1.722/15-.

C) Formulado recurso de casación, contra la anteriormente reseñada Sentencia, fue estimado en parte por la Sentencia de 8 de noviembre de 2018 -recurso nº. 4.055/2017- de la Sección 3ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que, al margen de que la cuestión jurídica sobre la que se apreció la concurrencia de interés casacional en el Auto de admisión del recurso de casación de fecha 2 de noviembre de 2017, estimó que en los hechos probados concurrían las circunstancias del art. 4.6 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, para apreciar que nos encontramos ante una infracción continuada y, por tal motivo, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Mediaset contra la resolución de 26 de mayo de 2015 de la CNMC anulándola, dejándola sin efecto y ordenando a la citada Comisión, que dictara nueva resolución en la que se sancionara a Mediaset como autora de una infracción continuada, y se fijara la cuantía



de la sanción atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, a los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el art. 60.4 de la LGCA, y a los criterios de proporcionalidad establecidos en el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En concreto, las infracciones que se han de calificar como continuadas, son las tres correspondientes con aquellas franjas horarias en las que se produjeron los excesos de tiempo de publicidad y en las que se emitieron los anuncios publicitarios y patrocinios reseñados en la Sentencia -"Premiercasino", "teléfono móvil Divinity" y patrocinio de "Deportes Cuatro"-.

D) En ejecución de lo resuelto por la citada Sentencia del Tribunal Supremo, se dictó el acuerdo recurrido de 21 de marzo de 2019.

SEGUNDO.- La parte actora como primer motivo de impugnación alega la nulidad de la resolución al valorar circunstancias y hechos determinantes sobre la cuantificación de la multa, como si de un simple incidente de ejecución se tratase, sin dar el preceptivo trámite de audiencia a Mediaset, vulnerándose, entre otros, de los arts. 24 CE y 53 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Se basa para ello, en que los actos de ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo requieren de un procedimiento específico, con audiencia del interesado, y del dictado de una resolución administrativa autónoma que dé cumplimiento al fallo judicial, ya que los criterios para la determinación de la sanción, se refieren a conceptos y valoraciones de complejidad.

En efecto, los conceptos y puntos referidos para la determinación de la sanción no han sido abordados ni decididos en los Fundamentos Jurídicos ni el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo y, por tanto, no podrían resolverse a través de un simple incidente de ejecución de Sentencia.

En este sentido, las cuestiones relativas, a la *"repercusión social de la infracción"*, tal y como ha sido valorada por la CNMC, u otros elementos de cálculo como, en particular, el hipotético *"beneficio reportado al infractor"*, o las posibles circunstancias concurrentes en los casos objeto de análisis, que debieron o pudieron haber sido considerados por la CNMC y, sin embargo, no fueron aplicados, son puntos sustanciales que no fueron decididos en el pleito y que, por tanto, *"sólo tendrían cauce adecuado en un nuevo proceso"* (entre otros muchos, ATS de 23 de enero de 1991). Así se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de julio de 2011 -recurso nº. 3.261/2010, confirmando la improcedencia de dirimir estas cuestiones a través de un incidente de ejecución de Sentencia del art. 109 de la Ley de la Jurisdicción.

Así las cosas, la citada cuestión ya ha sido resuelta en una reciente Sentencia de esta Sección de 29 de junio de 2020 -recurso nº. 1.017/2019-, que tenía por objeto un acuerdo del Consejo de la CNMC (Sala de Supervisión Regulatoria) de 21 de marzo de 2019, dictado en el expediente SNC/DTSA/007/15 MEDIASET, en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 2018 -recurso nº. 5.920/2017- que impone a Mediaset una multa de 480.000 euros, como responsable de una infracción administrativa grave de carácter continuado, por la emisión de comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas de diferentes productos.

Siguiendo la citada Sentencia, tenemos que partir que la resolución impugnada, fue dictada en cumplimiento del 8 de noviembre de 2018 de la Sección 3ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo -recurso nº. 4.055/2017-, que había anulado la resolución de la CNMC de 26 de mayo de 2015, por la que acordó declarar a Mediaset responsable de la comisión de veinte infracciones administrativas de carácter leve, al haber superado en dos canales los límites de tiempo de emisión dedicados a los mensajes publicitarios, regulados en el art. 14.1 de la LGCA, para que sancionara a dicha entidad por una infracción continuada y fijara la cuantía de la sanción con arreglo a una serie de criterios que se indicaban en la propia sentencia.

Es decir, la Sentencia no acordó el reinicio ni la retroacción del procedimiento administrativo sancionador, sino que ordenó a la CNMC una concreta actuación: que dictase un nuevo acto de cuantificación de la sanción, considerando tres infracciones de las impuestas, como una continuada, indicándose en la propia sentencia los criterios con arreglo a los que debía hacerse la cuantificación de la multa.

Así las cosas, y contrariamente a lo sostenido por la parte actora, el cumplimiento de la sentencia no exigía que la CNMC iniciase formalmente un procedimiento, entendido éste como sucesión de actos y trámites conducentes a un resultado, sino, sencillamente, que dictase una nueva resolución con arreglo a los criterios y pautas que la propia sentencia dejaba señalados, criterio que es el seguido por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de septiembre de 2019 -recurso nº. 5.246/2018-, citada por el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, sobre una cuestión similar a la que nos ocupa, con la misma sociedad recurrente y respecto de una resolución también de la CNMC y que, posteriormente, ha sido reiterado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020 -recurso nº. 1.957/2019-.



Como dijimos en la citada Sentencia de 29 de junio de 2020: <<Resulta ilustrativo como la citada STS de 30 de septiembre de 2019, subraya en esa línea y con referencia al ámbito tributario, que la Sala "ha examinado casos que sí guardan alguna semejanza con el de la presente controversia, y lo ha hecho distinguiendo, de un lado, aquellos pronunciamientos anulatorios que conllevan la retroacción del procedimiento y la necesidad de tramitar de nuevo, y, de otra parte, pronunciamientos anulatorios por razones sustantivas o de fondo que no requieren de tramitación alguna sino, sencillamente, el dictado de un nuevo acto ajustado a la resolución anulatoria, afirmando que en este último caso se tratará de un mero "acto de ejecución" al que no será de aplicación la normativa reguladora del correspondiente procedimiento, pues << (...) no hay en tales situaciones retroacción de actuaciones en sentido técnico, ni, por ello, resulta menester tramitar de nuevo (en todo o en parte) el procedimiento de gestión tributaria (...); sólo es necesario dictar una nueva liquidación que sustituya a la anulada>> [STS, Sala Tercera, Sección 2ª, nº 60/2018, de 19 de enero de 2018 (casación 1094/2017, F.Jº segundo, apartado 6)]".

De otro lado, cabe señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2011 (Rec. 3261/2010) invocada en la demanda, no obsta a lo expuesto, al referirse a un supuesto que no presenta analogías con el que nos ocupa. En concreto expresa la citada STS: "...si las nuevas resoluciones administrativas han de referirse por fuerza a extremos no controvertidos en el proceso de instancia y, según en este caso sucede, aplicar retroactivamente leyes posteriores a los hechos litigiosos y a los propios actos originarios, normas de las que depende la apreciación de factores nuevos y la fijación de nuevas magnitudes económicas y de otro tipo, puede admitirse que el cauce procesal más adecuado no sea precisamente el incidente, de perfiles restringidos, que prevé el artículo 109 de la Ley Jurisdiccional. En estos supuestos excepcionales, repetimos, puede admitirse como más conveniente, y no contrario al principio de efectividad de la tutela judicial, la interposición de un recurso autónomo en el que, tras la aportación del expediente administrativo incoado a fin de dictar las nuevas decisiones y con plenitud de medios de prueba sobre las circunstancias no concurrentes en el litigio anterior, queden resueltos todos los problemas planteados".

Por tanto, la citada sentencia se refiere a un supuesto excepcional que nada tiene ver con el presente, en el que el trámite de audiencia no resultaba necesario por cuanto para el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia del Tribunal Supremo a ejecutar no era necesario abordar cuestiones no debatidas en el litigio>>.

Debemos tener presente, que el Tribunal Supremo no altera los hechos probados, ni los tipos de infracción, estableciendo en la sentencia que se trata varias infracciones, al haber superado en dos canales los límites de tiempo de emisión dedicados a los mensajes publicitarios, regulados en el art. 14.1 de la LGCA, tipificadas como leves en art. 59.2 de la LGCA, sino que anula la resolución impugnada en cuanto considera que tres de dichas infecciones, las correspondientes a los anuncios publicitarios y patrocinios "Premiercasino", "teléfono móvil Divinity" y patrocinio de "Deportes Cuatro", integran una única infracción continuada, y ordena se fije la sanción correspondiente, de acuerdo con los criterios indicados en la propia sentencia. Y en virtud de ello, la CNMC en el acuerdo recurrido considera responsable a la parte actora de la comisión de tres infracciones continuadas y ocho infracciones autónomas.

Es decir, la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2018, al considerar que se trata de una infracción continuada, en lugar de tres infracciones distintas las anteriormente reseñadas, sólo obliga a la CNMC a modificar la cuantía de la sanción, que debía fijarla según los criterios establecidos en la propia sentencia a ejecutar, reconociendo la actora en la demanda -página 10- que: " El Acuerdo ahora impugnado se dicta tras la STS de 8 de noviembre de 2018 y tiene por objeto fijar la multa correspondiente tras la anulación de la Resolución recaída en el procedimiento sancionador". También resulta significativo que, en el propio escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, se expresa que se impugna el Acuerdo del Consejo de la CNMC de 21 de marzo de 2019 " por el que se recalculan las multas impuestas en el expediente SNC/DTSA/2064/14 MEDIASET".

Por tanto, siguiendo lo dicho al respecto en nuestra Sentencia de 29 de junio de 2020: "... una vez dictada por la CNMC el Acuerdo de 21 de marzo de 2019, la parte disconforme con lo resuelto podría haberlo impugnado promoviendo a tal efecto el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como indicaba la resolución recurrida, lo que no hizo, sino que decidió interponer un recurso contencioso-administrativo independiente contra la citada resolución.

Ahora bien, el haber optado por esta alternativa, como señala la citada STS de 30 de septiembre de 2019, no priva a la resolución de la CNMC de su verdadera naturaleza, la de ser un acto dictado en ejecución de sentencia y precisamente para dar cumplimiento a lo decidido en ella.

Y, finalmente, añadir, que al permitirle impugnar mediante un nuevo recurso contencioso administrativo la decisión de la CNMC, se aseguran a la recurrente todas las garantías inherentes al proceso para combatir una resolución que, de este modo, no se controla solo por el trámite de ejecución".



Por lo que, en virtud de lo expuesto, procede desestimar este primer motivo de impugnación.

TERCERO.- En segundo lugar, aduce la parte actora, la nulidad de la resolución recurrida por manifiesta caducidad del expediente sancionador, que debió haber sido declarada de oficio por la propia CNMC; incoando, de no haber prescrito las infracciones, un nuevo expediente sancionador en el que se mantuvieran los pronunciamientos no anulados por la Sentencia del Tribunal Supremo.

Sostiene la parte recurrente que, resultan de aplicación las normas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vigentes al momento inicial según la Resolución de 26 de mayo de 2015, que establecían un plazo máximo de 6 meses (art. 42.2) y teniendo en cuenta que entre el acuerdo de incoación del expediente, 2 de diciembre de 2014 y la resolución sancionadora de 26 de mayo de 2015, luego anulada por el Tribunal Supremo, transcurrieron 5 meses y 24 días, quedando en suspenso el expediente con motivo de la interposición del recurso contencioso administrativo, debe de considerarse como "dies a quo" del cómputo del plazo que restaba el 9 de enero de 2019 (fecha en que la CMNC tiene conocimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2018), por lo que la resolución administrativa debería haberse dictado a lo sumo antes del 16 de enero de 2019. Y no habiéndose dictado resolución hasta esa fecha, se dice que la única resolución que podía dictar la CNMC, era aquella en que se declare de oficio la caducidad del expediente.

El reseñado motivo de impugnación se encuentra íntimamente conectado con lo expuesto en relación con el primer motivo de impugnación, por cuanto si, como ya hemos dicho la resolución impugnada, ha recaído en trámite de ejecución de sentencia y obedece a dicha ejecución, resultan aplicables las reglas contenidas en los arts. 103 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción. El hecho de que la parte haya optado por interponer un recurso contencioso-administrativo, no priva a la resolución de la CNMC de su verdadera naturaleza, la de ser un acto dictado en ejecución de sentencia, resultando aplicables las normas de ejecución de sentencia y por tanto, no juega el plazo de caducidad que alega la parte actora.

En consonancia con lo anterior, no son de aplicación al caso que nos ocupa, las previsiones contenidas en los artículos invocados por la actora sobre el plazo de la Administración para resolver y la caducidad del procedimiento sancionador. Y ello porque, como dijimos en la repetida Sentencia de 29 de junio de 2020: <<... la resolución impugnada en el proceso de instancia no era un acto que pusiese fin a un procedimiento administrativo, sino un acto dictado directamente en ejecución de la sentencia.

Por lo demás, como señala la tan citada STS de 30 de septiembre de 2019 (Rec. 5246/2018), "carecería de sentido intentar aplicar al caso las consecuencias propias del instituto de la caducidad del procedimiento. En efecto, si en la regulación general de los ya citados artículos 42, 44 y 92 de la Ley 30/1992 la caducidad no impide que el procedimiento vuelva a iniciarse, salvo que hubiese transcurrido el plazo de prescripción, tal previsión de reinicio del procedimiento sancionador no encuentra encaje en un supuesto como el que aquí se examina, dado que la existencia de la infracción ya está afirmada por sentencia firme y únicamente queda por cuantificar -según lo ordenado por esta misma sentencia- el importe de la sanción">>.

En consecuencia, el citado motivo de impugnación debe ser desestimado, y, por tanto, el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas procesales a la parte actora.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, contra el acuerdo de 21 de marzo de 2019 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el que se ejecuta la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2018, respecto a la determinación de la sanción a imponer a Mediaset como autora de varias infracciones por exceso publicitario, por la que se le impone por la comisión de once infracciones, tres de ellas de carácter continuado, una sanción por un importe total de 171.503,50 euros, por la vulneración del art. 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, declaramos la citada resolución conforme a derecho; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, 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 art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo 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.

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ