



Roj: **SAN 5551/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5551**

Id Cendoj: **28079230012021100554**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2021**

Nº de Recurso: **1819/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001819 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 13093/2019

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.

Procurador: MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ- CARVAJAL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil veintiuno.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº **1819/2019** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. frente a la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la Resolución de 24 de julio de 2019, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se le declara responsable de una infracción grave y 17 leves y se le impone una sanción por importe total de 365.301 euros, por la vulneración de los art. 13.2, párrafo 2º y 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña **FELISA ATIENZA RODRÍGUEZ**.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- El presente recurso fue interpuesto en fecha 24 de septiembre de 2019, y una vez 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 18 de noviembre de 2019 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso anulando el acto impugnado en el presente recurso.

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 de fecha 4 de febrero de 2020, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO .- Mediante Auto de 19 de mayo de 2020, se acordó el recibimiento del recurso a prueba, admitiéndose las pruebas documentales propuestas por la parte actora, y no habiendo más pruebas que practicar, 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 30 de noviembre del año en curso.

SIENDO PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a **Felisa Atienza Rodríguez** que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo por la representación procesal de la sociedad MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A. (MEDIASET), la resolución de 24 de julio de 2019, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se le declara responsable de una infracción grave (art. 58.6) y 17 leves (art. 59.2) y le impone sanciones por importe total de 365.301 euros, por la vulneración de los arts. 14.1 y 13.2, párrafo 2º de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en lo sucesivo LGCA), al haber superado el límite de tiempo de emisión dedicado a mensajes publicitarios y de televenta y el de los anuncios publicitarios de sus propios programas y productos.

Los hechos en que se funda la resolución sancionadora, consisten en haberse incumplido por la recurrente en el canal Telecinco, el límite de tiempo de emisión dedicado a mensajes publicitarios y de televenta; y en los canales Cuatro, Divinity, Energy y Telecinco, el límite de tiempo de emisión dedicado a autopromoción, conforme al cuadro de horarios y detalle que figura en el relato de hechos probados de la resolución combatida y en las actas de visionado obrantes al expediente (folios 1 a 106).

La resolución sancionadora ha aportado al expediente (folios 107 a 127), un informe sobre los incumplimientos de Mediaset respecto del tiempo dedicado a la emisión de publicidad, a los que se han unido los datos del informe de las audiencias medias de las emisiones durante las franjas horarias en que se incumplieron los límites de tiempo de autopromoción en los referidos canales, así como las reducciones de exceso efectuadas tras analizar las alegaciones de la recurrente, adjuntando un cuadro que figura en el apartado de "Tipificación de los hechos probados" de la presente resolución, que concluye afirmando que los hechos están tipificados como una infracción administrativa grave y 17 infracciones administrativas leves, por vulneración de lo establecido en el art. 14.1 de la LGCA, en relación al límite de 12 minutos por hora natural para la emisión de mensajes publicitarios y televenta y en el art. 13.2, párrafo segundo de la LGCA, en relación al límite de 5 minutos por hora natural para la emisión de anuncios publicitarios sobre los propios programas y productos de prestador del servicio.

Se especifica que la única sanción grave es la cometida por MEDIASET en relación con el exceso del límite publicitario de 12 minutos del art. 14.1 de la LGCA el día 2 de enero de 2019 en su canal TELECINCO entre las 18 y 19 horas, supuesto en que el exceso de publicidad supera el 20% de lo permitido.

SEGUNDO.- La parte actora alega, en síntesis, los siguientes motivos de impugnación:

1º) Los patrocinios de la marca "Ferrero" deben ser considerados como tales y excluidos de cualquier límite de tiempo publicitario.

2º) Las telepromociones de la marca "Ferrero" cumplieron con los requisitos legales para ser consideradas como tales, y por ello no deben computar en el límite de 12 minutos/hora.

3º) La iniciativa "Telecinco Live" es una autopromoción de producto y como tal, debe computar como autopromoción en el límite de 5 minutos/hora.

4º) Se emitieron iniciativas carentes de finalidad promocional y/o publicitaria que no deben computar como autopromociones en el límite de 5 minutos/hora. Considera que la resolución combatida ha computado erróneamente dicho límite respecto de determinadas piezas de transición o de continuidad entre programas,



o entre bloques de publicidad y sobreimpresiones informativas, carentes de contenido publicitario ni promocional.

5º) La Resolución de 24 de julio de 2019 ha computado como autopromociones elementos que nunca hasta entonces habían sido consideradas como tales, vulnerando el principio de confianza legítima proclamada en el art. 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Se refiere a las sobreimpresiones y cortinillas.

En posterior escrito de 16 de septiembre de 2021, la actora, de conformidad con lo establecido en el art. 271.2 de la LEC, aportó un Acuerdo de la CNMC de 13 de septiembre de 2021, respondiendo a consulta por ella formulada sobre los criterios a aplicar para diferenciar entre autopromociones y mensajes informativos no sometidos a cómputo en sobreimpresiones y cortinillas, por considerar que dicho documento tiene incidencia y relevancia para la resolución del presente recurso, documento que fue incorporado a las actuaciones.

La representación del Estado se opone a la pretensión de la actora argumentando, en primer término, que las alegaciones de la parte son las mismas formuladas en vía administrativa con ocasión del trámite de alegaciones, sin que haya incluido ningún elemento o argumento novedoso que no haya sido ya contestado oportunamente por la Administración.

En cuanto a la vulneración del principio de confianza legítima, afirma que tal afirmación no es exacta, puesto que la interpretación favorable al carácter publicitario o promocional de las cortinillas y sobreimpresiones efectuada por la CNMC, ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de octubre de 2018 (Rec. Casación nº 3712/2017) así como también en la Sentencia nº 1605/2018 de 8 de noviembre de 2018 (Rec. Casación nº 03/6202/2017), recordando la doctrina de la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011 (asunto nº C-281/09), que exige interpretar de forma "extensiva" el concepto de "publicidad" o "mensaje publicitario" en cualquier actuación promocional, salvo que exista una figura concreta (en este supuesto, la autopromoción).

Asimismo, pone de manifiesto que la propia recurrente reconoce haber excedido los tiempos si bien con menor duración que lo indicado en la resolución impugnada, por lo que una eventual estimación de su pretensión sólo podría dar lugar a una reducción de la sanción impuesta, pero no a su anulación total. Reducción de la sanción que ni siquiera concreta.

Finalmente, respecto del documento tardíamente presentado, relativo a la respuesta de la CNMC a la consulta formulada por la recurrente, considera que la misma no hace sino corroborar la tesis planteada por la CNMC, insistiendo en que la CNMC no ha cambiado la interpretación de los artículos 5 a 7 del Reglamento de Publicidad, tal y como reitera MEDIASET, sino que ha concretado o interpretado, por primera vez, en la Resolución recurrida, la excepción prevista en el citado artículo 7. De hecho, el acuerdo por el que se resuelve la consulta de Mediaset sobre la interpretación de la excepción prevista en el artículo 7 del mencionado Reglamento, confirma idéntica interpretación, por lo que se han de rechazar las alegaciones relativas al cambio o giro interpretativo de la Comisión.

TERCERO.- Debemos partir de que la parte actora no cuestiona frontalmente los hechos por los que ha sido sancionada, reconociendo que se excedió en los tiempos -si bien con menor duración- pero opone la existencia de determinados errores así como el cambio de criterio por parte de la CNMC.

La resolución sancionadora, después de citar el artículo 14.1 y el art. 13.2 de la LGCA, relativos al derecho de los prestadores del servicio de televisión a emitir anuncios de autopromoción, invoca el Real Decreto 1624/2011, en materia de publicidad, y sus artículos 9.1, que establece las condiciones de las telepromociones para que no computen en el límite de los 12 minutos, art. 10 límite de tiempo de emisión de telepromociones, y art. 11 sobre la forma de identificarlas.

Debe recordarse que las condiciones y demás elementos a tener en cuenta a la hora de calcular el tiempo de autopromoción, han sido desarrollados por la Comisión en los Acuerdos de la Sala de Supervisión Regulatoria en contestación a las consultas formuladas por los distintos operadores. Concretamente el Acuerdo de 17 de septiembre de 2014, tras complementar el concepto de la autopromoción acudiendo a la regulación y referencias que hace la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, especifica lo siguiente:

" 1.En la autopromoción lo que se promociona son los propios programas del operador de televisión o aquellos productos accesorios directamente derivados de sus programas. Es decir que, en el caso de la autopromoción, el anunciante y el difusor son la misma persona.

2. En la autopromoción, al ser la misma persona el anunciante y el difusor, no existe contraprestación económica alguna, al menos de forma directa, por la ocupación del tiempo en el cual se emite el mensaje de autopromoción. Sin embargo, es cierto que puede haber un beneficio indirecto para el prestador del servicio debido al aumento

de la audiencia de determinados programas que se promocionen, o bien al aumento general de la audiencia de la cadena, o beneficios provenientes de la comercialización de productos derivados directamente de programas cuya titularidad ostente el prestador del servicio de comunicación audiovisual.

3. Lo establecido en el artículo 4 y los apartados primero y segundo del artículo 7 del Reglamento de publicidad (RO 1624/2011), la distinción entre las autopromociones relativas a la programación que computan en el límite de los 5 minutos por hora de reloj y las que se excluyen de cualquier cómputo de tiempo, viene determinada por el carácter publicitario o promocional en el primero de los casos, y por el carácter puramente informativo en el segundo, lo que justifica que no estén sometidas a cómputo alguno destinados a mensajes publicitarios y de televenta".

Y en el acuerdo INF/DTSA/1841/14 se señaló la naturaleza material de la autopromoción relativa a la programación, aclarando que la autopromoción es publicitaria pues constituye publicidad de los propios programas del operador de televisión o sus productos (autopublicidad). Lo que ocurre es que, a los efectos jurídicos de lo dispuesto en la LGCA, las autopromociones, ya sean meramente informativas o ya tengan un carácter promocional, no se consideran comunicaciones comerciales audiovisuales, por lo que no se les aplican las disposiciones previstas para éstas con carácter general en la LGCA, salvo el límite de los 5 minutos por hora de reloj y, en cuanto al contenido, estarán sometidas a las obligaciones y prohibiciones allí establecidas.

En definitiva, y conforme a dichos criterios, las autopromociones, sean éstas meramente informativas o tengan un carácter promocional, no se consideran comunicaciones comerciales audiovisuales, y por ello no se les aplican las disposiciones de la LGCA con carácter general, salvo el límite de 5 minutos por hora de reloj cuando se trate de una de las siguientes: avances de programación o publicidad de los propios programas; sobrepresión o transparencias que no se limiten a informar sobre la programación; autopromoción de la propia cadena; autopromoción de productos derivados o relacionados con los contenidos de un programa.

Partiendo de estas premisas, la CNMC, en el ejercicio de la función encomendada por el art. 9.6 de la LNNMC, procedió al visionado de las grabaciones (folios 1 a 2 y 99 a 100), detectando incumplimientos de la recurrente en el límite publicitario de 12 minutos por hora -art. 14.1- en el canal TELECINCO, los días 15/12/2018 y 02/01/2019, entre las horas 22-23 y 18-19 respectivamente.

Asimismo, y en las mismas actas (folios 3 a 98 y 101 a 108), se detectaron incumplimientos de Mediaset respecto del límite de autopromoción establecido de 5 minutos por hora- art. 13.2-, en los canales CUATRO, DIVINITY, ENERGY y TELECINCO, en las fechas y horarios que figuran en la tabla del antecedente de hecho primero de la resolución combatida, así como en los hechos probados.

Siguiendo este método, en el Fundamento Tercero de la resolución, se analizan pormenorizadamente y en detalle, los incumplimientos a que se ha hecho referencia en relación a los dos preceptos infringidos y las distintas franjas horarias, llegando a la conclusión de que por la recurrente se habían cometido una infracción administrativa grave y 17 infracciones administrativas de carácter leve del art. 59.2 y 58.6 de la LGCA al haber superado en los referidos canales, y en las horas y fechas que se especifican, el límite de tiempo de emisión de 12 minutos/hora en anuncios publicitarios y televenta -art. 14.1- y del límite de 5 minutos/hora -art.13.2 párrafo 2º- en la emisión de anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos.

CUARTO.- Como esta Sala ha declarado ya en otras resoluciones relativas a expedientes sancionadores por infracciones de la misma índole o similar; citamos, por todas el recurso 1722/2015, << La Ley 7/2010, de 31 de marzo, introdujo un nuevo marco regulador de la comunicación audiovisual en su conjunto y, en especial, de la comunicación comercial como derecho reconocido a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual. Con fecha 7 de diciembre de 2011 se publicó en el B.O.E. el Real Decreto 1824/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha Ley, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, dado que algunos aspectos de la misma dedicados a la comunicación comercial audiovisual precisaban de aclaración y un desarrollo más amplio para otorgar mayor seguridad jurídica. Algunos aspectos de dicho reglamento han sido modificados por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, que suprime el último párrafo del apartado 3 del artículo 5 y se reenumeran el capítulo V que pasa a ser capítulo VI y los actuales capítulos 14, 15 y 16, que pasan a ser arts. 15, 16 y 17.

La autopromoción se define en el art. 2 de la LGCA, apartado 28, como: "La comunicación audiovisual que informa sobre la programación del prestador del servicio, sobre programas o paquetes de programación determinados o sobre los productos accesorios derivados directamente de ellos".

Precepto que hay que conectar con el art. 13.2 de la citada Ley, que señala que "los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir programas que informen sobre su programación o anuncios de sus propios programas y los productos accesorios derivados directamente de dichos programas.

Estos programas y anuncios no se considerarán comunicación comercial a los efectos de esta Ley. No obstante, para la comunicación audiovisual televisiva (...) sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial".

*El desarrollo de este último precepto viene dado por el art. 5 del Reglamento de desarrollo de la citada Ley, modificado por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, que suprime el último párrafo del apartado 3 del citado artículo, modificación que es aquí aplicable *ratione temporis*, pero que en nada afecta al caso de autos por cuanto el párrafo suprimido se refiere a la emisión de mensajes promocionales o avances de películas europeas de estreno.*

(...)

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en la anteriormente citada Sentencia de 10 de julio de 2013 -recurso nº. 160/2012 -, sobre el alcance del citado precepto, en un recurso en el que Mediaset impugnaba, entre otros, el citado precepto reglamentario, al considerar que no respetaba debidamente el derecho de los operadores de televisión, reconocido por la LGCA, a emitir autopromoción, sino que lo restringe mediante la imposición de condiciones no previstas por el legislador y no amparadas por las regulaciones que sobre la autopromoción contiene la Directiva 2010/13/UE.

Señala el Alto Tribunal en primer lugar, que, en cuanto a la incidencia que pudiera tener la Directiva 2010/13/UE en lo relativo a las normas nacionales reguladoras de la autopromoción que efectivamente, la Directiva define como actividades de autopromoción aquellas mediante las cuales un organismo de radiodifusión televisiva promociona sus propios productos, servicios, programas o cadenas. El tiempo diario de difusión asignado a los anuncios realizados por dichos organismos de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y con los productos conexos directamente derivados de los mismos. Sin embargo, la propia Directiva reconoce entre sus disposiciones generales (concretamente en el artículo 4.1) que los Estados miembros tienen la facultad de exigir a los prestadores de servicios de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de "normas más estrictas o detalladas" en los ámbitos regulados por aquélla, siempre y cuando esas normas sean conformes al Derecho de la Unión Europea (en este mismo sentido el considerando 83).

Y a partir de estas dos premisas, prosigue la Sentencia, el art. 13.2 de la LGCA, se limita, en sus párrafos iniciales a reproducir prácticamente los términos de la Directiva...>>.

Posteriormente, el Alto Tribunal, en sentencia de 8 de noviembre de 2018 (recurso de casación 6202/2017), ha declarado:

<< Pues bien, en relación a las autopromociones cabe recordar la legislación aplicable: El artículo 2.28 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, define la autopromoción en los siguientes términos:

«Artículo 2

[...] 28. Autopromoción, La comunicación audiovisual que informa sobre la programación del prestador del servicio, sobre programas o paquetes de programación determinados o sobre los productos accesorios derivados directamente de ellos.»

En estrecha relación con lo anterior, los artículos 13.2 y 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, establecen en lo que ahora interesa, lo siguiente:

«Artículo 13. El derecho a crear canales de comunicación comercial y programas o anuncios de autopromoción.

1. (...)

2. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir programas que informen sobre su programación o anuncios de sus propios programas y los productos accesorios derivados directamente de dichos programas.

Estos programas y anuncios no se considerarán comunicación comercial a los efectos de esta ley. No obstante, para la comunicación audiovisual televisiva, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos no podrá superar los 5 minutos por hora de reloj, y sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial».

«Artículo 14. el derecho a emitir mensajes publicitarios.

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, ya sean servicios radiofónicos, televisivos o conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios.



Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva pueden ejercer este derecho mediante la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. Los servicios radiofónicos, conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios libremente.»

Estas previsiones legales encuentran luego desarrollo en los artículos 4 a 8 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la ley 7/2010 en lo relativo a la comunicación comercial televisiva. El contenido de los preceptos del texto reglamentario, en concreto de sus artículos 4 y 5, es el siguiente:

«Artículo 4. Autopromociones relativas a la programación.

Computan en el límite de 5 minutos por hora de reloj fijado en el artículo 13 de dicha ley:

a) Los avances de programación, donde se informa a los telespectadores, a través de trailers u otras técnicas audiovisuales publicitarias o promocionales, de los próximos programas o paquetes de programación que se van a emitir en cualquiera de los canales cuya responsabilidad editorial compete al mismo prestador del servicio de comunicación audiovisual.

b) Las sobreimpresiones publicitarias o promocionales sobre la programación o próximos programas de cualquiera de los canales del mismo prestador del servicio que se van a emitir, que no se limiten a informar, aunque tan solo aparezcan en alguno de los ángulos de la pantalla, así como aquellas transparencias o sobreimpresiones, también de carácter publicitario o promocional, que redirijan a la página web del prestador del servicio de comunicación audiovisual.

c) Las autopromociones de la cadena o del prestador del servicio de comunicación audiovisual que tengan un carácter promocional o publicitario».

(...)

Vemos así que la norma legal determina que los anuncios o programas de autopromoción no serán considerados como comunicación comercial, y, por tanto, no computan a efectos del límite de tiempo máximo dedicado a publicidad (12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj, según el artículo 14.1 de la Ley 7/2010) sino dentro del límite específico de 5 minutos por hora de reloj establecido en el artículo 13.2 para los programas o anuncios de autopromoción. Ahora bien, para que merezcan esta consideración ha de tratarse de «(...) programas que informen sobre su programación o anuncios de sus propios programas y los productos accesorios derivados directamente de dichos programas». Y en esta idea abunda el artículo 5 del Reglamento cuando incluye entre las "autopromociones de productos" «(...) las comunicaciones audiovisuales que informan sobre los productos accesorios derivados directamente de los programas del prestador del servicio de comunicación audiovisual».

QUINTO.- En el presente supuesto, la actora no niega los hechos en sí mismos, sino que sus alegatos se concretan, de un lado, en los patrocinios de "Ferrero", las autopromociones como computables o no computables, así como en una supuesta vulneración del principio de confianza legítima, y la existencia de determinados errores o incongruencias.

Comenzando por los supuestos patrocinios de la marca Ferrero, la Sala comparte el criterio de la resolución, de que se incumplen los requisitos del art. 16 de la LGCA, al afectar al contenido del programa, pues apareció la marca y sus productos dentro del programa durante 7 minutos y 32 segundos, lo que está expresamente excluido del derecho al patrocinio, por el apartado 3 del art. 16 " *Además, el patrocinio no puede afectar al contenido del programa o comunicación audiovisual patrocinados ni a su horario de emisión de manera que se vea afectada la responsabilidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual*".

Y en cuanto a la telepromoción de esta misma marca, consta en la resolución como los espacios dedicados a dichas telepromociones, incumplieron el régimen legalmente establecido, por cuanto duraron menos de 2 minutos, no se utilizó el mismo escenario, ambientación y atrezzo del programa (art. 9.2 RD 1624/2011), se promocionó la marca de bombones y también el pueblo en que tuvo lugar la presentación, y en todas las emisiones solo aparece en el margen de la pantalla una sobreimpresión con la expresión "telepromociones", sin cumplir el requisitos del art. 11 del RD 1624/2011, que exige que se superponga una transparencia con la indicación de "publicidad", que se utilice el mismo escenario del programa en que se emiten y que solo se exponga las características de un solo servicio, y en ellas se promocionaba la marca de los bombones más la del pueblo en que se hacia la presentación. Por todo ello, deben computarse dentro del límite de 12 minutos por hora, siendo esta interpretación que la actora califica como muy restrictiva, la acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Sala comparte los argumentos de la resolución y de la representación del Estado, que no ha sido desvirtuada por la parte actora.



SEXTO .- Tampoco se acepta que se haya producido vulneración del principio de confianza legítima como la parte alega, argumentando que se computan como autopromociones elementos (sobreimpresiones y cortinillas), que nunca hasta entonces habían sido consideradas como tales. A este respecto, cabe recordar que, ya la CNMC en los Acuerdos de la Sala de Supervisión de septiembre de 2014 y enero de 2015, expresaba su criterio en torno a los conceptos controvertidos, por lo que no se aprecia la vulneración de dicho principio, que, por otro lado, tampoco puede amparar situaciones de ilegalidad, como ha declarado el Alto Tribunal:

<< Respecto al principio de confianza legítima y seguridad jurídica la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en su STC 248/2007, de 14 de diciembre , FJ 5º, con cita de otras muchas ha manifestado, "ha de entenderse como la certeza sobre la regulación jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando "la claridad y no la confusión normativa" (STC 46/1990, de 15 de marzo , FJ 4º), de tal manera que "sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica">>. STS de 20/06/2014.

A lo expuesto, debe añadirse que las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2015 y 23 de mayo de 2017, 8 de noviembre de 2018 (rec. Cas. 6202/2017) admiten la interpretación de la CNMC:

<< El Pleno de esta Sala, en la Sentencia de 8 de julio de 2013 , que resolvió el recurso deducido por la misma sociedad Mediaset aquí recurrente que impugnó el Real Decreto 1624/2011, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la inexistencia de contradicción o discordancia entre los citados artículos 13.2 de la Ley 7/2010 y 5 del Reglamento. Dijimos en aquella ocasión, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

«(...) A nuestro juicio el artículo 5 del Reglamento no infringe el artículo 13.2 de la Ley 7/2010 , antes bien constituye un desarrollo válido del mismo. El adverbio de modo empleado en el precepto legal ("anuncios de los productos accesorios derivados directamente de dichos programas") exige que se dé una relación directa entre los productos y los propios programas, exigencia que el Reglamento respeta cuando excluye de los anuncios autopromocionales beneficiados con un tiempo adicional (cinco minutos sobre el general de doce) los productos ajenos al programa en sí.

Frente a las críticas de la recurrente, ha sido la Ley 7/2010, y no el Reglamento impugnado la que ha reducido la noción de "productos accesorios" a aquellos que "derivan directamente de los programas". A juicio de Mediaset España Comunicación, S.A." la noción debiera ampliarse a "los productos que deriven del prestador del servicio o de la cadena" y no sólo a los derivados del programa, pero esta pretensión carece de respaldo -es más, resulta contraria a ella- en la ley 7/2010».

Y en recurso interpuesto por la misma recurrente contra sentencia de esta Sala, el Alto Tribunal, declaraba:

<<Vemos así que la norma legal determina que los anuncios o programas de autopromoción no serán considerados como comunicación comercial, y, por tanto, no computan a efectos del límite de tiempo máximo dedicado a publicidad (12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj, según el artículo 14.1 de la Ley 7/2010) sino dentro del límite específico de 5 minutos por hora de reloj establecido en el artículo 13.2 para los programas o anuncios de autopromoción. Ahora bien, para que merezcan esta consideración ha de tratarse de «[...] programas que informen sobre su programación o anuncios de sus propios programas y los productos accesorios derivados directamente de dichos programas». Y en esta idea abunda el artículo 5 del Reglamento cuando incluye entre las "autopromociones de productos" «[...] las comunicaciones audiovisuales que informan sobre los productos accesorios derivados directamente de los programas del prestador del servicio de comunicación audiovisual» STS 30/10/2018 (rec. Casa. 3712/2017

[...] La segunda de las cuestiones en las que el auto de admisión del recurso aprecia interés casacional viene referida a la interpretación de los apartados 2 y 4 del artículo 14 de la Ley General de Comunicación Audiovisual , en relación con los correlativos artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE , a fin de determinar si las llamadas nuevas formas de publicidad -como sobreimpresiones, transparencias o publicidad virtual- puedan ser utilizadas no sólo en las retransmisiones de acontecimientos deportivos -posibilidad expresamente prevista en el artículo 14.4 LGCA y desarrollada en el artículo 17 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre (renumerado por el artículo único . 4 del Real Decreto 21/2014, de 17 de enero)- sino también en otro tipo de programas en atención a su específica naturaleza o a sus especiales circunstancias; y si tal interpretación resulta conforme al derecho comunitario.

Ante todo, es oportuno recordar algunas de las razones que expusimos en nuestra sentencia de 26 de febrero de 2018 (casación 2417/2017 , F.J. 2º), en la que examinábamos cuestiones estrechamente relacionadas con la que ahora nos ocupa. Veamos:

La Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, denominada Directiva de servicios de comunicación audiovisual, trata de alcanzar un equilibrio entre las necesidades de financiación de los operadores de televisión, su derecho a la libertad de empresa y la protección de los intereses de los consumidores, en cuanto telespectadores, frente a la publicidad excesiva.

Por ello la Directiva comunitaria, al mismo tiempo que se pronuncia a favor de la utilización de nuevas técnicas publicitarias (así se desprende del considerando 81 al afirmar «el principio de separación no debe impedir el uso de las nuevas técnicas de publicidad») contiene un conjunto de normas mínimas y de criterios que limitan la publicidad y regulan su emisión. A tal efecto, no solo establece una proporción y un tiempo máximo de publicidad televisiva y la prohibición o limitación de la publicidad de determinados productos, sino que también, lo que es más importante a los efectos que nos ocupan, sujeta la emisión de la publicidad por televisión a unos principios básicos: la necesidad de que la publicidad pueda ser reconocida como tal (principio de identificación), se diferencie o distinga claramente del contenido editorial (principio de diferenciación) y respete la integridad de los programas (principio de integridad).

Son los artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE los que regulan los principios de identificación, separación e integridad en los siguientes términos:

«Artículo 19.1. La publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial. Sin perjuicio de la utilización de nuevas técnicas publicitarias, la publicidad televisiva y la televenta deberán diferenciarse claramente del resto del programa por medios ópticos y/o acústicos y/o espaciales.

2. Los anuncios publicitarios y de televenta aislados constituirán la excepción, salvo en el caso de las retransmisiones de acontecimientos deportivos.»

«Artículo 20.1. Los Estados miembros velarán por que, cuando se inserte publicidad televisiva o televenta durante los programas, no se menoscabe la integridad de estos, teniendo en cuenta las interrupciones naturales y la duración y el carácter del programa de que se trate, y que no se perjudique a los titulares de sus derechos.»

En definitiva, aunque la Directiva se pronuncia abiertamente a favor de la utilización de las nuevas técnicas publicitarias (el principio de separación, «no debe impedir el uso de las nuevas técnicas de publicidad»), éstas deben respetar los principios de identificación, diferenciación e integridad de los programas, tal y como aparecen regulados en los artículos 19 y 20 de la Directiva.

Ahora bien, los Estados miembros tienen «la facultad de exigir a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas o detalladas en los ámbitos regulados por la presente Directiva siempre y cuando estas normas sean conformes al Derecho de la Unión (artículo 4 y considerando 83)» e incluso para las emisiones destinadas únicamente para el territorio nacional pueden fijar «diferentes condiciones relativas a la inclusión de publicidad y distintos límites aplicables al volumen de publicidad con el fin de favorecer la difusión de este tipo de emisiones» (considerando 84).

Procede, por tanto, analizar si en la normativa nacional existente se han establecido requisitos o exigencias más estrictos en relación con los principios de integridad de los programas y/o de separación entre la publicidad y el contenido editorial de los programas. Y ello partiendo de la idea de que la inclusión de transparencias o sobreimpresiones publicitarias, al superponer un mensaje comercial sobre el fondo del programa tiene un carácter más invasivo y permite y difumina la línea divisoria entre en el comienzo del programa y el bloque publicitario, lo cual podría resultar contrario a los principios de integridad y de diferenciación.

La regulación nacional se contiene en la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante "LGCA"), cuyo artículo 14.2 recoge el principio de diferenciación en los siguientes términos:

«[...] 2. Tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos según los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente. El nivel sonoro de los mensajes publicitarios no puede ser superior al nivel medio del programa anterior.»

Y el apartado 4 de este mismo artículo 14 regula el principio de integridad de los programas disponiendo: «4. Los mensajes publicitarios en televisión deben respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman».

La previsión contenida en el artículo 14.2 de la LGCA exige que los mensajes publicitarios estén diferenciados, que no separados, de los programas «mediante mecanismos acústicos y ópticos», por lo que el legislador nacional ha sido más exigente que la norma comunitaria en un doble sentido: por un lado, al no incluir los "medios espaciales" como mecanismo de diferenciación entre el programa y la publicidad; y, por otro, al exigir la utilización

de mecanismos acústicos "y" ópticos, de forma cumulativa, para diferenciar la publicidad del contenido editorial del programa.

[...]

Por tanto, las nuevas técnicas publicitarias, tales como sobreimpresiones o transparencias, pueden ser utilizadas no sólo en programas deportivos sino también en otro tipo de programas como los de entretenimiento, pues no existe en la regulación nacional nada que excluya o prohíba tales muestras publicitarias. En todo caso, deben respetar los principios de identificación, diferenciación e integridad.

En el documento aportado por la actora -contestación de la CNMC a la consulta por ella formulada- se expresa, como principio general que, al estar evaluando una excepción impuesta por una norma, la interpretación de dichos criterios ha de hacerse de forma restrictiva. Seguidamente en cuanto a las sobreimpresiones, recuerda la CNMC su previa resolución de 24 de julio de 2019, indicando que para que las sobreimpresiones se incluyan en la excepción del art. 7 c) del RD 1624/2011, deben ir referidas a la programación y de ser de carácter meramente informativo, sin que puedan contener elementos distintos al nombre del programa, día y hora de emisión o relativos al cambio de programación.

En cuanto a las cortinillas, aclara la CNMC que pueden ser calificadas como comunicación comercial, computando en el límite máximo de 12 minutos, o como autopromociones, computando en el límite de 5 minutos, siendo ésta última calificación como autopromoción la que ha sido corroborada por sentencias de esta Sala y del T. Supremo (sentencia de 8 de noviembre de 2018).

Y continúa, que, teniendo en cuenta los parámetros normativos y regulatorios citados, para que los mensajes informativos sobre programas diferentes al que se está emitiendo o los mensajes sobre el propio prestador, mostrados a través de una sobreimpresión o una cortinilla, puedan ser considerados como no sometidos al cómputo máximo de 5 minutos por hora de reloj fijados para las autopromociones, únicamente podrán contener los siguientes elementos: nombre del programa; día y hora de emisión; canal en que se emitirá; información sobre un cambio de programación; referencia genérica al prestador del servicio cuando su naturaleza sea puramente informativa; imagen acompañada únicamente con locuciones verbales que incluyan los mismos elementos informativos admisibles para el texto.

Y concluye que la introducción de cualquier otro elemento referido a un programa diferente a los citados, como pudiera ser grafismos, efectos visuales que intenten captar la atención del público o fragmentos del programa, determinarían la eliminación de la creatividad emitida de los supuestos de no sometimiento a cómputo.

Como expresa el representante del Estado, esta contestación ofrecida por el CNMC no constituye un cambio de criterio, sino que es la mera expresión de la facultad interpretativa de este organismo sobre la excepción prevista en el art. 7 del Reglamento, en el mismo sentido que se contiene en la resolución combatida.

SÉPTIMO.- Por lo que respecta a los supuestos errores o incongruencias, debe destacarse que en la resolución, y en el Fundamento cuarto, sobre la "responsabilidad de la infracción", la CNMC da cumplida respuesta a la recurrente, y le recuerda que al ser prestador del servicio de comunicación audiovisual no se puede acoger su alegación de forma favorable, pues con independencia del número de errores cometidos, la planificación de la publicidad forma parte de su actividad normal, y sobre él pesa el deber legal de controlar los tiempos de emisión, constituyendo, en caso contrario, supuestos de negligencia en su actuación, salvable únicamente en caso de hechos imprevistos e inevitables y no por meros errores, o con el objetivo de " *cuadrar una emisión*", puesto que tal negligencia repercute negativamente sobre los telespectadores, criterio íntegramente compartido por esta Sala, Sentencia de 31 de mayo de 2017 (rec. 1386/2015).

En resumen, y de acuerdo con los parámetros establecidos, y la interpretación restrictiva que ha de hacerse, considera la Sala que la resolución combatida es conforme a derecho y que la actora no ha desvirtuado el relato de hechos probados y los detalles de excesos en los tiempos que se contienen en el apartado 2.2, de la resolución impugnada, en cuanto a las franjas horarias en las que se ha superado el límite establecido en el art. 13.2, en los canales CUATRO (6 de febrero de 2019, franja de 22 a 23 horas); canal CUATRO, 21 de febrero de 2019 (franja de 01 a 02 horas); canal DIVINITY, 3 de enero de 2019 (franja de 21 a 22 horas); canal DIVINITY, 11 de enero de 2019 (franja de 19 a 20 horas); canal DIVINITY, 17 de enero de 2019 (franja de 17 a 18 horas); canal DIVINITY, 22 de enero de 2019 (franja de 12 a 13 horas); canal DIVINITY, 28 de enero (franja de 13 a 14 horas; canal Divinity, 2 de febrero (franja de 01 a 02 horas); canal DIVINITY, 15 de febrero (franjas de 14 a 15 horas y de 19 a 20 horas); canal DIVINITY, 23 de febrero (franja de 21 a 22 horas); canal DIVINITY, 24 de febrero (franjas de 12 a 13 horas y de 21 a 22 horas); canal ENERGY, 20 de febrero (franja de 20 a 21 horas) y canal TELECINCO, 23 de enero (franja de 19 a 20 horas), y que por ello son constitutivos de las infracciones imputadas.

Por lo que respecta a la imposición y graduación de las sanciones, a las sanciones graves les corresponde sanción de 100.001 a 500.000 euros, por lo que la impuesta por la resolución de 153.805 euros, próxima



al grado mínimo, se considera adecuada y proporcionada a las circunstancias. Y en el caso de las leves, cuya sanción puede alcanzar un máximo de 100.000 euros, debe señalarse que las sumas impuestas van de los 4.482 euros (exceso de 12 segundos) hasta los 35.876 euros (exceso de 124 segundos), siendo la mayor parte en torno a 10.000 euros, y siempre en proporción a los tiempos en que se ha cometido la extralimitación temporal, por lo que la Sala también las considera adecuadas y respetuosas con el principio de proporcionalidad.

Por todo lo anteriormente expuesto, procede la íntegra desestimación de la demanda.

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

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

FA LLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez Puelles, en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A.** contra la resolución de 24 de julio de 2019, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se le declara responsable de una infracción grave y 17 leves y se le impone una sanción por importe total de 365.301 euros, por la vulneración de los art. 13.2,2º y 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, y **DECLARAR** la resolución impugnada 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,

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA