BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ063054

TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia 290/2018, de 26 de febrero de 2018
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Rec. n.º 2417/2017

SUMARIO:

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Sanción por publicidad. Principios de integridad del programa y de separación entre la publicidad y el contenido editorial del programa. Sentencia que permite el uso de nuevas técnicas publicitarias televisivas (sobreimpresiones y transparencias publicitarias) en programas de entretenimiento, y no solo deportivos, siempre que sea como tránsito entre la publicidad y el contenido editorial de los programas, que no lo interrumpan, que se identifique claramente y que se diferencie por mecanismos acústicos y ópticos. El tribunal interpreta los principios de separación e integridad en materia publicitaria contemplados en la ley nacional, así como la Directiva Comunitaria 2010/13 sobre la materia y concluye que ni la normativa comunitaria ni la norma nacional exigen un lapso temporal o interrupción entre los programas y bloques publicitarios. Por ello, estas nuevas técnicas publicitarias «pueden ser utilizadas no solo en programas deportivos sino también en otro tipo de programas como los de entretenimiento, pero en todo caso deben respetar los principios de identificación, diferenciación e integridad». Incluir una sobreimpresión publicitaria sobre el fondo del programa, una vez finalizado el bloque publicitario y antes del inicio del programa o la finalización del mismo, "constituye una forma de tránsito entre el contenido editorial del programa y el bloque publicitario que no está prohibido y que será lícito siempre que se identifique claramente que se trata de publicidad, que el mensaje comercial se diferencie claramente del programa por mecanismos acústicos y ópticos, y que no interrumpa el contenido editorial del programa. Voto particular.

PRECEPTOS:

Directiva 2010/13/UE (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), arts. 4.1, 19 y 20.1.
Ley 7/2010, (General de Comunicación Audiovisual), arts. 14 y 58.

PONENTE:

Don Diego Córdoba Castroverde.

Magistrados:

Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE
Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Don EDUARDO CALVO ROJAS
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 290/2018

Fecha de sentencia: 26/02/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2417/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 13/02/2018

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 2417/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 290/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 26 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación número 2417/2017, formulado por el procurador Don Manuel Sánchez-Puelles González Carvajal, en la representación que ostenta de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., bajo la dirección letrada de Don Mario Rodríguez Valderas, contra la sentencia de veinte de enero de dos mil diecisiete, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso nº 20/2016 , sostenido contra la resolución dictada el día 1 de octubre de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte recurrente cuatro multas por importe total de 460.840 euros, por la vulneración del artículo 14.2 y 4, párrafo 1º de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de comunicación

Audiovisual, por cuatro infracciones tipificadas como graves en el artículo 58.7 de la citada norma , habiendo sido parte recurrida la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, actuando en nombre y representación de la mercantil "MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A." interpuso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), de 1 de octubre, por la que impuso a la citada mercantil cuatro sanciones por un importe total de 460.840 euros por la comisión de cuatro infracciones, tipificadas como graves, con arreglo a los apartados 2 y 4 del artículo 14 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA) y del artículo 58.7 del mismo texto legal .

En su resolución, la CNMC consideró acreditado que Mediaset realizó 17 impresiones publicitarias de varios productos ("Angileptol", "Hydroxycut", "GAES" "Halibur" durante la emisión de varios programas en sus canales "Telecinco" ("El programa de Ana Rosa", "Que tiempo tan feliz", "Sálvame Naranja") y "Cuarto" ("Todo va bien", "Deportes Cuarto", "Las mañanas de Cuatro"). Estos mensajes publicitarios, con una duración de entre 5 y 7 segundos, se insertaron durante la emisión de los programas y sin interrumpirlos ocupando el centro de la pantalla, aunque no la totalidad de la misma.

La Comisión consideró infringidos el principio de separación entre publicidad y programación previsto en el artículo 14. 2 LGCA, así como el principio de integridad de la programación previsto en el artículo 14. 4 LGCA, como consecuencia de la inserción de transparencias publicitarias durante la emisión de algunos programas, algunos con locución incluida -en concreto, al inicio del programa tras la interrupción para la emisión de publicidad tradicional-. La CNMC parte de la regla general, que requiere de la interrupción de los programas para la emisión de publicidad y que sólo admite excepción en el caso de retransmisiones deportivas siempre que se pueda seguir el desarrollo del acontecimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14.1 LGCA y el artículo 20 de la Directiva 2010/13/UE , para afirmar que en este caso no se han respetado los mencionados principios.

Segundo.

El recurso fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 20 de enero de 2017, de la Sala de lo Contencioso -administrativo dictada en el procedimiento ordinario núm. 20/2016.

La Sala de instancia señala que el artículo 14.2 LGCA consagra el principio de separación entre contenidos televisivos y publicidad que constituye, por un lado, un derecho del telespectador (artículo 6. 5 LGCA) y, por otro, una imposición a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13. 1 LGCA. Este principio se encuentra recogido a su vez en el artículo 19 de la Directiva 2010/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo , de 10 de marzo, que, además, prevé en su artículo 4.1 la posibilidad de que los Estados miembros puedan exigir a los prestadores del servicio de comunicación el cumplimiento de normas más estrictas. Partiendo de lo anterior, y de la remisión que el artículo 14.2 LJCA realiza a los criterios generales establecidos por la autoridad competente, subraya la Sala que la CNMC ha especificado los criterios por los que considera que se separa el contenido editorial del contenido publicitario mediante sendas resoluciones de 9 de septiembre de 2014 y de 17 de marzo de 2015. «Y para considerar diferenciado el mensaje publicitario del programa de televisión» razona la Sala, «este último debe interrumpirse para emitir el mensaje publicitario, y así evitar cualquier solapamiento entre las imágenes o sonidos de ambas emisiones de forma que no impida la visión del programa o el desarrollo de su línea argumental verbal».

A continuación argumenta la Sala con fundamento en el principio de integridad de la programación, recogido en el apartado 4 del artículo 14 LJGCA en relación con el artículo 20 de la citada Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual , que el derecho a la emisión de publicidad ha de cumplir con los requisitos de la clara diferenciación respecto de los programas, no confusión al espectador sobre el carácter publicitario y respeto de la integridad del programa en que se inserta. Por lo tanto, concluye en esta primera aproximación, «En contra de lo que dice la parte actora, la LGCA viene a prohibir la emisión de publicidad cuando no se cumplan los citados

requisitos, constituyendo la excepción en el caso de retransmisiones deportivas que está también contemplada en el art.19.2 de la Directiva 2010/13/UE , así como en el art. 16 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva».

Respecto de la invocada infracción del precedente sentado por la misma Sección en un caso anterior, la Sala de instancia reconoce que es cierto que en la sentencia invocada se anuló la sanción impuesta por la inserción de transparencias publicitarias en el relación con el programa "Gran Hermano" pues «no puede desligarse el visionado de las inserciones publicitarias de la naturaleza y clase del programa en que se emitieron: se trata de un programa sin guión previo en el que no se interrumpe una programación previamente preparada sino, simplemente, se hace simultáneo el contenido publicitario con el visionado de la convivencia de determinadas personas» . Pero, remarca la Sala en la sentencia que se impugna, que dicho criterio no puede considerarse como una autorización general de este tipo de publicidad, que será claramente inadecuada en otra clase de programas «en los que sí se alteraría gravemente la integridad del mismo». Y concluye la Sala que en los programas concretos donde se emitieron las inserciones publicitarias que han dado lugar a la sanción se han incumplido los apartados 2 y 4 del artículo 14 LGCA, «siendo diferente la naturaleza de dichos programas que el que fue objeto de la citada Sentencia, teniendo un guión previo».

Por último, la sentencia desestima la alegada infracción del principio de proporcionalidad, pues en la resolución de la CNMC se contienen los criterios que han sido tenidos en cuenta para graduar la sanción, como la repercusión social en función del canal y de la audiencia, el número de inserciones publicitarias, la duración de la publicidad o el beneficio económico obtenido por el operador.

Tercero.

La representación procesal de la mercantil "MEDIASET" interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 20 de enero de 2017 (rec. núm. 20/2016). En su escrito de preparación se consideraron infringidos los siguientes preceptos: los apartados 1 , 2 y 4 del artículo 14 LGCA ; el artículo 16 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva; los artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/CE , de 10 de marzo, de Servicios de Comunicación Audiovisual; así como el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común .

Cuarto.

Mediante Auto de 17 de julio de 2017 (rec. 2417/2017) se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en determinar <<si la interpretación de los apartados 2 y 4 del artículo 14 LGCA, en relación con los correlativos artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE , permite que 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 art. 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>>.

Quinto.

Mediaset formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito fechado el 6 de octubre de 2017 en el que terminó solicitando una sentencia estimatoria por la que se case la recurrida o, subsidiariamente, una sentencia parcialmente estimatoria por la se dicte un pronunciamiento sobre el fondo estimando el recurso contencioso y anulando, total o parcialmente, la resolución del Consejo de la CNMC de 1 de octubre de 2015, según corresponda.

Invoca los siguientes motivos de casación:

1º Infracción de los artículo 14 de la LGCA, 16 y 17 del Reglamento de Publicidad y los artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE , por cuanto la sentencia impide el uso de transparencias publicitarias a contenidos distintos

de la retransmisión de acontecimientos deportivos sin que exista una prohibición legal al respecto. A su juicio, teniendo en consideración la normativa europea y nacional en materia publicitaria no cabe interpretar que se prohíba utilizar las transparencias en otros contenidos que no sean únicamente las retransmisiones deportivas. Argumenta que si la ley permite expresamente para ciertos contenidos (acontecimientos deportivos) el uso de las mencionadas técnicas publicitarias es porque las mismas no son contrarias a los principios de integridad y separación entre publicidad y contenido editorial. Es cierto que en el caso de retransmisiones deportivas se permiten de forma expresa pero en ningún momento se establece en la norma que no esté permitido para otro tipo de contenidos, por lo que no existiendo una prohibición expresa para el uso de transparencias, sobreimpresiones o publicidad virtual en otro tipo de contenidos diferentes de los de carácter deportivo no se puede interpretar que la ley impide utilizar tales técnicas.

2º Infracción de los artículos 24.1 y 120.3 CE , 248 de la LOPJ y 209 de la LEC por ausencia de motivación al no explicar la sentencia impugnada porque la ley prohíbe el uso de transparencias publicitarias en contenidos distintos de la retransmisión de acontecimientos deportivos.

3º Infracción de los artículos 24 CE , 218 de la LEC y 67.1 de la LJ por incongruencia omisiva de la sentencia al contradecirse ésta y no establecer con claridad en qué casos estaría permitido el uso de transparencias publicitarias. Considera que en otra sentencia de la Audiencia Nacional (SAN, Sección Primera de 17 de febrero de 2011, rec. 525/2009) se consideró posible utilizar sobreimpresiones publicitarias en casos distintos de las retransmisiones deportivas por apreciarse en aquel caso que se trataba de un programa de entretenimiento ("Gran Hermano") sin guión previo en el que no se interrumpe una programación previamente preparada, sin que en la sentencia impugnada se haya justificado las diferencias existentes entre uno y otro caso. Entiende que la sentencia incurre en incongruencia interna por contradecirse en varias ocasiones y no establecer con claridad en qué supuestos estarían permitidas las transparencias publicitarias.

4º Infracción de los artículos 9.3 , 14 y 24.1 de la CE , 248 de la LOPJ y 218 de la LEC al separarse la Sala de forma inmotivada y arbitraria de su propio criterio establecido en resoluciones anteriores, mencionando el precedente de la SAN de 20 de enero de 2017 .

5º Infracción de los artículos 24.1 y 120.3 CE , 248 de la LOPJ y 209 de la LEC por ausencia de motivación de la sentencia impugnada al haberse limitado a reproducir lo establecido en la resolución administrativa.

6º Infracción de los artículos 29.3 de la Ley 40/12015 de 1 de octubre del Sector Público y artículo 60.4 de la LGCA por vulneración del principio de proporcionalidad e inaplicación de los criterios legales establecidos en la graduación de sanciones.

La resolución administrativa, al tiempo de graduar la sanción, no tuvo en consideración los siguientes factores: no hubo intencionalidad infractora, actuando con el convencimiento de que no estaba infringiendo la ley, a la vista del criterio fijado en la sentencia de la AN citada como precedente; las infracciones son por la repetición de una misma conducta en el tiempo a lo largo de diversos días sin que hubiese advertencia o requerimiento alguno para el cese de la conducta; no hubo reincidencia ; no se aplicaron los criterios del artículo 60.4 de la LGCA sustituyendo sus criterios por el de audiencia de los programas, la duración de la publicidad o el carácter continuada de dos de las cuatro infracciones. Y el beneficio económico se cita como criterio de graduación pero no se demuestra.

Sexto.

El Abogado del Estado se opuso al recurso argumentado que, tanto la sentencia de instancia como su propio parecer, no se parte del presupuesto de negar las nuevas formas de publicidad en la televisión (sobreimpresiones, transparencias) sino que se cumplan los siguientes requisitos: deben estar claramente diferenciados de los programas; no pueden confundir al espectador sobre el carácter publicitario; se debe respetar la integridad del programa en que se inserta.

La emisión de los mensajes publicitarios debe respetar los principios de separación con el programa en que se emita y la integridad del mismo, sin que estas exigencias se supriman en el caso de la utilización de nuevas formas de publicidad. Esta diferenciación entre los contenidos televisivos y la publicidad se configura como un derecho del telespectador (artículo 6.5) y como una condición para poder emitir publicidad (artículo 13.1, párrafo 2 y artículo 14.2 LGCA).

La especialidad que revisten los acontecimientos deportivos se encuentra en que no se pueden interrumpir voluntariamente por el retransmitente sin afectar al seguimiento de su desarrollo. Por ello solo se permite mensajes publicitarios cuando el acontecimiento deportivo está detenido (artículo 14.4, párrafo tercero, de la LGCA y artículo 15 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre) y para compensar esta limitación permite inserciones

publicitarias con mayor flexibilidad (arts. 16 y 17 del RD 1624/2011). Fuera de estos supuestos los contenidos publicitarios deben emitirse por separado de los contenidos televisivos, esto es, una vez interrumpido el programa televisivo para emitir el mensaje publicitario, evitando así cualquier solapamiento entre las imágenes o sonidos de ambas emisiones.

La normativa comunitaria es de mínimos pudiendo los Estados miembros de un margen para añadir a esa regulación mínima armonizada requisitos más estrictos o detallados (artículo 4.1 de la Directiva). Y de su articulado no se desprende que las nueva técnicas publicitarias estén excepcionadas de los principios de diferenciación e integridad, tal y como se dispone en el artículo 20 (sin perjuicio de la utilización de nuevas técnicas publicitarias se ha de respetar la integridad de los programas) y se refleja claramente en el considerando 81 in fine (<<el principio de separación no debe impedir el uso de las nuevas técnicas de publicidad>>).

Las transparencias o sobreimpresión pueden ser utilizadas en todo tipo de programas pero en la medida en que la utilización de estas técnicas publicitarias puede ser intrusiva y agresiva, invadiendo gran parte de la pantalla y desnaturalizando el contenido del programa e interrumpiendo su línea argumental, con lo que se perjudica el interés del espectador por lo que han de respetar el principio de integridad del programa y de separación entre el contenido del programa y la publicidad.

A su juicio en cualquier emisión de mensajes publicitarios, se utilicen o no nuevas tecnologías, han de cumplirse los siguientes requisitos: deben estar claramente diferenciados de los programas; no se puede confundir al espectador sobre el carácter publicitario del mensaje; se debe respetar la integridad del programa en que se inserta.

El Abogado del Estado considera, por tanto, que el derecho nacional es plenamente conforme con el derecho de la Unión Europea, pero si existiese alguna duda la Sala debería plantear cuestión prejudicial evitando la inaplicación de la normativa comunitaria o su interpretación en contra de la Directiva que armoniza unos criterios mínimos.

Séptimo.

Mediante providencia de 14 de diciembre de 2017 se acordó haber lugar a la celebración de vista señalándose al efecto el día 13 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar la vista pasando seguidamente a la deliberación para votación y fallo de este recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La representación procesal de la mercantil "MEDIASET" interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 20 de enero de 2017 (rec. núm. 20/2016) que desestimó el recurso contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que sancionó a la entidad recurrente con cuatro multas por importe total de 460.840 €, al entender que había cometido cuatro infracciones tipificadas como graves en el artículo 58.5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), dos de ellas de carácter continuado.

La resolución administrativa y la sentencia de instancia consideran que los mensajes publicitarios emitidos en varios programas de entretenimiento de sus canales de televisión "Telecinco" ("El programa de Ana Rosa", "Que tiempo tan feliz", "Sálvame Naranja") y "Cuarto" ("Todo va bien", "Deportes Cuarto", "Las mañanas de Cuatro") infringían el principio de separación, consagrado en el artículo 14.2 de la LGCA y en el artículo 4.1 de la Directiva 2010/13/UE , y el principio de integridad de los programas, consagrado en el artículo 14.4 de la LGCA y en el artículo 20.1 de la Directiva Comunitaria . Y ello por entender que "para que se pueda considerar diferenciado el mensaje publicitario del programa de televisión, este último debe interrumpirse para emitir el mensaje publicitario y así evitar cualquier solapamiento entre las imágenes y sonidos de ambas emisiones de forma que no impida la visión del programa o el desarrollo de su línea argumental".

Segundo. *Sobre los principios de separación e integridad en materia publicitaria.*

La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión de 17 de julio de 2017, en torno a la interpretación que han de recibir los principios de separación e integridad en materia publicitaria,

contenidos en los apartados 2 y 4 del artículo 14 Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , en relación con los correlativos artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE .

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 nueva 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 ocupa, 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.

El núcleo de la presente controversia consiste en determinar si el principio de diferenciación o, en su caso, el de integridad, exigen un corte o separación temporal que delimite claramente el tiempo destinado a los mensajes publicitarios del inicio o final del programa correspondiente o si, por el contrario, es posible utilizar transparencias o sobreimpresiones publicitarias al inicio o finalización del programa como tránsito entre el contenido editorial del programa y el bloque destinado a publicidad.

La Directiva comunitaria, por lo que respecta al principio de separación/diferenciación, tan solo exige que la publicidad televisiva debe <<diferenciarse claramente del resto del programa por medios ópticos y/o acústicos y/o espaciales>>, sin que tales medios tengan que aplicarse cumulativamente, tal y como se desprende del tenor literal del precepto y como ha tenido ocasión de recordar el TJUE en su sentencia de 17 de febrero de 2016 (Asunto C-314/14 , considerando 37). Es decir, la norma comunitaria, tal y como ha sido interpretada por el TJUE, no exige una separación temporal entre el inicio del programa y el comienzo de la publicidad, pues basta que dicha diferenciación sea meramente espacial, acústica u óptica para entender cumplida esta exigencia.

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 limites aplicables al volumen de publicidad con el fin de favorecer la difusión de este tipo de emisiones>> (considerando 84).

Procede, por tanto, analizar si a vista de 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.

Debe partirse 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. Por ello es preciso analizar los límites y exigencias impuestos en la legislación nacional, analizando especialmente si se ha introducido en nuestro ordenamiento nacional la obligación de establecer una separación temporal o interrupción que separe nítidamente el bloque publicitario del comienzo o finalización del programa.

Por lo que ahora nos importa, 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 cuarto de este mismo precepto 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.

Lo que no requiere la norma nacional, y podría haberlo hecho, es la exigencia de un lapso temporal o "interrupción" (según afirma la resolución administrativa y la sentencia de instancia) entre el programa y el bloque destinado a la publicidad. La inclusión de una sobreimpresión publicitaria sobre el fondo del programa, una vez finalizado el bloque publicitario y antes del inicio del programa o a la finalización del mismo, constituye una forma de tránsito entre el contenido editorial del programa y el bloque publicitario que no está prohibido y que será lícito siempre que se identifique claramente que se trata de publicidad, que el mensaje comercial se diferencie claramente del programa por mecanismos acústicos y ópticos, y que no interrumpa el contenido editorial del programa .

Tales consideraciones permiten dar respuesta a la cuestión nuclear que motivó la admisión de este recurso y respecto de la que se apreció interés casacional, en los siguientes términos:

- Las nuevas técnicas publicitarias, tales como sobreimpresiones o transparencias, pueden ser utilizadas no solo en programas deportivos sino también en otro tipo de programas como los de entretenimiento pero, en todo caso, deben respetar los principios de identificación, diferenciación e integridad.
- Ni la normativa comunitaria ni la norma nacional exigen que entre el comienzo o final del programa y el bloque publicitario exista una separación o lapso temporal, permitiéndose sobreimpresiones o transparencias como forma de tránsito entre la publicidad y el contenido del programa siempre que la publicidad este suficientemente identificada y diferenciada del programa y se respete la integridad del mismo.

Tercero. *Sobre legalidad de la conducta enjuiciada.*

A la vista de estas consideraciones corresponde finalmente analizar si los anuncios publicitarios que se enjuician son constitutivos de la infracción grave prevista en el 58.7 del LGCA (<<El incumplimiento del resto de las condiciones establecidas en esta Ley para la realización de las distintas formas de comunicación comercial previstas en los artículos 14, 15, 16 y 17 que no estén incluidas en la tipificación del apartado anterior>>) , por lo que, en definitiva, nos movemos en el ámbito del derecho administrativo sancionador para determinar si las técnicas publicitarias empleadas incumplieron los principios de identificación, diferenciación e integridad en materia publicitaria.

Tal y como hemos señalado en los antecedentes de hecho de esta resolución, los mensajes publicitarios consistían en la inserción al inicio o final de los programas de varias sobreimpresiones en las que se anunciaban varios productos. Esta publicidad se insertó, según consta en el expediente administrativo y se considera probado en la sentencia de instancia, <<tras la reanudación del programa después del corte publicitario; antes de producirse el corte publicitario; tras los créditos de presentación del programa o previo a la finalización del programa de televisión>>.

Las sobreimpresiones ocupaban una gran parte del centro de la pantalla o una franja inferior de la pantalla de televisión, y en muchas de ellas, aunque no en todas, podía verse en la esquina superior de la pantalla el término "Publicidad". En el resto de la pantalla se podía apreciar el escenario con el público o el rótulo del programa.

No se plantean dudas respecto del cumplimiento del principio de identificación, no solo por la inclusión en la parte superior de la pantalla del término "publicidad" en muchos de los anuncios, sino también porque del propio formato de las sobreimpresiones utilizadas era evidente para cualquier telespectador medio que se trataba de un mensaje comercial publicitario.

Tampoco se aprecia la vulneración del principio de integridad. Las sobreimpresiones se emitieron al comienzo o final de los programas, antes de que se iniciase propiamente su contenido editorial, y mientras en el fondo de la pantalla se enfocaba el escenario con los espectadores o el público asistente aplaudiendo sin que el anuncio interrumpiese el hilo argumental del programa, el cual no había comenzado o ya había finalizado. La propia resolución administrativa minimiza el impacto de estas sobreimpresiones en la integridad editorial del programa afirmando que <<En todo caso, las transparencias, que son publicidad televisiva, fueron insertadas durante la emisión del programa aunque considerando el momento en el que se emitieron, cabe considerar que no se alteró gravemente la integridad de dichos programas>>.

Y finalmente tampoco puede considerarse vulnerado el principio de diferenciación o distinción entre la publicidad televisiva y el contenido editorial del programa, pues no era necesaria una interrupción o lapso temporal entre la publicidad y el inicio del programa, tal y como se ha razonado anteriormente. Y, por otra parte, a la vista del formato elegido se considera que el mensaje publicitario estaba suficientemente diferenciado, por medios acústicos y ópticos, del contenido editorial del programa. Gran parte de la pantalla era ocupada por la publicidad, apreciándose claramente, tanto en su percepción óptica como en la presentación acústica, que se trataba de anunciar un producto y que el programa como tal no había comenzado o había finalizado, sin perjuicio de que en el fondo de la pantalla se pudiera ver el escenario con el público en sus asientos o, en otro caso, el logo del programa.

Por todo ello, no se considera que la conducta enjuiciada incurriese en la infracción descrita por lo que procede estimar el recurso de casación y anular la resolución administrativa y, por ende, de las sanciones impuestas.

Cuarto. *Costas .*

Procede, por todo lo expuesto, la estimación del recurso de casación sin que se aprecien circunstancias que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJ . Sin que tampoco se considere procedente la imposición de las costas causadas en la instancia al presentar el asunto serias dudas de derecho en torno a la correcta interpretación y aplicación de los principios de integridad y diferenciación en materia publicitaria.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, actuando en nombre y representación de la mercantil "MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A." contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 20 de enero de 2017, (rec. 20/2016) casando la sentencia y anulando la sentencia.

2º Estimar el recurso interpuesto "MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A" contra la resolución de 1 de octubre de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, anulando la resolución administrativa y las sanciones en ella impuestas.

3º No imponer las costas causadas ni en la instancia ni en 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. Diego Córdoba Castroverde
D. Ángel Ramón Arozamena Laso

T R I B U N A L S U P R E M O
Sala de lo Contencioso-Administrativo

Fecha de sentencia: 26/02/2018
Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
Número: 2417/2017
Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA DE 26 DE FEBRERO DE 2018 (RECURSO DE CASACIÓN 2417/2017).

PRIMERO.- Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con lo razonado en los fundamentos segundo y tercero y, como consecuencia, con lo acordado en la parte dispositiva de la sentencia. Y ello por las razones que seguidamente paso a exponer:

1.- Comparto el parecer de la mayoría de la Sala cuando señala que el legislador nacional (artículo 14 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual) ha sido más exigente que la norma comunitaria (artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE); pero no solo por las razones que señala la sentencia -esto es, porque la norma española no mencione los "medios espaciales" como mecanismo de diferenciación entre el programa y la publicidad y, por otro lado, exija la utilización de mecanismos acústicos "y" ópticos de forma cumulativa y no alternativa, como hace la Directiva- sino también, y sobre todo, por una razón que considero cualitativamente más relevante y que se deriva de la propia estructura del precepto legal, en particular del artículo 10.4 de la Ley 7/2010 .

En efecto, cuando el citado artículo 10.4 señala que las retransmisiones de acontecimientos deportivos por televisión " únicamente podrán ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido " y que en dichas retransmisiones deportivas "... se podrán insertar mensajes publicitarios siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento ", no sólo está dando una regulación específica para esta clase de retransmisiones sino que está estableciendo la excepción a una regla general prohibitiva, esto es, que en los demás programas a los que alude el párrafo anterior del propio artículo 10.4 no tiene cabida la inserción de mensajes publicitarios superpuestos mediante la inclusión de transparencias o sobreimpresiones publicitarias.

2.- La interpretación permisiva que hace sentencia de la que discrepo propicia la inseguridad jurídica en lo que se refiere a la efectiva protección del principio de integridad.

Así, el fundamento tercero de la sentencia, para justificar que en el caso que se examina ese principio de integridad no ha resultado vulnerado, se ve en la necesidad de explicar que "(...) Las sobreimpresiones se emitieron al comienzo o final de los programas, antes de que se iniciase propiamente su contenido editorial, y mientras en el fondo de la pantalla se enfocaba el escenario con los espectadores o el público asistente aplaudiendo sin que el anuncio interrumpiese el hilo argumental del programa ". Resulta así que la determinación de si la inserción de sobreimpresiones publicitarias es aceptable, o no, se hace depender de circunstancias variables y de perfiles imprecisos, como son el momento del programa en que se realiza la inserción, la concreta imagen de fondo que se está emitiendo y la relevancia de ésta con relación al hilo argumental del programa, pues dependiendo de todo ello la superposición del mensaje publicitario podrá ser conforme a derecho o, por el contrario, constitutiva de infracción.

Entendida de así la norma, su aplicación está abocada al casuismo y a la inseguridad, al queda gravemente desdibujada y borrosa la delimitación de las conductas potencialmente infractoras.

3.- La Directiva 2010/13/UE hace un constante llamamiento a la protección y defensa de los consumidores . Baste señalar que el punto 9 de su Preámbulo declara que el contenido de la Directiva "...se entiende sin perjuicio de los actos de armonización de la Unión vigentes o futuros que tienen especialmente por objeto hacer que se respeten los imperativos relativos a la defensa de los consumidores,...". Y en otros considerandos del mismo Preámbulo se reiteran las referencias a "la plena y adecuada protección de los intereses de los espectadores de la Unión Europea" (55) y a que "resulta esencial garantizar un alto nivel de protección del consumidor" (99).

Nada de ello está presente en la sentencia de la que discrepo, cuya fundamentación jurídica dedica muy escasa atención a la protección y defensa de los consumidores, pese a haberla invocado expresamente la Abogacía del Estado tanto en su escrito de oposición al recurso de casación como en el acto de la vista.

La cuestión me parece relevante porque ante estas formas de publicidad consistentes en la inserción de sopreimpresiones en el curso de un programa el consumidor está particularmente "indefenso", ya que frente a aquéllas son escasamente eficaces los procedimientos para eludir la publicidad convencional a los que alude el considerando 85 de la propia Directiva.

Bien puede decirse que estas nuevas modalidades de publicidad han surgido precisamente para estorbar o dificultar esas maniobras elusivas por parte de los consumidores. Y siendo ello así, la Sala debería haber dispensado a éstos una eficaz protección, en lugar de sostener -como hace la sentencia de la que discrepo- una interpretación de la normativa española que considero poco respetuosa con el llamamiento que se hace en la Directiva 2010/13/UE a la protección y defensa de los consumidores.

SEGUNDO.- En definitiva, por las razones que he expuesto en el apartado anterior considero que la sentencia debería haber desestimado el recurso de casación interpuesto por Mediaset Comunicación, S.A.

En Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

Eduardo Calvo Rojas

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Diego Córdoba Castroverde , estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.