

Audiencia Nacional

AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia de 26 noviembre 2008

JUR\2008\387581



CORREOS Y TELECOMUNICACIONES: Telecomunicaciones: televisión: régimen sancionador: infracciones: emisión de publicidad ilícita: infracción existente: sanción procedente.

Jurisdicción:Contencioso-Administrativa

Recurso de Apelación 84/2008

Ponente:Excma. Sra. Mª Luz Lourdes Sanz Calvo

SENTENCIA EN APELACION

Madrid, a veintiseis de noviembre de dos mil ocho.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional

en grado de apelación el

recurso número 84/2008, interpuesto por SOGECABLE S.A. representada por el Procurador Sr.

Vázquez Guillén contra la

sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número cinco de Madrid

en fecha veintiocho de mayo

de 2.008 en el Procedimiento Ordinario número 113/2007; ha sido parte apelada, el Abogado del

Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número cinco de Madrid se dictó en fecha 28 de mayo de 2008 sentencia por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Sogecable S.A. contra la resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de fecha 14 de junio de 2007, por la que se impone a la recurrente una sanción de multa de 50.500 €.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la representación procesal

de Sogecable S.A., Recurso de Apelación que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado a la parte apelada, habiendo presentado la Abogacía del Estado escrito impugnando el recurso interpuesto, elevándose las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Nacional.

TERCERO.- Una vez recibidos los autos en esta Sección, se formó el presente Rollo, registrado con el número 84/2008, señalándose para votación y fallo el día 25 de noviembre de 2008.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. María Lourdes Sanz Calvo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia confirma la resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de fecha 14 de junio de 2007, por la que se impone a Sogecable S.A. una sanción de multa de 50.500 € como responsable de una infracción grave de carácter continuado por vulneración del artículo 8.1 de la Ley 25/1994 (por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisivas), modificada por la Ley 22/1999, y del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, General de Publicidad .

Confirma, en suma la sentencia apelada, una resolución sancionadora por emisión de publicidad ilícita, en concreto, por la emisión durante los días 25, 26, 27, 28 y 29 de diciembre 2006 de un anuncio publicitario para la promoción del Seat León, que se considera que presenta a las mujeres de forma vejatoria por utilizar directamente partes de su cuerpo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, y vulnera el artículo 8.1 de la Ley 25/1994 y el artículo 3.a) de la Ley General de Publicidad 34/1978 .

SEGUNDO.- La entidad apelante alega en apoyo de su recurso que la sentencia de instancia resuelve el recurso de una manera esencialmente escueta y simplifica y no resuelve algunos de los aspectos planteados en la demanda, lo que le lleva a poner en cuestión que la citada sentencia contenga la necesaria motivación acerca del razonamiento lógico que lleva al Juzgador a la conclusión expresada en el fallo de la sentencia.

Se aduce también, que el expediente se inicia con una denuncia que es posterior al acuerdo de incoación, extremo sobre el que nada se dice en la sentencia; que se simplifica por el Juzgador de instancia la argumentación invocada en relación con la culpabilidad, que no se pretendió trasladar a terceros la responsabilidad de control que por la emisión del anuncio le corresponde, sino destacar las miles de decenas de anuncios que se emiten a través de televisión, circunstancia que se ha de tomar en consideración para valorar la responsabilidad del operador en cuanto a la difusión de una campaña publicitaria junto con el hecho de que es la primera vez que la apelante ha sido objeto de sanción administrativa.

Reitera que el análisis del contenido del anuncio llevado a cabo por la Administración es absolutamente artificioso al resaltar un determinado plano difícil de apreciar cuando se visualiza el anuncio y que no se presenta a la mujer de forma vejatoria. Señala que la Administración interpreta la aparición del cuerpo femenino de distintas maneras y que ello vulnera el principio de seguridad jurídica, invocando en este sentido un anuncio aportado con la demanda en el que aparecía no un coche femenino sino varios y en el que también se publicitaba un coche de otra marca y sin embargo no fue objeto ni de informe negativo por parte de Autocontrol ni de denuncia ni de actuación de oficio por la Administración.

Finalmente se insiste en la vulneración del principio de proporcionalidad.

TERCERO.- En cuanto a la insinuada falta de motivación de la sentencia apelada hay que señalar que dicha sentencia resume en el Fundamento de Derecho Segundo los motivos alegados por la demandante, que luego analiza en los Fundamentos de Derecho siguientes. No infringe el deber de motivación al justificar de forma razonada la desestimación del recurso efectuada con base en una fundamentación jurídica suficiente para cumplir las exigencias impuestas en los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley 29/1998 , reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de aplicación supletoria en dicho orden jurisdiccional.

En cuanto al alcance del deber de motivación de las resoluciones judiciales, que constituye una garantía esencial para el justiciable, mediante el cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, se estima de interés hacer referencia a la doctrina establecida por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de las que son exponentes las SSTs de 4 de noviembre de 2005 (Rec. 428/2003) y de 18 de noviembre de 2005 (Rec. 2084/2003), citadas por la de 20 de junio de 2006 (Rec. 9688/2003):

«El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el artículo 24 de la Constitución, engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el artículo 120 de la Constitución, exige, como observa el Tribunal Constitucional en la sentencia 8/2004, de 9 de febrero , acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de diciembre de 1994 , Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruiz Torija contra España), la exposición de un razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurre en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución

jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo».

CUARTO.- Respecto a las irregularidades invocadas en la demanda a las que no se anuda consecuencia alguna, señalar que la incoación del expediente sancionador se efectúa de oficio por acuerdo de fecha 19 de diciembre de 2006, del Director General par el Desarrollo de la Sociedad de la Información por delegación del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, -folios 11 y 12 del expediente-. El hecho de que la denuncia interpuesta por el Instituto de la Mujer, de 14 de diciembre de 2006 -folio 1 del expediente- tuviera su entrada en el Ministerio de Industria Turismo y Comercio, Subdirección General de Medios Audiovisuales el día 27 de diciembre de 2006, con posterioridad a la incoación del expediente sancionador resulta irrelevante.

A estos efectos conviene señalar que según lo dispuesto por el artículo 11 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, el procedimiento sancionador se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa (como aquí sucedió), por denuncia etc. Es de reseñar que en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador no se hace referencia a la citada denuncia porque aún no se había recibido, incoándose el procedimiento por propia iniciativa del órgano competente, siendo a posteriori cuando se recibe la denuncia en cuestión, como así se relata en el Antecedente de Hecho Primero de la resolución de 14 de junio de 2007.

No cabe apreciar por lo expuesto irregularidad procedimental alguna.

QUINTO.- Enlazando con el fondo del asunto, se estima de interés efectuar unas consideraciones sobre el marco normativo aplicable, que es el establecido por la Ley 25/1994 y la Ley 34/1998, General de Publicidad .

La citada Ley 25/1994 atribuye a la Administración (bien sea la General del Estado, bien la de las Comunidades Autónomas) el control e inspección, así como el ejercicio de la potestad sancionadora, de la publicidad televisiva.

En lo que se refiere a la publicidad televisiva, la Ley tiene por objeto, entre otros, como señala la STS de 30 abril 2008 (Rec. 5500/2005), proteger a los telespectadores "frente a ciertas formas de publicidad y objetos publicitarios". Para cumplir tal designio los organismos competentes de la Administración han de ejercer, como ya ha sido dicho, el "control e inspección" de la publicidad televisiva y podrán, en su caso, sancionar a quienes infrinjan la prohibición de emitir publicidad ilícita por su contenido, que contravenga las prohibiciones insertas en los artículos 8, 9, 10 y 16 de la citada Ley .

En cuanto al contenido material del mensaje publicitario, dedica la citada Ley un capítulo (el III) a la publicidad televisiva y en él precisa, lo que el legislador considera publicidad ilícita (artículo 8).

El citado artículo 8.1 de la Ley 25/1994 , reformada por la Ley 22/1999, conceptúa

como publicidad ilícita, las formas de publicidad indicadas en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y además, en todo caso, la publicidad por televisión o televenta, que fomenten comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad humanas o para la protección del medio ambiente; atenten al debido respeto a la dignidad de las personas o a sus convicciones religiosas y políticas o las discriminen por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social.

La ilicitud de los mensajes publicitarios televisivos se producirá, en consecuencia, o bien cuando incurran en las modalidades prohibidas por el artículo 3 de la Ley 34/1988, General de Publicidad , o bien cuando "(...) fomenten comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad humanas o para la protección del medio ambiente; atenten al debido respeto a la dignidad de las personas..."

Por su parte, el artículo 3 de la Ley General de Publicidad , y por lo que aquí nos interesa, en la modificación operada por la Disposición Adicional Sexta de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, considera en su apartado a), ilícita: "La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus arts. 18 y 20, apartado 4 . Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género".

La contravención de las obligaciones y prohibiciones establecidas, entre otros, en el artículo 8 de la Ley 25/1994 reformada por la Ley 22/1999, se tipifica como infracción grave en el artículo 20.2 de la citada Ley .

SEXTO.- La sentencia de instancia argumenta para fundamentar la desestimación del recurso, que se trata de la emisión de un spot publicitario de un automóvil en el que se muestra una carrera de coches en la que se introduce un plano que "Muestra a mujer de espaldas, de cintura para abajo, a la que se le levanta la minifalda, dejando al descubierto las nalgas" descrito sin error alguno por la resolución administrativa originariamente impugnada, plano que no tiene nada que ver con lo que se anuncia, siendo acertada la calificación del anuncio como publicidad ilícita en el sentido recogido por el artículo 3.1.a) de la Ley de Publicidad .

La entidad apelante insiste en la fugacidad de dicho plano que aduce es difícil de apreciar cuando se visualiza el anuncio en cuestión. La Sala considera que el citado plano se puede observar claramente aunque sea de breve duración y está totalmente desvinculado del producto o vehículo que se pretende promocionar, con el que no guarda conexión alguna.

Se trata de una imagen que utiliza parte del cuerpo de la mujer, dejando al descubierto sus glúteos, como mero elemento publicitario tendente a atraer la atención del espectador, sin conexión con el argumento del anuncio ni con el producto o vehículo anunciado y que tiene, por ello al amparo del citado artículo 3.1.a) de la Ley de Publicidad en relación con el artículo 8 de la Ley 25/1994, la consideración de publicidad ilícita televisiva.

En este sentido conviene hacer referencia al informe -folio 57 del expediente- emitido por la Asociación Autocontrol (para la Autoregulación de la Comunicación Comercial) de la que forma parte la empresa anunciante, que desaconsejó en fecha 27/11/06 la difusión del citado anuncio, en tanto no se suprime la escena en la que se levanta la falda de la mujer dejando al descubierto sus glúteos. Apreciaciones que aún cuando no son vinculantes para los poderes públicos, no dejan de ser valiosas como expresión de un código de conducta en materia publicitaria propiciado por la misma Ley 25/1994 (cuya disposición adicional tercera ordena precisamente a los poderes públicos promover el desarrollo de las organizaciones de autoregulación del sector).

La emisión del citado anuncio vulnera así la prohibición establecida en el citado artículo 3.a) de la Ley de Publicidad y en correlación el artículo 8 de la Ley 25/1994, al haberse emitido el anuncio por televisión, lo que configura la infracción grave tipificada en el artículo 20.2 de la citada Ley 25/1994.

La conducta típica ha quedado por ello acreditada y es atribuible a título de culpa a la entidad demandante que es responsable de los contenidos que emite, sea cual fuere su número o volumen, y del control de los citados contenidos, sin que pueda exonerarle de dicho control las manifestaciones del anunciante respecto a que dicha campaña publicitaria no vulnera las reglas por las que se rige la comunicación publicitaria. Es de reseñar en esta línea, que el operador de televisión en sus propias normas generales de contratación aportadas al expediente, se reserva el derecho para limitar, suspender o denegar la emisión de aquella campaña publicitaria cuyo contenido pueda contravenir la normativa aplicable.

Además, hay que señalar que la demandante tardó más de dos días en retirar la emisión del anuncio desde que recibió el informe negativo de Autocontrol, el 27 por la tarde hasta el 29 por la noche durante los que se realizaron las emisiones del 27, 28 y las dos del 29, lo que evidencia una conducta poco diligente por parte de la hoy apelante.

Invoca la demandante la existencia de un anuncio similar también de coches, aportado como documento número 3 de la demanda, que según la apelante no ha merecido reproche alguno por la Administración. Argumento que no puede servir de cobertura para dejar de sancionar el anuncio enjuiciado, ya que el hecho de que se haya podido dejar de sancionar una conducta concreta no impide la aplicación de la norma en otros casos como el presente, si concurren los requisitos exigidos para ello, ya que la igualdad solo puede operar dentro de la legalidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1982, 51/1985, 151/1986, 62/1987, 40/1989, 21/1992,

78/1997, etc).

En este sentido la STS de 20 de enero 2004, rec 1016/2004 señala que la igualdad ha de predicarse dentro de la legalidad, de modo que si la actuación correcta de la Administración es la ahora enjuiciada, según hemos declarado, la invocada como contraria a ella no lo fue y, por consiguiente, no cabe esgrimirla para pedir que se le aplique al recurrente un trato igual, ya que, como esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado en sus sentencias de 16 de junio de 2003, 14 de julio de 2003 y 20 de octubre de 2003 que «el principio de igualdad carece de trascendencia para amparar una situación contraria al ordenamiento jurídico», y ello, como indica la propia Sala sentenciadora, al margen de no haberse acreditado la actuación administrativa aducida como contradictoria con la presente".

SÉPTIMO.- Finalmente se reitera la vulneración del principio de proporcionalidad. Se aduce que a pesar de lo que se dice en el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia de instancia, no concurren los mínimos requisitos objetivos que permitan valorar adecuadamente la multa impuesta, ya que la Administración no practicó prueba alguna encaminada a acreditar la concurrencia de los elementos previstos en el artículo 20 de la Ley 25/1994 , que han de tomarse en cuenta para graduar la sanción.

El artículo 20.3 de la Ley 25/1994 sanciona las infracciones graves con multa de hasta 300.000 euros.

Establece también el citado precepto, que en todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el art. 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo siguiente:

- a) La repercusión social de la infracción
- b) El beneficio que haya reportado al infractor la conducta sancionada
- c) La gravedad del incumplimiento.

La resolución administrativa originariamente impugnada argumenta al respecto, que en el expediente figura un informe de las franjas de emisión del anuncio, ámbitos y números de emisiones, lo que a su vez, presupone la repercusión en los índices de audiencia -las siete emisiones se realizaron en las franjas de máxima audiencia- lo que incide directamente sobre los ingresos obtenidos por el operador, valorándose en suma el número de emisiones, la franja horaria en que se emitieron, su repercusión en los índices de audiencia y los ingresos obtenidos por el operador. Parámetros que, contrariamente a lo alegado por la apelante, y en la línea de la sentencia de instancia, justifican la fijación de la multa en la cuantía impuesta, habiéndose producido en definitiva una adecuación de la sanción a la infracción cometida.

El recurso debe, en definitiva, ser desestimado.

OCTAVO.- La desestimación del recurso de apelación interpuesto conlleva al amparo de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, la imposición al apelante de las costas procesales derivadas del mismo.

FALLAMOS

DESESTIMAR

el recurso de apelación interpuesto por SOGECABLE S.A. representada por el Procurador Sr. Vázquez Guillén contra la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número cinco de Madrid en fecha veintiocho de mayo de 2.008 en el Procedimiento Ordinario número 113/07; con imposición de costas a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes con indicación de su firmeza.

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 SECRETARIO

D^a María Elena Cornejo Pérez