

Asunto C-255/21**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

21 de abril de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

25 de marzo de 2021

Parte recurrente:

Reti Televisive Italiane SpA (RTI)

Parte recurrida:Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni — AGCOM
(Autoridad para la Garantía de las Comunicaciones — AGCOM)**Objeto del procedimiento principal**

Recursos acumulados interpuestos ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) contra tres sentencias del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio; en lo sucesivo, «TAR») relativas a tres decisiones de la Autoridad para la Garantía de las Comunicaciones — AGCOM por las que sancionó a Reti Televisive Italiane SpA (en lo sucesivo, «RTI») por haber infringido el límite de publicidad por hora.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Compatibilidad de la normativa italiana que prohíbe superar el límite de publicidad por hora con el artículo 23 de la Directiva 2010/13/UE, a la luz, asimismo, del considerando 43 de la Directiva 2018/1808/UE y del artículo 23 de la Directiva 2010/13/UE en su versión resultante de la Directiva 2018/1808, así como la interpretación de las citadas disposiciones del Derecho de defensa de la competencia.

Cuestiones prejudiciales:

a) A efectos de la normativa [de la Unión] que prohíbe superar determinados límites de publicidad por hora y dada la importancia general que en el Derecho [de la Unión Europea] tiene el concepto de grupo o de entidad económica única, según se desprende de múltiples disposiciones del Derecho de defensa de la competencia (en particular, por cuanto aquí interesa, del citado considerando 43 de la Directiva 2018/1808/UE y de la nueva redacción del artículo 23 de la Directiva 2010/13/[UE]), habida cuenta de que, en el Derecho nacional italiano, el artículo 5, apartado 1, letra b), del Decreto Legislativo 177/[2005] [prevé] títulos habilitantes distintos para los organismos de radiodifusión televisiva y las emisoras de radio, ¿es conforme al Derecho de la Unión una interpretación del Derecho nacional en materia de radiodifusión que infiere del artículo 1, apartado 1, letra a), de dicho Decreto Legislativo 177/[2005], en su versión en vigor a partir del 30 de marzo de 2010 (para transponer la Directiva 2007/65/CE), que el proceso de convergencia entre las distintas formas de comunicación (comunicaciones electrónicas, publicaciones, incluso electrónicas, e Internet en todas sus aplicaciones) se impone con mayor razón entre los prestadores de servicios de comunicación televisiva y radiofónica, especialmente si ya forman parte de grupos de empresas vinculados entre sí, y se impone con carácter general, incidiendo sobre la interpretación del artículo 38, apartado 6, del citado [Decreto Legislativo] de manera que quepa entender que el grupo, como entidad económica única, es el organismo de radiodifusión, o si, en cambio, con arreglo a los principios comunitarios recordados, habida cuenta del carácter autónomo de la cuestión de la prohibición de superar el límite de publicidad por hora que se desprende del Derecho de defensa de la competencia general, no se puede dar relevancia, con anterioridad a 2018, a los grupos y al referido proceso de convergencia y a la denominada transmedialidad, debiéndose tener únicamente en cuenta, por lo tanto, a efectos del cálculo del porcentaje de publicidad por hora, al organismo de radiodifusión individual, aunque esté vinculado a un grupo (dado que relevancia solo se refleja en el texto consolidado del artículo 23 de la Directiva 2010/13/[UE], resultante de la Directiva 2018/1808/UE)?

b) A la luz de los principios del Derecho de la Unión antes citados sobre grupos y empresas como unidad económica, ¿en el marco de la normativa de defensa de la competencia del [Sistema integrado de comunicaciones], prevista en el artículo 43 del Decreto Legislativo 177/[2005], a efectos de la prohibición de superar el límite de publicidad por hora y de las modificaciones de que ha sido objeto dicho artículo 23, y tomando en consideración la existencia de títulos habilitantes diferentes, cabe atribuir importancia al concepto de grupo de «prestadores de servicios de comunicación» (o adoptando los términos de la recurrente, grupo editorial) para que no computen a efectos del límite de publicidad por hora los mensajes promocionales de otros medios de comunicación del mismo grupo establecidos en el propio artículo 38, apartado 6, del Decreto Legislativo [177/2005] o si, en cambio, no cabe atribuir importancia a esa circunstancia antes de 2018 habida cuenta de la autonomía del Derecho televisivo de defensa de la

competencia respecto de la normativa en materia de límites de publicidad por hora?

c) ¿Reconoce la nueva redacción del artículo 23, apartado 2, letra a), de la Directiva 2010/13/UE un principio preexistente del Derecho de defensa de la competencia de importancia general de los grupos o se trata de un principio innovador? En el primer supuesto, ¿debe, por lo tanto, entenderse que describe una realidad jurídica que ya existe en el Derecho [de la Unión] —que pueda englobar, por consiguiente, al presente asunto, anterior a dicho nuevo texto, y condicionar la interpretación de la [Autoridad nacional de reglamentación] obligándole, en cualquier caso, que reconozca el concepto de «prestadores de servicios de comunicación» del grupo—? O bien, en el segundo supuesto, ¿se opone al reconocimiento de la importancia de los grupos societarios respecto de los asuntos planteados antes de su introducción debido a que no es aplicable *ratione temporis*, dado su alcance innovador, a situaciones originadas antes de su introducción?

d) En cualquier caso y al margen del sistema de títulos habilitantes establecido por el artículo 5 del Decreto Legislativo 177/2005 y de las novedades introducidas en el artículo 23 en 2018, es decir, en el supuesto de que la nueva norma no plasme un principio ya existente sino que consagre uno nuevo, en los términos de la cuestión prejudicial c), las relaciones [de] integración televisión — radio consideradas de forma general en el Derecho de defensa de la competencia ¿constituyen, dado el carácter general y transversal de los conceptos de entidad económica y de grupo, la clave para interpretar los límites de publicidad por hora, que, por tanto, se han regulado tomando implícitamente en consideración a las empresas que pertenecen a un mismo grupo (o, más concretamente, [las] relaciones de control entre empresas del grupo) y la unidad funcional de dichas empresas en relación con la promoción de programas de la televisión en la radio del grupo, o viceversa, o dichas relaciones de integración resultan irrelevantes a efectos de los límites de publicidad por hora y, por lo tanto, deben considerarse programas «propios», en el sentido del artículo 23 (redacción original), únicamente los pertenecientes al organismo de radiodifusión que los emite, y no los del grupo societario en su conjunto, al ser dicha norma una disposición independiente que no permite una interpretación sistemática para hacerla extensiva a los grupos entendidos como entidad económica única?

e) Por último y en cualquier caso, aun cuando no deba considerarse integrado en el marco del Derecho de defensa de la competencia ¿debe interpretarse el artículo 23, en su versión original, en el sentido de que se trata de una disposición incentivadora que describe la característica específica de la promoción, que es exclusivamente informativa y no trata de convencer a nadie para adquirir productos y servicios de terceros respecto de los programas promocionados y, como tal, debe considerarse excluida del ámbito de aplicación de las normas en materia de límites de publicidad por hora, y aplicable en consecuencia, dentro del perímetro de las empresas pertenecientes al mismo grupo, a toda promoción transmedia integrada? O bien ¿debe entenderse como una norma de excepción en

lo que respecta al cálculo de la publicidad por hora y, como tal, de interpretación estricta?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 23 de la Directiva 2010/13/CE: tanto en su versión original como en la versión modificada por la Directiva 2018/18/08/UE.

Considerando 43 de la Directiva 2018/1808/UE.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Decreto Legislativo del 31 luglio 2005, n. 177 — Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (Decreto Legislativo n.º 177, de 31 de julio de 2005, por el que se establece el Texto único de los servicios de medios audiovisuales y radiofónicos; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo n.º 177/2005» o «TUSMAR»). En particular:

El artículo 5 enumera los principios que debe respetar el sistema de los servicios de medios de comunicación audiovisuales y radiofónicos, es decir, a) la protección de la competencia en el sistema de los servicios de los medios de comunicación audiovisuales y radiofónicos y de los medios de comunicación de masa y en el mercado de la publicidad y protección del pluralismo de los medios de comunicación radiotelevisiva, prohibiendo a tal fin la creación o el mantenimiento de posiciones que atenten contra el pluralismo; b) el establecimiento de títulos habilitantes diferentes para el desarrollo de actividades de operador de red, de organismo de radiodifusión, de prestador de servicios de medios audiovisuales bajo demanda, de emisora radiofónica digital o de prestador de servicios interactivos vinculados al establecimiento de un régimen de autorizaciones.

El artículo 38, apartado 2, prevé que la emisión, incluso analógica, de anuncios publicitarios en televisión en el ámbito nacional por organismos de radiodifusión en abierto, que no sean concesionarios del servicio público general de radiodifusión televisiva, no puede exceder del 15 % de la programación diaria ni del 18 % en cada hora; cualquier eventual exceso, que no podrá superar en ningún caso el 2 % en una hora, deberá ser compensado en la hora anterior o posterior.

El artículo 38, apartado 6, dispone que dicho apartado 2 no se aplicará a los anuncios de organismos de radiodifusión, incluso analógicos, que hagan referencia a sus propios programas y a productos accesorios directamente derivados de ellos, a los anuncios de patrocinio o al emplazamiento de producto.

El artículo 52 del TUSMAR establece las sanciones por infracción de su artículo 38.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Mediante tres escritos distintos, de contenido análogo, notificados el 28 de septiembre de 2017, la AGCOM impuso una serie de sanciones a RTI (en lo sucesivo, «recurrente») por haber superado los límites de publicidad por hora previsto en el artículo 38, apartado 2, del Decreto Legislativo n.º 177/2005. Los tres escritos se referían, respectivamente, a los tres organismos de radiodifusión «Canale 5», «Italia 1» y «Rete 4», pertenecientes a RTI.
- 2 Así, a efectos del cómputo del tiempo de publicidad, la AGCOM también incluyó entre los anuncios publicitarios los comunicados difundidos por esos tres organismos de radiodifusión para la promoción de la emisora de radio R101, propiedad de la sociedad Monradio s.r.l., participada a su vez en un 80 % por RTI y en el 20 % restante por A. Mondadori Editore s.p.a. Estas dos últimas sociedades forman parte de un mismo grupo de empresas.
- 3 RTI interpuso tres recursos distintos, pero de contenido idéntico, contra esos tres actos ante el TAR que los desestimó. A raíz de esta desestimación, RTI interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 4 Según la recurrente, en los comunicados difundidos por sus tres organismos de radiodifusión únicamente se presentaban los programas de R101, de manera que tales comunicados deberían haberse calificado como mensajes de autopromoción, no computables a efectos de los límites de publicidad por hora previstos en el artículo 38, apartado 6, del TUSMAR.
- 5 La recurrente subraya que el hecho de que R101 sea propiedad de una sociedad distinta es irrelevante, porque ambas forman parte del mismo grupo societario. En su opinión, el elemento decisivo es la unidad económica del grupo editorial, y no la pluralidad de entidad jurídicas societarias. El fenómeno de las empresas editoras multimedia (televisión, radio, Internet), también en forma de grupo societario, es una consecuencia evidente de la digitalización, y la autopromoción «de grupo» es una práctica común en los mercados de radiodifusión.
- 6 La AGCOM, aun reconociendo que no concurre el elemento subjetivo de la responsabilidad de RTI, conminó a dicha entidad a cesar en sus supuestas infracciones, sosteniendo, en particular, que: 1) el TUSMAR establece distintas reglas, incluso en lo que respecta a los títulos habilitantes, para las emisoras de radio y para los organismos de radiodifusión televisiva, que, en el presente asunto, son propiedad de entidades diferentes, de manera que no existe identidad entre el responsable editorial del contenido que es objeto de autopromoción y el responsable del organismo de radiodifusión que difunde el mensaje correspondiente; 2) el artículo 38, apartado 6, del TUSMAR únicamente se refiere a los organismos de radiodifusión televisiva, como se desprende de su artículo 2, que distingue entre organismos de radiodifusión televisiva y de programas de

radio y considera autopromoción únicamente los anuncios del organismo de radiodifusión relativos a sus propios programas; 3) el artículo 2, apartado 2, letra b), del TUSMAR excluye del concepto de «prestador de servicios de medios audiovisuales» a las entidades que, como sucede en el presente asunto, únicamente se encargan de la mera transmisión de los programas, cuya responsabilidad editorial incumbe a terceros, y 4) en los casos en los que el legislador nacional ha querido dar importancia al fenómeno del grupo societario, lo ha previsto mediante una norma expresa, lo que no ocurre en el presente asunto.

- 7 Ante el TAR, RTI alegó que el principio *in dubio pro libertate*, establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debe aplicarse en relación tanto con la disposición europea (artículo 23 de la Directiva 2010/13/UE) como con la interna (artículo 38 del TUSMAR), y que, cuando la disposición interna prevea normas más restrictivas, que establezcan límites a la libertad de prestación de los servicios de radiodifusión televisiva, estas deberán interpretarse en sentido más favorable. En consecuencia, los mensajes de autopromoción en favor de la emisora R101 no deben contabilizarse a efectos de los límites de publicidad por hora.
- 8 RTI añadió que el enfoque adoptado por la AGCOM —basado en la pluralidad subjetiva de las sociedades RTI, titular de los canales de televisión, y Monradio s.r.l., titular del canal radiofónico, que, no obstante, están vinculadas por una relación de control—, que impide que los mensajes puedan calificarse de «autopromoción», es contrario al enfoque sistemático previsto en el artículo 1, apartado 2, del TUSMAR, que pretende regular de manera unitaria todas las actividades de suministro de contenidos al público, con independencia del medio utilizado y de la forma: en efecto, según RTI, actualmente es habitual la autopromoción transmedia de servicios de televisión, radiofónicos y a través de Internet, con independencia de los distintos títulos habilitantes.
- 9 Por último, RTI afirmó que la programación televisiva y radiofónica de RTI y de sus filiales es el resultado de decisiones unitarias y coordinadas, y añadió que estas constituyen un único grupo editorial, al que cabe atribuir tanto los mensajes de autopromoción como los programas que constituyen su objeto, más allá de la pluralidad de las entidades jurídicas implicadas.
- 10 Al desestimar los tres recursos, el TAR declaró que, dado que el artículo 38, apartados 2 y 5, del TUSMAR ha establecido, para los organismos de radiodifusión televisiva, los límites máximos de difusión de mensajes publicitarios propios, el concepto de «organismo de radiodifusión» previsto en el apartado 6 de dicho artículo, en materia de autopromoción, únicamente se aplica a los organismos de radiodifusión que promocionan sus propios programas. Por consiguiente, dicha norma establece una excepción a la norma que establece los límites de publicidad por hora, como pone de manifiesto el uso del adjetivo «propio», referido a los programas de un organismo de radiodifusión televisiva (y no de una emisora de radio, aunque pertenezca al mismo grupo de empresas).

- 11 El TAR declaró también que es cierto que el artículo 23, apartado 2, de la Directiva 2010/13/UE, en su versión actualmente vigente, establece una excepción al límite de publicidad por hora en las transmisiones del organismo de radiodifusión televisiva, si bien solo para los «[...] anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y los productos accesorios directamente derivados de dichos programas, [...] a los anuncios de patrocinio [ni] al emplazamiento de producto». Por lo tanto, cuando la Directiva hace alusión al «organismo de radiodifusión televisiva», pretende referirse únicamente al «prestador del servicio de comunicación que ofrece radiodifusión televisiva» [artículo 1, apartado 1, letra f)] y cuando alude al concepto de «programa», se refiere a «un conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, [...] cuya forma y contenido son comparables a la forma y el contenido de la radiodifusión televisiva»: en consecuencia, ni el Derecho de la Unión ni el Derecho nacional en la materia se refieren en modo alguno a las emisoras de radio.
- 12 Por último, el TAR señaló que la pluralidad subjetiva del difusor del mensaje y del responsable del programa publicitado (emisora de radio) excluye la aplicación del artículo 38, apartado 6, del TUSMAR. La actividad de dirección o coordinación que la sociedad propietaria de un organismo de radiodifusión televisiva ejerce frente a la propietaria de una radio no atribuye, en efecto, a la primera la calidad de editora y, por lo tanto, esta no puede asumir la responsabilidad editorial de los programas de la segunda. En cualquier caso, en el presente asunto, RTI no ha acreditado disponer de la facultad de intervenir de forma efectiva en las decisiones económicas de su filial Monradio ni, en consecuencia, la existencia de un centro único de toma de las decisiones relativas a las actividades de los dos organismos de radiodifusión.
- 13 La recurrente impugna el enfoque restrictivo adoptado por el TAR en relación con el concepto de autopromoción, afirmando que dicho enfoque vacía de contenido la excepción según la cual los mensajes autopromocionales no computan como publicidad a efectos de los citados límites. En su opinión, por mensajes autopromocionales debe entenderse la forma particular de publicidad por la que el organismo de radiodifusión televisiva promueve sus propios productos, servicios, programas o canales. Actualmente, dicha figura publicitaria está aún mejor definida, dado que el límite de publicidad por hora se refiere únicamente a las categorías específicas de los «anuncios de publicidad televisiva» y de los «anuncios de televenta»; por lo tanto, los comunicados de autopromoción de programas son diferentes de los demás anuncios publicitarios de productos, y se difunden en un horario de programación que no se ofrece en el mercado de los anunciantes y que el organismo de radiodifusión televisiva utiliza directamente.
- 14 Además, según la recurrente, la alegación de que la autopromoción solo puede referirse a los programas propios del organismo de radiodifusión televisiva que los transmite es contraria al enfoque sistemático y no separado por plataformas del legislador de la Unión y del TUSMAR, que no excluye la posibilidad de que un mismo grupo societario sea editor, al mismo tiempo, de canales de televisión y de

canales radiofónicos analógicos nacionales y, por lo tanto, la autopromoción transmedia.

- 15 La recurrente sostiene asimismo que el artículo 38 del TUSMAR, que transpone el artículo 23 de la Directiva 2010/13, debe interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión, a la luz de las indicaciones facilitadas por el Tribunal de Justicia (sentencias de 28 de octubre de 1999, C-6/98, ARDe Pro Sieben Media AG, apartados 29 a 31, y de 24 de noviembre de 2011, C-281/09, Comisión/Reino de España).
- 16 La recurrente añade que las relaciones de integración entre televisión y radio están reguladas tomando como punto de partida la empresa integrada, y no la articulación formal de la misma en más sociedades; en consecuencia, la AGCOM incurre en error al considerar irrelevante el carácter unitario del grupo editorial, ya que en materia de infracciones administrativas rigen los principios de exhaustividad y de estricta legalidad, y, en ausencia de disposición expresa aplicable al presente asunto, el carácter ilícito de una conducta de autopromoción cruzada entre medios de comunicación no puede deducirse del mero silencio del legislador, sino que debe existir una disposición que establezca expresamente una excepción en relación con la importancia general que el TUSMAR reconoce a la empresa integrada.
- 17 La recurrente recuerda, por último, el considerando 43 de la Directiva 2018/1808 y la modificación introducida por esa Directiva en el artículo 23, apartado 2, letra a), de la Directiva 2010/13, aunque los hechos controvertidos en el presente asunto tuvieron lugar con anterioridad a la citada modificación. Con arreglo a esta última disposición, los límites de publicidad por hora no se aplican a los «a los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y los productos accesorios directamente derivados de dichos programas, o con los programas y servicios de comunicación audiovisual procedentes de otras entidades pertenecientes al mismo grupo de radiodifusión». En su opinión, dicha disposición debe servir como parámetro para interpretar el Derecho interno incluso el que ya no está vigente, de conformidad con el principio de interpretación conforme.
- 18 En definitiva, la recurrente sostiene que AGCOM interpreta el concepto de autopromoción de los programas de forma ilícita y no conforme con el Derecho de la Unión, al no reconocer la importancia del grupo editorial y, por lo tanto, la posibilidad de excluir del cómputo, a efectos de los límites de publicidad por hora, los mensajes promocionales transmedia.

Breve exposición de la motivación de la petición de decisión prejudicial

- 19 El órgano jurisdiccional remitente comienza señalando que el objeto del litigio no es la existencia de una facultad de intervención efectiva de la matriz en las decisiones económicas de la filial, sino la posible legalidad de la promoción por

parte del organismo de radiodifusión televisiva matriz de los programas de la emisora radiofónica filial.

- 20 Dicho órgano jurisdiccional añade que el enfoque sistemático, pero transmedia, defendido por la recurrente puede rebasar los límites de la finalidad perseguida por el legislador nacional al transponer la Directiva 2010/13 o incluso suscitar problemas desde el punto de vista de la competencia en perjuicio exclusivamente de las emisoras radiofónicas. El órgano jurisdiccional remitente cita a este respecto una decisión de la AGCOM según la cual la integración de televisión y radiodifusión puede acarrear la expulsión de los competidores del mercado de la publicidad en el medio radiofónico a escala nacional.
- 21 Según el órgano jurisdiccional remitente, la interpretación adoptada por la AGCOM y por el TAR resulta razonable, puesto que se basa estrictamente en lo previsto en el TUSMAR para transponer la Directiva 2010/13, y tiene en cuenta los efectos contrarios a la competencia que podían derivarse de la postura defendida por la recurrente respecto de las emisoras radiofónicas no integradas con organismos de radiodifusión televisiva o medio audiovisuales.
- 22 En virtud de todo lo expuesto, el órgano jurisdiccional remitente considera necesario plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia.

DOCUMENTO D'INFORMAZIONE