Roj: **SAN 2419/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:2419**

Id Cendoj: **28079230012017100314**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **23/05/2017**
Nº de Recurso: **1566/2015**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2419/2017,**
ATS 1126/2018,
STS 4026/2018

FONDO DOCUMENTAL

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001566 / 2015

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **03744/2015**

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.: **Dª. NIEVES BUISAN GARCÍA**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

Dª. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a veintitres de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1566/2015, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de Mediaset España Comunicación S.A, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 16 de Abril de 2015. Ha sido parte demanda LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 49.263.- euros.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo del que se acordó su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 21 de diciembre de 2015 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se tuviera por interpuesto el recurso frente a la resolución del Consejo de la CNMC de 16 de abril de 2015 y *se dicte sentencia por la que se declaren contrarios a derecho y nulos o, subsidiariamente, se anulen con los efectos legales que ello suponga, los apartados de la misma según los cuales se computa como exceso de tiempo publicitario sobre el límite de 12 minutos por hora previsto en el artículo 14 de la LGA:*

El patrocinio de "Rider Calzado" del día 26 de junio de 2014 emitido en la franja de 21 a 22 horas en el canal Cuatro.

La promoción de la pulsera, gorra y disco del mundial de futbol de 2014, los días 9 y 18 de junio de 2014, realizada en las franjas de 21 a 22 horas y de 17 a 18 horas, respectivamente, en el canal FDF.

TERCERO.- La Sra. Abogada del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 9 de mayo de 2016 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso interpuesto con condena en costas a la parte actora.

CUARTO .- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba y no considerándose necesaria la celebración de vista pública, y el trámite de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 9 de mayo de 2017, fecha en que ha tenido lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña NIEVES BUISAN GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FU NDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo por Mediaset España Comunicación, S.A. frente a la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 16 de abril de 2015, por la que se imponen a dicha entidad, como autora de seis infracciones de carácter leve, tipificadas en el artículo 59.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , por haber superado los límites de emisión dedicados a los espacios publicitarios en canales de televisión, una multa por importe total de 49.263 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la citada Ley .

Concretamente, las infracciones por las que ha sido sancionada consistieron en haber superado en los canales, horas naturales y fechas que se indican, los límites de tiempo de emisión dedicados a los mensajes publicitarios regulados en el artículo 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual .

En cuanto al patrocinio de "Rider Calzados" del día 26 de junio de 2014 ,emitido en el Canal Cuatro en la franja de 21 a 22 horas, considera la resolución, tras transcribir el Art. 12 del Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010 , aprobado por RD 1624/2011, de 14 de noviembre, sobre condiciones y requisitos para que el patrocinio no compute como mensaje publicitario, que tal cartón de "Rider Calzados" no cumple dichas condiciones y requisitos, constituyendo una continuidad en la publicidad convencional a la que va referida, ya que en ningún caso se halla colocada inmediatamente antes o inmediatamente después del programa patrocinado o al inicio de cada reanudación tras los cortes, ya que en este caso, después del controvertido espacio, la emisión corresponde a un mensaje publicitario (Movistar) que da lugar a la entrada del programa.

En cuanto a la promoción de la pulsera, gorra y disco del mundial de futbol de 2014, los días 9 y 18 de junio de 2014, realizada en las franjas de 21 a 22 horas y de 17 a 18 horas, respectivamente, en el canal FDF, indica la resolución, tras transcribir el contenido del artículo 5 del RD 1624/2011, de 14 de noviembre , sobre autopromociones de productos, que "las pulseras del mundial de futbol" no reúnen tales requisitos pues no provienen de programa alguno sino de un evento deportivo sobre el que Mediaset ostenta derechos de emisión, sin que en ningún caso se hayan cumplido la exigencia derivada del apartado 3 de dicho precepto para considerar que los productos son directamente derivados del programa, en cuanto que el prestador del servicio de comunicación audiovisual deberá acreditar la titularidad sobre sus derechos y que asume, directa o indirectamente, la explotación económica del producto. Reiterándose la misma fundamentación respecto de los espacios que contienen "Gorra del mundial" y disco "One Love One Rythm".

SEGUNDO. La parte actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones **:**

Las seis infracciones corresponden a supuestos excesos de límite de tiempo publicitario en 6 franjas horarias de emisión de canales y fechas distintos incluyendo, en ocasiones, emisiones que conceptualmente no deben computar en el límite de los 12 minutos por hora de reloj, como son las telepromociones y productos directamente derivados de programas. Concretamente tres de las seis franjas horarias analizadas, no pueden dar lugar a las infracciones atribuidas:

-La franja de 21 a 22 horas del día 26 de junio de 2014, canal Cuatro: se imputa un exceso de tiempo de 85 segundos de los cuales 10 corresponden a un cartón de patrocinio de "Rider Calzado".

-La del día 9 de junio de 2014, franja de 21 a 22 horas, canal FDF: se imputa un exceso de tiempo de 94 segundos de los cuales 20 corresponden a promoción de las "pulseras del mundial de futbol".

-La del día 18 de junio de 2014, franja de 17 a 18 horas, canal FDF: se imputa un exceso de tiempo de 54 segundos de los cuales 20 corresponden a promoción de la "gorra del mundial de futbol" y otros 20 al disco "One Love One Rithm" disco oficial del campeonato mundial de futbol de 2014.

El patrocinio de "Rider Calzado" no debe computarse en los 12 minutos por hora de publicidad, dado que reúne los requisitos exigidos por la Ley General de Comunicación Audiovisual: no excede de 10 segundos, va inmediatamente antes del programa patrocinado (tras el cartón del patrocinio puede verse la cabecera del programa Deportes Cuatro), se informa al espectador sobre su existencia, y no contiene mensaje ni verbal ni visual que incite a la compra. El inicio del patrocinio está separado del bloque de publicidad inmediatamente previo (cuyo último anuncio es Olay). Se identifica como tal bajo los términos "Rider Sandals patrocina los Deportes". Al término del mismo, se inicia Deportes Cuatro con la cortinilla (rojo sobre blanco) de dicho programa, a las 21:16:45 horas.

Los productos promocionales del mundial de futbol 2014 (pulsera, gorro y disco) son productos directamente derivados de la emisión de dicho evento, derivan de esa competición y rememoran dicho evento por lo que su inclusión en el supuesto exceso temporal resulta infundada. La retransmisión de un mundial de futbol es un programa o espacio televisivo a efectos de la LGA. El Art. 2 apartado 6.a) de la misma define programas de televisión como conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o catálogo de programas. En todo caso lo son los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las series, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales así como las retransmisiones en directo de eventos, culturales o de cualquier otro tipo. Por lo que la interpretación sostenida por la Administración es *contra legem* del artículo 6 de la repetida LGA. La gorra y la pulsera son productos personalizados con elementos característicos o símbolos del mundial de futbol 2014, mientras que el disco es el oficial del campeonato. Los productos no se hubieran comercializado sin la existencia previa del mundial de futbol de 2014, por lo que tal identificación debe ser considerada.

La Resolución impugnada aplica, a estos efectos el Art. 5.3 del Reglamento de Publicidad que: "para considerar que los productos son directamente derivados del programa, el prestador del servicio de comunicación audiovisual deberá acreditar la titularidad sobre sus derechos y que asume, directa o indirectamente, la explotación económica del producto". Pero olvida que dicho precepto establece a continuación que a tales efectos la autoridad *"podrá exigir al prestador que aporte la documentación suficiente que acredite la titularidad de los derechos y su ejercicio efectivo asa como ausencia de contraprestación de terceros"*.

En este caso no ha habido solicitud o requerimiento alguno de la autoridad que, de haber sido desatendido, pudiera justificar la resolución, por lo que la parte no tuvo ocasión de acreditar la titularidad de sus derechos sobre los productos controvertidos.

TERCERO. Es aplicable al litigo, con carácter general, lo previsto en el artículo 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual , a cuyo tenor:

"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.

Para el cómputo de esos 12 minutos se tendrá sólo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento. También se excluirá del cómputo la telepromoción cuando el mensaje individual de la telepromoción tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario y el conjunto de tele promociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj."

Precepto que como esta Sala ha reiterado en múltiples ocasiones, se refiere a tiempos totales de emisión dedicados a publicidad, que comprende todo el periodo de tiempo dedicado a dicha emisión, al margen de

la forma en que se emita y con independencia de que entre uno y otro mensaje publicitario pueda existir un mínimo espacio de separación, por lo que el cómputo del tiempo de emisión de publicidad ha de realizase desde el comienzo del bloque de emisión correspondiente y hasta su finalización, sin que quepa el descuento de los espacios entre anuncios o en negro.

De las 6 infracciones leves imputadas a Mediaset en la resolución impugnada, se discute en primer término por dicha entidad actora la del día 26 de junio de 2014, franja de 21 a 22 horas, del canal Cuatro, donde se imputa un exceso de tiempo de 85 segundos de los cuales 10, corresponden a un cartón de "Rider Calzado" que, a juicio de dicha recurrente debe computarse como patrocinio y no como publicidad.

Es el Artículo 2.29 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo , el que define patrocinio como: *cualquier contribución que una empresa (pública o privada o persona física) no vinculada a la prestación de* servicios *de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos.*

Añade el artículo 16.2 de la misma LGCA que : *el público debe ser claramente informado del patrocinio al principio al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan o al final del programa, mediante el nombre, logotipo o cualquier otro símbolo, producto o servicio del patrocinador.*

Y también el artículo 12.1.d) del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, bajo la rúbrica "Condiciones y requisitos del patrocinio para que no computen como mensajes publicitarios en el límite de 12 minutos por hora de reloj destinados a mensajes publicitarios y de televenta", establece que: " *El patrocinio debe ir colocado inmediatamente antes o inmediatamente después del programa patrocinado, o al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan (...) No se admite la emisión de patrocinios durante el transcurso de los programas* ".

En el presente caso, analizada el acta de visionado del día 26 de junio de 2014, incorporada como documento 1 del expediente, en relación con el DVD conteniendo las grabaciones correspondientes a dicho tramo horario controvertido, adjuntado como documento 1 de la contestación a la demanda, se observa lo siguiente:

En la franja de 21:16:40 a 21:16:50 se emite un anuncio de "Rider Sandals" y se indica que la citada marca "patrocina los deportes". Inmediatamente, tras la "cortinilla" del Canal CUATRO, en la franja de 21:16:50 a 21:17:07, se introduce la cabecera del programa y, a continuación, se da paso a la publicidad para emitir (entre las 21:17:07 y 21:17:40), un anuncio de Movistar. Tras otra "cortinilla" de CUATRO, a las 21:17:46 es cuando comienza el programa.

Considera esta Sala, en base a lo anterior, que el cartón " Rider Calzados" no cumple los requisitos del art 12.1.d) del Real Decreto 1624/2011 , constituyendo en cambio una continuidad de la publicidad convencional a la que va referida, al no encontrarse colocado antes o inmediatamente después del programa patrocinado, o al inicio de cada reanudación tras los cortes, sino que en este caso, después del anuncio de "Rider Cazados" la emisión corresponde a un mensaje publicitario de Movistar que da lugar a la entrada del programa. En definitiva, tal y como considera el Abogado del Estado en la contestación, la emisión de la cabecera del programa se pretende utilizar fraudulentamente, para excluir de la publicidad un anuncio que no tiene la consideración de patrocinio.

En parecidos términos se pronuncia nuestra anterior SAN 11/11/2015 (8ª), Rec. 52/2013 , donde la representación actora alegaba que los segundos contabilizados procedían de la distinta calificación que se hacía de unas cortinillas de entrada al programa, consideradas por la Administración como autoprogramación, provocando que el patrocinio que iba pegado al programa quedara descolgado, computándose como publicidad convencional. Sentencia que concluye que: *La Sala no puede compartir las alegaciones de la recurrente, pues de la propia demanda se extrae que en este caso el patrocinio no estaba colocado inmediatamente antes o después del programa, pues aparece insertada una autopromoción entre éste y aquél incumpliéndose así la normativa de referencia. Es preciso señalar a estos efectos que el artículo 12.2 del Real Decreto 1624/2011 establece con claridad que "Todos aquellos casos en los que no se respeten las condiciones anteriores determinarán que el patrocinio se compute dentro del límite máximo de los 12 minutos por hora de reloj destinado a las comunicaciones comerciales a que se refiere el artículo 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual ".*

CUARTO. Se impugna asimismo en la demanda la consideración como publicidad de la promoción de la pulsera, gorra y disco del mundial de futbol de 2014, emitida los días 9 y 18 de junio de 2014, en las franjas de 21 a 22 horas y de 17 a 18 horas, respectivamente, en el canal FDF.

Es el art 13.2 de la Ley General Audiovisual el que establece 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 consideraran 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 están sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial.

Desarrolla tal precepto el Reglamento de Publicidad, aprobado por Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, cuyo artículo 5 estipula que:

Se computaran en el límite de 5 minutos las comunicaciones audiovisuales que informan sobre los productos accesorios derivados directamente de los programas del prestador del servicio de comunicación audiovisual .

Y que se entiende por " *productos accesorios derivados directamente del programa aquellos que realmente se identifiquen con ese programa y cuya existencia y comercialización sería imposible sin la existencia de aquel, por su directa vinculación con él"*.

Considera la Sala que tal y como señala la resolución recurrida, la promoción tanto de "las pulseras del mundial de futbol" como de la Gorra y del Disco del mismo mundial, no reúnen los requisitos previstos en tal art. 5 del RD 1624/2011, de 14 de noviembre , para ser excluidos del cómputo de la publicidad.

Efectivamente el Art. 2 apartado 6.a) de la repetida LGCA considera en todo caso, como *"programas de televisión"* : los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las series, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales así como las retransmisiones en directo de eventos, culturales o de cualquier otro tipo. Más en el supuesto debatido el referido Mundial de Futbol no puede conceptuarse como programa deportivo de la entidad actora alguno sino de evento deportivo sobre el que Mediaset ostenta derechos de emisión.

La solicitud o requerimiento de la autoridad a que se refiere el artículo 5 del mismo Reglamento de publicidad, contrariamente a lo argumentado en la demanda y según deriva de su propia dicción literal, es potestativa y no obligatoria para dicha Autoridad, y por ello innecesaria en un supuesto como el de autos en el que el prestador del servicio de comunicación audiovisual ha incumplido su obligación de acreditar la titularidad sobre sus derechos y que asume, directa o indirectamente la explotación económica del producto, obligación de imposible cumplimiento ya que, como se ha indicado, ni Mediaset es titular de los derechos ni asumía la explotación económica del Mundial de Futbol 2014, sino únicamente, se reitera, determinados derechos de emisión del referido evento deportivo.

En base a dichas circunstancias, la resolución impugnada se considera ajustada a derecho y proporcionada, por lo que la misma ha de ser confirmada por la Sala.

QUINTO. Razones, las anteriores, que conducen a la desestimación del presente recurso, siendo procedente la imposición de las costas causadas a la entidad actora, de conformidad con el Art. 139 de la LJCA en su redacción actual.

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Mediaset España Comunicación, S.A. frente a la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 16 de abril de 2015, que impone a dicha entidad, como autora de seis infracciones de carácter leve, una multa por importe total de 49.263 euros, confirmamos dicha resolución, con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional que presenta.

Así por 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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ