



Roj: **STS 4026/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4026**

Id Cendoj: **28079130032018100420**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **08/11/2018**

Nº de Recurso: **6202/2017**

Nº de Resolución: **1605/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.605/2018

Fecha de sentencia: 08/11/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6202/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/10/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perello Domenech

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

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

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: 6202/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perello Domenech

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1605/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 8 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto constituida la sección tercera por los magistrados al margen referenciados, el recurso de casación número 6202/2017, interpuesto por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal en representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN SA, contra la sentencia de fecha 23 de mayo de 2017, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 1566/15, sobre Sanción de la CNMC. Se ha personado como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Isabel Perello Domenech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 1566/15 seguido ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN SA, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 16 de abril de 2015, por la que se impone a dicha entidad, una multa por importe total de 49.263 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la citada Ley.

La multa se impone a la entidad como autora de seis infracciones de carácter leve, tipificadas en el art. 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, en concreto por 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 art. 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, en el expediente sancionador SNC/CTSA/1634/14/MEDIASET.

SEGUNDO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de fecha 23 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva acuerda:

<< FALLAMOS: Que desestimando el recurso interpuesto por la representación procesal de Mediaset España Comunicación, SA, frente a la de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 16 de abril de 2015, que impone a dicha entidad, como autor 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.>>

Contra la referida sentencia, la sociedad MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN SA preparo recurso de casación que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, Mediaset España Comunicación SA compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, presentó escrito de 5 de abril de 2018 de interposición del recurso de casación en el que expuso los motivos de casación siguientes:

Primero.- la infracción del artículo 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) y 12 del Real Decreto 1624/2011 de 14 de noviembre, Reglamento de Publicidad (que desarrolla la Ley 7/2010), al considerar erróneamente la sentencia el patrocinio de "Rider Calzado" como publicidad convencional. Todo ello por:

A) la naturaleza y contenido del patrocinio.

B) el patrocinio reunió los requisitos establecidos legalmente para ser considerado como tal.

C) Específicamente el patrocinio fue ubicado "inmediatamente" antes del programa patrocinado en los términos establecidos en la Ley.

Segundo. - Infracción de los artículos 13.2 LGCA y 4 a 8 del Reglamento de Publicidad, al considerar erróneamente la sentencia las autopromociones de productos derivados de un programa (pulsera, gorra y disco del Mundial de Fútbol 2014) como publicidad convencional y no como autopromociones.



Tercero.- Infracción de los artículos 24.1 y 120.3 CE, 248 de LOPJ y 209 LEC, así como la jurisprudencia que los ha interpretado, por ausencia de motivación al no explicar la sentencia por qué, según ésta, los patrocinios y autopromociones objeto de análisis no deben considerarse y computar, en consecuencia, como tales.

Cuarto.- Infracción de los artículos 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución de fondo congruente con la causa de pedir) y de los artículos 218.1 LEC y 67.1 LJCA, así como la jurisprudencia que los interpreta, por incongruencia de la sentencia, al contradecirse con respecto al tipo de contenido que se consideran "programa de televisión".

Quinto.- Infracción de los artículos 24.1 y 120.3 CE, 248 LOPJ y 209 LEC, así como la jurisprudencia que los ha interpretado, por ausencia de motivación de la sentencia al limitarse ésta, en esencia, a reproducir lo establecido en la Resolución de 16 de abril de 2015.

Terminando por suplicar dicte sentencia estimatoria por la que se case la sentencia recurrida, y dicte un pronunciamiento sobre el fondo conforme a Derecho estimando el recurso contencioso-administrativo y anulando, en consecuencia, la resolución del Consejo de la CNMC de 16 de abril de 2015, con lo demás que en derecho proceda.

CUARTO.- Por Auto de la Sala de admisión del Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero de 2018, se admitió el recurso de casación, y declaró que la cuestión planteada que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar:

"-por un lado, el artículo 14 LGCA en relación con el artículo 16 LGCA y el artículo 12.1.d) del Real Decreto 1624/2011, a fin de esclarecer si es o no exigible que los patrocinios deban emitirse inmediatamente antes o inmediatamente después de los programas patrocinados y si la previsión contenida en el artículo 12 del citado Reglamento incurre en "ultra vires" respecto de la LGCA; y,

-por otro lado, en interpretar el artículo 13 LGCA en relación con el artículo 2.6 LGCA y con los artículos 4 a 8 del Reglamento de Publicidad, a fin de determinar el alcance y los límites de la autopromoción de productos accesorios derivados de la programación y, en particular, si la noción de programa de televisión integra, a estos efectos, la retransmisión de eventos deportivos sobre los que la entidad prestadora ostente derechos de emisión."

QUINTO.- Admitido el recurso de casación, el Abogado del Estado presentó su escrito de oposición el 18 de mayo de 2018, suplicando dicte sentencia por la que desestime el recurso de casación, con la consecuencia de confirmar la sentencia recurrente.

SEXTO.- Se señaló para votación y fallo el día 18 de septiembre de 2018, fecha en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sociedad mercantil MEDIASET ESPAÑA interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2017 (recurso 1566/2015) que desestimó el recurso deducido contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 16 de abril de 2015 que sancionó a la entidad recurrente con una multa por importe total de 49.263 Euros, por la comisión de infracciones leves contempladas en el artículo 59.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicaciones Audiovisual, por haber superado los límites de emisión de los espacios publicitarios en canales de televisión.

La resolución sancionadora declara que MEDIASET ESPAÑA superó el tiempo de emisión dedicado a los mensajes publicitarios regulados en el artículo 14.1 de la reseñada Ley 7/2010, de 31 de marzo. Singularmente, los espacios apreciados se refieren al patrocinio de "Rider Calzados" emitido el día 26 de junio de 2014 en el Canal Cuatro en la franja de 21 a 22 horas, señalando la CNC que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, no se cumplían las condiciones exigibles para que el patrocinio no computara como espacio publicitario, en este caso, por no estar colocado antes o después del programa patrocinado.

Asimismo, se excluye del concepto de autopromoción del artículo 5 del aludido Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, la promoción de ciertos materiales del mundial de fútbol de 2014, "las pulseras del mundial de fútbol" realizada entre las 21 y 22 horas del día 9 de junio de 2014 y entre las 17 y 18 horas del día 9 de junio de 2014 y entre las 17 a 18 horas del día 18 de junio de 2014 por cuanto no provienen de un programa, sino de un evento deportivo sobre el que MEDIASET ostenta derechos de emisión, sin cumplir la exigencia del artículo 3 para considerar que los productos son directamente derivados del programa. Reiterando la argumentación respecto a la "Gorra del Mundial" y al disco "One Love One Rythm".



La sentencia de la Audiencia Nacional aquí impugnada desestima las alegaciones formuladas por MEDIASET ESPAÑA en atención a las siguientes consideraciones jurídicas:

"TERCERO.- Es aplicable al litigio, 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 realizarse 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 incumpléndose 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 fútbol 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 fútbol" 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 Fútbol 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 Fútbol 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."

SEGUNDO.- Según el Auto de admisión de 9 de febrero de 2018, las cuestiones planteadas que presentan interés casacional objetivo consisten, por un lado, en interpretar el artículo 14 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, en relación con el artículo 12.1.d) del Real Decreto 1624/2011 (reglamento de la LGCA) a fin de esclarecer si es o no exigible que los patrocinios deban emitirse inmediatamente antes o inmediatamente después de los programas patrocinados y si la previsión contenida en el artículo 12 del citado Reglamento incurre en " *ultra vires*" respecto de la LGCA.

Asimismo presenta el interés casacional la interpretación del artículo 13 de la Ley General de Comunicación Audiovisual en relación con el artículo 2.6 LGCA y con los artículos 4 a 8 del Reglamento de Publicidad, a fin de determinar el alcance y los límites de la autopromoción de productos accesorios derivados de la programación y, en particular, si la noción de programa de televisión integra, a estos efectos, la retransmisión de eventos deportivos sobre los que la entidad prestadora ostente derechos de emisión.

TERCERO.- En lo que se refiere a la figura del Patrocinio, la Directiva SCA, lo define en el artículo 1, letra k), incluyendo el artículo 10 los requisitos que ha de cumplir los programas patrocinados. El considerando 91 de la Directiva relativo al criterio distintivo del patrocinio respecto del emplazamiento de producto: "las referencias a los patrocinadores pueden aparecer en el programa, pero no formar parte del argumento". Y el artículo 23 establece la exención del cómputo del tiempo de publicidad por hora de reloj respecto a los mensajes de patrocinio.

Por lo que se refiere a la regulación nacional, cabe recordar que se contiene en la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante "LGCA") cuyo artículo 14.1 establece el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a emitir mensajes publicitarios licitados a 12 minutos por hora de reloj, estableciendo el apartado 3 del artículo 14 mencionado la exclusión del cómputo de dicho límite temporal los mensajes del patrocinio, en los siguientes términos:

"En la emisión de publireportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación "publicidad"

El artículo 16.1 de la LGCA dispone

"Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a que sus programas sean patrocinados, excepto los programas de contenido informativo de actualidad".

Y el artículo 19.3 LGCA, modificado por el Real Decreto-ley 5/2015, establece

"El derecho de emisión en exclusiva no puede limitar el derecho a la información de los ciudadanos. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que hayan contratado en exclusiva la emisión de un acontecimiento de interés general para la sociedad deberán permitir a los restantes prestadores la emisión de un breve resumen informativo en condiciones razonables, objetivas y no discriminatorias. Este servicio se utilizará únicamente para programas de información general y sólo podrá utilizarse en los servicios de comunicación audiovisual a petición si el mismo prestador del servicio de comunicación ofrece el mismo programa en diferido.

No será exigible contraprestación alguna cuando el resumen informativo sobre un acontecimiento, conjunto unitario de acontecimiento o competición deportiva se emita en un informativo de carácter general, en diferido y con una duración inferior a noventa segundos. La excepción de contraprestación no incluye, sin embargo, los gastos necesarios para facilitar la elaboración del resumen informativo. Durante la emisión del resumen deberá garantizarse la aparición permanente del logotipo o marca comercial de la entidad organizadora y del patrocinador principal de la competición.

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual pueden acceder, en la zona autorizada, a los espacios en los que se celebre tal acontecimiento".

Por su parte, el artículo 12.1.d) del Real Decreto 1624/2011 señala lo siguiente

"d) 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, sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del apartado 2 del artículo 9 referente a la colocación de la telepromoción en las obras de ficción patrocinadas. No se admite la emisión de patrocinios durante el transcurso de los programas.

En el supuesto de existir varios patrocinadores de un mismo programa, su presencia deberá figurar agrupada en un mismo espacio de patrocinio en los momentos en que se pueda insertar, según el párrafo anterior, con la excepción establecida en el último párrafo de la letra c), en que se admiten varios espacios de patrocinio con la duración máxima de 30 segundos en las condiciones indicadas".

Y el artículo 12.2 indica

"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".



Como hemos expuesto, lo que se suscita es la interpretación de los artículos 14 LGCA y 12 del RD 1624/2011, que exige que los patrocinios deban estar ubicados "inmediatamente antes o después" de los programas patrocinados y si el precepto reglamentario incurre en "ultra vires".

Pues bien, para resolver esta singular cuestión, debemos recordar lo razonado en la sentencia de Pleno de esta sala tercera de 10 de julio de 2013, que resolvió la impugnación formulada por la misma parte recurrente "MEDIASET" frente al Real Decreto 1624/2011, y singularmente, respecto a los preceptos aquí cuestionados. Dijimos en aquella ocasión:

"Décimo.- La impugnación del artículo 12 del Reglamento, relativo a "las 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", se basa en una serie de alegaciones similares a las expuestas frente a otros preceptos reglamentarios, todas ellas bajo la premisa de que incorporan restricciones que van más allá de la habilitación legal o resultan contrarias a la Directiva 2010/13/UE.

La demanda se centra en dos extremos del artículo 12 del Reglamento. En primer lugar censura que el patrocinio deba estar referido a un programa, limitación que a su entender no se atiene a la definición que de esta figura ofrece el artículo 2.29 de la Ley 7/2010 ni a lo dispuesto en el artículo 10.1.c) de la Directiva 2010/13/UE. Se trataría, pues, de una exigencia manifiestamente restrictiva en cuanto impide incluir el patrocinio de otros servicios de comunicación audiovisual distintos de los programas. En segundo lugar sostiene que la prohibición de emitir patrocinios durante el transcurso de los programas tampoco está prevista ni en la Ley 7/2010 ni en la Directiva 2010/13/UE.

Ninguna de ambas objeciones es atendible.

A) En cuanto a la primera, el artículo 16 de la Ley 7/2010, mediante el cual se regula "el derecho al patrocinio", hace referencia tan sólo al patrocinio de programas. En los apartados primero y segundo de aquel artículo se reitera esta conexión: el primero enuncia el principio de que los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a que "sus programas sean patrocinados", y el segundo establece que el público debe ser claramente informado del patrocinador "al principio, al inicio de cada reanudación [...] o al final del programa". Las referencias inequívocas al "patrocinio de programas" son reiteradas.

El artículo 12 del Reglamento se atiene a estas claras determinaciones legales cuando, en su misma línea, vincula el patrocinio a los programas (aunque admite también el patrocinio de "subprogramas que constituyan una unidad programática en sí mismos y se incluyan de forma autónoma en la Guía Electrónica de Programación") y no a otras modalidades de servicios de comunicación audiovisual.

B) En cuanto a la segunda, la exclusión de los patrocinios "durante el transcurso de los programas" es también coherente y conforme con el artículo 16 de la Ley 7/2010 pues ya hemos subrayado cómo el apartado segundo de éste precisa que los patrocinios deben figurar antes o inmediatamente después del programa patrocinado, o al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan, lo que excluye que puedan emitirse durante su transcurso.

La regla obedece, por lo demás, al designio de que los espectadores puedan diferenciar ("sean claramente informados") de cuándo se encuentran ante un patrocinador, lo que vendría dificultado si el patrocinio se incorporara al interior o transcurso de dicho programa. Y responde asimismo al designio de evitar la eventual confusión del patrocinio con otra figura más o menos afín, pero sujeta a un régimen diferenciado, cual es la del emplazamiento de productos dentro de (en el transcurso de) ciertos programas, emplazamiento al que también se refieren la Directiva 2010/13/UE y la Ley 7/2010 (artículo 17).

Es cierto, como afirma la demanda, que entre las definiciones que de patrocinio dan tanto la Directiva 2010/12/UE como la Ley 7/2010 se incluyen las contribuciones que "una empresa pública o privada o una 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". Lo que importa, sin embargo, no es tanto la definición en abstracto como el régimen sustantivo que el articulado de la Ley viene a imponer en cada caso, precisando -en lo que aquí importa- cuándo y bajo qué condiciones los prestadores de servicios de comunicación audiovisual tienen derecho al patrocinio.

Es igualmente cierto que el artículo 10 de la Directiva 2010/13/UE se refiere a los "servicios de comunicación audiovisual o programas patrocinados", pero también lo es, por un lado, que los servicios de comunicación audiovisual, tal y como los define la propia Directiva, son servicios "cuya principal finalidad es proporcionar programas"; y, por otro lado y sobre todo, que el legislador nacional puede aprobar reglas más estrictas que las contenidas en la Directiva 2010/13/UE en lo que se refiere a los límites temporales de las emisiones sujetas a su jurisdicción. Del mismo modo que para el cómputo de los doce minutos tiene en cuenta el conjunto de los



mensajes publicitarios y excluye en principio el patrocinio y el emplazamiento, puede la norma nacional limitar los supuestos en los que el patrocinio se verá "beneficiado" por esa exclusión. La Directiva 2010/13/UE opera, insistimos, como límite, de modo que el legislador nacional no puede permitir que la publicidad supere los períodos temporales en ella prefijados, pero no impide que estos se impongan -o se reduzcan- para cualquiera de las diversas modalidades de comunicaciones comerciales en la televisión.

Con arreglo a lo entonces razonado, no se aprecia el denunciado exceso reglamentario respecto al precepto legal, en la medida que la inclusión en el artículo 12.2 del Real Decreto 1624/2011 del término "inmediatamente" -antes o después del programa patrocinado- viene a precisar y detallar las condiciones establecidas en la Ley 7/2010 para el patrocinio y resulta coherente con sus previsiones, singularmente con el designio de que los espectadores estén "claramente informados" y puedan diferenciar cuando se encuentran ante un patrocinador, lo que se vería dificultado si, entre el patrocinio y el programa patrocinado se intercalara otro tipo de publicidad, que pudiera generar confusión.

La incorporación en el Real Decreto del término "inmediatamente", implica que los patrocinios deban insertarse de forma seguida y continuada al programa patrocinado y se ajusta a la finalidad prevista en el artículo 16 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, que dispone que el patrocinio se ubique antes o después del programa o de sus cortes de modo que el espectador esté debidamente informado, que se vería desvirtuado con la intromisión de otras formas de publicidad entre el patrocinio y el programa. La previsión reglamentaria supone la concreción y detalle de lo dispuesto en el aludido artículo 16, que contempla la obligación de informar de forma "clara" sobre el patrocinio bien al principio, bien al final del programa o al inicio de la reanudación tras los cortes, y resulta coherente y congruente con la ley. La previsión reglamentaria cuestionada que tiene como finalidad evitar la discontinuidad entre patrocinio y programa y garantizar las características inherentes al propio patrocinio.

A partir de dichas consideraciones, cabe compartir el criterio de la sala de la Audiencia Nacional en lo que se refiere a las concretas comunicaciones analizadas, al no concurrir los presupuestos para su consideración como patrocinio.

Así, en lo que se refiere a "Rider Calzado", se observa en la comunicación que tras la identificación del patrocinio, indicando que "Rider Sandals patrocina los deportes" se emite la cabecera del programa "Deportes Cuatro" y tras la cabecera se inserta un anuncio de publicidad de "Movistar". Así pues, es claro, que, en tales circunstancias, no se observó el requisito de la emisión del patrocinio inmediatamente antes del programa patrocinado, al introducirse entre la información del patrocinio y el programa patrocinado un anuncio publicitario de "Movistar" que interrumpió la necesaria continuidad entre el patrocinio y el programa, en los términos previstos en la ley que precisa el artículo 12.2 del Reglamento. Falta, pues, la nota de la continuidad indicada al interferir entre el patrocinio y el programa el anuncio de "Movistar", siendo un factor que impide la clara y certera identificación de las figuras del patrocinio en cuestión, razones por las que cabe rechazar las alegaciones de Mediaset.

CUARTO.- Resta analizar la segunda de las cuestiones enunciadas en el Auto de admisión, en el que se suscita la interpretación del artículo 13.2 y los artículos 4 a 8 del Reglamento de Publicidad al entender como publicidad convencional las autopromociones de productos directamente derivados del programa, pulsera, gorra y disco del Mundial de Fútbol de 2014, por entender la sala que dichos productos no derivan de un "programa" propiamente, al no tener dicha consideración el Mundial de Fútbol 2014.

Pues bien, en relación a las autopromociones cabe recordar la legislación aplicable:

El artículo 2.28 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, define la autopromoción en los siguientes términos:

"Artículo 2

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

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

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

1. (...)



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

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

"Artículo 14. el derecho a emitir mensajes publicitarios.

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

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

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

"Artículo 4. Autopromociones relativas a la programación.

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

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

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

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

"Artículo 5. Autopromociones de productos.

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

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.

2. en ningún caso se considera autopromoción aquella promoción de productos que, aun teniendo una cierta relación con los contenidos de un programa, resulten ajenos al mismo, computándose en tal caso como mensajes publicitarios dentro del límite de 12 minutos establecidos para éstos.

3. Para considerar que los productos son directamente derivados del programa, el prestador del servicio de comunicación audiovisual deberá acreditar la titularidad sobre sus derecho y que asume, directa o indirectamente, la explotación económica del producto.

A estos efectos, la autoridad audiovisual competente podrá exigir al prestador que aporte la documentación suficiente que acredite la titularidad de los derechos y su ejercicio efectivo, así como la ausencia de contraprestación de terceros por la emisión de las comunicaciones audiovisuales que promocionen esos productos. En caso contrario, si la promoción de productos se hace a cambio de contraprestación se consideraría comunicación comercial, y como tal se le aplicaría el límite de los 12 minutos por hora de reloj.

4. En los supuestos en que un producto derivado directamente de un programa sea comercializado por un tercero que asume la explotación de que por su propia cuenta y riesgo, únicamente se aplicarán los límites de cómputo establecidos para la autopromoción cuando el mensaje no incluya menciones, promoción o



publicidad de ese tercero, computándose, en caso contrario, en el límite de los 12 minutos destinados a mensajes publicitarios y de televenta.

5. Aquellas comunicaciones de productos o servicios que no sean accesorios ni deriven directamente de los programas, sino del prestador del servicio y de la cadena computarán dentro del límite de los 12 minutos, por considerarse un mensaje publicitario de una actividad del prestador ajena a la comunicación audiovisual".

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

El Pleno de esta Sala, resolviendo un recurso en el que la misma entidad Mediaset aquí recurrente impugnaba el Reglamento aprobado por Real Decreto 1624/2011, tuvo ya ocasión de pronunciarse sobre la inexistencia de contradicción o discordancia entre los citados artículos 13.2 de la Ley 7/2010 y 5 del Reglamento. Así, la sentencia del Pleno de 8 de julio de 2013 (contencioso-administrativo 160/2012, F.J.7º) viene a señalar, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

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

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

Hechas las anteriores consideraciones, la sentencia de la Audiencia Nacional razona que el Mundial de Fútbol no constituye un programa a los efectos de la Ley General de Comunicaciones Audiovisuales, siguiendo los razonamientos de la CNMC que de igual modo, rechazó que el Mundial de Fútbol 2014 pudiera tener la consideración de un "programa" (F.J.4º) indicando que era un evento deportivo sobre el que Mediaset ostenta derechos de emisión.

Pues bien, dispone el artículo 2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, en su apartado 6.a) la definición de los "programas de televisión" indicando que son tales "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".

A tenor de la anterior delimitación conceptual de lo que constituyen programas de televisión, no existe ninguna razón para no considerar la emisión del Mundial de Fútbol, como un programa de televisión, a los efectos aquí debatidos. Tanto puede considerarse como una manifestación deportiva, como un evento deportivo incardinable en el artículo 6.a) de la LGCA. Por ende, lleva razón la parte recurrente Mediaset cuando defiende que a tenor de lo dispuesto en la Ley, el Mundial de Fútbol debió considerarse como un programa.

No obstante, la razón esencial determinante del rechazo de la consideración de autopromoción de los productos que Mediaset considera relacionados por el Mundial de Fútbol de 2014, que consisten en una gorra, pulsera y disco del Mundial, es la inobservancia del requisito del artículo 5 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, que incluye la obligación del prestador del servicio de comunicación audiovisual de acreditar la titularidad sobre sus derechos y la asunción -directa o indirecta- de la explotación económica del producto.

La sala de instancia considera que incumbía a Mediaset la acreditación de la titularidad de los derechos y la explotación económica del producto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.3 del Reglamento de Publicidad, si bien por parte de Mediaset se invoca el mismo artículo 5.3 *in fine* que contempla que la autoridad audiovisual puede exigir al prestador que aporte la documentación suficiente que así lo acredite, interpretando la recurrente que era necesario que mediara requerimiento previo de la autoridad a tales efectos, actuación que no tuvo lugar.



Dispone el artículo 5.3 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, Reglamento que desarrolla la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, lo siguiente:

"Artículo 5. Autopromociones de productos.

(...)

3. 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.

A estos efectos, la autoridad audiovisual competente podrá exigir al prestador que aporte documentación suficiente que acredite la titularidad de los derechos y su ejercicio efectivo, así como la ausencia de contraprestación de terceros por la emisión de las comunicaciones audiovisuales que promocionen esos productos. En caso contrario, si la promoción de productos se hace a cambio de contraprestación, se consideraría comunicación comercial, y como tal se le aplicaría el límite de los 12 minutos por hora de reloj."

Pues bien, a tenor del indicado precepto, es claro que incumbe al prestador del servicio acreditar la titularidad de sus derechos y que asume la explotación del producto. Acepta la parte recurrente que no ha procedido a justificar tal extremo, indicando, a modo de explicación, que se omitió el requerimiento por parte de la autoridad audiovisual. No cabe aceptar tal interpretación, pues como se desprende con nitidez de la norma reglamentaria antes transcrita, es al prestador del servicio al que le corresponde acreditar la titularidad y la explotación económica de los productos a los efectos de que puedan clasificarse de autopromoción. El requerimiento no es obligatorio para la autoridad audiovisual competente, antes bien, se configura como una facultad potestativa "podrá exigir" que no exime ni altera la carga de la obligación del prestador de servicio, en este caso Mediaset, de probar debidamente los extremos reseñados, a los efectos debatidos, la consideración o no de la publicidad como convencional o autopromoción. No cabe acoger, en fin, la tesis de la mercantil recurrente de que concierne a la autoridad audiovisual la actuación sobre dicho extremo, cuando la parte recurrente ha tenido múltiples oportunidades para justificar tal aspecto esencial para la consideración de la publicidad como autopromoción.

QUINTO.- La cuestión jurídica en la que el auto de admisión del presente recurso aprecia la concurrencia de interés casacional queda respondida con las consideraciones que hemos expuesto en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

De conformidad con lo razonado, debemos rechazar las pretensiones deducidas y declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN SA, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 1566/15.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, manteniendo en cuenta a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la Sala de la Audiencia Nacional.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto:

Primero.- NO HA LUGAR al recurso de casación número 6202/2017, interpuesto por la mercantil MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN SA, contra la sentencia de 23 de mayo de 2017, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 1566/15, que confirmamos.

Segundo.- Sin imposición de las costas, de acuerdo a lo razonado en el último fundamento jurídico de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

-D. Eduardo Espin Templado. - D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat. -D. Eduardo Calvo Rojas. -D^a. Maria Isabel Perello Domenech. -D. Diego Cordoba Castroverde. -D. Angel Ramon Arozamena Laso. -D. Fernando Roman Garcia. - Firmado.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ