



Roj: **SAN 2019/2017 - ECLI: ES:AN:2017:2019**

Id Cendoj: **28079230012017100246**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/2017**

Nº de Recurso: **1722/2015**

Nº de Resolución: **287/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2019/2017,**  
**ATS 12285/2017,**  
**STS 4023/2018**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN PRIMERA**

**Núm. de Recurso:** 0001722 / 2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04690/2015

**Demandante:** MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION SA

**Procurador:** MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ- CARVAJAL

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ**

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D<sup>a</sup>. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D<sup>a</sup>. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1.722/15, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, contra la resolución de 26 de mayo de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora veinte multas por importe total de 229.136 euros por la vulneración



del art. 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por veinte infracciones tipificadas como leves en el art. 59.2 de la citada norma . Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO** , representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en 229.136 euros.

## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Admitido el recurso contencioso-administrativo y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 12 de julio de 2016 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso anulando el acto impugnado en el presente recurso.

**SEGUNDO** .- Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante el pertinente escritos, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación del recurso.

**TERCERO** .- Mediante Auto de 10 de enero de 2017 se acordó el recibimiento del recurso a prueba, admitiéndose las pruebas documentales propuestas por la parte actora, y no habiendo más pruebas que practicar, se concedieron diez días a las partes para que formularan conclusiones y, una vez presentados los pertinentes escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo que tuvo lugar el 17 de mayo del año en curso.

**SIENDO PONENTE** el Magistrado Ilmo. Sr. Don **FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ** .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sociedad demandante impugna la resolución de 26 de mayo de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora veinte multas por importe total de 229.136 euros por la vulneración del art. 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en lo sucesivo LGCA), por veinte infracciones tipificadas como leves en el art. 59.2 de la citada norma .

Los hechos en que se funda la resolución sancionadora, es por la superación del límite legal de tiempo establecido para la emisión de mensajes publicitarios y de televenta, realizadas por la sociedad aquí recurrente en el canal de televisión Telecinco, los días 3 de julio (frangas horarias de 15:00 a 16:00 h. y de 20:00 a 21:00 h.); 5 de julio (franja de 23:00 a 24:00 h.); 6 de julio (franja de 19:00 a 20:00 h.); 15 de julio (franja de 23:00 a 24:00 h.); 16 de julio ((franja de 00:00 a 01:00 h.); 19 de julio (franja de 23:00 a 24:00 h.); 21 de julio (franja de 21:00 a 22:00 h.); 23 de julio (franja de 22:00 a 23:00 h.); 24 de julio (franja de 23:00 a 24:00 h.); 25 de julio (frangas de 11:00 a 12:00 h., de 13:00 a 14:00 h. y de 22:00 a 23:00 h.), y 31 de julio (franja de 11:00 a 12:00 h.), todas de 2014. Y en el canal CUATRO los días 4 de julio (franja de 21:00 a 22:00 h.); 5 de julio (franja de 21:00 a 22:00 h.); 6 de julio (franja de 21:00 a 22:00 h.), y 20 de julio (frangas de 13:00 a 14:00 h., de 17:00 a 18:00 h. y de 19:00 a 20:00 h.), todas de 2014.

**SEGUNDO** .- La parte actora alega, en síntesis, que se recurren 13 de los veinte casos por la que ha sido sancionada, al haber considerado indebidamente la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como publicidad convencional determinadas comunicaciones comerciales que son patrocinios, autopromociones de programas o autopromoción de productos derivados, y que, por lo tanto, o están sujetas aun limite autónomo de 5 minutos por hora o, en el caso de los patrocinios, ni siquiera tienen límite alguno.

En relación con los patrocinios, se hace referencia a los patrocinios de "El Corte Ingles", "Rastreator.com" y "Vinos de Jumilla". En el caso de los patrocinios de "El Corte Inglés", no cabe duda alguna sobre su naturaleza, dado que fueron identificados expresa y claramente como tales. En definitiva, se dieron todos los elementos establecidos en la normativa, concretamente, en el art.12.1.e) del Reglamento de Publicidad , para poder considerarlos patrocinios.

Respecto a los patrocinios de "Rastreator.com" y "Vinos de Jumilla", reúne los requisitos de patrocinios y no deben computar como publicidad, pues el patrocinio está separado del bloque de publicidad inmediatamente previo, con el grafismo que habitualmente se utiliza para el patrocinio, y se identifica claramente como tal, y al termino del patrocinio se inicia Deportes Cuatro, con la cortinilla de dicho programa.

Se añade además, que el art. 16 de la LGCA no hace mención alguna a que el patrocinio deba ser la última comunicación comercial previa al programa patrocinado, ni la primera comunicación comercial tras la conclusión del programa. Sin embargo, el Reglamento que desarrolla, entre otros, este artículo



referido al patrocinio, sí incluye una mención a dicha ubicación (art 12.1.d). Pero la expresión que emplea "inmediatamente" no puede ser interpretada en sentido literal como hace la resolución recurrida, pues la Ley no dice nada al respecto, y siendo el patrocinio mucho más barato para el anunciante que un anuncio convencional, ¿qué tipo de interés podría tener la sociedad demandante en emitir un patrocinio como si de un anuncio convencional se tratase?.

En cuanto a las autopromociones, se aduce que no existió infracción por la emisión de autopromociones del programa "Premier Casino" y, por lo tanto, éstas no pueden computar como publicidad convencional. El art. 13.2 de la LGCA no menciona que las autopromociones no puedan promover la venta de los propios productos. Lo que se autopromocionaba eran dos páginas web dedicadas al juego, derivadas de un programa de televisión emitido por la parte actora titulado "Premier Casino". Se añade que Publiespaña, S.A., sociedad de Mediaset encargada de la gestión de espacios publicitarios del canal Telecinco, en el que se emitieron las autopromociones, no percibió contraprestación alguna.

Tampoco puede considerarse publicidad convencional las autopromociones de los productos derivados del programa "Hombres, mujeres y viceversa" y de la marca Divinty. Se trata de autopromociones a tenor del art. 13 de la LGCA, ya que se refieren a productos que han sido producidos a instancias de la parte actora, en los que no se publicita la marca de ningún tercero ni existe contraprestaciones de terceros por la emisión de las autopromociones; tales productos guardan una vinculación clara y directa con programas televisivos o marcas de la sociedad recurrente, y son productos que representan la filosofía y valores de marcas del operador, siendo dicha identificación la razón principal de su adquisición por el consumidor en detrimento de cualquier otro producto sustitutivo. En concreto, en relación con la "pulsera para ella" y el "reloj para ellos" del programa "Hombres, mujeres y viceversa" como el móvil "Divinity". Respecto a este último se dice que el mismo razonamiento que se utiliza en la resolución recurrida respecto a la "Revista Divinity" que la considera como autopromoción, sería aplicable al "móvil Divinity".

En cuanto a la explotación económica de los productos, en concreto con los productos de "Mujeres, hombres y viceversa", se aporta parte del contrato entre la sociedad recurrente y Magnolia TV España S.L. de 4 de junio de 2008, y en la estipulación cuarta se establece que corresponde a Telecinco la explotación comercial del programa, incluyendo la explotación de la marca y de los productos derivados del mismo.

Finalmente, se alega que en todo caso, únicamente cabría considerar la existencia de un número de infracciones inferior a las atribuidas, por aplicación de la doctrina de la infracción continuada. Se trata de una serie de conductas que únicamente habrían podido dar lugar a una única infracción continuidad. En los supuestos de los patrocinios de Deportes Cuatro, como en las autopromociones de Premier Casino y las promociones del móvil Divinity, de una pluralidad de acciones próximas en el tiempo, que habrían supuestamente infringido el mismo precepto, y que fueron repetidas aprovechando idéntica ocasión, dado el convencimiento de la parte actora de estar actuando en cada caso conforme a la legalidad.

Por lo que la parte actora debería haber sido sancionada por una infracción continuada por los dos patrocinios de Deportes Cuatro, emitidos los días 5 y 6 de julio de 2014; una infracción continuada por las cinco autopromociones de "Premier Casino" emitidas los días 5, 15, 16, 19 y 24 de julio de 2014, y una infracción continuada por las cuatro promociones del móvil Divinity emitidas los días 3, 23 y 25 de julio de 2014, en esta última fecha en dos franjas diferentes, de 11 a 12 horas y de 22 a 23 horas

**TERCERO** .- Debemos partir que la parte actora no cuestiona los hechos por los que ha sido sancionada, por lo que damos por reproducidos.

La resolución sancionadora aprecia la existencia de veinte infracciones en la emisión de varios programas en los canales Telecinco y Cuarto, de los que es propietaria Mediaset, por haber incumplido el límite de 12 minutos por hora natural, establecido para los mensajes publicitarios y de televenta.

Comenzaremos por analizar la cuestión atinente a los patrocinios, de "El Corte Inglés", "Rastreator.com" y "Vinos de Jumilla", que según la sociedad recurrente, cumplen los elementos establecidos en la normativa, concretamente, en el art.12.1.e) del Reglamento de Publicidad, para poder considerarlos como tales, por lo que no se deben computar como publicidad.

El art. 16 de la LGCA establece: "1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a que sus programas sean patrocinados, excepto los programas de contenido informativo de actualidad.

2. 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, el logotipo, o cualquier otro símbolo, producto o servicio del patrocinador.

3. *El patrocinio no puede condicionar la independencia editorial. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a éstos.*

*Además, el patrocinio no puede afectar al contenido del programa o comunicación audiovisual patrocinados ni a su horario de emisión de manera que se vea afectada la responsabilidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual".*

Mientras que la letra e) del art. 12.1 del Real Decreto 1.624/2011, de 14 de noviembre, establece, para que el patrocinio pueda excluirse del cómputo de tiempo máximo de 12 minutos dedicado a comunicaciones comerciales convencionales, entre otras condiciones, el que: *"El mensaje de patrocinio debe identificar al patrocinador mediante el nombre, logotipo, símbolo, producto o servicio del mismo, que deberá reflejarse, dado que el público debe ser claramente informado de su existencia. La identificación del patrocinador puede hacerse de manera verbal, visual o de ambas formas. No obstante, a efectos de exclusión de cómputo no se admitirá ningún tipo de mensaje verbal o visual que incite directamente a la compra o arrendamiento de productos, bienes o servicios, en particular mediante referencias de promoción concretas a éstos.*

*No se admitirán como patrocinios los mensajes publicitarios o de televenta, ni extractos de mensajes publicitarios o de televenta, ni aquellos cuyas características y presentación sean similares a los mensajes publicitarios o de televenta. Tampoco se admitirán menciones verbales o visuales a las posibles virtudes, méritos u otras características del patrocinador o de sus productos o servicios, en particular mediante referencias concretas a éstos de carácter promocional".*

Pues bien, en el supuesto de los patrocinios de "El Corte Inglés", se emitieron inmediatamente antes de la emisión del primero y a continuación del segundo se emitieron dos anuncios del patrocinador de 10 segundos de duración cada uno, en los que se promueven unas ofertas durante cinco días en "El Corte Inglés", es decir, dichos patrocinios son complementados, sin ningún tipo de discontinuidad, con dos espacios publicitarios de la misma empresa. Por tanto, se incumple la citada letra e) del art. 12.1 del Real Decreto 1.624/2011, de 14 de noviembre, habiendo llegado a la misma conclusión en supuesto semejante de patrocinio de "El Corte Inglés", la Sentencia de la Sección Octava de esta Sala de 1 de junio de 2015 -recurso nº. 518/2013-, en la que la parte recurrente era la misma que en el presente recurso contencioso-administrativo.

Respecto a los patrocinios de "Rastreator.com" y "Vinos de Jumilla", se argumenta por la sociedad recurrente que el patrocinio está separado del bloque de publicidad inmediatamente previo, con el grafismo que habitualmente se utiliza para el patrocinio, y se identifica claramente como tal, y al término del patrocinio se inicia Deportes Cuatro, con la cortinilla de dicho programa.

La letra d) del art. 12.1 del Real Decreto 1.624/2011, de 14 de noviembre dispone: *"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 ambos supuestos, los cartones de patrocinio se emitieron previo al cartel de comienzo de los programas, y al terminar éste se emitió una cortinilla avisando de la llegada de publicidad, luego un spot de MOVISTAR, una cortinilla de salida de publicidad y el programa.

A tenor de lo expuesto, los citados cartones de patrocinio no se pueden considerar amparados por el art. 16 de la LGCA y 12 del Reglamento. A este respecto, es preciso señalar a estos efectos que el art. 12.2 del Real Decreto 1.624/2011, de 14 de noviembre, 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"*.

Y en cuanto a lo alegado de que la letra d) del art. 12.1 del Reglamento, establece el término "inmediatamente", cosa que no recoge la LGCA, nos tenemos que referir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº. 160/2012, interpuesto por la sociedad aquí actora contra el Real Decreto número 1.624/2011, de 14 de noviembre, que en relación con la impugnación del art. 12 dice lo siguiente: *<<... 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>> .*

Interpretación del art. 12.1.d) del Reglamento que es la misma que se ha hecho en las Sentencias de la Sección Octava de esta Sala de 8 de mayo de 2015 -recurso nº. 586/2013- y de 1 de junio de 2015 -recurso nº. 518/2013-.

**CUARTO .-** Seguidamente, pasamos a analizar las cuestiones referentes a las autopromociones.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, introdujo un nuevo marco regulador de la comunicación audiovisual en su conjunto y, en especial, de la comunicación comercial como derecho reconocido a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual. Con fecha 7 de diciembre de 2011 se publicó en el B.O.E. el Real Decreto 1824/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha Ley, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, dado que algunos aspectos de la misma dedicados a la comunicación comercial audiovisual precisaban de aclaración y un desarrollo más amplio para otorgar mayor seguridad jurídica. Algunos aspectos de dicho reglamento han sido modificados por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero, que suprime el último párrafo del apartado 3 del artículo 5 y se reenumeran el capítulo V que pasa a ser capítulo VI y los actuales capítulos 14, 15 y 16, que pasan a ser arts. 15, 16 y 17 .

La autopromoción se define en el art. 2 de la LGCA, apartado 28, como: " *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*".

Precepto que hay que conectar con el art. 13.2 de la citada Ley, que señala 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 considerarán comunicación comercial a los efectos de esta Ley. No obstante, para la comunicación audiovisual televisiva (...) sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial*".

El desarrollo de este último precepto viene dados por el art. 5 del Reglamento de desarrollo de la citada Ley, modificado por el Real Decreto 21/2014, de 17 de enero , que suprime el último párrafo del apartado 3 del citado artículo, modificación que es aquí aplicable *ratione temporis* , pero que en nada afecta al caso de autos por cuanto el párrafo suprimido se refiere a la emisión de mensajes promocionales o avances de películas europeas de estreno.

El citado art. 5, que lleva por título "Autopromociones de productos", dispone: "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.

2. En ningún caso se considerará 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 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 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 aquel por su cuenta y riesgo, únicamente se aplicarán los límites del cómputo establecido para la autopromoción cuando el mensaje no incluya menciones, promoción o publicidad de ese tercero (...).

5. Aquellas comunicaciones de productos o servicios que no sean accesorios ni deriven directamente de los programas, sino del prestador del servicio o 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".

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en la anteriormente citada Sentencia de 10 de julio de 2013 -recurso nº. 160/2012 -, sobre el alcance del citado precepto, en un recurso en el que Mediaset impugnaba, entre otros, el citado precepto reglamentario, al considerar que no respetaba debidamente el derecho de los operadores de televisión, reconocido por la LGCA, a emitir autopromoción, sino que lo restringe mediante la imposición de condiciones no previstas por el legislador y no amparadas por las regulaciones que sobre la autopromoción contiene la Directiva 2010/13/UE.

Señala el Alto Tribunal en primer lugar, que, en cuanto a la incidencia que pudiera tener la Directiva 2010/13/UE en lo relativo a las normas nacionales reguladoras de la autopromoción que efectivamente, la Directiva define como actividades de autopromoción aquellas mediante las cuales un organismo de radiodifusión televisiva promociona sus propios productos, servicios, programas o cadenas. El tiempo diario de difusión asignado a los anuncios realizados por dichos organismos de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y con los productos conexos directamente derivados de los mismos. Sin embargo, la propia Directiva reconoce entre sus disposiciones generales (concretamente en el artículo 4.1) que los Estados miembros tienen la facultad de exigir a los prestadores de servicios de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de "normas más estrictas o detalladas" en los ámbitos regulados por aquella, siempre y cuando esas normas sean conformes al Derecho de la Unión Europea (en este mismo sentido el considerando 83).

Y a partir de estas dos premisas, prosigue la Sentencia, el art. 13.2 de la LGCA, se limita, en sus párrafos iniciales a reproducir prácticamente los términos de la Directiva.

Sentado lo anterior, continúa el Alto Tribunal, que para precisar mejor los conceptos jurídicos empleados, el art. 5 del Reglamento contiene dos reglas adicionales, una positiva y otra negativa. La primera es que por "productos accesorios derivados directamente del programa" se entienden tan sólo 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" (art. 5, apartado primero).

La regla negativa, inserta en el segundo apartado del mismo art. 5, excluye de aquel concepto (y, por lo tanto, los somete al cómputo "general" de doce minutos por hora de reloj) los anuncios de productos accesorios "que, aun teniendo una cierta relación con los contenidos de un programa, resulten ajenos al mismo". Esta exclusión, así como el resto de las insertas en los demás apartados del art. 5 (en cuya virtud se acota aún más la noción de "productos accesorios derivados directamente del programa" y se computan los así excluidos en el límite general de doce minutos) son criticadas por "Mediaset España Comunicación, S.A.", para cuya defensa "es posible una interpretación [del artículo 13.2 de la Ley 7/2010] menos restrictiva que la contenida en este Reglamento".

Considera la citada Sentencia del Tribunal Supremo, que " el citado 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>>.

**QUINTO** .- En primer lugar, se aduce por la parte actora que no existió infracción por la emisión de autopromociones del programa "Premier Casino" y, por lo tanto, éstas no pueden computar como publicidad convencional. El art. 13.2 de la LGCA no menciona que las autopromociones no puedan promover la venta de los propios productos.

En unos casos se observa a dos mujeres en el campo, una con un móvil en el que se lee "PREMIER", llegan tres hombres que montan una ruleta, mientras se oye: " *Juega a PREMIER CASINO con tu móvil o Tablet y disfruta del mejor casino, estás donde estás. Hagan juego. Premiercasino.es, hagan juego* ". En otros, consisten en distintas imágenes relacionadas con la ruleta, las cartas y los dados para acabar en un texto en el que se invita a jugar con un bono de bienvenida de 1.000 € y se promociona la web de MEDIASET [www.premiercasino.es](http://www.premiercasino.es).

Es decir, se invita al telespectador a jugar en [www.premiercasino.es](http://www.premiercasino.es). Por lo que como dijimos en la reciente Sentencia de 3 de marzo de 2017 -recurso nº. 1.357/2015 -, también relativa al patrocinio que nos ocupa, "no son autopromociones relativas a la programación del prestador, ni programas que informan sobre la programación del prestador o rodillos que informan sobre algún cambio de la misma, ni referencias genéricas de carácter informativo sobre el prestador del programa. No se publicita un producto accesorio derivado directamente de un programa y dirigido a facilitar la participación del telespectador con el programa que se trate".

Por tanto, no pueden dichas emisiones ser excluidas del cómputo del límite de 12 minutos, al ser publicidad convencional, siendo una actividad del prestador ajena a la comunicación audiovisual. Dicha conclusión no queda desvirtuada por la certificación de 7 de julio de 2016 aportada por la sociedad recurrente de Publiespaña, S.A., sociedad de Mediaset encargada de la gestión de espacios publicitarios del canal Telecinco, en el que se emitieron, en la que se dice que no se percibió contraprestación económica alguna por la emisión de las autopromociones del programa de "Premier Casino" y de las páginas web [www.premiercasino.es](http://www.premiercasino.es) y [www.premierbingo.es](http://www.premierbingo.es), pues a pesar de dicha certificación se sigue infringiendo el art. 13.2 de la LGCA.

Por otro lado, según la parte actora, son autopromociones del art. 13 de la LGCA, los productos derivados del programa "Hombres, mujeres y viceversa", una "pulsera para ella" y un "reloj para ellos", y de la marca Divinity, un móvil.

Dichos productos, a tenor del anteriormente reseñado art. 5 del Reglamento, y de la interpretación que del mismo hace el Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de julio de 2013 -recurso nº. 160/2012 -, que exige que realmente se identifiquen los productos con el programa en cuestión, y cuya existencia y comercialización sería imposible sin la existencia de aquel, por su directa vinculación con él, por lo que se somete al cómputo de doce minutos por hora de reloj, los anuncios de productos accesorios que, aun teniendo una cierta relación con los contenidos de un programa, resulten ajenos al mismo. Que es lo que acontece en los supuestos que nos ocupa.

En cuanto a la alegación de la explotación económica de los productos del programa "Mujeres, hombres y viceversa", se aporta parte del contrato entre Gestevisión Telecinco, S.A., y Magnolia TV España S.L. de 4 de junio de 2008, que en la estipulación cuarta se establece que corresponde a Telecinco la explotación comercial del programa, incluyendo la explotación de la marca y de los productos derivados del mismo. Dicho contrato, no acredita lo establecido en el art. 5.3 del Reglamento, ya que en primer lugar, se aporta el contrato de manera parcial, pero es que en todo caso, se establece en la parte aportada del contrato, que Telecinco tiene la explotación comercial del programa en cuestión incluyendo los productos derivados del mismo, pero dichos productos, como hemos analizado, no cumplen lo declarado al respecto del art. 5 del Reglamento, y de la interpretación que del mismo da la repartida Sentencia del Tribunal Supremo.

**SEXTO** .- Finalmente, para la sociedad recurrente únicamente cabrá considerar la existencia de un número de infracciones inferior a las atribuidas, por aplicación de la doctrina de la infracción continuada. Se trata de una serie de conductas que únicamente habrían podido dar lugar a una única infracción continuidad, aludiéndose a los supuestos de los patrocinios de Deportes Cuatro, como en las autopromociones de Premier Casino y las promociones del móvil Divinity,



El art. 4.6 del Real Decreto 1.398/1993, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que considera sancionable como infracción continuada *"la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión"* .

En suma, se trata de saber si nos encontramos ante un concurso real o ante una infracción continuada. Ahora bien, para que se aplique la figura de la infracción continuada es preciso que exista un dolo unitario *"en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión"* ( Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2013 -recurso nº. 2513/2009 -<https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp>). No bastando, se añade en dicha Sentencia *"para apreciar la existencia de infracción continuada con la simple reiteración de conductas semejantes, ...[si no que] es preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante, responda a un mismo proceso psicológico y material"* .

Así las cosas, tenemos que tener en cuenta, como se dice en la resolución sancionadora, que los excesos publicitarios se deben a que la emisión de publicidad convencional y de anuncios de televenta, computados en su conjunto dentro de cada franja horaria, superan los 12 minutos por hora natural, sin que pueda entenderse que la emisión de un anuncio concreto, o varios de ellos, sean los determinantes del exceso publicitario. Cada exceso en cada franja constituye una infracción autónoma. La identidad del exceso o del espacio sobre el que se computa dicho exceso no permite dotar de continuidad la conducta ni imponer una única sanción. Los excesos publicitarios, computados en diversas franjas horarias, son objeto de programación independiente, y constituyen acciones independientes entre sí.

Por otra parte, el hecho de que se sostenga una misma posición jurídica frente a las sanciones, no supone que estemos ante una infracción continuada, pues no cabe confundir la existencia un único plan preconcebido con aprovechamiento de idéntica ocasión y unidad psicológica y materia, con la existencia de una misma posición jurídica ante incumplimientos dotados de autonomía. En este caso no estamos ante un plan unitario, sino ante diversos incumplimientos de los diferentes requerimientos efectuados.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, la voluntad infractora se aprecia nítidamente de forma separable y diferenciable, debiéndose desestimar este último motivo de impugnación, y, en consecuencia, la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

**SÉPTIMO.** - A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas procesales a la parte actora.

**VISTOS** los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS:**

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.** , contra la resolución de 26 de mayo de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se impone a la parte actora veinte multas por importe total de 229.136 euros por la vulneración del art. 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, por veinte infracciones tipificadas como leves en el art. 59.2 de la citada norma , declaramos la citada resolución conforme a derecho; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA