



Roj: **ATS 12381/2017 - ECLI:ES:TS:2017:12381A**

Id Cendoj: **28079130012017202242**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2017**

Nº de Recurso: **3712/2017**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **SAN 1225/2017,**  
**ATS 12381/2017,**  
**STS 3780/2018**

## TRIBUNAL SUPREMO

### SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN: PRIMERA

#### **A U T O**

Fecha del auto: 31/10/2017

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **3712/2017**

Materia: COM NACI DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Angeles Moreno Ballesteros

Secretaría de Sala Destino: 003

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: **3712/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Angeles Moreno Ballesteros

## TRIBUNAL SUPREMO

### SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN: PRIMERA

#### **A U T O**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.



D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente, presidente

D. Manuel Vicente Garzon Herrero

D. Segundo Menendez Perez

D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Jose Juan Suay Rincon

D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 31 de octubre de 2017.

## HECHOS

**PRIMERO.-** El procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, actuando en nombre y representación de la mercantil Mediaset España Comunicación, S.A., interpuso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), de 17 de marzo de 2015, por la que se impuso a la citada mercantil una multa por importe total de 131.501 euros, como responsable de una infracción administrativa continuada de carácter grave, por la inserción de 15 sobreimpresiones publicitarias de la página web "www.premiercasino.es <<http://www.premiercasino.es>>", durante las emisiones de los programas: "C.S.I.", el día 9 de septiembre; "Cine Cuatro", durante la emisión de la película "Alerta Máxima 2", el 6 de septiembre; "Conexión Samanta", el 11 de septiembre; "Cuarto Milenio", los días 1, 8 y 15 de septiembre; "La Otra Red", el 13 de septiembre; y "Partido a Partido", el 31 de agosto y el 14 de septiembre, todos de 2014, sin interrumpir los programas y mezclando los contenidos editoriales con los publicitarios, fuera de los casos expresamente admitidos en la Ley, lo que infringe lo dispuesto en el artículo 14.2 y 4, párrafo 1.º, de la Ley 7/2010 .

**SEGUNDO.-** El recurso, tramitado con el núm. 1357/2015, fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 3 de marzo de 2017 .

La Sala de instancia señala, en primer lugar, y con invocación de los artículos 2 y 13.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), y 5 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, modificado por el Real Decreto 21/2014, así como la STS de 10 de julio de 2013 (recurso 160/2012), que las sobreimpresiones de las que se trata no pueden encuadrarse en un supuesto de autopromoción, pues <<[...] 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>>.

En segundo lugar, la sentencia aborda la cuestión sobre si la inserción de las sobreimpresiones ha respetado los principios de separación entre contenidos televisivos y publicidad e integridad del programa, llegando a la conclusión que se ha incurrido en el ilícito tipificado en el artículo 58.7 de la LGCA. Señala a este respecto que el artículo 14.2 LGCA consagra el principio de separación entre contenidos televisivos y publicidad que constituye, por un lado, un derecho del telespectador ( artículo 6. 5 LGCA) y, por otro, una imposición a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13. 1 LGCA. Este principio se encuentra recogido a su vez en el artículo 19 de la Directiva 2010/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo, que, además, prevé en su artículo 4.1 la posibilidad de que los Estados miembros puedan exigir a los prestadores del servicio de comunicación el cumplimiento de normas más estrictas. Partiendo de lo anterior, la Sala transcribe parte de los razonamientos de su sentencia de 20 de enero de 2017 (recurso 20/2016), en la que se subrayaba que la CNMC ha especificado los criterios por los que considera que se separa el contenido editorial del contenido publicitario mediante resolución de 9 de septiembre de 2014, <<Y para considerar diferenciado el mensaje publicitario del programa de televisión>> razonaba la Sala en aquella sentencia, << este último debe interrumpirse para emitir el mensaje publicitario, y así evitar cualquier solapamiento entre las imágenes o sonidos de ambas emisiones de forma que no impida la visión del programa o el desarrollo de su línea argumental verbal>>.

A continuación argumentaba la Sala en la sentencia citada, con fundamento en el principio de integridad de la programación, recogido en el apartado 4 del artículo 14 LJGCA en relación con el artículo 20 de la citada



Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual , que el derecho a la emisión de publicidad ha de cumplir con los requisitos de la clara diferenciación respecto de los programas, no confusión al espectador sobre el carácter publicitario y respeto de la integridad del programa en que se inserta. Y concluye la cita añadiendo que <<En contra de lo que dice la parte actora, la LGCA viene a prohibir la emisión de publicidad cuando no se cumplan los citados requisitos, constituyendo la excepción en el caso de retransmisiones deportivas que está también contemplada en el art.19.2 de la Directiva 2010/13/UE , así como en el art. 16 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva>>.

Respecto de la invocada infracción del precedente sentado por la misma Sección en un caso anterior, la Sala de instancia reconoce que es cierto que en la sentencia invocada se anuló la sanción impuesta por la inserción de transparencias publicitarias en el relación con el programa "Gran Hermano", pero que dicha sentencia <<dejaba muy claro que dicho criterio no podría ser aplicable a otros programas, siendo los programas donde se emitieron las inserciones publicitarias de diferente naturaleza de aquel objeto de la citada sentencia>>.

**TERCERO.**- Notificada la sentencia, la representación procesal de la mercantil Mediaset España Comunicación, S.A. ha preparado contra la misma recurso de casación, exponiendo en su escrito que la sentencia impugnada infringe, por un lado, el apartado 2 del artículo 13 y los apartados 1, 2 y 4 del artículo 14 LGCA, los artículos 4 a 8 y 16 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva; y los artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/CE , de 10 de marzo, de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Por otro lado, invoca la falta de motivación de la sentencia, al no fundamentar suficientemente las afirmaciones de que las sobreimpresiones analizadas no son autopromociones y que el uso de transparencias publicitarias estaría permitido únicamente, y como excepción, en el caso de retransmisiones deportivas.

Por último, en el escrito de preparación se denuncian también como infringidos el artículo 284.3 LOPJ , el artículo 218 LEC y los artículos 9.3 , 14 y 24 CE , imputándose a la sentencia de la Audiencia Nacional, en resumen, el haberse apartado de un precedente -en el que la misma Sala y Sección sí admitió el uso legítimo de ese tipo de publicidad atendiendo a las características específicas del programa en el que se habían insertado- sin motivación suficiente que justifique tal apartamiento.

En lo concerniente a la justificación del interés objetivo casacional se sostiene por la mercantil recurrente la concurrencia de los supuestos previstos en los apartados a ) , b ) , c ) y f) del artículo 88.2 LJCA . Se aduce, asimismo, la concurrencia de las presunciones de interés casacional objetivo contempladas en los apartados a ) y d) del artículo 88. 3 LJCA .

En relación con el primero de los supuestos citados se alega, en resumen, que la sentencia fija una interpretación del artículo 14 LGCA y de los artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE contradictoria con lo resuelto por la misma Sala ante cuestiones sustancialmente iguales; en particular, respecto de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Primera) de 17 de febrero de 2011 .

Por lo que atañe al supuesto previsto en el artículo 88.2 b) LJCA se mantiene en el escrito de preparación que la doctrina fijada en la sentencia impugnada -que supone circunscribir el uso de los nuevos formatos de publicidad (como las transparencias publicitarias) a un determinado tipo de programas (retransmisiones deportivas)- resulta gravemente dañosa para los intereses generales al implicar un <<límite injustificado al derecho a realizar comunicaciones comerciales>> .

En lo concerniente a la concurrencia del supuesto c) del artículo 88. 2 LJCA , se sostiene por la mercantil recurrente que la imposibilidad del uso de transparencias publicitarias, fuera de los casos de retransmisiones deportivas, afecta a todos los operadores del sector.

La concurrencia del supuesto de interés objetivo casacional previsto en el artículo 88.2.f) LJCA se fundamenta en la interpretación que la Sala de instancia ha realizado de los artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE y que, según se expone, resulta contraria a su propio tenor ya que dicho precepto no prohíbe el empleo de nuevos formatos publicitarios en otros programas distintos a las retransmisiones deportivas. Se subraya sobre este extremo que no existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto y que se trata de un supuesto <<en el cabe plantear en el escrito de interposición del recurso una cuestión prejudicial al TJUE>>.

Invoca, finalmente, la concurrencia de las presunciones del artículo 88. 3 a ) y d) LJCA puesto que no existe jurisprudencia sobre las concretas cuestiones planteadas (alcance del concepto de autopromoción, prohibición de insertar transparencias, sobreimpresiones o publicidad virtual, en programas que no sean retransmisiones deportivas) y porque la resolución que se impugna ha sido dictada por la Audiencia Nacional al



resolver un recurso interpuesto frente a un acto de la Sala de Supervisión Reguladora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

**CUARTO** .- Mediante auto de 26 de junio de 2017 la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera ) tiene por bien preparado el recurso de casación y acuerda emplazar a las partes para que comparezcan ante esta Sala del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días.

La parte recurrente, Mediaset España Comunicación, S.A., se ha personado en tiempo y forma representada por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González- Carvajal. Se ha personado asimismo el abogado del Estado en concepto de parte recurrida, oponiéndose a la admisión a trámite del recurso de casación.

En resumen, sostiene el abogada del Estado que la cuestión sobre si las sobreimpresiones de las que se trata pueden o no encuadrarse en un supuesto de autopromoción, es una cuestión de hecho excluida del recurso de casación, conforme al artículo 87.bis.1 LJCA . Igual ocurre con la cuestión sobre si las sobreimpresiones emitidas cumplen o no con la obligación de estar claramente diferenciados de los programas y si respetan la integridad del programa, pues la sentencia lo que hace es valorar los hechos concurrentes. Se argumenta, por último, que no concurren los supuestos de interés casacional objetivo contemplados en los apartados a ), b ), c ) y f) del artículo. 88. 2 LJCA y que, a pesar de invocarse las presunciones de los apartados a ) y d) del artículo 88. 3 LJCA , no se plantea cuestión alguna acerca de la interpretación de las normas que se consideran infringidas, y el recurso carece manifiestamente de interés casacional objetivo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** Con carácter previo al análisis del interés casacional que pudiera plantear la cuestión suscitada, cabe señalar que el escrito de preparación cumple con los requisitos que, el artículo 89.2 LJCA , exige al escrito de preparación, por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde este punto de vista. Así, el escrito se ha estructurado en apartados separados, encabezados con un epígrafe expresivo de su respectivo contenido y se han observado los requisitos de legitimación y plazo.

Asimismo, se han identificado debidamente las normas cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, cumpliéndose con la carga procesal de justificar, primero, su incardinación en el Derecho estatal; segundo, su alegación en el proceso de instancia y/o su toma en consideración por la sentencia impugnada; y tercero, su relevancia en el sentido del "fallo". Finalmente, esa Sección considera que se ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia de interés casacional comprendidos en los apartados 2º y 3º del artículo 88 LJCA que se invocan; en particular en lo que respecta a las presunción de interés objetivo casacional del art. 88. 3 d) LJCA .

**SEGUNDO.-** Teniendo en cuenta lo anterior, nos compete abordar ahora la determinación de la cuestión litigiosa y si ésta tiene interés casacional objetivo para la creación de jurisprudencia que justifique un pronunciamiento de esta Sala.

Varias son las cuestiones planteadas que, a juicio del recurrente, pueden tener interés casacional: el alcance del concepto de autopromoción y su aplicación al caso enjuiciado; determinar si las llamadas nuevas formas de publicidad -como sobreimpresiones, transparencias o publicidad virtual- pueden ser utilizadas, no sólo en las retransmisiones de acontecimientos deportivos sino en otro tipo de programas.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones la polémica suscitada se centra en torno al concepto y alcance de autopromoción, en los términos recogidos en el art. 13.2 de la LGCA y en los artículos 4 a 8 del Real Decreto 1624/2011 .

Se trata, tal y como hemos reseñado en los antecedentes de esta resolución, si la sobreimpresiones en algunos de los programas emitidos en canales del grupo empresarial Mediaset ("Cine Cuatro" "Conexión Samanta", "Cuarto Milenio", "La Otra Red" etc), que publicitan la web "www.premiercasino.es", que es una web real dedicada a juegos de azar *on line*, perteneciente al mismo grupo empresarial (Mediaset) - con imágenes de ruletas, cartas y dados y menciones como " *mejor casino en directo las 24 h*", e invitan al espectador a que se registre: "*regístrate ahora*" y le incitan con una promoción de bono de bienvenida de 1.000 ¢-, puede o no encuadrarse dentro del concepto de autopromoción. Así, mientras que para la sentencia impugnada dichas sobreimpresiones 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, ni 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 el contrario, para el recurrente, y así lo argumenta en su



recurso de casación, la mencionada página web ([www.premiercasino.es](http://www.premiercasino.es) <<http://www.premiercasino.es>>) está íntimamente relacionada con un programa de juegos de azar ("premier casino") que se emitía en su parrilla televisiva, por lo que se trata de un supuesto de autopromoción de su programa premier casino, siendo la página web una parte del mismo.

Pues bien, con independencia de los aspectos más casuísticos del litigio, se está planteando ante este tribunal el alcance e interpretación del concepto de autopromoción, a los efectos de esclarecer su aplicación ante las nuevas formas de publicidad y los nuevos modelos de interconexión entre programas de televisión y servicios *on line* pertenecientes al mismo grupo empresarial. Consideramos, por tanto, que el asunto presenta interés casacional para aclarar o esclarecer el concepto de autopromoción contemplado en el art. 13.2 de la LGCA y en los artículos 4 a 8 del Real Decreto 1624/2011 .

**TERCERO.**- En segundo lugar se plantea si la inserción de las sobreimpresiones ha respetado los principios de separación entre contenidos televisivos y publicidad e integridad del programa, debe señalarse que el presente recurso de casación plantea una cuestión jurídica sustancialmente idéntica a la promovida en el recurso de casación 2417/2017, que ha sido admitido a trámite por esta Sección, por lo que también en este caso debemos admitir el recurso de casación con la misma fundamentación que en el mencionado auto.

Por ello, en debido cumplimiento de lo previsto en el artículo 90.4 LJCA , declaramos que, en principio, el pronunciamiento de este Tribunal versará sobre:

- si el concepto de autopromoción, contemplado en el art. 13.2 de la LGCA y en los artículos 4 a 8 del Real Decreto 1624/2011 , abarca la publicidad de servicios de juego *on line* situados en una página web, gestionada por el mismo grupo empresarial, y vinculada con un programa televisivo emitido por dicho grupo.

- si la interpretación de los apartados 2 y 4 del artículo 14 LGCA, en relación con los correlativos artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE , permite que las llamadas nuevas formas de publicidad -como sobreimpresiones, transparencias o publicidad virtual- puedan ser utilizadas, no sólo en las retransmisiones de acontecimientos deportivos - posibilidad expresamente prevista en el artículo 14. 4 LGCA y desarrollada en el artículo 17 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre (renumerado por el art. único . 4 del Real Decreto 21/2014, de 17 de enero )-, sino también en otro tipo de programas en atención a su específica naturaleza o a sus especiales circunstancias; y si tal interpretación resulta conforme al derecho comunitario.

**CUARTO.**- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

**QUINTO.**- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA , remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión

**acuerda:**

**1º)** Admitir el recurso de casación n.º **3712/2017** interpuesto por la representación procesal de la mercantil Mediaset España Comunicación, S.A. contra la sentencia, de 3 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera ), dictada en el procedimiento ordinario n.º 1357/2015.

**2º)** Declarar que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en determinar si:

- si el concepto de autopromoción, contemplado en el art. 13.2 de la LGCA y en los artículos 4 a 8 del Real Decreto 1624/2011 , abarca la publicidad de servicios de juego *on line* situados en una página web, gestionada por el mismo grupo empresarial y vinculada con un programa televisivo emitido por dicho grupo.

- la interpretación de los apartados 2 y 4 del artículo 14 LGCA, en relación con los correlativos artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE , permite que las llamadas nuevas formas de publicidad -como sobreimpresiones, transparencias o publicidad virtual- puedan ser utilizadas, no sólo en las retransmisiones de acontecimientos deportivos -posibilidad expresamente prevista en el artículo 14. 4 LGCA y desarrollada en el artículo 17 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre (renumerado por el art. único . 4 del Real Decreto 21/2014, de 17



de enero ), sino también en otro tipo de programas en atención a su específica naturaleza o a sus especiales circunstancias; y si tal interpretación resulta conforme al derecho comunitario.

**3º)** Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

**4º)** Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

**5º)** Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Segundo Menéndez Pérez D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frías Ponce D. Diego Córdoba Castroverde

D. José Juan Suay Rincón D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ