



Roj: **STS 3780/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3780**

Id Cendoj: **28079130032018100407**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/10/2018**

Nº de Recurso: **3712/2017**

Nº de Resolución: **1570/2018**

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

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.570/2018

Fecha de sentencia: 30/10/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3712/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

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

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 3712/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1570/2018

Excmos. Sres. y Excma. 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 30 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3.712/2017, interpuesto por Mediaset España Comunicación, S.A., representada por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González Carvajal y bajo la dirección letrada de Alfonso Muñoz Vigil, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 3 de marzo de 2017 en el recurso contencioso-administrativo número 1.357/2015. Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2017 (recurso nº 1357/2015) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Mediaset España Comunicación S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 17 de marzo de 2015 en la que se impone a dicha entidad, como responsable editorial del canal de televisión Cuatro, una sanción de 131.501 € de multa por la comisión de una infracción continuada, por vulneración de lo dispuesto en los artículos 14.2 y 4, párrafo 1º, de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), tipificada como grave en el artículo 58.7 de la citada Ley; con imposición de costas a la parte demandante.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de Mediaset España Comunicación S.A., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 31 de octubre de 2017 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de 31 de octubre de 2017 se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

" 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."

TERCERO.- La representación de Mediaset España Comunicación S.A. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 21 de diciembre de 2017 en el que solicita que se dicte sentencia en la que se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se acuerde la estimación del recurso contencioso-administrativo anulando, en consecuencia, la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, se tuvo por interpuesto el recurso mediante providencia de 8 de enero de 2018, en la que se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

QUINTO.- La representación procesal de la Administración del Estado formalizó su oposición mediante escrito presentado el 21 de febrero de 2018 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por la recurrente, termina solicitando la desestimación del recurso de casación.



SEXO.- Mediante providencia de 28 de febrero de 2018 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 23 de octubre de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

SÉPTIMO.- Asume la ponencia del presente recurso el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, en sustitución del anteriormente designado, el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas, quien formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 3712/2017 lo interpone la representación de Mediaset España Comunicación S.A. contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2017 (recurso nº 1357/2015) en la que se desestima el recurso contencioso- administrativo interpuesto por dicha entidad contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 17 de marzo de 2015. Por dicha resolución se impone a Mediaset España Comunicación S.A., como responsable editorial del canal de televisión Cuatro, una sanción de 131.501 € de multa por la comisión de una infracción continuada, por vulneración de lo dispuesto en el artículo 14.2 y 4, primer párrafo, de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), tipificada como grave en el artículo 58.7 de la citada Ley.

Los hechos por los que se impuso la sanción quedan recogidos en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida del modo siguiente:

"(...) la realización de una campaña publicitaria difundida por dicha sociedad en su canal de televisión Cuatro que promociona la web de juego online "www.premiercasino.es ", mediante la inserción de 15 sobrepresiones que contienen textos escritos e imágenes del producto, durante las emisiones de los programas CSI el día 9 de septiembre; "Cine Cuatro", durante la emisión de la película "Alerta Máxima" 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 13 de septiembre, todos de 2014, sin interrumpir los programas y mezclando los contenidos editoriales con los publicitarios."

SEGUNDO.- La Sentencia de instancia desestima el recurso con los siguientes argumentos jurídicos:

"(...) TERCERO.- Siguiendo el orden expuesto en la demanda, se va a analizar en primer lugar, la naturaleza de las sobrepresiones que nos ocupan, esto es si tienen la consideración de mensajes publicitarios, que le atribuye la resolución impugnada, o de autopromoción, como por el contrario considera la actora.

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 BOE 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 artículos 15, 16 y 17.

La autopromoción se define en el artículo 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 artículo 13.2 de la citada Ley, que señala " *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 (...) sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial".

El desarrollo de este último precepto viene dado por el artículo 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 artículo 5, que lleva por título "Autopromociones de productos", dispone:

[...]

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en la STS de 10 de julio de 2013 (Rec. 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 Ley 7/2010, 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 aquélla, 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 artículo 13.2 de la Ley española 7/2010 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 artículo 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" (artículo 5, apartado primero).

La regla negativa, inserta en el segundo apartado del mismo artículo 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 artículo 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".

Pues bien, a la vista de la normativa expuesta y de acuerdo con la citada doctrina jurisprudencial, cabe colegir que las sobreimpresiones insertadas durante la emisión 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, en Cuatro televisión, de la página web "www.premiercasino.es", no pueden encuadrarse en un supuesto de autopromoción.

Así, como resulta del acta de visionado las citadas sobreimpresiones contienen promociones de la web "www.premiercasino.es", que es una web real, 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 €, etc Cabe precisar, al hilo de lo expuesto en la demanda, que las sobreimpresiones realizadas en el programa Conexión Samanta, insertan la imagen de una chica tras



la cual hay una ruleta y el siguiente texto www.premiercasino.es , regístrate ahora y el mejor casino directo las 24 horas y posteriormente cambia el texto a www.premiercasino.es , de lunes a viernes en Telecinco e indicaciones de juego seguro para más de 18 años, siendo dichas sobreimpresiones las únicas . Es decir, dicha sobreimpresión, se dedica también a promocionar la citada página web, como mejor casino directo las 24 h e invita asimismo al espectador a registrarse, al igual que el resto.

Es decir, 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. 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 otro lado, es sumamente significativo que la recurrente incluyera en gran parte de las transparencias la palabra "publicidad", lo que evidencia que nos encontramos ante una forma de publicidad comercial y no ante un supuesto de autopromoción.

CUARTO.- La segunda cuestión a dilucidar, una vez constatado que nos hallamos ante comunicaciones comerciales publicitarias, es si la inserción de las sobreimpresiones ha respetado los principios de separación entre contenidos televisivos y publicidad e integridad del programa, pues según la actora la normativa no prohíbe la utilización de transparencias publicitarias en emisiones distintas de las retransmisiones de acontecimientos deportivos.

El artículo 14.2 de la LGCA dispone " *Tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos según los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente. El nivel sonoro de los mensajes publicitarios no puede ser superior al nivel medio del programa anterior*".

Por su parte, el apartado 4 del citado artículo 14 establece " *Los mensajes publicitarios en televisión deben respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman*".

La transmisión de películas por televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), largometrajes y programas informativos televisivos podrá ser interrumpida una vez por cada periodo previsto de treinta minutos. En el caso de programas infantiles, la interrupción es posible una vez por cada periodo ininterrumpido previsto de treinta minutos, si el programa dura más de treinta minutos.

Las retransmisiones de acontecimientos deportivos por televisión únicamente podrán ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido. En dichas retransmisiones, dispongan o no de partes autónomas, se podrán insertar mensajes publicitarios siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento.

No se insertará publicidad televisiva ni televenta durante los servicios religiosos".

El citado precepto viene a consagrar el principio de separación entre contenidos televisivos y la publicidad que se encuentra establecido, primero como un derecho del espectador (artículo 6.5 de la LGCA) y segundo como una imposición a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual. Principio que se encuentra recogido en el artículo 19 de la citada Directiva 2010/30/UE, Directiva que, como ya hemos dicho, reconoce 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 aquélla, siempre y cuando esas normas sean conformes al Derecho de la Unión Europea.

Pues bien, partiendo de dicha normativa, esta Sección en su reciente sentencia SAN, Sec. 1ª, de 20 de enero de 2017 (Rec.20/2016), en un recurso, en cuanto a este particular similar al presente, en el que también figura Mediaset como recurrente, ha señalado en su Fundamento de Derecho tercero lo siguiente :

"Así, el artículo 14.2 de la LGCA al hacer referencia a los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente, atribuya a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la competencia para especificar los criterios por los que considerar que se separa el contenido publicitario del contenido editorial. En la resolución impugnada se hace referencia a las resoluciones de dicha Comisión de 9 de septiembre de 2014 (...) en las que declaró que los contenidos publicitarios deben emitirse por separado de los contenidos televisivos. Y para considerar diferenciado el mensaje publicitario del programa de televisión, 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.

Por otra parte, la finalidad de garantizar la integridad de los programas, se encuentra recogido en el ya reseñado apartado 4 del art. 14 de la LGCA, conforme a lo previsto en el art. 20.1 de la Directiva 2010/13/UE , que dispone "Los Estados miembros velarán por que cuando se inserte publicidad televisiva o televenta durante los

programas, no se menoscabe la integridad de estos, teniendo en cuenta las interrupciones naturales y la duración y el carácter del programa de que se trate, y que no se perjudique a los titulares de sus derecho".

Y concluíamos en el Fundamento de Derecho tercero de la citada sentencia, que:

"En consecuencia, la LGCA garantiza el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a emitir publicidad televisiva, distinta de las autopromociones, telepromociones, publirreportajes, patrocinios o emplazamiento de producto, siempre que la emisión de publicidad cumpla los siguientes requisitos:

- *Deben estar claramente diferenciados de los programas.*
- *No pueden confundir al espectador sobre el carácter publicitario (pues en ese caso debe superponerse la transparencia con la indicación de publicidad).*
- *Se debe respetar la integridad del programa en que se inserta.*

Por tanto, a tenor de lo expuesto, 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 artículo 19.2 de la Directiva 2010/13/UE, así como en el artículo 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".

A lo anterior hay que añadir que la citada STS de 10 de julio de 2013 (Rec. 160/2012) reconoce también que el apartado 14.4 de la LGCA obedece al criterio del artículo 19.2 de la Directiva 2010/13/UE y que *"para las retransmisiones deportivas se establece una excepción a la regla general".*

QUINTO.- Seguidamente, se va a analizar si las 15 sobreimpresiones publicitarias emitidas en los programas citados en Fundamentos de Derecho precedentes, que no eran retransmisiones de acontecimientos deportivos, se han cumplido los requisitos anteriormente señalados.

Pues bien, en cuanto a la separación del programa de televisión de la publicidad televisiva, ninguno de los programas de televisión en cuestión se interrumpieron cuando se insertaron las transparencias de publicidad, sino que se emitieron durante las emisiones de los programas.

Respecto a la confusión producida al espectador sobre el carácter de las inserciones, el apartado 3 del art. 14 de la LGCA dispone *" En la emisión de publireportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad 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".*

En el caso de autos, se ha indicado que se trataba de publicidad en gran parte de las transparencias, pero, como ya hemos dicho en nuestra citada sentencia de 20 de enero de 2017, la inserción de la transparencia de publicidad, durante la emisión de las publicidades, en nada afecta al caso que nos ocupa *" ya que no nos encontramos ante publirreportajes ni telepromociones, ni tampoco podían confundir al telespectador sobre su naturaleza publicitaria, al resultar evidente esta".*

Finalmente, en cuanto a la integridad de los programas, cabe señalar que las inserciones realizadas afectaron a la integridad del programa. En este sentido cabe señalar que, en algunas de las sobreimpresiones se insertaron junto al texto escrito, en el ángulo inferior izquierdo de la pantalla, la imagen de una chica detrás de la cual hay una ruleta, y en otras (además del texto escrito) la imagen de una ruleta, cartas y dados, que en todos los casos se destaca y eleva en relación con el texto escrito, que impiden seguir el desarrollo del programa de forma íntegra.

En consecuencia, las citadas inserciones no cumplen con los requisitos anteriormente reseñados, incurriéndose en el ilícito tipificado en el artículo 58.7 de la LGCA.

Finalmente, en cuanto a la invocación por la actora de la sentencia de esta Sección de 17 de febrero de 2011 (Rec. 525/2009), en la que se reconoce expresamente la posibilidad de utilizar sobreimpresiones en programas distintos de la retransmisión de acontecimientos deportivos, pero dicha sentencia anulaba la sanción impuesta teniendo en cuenta la naturaleza del programa donde se emitieron (Gran Hermano) y dejaba muy claro que dicho criterio no podía ser aplicable a otros programas, siendo los programas donde se emitieron las inserciones publicitarias de diferente naturaleza de aquel objeto de la citada sentencia. Criterio que es también el seguido por la reciente sentencia de esta Sección de 20 de enero de 2017.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto."

TERCERO.- El auto de admisión del presente recurso aprecia interés casacional objetivo consiste en determinar si el concepto de autopromoción, contemplado en el artículo 13.2 de la Ley General de Comunicación

Audiovisual 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.

Para abordar esta cuestión debemos comenzar reseñando los preceptos directamente concernidos:

Ante todo, 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 sobreimpresiones 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 sobreimpresiones, 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 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 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 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."

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 de 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."

Pues bien, esa misma interpretación que expusimos en la sentencia del Pleno de 8 de julio de 2013, y que ahora reiteramos, alberga la respuesta a la primera de las cuestiones en las que el auto de admisión del presente recurso de casación apreció interés casacional.

Así, el concepto de autopromoción al que se refieren el artículo 13.2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual y el artículo 5 del Real Decreto 1624/2011 exige que exista una relación directa entre el producto accesorio que se quiere promocionar y el programa propio, de manera que aquél pueda considerarse



directamente derivado de éste, no siendo suficiente, por más que así lo pretenda la recurrente, con que se trate de productos que deriven del prestador del servicio o de la cadena.

Trasladando esa interpretación al caso que examinamos, no cabe afirmar que nos encontremos en un supuesto de autopromoción pues no se advierte la existencia de una relación directa entre el programa propio y el pretendido producto accesorio. A tal efecto debe recordarse que la controversia se refiere las sobreimpresiones referidas a la página web "www.premiercasino.es" insertadas en distintas fechas de los meses de agosto y septiembre de 2014 durante la emisión de los programas C.S.I, Cine Cuatro, durante la emisión de la película Alerta Máxima-2, Conexión Samanta, Cuarto Milenio, la Otra Red, y Partido a Partido.

Pues bien, compartimos y hacemos nuestro el parecer de la Sala de instancia cuando (F.J.3º de la sentencia recurrida) que "[...] 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. 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". Y, en fin, como también señala la sentencia de la Audiencia Nacional (F.J.3º *in fine*), resulta ciertamente significativo que en gran parte de aquellas transparencias o sobreimpresiones la recurrente incluyera la palabra "publicidad", lo que denota que nos encontramos ante una forma de publicidad comercial y no ante un supuesto de autopromoción.

CUARTO.- La segunda de las cuestiones en las que el auto de admisión del recurso aprecia interés casacional viene referida a la interpretación de los apartados 2 y 4 del artículo 14 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, en relación con los correlativos artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE, a fin de determinar si 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 artículo 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.

Ante todo, es oportuno recordar algunas de las razones que expusimos en nuestra sentencia de 26 de febrero de 2018 (casación 2417/2017, F.J. 2º), en la que examinábamos cuestiones estrechamente relacionadas con la que ahora nos ocupa. Veamos.

La Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, denominada Directiva de servicios de comunicación audiovisual, trata de alcanzar un equilibrio entre las necesidades de financiación de los operadores de televisión, su derecho a la libertad de empresa y la protección de los intereses de los consumidores, en cuanto telespectadores, frente a la publicidad excesiva.

Por ello la Directiva comunitaria, al mismo tiempo que se pronuncia a favor de la utilización de nuevas técnicas publicitarias (así se desprende del considerando 81 al afirmar "el principio de separación no debe impedir el uso de las nuevas técnicas de publicidad") contiene un conjunto de normas mínimas y de criterios que limitan la publicidad y regulan su emisión. A tal efecto, no solo establece una proporción y un tiempo máximo de publicidad televisiva y la prohibición o limitación de la publicidad de determinados productos, sino que también, lo que es más importante a los efectos que nos ocupan, sujeta la emisión de la publicidad por televisión a unos principios básicos: la necesidad de que la publicidad pueda ser reconocida como tal (principio de identificación), se diferencie o distinga claramente del contenido editorial (principio de diferenciación) y respete la integridad de los programas (principio de integridad).

Son los artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE los que regulan los principios de identificación, separación e integridad en los siguientes términos:

"Artículo 19

1. La publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial. Sin perjuicio de la utilización de nuevas técnicas publicitarias, la publicidad televisiva y la televenta deberán diferenciarse claramente del resto del programa por medios ópticos y/o acústicos y/o espaciales.

2. Los anuncios publicitarios y de televenta aislados constituirán la excepción, salvo en el caso de las retransmisiones de acontecimientos deportivos."

"Artículo 20



1. Los Estados miembros velarán por que, cuando se inserte publicidad televisiva o televenta durante los programas, no se menoscabe la integridad de estos, teniendo en cuenta las interrupciones naturales y la duración y el carácter del programa de que se trate, y que no se perjudique a los titulares de sus derechos."

En definitiva, aunque la Directiva se pronuncia abiertamente a favor de la utilización de las nuevas técnicas publicitarias (el principio de separación, "no debe impedir el uso de las nuevas técnicas de publicidad"), éstas deben respetar los principios de identificación, diferenciación e integridad de los programas, tal y como aparecen regulados en los artículos 19 y 20 de la Directiva.

Ahora bien, los Estados miembros tienen "la facultad de exigir a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas o detalladas en los ámbitos regulados por la presente Directiva siempre y cuando estas normas sean conformes al Derecho de la Unión (artículo 4 y considerando 83)" e incluso para las emisiones destinadas únicamente para el territorio nacional pueden fijar "diferentes condiciones relativas a la inclusión de publicidad y distintos límites aplicables al volumen de publicidad con el fin de favorecer la difusión de este tipo de emisiones" (considerando 84).

Procede, por tanto, analizar si en la normativa nacional existente se han establecido requisitos o exigencias más estrictos en relación con los principios de integridad de los programas y/o de separación entre la publicidad y el contenido editorial de los programas. Y ello partiendo de la idea de que la inclusión de transparencias o sobreimpresiones publicitarias, al superponer un mensaje comercial sobre el fondo del programa tiene un carácter más invasivo y permite y difumina la línea divisoria entre en el comienzo del programa y el bloque publicitario, lo cual podría resultar contrario a los principios de integridad y de diferenciación.

La regulación nacional se contiene en la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante "LGCA"), cuyo artículo 14.2 recoge el principio de diferenciación en los siguientes términos:

"[...] 2. Tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos según los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente. El nivel sonoro de los mensajes publicitarios no puede ser superior al nivel medio del programa anterior."

Y el apartado 4 de este mismo artículo 14 regula el principio de integridad de los programas disponiendo: "4. Los mensajes publicitarios en televisión deben respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman".

La previsión contenida en el artículo 14.2 de la LGCA exige que los mensajes publicitarios estén diferenciados, que no separados, de los programas "mediante mecanismos acústicos y ópticos", por lo que el legislador nacional ha sido más exigente que la norma comunitaria en un doble sentido: por un lado, al no incluir los "medios espaciales" como mecanismo de diferenciación entre el programa y la publicidad; y, por otro, al exigir la utilización de mecanismos acústicos "y" ópticos, de forma cumulativa, para diferenciar la publicidad del contenido editorial del programa.

Pero en ningún precepto de la LGCA se establece que las sobreimpresiones o transparencias publicitarias puedan insertarse únicamente en programas deportivos. Así, cuando el artículo 14.4, párrafo tercero, de la LGCA se refiere a tales inserciones en esta clase de programas ("[...] Las retransmisiones de acontecimientos deportivos por televisión únicamente podrán ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido. En dichas retransmisiones, dispongan o no de partes autónomas, se podrán insertar mensajes publicitarios siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento"), la norma no está diciendo que sólo pueden insertarse sobreimpresiones publicitarias en los programas deportivos sino que, cuando se trate de esta esta clase de retransmisiones, las inserciones publicitarias habrán de hacerse como indica la norma, a fin de no entorpecer el seguimiento del acontecimiento deportivo. Y ello como concreción o manifestación singular de aquellos principios de identificación, diferenciación e integridad de los programas a los que están sujetos los mensajes publicitarios en sus diferentes modalidades.

Por tanto, las nuevas técnicas publicitarias, tales como sobreimpresiones o transparencias, pueden ser utilizadas no sólo en programas deportivos sino también en otro tipo de programas como los de entretenimiento, pues no existe en la regulación nacional nada que excluya o prohíba tales muestras publicitarias. En todo caso, deben respetar los principios de identificación, diferenciación e integridad.

QUINTO.- El presente recurso de casación debe ser resuelto atendiendo a las consideraciones expuestas en los dos apartados anteriores.

Así, como hemos visto en el fundamento jurídico tercero, las sobreimpresiones referidas a la página web " www.premiercasino.es " que fueron insertadas en distintas fechas de los meses de agosto y septiembre



de 2014 durante la emisión de los programas C.S.I., Cine Cuatro, durante la emisión de la película Alerta Máxima-2, Conexión Samanta, Cuarto Milenio, la Otra Red, y Partido a Partido no constituyen un supuesto de autopromoción sino de publicidad comercial.

Ahora bien, tanto la resolución de la CNMC como la sentencia de la Audiencia Nacional formulan el reproche sancionador partiendo de la consideración de que la publicidad mediante sobreimpresiones o transparencias únicamente puede ser utilizada en programas deportivos; criterio este que, como ha quedado expuesto en el fundamento jurídico cuarto, no compartimos.

Es cierto que tanto la resolución administrativa como la sentencia de instancia atribuyen a Mediaset el incumplimiento o inobservancia de los principios que deben presidir las comunicaciones publicitarias (identificación, diferenciación e integridad de los programas), pero tal reproche se hace a partir de la premisa de que la modalidad publicitaria utilizada -mediante transparencias o sobreimpresiones- no tiene cabida en programas que no sean deportivos, apreciación ésta que impregna todo el reproche sancionador y forma parte inescindible de éste. De manera que, desvirtuada aquella premisa, la sanción queda privada de sustento.

En consecuencia, de acuerdo con la interpretación de las normas que hemos dejado expuesta en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto, procede que declaremos haber lugar al recurso de casación, casando la sentencia recurrida y acordando en su lugar la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la sanción impuesta a la entidad recurrente.

SEXTO.- Costas.

De conformidad con lo dispuestos en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco la imposición de las costas de del proceso de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Declarar que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de Mediaset España Comunicación, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 3 de marzo de 2007 en el recurso contencioso-administrativo 1.357/2015, que se anula y deja sin efecto.
2. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de Meidaset España Comunicación, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 17 de marzo de 2015 en la que se impone a dicha entidad, como responsable editorial del canal de televisión Cuatro, una sanción de 131.501 € de multa por la comisión de una infracción continuada, por vulneración de lo dispuesto en los artículo 14.2 y 4, párrafo 1º, de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), tipificada como grave en el artículo 58.7 de la citada Ley, anulando la referida resolución sancionadora.
3. No hacer imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Maria Isabel Perello Domenech Diego Cordoba Castroverde Angel Ramon Arozamena Laso

Fernando Roman Garcia

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Eduardo Calvo Rojas A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA DE 29 DE OCTUBRE DE 2018 (RECURSO DE CASACIÓN 3712/2017).

PRIMERO.- Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con lo razonado en el fundamento tercero y, como consecuencia, con lo acordado en la parte dispositiva de la sentencia. Y ello



por razones que son sustancialmente coincidentes con las que expuse en el voto particular que formulé a la sentencia 290/2018 de fecha 26 de febrero de 2018 (casación 2417/2017), y que son las siguientes:

1.- Comparto el parecer de la mayoría de la Sala cuando señala que el legislador nacional (artículo 14 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual) ha sido más exigente que la norma comunitaria (artículos 19 y 20 de la Directiva 2010/13/UE); pero no solo por las razones que señala la sentencia -esto es, porque la norma española no mencione los "medios espaciales" como mecanismo de diferenciación entre el programa y la publicidad y, por otro lado, exija la utilización de mecanismos acústicos "y" ópticos de forma cumulativa y no alternativa, como hace la Directiva- sino también, y sobre todo, por una razón que considero cualitativamente más relevante y que se deriva de la propia estructura del precepto legal, en particular del artículo 14.4 de la Ley 7/2010.

En efecto, cuando el citado artículo 10.4 señala en su párrafo tercero que las retransmisiones de acontecimientos deportivos por televisión " *únicamente podrán ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido*" y añade luego que en dichas retransmisiones deportivas "... se podrán insertar mensajes publicitarios siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento", el precepto no sólo está estableciendo una regulación específica para esta clase de retransmisiones sino que está estableciendo la excepción a una regla general prohibitiva, esto es, que en los demás programas a los que alude el párrafo anterior del propio artículo 10.4 no tiene cabida la inserción de mensajes publicitarios superpuestos mediante la inclusión de transparencias o sobreimpresiones publicitarias.

Así se infiere de la propia sistemática del artículo 14, pues en ninguno de sus restantes apartados, referidos a mensajes publicitarios en toda clase de programas, se contempla o se alude siquiera a la inserción de transparencias o sobreimpresiones publicitarias, posibilidad ésta que sólo se contempla en el apartado 4 del artículo 14, referido específicamente a las retransmisiones de acontecimientos deportivos, y aun entonces sólo en los términos restrictivos que dicho apartado establece.

Entiendo por ello que, fuera de estos programas deportivos, la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual no contempla la inserción de transparencias o sobreimpresiones publicitarias. Y cuando el Reglamento aprobado por Real Decreto 1624/2011 se refiere a esta clase de sobreimpresiones siempre lo hace con relación a la autopromoción, esto es, la promoción de la programación propia o de próximos programas (cfr. artículos 4.b/ y 7.1.c/ del Reglamento citado).

2.- La Directiva 2010/13/UE hace un constante llamamiento a la *protección y defensa de los consumidores*. Baste señalar que el punto 9 de su Preámbulo declara que el contenido de la Directiva "...se entiende sin perjuicio de los actos de armonización de la Unión vigentes o futuros que tienen especialmente por objeto hacer que se respeten los imperativos relativos a la defensa de los consumidores,...". Y en otros considerandos del mismo Preámbulo se reiteran las referencias a "la plena y adecuada protección de los intereses de los espectadores de la Unión Europea" (55) y a que "resulta esencial garantizar un alto nivel de protección del consumidor" (99).

Nada de ello está presente en la sentencia de la que discrepo, cuya fundamentación jurídica no otorga la debida atención a la protección y defensa de los consumidores, pese a haberla invocado expresamente la Abogacía del Estado tanto en su escrito de oposición al recurso de casación como en el acto de la vista.

La cuestión me parece relevante porque ante estas formas de publicidad consistentes en la inserción de sobreimpresiones en el curso de un programa el consumidor está particularmente "indefenso", ya que frente a aquéllas son escasamente eficaces los procedimientos para eludir la publicidad convencional a los que alude el considerando 85 de la propia Directiva.

Bien puede decirse que estas nuevas modalidades de publicidad han surgido precisamente para estorbar o dificultar esas maniobras elusivas por parte de los consumidores. Y siendo ello así, la Sala debería haber dispensado a éstos una eficaz protección, en lugar de sostener -como hace la sentencia de la que discrepo- una interpretación de la normativa española que considero poco respetuosa con el llamamiento que se hace en la Directiva 2010/13/UE a la protección y defensa de los consumidores.

SEGUNDO.- En definitiva, por las razones que he expuesto en el apartado anterior considero que la sentencia debería haber desestimado el recurso de casación interpuesto por Mediaset Comunicación, S.A.

En Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

Eduardo Calvo Rojas



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Espin Templado, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ