



TRANSPARENCIAS Y SOBREIMPRESIONES: EL TRIBUNAL SUPREMO ADMITE CON CONDICIONES NUEVAS FORMAS DE PUBLICIDAD EN TELEVISIÓN*

*José María Martín Faba***

*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 30 de marzo de 2018

1. Introducción

En la reciente sentencia núm. 290/2018 de 26 febrero -JUR\2018\55360- la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ha validado el uso de nuevas técnicas de publicidad televisiva como las sobreimpresiones y las transparencias, posibilidad que antes estaba reservada únicamente para los programas deportivos, estableciendo que cabe su utilización fuera de los bloques publicitarios, pero únicamente al inicio o al final del programa, siempre que la publicidad respete la integridad del contenido editorial del mismo y pueda ser percibida como tal con claridad por el telespectador.

Debe señalarse que el uso de las llamadas nuevas formas de publicidad televisiva, entre las que se encuentran las sobreimpresiones, las transparencias y la publicidad virtual, ha sido objeto de controversia. De un lado se sostiene que se trata de comunicaciones comerciales intrusivas que no permiten que los telespectadores distingan cuándo están recibiendo un contenido publicitario. Por otro, se defiende la libertad de empresa de los operadores de televisión y la necesidad de obtener financiación para su actividad a través de la publicidad. Como veremos, esta dualidad de posiciones se encuentra también presente entre los miembros de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Alto Tribunal.

* Trabajo realizado en el marco del contrato predoctoral para la formación de personal investigador en el marco del Plan Propio de I+D+i de la UCLM [2016/14100]; y de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

**ORCID ID: 0000-0002-4826-8140.



2. Contexto de la controversia

La CNMC impuso a *Mediaset* una sanción cercana al medio millón de euros por el uso de sobreimpresiones y transparencias publicitarias durante la emisión de distintos programas en Cuatro y Telecinco. En concreto, entendió la CNMC que *Mediaset* cometió cuatro infracciones, tipificadas como graves, con arreglo al art. 56.7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), por vulneración de los apartados 2 y 4 del art. 14 de la misma. En su resolución, la CNMC consideró acreditado que *Mediaset* realizó 17 impresiones publicitarias de varios productos. Estos mensajes publicitarios, con una duración de entre 5 y 7 segundos, se insertaron durante la emisión de los programas y sin interrumpirlos, en concreto, al inicio del programa tras la interrupción para la emisión de publicidad tradicional, ocupando además el centro de la pantalla, aunque no la totalidad de la misma. Por ello, la Comisión consideró infringidos el principio de separación-distinción entre publicidad y programación previsto en el art. 14.2 LGCA¹, así como el principio de integridad de la programación previsto en el art. 14.4 LGCA². En efecto, **la CNMC entiende que para que se cumpla con el principio de separación es necesario la interrupción de los programas para la emisión de publicidad, y que sólo se admite excepción en el caso de retransmisiones deportivas siempre que se pueda seguir el desarrollo del acontecimiento, como así disponen el art. 14.4 LGCA y el art. 19.2 de la Directiva 2010/13/UE**, de 10 de marzo, de servicios de comunicación audiovisual (en adelante, Directiva).

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 20 de enero de 2017 (PROV 2017, 45973) confirmó la sanción. En este sentido, argumentó, en sustancia, que para considerar diferenciado el mensaje publicitario del programa de televisión **“este último debe interrumpirse para emitir**

¹ “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.

² “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 para la 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 los 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 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”. En otro orden de cosas, respecto de la invocada por *Mediaset* infracción del precedente sentado por la misma Sección en un caso anterior –SAN Sección Primera de 17 de febrero de 2011 (RJCA 2011, 153)–, la Sala de instancia reconoce que es cierto que en aquella sentencia se anuló la sanción impuesta por la inserción de transparencias publicitarias en el relación con el programa Gran Hermano pues “no puede desligarse el visionado de las inserciones publicitarias de la naturaleza y clase del programa en que se emitieron: se trata de un programa sin guión previo en el que no se interrumpe una programación previamente preparada sino, simplemente, se hace simultáneo el contenido publicitario con el visionado de la convivencia de determinadas personas”. Pero, remarca la Sala que dicho criterio no puede considerarse como una autorización general de este tipo de publicidad, que será claramente inadecuada en otra clase de programas “en los que sí se alteraría gravemente la integridad del mismo”, como los programas concretos aquí enjuiciados que tienen una naturaleza diferente por tener “un guión previo”.

Así las cosas, *Mediaset* recurrió la resolución en casación, argumentando, en esencia, que la sentencia recurrida **impide el uso de transparencias publicitarias a contenidos distintos de la retransmisión de acontecimientos deportivos sin que exista una prohibición legal al respecto**. A su juicio, teniendo en consideración la normativa europea y nacional en materia publicitaria no cabe interpretar que se prohíba utilizar las transparencias en otros contenidos que no sean únicamente las retransmisiones deportivas. Alega, pues, que aunque es cierto que en el caso de retransmisiones deportivas se permiten de forma expresa, en ningún momento se establece en la norma que no esté permitido para otro tipo de contenidos.

Por su parte, el Abogado del Estado se opuso al recurso argumentado que la sentencia no trata de impedir las nuevas formas de publicidad en la televisión sino que estas cumplan los siguientes requisitos: “deben estar claramente diferenciados de los programas; no pueden confundir al espectador sobre el carácter publicitario; se debe respetar la integridad del programa en que se inserta”. Según el Abogado la especialidad que revisten los acontecimientos deportivos se encuentra en que no se pueden interrumpir voluntariamente por el retransmitente sin afectar al seguimiento de su desarrollo. Por esta razón, sólo se permiten mensajes publicitarios cuando el acontecimiento deportivo está detenido (art. 14.4 LGCA y art. 15 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre) y para compensar esta limitación permite inserciones publicitarias con mayor flexibilidad (arts. 16 y 17 del RD 1624/2011). Estima por consiguiente el Abogado que **fuera de estos supuestos los contenidos publicitarios deben emitirse por separado de los contenidos televisivos, esto es, una vez**



interrumpido el programa televisivo para emitir el mensaje publicitario, evitando así cualquier solapamiento entre las imágenes o sonidos de ambas emisiones.

3. Sobre los principios de separación e integridad en materia publicitaria

Como asevera el Alto Tribunal la presente controversia se centra en torno a la interpretación que han de recibir los principios de separación e integridad en materia publicitaria, contenidos en los apartados 2 y 4 del art. 14 LGCA, en relación con los correlativos arts. 19 y 20 de la Directiva, y, en concreto, si el principio de diferenciación o, en su caso, el de integridad, exigen un corte o separación temporal que delimite claramente el tiempo destinado a los mensajes publicitarios del inicio o final del programa correspondiente o si, por el contrario, es posible utilizar transparencias o sobreimpresiones publicitarias al inicio o finalización del programa como tránsito entre el contenido editorial del programa y el bloque destinado a publicidad.

A modo de introducción, el Tribunal Supremo declara que la Directiva 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, como dice el Supremo, la Directiva al mismo tiempo que se pronuncia a favor de la utilización de nuevas técnicas publicitarias (así se desprende del considerando 81 al afirmar que “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, se explica en la sentencia, la Directiva no sólo establece una proporción y un tiempo máximo de publicidad televisiva y la prohibición o limitación de la publicidad de determinados productos, sino que también 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 19³ y 20⁴ de la Directiva 2010/13/UE los que regulan estos principios. Por consiguiente, entiende el Tribunal Supremo que aunque la Directiva se pronuncia

³ “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”.

⁴ “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”



abiertamente a favor de la utilización de las nuevas técnicas publicitarias, 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.

Centrándose ya en resolver la controversia, el Tribunal Supremo manifiesta que la Directiva comunitaria, por lo que respecta al principio de separación/diferenciación, tan solo exige que la publicidad televisiva debe **“diferenciarse claramente del resto del programa por medios ópticos y/o acústicos y/o espaciales”**, sin que tales medios tengan que aplicarse cumulativamente, tal y como se desprende del tenor literal del precepto y como ha tenido ocasión de recordar el TJUE en su sentencia de 17 de febrero de 2016 (Asunto C-314/14 , considerando 37). A su juicio, **la norma comunitaria, tal y como ha sido interpretada por el TJUE, no exige una separación temporal entre el inicio del programa y el comienzo de la publicidad, pues basta que dicha diferenciación sea meramente espacial, acústica u óptica para entender cumplida esta exigencia.**

Ahora bien, como los Estados miembros tienen “la facultad de exigir a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas” (art. 4 y considerando 83), el Tribunal Supremo procede a analizar si a vista de la normativa nacional existente se han establecido requisitos o exigencias más detalladas en relación con los principios de integridad de los programas y/o de separación entre la publicidad y el contenido editorial de aquellos. En particular examina si se ha introducido en nuestro ordenamiento la obligación de establecer una separación temporal o interrupción que diferencie nítidamente el bloque publicitario del comienzo o finalización del programa. Pues bien, manifiesta el Tribunal que 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 entiende 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. **Lo que no requiere la norma nacional, dice el Alto Tribunal, y podría haberlo hecho, es la exigencia de un lapso temporal o "interrupción" entre el programa y el bloque destinado a la publicidad.** Así pues, asevera que la inclusión de una superimpresión publicitaria sobre el fondo del programa, una vez finalizado el bloque publicitario y antes del inicio del programa o a la finalización del mismo, constituye una forma de tránsito entre el contenido editorial del programa y el bloque publicitario que no está prohibido y que **será lícito siempre que se identifique claramente que se trata de publicidad, que el mensaje comercial se diferencie**



claramente del programa por mecanismos acústicos y ópticos, y que no interrumpa el contenido editorial del programa.

Así, a modo de conclusión, el Tribunal Supremo establece que:

- (i) “Las nuevas técnicas publicitarias, tales como sobreimpresiones o transparencias, pueden ser utilizadas no solo en programas deportivos sino también en otro tipo de programas como los de entretenimiento pero, en todo caso, deben respetar los principios de identificación, diferenciación e integridad”.
- (ii) “Ni la normativa comunitaria ni la norma nacional exigen que entre el comienzo o final del programa y el bloque publicitario exista una separación o lapso temporal, permitiéndose sobreimpresiones o transparencias como forma de tránsito entre la publicidad y el contenido del programa siempre que la publicidad este suficientemente identificada y diferenciada del programa y se respete la integridad del mismo”.

4. Las sobreimpresiones publicitarias de *Mediaset* respetaban los principios de identificación, separación e integridad

A la vista de estas consideraciones el Alto Tribunal analiza si los anuncios publicitarios que se enjuician son constitutivos de la infracción grave prevista en el 58.7 del LGCA (“El incumplimiento del resto de las condiciones establecidas en esta Ley para la realización de las distintas formas de comunicación comercial previstas en los artículos 14, 15, 16 y 17 que no estén incluidas en la tipificación del apartado anterior”), por lo que, en definitiva, trata de determinar si las técnicas publicitarias empleadas incumplieron los principios de identificación, diferenciación e integridad en materia publicitaria.

En este sentido el Supremo expone que quedo probado que los mensajes publicitarios consistían en la inserción al inicio o final de los programas de varias sobreimpresiones en las que se anunciaban varios productos. Esta publicidad se insertó, según el Tribunal Supremo, “tras la reanudación del programa después del corte publicitario; antes de producirse el corte publicitario; tras los créditos de presentación del programa o previo a la finalización del programa de televisión. Añade además que “las sobreimpresiones ocupaban una gran parte del centro de la pantalla o una franja inferior de la pantalla de televisión, y en muchas de ellas, aunque no en todas, podía verse en la esquina superior de la pantalla el término <<Publicidad>>. En el resto de la pantalla se podía apreciar el escenario con el público o el rótulo del programa”.



Así, en primer lugar, el Tribunal cree que las sobreimpresiones cumplen del principio de identificación, no solo por la inclusión en la parte superior de la pantalla del término "publicidad" en muchos de los anuncios, sino también porque del propio formato de las sobreimpresiones utilizadas era evidente para cualquier telespectador medio que se trataba de un mensaje comercial publicitario.

Tampoco aprecia la vulneración del principio de integridad. Entiende la sentencia que las sobreimpresiones se emitieron al comienzo o final de los programas, antes de que se iniciase propiamente su contenido editorial, y mientras en el fondo de la pantalla se enfocaba el escenario con los espectadores o el público asistente aplaudiendo sin que el anuncio interrumpiese el hilo argumental del programa, el cual no había comenzado o ya había finalizado. Según el Tribunal Supremo la propia resolución administrativa minimiza el impacto de estas sobreimpresiones en la integridad editorial del programa afirmando que "en todo caso, las transparencias, que son publicidad televisiva, fueron insertadas durante la emisión del programa, aunque considerando el momento en el que se emitieron, cabe considerar que no se alteró gravemente la integridad de dichos programas".

Y finalmente tampoco considera vulnerado el principio de diferenciación o distinción entre la publicidad televisiva y el contenido editorial del programa, pues no era necesaria una interrupción o lapso temporal entre la publicidad y el inicio del programa, tal y como hemos comentado anteriormente. Y, por otra parte, a la vista del formato elegido, entiende el Alto Tribunal que el mensaje publicitario estaba suficientemente diferenciado, por medios acústicos y ópticos, del contenido editorial del programa. Así, manifiesta que gran parte de la pantalla era ocupada por la publicidad, apreciándose claramente, tanto en su percepción óptica como en la presentación acústica, que se trataba de anunciar un producto y que el programa como tal no había comenzado o había finalizado, sin perjuicio de que en el fondo de la pantalla se pudiera ver el escenario con el público en sus asientos o, en otro caso, el logo del programa.

Por todo ello, el Tribunal no considera que la conducta enjuiciada incurriese en la infracción descrita por lo que procede estimar el recurso de casación y anular la resolución administrativa y, por ende, las sanciones impuestas.

5. La imposibilidad de "escapar" del mensaje publicitario

Con todo, un magistrado emite un voto particular en el que manifiesta su discrepancia con lo razonado por la mayoría de la Sala. En resumidas cuentas señala que **la**



sentencia de la que discrepa propicia la inseguridad jurídica en lo que se refiere a la efectiva protección del principio de integridad, pues resulta que la determinación de si la inserción de sobreimpresiones publicitarias es aceptable (o no) se hace depender de circunstancias variables y de perfiles imprecisos, como son el momento del programa en que se realiza la inserción, la concreta imagen de fondo que se está emitiendo y la relevancia de ésta con relación al hilo argumental del programa. Afirma el disidente que si se interpreta de esta manera la norma su aplicación está abocada al casuismo y a la inseguridad, al queda gravemente desdibujada y borrosa la delimitación de las conductas potencialmente infractoras.

Según el opositor **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 Directiva⁵**. A juicio del magistrado estas nuevas modalidades de publicidad han surgido precisamente para estorbar o dificultar esas maniobras elusivas por parte de los consumidores. Y siendo ello así, el disruptivo concluye que la sentencia es poco respetuosa con el llamamiento que se hace en la Directiva a la protección y defensa de los consumidores.

6. Comentario

La realidad es que el “bombardeo” de publicidad que se produce al consumir contenido digital en red se está trasladando a la televisión. Pero en lo que aquí interesa, según el magistrado disidente uno de los problemas de permitir este tipo de publicidad en televisión es que ya no sería un presupuesto verdadero, como considera la Directiva, que los telespectadores tengan la posibilidad de eludir el contenido publicitario sin que se “pierdan” el contenido propio del programa. Pero esta afirmación no es del todo cierta si, como hace la mayoría de la Sala, se permite este tipo de publicidad con condiciones. Nótese que se ha admitido la posibilidad de las sobreimpresiones publicitarias cuando se introducen al principio o al final del programa, no en cualquier fase del mismo donde verdaderamente se desarrolla el contenido editorial. Por tanto, el telespectador puede eludir la publicidad cambiando de canal durante unos segundos

⁵ Dado el incremento de posibilidades que tienen los espectadores para eludir la publicidad a través del uso de las nuevas tecnologías, como los grabadores personales de vídeo digital y la mayor oferta de canales, no está justificada una reglamentación pormenorizada en materia de inserción de anuncios con el objetivo de proteger al espectador. La cantidad de tiempo por hora en que es admisible la publicidad no debe incrementarse, pero la presente Directiva debe ofrecer a los organismos de radiodifusión televisiva flexibilidad con respecto a su inserción cuando ello no perjudique indebidamente la integridad de los programas.



sin que este comportamiento le impida visualizar el contenido del programa. Lo que no sería apropiado es que las sobreimpresiones se insertaran “en medio” de la realización del contenido editorial, lo que originaría que el telespectador no pudiera ver el programa si quiere “escapar” del mensaje publicitario. Por otra parte, el magistrado disidente critica que estas nuevas formas de publicidad afectan a la integridad del contenido editorial del programa. Con todo, solo estamos parcialmente de acuerdo con esta postura pues si las sobreimpresiones o transparencias se introduzcan al final o al principio del programa, apenas modificarán el contenido editorial del mismo.