

**Resolución relativa al recurso de alzada interpuesto por [CONFIDENCIAL] contra el escrito de 26 de septiembre de 2013, del Subdirector General de Contenidos de la Sociedad de la Información.**

**Expediente: R/DTSA/11/2014**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

**Consejeros**

D<sup>o</sup> Eduardo García Matilla

D<sup>o</sup> Josep Maria Guinart Solá

D<sup>a</sup> Clotilde de la Higuera González

D<sup>o</sup> Diego Rodríguez Rodríguez

**Secretario de la Sala**

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 28 de mayo de 2014

Visto el expediente relativo al recurso de alzada interpuesto por **[Confidencial]** contra el escrito de 26 de septiembre de 2013 del Subdirector General de Contenidos de la Sociedad de la Información, por el que se da traslado a la Dirección General de Ordenación del Juego y a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional de la denuncia **[Confidencial]** presentada en fecha 31 de julio de 2013, por la entidad recurrente contra **[Confidencial]**, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

**I ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- Denuncia presentada por [Confidencial] contra [Confidencial] en fecha 31 de julio de 2013.**

Con fecha 31 de julio de 2013, tuvo entrada en el Registro de la Subdirección General de Contenidos de la Sociedad de la Información, perteneciente a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI) del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, escrito de **[Confidencial]** por el que se ponía en conocimiento de la SETSI de comunicaciones comerciales que podían vulnerar determinadas normas en materia audiovisual, de la ordenación del juego y de telecomunicaciones. Concretamente, se denunció la posible infracción de los artículos 18.7 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual (en

adelante LGCA), 3.e) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP), artículo 7.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal (en adelante LCD), 8.2 de la Orden EHA/3084/2011, de 8 de noviembre que aprueba la Reglamentación Básica de los Concursos, así como las Normas 4 y 6 del Código de Conducta sobre Comunicaciones Comerciales de las Actividades del Juego.

**SEGUNDO.- Escrito de fecha 26 de septiembre de 2013 del Subdirector General de Contenidos de la Sociedad de la Información.**

Tras considerar la necesidad de un pronunciamiento sobre el asunto de la Dirección General de Ordenación del Juego (en adelante, DGOJ) y de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (en adelante, CSSTA), mediante escrito del día 26 de septiembre de 2013, el Subdirector General de Contenidos de la Sociedad de la Información acuerda dar traslado de la denuncia de **[Confidencial]** a dichos organismos.

**TERCERO.- Recurso de alzada interpuesto por [Confidencial].**

Mediante escrito fechado el día 4 de octubre de 2013, que tuvo entrada en registro el día 6 de octubre de 2013, **[Confidencial]** interpuso recurso de alzada contra el escrito de 26 de septiembre de 2013 del Subdirector General de Contenidos de la Sociedad de la Información anteriormente descrito. Los razonamientos aducidos por **[Confidencial]** en su recurso de alzada pueden resumirse, fundamentalmente, en los siguientes:

1º.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 36.3 de la Ley 13/2011, de Regulación del Juego (en adelante, LRJgo) y 18 de la LGCA no resultaría necesaria la remisión de la denuncia a la DGOJ ni a ningún otro organismo del Estado, al resultar plenamente competente para conocer de ella la CNMC.

2º.- La CNMC debe aplicar a los hechos denunciados el régimen sancionador previsto en la LGCA.

3º.- El acto de trámite resulta impugnabile según lo previsto en los artículos 107 y 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), que prevén la posibilidad de interponer recurso de alzada contra las resoluciones y actos de trámite si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, así como contra los actos administrativos que no pongan fin a la vía administrativa, fundamentado en la causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la LRJPAC y, cumulativamente, en la del artículo 63.1 LRJPAC en relación con el artículo 36 de la LRJgo.

**CUARTO.- Notificación del inicio del procedimiento a los interesados.**

Mediante escritos fechados el día 15 de enero de 2014 y remitidos en fecha 17 de enero de 2014 se informó a la recurrente y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del

procedimiento R/DTSA/11/2014 de tramitación del recurso de alzada interpuesto por **[Confidencial]**.

#### **QUINTO.- Ampliación de plazo de alegaciones.**

En fecha 27 de enero de 2014 se recibió escrito de **[Confidencial]** solicitando la ampliación del plazo de alegaciones a los efectos de poder acceder a determinada documentación procedente del expediente **[Confidencial]** que obra en el expediente R/DTSA/11/2014.

Mediante escrito de fecha 29 de enero de 2014 se acordó la ampliación de plazo solicitada en 5 días hábiles adicionales.

#### **SEXTO.- Escrito de Alegaciones de [Confidencial].**

**[Confidencial]** presentó alegaciones mediante escrito del día 7 de febrero de 2014, que tuvo entrada en el registro de esta Comisión en la misma fecha. El contenido de las alegaciones presentadas puede resumirse en los siguientes puntos:

1º.- El recurso de **[Confidencial]** debe ser inadmitido a trámite al ser el acto impugnado de trámite y no recurrible, no siendo tampoco competente la CNMC para resolverlo.

2º.- **[Confidencial]**, en la denuncia presentada, ignoró los procedimientos expresamente previstos en los códigos de autorregulación y de conducta para solventar situaciones como la denunciada por el recurrente.

3º.- La denuncia de **[Confidencial]**, origen del recurso interpuesto, carece de fundamento legal puesto que las condiciones concretas en las que ha de hacerse la publicidad de los “bonos de bienvenida” del juego no fueron concretadas hasta noviembre de 2013, entrando en vigor las mismas el 20 de diciembre de dicho año, razón por la cual no resultaban exigibles a los operadores antes de esa fecha.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES**

#### **Primero.- Calificación.**

De conformidad con los artículos 107 y 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) contra las

resoluciones y los actos de trámite cualificados que no pongan fin a la vía administrativa podrá interponerse por los interesados recurso de alzada, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC) establece que los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la LRJPAC.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de alzada, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que la resolución dictada por el Subdirector General de Contenidos de la Sociedad de la Información no pone fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de alzada.

### **Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

En este caso, [Confidencial] es la entidad denunciante en el procedimiento [Confidencial], que da lugar al presente recurso. Con relación a la legitimación activa de los denunciantes para interponer recursos frente a resoluciones de archivo o de finalización de procedimiento, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo, entre otras, en las Sentencias de 7 de julio de 2003<sup>1</sup>, 22 de mayo de 2007<sup>2</sup> y 16 de diciembre de 2008<sup>3</sup>, que la respuesta sancionadora que pretenda el denunciante pueda producirle un efecto positivo en su esfera jurídica o bien eliminar de dicha esfera una carga o gravamen, lo cual debe ser objeto de análisis caso por caso. Así lo han señalado los tribunales también en procedimientos de regulación de mercados y, entre otras, en las Sentencias de la Audiencia Nacional de 28 de abril de 2010<sup>4</sup> y de 3 de noviembre de 2011<sup>5</sup>, ambas firmes.

En este caso, la entidad denunciante no solamente basó su denuncia en una posible infracción del artículo 36.4 de la Ley del Juego sino también en una presunta vulneración de lo previsto en el artículo 7.1 de la Ley 3/1991, de 10 de

---

<sup>1</sup> RJ 2003\6739.

<sup>2</sup> RJ 2007\5870.

<sup>3</sup> RJ 2009\91.

<sup>4</sup> JUR 2010\162949.

<sup>5</sup> JUR 2011\398026.

enero de Competencia desleal<sup>6</sup>. Siendo **[Confidencial]** competidora en el sector audiovisual de la entidad denunciada, está directamente interesada en la posible corrección o sanción de la presunta conducta desleal denunciada, por lo que en atención a lo anterior se reconoce legitimación activa para la interposición del recurso de alzada objeto de la presente resolución.

### **Tercero.- Naturaleza del acto recurrido y admisión a trámite del recurso.**

Como primer argumento de la Alegación Primera de **[Confidencial]** en su escrito de oposición al recurso de **[Confidencial]**<sup>7</sup> se indica que el acto de trámite impugnado no se encuentra en ninguno de los supuestos del artículo 107 LRJPAC, ya que, a juicio de **[Confidencial]**, no contiene pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto, no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión o perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos.

El artículo 107 prevé que contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad y anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

En el caso concreto del acto impugnado, se dice en el mismo que:

*“Por todo ello, y considerando la necesidad de que exista un pronunciamiento, bien de la autoridad administrativa sectorial competente en materia de juego bien a través de los mecanismos de corrección correspondientes, se ha dado traslado de la denuncia a la Dirección General de Ordenación del Juego (en adelante DGOJ) para que, en el ámbito de sus competencias, analice los hechos denunciados y **decida sobre la tramitación que deba darse a la denuncia**”.*

Del tenor literal del acto parece desprenderse que se atribuye a la DGOJ la decisión sobre la futura tramitación de la denuncia interpuesta por **[Confidencial]**, lo que podría suspender o paralizar indefinidamente -en caso de no recaer, finalmente, dicha decisión de la DGOJ- o determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento iniciado mediante la denuncia. En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1992<sup>8</sup> se estima que la paralización de un procedimiento administrativo mediante acuerdo, a la espera de la resolución de otros expedientes o cuestiones, constituye uno de los supuestos de actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento y que, por tanto, son susceptibles

---

<sup>6</sup> Véanse páginas 2, 3 y 11 del escrito de denuncia de **[Confidencial]** de 30 de julio de 2013.

<sup>7</sup> Véase página 2 del escrito de alegaciones de 7 de febrero de 2014 presentado por **[Confidencial]**.

<sup>8</sup> RJ 1992\2785.

de recurso. Por ello, desestimando la alegación formulada por **[Confidencial]** en su escrito de 7 de febrero de 2014, se considera que el acto recurrido resulta impugnable al determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento.

Por otro lado, el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 115.1 de la LRJPAC.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. La recurrente menciona en su escrito la causa de anulabilidad del artículo 63 LRJPAC consistente en la infracción del ordenamiento jurídico y, concretamente, la contravención del artículo 36.4 de la Ley 13/2011, de la Ley de regulación del Juego. Aun cuando la recurrente no aluda específicamente al artículo 63 LRJPAC, y en virtud del principio antiformalista<sup>9</sup> que rige la actuación de la Administración Pública, corresponde a esta Comisión determinar si el acto impugnado incurriría en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad.

#### **Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.**

Como segundo argumento de la Alegación Primera de **[Confidencial]** en su escrito de oposición al recurso de **[Confidencial]**<sup>10</sup> se aduce que esta Comisión no sería el órgano competente para resolver dicho recurso, en la medida en que no es en la actualidad el órgano jerárquico en materia de sociedad de la información ni, en particular, en relación con la publicidad realizada mediante “banners” (o de otro modo) en páginas web, y con referencia a un servicio o actividad (el juego) totalmente distinta de la actividad de prestación de servicios de comunicación audiovisual, alegando para ello el artículo 43 de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información.

Por otro lado, en la Alegación Segunda de **[Confidencial]** en su escrito de oposición al recurso de **[Confidencial]**<sup>11</sup> se indica que el operador recurrente ha ignorado indebidamente su obligación de someter previamente su reclamación o denuncia al Jurado de Publicidad de Autocontrol, que sería el órgano competente -y no esta Comisión- para conocer de la cuestión en primera instancia, de acuerdo con las disposiciones de autorregulación sectorial.

---

<sup>9</sup> En efecto, el Tribunal Supremo, y entre otras, en la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003\6627) declara que no constituye razón suficiente para la inadmisión de un recurso la no expresión de “*la razón de la impugnación*”. Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha aplicado reiteradamente el principio antiformalista y *pro actione* en el ámbito administrativo, entre otras, en las SSTC 158/2000 de 12 de junio, 40/2007 de 26 de febrero, 3/2008 de 21 de enero y 117/2008 de 13 de octubre.

<sup>10</sup> Véase página 3 del escrito de alegaciones de 7 de febrero de 2014 presentado por **[Confidencial]**.

<sup>11</sup> Véase páginas 4 a 5 del escrito de alegaciones de 7 de febrero de 2014 presentado por **[Confidencial]**.

Con relación a las alegaciones de presunta incompetencia de esta Comisión efectuadas por **[Confidencial]**, deben efectuarse las siguientes consideraciones:

1ª.- La denuncia de **[Confidencial]** no se refiere únicamente a la publicidad del juego efectuada en Internet y por medio de servicios de la sociedad de la información sino también, y principalmente, a la realizada a través de medios audiovisuales y, concretamente, recurriendo a spots publicitarios televisivos de promociones ad hoc y a anuncios aparecidos en distintos programas de cadenas **[Confidencial]** cuyas grabaciones se adjuntan en el escrito de denuncia<sup>12</sup>.

2ª.- La CNMC resulta competente expresamente en materia de control de publicidad, patrocinio y promoción del juego en medios de comunicación audiovisual, según lo previsto en los apartados 3 y 6 del artículo 9 de la LCNMC.

3ª.- La existencia de mecanismos de autorregulación no implica que los denunciantes deban someterse previamente a los mecanismos previstos para la resolución de reclamaciones o denuncias. Así, en el artículo 13.3 del propio Reglamento del Jurado de la Publicidad de Autocontrol<sup>13</sup> se dice expresamente que *“no se admitirá a trámite una reclamación referida a una comunicación comercial que haya sido resuelta o esté en tramitación en un proceso judicial o procedimiento administrativo”*<sup>14</sup>. De ello se desprende que cabe la interposición de acciones en vía administrativa o jurisdiccional sin sujeción previa al control del Jurado de Publicidad de Autocontrol. Y a mayor abundamiento, en la Estipulación Primera del Acuerdo para el Fomento de la Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia suscrito entre los operadores audiovisuales y el MINETUR el 9 de diciembre de 2004<sup>15</sup> se dice claramente que la autorregulación es solamente *“un mecanismo **complementario** de los procedimientos administrativos y judiciales”*<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Véase página 3 de la denuncia de **[Confidencial]** de 30 de julio de 2013 así como las grabaciones aportadas como Documentos números 1 y 2, así como también la página 8 de la citada denuncia y las grabaciones que constan en los Documentos números 9 a 19.

<sup>13</sup> Véase texto completo del Reglamento en: [http://www.autocontrol.es/pdfs/Reglamento\\_Jurado.pdf](http://www.autocontrol.es/pdfs/Reglamento_Jurado.pdf).

<sup>14</sup> Dicho precepto ha sido aplicado, por ejemplo, mediante Resolución del Jurado de archivo de 25 de junio de 2013 (Asunto AUC contra Ryanair por tema “Tarifas al rojo vivo”).

<sup>15</sup> Véase:

<http://tvinfancia.es/tvinfancia/sites/default/files/Acuerdo%20para%20el%20fomento%20de%20la%20autorregulación%20sobre%20contenidos%20televisivos%20e%20infancia.pdf>.

<sup>16</sup> Y ello, a pesar de que la redacción del apartado V.2.c) del propio Código de Autorregulación de contenidos televisivos e infancia pudiera generar dudas sobre el posible carácter “subsidiario” de la actuación administrativa con relación a la autorregulación, al decirse allí que: *“Si la Comisión Mixta de Seguimiento confirmase la persistencia de un incumplimiento del código, podrá dirigirse al operador de televisión, conminándole a su cumplimiento. En caso de desatención por el operador, la Comisión dará cuenta pública de dicho incumplimiento y, en el supuesto de considerarse que pudiera suponer una vulneración de la legislación vigente en materia de contenidos televisivos, se pondría en conocimiento de la Administración competente para la tramitación del correspondiente expediente sancionador, si procediese.”* Este precepto debe ponerse en relación con la Estipulación Primera del Acuerdo antes citada, y entenderse que es la denuncia efectuada por la Comisión Mixta es complementaria respecto a

Atendiendo a las anteriores consideraciones, debe desestimarse la alegación de incompetencia de esta Comisión por razón de materia efectuada por **[Confidencial]**.

De conformidad con lo establecido en el artículo 114 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de alzada le corresponde al órgano superior jerárquico del que dictó el acto recurrido. El acto recurrido fue dictado por el Subdirector General de Contenidos de la Sociedad de la Información y el recurso interpuesto con fecha 4 de noviembre de 2013 ante el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

Mediante resolución de 9 de diciembre de 2013 el Secretario de Estado se declaró incompetente y remitió las actuaciones a esta Comisión, en aplicación de los anteriormente señalados apartados 3 y 6 del artículo 9 de la LCNMC, así como de acuerdo con el apartado 4 de la disposición adicional primera de la LCNMC y la Orden Ministerial ECC/1796/2013, de 4 de octubre<sup>17</sup>, que determinó que a partir del 7 de octubre de 2013 se iniciaba la puesta en funcionamiento de esta Comisión.

Asimismo, de conformidad con los artículos 20.1, 21.2 y 36.1 de la LCNMC y 8.d) y 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo del Organismo la resolución del presente procedimiento.

Finalmente, el artículo 115.2 de la LRJPAC señala que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 43.2, segundo párrafo, de la misma Ley.

## **II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

### **PRIMERO.- SOBRE EL OBJETO DEL RECURSO.**

El objeto del recurso interpuesto por **[Confidencial]**, tal y como se desprende del Solicito que consta en la página 8 del mismo, se circunscribe, por un lado, al reconocimiento de la competencia de esta Comisión<sup>18</sup> para conocer de la materia objeto de denuncia; y, por otro lado, en caso de que dicha competencia sea confirmada, a la solicitud expresa de que este organismo regulador realice actuaciones de averiguación de los hechos denunciados.

---

cualesquiera denuncias o acciones que puedan efectuar los usuarios o asociaciones de éstos ante la CNMC o, en su caso, ante los Tribunales.

<sup>17</sup> BOE núm. 239, de 5 de octubre.

<sup>18</sup> En el momento de interponerse el recurso atribuidas al Subdirector General de Contenidos de la Sociedad de la Información.



I.1.1.1 Por tanto, el recurso no recae sobre el fondo de la denuncia sino sobre cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento de tramitación, por lo que no procederá analizar en la presente resolución ni las alegaciones contenidas en la denuncia de **[Confidencial]** ni la contestación a las mismas efectuada por **[Confidencial]** en la Alegación Tercera de su escrito de impugnación del recurso de fecha 7 de febrero de 2014. Tal y como se recuerda en la STS de 7 de julio de 2009<sup>19</sup>, no cabe analizar en los recursos pretensiones que resulten ajenas al acto impugnado. Y en este caso, el acto impugnado no aborda el fondo de la denuncia sino solamente cuestiones competenciales y procedimentales.

## **SEGUNDO.- SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONJUNTA DE LOS ARTÍCULOS 9.3, 9.6 DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA CNMC Y 36 DE LA LEY DEL JUEGO.**

El artículo 9.3 de la LCNMC atribuye a la CNMC:

*“Controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas para hacer efectivos los derechos del menor y de las personas con discapacidad conforme a lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo. En el ejercicio de esta función, la Comisión se coordinará con el departamento ministerial competente en materia de juego respecto a sus competencias en materia de publicidad, patrocinio y promoción de las actividades de juego, a efectos de hacer efectivos los derechos del menor y de las personas con discapacidad.”*

Por su parte, el artículo 9.6 de la misma norma prevé que la CNMC controlará

*“el cumplimiento de las obligaciones, las prohibiciones y los límites al ejercicio del derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales impuestos por los artículos 13 a 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.”*

Finalmente, en los apartados 1 y 3 del artículo 36 de la LJgo<sup>20</sup> se señala que:

*“La Comisión Nacional del Juego (ahora DGOJ) y, en los supuestos a los que se refiere el artículo 42.3 de esta Ley, el titular del Ministerio de Economía y Hacienda, ejercerán la potestad sancionadora respecto de las infracciones administrativas cometidas en materia de juego objeto de esta Ley.*

(...)

*En particular, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, de comunicación electrónica y de la sociedad de la información, los medios de comunicación, así como las agencias de publicidad y las redes publicitaria, serán responsables administrativos de la promoción, patrocinio y publicidad de*

---

<sup>19</sup> RJ 2009\6931.

<sup>20</sup> Dicho artículo ha sido modificado por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, si bien dicha modificación, en lo que aquí interesa, se limita a adaptar la mención al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales a la CNMC.

*los juegos a los que se refiere la presente Ley cuando quienes los realicen carezcan de título habilitante o cuando se difundan sin disponer de la autorización para publicitarlos o al margen de los límites fijados en la misma o infringiendo las normas vigentes en esta materia.[...] La competencia para instruir los procedimientos y sancionar a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aplicándose en estos casos el régimen sancionador previsto en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, salvo la excepción prevista en el apartado anterior, respecto de las infracciones del artículo 40, letra e).*

De los dos apartados transcritos del artículo 36 de la LJgo cabría distinguir dos tipos de responsabilidades:

- Por un lado, la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que organicen, celebren o exploten juegos sin el correspondiente título habilitante<sup>21</sup>, o sin la correspondiente autorización para publicitarlos, al margen de las condiciones y límites fijados en el título habilitante<sup>22</sup> o infringiendo las normas vigentes en materia del juego, en cuyo caso y de conformidad con el apartado 1 del artículo 36 de la LJgo, la potestad sancionadora corresponde exclusivamente a la DGOJ.
- Y, por otro lado, la responsabilidad de los prestadores de servicios audiovisuales que efectúen actividades de promoción, patrocinio o publicidad de los juegos reguladas en la LJgo careciendo de título habilitante, infringiendo las condiciones o límites del título o bien vulnerando las normas “vigentes en esta materia”, esto es infringiendo las normas sobre promoción, patrocinio o publicidad del juego previstas en la LJgo<sup>23</sup>, las previstas para las comunicaciones comerciales audiovisuales<sup>24</sup> y las contempladas para el ámbito publicitario general<sup>25</sup>. En estos casos la potestad sancionadora respecto de estos prestadores de servicios de comunicación audiovisual corresponde a la CNMC, según el apartado 3 del artículo 36 LJgo, aplicándose el régimen sancionador de la LGCA. Sin embargo, dicha competencia se ejerce, por previsión del artículo 9.3 LCNMC en “coordinación” con la DGOJ.

La “coordinación administrativa” es uno de los principios de actuación administrativa que recoge el artículo 3.1 LRJPAC. A diferencia de la naturaleza voluntaria de la “cooperación”, el Tribunal Constitucional<sup>26</sup> y el Tribunal Supremo<sup>27</sup> han declarado el carácter obligatorio de la “coordinación

---

<sup>21</sup> Véase artículo 39.a) de la LJgo.

<sup>22</sup> Véase artículo 40.a) LJgo.

<sup>23</sup> Esto es, el artículo 7 de la LJgo.

<sup>24</sup> Esto es, los artículos 5.2 y 13 a 18 LGCA.

<sup>25</sup> Por aplicación del apartado 7 del artículo 18 de la LGCA, que prevé que: “la comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad”. Así, resultaría de aplicación, por ejemplo, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

<sup>26</sup> STC 214/1989, de 21 de diciembre.

<sup>27</sup> STS de 2 de octubre de 1998 (RJ 1998\7633).

administrativa”, aunque la misma no debe suponer, en ningún caso, un menoscabo o sustracción de competencias entre las entidades coordinadas<sup>28</sup>.

Por todo lo anterior, resulta imprescindible, a juicio de esta Sala, determinar el alcance del término “coordinación” en el supuesto del artículo 36.3 de la LJgo en relación con el artículo 7 de la LJgo y los artículos 9.3 y 9.6 de la LCNMC. De un análisis de los preceptos citados se desprende:

**1º)** Que, sin perjuicio de que la coordinación administrativa entre la CNMC y la DGOJ no se prevea expresamente y con carácter preceptivo en todos los casos de posibles infracciones del artículo 36.3 de la LJgo, la alusión a aquellos supuestos en los que estén o puedan estar afectados los derechos de menores o personas con discapacidad (artículo 9.3 de la LCNMC) motivaría que, en la práctica, tal coordinación sea predicable en relación con cualquier actuación cuyo objeto sea la actividad publicitaria en materia de juego.

**2º)** Que la coordinación resultará necesaria, en forma de intercambio de información, en aquellos casos en los que la presunta infracción esté vinculada a la presunta inexistencia de un título o autorización habilitantes, puesto que dicho título habilitante es otorgado por la DGOJ. Igualmente, la coordinación resultará necesaria en orden a determinar si la actuación publicitaria se ha desarrollado al margen de los límites fijados en el título habilitante o infringiendo las normas vigentes en esta materia

**3º)** Que la coordinación no podrá implicar la atribución a la DGOJ de aspectos o elementos propios de la potestad sancionadora atribuida a esta Comisión por el artículo 36.3 de la LJgo, como la tipificación de la presunta conducta infractora, en este caso de la normativa audiovisual (artículo 129 de la LRJPAC), la determinación del sujeto o sujetos responsables (artículo 130 de la LRJPAC) y, en su caso, la imposición de una sanción proporcional a la infracción cometida (artículo 131 de la LRJPAC) después de tramitar el correspondiente procedimiento sancionador, procedimiento sometido a los principios de los artículos 134 a 138 de la LRJPAC.

**4º)** Que, con independencia de la existencia del deber de coordinación administrativa, esta Comisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 69.2 y 82 de la LRJPAC, puede solicitar los informes que estime convenientes para la adecuada averiguación de los hechos denunciados, ya sea en las actuaciones previas a la incoación del procedimiento sancionador<sup>29</sup>, teniendo carácter facultativo y no vinculante (artículo 83.1 de la LRJPAC), o bien una vez iniciado dicho procedimiento y en el marco del mismo<sup>30</sup>. En este último caso, y por aplicación del artículo 17.4 del Reglamento del Procedimiento para

---

<sup>28</sup> STC 27/1987, de 27 de febrero de 1987.

<sup>29</sup> Véase artículo 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

<sup>30</sup> Véase artículo 17.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

el ejercicio de la Potestad Sancionadora<sup>31</sup>, en el supuesto de que el contenido del informe solicitado fuera imprescindible para la resolución del procedimiento sancionador, el informe solicitado sí tendrá carácter preceptivo y se podrá entender que tiene carácter determinante para la resolución del procedimiento, con los efectos previstos en el artículo 83.3 de la LRJPAC. Así ha sido confirmado, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009<sup>32</sup>, aunque la naturaleza determinante del informe no dependerá únicamente de su solicitud en el procedimiento sancionador sino de su importancia o trascendencia reales para la resolución del procedimiento<sup>33</sup> y siempre que sea solicitado dentro del periodo de prueba del procedimiento sancionador<sup>34</sup>.

Aplicando las anteriores consideraciones a la denuncia formulada por **[Confidencial]**, debe señalarse que:

- Que en dicha denuncia aparecen cuestiones relativas a la publicidad del juego y a la protección del menor. Y, concretamente, en sus páginas 4 y 7 se señala que las promociones denunciadas no incluían presuntamente el aviso de limitación de la participación a los mayores de dieciocho años (“+18”). Por ello, en este caso, y en aplicación del artículo 9.3 de la LCNMC resulta necesaria la coordinación con la DGOJ, aunque la presunta infracción denunciada no esté vinculada a la inexistencia o infracción de las condiciones del título habilitante otorgado por la DGOJ.
- Que el traslado de la denuncia a la DGOJ mediante el acto recurrido no ha sido efectuado en el marco del artículo 17 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora sino en el marco de unas actuaciones previas del artículo 12 de dicho Reglamento, por lo que dicho traslado no podía ni puede tener en ningún caso los

---

<sup>31</sup> Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

<sup>32</sup> RJ 2009\1574. En su Fdto Quinto se dice que: “Es cierto que el artículo 17.4 citado habla de la prueba consistente en la emisión de informes que “sea admitida a trámite”. Parecería, pues, en una primera aproximación referirse tan sólo a los informes solicitados por las partes. Pero ninguna razón lógica hay para excluir del régimen aplicable a dichos informes aquellos que el instructor pueda interesar de oficio cuando su contenido responda a necesidades objetivas de la instrucción. Entre las pruebas que el instructor puede estimar pertinentes (artículo 17.3 del mismo Reglamento ) se encuentran sin duda también las que él mismo decida y nada obsta, insistimos, a aplicar el régimen propio de aquellos informes tanto a los que el instructor decida previa petición de parte como a los que acuerde recabar de oficio.”

<sup>33</sup> “El precepto (Art.17.4 Reglamento Sancionador) es problemático, pues difícilmente puede considerarse “preceptivo” un informe dependiendo de si se admite a trámite la petición del mismo, pues si es preceptivo deberá admitirse necesariamente. Esto es, la preceptividad o no es anterior a la decisión de pedirlo y no puede depender de ésta. Carece de sentido afirmar que un informe es preceptivo si se decide pedirlo y no lo es si se decide no pedirlo.” STSJ La Rioja núm.212/2011, de 17 de Mayo de 2011 (JUR 2011\225195) y STSJ Castilla-La Mancha núm. 327/2007 de 5 julio de 2007 (JUR 2007\308294)

<sup>34</sup> “En resumen, no podía ser considerado dicho informe como preceptivo, en cuanto tal calificación va unida a informes solicitados en período probatorio, pero no a informes solicitados tras la propuesta de resolución, que transfiere la competencia del instructor al órgano encargado de resolver, y, por ello, tampoco podía ser considerado como determinante, en cuanto se trataba de una diligencia de prueba al margen del momento procesal oportuno para su práctica.” STSJ Canarias (Las Palmas) núm. 19/2005 de 31 marzo de 2005 JUR 2005\106983).

efectos suspensivos previstos en los artículos 42.5.c) y 83.3 de la LRJPAC que parecían derivarse del acto impugnado (*“considerando la necesidad de que exista un pronunciamiento previo, bien de la autoridad administrativa sectorial competente en materia de juego...”*).

- Que, las actuaciones previas de averiguación de los hechos denunciados previstas en el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora no se circunscriben solamente a la solicitud de informes a organismos públicos como la DGOJ sino que, como indica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de abril de 2012<sup>35</sup>, permiten aquellas actuaciones indagatorias que sean necesarias y tengan por finalidad averiguar *“con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros”*.
- Que el informe que, en su caso, emita la DGOJ, no podrá incluir la tipificación de la presunta conducta infractora de la normativa audiovisual imputada, ni la determinación del sujeto o sujetos responsables ni proponer la imposición de una sanción concreta, al tratarse de elementos propios de la potestad sancionadora que corresponden exclusivamente a esta Sala, según lo previsto en los artículos 9, 20.2 y 29.1 y en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la LCNMC en relación con el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

## **RESUELVE**

**ÚNICO.-** ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de alzada interpuesto por **[Confidencial]** contra el escrito de 26 de septiembre de 2013 del Subdirector General de Contenidos de la Sociedad de la Información, por el que se da traslado a la Dirección General de Ordenación del Juego y a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarifación Adicional de la denuncia (**[Confidencial]**) presentada en fecha 31 de julio de 2013 por la entidad recurrente contra **[Confidencial]** y, en su consecuencia, declarar que la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora en el caso analizado corresponde a la CNMC, sin perjuicio de la necesaria coordinación con la DGOJ, de conformidad con lo señalado en el Fundamento Segundo de esta resolución.

---

<sup>35</sup> RJ 2012\5997.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y a la Asesoría Jurídica, y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario de la Sala, Tomás Suárez-Inclán González, con el Visto Bueno de la Presidenta de la Sala, María Fernández Pérez.***