

# ¿Altera las reglas de distribución de competencias la utilización de internet para hacer publicidad del juego?

## Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de GA\_P

---

No, no las altera según la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio del 2017 (rec. 618/2015; ECLI:ES:TS:2017:3132; ponente: Eduardo Espín Templado).

La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimó el recurso contra un precepto del Reglamento Regulador de la Publicidad del Juego en dicha comunidad (Decreto 55/2011).

En virtud de dicho precepto, «las personas físicas o jurídicas expresamente autorizadas e inscritas en el Registro correspondiente en materia de juego podrán efectuar publicidad de su actividad a través de páginas web, sin necesidad de autorización previa. La colocación de *banners* y enlaces a estas páginas web podrá realizarse, respetando los requisitos generales establecidos en este reglamento y mediante la correspondiente autorización previa» (art. 14).

El abogado del Estado alegaba que el decreto valenciano, al regular la publicidad del juego en páginas web, conculcaba las competencias del Estado al regular una actividad publicitaria de ámbito estatal «por su propia naturaleza». Siendo así —afirmaba—, corresponde al Estado la actividad de promoción comercial por internet, al amparo de su competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones (art. 149.1.21 CE), de la competencia residual del artículo 149.3 de la Constitución española (al no aparecer mencionada la publicidad como materia) y de los

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

preceptos del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana que le atribuyen la competencia en materia de publicidad y juego. Añadía, por último, que la norma impugnada puede romper la unidad de mercado, que constituye un principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de la economía española.

En concreto, la defensa del Estado afirmaba que el precepto litigioso conculcaba lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Ley estatal 13/2011, de Regulación del Juego, por cuanto prohíbe la publicidad de los juegos de suerte, envite o azar «cuando se carezca de la correspondiente autorización para la realización de publicidad contenida en el título habilitante», mientras que el decreto valenciano considera suficiente la autorización en materia de juego para hacer publicidad de éste.

La sentencia comienza por descartar que el precepto impugnado guarde conexión con la competencia en materia de comunicaciones, pues «no se regula el funcionamiento de internet, sino un determinado contenido que puede expresarse en prensa, radio, televisión, internet o cualquier otro medio de comunicación [...], es la competencia sustantiva la que puede quedar afectada, no la del medio en que se realiza».

En relación con la competencia sobre el juego, el Tribunal Supremo comienza por reconocer que la Comunidad Valenciana tiene la competencia exclusiva, «siempre que se refiera al ámbito territorial de la propia comunidad» y se pregunta, a continuación, si el hecho de que el artículo litigioso regule la publicidad por internet, al ser un medio al que se puede acceder desde cualquier territorio y, por tanto, también desde fuera de la comunidad autónoma, traslada la competencia al Estado. La respuesta del tribunal, como hemos avanzado, es negativa.

Dice así la sentencia: «el acceso a internet, posible desde cualquier territorio, no constituye un punto de conexión suficiente como para desplazar la competencia al Estado. Semejante criterio conduciría al vaciamiento de muchas otras competencias autonómicas, puesto que la información o acceso a muchas de las competencias autonómicas pueden ejercerse por vía telemática desde cualquier punto o fuera del territorio nacional, sin que ello haga cuestionarse la efectiva titularidad autonómica de dichas competencias». Considera, por tanto, que el medio utilizado, aunque sea internet, debe seguir necesariamente a la competencia sustantiva.

No compartimos esta interpretación que, por vía de principio, lleva a cabo el Tribunal Supremo. Es un hecho evidente que el utilizar internet para acceder o para publicitar una actividad necesariamente le otorga carácter supraterritorial, por lo que en función de la materia y de las circunstancias concurrentes sí podría constituir punto de conexión suficiente para desplazar la competencia al Estado.

Así parece avalarlo la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2012, de 15 de marzo, que curiosamente fue alegada en el presente caso por las dos partes. Esta sentencia declaró la inconstitucionalidad de la atribución al Estado de la competencia para autorizar los juegos que excedan los límites de la comunidad autónoma sin abarcar la totalidad del territorio nacional (criterio que, de

hecho, ya había sido asumido por la Ley 13/2011, de Regulación del Juego, que, a diferencia de otras normas anteriores, no reconoce la competencia estatal sobre los juegos que excedan de los límites de una comunidad autónoma, sino únicamente sobre los que abarquen el territorio nacional).

En este pronunciamiento, por lo que aquí interesa, el Tribunal Constitucional avala la técnica de desplazamiento de competencias al Estado «en el caso de efectos extraterritoriales del ejercicio de la competencia ejecutiva autonómica», si bien afirma que tal traslado de titularidad tiene carácter excepcional, de manera que sólo podrá tener lugar «cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas o cuando, además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y, aun en este caso, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación y, por ello, requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado, y cuando sea necesario recurrir a un ente supraordenado con capacidad de integrar intereses contrapuestos de sus componentes parciales, sin olvidar el peligro inminente de daños irreparables, que nos sitúa en el terreno del estado de necesidad».

Algunas de estas circunstancias parecen concurrir en el caso de la publicidad en materia de juego por internet para justificar la competencia del Estado. Así lo corrobora el artículo 5 de la Ley 34/1988, General de Publicidad, que permite expresamente someter a un régimen de autorización previa la actividad de juego, autorización que se presume estatal por cuanto si, como señala su exposición de motivos, «la publicidad, por su propia índole, es una actividad que atraviesa las fronteras», aún lo es más cuando se utiliza un medio de difusión como es la web. Postulan la exigencia de tal autorización numerosas razones imperiosas de interés general —como son, entre otras, la salud pública, la protección del consumidor, la prevención de fraudes y, en especial, la protección de los menores y adultos vulnerables—, y esas mismas razones también parecen requerir un grado de homogeneidad en su regulación que sólo puede avalar el Estado.

Sucede, sin embargo, que el reconocimiento de esta competencia estatal no resulta claramente establecido en la Ley 13/2011, de Regulación del Juego.

El precepto en el que se apoya la sentencia es el artículo 2 (sobre el ámbito de aplicación de la ley), que afirma que su objeto es «la regulación de la actividad de juego, en sus distintas modalidades, que se desarrolle con ámbito estatal con el fin de garantizar la protección del orden público, luchar contra el fraude, prevenir las conductas adictivas, proteger los derechos de los menores y salvaguardar los derechos de los participantes en los juegos»; y añade a continuación: «se incluyen asimismo en el ámbito de aplicación de esta ley las actividades de publicidad, promoción y patrocinio relativas a las actividades de juego relacionadas en el presente apartado». Dado que en el primer apartado únicamente se relacionan las actividades de juego que «se desarrollen con ámbito estatal» (el juego *on line* fundamentalmente), parece que la regulación de la publicidad se constriñe también únicamente a la relativa a éstas.

Sin embargo, de otros artículos de la ley bien podría haberse inferido la regla contraria, como es el caso, en especial, del artículo 5, que regula la «publicidad, patrocinio y promoción de las actividades de juego» exigiendo autorización previa, y lo hace con referencia expresa a la Ley General de Publicidad.

Resulta en todo caso discutible la afirmación, contenida en la sentencia, de que el principio de unidad de mercado «en forma alguna se ve afectado por la concreta regulación de la publicidad en las páginas web» porque dicha regulación «carece de efectos fuera del ámbito territorial de la comunidad» autónoma. Ello no es así: la regulación de la publicidad en las páginas web necesariamente tiene efectos fuera del ámbito territorial de la comunidad autónoma desde el momento en que afecta o es susceptible de afectar a la publicidad de actividades que se desarrollan en otras autonomías.

Recordemos, en este punto, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017 ha declarado inconstitucional el reconocimiento de la eficacia en todo el territorio nacional de los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades de la comunidad autónoma donde el operador estuviera legalmente establecido<sup>1</sup>. Por eso, con la ley en la mano, cualquier comunidad autónoma podría reputar como ilícita y ejercitar una acción de cesación de la publicidad del juego llevada a cabo por internet en su territorio que infrinja lo dispuesto en su normativa sobre publicidad del juego (art. 3d de la Ley General de Publicidad en relación con el capítulo IV de la Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios).

---

<sup>1</sup> Vid., Blanca Lozano Cutanda e Irene Fernández Puyol, «Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017 sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado; la anulación de la licencia única», Análisis Gómez-Acebo & Pombo, accesible en internet.