



Roj: **ATS 2076/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2076A**

Id Cendoj: **28079130012020200426**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2020**

Nº de Recurso: **7375/2019**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **SAN 3079/2019,**
ATS 2076/2020

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 28/02/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7375/2019

Materia: COM NACI DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M. Concepción Riaño Valentín

Secretaría de Sala Destino: 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7375/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M. Concepción Riaño Valentín

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente



D. José Luis Requero Ibáñez

D. César Tolosa Tribiño

D. Fernando Román García

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 28 de febrero de 2020.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 14 de junio de 2019, sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo n.º 419/2017 interpuesto por la mercantil Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A. contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de 21 de junio de 2017, que impuso a la recurrente una sanción de multa por importe total de 413.434 € por la comisión de cuatro infracciones del artículo 17.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA).

De acuerdo con la citada resolución administrativa, la entidad Atresmedia realizó emplazamientos de productos incumpliendo las condiciones previstas en la LGCA en relación con los productos que cita y en tres programas de *Decogarden*. Se califican las infracciones como graves con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58 LGCA y se considera que una de ellas tiene carácter continuado.

En particular, la resolución impugnada consideró que, si bien se había informado del emplazamiento del producto a los espectadores, se incumplió lo dispuesto en el citado artículo 17 LGCA y los criterios sentados por la CNMC, por presencia invasiva de la marca, dando una prominencia indebida a los productos emplazados (a través de primeros planos de los productos, menciones verbales a las posibles virtudes, duración y tratamiento de la imagen al mostrar las etiquetas contenidas en el interior del embalaje del producto en donde puede leerse la marca, reiteración de la aparición del producto y marca).

SEGUNDO.- La Sala de instancia, en la sentencia *supra* mencionada, estima el recurso interpuesto por la empresa audiovisual poniendo de relieve, en primer lugar, que el principal argumento que fundamenta la impugnación de la actora, viene referido a la dificultad de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados que, como el propio representante del Estado reconoce, deben ponerse en conexión con la concreta escala de valores en juego y un elemento valorativo metajurídico.

A partir de la precedente afirmación, se señala en la sentencia que la situación conflictiva se centra en la *prominencia indebida* de los productos emplazados y tras reproducir los preceptos de la LGCA, del Reglamento que la desarrolla y del Acuerdo de la CNMC que fija criterios orientativos en respuesta a las consultas de varias empresas, subraya que -como también recoge la CNMC en su resolución- la característica del emplazamiento para ajustarse al apartado 17.3 LGCA, es la *falta de finalidad promocional* y que no sea una publicidad encubierta, en los términos en los que esta es definida en el artículo 2.32 LGCA.

A continuación, tras recordar el concepto de emplazamiento de producto y de los principios aplicables al procedimiento sancionador, mediante remisión a sentencias previas de la Sala, subraya que debe rechazarse *a priori* que corresponda a la recurrente la prueba de la *certeza en el desacierto de la valoración realizada por la Administración*, sino que la prueba de que los hechos constitutivos de la infracción sean típicos, antijurídicos y culpables siempre corresponde a la Administración. La Sala de instancia no comparte la tesis de la Administración sobre la no arbitrariedad de la resolución dictada al haberse aplicado un concepto jurídico indeterminado con encaje en los principios de la LGCA. Se razona en la sentencia, en este sentido, que la Directiva 2010/13 UE, que se traspone mediante la LGCA 7/2010, supuso una postura más aperturista de la que existía con anterioridad, configurándose el emplazamiento de producto como un auténtico derecho, con los únicos límites previstos en el apartado 3 del artículo 17 LGCA. Conforme a la ley, está permitido referirse y mostrar el producto, sin que se le dé una prominencia indebida.

Desde esta perspectiva y, en aplicación de los principios sancionadores, apunta la Sala que se trataría de determinar " *en qué medida o qué tiempo de proyección de las imágenes que se muestran son "indebidas", cuando no existe referencia alguna en la ley, respecto a esta cuestión. Lo mismo cabe decir respecto de las expresiones que alaban las supuestas virtudes de los productos*", teniendo en cuenta, afirma la Sala, que " *como se puede apreciar, son expresiones coloquiales, que, ciertamente hacen comentarios positivos respecto de los productos empleados, como no podría ser de otro modo, en un programa de dichas características, en que se pretende animar a los telespectadores a utilizar sus propias habilidades y productos de uso fácil para pequeñas tareas caseras*", añadiendo que sería impensable que los comentarios fuesen negativos. En definitiva,



"la indefinición con que se establecen los límites del art. 17.3, resultan un tanto incompatibles con la concreción y rigurosidad que debe exigirse para la imposición de sanciones, cuya apreciación no puede descansar en opiniones ni en conceptos jurídicos indeterminados".

Y concluye que "en el supuesto enjuiciado, en que se ha descartado que se trate de una publicidad encubierta, que consta la información al público en un programa de entretenimiento, que no se ha hecho promoción verbal directa del mismo, y lo más importante, que el derecho de emplazamiento está reconocido como un auténtico derecho del prestador del servicio de comunicación, admitiendo que se muestre y se hagan referencias verbales a dicho producto, distinguiendo incluso entre los que son gratuitos o a cambio de contraprestación, considera la Sala que la valoración de la "prominencia indebida" que ha efectuado la resolución combatida vulnera algunos de los principios que rigen el derecho administrativo sancionador, por cuanto la inconcreción en cuanto al concepto "prominencia indebida", puede resultar incompatible con la seguridad jurídica que exige el derecho sancionador".

Por último, respecto de los criterios empleados por la CNMC señala la Sala que éstos fueron dictados con anterioridad a la LGCA (luego adaptados), que tienen por objeto dar respuesta a determinadas consultas de los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas (distintas al concepto de emplazamiento) y que, en consecuencia, resultan un tanto anacrónicos, habida cuenta las líneas por las que discurren las Directivas europeas en esta materia, no solo la Directiva 2010/13/UE (que reconoce el emplazamiento de producto como una forma lícita de financiación de la industria audiovisual), sino también la propuesta de la nueva Directiva en el curso de cuyos trabajos se han evidenciado las dificultades de la puesta en práctica de las normas que se refieren a la *prominencia indebida*, dándose prevalencia a la transparencia e identificación del producto emplazado.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, preparó recurso de casación contra la referida sentencia denunciando la infracción del artículo 17.3 LGCA en relación con el artículo 58.7 de la misma norma.

Pone de manifiesto el Abogado del Estado que la sentencia recurrida ha considerado que, en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados contemplados en el precitado artículo 17.3 LGCA consistentes en *incitar a la compra* y la *prominencia indebida*, no resultan de aplicación los criterios interpretativos de la CNMC contenidos en el Acuerdo por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas, de 17 de septiembre de 2014. Criterios, según los cuales, los límites del mencionado artículo 17 LGCA implican que "No puede incitar directamente a la compra o arrendamientos de bienes o servicios, o realizar promociones concretas de éstos, por ejemplo, mediante menciones verbales o visuales a las posibles virtudes, méritos u otras características del producto o servicio. No puede dar prominencia indebida al producto, servicio o marca, ya sea por su presencia recurrente, o por la manera en que se presentan o destacan (por ejemplo, por su duración o por el tratamiento de la imagen)".

Continúa argumentado el Abogado del Estado que la Sala de instancia ha rechazado tales criterios por *anacrónicos* y superados por la regulación europea que reconoce el emplazamiento como un *derecho*, así como por no apreciar la existencia de una publicidad encubierta al haberse anunciado el emplazamiento en los términos previstos por la propia LGCA. La Sala ha considerado que para determinar si hay *prominencia indebida* no procede analizar la presencia o presentación de los productos, considerando conforme al artículo 17.3 LGCA la realización de comentarios positivos sobre los concretos productos emplazados.

De esta forma, razona el Abogado del Estado, la sentencia ha desconocido el margen de valoración que corresponde a la CNMC, sin que se aprecie arbitrariedad o desviación de poder en los criterios utilizados. En cualquier caso, continúa argumentando el representante de la Administración, aunque se partiese de que un concepto jurídico indeterminado tiene una única interpretación, está claro que "la proscripción del ensalzamiento de las virtudes de un concreto producto (en lugar de limitarse, en su caso, a "referirse" a él, como señala la norma española y europea) y la proscripción de una presentación del producto en cuanto a duración y forma de las tomas que le otorgue protagonismo en el conjunto de la emisión, constituyen concreciones de los límites del art. 17.3 LGCA perfectamente adecuadas y proporcionadas al fin que persigue".

En realidad, concluye, la Sala vacía de contenido el artículo 17.3 LGCA. Así, razona el Abogado del Estado, el emplazamiento persigue familiarizar al espectador con el producto, pero no puede confundirse con la publicidad propiamente dicha. Si se transgreden estos límites nos encontraremos ante verdadera publicidad encubierta en el programa (por mucho que se haya anunciado el emplazamiento, porque de lo que está avisado el espectador es del emplazamiento de productos y no de que se vayan a infiltrar mensajes publicitarios) que está prohibida por la normativa española y europea, por constituir un fraude al espectador. Y recuerda que la publicidad está sometida a unos límites temporales (artículo 14 LGCA) que no deben poder eludirse por el recurso al *emplazamiento de producto* (que no se encuentra sometido a tales límites). Cita, en apoyo de



esta argumentación, la STS de 26 de febrero de 2019 (RCA 1226/2018) en relación con la telepromoción y la publicidad encubierta.

Como supuestos de interés casacional invoca la presunción prevista en el artículo 88.3.d) LJCA, así como la contemplada en el artículo 88.3.a) LJCA, por no existir jurisprudencia sobre la cuestión suscitada. Menciona, asimismo, que este Tribunal ya ha considerado de interés casacional objetivo complementar la LGCA con pronunciamientos interpretativos -en relación con el uso de transparencias [STS de 30 de octubre de 2019 (RCA 3712/2017)], con la publicidad encubierta y estrategias multiformato [STS de 31 de octubre de 2018 (RCA 5920/2017)], sobre la ubicación del patrocinio y la delimitación de la noción de autopromoción [STS 8 de noviembre de 2018 (RCA 6202/2017)], etc.-. Se trata, por tanto, de precisar el contenido de un concepto jurídico indeterminado, sin que a ello obste la falta de transposición de la Directiva 2018/1808 que regula esta cuestión aludiendo también a la prohibición de la *prominencia indebida*.

Invoca, asimismo, la concurrencia de los supuestos de interés casacional objetivo previstos en los apartados b) y c) del artículo 88.2 LJCA, por su afectación potencial a numerosas situaciones y por poder afectar al interés general que constituye la protección de los consumidores.

TERCERO.- Mediante auto de 25 de octubre de 2019, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera) tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión a esta Sala de los autos originales y del expediente administrativo.

Ha comparecido ante esta Sala en tiempo y forma, en calidad de recurrente, el Abogado del Estado; así como, en calidad de recurrido, la procuradora D.^a Gloria Robledo Machuca, en representación de Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Como resulta de los antecedentes de hecho de esta resolución, la controversia jurídica trabada en la instancia se centra en la delimitación del concepto jurídico de *prominencia indebida* que fundamenta las sanciones impuestas a la mercantil recurrente en la instancia, al constituir uno de los límites que recoge el artículo 17.3 LGCA a los emplazamientos de producto en la programación. La apreciación de dicha *prominencia indebida* se realizó por la CNMC a partir de los criterios establecidos en su Acuerdo de 17 de septiembre de 2014; criterios relacionados con duración, presencia y tratamiento recurrente de la imagen del producto, comentarios sobre las virtudes del producto, etc.

La sentencia recurrida considera, sin embargo, que dichos criterios resultan anacrónicos, que fueron dictados en respuesta a unas consultas sobre otras figuras distintas a la del emplazamiento del producto, que resulta normal alabar las virtudes de los productos que se aconsejan para realizar las tareas que se proponen en el programa y que, en resumen, dada la indefinición del concepto legal de *prominencia indebida* y la configuración del emplazamiento del producto como un derecho en el ordenamiento europeo y español, no se puede considerar que se hayan respetado los principios del derecho sancionador, pues la apreciación de los límites al ejercicio de aquel derecho no puede descansar en opiniones ni en conceptos jurídicos indeterminados. Y más cuando, como en este caso, no se ha realizado dicho emplazamiento en horario infantil y se ha informado al público de dicho emplazamiento.

En su recurso, el Abogado del Estado reclama una interpretación sobre la noción de *prominencia indebida* como límite al emplazamiento de producto, señalando que, más allá de la información ofrecida al espectador, lo que determina transgredir dicho límite es que el emplazamiento de producto se convierta, finalmente en publicidad encubierta proscrita en nuestro ordenamiento. Critica, asimismo, la concepción que late en la sentencia recurrida sobre los conceptos jurídicos indeterminados y la posibilidad de completarlos con criterios emitidos por la autoridad reguladora. En este sentido sostiene que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados no puede suponer la base de la anulación de una sanción, debiéndose analizar si su interpretación es o no es correcta; y ello en relación a los criterios emitidos por la CNMC en atención a su competencia y su capacidad técnica (disponiendo de un margen de apreciación). Añade que la nueva Directiva de comunicación audiovisual, de 14 de noviembre de 2018, mantiene la definición de emplazamiento y los límites de prohibición de incitación a compra y prominencia indebida.

SEGUNDO.- Planteada en estos términos la controversia, y a los efectos de determinar si la cuestión litigiosa reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, conviene indicar que, junto a los supuestos previstos en los apartados b) y c) del artículo 88. 2 LJCA, el Abogado del Estado ha invocado la presunción prevista en el artículo 88.3.d) LJCA -presunción que, efectivamente, concurre tal como hemos

declarado, entre otros, en los AATS de 25 de junio de 2018 (RCA 2200/2018) y 21 de junio de 2019 (RCA 2101/2019)-, así como la presunción prevista en el artículo 88.3.a) LJCA, por falta de jurisprudencia.

Hemos manifestado en múltiples ocasiones que las citadas presunciones no son absolutas, pues el propio artículo 88.3 *in fine* LJCA permite inadmitir (mediante "auto motivado") los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando este Tribunal Supremo " *aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*"; entendiéndose por *asunto* no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación.

La *carencia manifiesta* de interés casacional a la que alude el citado precepto implica que debe ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso y ello ocurre, por ejemplo, cuando se anuda el interés casacional alegado a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso, sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios -en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017 (RCA 150/2016) y ATS de 2 de noviembre de 2018 (RCA 4141/2018)-.

La aplicación de las premisas anteriores nos lleva a la admisión de este recurso por no resultar las cuestiones aquí suscitadas *manifiestamente* carentes de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, resultando plenamente operativa la presunción del artículo 88.3.d) LJCA, así como la contemplada en el artículo 88.3.a) LJCA y el supuesto previsto en el artículo 88.2.c) LJCA.

TERCERO.- En efecto, tal como se alega en el recurso de casación, no existe jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con el concepto jurídico indeterminado de *prominencia indebida* que se incluye en el artículo 17.3 LGCA como un límite al derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual al emplazamiento de productos y servicios en su programación. La delimitación de este concepto jurídico indeterminado se relaciona en el recurso preparado por el Abogado del Estado con las posibilidades de actuación de la CNMC en la concreción de dicha noción (en cuanto autoridad reguladora competente, especializada técnicamente, que puede elaborar criterios orientativos) y el alcance del control judicial en estos casos. Y se relaciona también con la posibilidad, negada por la Sala de instancia, de fundamentar la imposición de una sanción en un concepto jurídico indeterminado contenido en la norma reguladora.

En definitiva, las cuestiones que se plantean en el recurso en lo concerniente a la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la LGCA que ha realizado la autoridad reguladora -y que constituye el fundamento de una sanción (en este caso la noción de *prominencia indebida*)- y el alcance judicial de dicha valoración -en aplicación de los principios que rigen el procedimiento sancionador- trascienden de los concretos efectos que se produzcan en el litigio, sin que exista jurisprudencia de esta Sala al respecto.

CUARTO.- Por lo expuesto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta y, a tal efecto, precisamos que la cuestión que presenta interés casacional objetivo consiste en interpretar la noción de dar *prominencia indebida* al producto que contiene el artículo 17.3 LGCA como límite al derecho al emplazamiento de productos; así como, en relación con lo anterior, las posibilidades de intervención que, en la determinación de dicho concepto jurídico indeterminado, tiene la autoridad reguladora competente.

Para ello será necesario interpretar el artículo 17.3 LGCA en relación con el artículo 2.32 de la misma norma y con el artículo 14 del Real Decreto 1624/211, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la citada Ley, a la luz de lo dispuesto en las Directivas europeas sobre comunicación audiovisual.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 90.7 LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

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

La Sección de Admisión

acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación n.º 7375/2019 preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia de 14 de junio de 2019, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 419/2017.



2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar la noción de dar *prominencia indebida* al producto que contiene el artículo 17.3 LGCA como límite al derecho al emplazamiento de productos; así como, en relación con lo anterior, las posibilidades de intervención que, en la determinación de dicho concepto jurídico indeterminado, tiene la autoridad reguladora competente.

Para ello será necesario interpretar el artículo 17.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual en relación con el artículo 2.32 de la misma norma y con el artículo 14 del Real Decreto 1624/211, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la citada Ley; todo ello, a la luz de lo dispuesto en las Directivas europeas sobre comunicación audiovisual.

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

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

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

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez D. José Luis Requero Ibáñez D. César Tolosa Tribiño

D. Fernando Román García D. Dimitry Berberoff Ayuda