



Roj: **ATS 1125/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1125A**

Id Cendoj: **28079130012018200231**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2018**

Nº de Recurso: **5920/2017**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **SAN 3339/2017,**
ATS 1125/2018,
STS 3770/2018

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

AUTO

Fecha del auto: 09/02/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5920/2017

Materia: COM NACI DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 103

Secretaría de Sala Destino: 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5920/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 103

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

AUTO

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.



D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D^a. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 9 de febrero de 2018.

HECHOS

PRIMERO.- El Procurador de los tribunales D. Manuel Sánchez Puelles, en nombre y representación de la mercantil Mediaset España Comunicación S.A., interpuso recurso ante la sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, de 30 de julio de 2015, por la que se le imponen seis multas de 100.001 € por la comisión de seis infracciones graves consistentes en el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA).

La CNMC considera acreditado, en resumen, que Mediaset ha emitido comunicaciones comerciales televisivas encubiertas de diferentes productos, así como de la empresa que los comercializa, dentro de uno de sus programas. Razona la autoridad reguladora que, dentro del programa emitido por un canal que es responsabilidad de Mediaset, se ha incorporado un microespacio de salud con un carácter pretendidamente informativo y divulgativo en el que la presentadora del programa entrevista a una colaboradora experta en nutrición, salud y belleza. Dicho microespacio, sin embargo, cuenta con una finalidad comercial, pues las citadas entrevistas forman parte de una acción publicitaria multisoporte o multiformato que se desencadena de forma sucesiva y/o simultánea y sistemática a través de diversos medios que reiteran, complementan o amplían los mensajes (telepromoción, remisión a web, red social etc.).

SEGUNDO.- La Sala de la Audiencia Nacional (Sección Primera) dictó sentencia desestimatoria del recurso (procedimiento ordinario núm. 1770/2015) en fecha 4 de julio de 2017. Partiendo de la definición de comunicación audiovisual comercial reflejada en el artículo 2.32 LGCA y de la prohibición que establece el artículo 18.2 de la misma norma en relación con la comunicación comercial encubierta y la publicidad subliminal (tipificada como infracción muy grave en el artículo 58.8 LGCA), la Sala confirma la resolución sancionadora dictada por la CNMC.

En este sentido se apunta en la sentencia que, de la prueba practicada, resulta que en esos microespacios de salud emitidos en el programa se describen las propiedades beneficiosas de los productos objeto de la entrevista, se informa de su precio, se muestran los envases, en alguna ocasión se nombra la marca comercial y, en todo caso, la entrevistada remite durante las entrevistas o al final de las mismas a su blog; blog en el que se facilita la compra de los productos reenviando al consumidor a la plataforma *on line* de la empresa que los comercializa. De lo anterior deduce la Sala el evidente propósito publicitario de los citados microespacios pues «aun cuando no se mencionen siempre de forma expresa marcas comerciales, (...) las citadas entrevistas forman parte de una acción publicitaria multiformato o multisoporte en las que se presentan de forma indirecta y visual marcas y productos (...) que podrían adquirirse a través de la empresa a que remite el blog de la presentadora y de su plataforma *on-line* ».

Exponente de esta vinculación a que alude la Sala de instancia es el hecho de que el día antes, o pocos después de cada una de las entrevistas, se describen los productos promocionados en aquéllas en el blog -en entradas que se mantienen varios días-; contribuyendo a la confusión propia de la publicidad encubierta el hecho de que la misma persona participe en las telepromociones de esos productos en el mismo programa. Por lo tanto, indica la Sala, se promueve la compra de productos, no en el bloque publicitario correspondiente, sino en el programa, como parte de su contenido, sin que la existencia de contraprestación sea un requisito constitutivo de la infracción en cuestión.

Sentado lo anterior la Sala descarta la infracción del principio de confianza legítima aducida por la mercantil pues la ausencia de requerimiento previo no puede considerarse acto concluyente de la Administración a estos efectos. Finalmente, descarta la posibilidad de considerar las seis infracciones como una infracción única y continuada, pues así lo ha interpretado la Sala y lo ha confirmado el Tribunal Supremo (Sentencia de 30 de julio de 2013, rec. 698/2008) en materia de publicidad encubierta pues ello supondría un directo incremento,



exponencial, de la utilidad económica que tiene para la empresa la comisión de la infracción minimizando los costes sancionadores.

TERCERO.- Notificada la sentencia, la representación procesal de Mediaset presentó escrito de preparación del recurso de casación en el que, en resumen, alega la infracción del artículo 18.2 LGCA en relación con el artículo 2.32 de la misma norma, al haber apreciado la Sala erróneamente la existencia de publicidad encubierta; así como la infracción del artículo 74 LOCP en relación con el artículo 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, por haberse calificado la conducta como seis infracciones independientes en vez de una sola infracción continuada.

Las infracciones denunciadas se habrían producido, fundamentalmente, porque Mediaset separó claramente entre contenidos publicitarios (telepromociones) de contenidos no publicitarios (microespacios de salud). Desde esta perspectiva, se alega, el hecho de que en el blog de la entrevistada se realicen referencias a los productos mencionados en el programa supone un vínculo demasiado débil y lejano con lo contenido en el microespacio de salud como para considerarlo parte del mismo. Por otro lado, la calificación de la conducta como seis infracciones independientes infringe la normativa penal y administrativa que califica como una infracción continuada la realización de una pluralidad de acciones en ejecución de un plan preconcebido que afecte a varios sujetos y suponga la infracción del mismo o semejante precepto. A lo anterior añade la denuncia de la infracción de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, pues la sentencia impugnada se limita a afirmar que no cabe la infracción única y continuada por la existencia de *diferencias considerables* que, sin embargo, no llega a razonar.

Identificadas así las infracciones y realizado el juicio de relevancia, sostiene en su escrito la parte actora la concurrencia de la presunción de interés casacional prevista en el apartado d) del art. 88. 3 LJC, ya que el acto recurrido es una sanción impuesta por la CNMV. Se invoca, en segundo lugar, la concurrencia de los supuestos de interés objetivo casacional previstos en los apartados b) y c) del artículo 88. 2 LJCA, pues la interpretación errónea a la que llega la Sala -la de entender que la mera remisión a blogs o páginas web donde comprar determinados productos constituye un elemento determinante de la constatación de la publicidad encubierta- supone la ampliación de la noción de publicidad encubierta y genera una gran inseguridad jurídica en el mercado que afecta a todos los operadores.

La mercantil recurrente alega, finalmente, la concurrencia de la presunción de interés casacional objetivo contemplada en el art. 88. 3 a) LJCA por ausencia de jurisprudencia sobre «el alcance del concepto de publicidad encubierta cuando, como en el presente caso, no hay mención a marcas comerciales ni referencia alguna explícita o implícita a las mismas, más allá de la mera mención de determinadas páginas web o blogs donde podría alojarse, junto a mucha otra información, indicaciones acerca de cómo adquirir ciertos productos».

CUARTO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 2 de noviembre de 2017, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Ha comparecido ante esta Sala en tiempo y forma, en calidad de recurrente, la mercantil Mediaset España Comunicación S.A representada por el Procurador D. Manuel Sánchez- Puelles González-Carvajal. Ha comparecido asimismo, en calidad de parte recurrida y en la representación que legalmente ostenta, el Sr. Abogado del Estado quien formula oposición a la admisión del recurso al considerar que se trata de una cuestión de hecho y que el asunto carece manifiestamente de interés objetivo casacional.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Con carácter previo al análisis del interés casacional que pudiera plantear la cuestión suscitada, cabe señalar que el escrito de preparación cumple con los requisitos exigidos por el artículo 89.2 LJCA, por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde este punto de vista. Así, se han observado los requisitos de legitimación y plazo y tal como ha quedado reflejado en los antecedentes de esta resolución, se han identificado debidamente las normas cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, cumpliéndose con la carga procesal de justificar, *primero*, su incardinación en el Derecho estatal; *segundo*, su alegación en el proceso de instancia y/o su toma en consideración por la sentencia impugnada; y *tercero*, su relevancia en el sentido del "fallo".

Finalmente, esa Sección considera que se ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia de los supuestos de interés casacional comprendidos en los apartados 2º y 3º del artículo 88 LJCA que se invocan.



SEGUNDO.- La cuestión que se plantea en el proceso de instancia es la de determinar si los llamados espacios de microsalud emitidos por Mediaset durante un programa, en formato de entrevista, pueden considerarse o no como publicidad encubierta, a partir de su relación (vínculo) no sólo con los espacios de telepromoción del programa -en los que interviene la experta entrevistada en el microespacio de salud- sino, especialmente, con el contenido del blog de dicha experta, al que se remite en cada uno de esos microespacios y desde el cual se dirige al consumidor a la compra de esos productos a través de la plataforma *on line* de la empresa comercializadora. La Sala de instancia considera que este vínculo es determinante para apreciar la existencia de publicidad encubierta pues tales espacios de salud persiguen una estrategia publicitaria multisoporte o multiformato que induce a confusión al consumidor y que se integra en la noción de publicidad encubierta que define el artículo 2.32 LGCA. Por su parte, la recurrente en la instancia considera que ha separado debidamente el contenido de la programación de las comunicaciones comerciales y que, por tanto, la sanción resulta improcedente pues el vínculo con el blog y la plataforma *on line* a que se refieren tanto la resolución sancionadora como la sentencia impugnada es demasiado débil como para pretender que se integre en el contenido de los microespacios de salud.

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, no es posible obviar que se invoca la concurrencia de la presunción prevista en el artículo 88.3.d) LJCA que presume la existencia de interés casacional objetivo en aquellos supuestos en los que la resolución judicial impugnada « *resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional* » .

Concurre, pues, *a priori*, la presunción aducida, y, adelantamos ya, no se aprecia en el asunto planteado una carencia manifiesta de interés objetivo casacional que aboque a la inadmisión del recurso. En efecto, la cuestión jurídica que se suscita es cómo deba integrarse el concepto de publicidad encubierta -a los efectos de aplicar la normativa sancionadora prevista en la LJCA- y, en particular, si pueden calificarse como publicidad encubierta determinadas acciones o estrategias que combinan diversos formatos o plataformas, como pueda ser la combinación de entrevistas o espacios aparentemente divulgativos con la remisión a canales de venta *on line* , blogs o redes sociales.

Conviene traer a colación los preceptos que se consideran infringidos. Dispone el artículo 18.2 LGCA que « *Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales*» entendiéndose por comunicación comercial televisiva encubierta, según el artículo 2.32 LGCA, « *La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio*».

La cuestión, por tanto, estriba en determinar, si, a los efectos de lo dispuesto en los preceptos transcritos, puede calificarse como publicidad encubierta aquella acción que, partiendo de la emisión de un contenido aparentemente no publicitario, en el que no necesariamente se realiza una presentación directa o indirecta de los productos que se promocionan, se combina dicho espacio con la remisión a otras plataformas o formatos en los que se facilita la compra de dichos productos en la plataforma *on line* correspondiente y se informa al consumidor de la marca, precio y otras condiciones comerciales. En definitiva, se trata de determinar si este tipo de estrategias en las que se establece un vínculo entre diferentes formatos, pueden considerarse como publicidad encubierta prohibida, cuando persiguen un fin de promoción publicitaria. Cuestión ésta que plantea un problema jurídico de carácter general que trasciende del objeto de pleito y sobre el que no existe jurisprudencia.

TERCERO.- En la línea de lo expuesto en los dos razonamientos jurídicos anteriores, y en debido cumplimiento de lo previsto en el artículo 90.4 LJCA , declaramos que la cuestión planteada por la parte recurrente presenta interés casacional objetivo consistente en interpretar los artículos 2.32 y 18.2 LGCA a fin de determinar si las estrategias multiformato o de marketing 360º pueden integrar la noción de publicidad encubierta y en qué condiciones.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 de la LJCA este Auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este Auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de



la LJCA , remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación núm. 5920/2017 preparado por el Procuradora de los Tribunales D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de la mercantil Mediaset, contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección primera) de 4 de julio de 2017 (procedimiento ordinario 1770/2015).

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 2.32 y 18.2 LGCA a fin de determinar si las estrategias multiformato o de marketing 360º pueden integrar la noción de publicidad encubierta y en qué condiciones.

3º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo.

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 Maria Diez-Picazo Gimenez Dª. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor Dª. Ines Huerta Garicano