

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NO VINCULANTES: EL CASO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ABRIL DE 2008 EN MATERIA DE PUBLICIDAD EN TELEVISIÓN

XIMENA LAZO VITORIA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.— I. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTROL Y SANCIÓN POR PUBLICIDAD TELEVISIVA ILÍCITA. ESPECIAL REFERENCIA A LA «ACCIÓN DE CESACIÓN».— II. EL ORIGEN DEL CONFLICTO: EL REQUERIMIENTO DE CESE DE EMISIÓN DE LA PUBLICIDAD POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ¿UN ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR O «UN REQUERIMIENTO NO VINCULANTE» QUE EXPRESA UN «JUICIO» DE LA ADMINISTRACIÓN?— III. REFLEXIÓN FINAL.

INTRODUCCIÓN

Esta comunicación tiene por objeto comentar un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo originado en una orden de cese de un anuncio publicitario en televisión. Su interés radica en la sorprendente negación de los efectos vinculantes de la citada *orden* (emanada de un departamento ministerial), evitando con ello la declaración de nulidad del acto administrativo, a pesar de que previamente el alto Tribunal ya había constatado la falta de habilitación legal de la Administración Pública autora del mismo para dictarlo.

I. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTROL Y SANCIÓN POR PUBLICIDAD TELEVISIVA ILÍCITA. ESPECIAL REFERENCIA A LA «ACCIÓN DE CESACIÓN»

La adecuada comprensión del caso que aquí se comenta aconseja exponer los rasgos esenciales de las potestades otorgadas a la Administración Pública en el ámbito de la publicidad en televisión. Para comenzar hay que indicar que esta materia se encuentra regulada por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP) así como por la Ley 25/1994, de 12 de julio, de Televisión (LT), por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposicio-

nes legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Ambos textos legales se ocupan de delimitar los supuestos de publicidad ilícita (arts. 3 a 7 LGP y 8 a 10, 16 y 17 LT) así como de establecer algunos mecanismos para reaccionar en contra de la citada publicidad. En este último ámbito, la LT establece un modelo que podríamos denominar dual, según el cual, por un lado, la Administración Pública se encuentra habilitada para controlar e inspeccionar la publicidad emitida por las televisiones e imponer, en su caso, las respectivas sanciones y, por otro, los Tribunales de justicia son competentes para conocer de la denominada «acción de cesación». Esta última tiene por objeto, como su propio nombre indica, la cesación de la conducta prohibida —retirada del anuncio publicitario— y su no reiteración en el futuro (art. 22.2 LT). De forma similar, la LGP reserva también la potestad de suspensión del respectivo anuncio a los Tribunales de justicia (art. 29) (1).

Como ha quedado indicado, y aunque resulta hasta cierto punto paradójico la Administración Pública puede controlar y, en su caso, imponer sanciones a los servicios televisivos —las cuales pueden consistir en elevadas multas o, incluso, dar lugar a la suspensión del título habilitante para la prestación del servicio de televisión, art. 20 LT— pero no, en cambio, para acordar la suspensión de una determinada publicidad y ello aunque se trate de los casos más graves de publicidad ilícita (protección de los menores frente a la programación, art. 17 LT) (2). En cuanto a las potestades de control e inspección, reguladas en una única disposición (art. 19 LT) que inaugura el Capítulo VI de la LT («Del régimen sancionador»), comprende exclusivamente la competencia para «requerir a los operadores públicos o privados los datos que estimen necesarios para el ejercicio de sus funciones». Correlativamente, dichos operadores deben archivar durante los seis meses siguientes a su primera emisión, todos los programas emitidos incluida la publicidad y la televenta.

(1) Es cierto, sin embargo, que tanto la LGP como la LT establecen la posibilidad de que toda persona que resulte afectada por una publicidad (en el caso de afectación de intereses colectivos, están legitimados el Instituto Nacional de Consumo y de los demás entes administrativos mencionados en los art. 25.2 LGP y 23.2 LT) pueda «solicitar del anunciante la cesación, o en su caso, la rectificación» de la misma. Y en caso de aquélla no sea atendida —es, simplemente, una solicitud— o, incluso sin necesidad de dicha solicitud previa, la leyes antes citadas permiten el ejercicio de la aludida «acción de cesación» ante los Tribunales ordinarios de justicia.

(2) En contraste con el modelo que se ha expuesto, otras leyes han optado por atribuir a la Administración Pública la potestad para suspender la publicidad en determinados supuestos. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 29/2006, de 26 de julio 2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, la cual en términos parecidos a su antecesora —Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, art. 106.1— establece que la Administración sanitaria podrá suspender cautelarmente la publicidad en el caso «de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud» (art. 99.1).

I. EL ORIGEN DEL CONFLICTO: EL REQUERIMIENTO DE CESE DE EMISIÓN DE LA PUBLICIDAD POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ¿UN ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR O «UN REQUERIMIENTO NO VINCULANTE» QUE EXPRESA UN «JUICIO» DE LA ADMINISTRACIÓN?

Una vez que se han expuesto las competencias administrativas en esta materia, corresponde analizar los antecedentes de la sentencia que aquí se comenta. El conflicto tiene su origen en una campaña de publicidad en televisión de una conocida marca de desodorantes la cual contenía ciertas imágenes que, a juicio del Colegio de Médicos de Madrid, resultaban «atentatorias y vejatorias para la dignidad de los médicos». La denuncia presentada por el citado Colegio profesional ante la entonces Subdirección General de Contenidos de la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología, da lugar a una «resolución» mediante la cual «se requiere de cese de la emisión» del citado anuncio a las respectivas cadenas de televisión (3). Estos breves datos permiten afirmar que la indicada resolución ministerial no puede encuadrarse en las potestades de control e inspección que el ordenamiento jurídico reconoce a la Administración Pública, puesto que éstas se circunscriben exclusivamente al requerimiento de información, y que la misma tampoco podría considerarse como una sanción administrativa. Esto último porque aparte de que resulta evidente la ausencia de todo procedimiento de instrucción, «el cese de la emisión» no está tipificada entre las sanciones aplicables a los supuestos de emisión de publicidad ilícita. Ello conduce inevitablemente a considerar que la citada resolución se ha producido al margen del marco competencial dibujado por el legislador en el ámbito de la publicidad televisiva. Por tanto, las únicas decisiones plausibles frente al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sociedad mercantil propietaria del producto publicitado deberían haber sido la inadmisión del recurso, por tratarse de una actividad no susceptible de impugnación, o, en caso de que se entre a analizar el fondo del asunto —al fin y al cabo, se trata de una manifestación de voluntad revestida de la forma de acto administrativa, notificada a las cadenas de televisión, etc— la declaración de nulidad de la misma.

La STS de abril de 2008 y aquélla en la que trae causa (STSJ de la Comunidad de Madrid de 21 de febrero de 2005) han llegado, no obstante, a conclusiones diversas de las que se han expuesto. Así, en primer término, el pronunciamiento del Tribunal de instancia considera que la resolución ministerial no es producto del ejercicio de potestades sancionadoras —la alegación básica que se desprende del recurso y de ahí su reproche a la falta de procedimiento,

(3) No era ésta la vía que debía seguir obligatoriamente el Colegio profesional puesto que, como se ha apuntado con anterioridad, podía, en tanto representante de derechos o intereses legítimos, presentar por sí mismo una «solicitud de cese» ante las televisiones o ejercitar directamente la acción de cesación ante los Tribunales de Justicia.

tipicidad, etc.— sino, según aclara seguidamente, «la mera retirada... (es) una clara manifestación de una potestad de control de publicidad emitida y que es atribuida y que ostenta para ello la Subdirección General de Contenidos y del Ministerio de Ciencia y Tecnología, como luego veremos ampliamente» (F.J. 3º). El caso es que para aceptar dicha línea argumental es menester realizar precisamente una declaración que aunque anunciada en la sentencia, el TSJM termina por omitir, es decir, indicar en qué norma jurídica concreta se encuentra la habilitación para suspender la emisión de una publicidad ilícita. En realidad, la sala se ocupa de exponer una cuestión distinta, la relativa a justificar que la citada Subdirección es competente para realizar funciones de control e inspección en esta materia. Aparte que este punto no es objeto de discusión —la recurrente alega incompetencia del citado órgano administrativo para imponer sanciones— su esclarecimiento no refuerza el razonamiento del Tribunal, al no conectar las funciones de control e inspección con una medida específica: el cese de la publicidad. Como resultado de lo anterior, el TSJM entra a juzgar el fondo del asunto (licitud o ilicitud del aviso publicitario) y concluye, en lo que aquí interesa, confirmado la resolución recurrida «que ejerciendo *correctamente la labor de control* de la Administración, *suspende* la emisión del anuncio por encubrir publicidad ilícita».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo aunque rectifica parcialmente el razonamiento del TSJCM termina por alinearse en sus conclusiones. De este modo, en primer término, el TS precisa que la Administración Pública se encuentra habilitada para controlar y, en su caso, sancionar a las cadenas de televisión en los supuestos de emisión de publicidad ilícita pero que, en cambio, no cuenta con el «poder de ordenar con carácter imperativo el cese de la publicidad ilícita, ni de ejecutarlo por sí misma». Ello es así, añade a reglón seguido, puesto que el legislador ha optado por atribuir dicho poder sólo al juez, incluso cuando se trate de mensajes publicitarios de productos, bienes, actividades o servicios que puedan dañar los intereses generales (F.J. 5º).

Sin embargo, tras negar la falta de habilitación legal de la Administración para ordenar el citado cese, el TS resuelve la calificación jurídica de la actuación que aquí se analiza de un modo sorprendente. En su parecer, «los requerimientos de cese emitidos por los órganos administrativos... *carecen de fuerza coactiva* y no son sino expresión del juicio de sus titulares sobre la ilicitud de los mensajes publicitarios.» No se trata pues, puntualiza el citado Tribunal «de requerimientos vinculantes que impongan coercitivamente ni obliguen al cese o a la retirada forzosa de dichos mensajes, *sino más bien de requerimientos similares a los que cualquier persona*, privada o pública, cuyos intereses ella misma considere perjudicados por un anuncio publicitario, puede dirigir al operador de la televisión para que deje de emitirlo». Por lo mismo, termina concluyendo, el operador de televisión «*queda en libertad de atender o no el requerimiento*» o, como señala más adelante, «*no impone a sus destinatarios una obligación de resultado*» (F.J. 7º y 9º).

Lo antes expuesto permite apreciar una diferencia sustancial en el desarrollo argumental de una y otra sentencia. En efecto, mientras que la primera considera que la Administración sí puede ordenar el cese de un anuncio publicitario que considere ilícito por encuadrarse en las potestades de control, el Tribunal Supremo aprecia, por el contrario, una falta de habilitación en la citada actuación. Sin embargo, como ha quedado expuesto ello no se traduce en la consiguiente declaración de nulidad, como resultaría de la aplicación de las reglas relativas a la invalidez de los actos administrativos, sino que a la afirmación del carácter «no obligatorio» o «no vinculante» del requerimiento ministerial.

En lo subsiguiente, la STS sigue la huella marcada por el Tribunal de instancia, al declarar que la orden de cese de emisión, no puede encuadrarse en las potestades sancionadoras de la Administración sino en las de *control e inspección previos* (F.J. 7º). Una vez sentado lo anterior, la STS procede a rechazar una a una las alegaciones de la recurrente que partían de la base de la naturaleza sancionadora y, en cualquier caso, vinculante de la orden emitida por el indicado departamento ministerial.

III. REFLEXIÓN FINAL

Por las razones que se han ido adelantando en el texto no pueden compartirse las conclusiones de las sentencias expuestas. En concreto, resulta especialmente criticable que la STS luego de constatar la ausencia de habilitación legal de la Administración Pública remate su argumentación calificando la orden de cese como una actuación administrativa que no vincula a sus destinatarios (las cadenas de televisión que emiten la publicidad que se considera ilícita), los cuales, por lo mismo, pueden desconocer sin más su contenido. Más allá de otras consideraciones, lo que aquí se pone en evidencia es una particular interpretación del sentido y alcance de la legalidad, en cuanto principio rector de la actuación administrativa. No es necesario ni posible en este momento traer a colación la vasta doctrina elaborada en esta materia pero sí de recordar que, incluso en su formulación menos estricta, el indicado principio exige de una habilitación legal expresa (teoría de la vinculación positiva) cuando se trata, en lo que aquí interesa, de actuaciones «ablatorias» de derechos por parte de la Administración Pública. Tampoco resulta sostenible que el «requerimiento de cese de publicidad» se englobe entre las potestades de control e inspección administrativa, cuando previamente se ha declarado que la Ley 25/1994 no ha incluido dentro las atribuciones de la Administración «el poder de ordenar con carácter imperativo el cese de la publicidad ilícita, ni de ejecutarlo por sí misma» (STS, F.J. 5º). O, más grave aún, como indica el pronunciamiento del Tribunal de instancia, que entre las indicadas potestades de control sí se encuentra —habría que entender implícitamente— el indi-

cado poder de cesación. Una asociación que resulta del todo forzada e inútil si se recuerda que dicho poder sí se contempla expresamente por el por el ordenamiento jurídico pero atribuido a un sujeto distinto, el juez ordinario.

Existen también evidentes razones de seguridad jurídica que desaconsejan este tipo de actuaciones administrativas y ello aunque éstas se orienten, como parece ser el presente caso, a la protección de los intereses generales (4). Porque en esencia, la interpretación del TS traslada a los operadores jurídicos la obligación de discernir entre la actuación administrativa vinculante y aquella que, por el contrario, no les impone obligación alguna por manifestar sólo un juicio de valor. Ello no significa, sin embargo, que se postule una reducción del concepto de acto administrativo —en su formulación clásica (Zanobini) incluye, como es sabido, junto al elemento volitivo, la manifestación de un juicio, deseo o conocimiento— sino de exigir también en las formas, unos mínimos niveles de certeza. En el caso que se comenta, se trata de una actuación administrativa emanada de un órgano con competencia para controlar y sancionar la publicidad ilícita, emanados bajo la forma de un «requerimiento» u «orden» y no de mera solicitud, notificados a sus destinatarios, etc.

Es cierto, por otro lado, como acertadamente apunta la STS que hay otros sectores en los que se reserva a la Administración el poder para cesar por sí misma la publicidad ilícita (5) y, podría añadirse, dada la premura que requiere la medida de suspensión podría considerarse la conveniencia de una modificación similar en este ámbito (ampliar la esfera competencial de la Administración respecto de los anuncios en televisión) (6). Pero mientras dicho cambio no se produzca, el único camino posible es instar una decisión judicial y no utilizar una vía no prevista por el ordenamiento jurídico para alcanzar dicho fin.

(4) Lo que no significa que tales intereses queden desprotegidos sino que su tutela, como ha quedado dicho, se reserva a los Tribunales de Justicia.

(5) Fuera del ámbito de los medicamentos que antes se ha comentado, véase también el art. 44.3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, que habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para «requerir el cese o rectificación de la publicidad que resulte contraria a las disposiciones contenidas en este real decreto».

(6) Como modelo podría utilizarse el marco regulador establecido para algunos Consejos audiovisuales autonómicos. Vid., por ejemplo, las potestades sancionadoras del Consejo Audiovisual de Cataluña, plasmadas en la Ley 2/2000, de 4 de mayo reguladora del citado Consejo; y, Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación audiovisual de Cataluña. Según estas disposiciones, el CAC está habilitado para adoptar medidas provisionales en el curso del procedimiento sancionador y, en relación con las sanciones, junto a las de carácter pecuniario puede imponer la suspensión de la actividad de los prestadores privados por un plazo máximo de tres meses (infracciones muy graves) o, incluso, el cese definitivo de la prestación del servicio en el caso de la comisión reiterada de diversas infracciones.