

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR A CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S. A., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 18.2 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

SNC/DTSA/052/15/CRTVE

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 9 de junio de 2016

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Hechos denunciados.

El 24 de agosto de 2015 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) una denuncia de la Asociación Española de Afectados por Intervenciones de Cirugía Refractiva, en relación con un espacio televisivo sobre la salud emitido durante el programa “LA MAÑANA” del canal LA PRIMERA de TVE, emitido el día 18 de febrero de 2015, en la que pone de manifiesto la emisión de publicidad encubierta de una empresa privada -Clínica Baviera-, al entender que se trató más de un publirreportaje que de un espacio de salud donde se resolvían dudas acerca de las intervenciones quirúrgicas que se realizan para la eliminación de defectos refractivos. (Folios 1 a 7).

desarrolla su actividad, al igual que se hizo con otro dos doctores, que pertenecen a una entidad distinta.

- En ningún momento del programa se aconsejó la realización de una intervención quirúrgica mediante láser, ni ninguna otra, y menos en la clínica a la que pertenece el médico invitado, ni tampoco se resaltaron los beneficios o ventajas. De las intervenciones quirúrgicas se destacó que eran rápidas y de rápida recuperación, que abundaba el miedo y la desinformación de los potenciales pacientes, que se precisaba de pruebas previas que aconsejen o no la intervención, e incluso se mencionaron los riesgos que comportan este tipo de operaciones.
- La mención y muestra en pantalla de la página web de la clínica fue breve, precedió a otra página web y se hace en todos los programas. También se dio información, sin ánimo publicitario, de asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro.
- Adjunta como documentos 2 y 3, sendos certificados emitidos por los Directores Comercial y Económico-Financiero de CRTVE, para evidenciar la ausencia de acuerdos comerciales con la Clínica y de contraprestación. En definitiva, no existe propósito publicitario en el programa por no haber una estrecha relación comercial entre la Clínica y CRTVE, ni una continuidad o reiteración en las comunicaciones comerciales (nombra a otros profesionales que han aparecido en los programas), la Clínica Baviera aparece junto a otra Clínica y CRTVE tiene prohibidos los ingresos provenientes de la publicidad por el artículo 7.1 de la Ley 8/2009.
- Que los telespectadores llaman para consultar sobre sus dolencias, no para pedir cita a la Clínica ni preguntar sus precios.

Quinto.- Trámite de audiencia.

Con fecha 8 de marzo de 2016 fue notificada a CRTVE la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento a los efectos de lo previsto por el artículo 19.1 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 (en adelante, Reglamento Sancionador), concediéndole un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones adicionales que estimara pertinentes. Asimismo, a la propuesta se acompañó una relación de los documentos obrantes en el procedimiento a fin de que el interesado los conociera y pudiera obtener las copias de los que estimase conveniente. (Folios 77a 95).

En la propuesta de resolución notificada a CRTVE se propone declarar a dicho operador responsable de la comisión de una infracción administrativa de carácter grave, por haber emitido, en su canal LA PRIMERA, comunicaciones

comerciales encubiertas de la Clínica Baviera y de la Clínica Novovisión, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el Art. 18.2 de la LGCA.

Asimismo, en la mencionada propuesta de resolución y en aplicación de los artículos 58.8 y 60 de la LGCA y 131.3 de la LRJPAC, se propone imponer a CRTVE una multa por importe global de 154.477 €.

Sexto.- Alegaciones CRTVE al trámite de audiencia.

En fecha 28 de marzo de 2016, CRTVE presentó alegaciones a la propuesta de resolución (folios 96 a 100) por las que solicita el archivo del expediente sancionador por no existir infracción alguna.

Las alegaciones, además de ratificarse en todos los argumentos dados en su escrito de alegaciones aportadas al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, en síntesis son las siguientes:

- Que el acuerdo de incoación detalló los hechos que presuntamente podían constituir una infracción del artículo 18.2 de la LGCA. Sin embargo, en la Propuesta de Resolución se amplían dichos hechos al considerar que se habían presentado servicios no solo de la Clínica Baviera como publicidad encubierta, sino también de la Clínica Novovisión. Considera CRTVE que esta ampliación de los hechos constitutivos de infracción resulta contraria al artículo 13.1 del Reglamento Sancionador debido a que durante la instrucción del procedimiento no se ha practicado prueba alguna, ni de oficio ni a instancia de parte. En definitiva, que la revisión del visionado se ha referido desde el momento inicial y hasta la Propuesta de Resolución, al programa emitido el 18 de febrero de 2015 y no a otros programas en los que presuntamente se hubiera hecho publicidad encubierta de los servicios de Clínica Novovisión.
- Considera que la instrucción del procedimiento refleja falta de objetividad al reprobarse en la Propuesta de Instrucción el hecho de que, a juicio del instructor, en el microespacio no se le ha dado voz a los afectados por las cirugías refractivas, cuestión ajena a la existencia de publicidad encubierta.
- Que la intención publicitaria del microespacio no es suficientemente analizada en la Propuesta de Resolución donde dedica breves apuntes al extenso análisis de dicho propósito que realizó CRTVE en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación. Asimismo, que la inducción a error que conlleva el contenido del microespacio no se ha analizado.

Séptimo.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

Por medio de escrito de fecha 30 de marzo de 2016, el Instructor ha remitido a la Secretaría del consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el

resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento Sancionador. (Folio 101).

Octavo.- Informe de la Sala de Competencia.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.1 de la LCNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe en su sesión de 9 de junio de 2016 sobre el presente procedimiento sancionador. (Folio 102).

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con el conjunto de actuaciones practicadas en este procedimiento, se consideran probados los hechos siguientes:

PRIMERO.- Emisión de comunicación comercial encubierta incluida en el programa de televisión LA MAÑANA del día 18 de febrero de 2015.

De acuerdo con el Acta de Visionado (folios 10 a 13) de 25 de noviembre de 2015, entre² las 10:34:03 y las 11:22:27, intervino el Doctor Valentín Jiménez de forma discontinua en el microespacio dedicado a la salud y titulado “Saber Vivir” (título que aparece en los monitores que hay en plató) emitido el día 18 de febrero de 2015 dedicado a la salud de los ojos.



El discurso de la presentadora del programa y su colaboradora comienza introduciendo algunos de los problemas de visión que impiden a las personas un correcto enfoque denominados miopía, hipermetropía o astigmatismo y las soluciones que existen para tratar dichos problemas. (Hora de emisión: 10:34:03 a 10:34:55).

² Deben descontarse los tiempos que el programa también dedicó dentro de ese margen al hipotiroidismo, el páncreas, los colirios, la dieta alimentaria, la colocación de las lentillas y las asociaciones sin ánimo de lucro, haciendo un total de 28 minutos y 56 segundos.



Inmediatamente a continuación, se pasa a mostrar en pantalla completa la web de Clínica Baviera con un rótulo que dice *“Para más información: www.clinicabaviera.com”* donde se puede apreciar el texto: *“Vive la vida sin gafas ni lentillas. Solo este mes 1ª consulta preoperatoria gratis valorada en 55 €”* y el teléfono de contacto *“902 112 541”* mientras que el Doctor indica que esa página web contiene información clara y veraz. Luego, pasa a mostrar otra página web a pantalla completa de la Academia Americana de Oftalmología e indica que también da información sencilla y fácil de comprender mientras que se muestra un rótulo de 13”, en la parte inferior de la pantalla, donde se lee que *“Para saber más: www.geteyesmart.org/eyesmart/espanol”*.



De los anteriores hechos se ha concluido que durante la emisión del microespacio, el doctor trata de concienciar al telespectador de que los problemas de visión como la miopía, la hipermetropía y el astigmatismo tienen soluciones que se adaptan a cada paciente y que pueden encontrar en Clínica Baviera.

El hecho ha sido probado a través de la documental contenida en las actuaciones previas realizadas por personal técnico de la CNMC: (i) acta de visionado donde se identifica el canal, fecha, franja horaria (concretada en horas, minutos y segundos), ámbito territorial de emisiones, fotogramas de las mismas y la transcripción literal de los diálogos y de otros elementos que aparecen en pantalla (folios 10 a 13); y (ii) grabaciones soporte de las emisiones con impresión de la hora de emisión y se acompaña de archivo en el que consta la fecha, hora de emisión y duración de la grabación (folios 18 a 22).

SEGUNDO.- Audiencia de los programas.

Se ha unido al expediente (folio 14 a 17) el informe de audiencias medias de las emisiones del programa La Mañana, elaborado por la empresa Kantar Media, con los datos siguientes:

Fechas	Franjas	AM(000)	AM%	Cuota
18/02/2015	10:07:44 - 13:10:35	251	0,6	7,5

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable.

El artículo 29.1 de la LCNMC, señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de LGCA.

La instrucción de los procedimientos sancionadores de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. La resolución de dichos procedimientos corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y el artículo 21.2 de la LCNMC.

Junto a las normas ya citadas, son de aplicación al presente procedimiento, la LRJPAC y el Reglamento Sancionador.

II.- Objeto del procedimiento sancionador.

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si CRTVE infringió, con el contenido emitido en el microespacio “SABER VIVIR” el régimen establecido en el art. 18, apartado 2⁵ de la LGCA, en el programa “LA MAÑANA” del día 18 de febrero de 2015, así como la responsabilidad administrativa por tales hechos.

III.- Tipificación de los hechos: emisión de comunicaciones comerciales encubiertas.

3.1. Consideraciones generales.

La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (Directiva “Televisión sin fronteras”), se refiere a las limitaciones a la publicidad televisiva en su considerando vigesimoséptimo en los siguientes términos:

«Considerando que, para asegurar de forma completa y adecuada la protección de los intereses de los consumidores como telespectadores, es básico que la publicidad televisiva se someta a un cierto número de normas mínimas y de criterios y que los Estados miembros tengan la facultad de fijar reglas más detalladas o más estrictas y, en determinados casos, condiciones diferentes para los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia».

La Directiva “Televisión sin Fronteras” define la publicidad televisiva y la publicidad encubierta de la siguiente manera:

i) “publicidad televisiva”, cualquier forma de mensaje televisado a cambio de una remuneración o de un pago similar o bien para fines de autopromoción por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesión liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones;

j) “comunicación comercial audiovisual encubierta”, la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del organismo de radiodifusión televisiva, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará

⁵ Bajo la rúbrica “Comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas”, el artículo 18 LGCA dispone en su apartado segundo la prohibición de “la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales”.

intencionada, en particular, si se hiciera a cambio de una remuneración o de un pago similar».

El artículo 2.32 de la LGCA, en parecidos términos a como ya lo hacía la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, trasladó la definición de la Directiva “Televisión sin Fronteras” a nuestro ordenamiento interno y describe la comunicación comercial encubierta como *“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”*.

La publicidad encubierta ha sido prohibida por la Directiva “Televisión sin Fronteras”⁶ y así lo ha establecido el legislador, tanto en la citada Ley 25/1994⁷ como en la LGCA, en su artículo 18.2, donde subraya la gravedad de este tipo de publicidad prohibida al incluirla en el mismo artículo en el que se prohíbe la publicidad de productos ilegales o que atente contra los valores democráticos más significativos.

De la definición de publicidad encubierta contenida en la LGCA, cabe resaltar que tiene un propósito publicitario y es apta para inducir a error en los destinatarios a los que se dirige al enmascararse el mensaje publicitario bajo la apariencia de un contenido informativo o de otra índole, pero aparentemente objetivo y ajeno a los intereses propios del titular del bien o servicio publicitado. De esta manera, este tipo de publicidad traiciona la confianza depositada por el consumidor en los medios de comunicación y en sus profesionales y vulnera de manera flagrante una legislación que concentra sus esfuerzos en la exigencia de una drástica separación entre los programas y los mensajes publicitarios.

Las comunicaciones comerciales como las que nos ocupa también facilitan el aumento de la información sobre los productos o servicios promocionados al permitirse una mayor duración temporal frente a la necesidad de síntesis de otros formatos publicitarios.

También se busca mayor eficacia del acto de comunicación comercial al realizarse por medio de un personaje popular que, por una parte, avala al prescriptor publicitario al que se presenta como un experto neutral y, por otra, se otorga credibilidad a sus afirmaciones y recomendaciones simulando una entrevista o exposición convencional con objetivos informativos o divulgativos.

⁶ Art. 10.4.

⁷ Art. 10.2

Asimismo, las comunicaciones comerciales encubiertas, como la que es objeto de la presente resolución, también evitan la aplicación de los límites legales a otros tipos de comunicaciones comerciales, como los mensajes publicitarios e incumplen otra prohibición⁸, la de promocionar indirectamente el consumo de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria aportando testimonios de profesionales sanitarios y de personas famosas o conocidas por el público como medio de inducción al consumo. No obstante, este último incumplimiento no es objeto del presente procedimiento.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el derecho a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales está expresamente previsto en el artículo 6.5 de la LGCA.

Por todos estos motivos, la LGCA prohíbe la comunicación comercial encubierta en su artículo 18.2 y la tipifica como una infracción administrativa de carácter grave en su artículo 58.8.

De la definición expuesta más arriba, se desprenden las siguientes notas características de las comunicaciones comerciales encubiertas que también recoge CRTVE en su escrito de alegaciones:

- (i) La presentación de bienes o servicios en un programa.
- (ii) Que la presentación tenga un propósito publicitario.
- (iii) Que sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción al tratarse de un mensaje publicitario que no es reconocido como tal.

En cuanto a la existencia o no de una remuneración y su posible incidencia en el carácter intencional de la conducta, el artículo 2.32 de la LGCA no exige la acreditación de la contraprestación para apreciar que una comunicación comercial es encubierta. Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya falló en su sentencia de fecha 9 de junio de 2011 (asunto C-52/10) que la existencia de una remuneración o de un pago similar no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta, por lo que esa remuneración no es determinante para la existencia de una comunicación comercial encubierta. Por ese motivo, no se analiza en la presente resolución la intencionalidad de la conducta en atención al carácter remunerado o no de las comunicaciones comerciales a las que se refiere.

3.2. Cumplimiento de los requisitos del ilícito.

3.2.1 La presentación de bienes o servicios en un programa.

La presentación de algunos de los servicios de Clínica Baviera en el microespacio “Saber Vivir” del programa de televisión “LA MAÑANA” del canal

⁸ Art. 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

LA PRIMERA de CRTVE, emitido el día 18 de febrero de 2015, resulta evidente de los Hechos Probados y de la incorporación al expediente de los videos soporte de tales hechos.

Los servicios de la Clínica Baviera que son presentados en el citado programa coinciden con las soluciones a defectos refractivos de la vista más comunes tratados en esa emisión. Así, a las 10:34:04 h. la presentadora señala que “*vamos a ver la miopía, hipermetropía, astigmatismo, las soluciones que hay para todos (...) las hay muy avanzadas*”, es decir, se citan por la presentadora del programa las tres dolencias que son objeto de la llamada cirugía refractiva y a continuación cita las dos técnicas quirúrgicas refractivas: “*Si tienen miedo al láser o a la intervención intraocular hay soluciones, un poco, para todo*”. Sin embargo, finalmente no se citan soluciones distintas a las quirúrgicas –laser o intervención intraocular- para “los que tienen miedo” a éstas, sin que se pueda entender como tal una breve mención, a las 10:48:58 h., a que, teniendo miopía, “*necesites una gafa, una lentilla o una cirugía para poder ver bien*”.

Luego, a las 10:34:56 h la presentadora presenta a un doctor del que afirma “*es un conocido oftalmólogo. Trabaja en la Clínica Baviera, en Madrid*”. El doctor comienza a hablar de los problemas oculares y 53 segundos después de haberlo presentado, (10:35:55 h.) aparece un letrero en pantalla “*DR. VALENTÍN JIMÉNEZ // Oftalmólogo // Clínica Baviera, Madrid*”, que dura cuatro segundos. Así pues, se produce la presentación verbal y visual de una empresa que presta los servicios de que va a tratar el programa y con un espacio de tiempo entre ambas menciones susceptible de crear un recuerdo en el telespectador.



Luego, en distintos momentos del microespacio⁹ se explica con mayor profundidad en qué consisten las dos técnicas quirúrgicas refractivas que realiza Clínica Baviera.

⁹ En cuanto a la intervención para introducir una lente intraocular: (11:00:34 h.) “*anestesia tópica, es decir, unas gotitas*”, (11:00:43 h.) “*la intervención es realmente muy sencilla*”, (11:00:47 h.) “*mínima incisión*”, (11:01:11 h.) “*no hay que dar puntos ni nada de nada*”, (11:01:15) *la operación dura 10 minutos*; (11:01:41) “*A partir del día siguiente, salvo hacer deporte o coger mucho peso o bañarte en la piscina o en la playa, vas a hacer vida normal*”, (11:01:49) No hay que cambiar la lente a lo largo de la vida (salvo que haya que quitar el cristalino por cataratas); (11:03:56) “*la operación es segura, o sea, que la operación va bien*”;

En definitiva, además de emitir un contenido divulgativo de información médica, es indudable que en el microespacio emitido el día 18 de febrero de 2015 también contiene la presentación de servicios que ofrece una clínica privada.

3.2.2 Propósito publicitario.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, define la publicidad como *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

Por su parte, la LGCA define la comunicación comercial audiovisual en su artículo 2.24, de la siguiente manera:

“Las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio. En todo caso son formas de comunicación comercial audiovisual: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto”.

La LGCA considera mensaje publicitario:

“Toda forma de mensaje de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones.”

A la vista de las anteriores definiciones, el ilícito exige que la comunicación comercial encubierta tenga por objeto la promoción de bienes o de la prestación de servicios.

A este respecto, el propósito publicitario del microespacio en relación con algunos de los tratamientos médicos que ofrece Clínica Baviera se deduce de la relación de hechos probados donde se observa una conexión entre el microespacio y la promoción de la mencionada Clínica.

Si bien la intervención del Doctor Jiménez se realiza de forma interrumpida, en varias de sus intervenciones se sobreentiende que en Clínica Baviera se pueden realizar las intervenciones médicas que solucionan los defectos

(11:00:24) *“los riesgos de la operación son realmente bajos, es como operar a una catarata, o sea, que los riesgos de complicaciones importantes son realmente muy bajos”*

En cuanto a la operación con láser: (11:10:19 h.) Presentadora: *“uno va a la clínica, anestesia local también”*; (11:10:25) *“¿la operación cuánto rato? Diez minutos, aproximadamente;* (11:12:25 h.) *“...que te digan si te puedes operar o no y, luego, que te informe un profesional de realmente cuáles son los riesgos, y luego decides (...).”*

refractivos de la vista sobre los que trata el programa. Además, la colaboradora y la presentadora coadyuvan¹⁰ a verificar el buen hacer del Doctor Jiménez y, por tanto, de la Clínica Baviera, que realiza unas operaciones efectivas, cortas, seguras e indoloras y permiten vivir sin gafas a plena satisfacción e invitan a los aprensivos de entre el público a que lo comprueben y a eliminar sus miedos. Asimismo, durante el microespacio se promociona a la Clínica Baviera como un centro especializado en este tipo de intervenciones destacando su ubicuidad¹¹, profesionalidad y la oferta promocional¹² que tenían vigente por tiempo limitado en la fecha de emisión del programa.

Principalmente cabe destacar la concurrencia del propósito publicitario del microespacio cuando al final de la intervención del doctor, la presentadora le solicita que recomiende páginas web (11:21:42 h) –para obtener mayor información sobre los temas de visión tratados- y el doctor mirando una pantalla grande de televisión que se encuentra entre él y la presentadora, muestra la página web de Clínica Baviera y la presentadora confirma, *“Esta es clinicabaviera.com”*. A continuación, desde las 11:21:54 hasta las hasta las 11:22:08 h. (14 segundos de duración), se muestra un rótulo en pantalla: *“Para*

¹⁰ A las 10:51:06 h., una de las colaboradoras habituales del programa, la Doctora Bellón, con la excusa de querer hacer una pregunta: *“Pero yo quiero hacer una pregunta, Valentín, porque yo soy..., soy miope, bueno ya no lo soy, porque, no sé si lo sabes, Mariló, pero él me operó a mí hace años...”* Presentadora: *“Me lo has dicho tres veces”*. Doctora: *“Se lo digo ahora a los mañaneros, bueno, el caso es que yo tengo cero dioptrías...”*. Dr. Valentín: *“...puedes ver bien sin gafas porque yo te operé (...) Ella fue operada con láser”*. Y la presentadora señalando con la mano (10:51:50 h.): *“Para que vean que se hace muy fácil”*. Doctora (con una amplia sonrisa): *“Lo mejor que hice, la verdad”*.

La corroboración de la presentadora al doctor se produce también a las 10:55:21 h: “O sea, que es una buena solución” (tras recomendar tratar en la misma operación el glaucoma y la catarata); a las (11:01:52) “Jolín, qué bueno” (porque el doctor explica que la lente intraocular no hay que cambiarla en toda la vida).

A las 11:11:55 h. la presentadora: “¡Es que es tan delicado lo que hacen ustedes...! ¡Tenemos tanto miedo las personas que queremos dar el paso para hacernos la intervención con láser!”

Por último, a las 11:22:21 h., la presentadora se despide del Dr. Jiménez: “Pues doctor, muchísimas gracias. Ha sido un placer. Le hemos perdido el miedo y ya nos animaremos.”

También, a las 11:13:41 h. Doctora Bellón interrumpe al doctor cuando está explicando cómo se desarrolla la cirugía láser diciendo “...eso es lo más incómodo, cuando te sacan medio ojo para cortarte...(ja, ja)...” a lo que el médico vuelve e interrumpe diciendo “no notas nada, no notas nada...notas presión (...) son más o menos 15 segundos de molestia, pero el resto de la operación..., bueno lo puede decir Ana (Sí, sí) que no molesta”.

¹¹ 11:04:43 h., la presentadora le pide al Dr. Jiménez que aconseje a una señora: *“Y a qué oftalmólogo le recomendaría que llamara, no por decir un nombre propio, pero como a ella le va a dar seguridad...”* La voz del doctor se mezcla con la de la presentadora: *“Hombre, si me preguntáis a mí voy a recomendar mi clínica, que también tenemos en San Sebastián, que es Clínica Baviera”*. Y la presentadora, muy sonriente: *“Pues mira, ¿eh?, Ana... A la clínica que ha dicho el doctor, que está en San Sebastián”*

¹² Desde las 11:21:54 hasta las hasta las 11:22:08 h. (14 segundos de duración), se muestra un rótulo en pantalla: *“Para más información: // www.clinicabaviera.com”*. Durante este tiempo, aparece a pantalla completa la página web de la clínica, en la que se aprecia con nitidez el nombre de la clínica, un cartel con *“VIVE LA VIDA SIN GAFAS NI LENTILLAS”* y una promoción actual (*“SÓLO ESTE MES”*) de la clínica en la que se ofrece gratis la primera consulta: *“1ª consulta preoperatoria gratis valorada en 55 €”*, y el teléfono de contacto *“902 112 541”*.

mensaje por parte de los destinatarios. Así, al tratarse de comunicaciones comerciales que no están separadas ni identificadas como publicidad, además de que no se incluyen dentro de un bloque publicitario que interrumpa el programa, sino dentro de éste, como una parte de su contenido evita las defensas que el receptor del mensaje publicitario activa ante la emisión explícita de un mensaje publicitario. Además, prestigia una marca y crea una necesidad de consumo ante la creencia de estar viendo un programa con contenido informativo. También, evita la pérdida de atención del telespectador frente a la publicidad convencional, e incluso el cambio del canal, y consigue de esta manera aumentar la eficacia de la actividad promocional.

El microespacio objeto del presente procedimiento tuvo como objetivo, según CRTVE, *“informar sobre los defectos refractivos de la vista más comunes, su sintomatología y cómo afecta a la calidad de vida, así como los tratamientos médicos aplicados actualmente por los profesionales competentes. (...) tuvo un invitado principal a un médico especialista: en este caso un oftalmólogo [Doctor que actúa como prescriptor y experto supuestamente neutral]. Sin embargo, cabe rechazar esta afirmación tras la lectura del Acta de Visionado, el visionado de los vídeos y haber comprobado la concurrencia del propósito publicitario del programa emitido el 18 de febrero de 2015.*

Si bien en el microespacio se informa sobre los defectos refractivos de visión, se puede concluir que la intervención del doctor se centró principalmente en la promoción de dos técnicas quirúrgicas que realiza Clínica Baviera para solucionar dichos defectos. Además, la información proporcionada sobre dichas técnicas no se realizó de forma clara y completa puesto que, tanto el médico como la presentadora y su colaboradora, subrayan que se trata de operaciones rápidas, sencillas, indoloras y que no comportan ningún riesgo. En ningún momento del microespacio se informa a los telespectadores de los riesgos, por limitados que sean¹³, ni tampoco se aportan datos concretos al respecto, limitándose a *“...una infección después, pero eso es uno de cada diez mil ojos que se operan...”*, *“complicaciones importantes son realmente muy bajas”* o a *“que te informe un profesional de realmente cuáles son los riesgos”*.

El Tribunal Supremo reconoce en su sentencia de 24 de abril de 2012 que la presentación del producto de una forma no clara ni directa, sino encubierta, colabora de manera decisiva a que esa forma oculta de presentación del producto sea idónea para producir error en los consumidores.

Además, el engaño al telespectador se consigue en este caso mediante la presentación del prescriptor como un médico, ajeno a los productos y servicios promocionados y, por lo tanto neutral. La utilización de un prescriptor experto (el llamado “marketing de influencia”) –en este caso, un supuesto médico experto- contribuye a generar en el consumidor credibilidad, una sensación de

¹³<http://www.fda.gov/MedicalDevices/ProductsandMedicalProcedures/SurgeryandLifeSupport/LASIK/ucm061354.htm>
<http://www.health.harvard.edu/aging/are-there-limits-to-laser-refractive-surgery-after-midlife>

fiabilidad y un atributo de independencia que le hace más vulnerable al mensaje publicitario encubierto. De esta manera, se contribuye a la indefensión del consumidor, que no percibe el mensaje como publicitario induciéndole al error que caracteriza al ilícito administrativo.

Es así que, de conformidad con los hechos probados, el microespacio emitido induce al error a los telespectadores al crear una falsa sensación de separación entre la actividad del Doctor como prescriptor sanitario, por un lado, y promotor indirecto de los servicios de Clínica Baviera promocionados en el microespacio.

Además, las sobreimpresiones y la página web que se incluye en la emisión refuerzan el carácter encubierto del mensaje comercial, pues a pesar de que se publicita la página web de la Clínica Baviera por parte del Doctor como “fuente de información rigurosa y fiable”, en realidad lo que se muestra en pantalla es una invitación a acudir a la mencionada Clínica.

En definitiva, la entrevista contenida en el microespacio es susceptible de inducir a error a los telespectadores sobre el carácter promocional o naturaleza publicitaria de la entrevista. En efecto, se crea la falsa impresión de que la entrevista se realiza a un profesional médico imparcial para informar sobre los defectos refractivos de visión y sus soluciones a pesar de que, de forma poco clara o indirecta, se invita a las personas afectadas a acudir a Clínica Baviera para informarse o realizarse alguno de los dos tratamientos médicos que son tratados en la entrevista tras intentar eliminar el miedo que pueden tener las personas con defectos refractivos de visión a realizarse alguna de las intervenciones promocionadas creando razonablemente la impresión al consumidor, al menos de forma potencial, de que se trata de unas operaciones rápidas, ambulatorias e indoloras, que son seguras fiables y duraderas.

IV. Análisis de las alegaciones de la imputada.

Las alegaciones relativas a que no se aconseja la realización de alguna intervención quirúrgica, y menos en la clínica a la que pertenece el médico invitado, ni que tampoco se resaltaron los beneficios o ventajas, deben rechazarse.

En primer lugar, la mera presentación del doctor indicando su nombre, cargo, profesión, lugar de trabajo, etc. junto a un rótulo que acompañe a dicha presentación, tal y como se hace en otros programas, no constituye por sí misma un supuesto de publicidad encubierta. Son esas menciones unidas a otros elementos, como se ha visto más arriba, de donde se puede inferir que se trata de supuestos de publicidad encubierta como puede ser una duración prolongada del nombre de la Clínica donde ejerce su profesión el médico.

En segundo lugar, sí se destacaron beneficios o ventajas de las intervenciones quirúrgicas, como por ejemplo, que eran rápidas y de rápida recuperación, que abundaba el miedo y la desinformación de los potenciales pacientes. Pero

también se señaló que para realizar las intervenciones se precisaba la realización de pruebas previas que las aconsejen o no. Sin embargo, destaca el contenido publicitario de la entrevista en la que se invita a acudir a la Clínica Baviera, no solo de forma expresa por el propio doctor, sino que también de forma implícita al subrayar el buen hacer de la Clínica Baviera, anunciando ofertas promocionales de ésta y omitiendo varios de los riesgos que comportan estas operaciones.

En relación con las alegaciones relativas a que la mención y muestra en pantalla de la página web de la clínica fue breve, precedió a otra página web y se hace en todos los programas, cabe destacar, por una parte, la diferencia del tamaño del rótulo que aparece en pantalla (15") respecto del rótulo relativo a la segunda página web que recomienda el doctor (13"). Pero además, cuando el doctor muestra la página web de Clínica Baviera, lo hace desde su criterio profesional, como plataforma de información rigurosa y fiable, a lo que no hay nada que objetar, salvo que suponga una 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, tenga propósito publicitario por parte del prestador y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza publicitaria. Lo anterior no es predicable de las otras páginas web que se citan en el programa, como la de la asociación dedicada a los pacientes con cáncer de páncreas, o la de la Asociación del síndrome de Asperger, o la de la fundación del Atlético de Madrid, con motivo de una campaña de apoyo a las personas afectadas de epilepsia, para las que el artículo 7.3 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, estipula: "no tendrán la consideración de publicidad (...) las campañas divulgativas de carácter social o de contenidos solidarios en beneficio de entidades y organizaciones sin fines de lucro emitidas al amparo de la responsabilidad social corporativa de la Corporación RTVE".

En relación con las alegaciones relativas a que CRTVE no tuvo beneficio económico alguno por el microespacio ni que exista algún tipo de acuerdo comercial con la Clínica, no pueden tenerse en consideración a la vista de los elementos publicitarios que concurren en el microespacio. Además, tal y como antes hemos señalado¹⁴, la existencia de contraprestación no es un requisito *sine qua non* para su consideración como publicidad encubierta, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.32 LGCA, sino que su acreditación establece una presunción de intencionalidad cuando la presentación se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador del servicio.

Pero es que además, de haber obtenido beneficio económico por la publicidad encubierta objeto de la presente resolución, tal y como apunta la propia CRTVE en su escrito de alegaciones de 22 de enero de 2016, ello supondría un incumplimiento por parte de CRTVE del artículo 7.1 de la Ley 8/2009, de 28 de

¹⁴ Ver las resoluciones adoptadas por esta Comisión en los expedientes SNC/DTSA/2104/14, SNC/DTSA/007/15 o SNC/DTSA/050/15.

agosto, de financiación de CRTVE, que prohíbe los ingresos por publicidad en cualquiera de sus formas, exceptuando el patrocinio. Por tal motivo, CRTVE debe extremar la vigilancia para evitar cualquier tipo de incumplimiento de dicha prohibición y, asimismo, resulta necesario que adopte medidas eficaces para impedir conductas ilícitas como la que es objeto del presente procedimiento y que han motivado distintas denuncias.

Sobre la relación entre Clínica Baviera y CRTVE, ésta no es objeto del presente procedimiento sancionador, así como tampoco lo es determinar la naturaleza del programa “LA MAÑANA”, ni tan siquiera la del microespacio “SABER VIVIR”. Únicamente es objeto del presente procedimiento sancionador la naturaleza publicitaria y encubierta de la entrevista contenida en el microespacio emitido el 18 de febrero de 2015, con independencia de la relación que la CRTVE tenga con la Clínica Baviera.

Por último, sostiene CRTVE que la Propuesta de Resolución amplía los hechos objeto de imputación como publicidad encubierta al supuesto de Clínica Novovisión. Tal objeción también debe ser rechazada. Todos aquellos apartados de la mencionada propuesta en los que se incorporan menciones a la Clínica Novovisión no alteran ni amplían el objeto del procedimiento. Tal y como se desprende de la relación de hechos probados que aparecen en dicha propuesta, ésta se limita exclusivamente a la publicidad encubierta de Clínica Baviera, a la que esta Resolución también se circunscribe.

V. Responsabilidad de la infracción.

Con carácter general, CRTVE es responsable de los contenidos que emite, a efectos del procedimiento administrativo sancionador y en aplicación de lo establecido en el art. 61 de la LGCA. La responsabilidad puede ser exigida “*aún a título de simple inobservancia*” (art. 130.1 Ley 30/1992), lo que conduce a la atribución de responsabilidades incluso en los casos de negligencia simple respecto del cumplimiento de los deberes legales impuestos a los prestadores del servicio de televisión.

El sector audiovisual, un sector altamente especializado en el que los prestadores cuentan con expertos profesionales que deben poner la máxima diligencia en el cumplimiento de la normativa y, en este caso, la prohibición del carácter publicitario encubierto del contenido de sus programas; particularmente, en el caso de CRTVE, que tiene prohibido cualquier tipo de publicidad o teletienda en cualquiera de sus formas, salvo el patrocinio (Ley 8/2009), tal diligencia es especialmente exigible. Así, en este caso, la conducta constituye una grave negligencia en lo que respecta a ese deber esencial de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva.

En consecuencia, se considera a CRTVE, con la emisión del microespacio SABER VIVIR del programa LA MAÑANA emitido el día 18 de febrero de 2015 en su canal LA PRIMERA, al que se refiere esta resolución, responsable de la

comisión de una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 58.8 de la LGCA, al existir la presentación de algunos de los servicios de Clínica Baviera con propósito publicitario encubierto, lo que contribuye a generar en el telespectador confusión o error sobre la naturaleza y carácter del microespacio relativo a consejos de salud.

VI. Cuantificación de la sanción.

La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas está tipificada en el artículo 58.8 de la LGCA como infracción grave.

A su vez, el artículo 60.2 de la LGCA prevé que las infracciones graves podrán ser sancionadas con multas cuyo importe va desde los 100.001 euros hasta los 500.000 euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisual.

Atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC, así como los específicamente indicados en el artículo 60.4 de la LGCA y la naturaleza¹⁵ de los servicios publicitados, se impone como sanción una multa por importe de 154.477€ (ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos setenta y siete euros), por la comisión de una infracción del artículo 58.8, en relación con el artículo 18.2 de la LGCA, por la emisión de publicidad encubierta en el microespacio de salud "SABER VIVIR" del programa "LA MAÑANA", de 18 de febrero de 2015. Para el cálculo de la sanción se ha tenido en cuenta, principalmente, la repercusión social en función de la audiencia media del programa (256.000 personas) y la duración de la publicidad (28 minutos y 56 segundos).

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho anteriores, la Sala de Supervisión Regulatoria,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a la CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S. A., responsable de la comisión de **una (1) infracción administrativa de carácter grave**, por haber emitido, en su canal TVE1 (LA 1), de ámbito nacional, comunicación comercial encubierta de la CLÍNICA BAVIERA y de los servicios que presta, en el microespacio de salud "Saber Vivir" del programa "LA MAÑANA", emitido el día 18 de febrero de 2015, lo que

¹⁵ La publicidad de servicios sanitarios merece un mayor reproche considerando que se trata de publicidad prohibida, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición y artículo 4.7 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria: se hace creer al espectador que está ante un contenido de salud en el que participa como prescriptor y experto neutral independiente, cuando en realidad se trata de una intervención que incluye una acción publicitaria en la que se aporta el testimonio de un supuesto profesional sanitario como medio de inducción al consumo del servicio promocionado.

supone una vulneración de lo dispuesto en los artículos 58.8 y 18.2 de la LGCA.

SEGUNDO.- Que se imponga a la CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S. A., una multa por importe global de **154.477,00 € (ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos setenta y siete euros)**, por la comisión de una infracción del artículo 58.8 en relación con el artículo 18.2 de la LGCA, por la emisión de publicidad encubierta en el microespacio de salud “SABER VIVIR” del programa “LA MAÑANA”, de 18 de febrero de 2015.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.

El presente documento está firmado electrónicamente por Miguel Sánchez Blanco, con el Visto Bueno de la Presidenta de la Sala, María Fernández Pérez.