

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR, INCOADO A ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, 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 COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL**

**SNC/D TSA/022/16/ATRESMEDIA**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla

D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

**Secretario de la Sala**

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 25 de octubre 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**

Con fecha 5 de abril de 2016 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 a un programa de Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A. (en adelante, ATRESMEDIA), "OBJETIVO BIENESTAR", emitido el 20 de marzo de 2016 en su canal NOVA, en la que pone de manifiesto la emisión de publicidad encubierta de la Clínica Baviera.

## **Segundo.- Actuaciones previas**

En el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión que en materia audiovisual tiene atribuidas la CNMC, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual constató, según se desprende de los documentos que obran en las actuaciones previas practicadas en el presente procedimiento (folios 3 a 11), que ATRESMEDIA, en su canal de televisión NOVA, había podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), al haber emitido el día de 20 de marzo de 2016, durante la emisión del programa titulado “OBJETIVO BIENESTAR”, un espacio de carácter divulgativo e informativo de unos 10 minutos de duración (de 09:09:10 h. a 09:20:18 h.), en el que, con entrevistas y reportajes, se pudiera haber promovido el nombre y la actividad de la CLÍNICA BAVIERA con propósito publicitario e inducir al público a error en cuanto a su naturaleza sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna sobreimpresión que así lo identificara.

## **Tercero.- Acuerdo de incoación de procedimiento sancionador**

Con fecha 28 de abril de 2016, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/022/16/ATRESMEDIA, al entender que ATRESMEDIA había podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA por la emisión indicada en el antecedente anterior. (Folios 12 a 16)

El 3 de mayo de 2016 fue notificado el acuerdo de incoación al interesado, concediéndole un plazo de quince días para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones y proponer pruebas, en su caso. (Folio 18)

## **Cuarto.- Solicitud de copia de las actas de visionado y de ampliación de plazo de alegaciones**

El 5 de mayo de 2016, ATRESMEDIA solicitó copia del acta de visionado y una ampliación del plazo para presentar alegaciones (folios 19 a 20). La instrucción, mediante escrito de 11 de mayo de 2016, notificado el día 22 del mismo mes, le proporcionó las copias solicitadas y le concedió una ampliación de plazo por tiempo máximo de siete días desde la notificación, para presentar alegaciones (folios 21 a 22).

## **Quinto.- Alegaciones de ATRESMEDIA al acuerdo de incoación**

ATRESMEDIA presentó escrito de alegaciones el 27 de mayo de 2016 (folios 23 a 32), en el que, sucintamente, manifiesta:

- Que el programa “OBJETIVO BIENESTAR” ha sido galardonado por sus contenidos de servicio público.

- Que se trata de un reportaje divulgativo sobre la presbicia y resulta complicado imaginar un programa sobre salud ocular donde no aparezca ninguna clínica, ni aparatología, ni útiles de los que usan habitualmente los oftalmólogos. La presencia de la CLÍNICA BAVIERA es un mero emplazamiento de producto que cumple con las condiciones establecidas en la Ley y por la CNMC, como:
  - Que no se menciona verbalmente su nombre, ni las ventajas o características de la marca.
  - Que no se incita directamente a la compra, ni hay referencia a promociones concretas.
  - Que el guion no se ve influido por su presencia.
  - Que no se remarca artificialmente la presencia del producto mediante encuadres o movimientos de cámara.
  - Que su presencia no es recurrente, aparece en un segundo plano y no se enfoca directamente.
- Que ATRESMEDIA considera que en casos similares, e incluso más graves, la CNMC ha optado por enviar un requerimiento en lugar de incoar un procedimiento sancionador. En este sentido, cita dos casos para alegar que se han conculcado los principios de igualdad de trato, no discriminación, imparcialidad, arbitrariedad, legalidad, transparencia y motivación.

### **Sexto.- Trámite de audiencia**

Con fecha 24 de junio de 2016, la propuesta de resolución del procedimiento formulada por el instructor fue notificada a ATRESMEDIA, 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 (folios 33 a 50 y 77).

Asimismo, en la propuesta se acompañó como Anexo (folio 50) 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.

En la propuesta de resolución notificada a ATRESMEDIA se propone declarar a dicho operador responsable de la comisión de una infracción administrativa grave por incumplir con lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA.

Asimismo, en la mencionada propuesta de resolución y en aplicación de los artículos 58.8 de la LGCA y atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre (LRJPAC) y 60 de la LGCA, se propone imponer a ATRESMEDIA una multa por importe de 103.725 Euros.

### **Séptimo.- Solicitud de copia de las actas de visionado y de ampliación de plazo de alegaciones**

El 27 de junio de 2016, ATRESMEDIA solicitó copia de determinados documentos descritos en el Anexo de la propuesta de resolución y una ampliación del plazo para presentar alegaciones (folios 78 a 79). La instrucción, mediante escrito de 27 de junio de 2016, notificado el mismo día 27 de junio, le proporcionó las copias solicitadas y le concedió una ampliación de plazo por tiempo máximo de siete días desde la notificación, para presentar alegaciones (folios 80 a 81).

### **Octavo.- Alegaciones ATRESMEDIA al trámite de audiencia**

ATRESMEDIA presentó alegaciones de fecha 19 de julio de 2016 a la propuesta de resolución por las que solicita el archivo del expediente administrativo sancionador (folios 82 a 95).

En síntesis, las alegaciones son las siguientes:

- Que el tipo infractor que se le atribuye es incorrecto pues se trata de un emplazamiento de producto. Que ATRESMEDIA siempre ha cumplido de manera escrupulosa con los criterios marcados por la autoridad nacional de regulación sobre el uso del emplazamiento de producto, tal y como sucede respecto de los presuntos hechos infractores que se le atribuyen como publicidad encubierta, además de que el emplazamiento de producto no está prohibido en programas informativos/divulgativos tales como “OBJETIVO BIENESTAR”.
- De conformidad con la normativa aplicable al emplazamiento de producto, el programa así lo identifica al insertar al comienzo y al final un rótulo que lo señala.
- Que en el programa no se menciona a Clínica Baviera ni ésta ha influido en el guion del programa. Tampoco se incita a la compra de productos o servicios de la citada clínica, no se remarca artificialmente su marca ni hay una prominencia de ésta durante el desarrollo del programa que sea superior que la aparecida en otros programas en los que las referencias a productos o marcas han sido mayores y esta Comisión se ha limitado a requerirles el cese de dichas apariciones o referencias.
- En virtud de los anteriores motivos y de la propuesta de sanción contenida en la propuesta de resolución, la misma vulnera el principio de legalidad, tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad.

### **Noveno.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo**

Por medio de escrito de fecha 21 de julio 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 96).

### **Noveno.- Informe de la Sala de Competencia**

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, EOCNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 97).

## **HECHOS PROBADOS**

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos.

### **PRIMERO.- Emisión de publicidad encubierta de la Clínica Baviera**

De acuerdo con el Acta de Visionado de 13 de abril de 2016 (folios 5 a 8), entre las 9:09:18 y las 9:20:18, se ha emitido en el canal NOVA, el día 20 de marzo de 2016, un espacio de carácter divulgativo e informativo, dentro del programa "OBJETIVO BIENESTAR", dedicado, entre otros temas, a la vista cansada y sus soluciones.

En la introducción del espacio (emitido entre las 09:09:18-09:09:35), aparece durante cinco segundos en la parte superior izquierda de la pantalla la señalización que indica emplazamiento publicitario (folio 11. Minutos 09:09:23-09:09:28).

Entre las 9:12:28 y las 9:12:46 (folio 11) se introduce el tema de la vista cansada o presbicia como una alteración visual que afecta a una alta proporción de la población y se muestra a una persona contestando lo que entiende por vista cansada. En la parte superior izquierda de la imagen, a la altura de los ojos de la persona que interviene, aparece la imagen y marca de Clínica Baviera.



Luego intervienen otras dos personas explicando lo que entienden por vista cansada.

A continuación (folio 11: minutos 09:12:58-09:13:30) aparece en la imagen un médico oftalmólogo definiendo la vista cansada o presbicia y sus causas médicas, y se acompaña con imágenes de los diferentes aparatos que se utilizan para diagnosticar la presbicia.

Entre las 09:13:30 y las 09:13:54 (folio 11) aparecen las mismas personas entrevistadas anteriormente comentando las soluciones que creen que existen para solucionar la presbicia. En la segunda de las entrevistas vuelve a aparecer en el centro izquierda de la pantalla el logo de Clínica Baviera (folio 11: minutos 9:13:35 - 9:13:40).



Luego, una voz en off informa que los oftalmólogos están utilizando dos procedimientos muy sencillos para solucionar el trastorno visual, procedimientos que son a continuación expuestos por el mismo médico oftalmólogo que intervino con anterioridad.



Luego, aparecen de nuevo dos de las personas antes entrevistadas indicando su disposición a ser operadas. Durante las dos intervenciones vuelve a aparecer la imagen de Clínica Baviera en la pantalla (folio 11: minutos 09:15:09-09:15:25).



A continuación (09:15:25-09:15:36), aparece una voz en off que informa sobre los resultados de visibilidad tras las intervenciones quirúrgicas mientras que aparecen imágenes del interior de un establecimiento de Clínica Baviera y finaliza diciendo que *“recuperan un rango de visión óptimo para llevar una vida normal y lo que es más importante pueden decir adiós para siempre a las lentillas y gafas”*.



Finalmente aparece el médico oftalmólogo que prosigue explicando la sencillez de la operación para el paciente y la rápida recuperación que ésta supone (folio 11: minutos 09:15:36-09:15:57) y finaliza el reportaje sobre la vista cansada.

A continuación comienza la sección Objetivo bienestar Junior. De las 09:20:05 a 09:20:10 durante 5 segundos aparece en la parte superior izquierda señaliza el emplazamiento publicitario y durante 3 segundos de 09:20:09 a 09:20:12 en la parte inferior de la pantalla aparece el rótulo agradecimientos con un logotipo del Club deportivo Suanzes.

De los anteriores hechos se ha concluido que durante la emisión del espacio divulgativo e informativo dentro del programa “OBJETIVO BIENESTAR”, el doctor trata de concienciar al telespectador de que los problemas de visión que afectan a un alto porcentaje de la población a partir de los 45 años, como es la presbicia, tienen soluciones sencillas que evitan el uso de gafas para su corrección y que las ofrece 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 5 a 8); 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 11).

## **SEGUNDO.- Audiencia del programa.**

Se ha unido al expediente el informe de audiencias medias de las emisiones del programa OBJETIVO BIENESTAR, elaborado por la empresa Kantar Media (folio 9 a 10), con los datos siguientes:

Fechas	Franjas	AM(000)	AM%	Cuota
20/03/2016	9:09:10 - 9:20:18	32	0,1	1,1

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC), que señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto por la normativa sectorial de aplicación en cada caso.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la LCNMC y en la LGCA, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), así como por el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador).



Según el artículo 29.2 de la LCNMC, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”. En consecuencia y atendiendo a 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 instrucción de los procedimientos sancionadores. 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 los artículos 9, 21.2 y 29.1 de la LCNMC.

## **SEGUNDO.- Objeto del procedimiento sancionador**

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si ATRESMEDIA infringió, con los contenidos emitidos en el programa “OBJETIVO BIENESTAR” en el día y hora indicados, el régimen establecido en el art. 18, apartado 2<sup>1</sup> de la LGCA, así como la responsabilidad administrativa por tales hechos.

## **TERCERO.- Tipificación de los hechos probados**

### **3.1.- Consideraciones generales**

La publicidad encubierta ha sido prohibida por la Directiva “Televisión sin Fronteras”<sup>2</sup> y así lo ha establecido el legislador, tanto en la citada Ley 25/1994<sup>3</sup> 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.

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*

---

<sup>1</sup> 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”*.

<sup>2</sup> Art. 10.4.

<sup>3</sup> Art. 10.2

*propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”.*

De la definición de publicidad encubierta contenida en la LGCA, cabe deducir que ésta debe tener un propósito publicitario y ser 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.

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.

Por lo tanto, de la definición antes expuesta, se desprenden los siguientes requisitos o características de las comunicaciones comerciales encubiertas y cuya concurrencia en los hechos probados, será objeto de análisis más adelante:

- (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.

Las comunicaciones comerciales encubiertas 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 pueden tener una mayor eficacia como acto de comunicación comercial al avalar al prescriptor publicitario 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. Por medio de esto último, también se pretende evitar la aplicación de los límites legales a otros tipos de

comunicaciones comerciales, como los de otra prohibición<sup>4</sup>, la de promocionar indirectamente el consumo de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria aportando testimonios de profesionales sanitarios como medio de inducción al consumo. No obstante, este último incumplimiento no es objeto del presente procedimiento.

Por todos los anteriores 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.

También, debe de 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.

En este sentido, y teniendo en cuenta que en las alegaciones de ATRESMEDIA se insiste en que las referencias a Clínica Baviera en el programa “OBJETIVO BIENESTAR” consisten en un emplazamiento de producto, conviene señalar que este tipo de comunicación comercial (emplazamiento de producto), definido en el artículo 2.31<sup>5</sup> de la LGCA, de no cumplir rigurosamente con las condiciones que prevé el artículo 17 de la LGCA y 14 del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre (en adelante, Reglamento de publicidad), condiciones desarrolladas por la SSR en su acuerdo de fecha 17 de septiembre de 2014, por el que dio contestación a diversas consultas formuladas en materia de publicidad y autopromoción televisivas (en adelante, acuerdo sobre publicidad), puede suponer generar una ausencia de diferenciación entre el contenido comercial del resto de contenidos audiovisuales e incurrir en una infracción de publicidad encubierta.

### **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 (operación por la que se sustituye el cristalino estropeado por una lente de graduación adecuada y tratamiento láser en la córnea que llaman “visión combinada”) en el programa de televisión “OBJETIVO BIENESTAR” del canal NOVA de ATRESMEDIA, emitido el día 20 de marzo de 2016, resulta evidente de los Hechos Probados y de la incorporación al expediente de los videos soporte de tales hechos.

El programa emitido ese día, en el que se emite un reportaje sobre la presbicia o vista cansada, tras definir y señalar el alcance aproximado sobre la población de ese defecto de graduación, se señala que en la actualidad los oftalmólogos

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> “*Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa*”

utilizan dos procedimientos para su corrección, que califican como muy sencillos y que son explicados por un oftalmólogo, sin hacer mención alguna a otras soluciones existentes que puedan suponer un menor riesgo para el paciente y menos traumáticas para el ojo, como puede ser el uso de gafas o lentes graduados, asegura el éxito de la intervención y se omite el riesgo que entraña una cirugía que puede generar posibles complicaciones irreversibles.

Por tal motivo, dentro de un programa informativo y divulgativo de información médica sobre la presbicia que limita las soluciones a dos procedimientos o intervenciones quirúrgicas que califican como “muy sencillos”, que no entrañan riesgo y que son explicados por un médico, supuestamente neutral, procedimientos o servicios que coincidentalmente realiza u ofrece la clínica que aparece de forma reiterada durante el programa, cabe concluir que el espacio en el que se trata la presbicia contiene la presentación de servicios ofrecidos por Clínica Baviera.

### 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.** (...).”*

La LGCA considera mensaje publicitario (art. 2.25):

*“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 forma directa o indirecta, de bienes o de la prestación de servicios de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica.

A este respecto, el propósito publicitario se deduce de la relación de hechos probados donde se observa una conexión entre el contenido y la forma de su presentación en el reportaje que trata sobre la presbicia con la los servicios que ofrece Clínica Baviera.

En efecto, si bien no se menciona expresamente a Clínica Baviera durante el espacio, al tratar de la presbicia, defecto tratado por la oftalmología y teniendo en cuenta que la mencionada Clínica es oftalmológica, durante el espacio aparece de forma reiterada la Clínica. Es decir, de forma indirecta se relacionan los procedimientos médicos descritos en el espacio para corregir la presbicia como servicios ofrecidos por Clínica Baviera.

Asimismo, la forma como se presentan las soluciones o procedimientos médicos refleja una conexión con la Clínica: tras informarse del alcance<sup>6</sup> sobre la población de este defecto de la visión, se realiza una entrevista por la que se pretende comprobar el desconocimiento generalizado o imprecisión<sup>7</sup> sobre la el defecto de visión llamado presbicia; luego se aclara<sup>8</sup> en qué consiste este defecto por parte de un oftalmólogo; a continuación, las personas antes entrevistadas contestan<sup>9</sup> sobre las soluciones que conocen para corregir la presbicia; luego, una voz en off informa sobre las soluciones adoptadas por los oftalmólogos y explicadas por un médico, lo que puede entenderse que genera una necesidad al público de adoptar una solución validada por un especialista a un defecto que posiblemente afectará al común de las personas; continúa con las mismas personas antes entrevistadas confirmando, tras conocer la información antes indicada, que optarían<sup>10</sup> por operarse para solucionar la presbicia; y finaliza<sup>11</sup> con una voz en off y con el médico concluyendo que se trata de unas operaciones ambulatorias, efectivas e indoloras y permiten vivir sin gafas además de que el postoperatorio es efímero, invitando a que el público lo compruebe. Todo lo anterior, acompañado en distintos momentos del reportaje y de forma recurrente de un encuadre de la cámara que muestra la

<sup>6</sup> “La vista cansada o presbicia es una alteración visual que afecta al 81% de las personas mayores de 45 años y que toda la población padecerá a lo largo de su vida”. (folio 11: minuto 9:12:28)

<sup>7</sup> “... la vista cansada creo que es... cuando ya estiras el brazo y no ves más... y no te queda más remedio que ponerte gafas o unas lentillas” o “...que al cabo de los años, pues la vista no responde como respondía antes” o “... pues que va perdiendo...los años ¿no? más o menos...pues vamos perdiendo ya visibilidad” (folio 11: minuto 9:12:42).

<sup>8</sup> “... la presbicia o vista cansada es un defecto de graduación, en el cual el ojo es incapaz de enfocar los objetos que se nos acercan a la cara y empezamos a verlo de manera progresiva cada vez más borroso. ...Afecta a todos los seres humanos a partir de los 45 años aproximadamente... em... se produce porque el cristalino que es la lente interna del ojo, pierde elasticidad es incapaz de cambiar de forma y cuando nos acercamos los objetos a la cara, no es capaz de enfocarlos nítidamente”. (Folio 11: minuto 9:12:38)

<sup>9</sup> Por ejemplo: “... sobre todo gafas...” (Folio 11: minuto 9:13:30)

<sup>10</sup> “...yo desde luego si me operaría... eso... si... sin lugar a duda, porque yo ya me he operado de muchas cosas y soy muy decidida para eso”, “si... si yo no tendría ningún problema en hacerlo en un futuro” (folio 11: minuto 9:15:09)

<sup>11</sup> “... Los pacientes recuperan un rango de visión óptimo para llevar una vida normal y lo que es más importante pueden decir adiós para siempre a las lentillas y gafas” y “Bueno pues... es una operación, tanto la una como la otra, normalmente sencilla para el paciente. La operación se hace con gotas de anestesia y e... puede incorporarse a sus actividades normales habituales prácticamente a partir del día siguiente a la operación. Lo único que tiene que utilizar, pues unos colirios de antibiótico y antiinflamatorio durante las semanas siguientes a la intervención”. (Folio 11: minuto 9:15:25).



imagen de una empresa en un segundo plano, Clínica Baviera, que realiza estas operaciones.

En definitiva, si bien el reportaje tiene un carácter divulgativo e informativo sobre la presbicia y algunas de las soluciones oftalmológicas existentes, no es menos cierto que el programa contiene elementos de promoción de una marca que exceden del carácter meramente informativo y evidencian que también existe un propósito publicitario. Estos elementos unidos a la presencia del nombre de la clínica a la altura de los ojos de las personas entrevistadas en el exterior de la misma, así como en el mostrador del interior de la clínica y las explicaciones de un experto profesional que podría pertenecer a la clínica, constituyen una incitación a la contratación de los servicios promocionados de la empresa anunciada.

### **3.2.3 Inducción al público a error en cuanto a la naturaleza del programa**

La promoción de algunos de los servicios de Clínica Baviera –introducción de lente intraocular y operación laser- en el programa “OBJETIVO BIENESTAR” del canal NOVA, emitido el día 20 de marzo de 2016, se realiza de forma encubierta, es decir, no se hace de una manera explícita, clara o abierta, sino oculta, como en este caso, a través de un espacio, en palabras de ATRESMEDIA, que *“nace para difundir propuestas y actuaciones encaminadas a mejorar la salud y la calidad de vida de la sociedad actual, con distintas temáticas relacionadas con la salud, cuidado físico y también el emocional (...)* En este caso, se trata de un reportaje divulgativo sobre la presbicia en el que el médico explica en qué consiste la vista cansada, donde la describe como una enfermedad común entre las personas de cierta edad y expone las distintas posibilidades que existen en la actualidad para tratar el problema.”

El carácter encubierto de este tipo de publicidad es el elemento esencial: pretende inducir al error a los destinatarios al crearles la falsa impresión de que se trata de manifestaciones espontáneas de terceros o de un experto imparcial o ajeno a los intereses propios del titular del servicio publicitado.

El error al que induce la publicidad encubierta conlleva indudables ventajas para los anunciantes por la falta de reconocimiento del verdadero carácter del mensaje por parte de los destinatarios, además de que al prestador de servicios de comunicación audiovisual no aplicarían los límites previstos en la LGCA a las comunicaciones comerciales. 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 información sesgada sobre la temática tratada genera 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 reportaje objeto del presente procedimiento tuvo como objetivo divulgar las explicaciones de un doctor [Doctor que actúa como prescriptor y experto supuestamente neutral] sobre la presbicia: *“reportaje divulgativo sobre la presbicia en el que el médico explica en qué consiste la vista cansada, donde la describe como una enfermedad común entre las personas de cierta edad y expone las distintas posibilidades que existen en la actualidad para tratar el problema.”* No obstante, durante el reportaje no se mencionan otras soluciones existentes distintas a las operaciones presentadas en el reportaje, tampoco se informa a los telespectadores de los efectos negativos, riesgos<sup>12</sup> o secuelas de las operaciones presentadas sino que, lejos de toda objetividad, se centra en los aspectos positivos, como la sencillez de las intervenciones, la rapidez del postoperatorio y la completa eliminación de gafas y lentillas.

Además, si bien es cierto que, como afirma ATRESMEDIA, no se menciona expresamente el nombre de la clínica ni se hace referencia a promociones completas además de que resulta *“complicado de imaginar un programa sobre salud ocular donde no aparezca ninguna clínica, ni aparatología, ni útiles de los que usan habitualmente los oftalmólogos”*, también es cierto que hay una prominencia indebida del nombre de la clínica al aparecer de forma recurrente y exclusiva, en segundo plano (si bien de forma claramente legible), su nombre o logo. Es decir, si bien entra dentro de la normalidad la aparición de un médico oftalmólogo y aparatología oftalmológica de una clínica, resulta indebida la aparición del nombre de la clínica de forma recurrente. Más aún, cuando se trata de un reportaje que, como antes hemos señalado, promociona unas prácticas quirúrgicas concretas, servicios que se prestan por la clínica que se promociona indirectamente, y en alentar a los telespectadores a la contratación de estos servicios resaltando sus virtudes, escondiendo sus riesgos y enervando las reticencias o temores de los telespectadores con testimonios directos de algunos entrevistados.

Por lo tanto, cabe considerar que existe un comportamiento activo por parte del programa para inducir al público a error pues en lugar de informar sobre la presbicia y todas sus soluciones posibles, junto con los aspectos positivos como negativos que éstas entrañan, el reportaje se limita a informar parcialmente sobre las soluciones existentes y sus efectos únicamente positivos, soluciones que precisamente ofrece la clínica cuya marca o imagen aparece en un segundo plano en distintos planos del reportaje.

---

<sup>12</sup> Dichas intervenciones sí comportan determinados riesgos sobre los que no se informa, se omiten. Por ejemplo, existen posibilidades de que se produzcan secuelas, como halos, deslumbramiento, baja sensibilidad al contraste, posibilidades de que reaparezca el defecto refractivo, ojo seco y dolor ocular crónico. Ver [http://www.fda.gov/MedicalDevices/ProductsandMedicalProcedures/SurgeryandLifeSupport/LA\\_SIK/ucm061354.htm](http://www.fda.gov/MedicalDevices/ProductsandMedicalProcedures/SurgeryandLifeSupport/LA_SIK/ucm061354.htm) o <http://www.health.harvard.edu/aging/are-there-limits-to-laser-refractive-surgery-after-midlife> :

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 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 programa emitido induce al error a los telespectadores al crear una falsa sensación de objetividad de la información divulgada y la falsa separación entre la actividad del Doctor como prescriptor sanitario, por un lado, y promotor indirecto de los servicios de Clínica Baviera promocionados en el programa.

### **3.2.4 Emplazamiento de producto**

Desde la incoación del presente procedimiento, en sus alegaciones ATRESMEDIA siempre ha rechazado que el reportaje contenga una publicidad encubierta y ha manifestado que la presencia indirecta de Clínica Baviera en el programa consiste en un emplazamiento de producto que cumple con la normativa aplicable y con los criterios establecidos por la Comisión para utilizar este tipo de comunicación comercial.

Tal y como antes hemos señalado, y de conformidad por lo establecido por la SSR en su acuerdo sobre publicidad, el incumplimiento de las condiciones que debe cumplir<sup>13</sup> el emplazamiento de producto puede generar una ausencia de diferenciación entre el contenido comercial del resto del contenido audiovisual, en este caso, del programa “OBJETIVO BIENESTAR” e incurrir en una infracción de publicidad encubierta. Por tal motivo, a continuación se procede a analizar si el programa cumple con las citadas condiciones y determinar si el carácter promocional de la Clínica Baviera contenido en el reportaje es un emplazamiento de producto permitido en lugar de una comunicación comercial encubierta.

El artículo 17.1 de la LGCA reconoce el derecho a realizar emplazamientos de productos en determinados contenidos audiovisuales. En la propuesta de resolución se señaló que el programa “OBJETIVO BIENESTAR” no es un

---

<sup>13</sup> Condiciones previstas en el artículo 17 de la LGCA, artículo 14 Reglamento de publicidad y las condiciones desarrolladas por la SSR en su acuerdo de fecha 17 de septiembre de 2014 sobre publicidad.

contenido audiovisual autorizado para contener emplazamientos publicitarios pues aunque no se trata de un programa infantil, no es un largometraje, cortometraje, documental, película ni series de televisión, programas deportivos o programas de entretenimiento.

A este aspecto, debe apuntarse la incoherencia en la que incurre ATRESMEDIA al señalar, por un lado, que el programa “OBJETIVO BIENESTAR” tiene por objeto la difusión o información sobre “*propuestas y actuaciones encaminadas a mejorar la salud y la calidad de vida de la sociedad actual (...)*” y, por otra parte, sostener que se trata de un programa de entretenimiento. Si bien no resulta incompatible la difusión de propuestas encaminadas a mejorar la salud con el entretenimiento, el contenido del programa tiende más a la información que al puro entretenimiento. En cualquier caso, incluso admitiendo esta subsunción bajo la categoría de “entretenimiento”, de acuerdo con los motivos que siguen tampoco cabría calificar la conducta como emplazamiento de producto.

El apartado 2 del artículo 17 de la LGCA, señala que “*Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria.*”

Al respecto, si bien en la propuesta de resolución se señaló que el programa incumplió con su deber de información referido en artículo 17.2 de la LGCA, cabe puntualizar tal afirmación tras comprobar que, efectivamente, el programa sí informa al principio y al final del programa sobre el emplazamiento de producto, según consta en el acta de visionado (folios 5 y 8) y se observa en el vídeo.



No obstante, cuando aparece al final el rótulo que informa de que el programa contiene emplazamiento de producto (EP), no se ha separado de los agradecimientos en donde deberían figurar las marcas emplazadas, tal y como se ha establecido por esta Comisión en el acuerdo sobre publicidad: “*al final del programa, todos los productos, servicios o marcas que han sido emplazados en*



*el mismo deben quedar perfectamente enumerados y claramente legibles, bien diferenciados del resto de menciones y agradecimientos, ya sea mediante transparencias u otras fórmulas de presentación gráfica.”*

Además, al finalizar el programa únicamente se enumera mediante transparencia en la que aparece el logo de Club Suanzes el agradecimiento a esta empresa pero ninguna alusión a Clínica Baviera. Por lo tanto, si, en este caso no se cita ninguna marca emplazada en el programa, el rótulo EP al principio y al final de los programas, y cuando se reanuden tras una pausa publicitaria, no sirve a la finalidad prevista.



Por otra parte, llama la atención que ATRESMEDIA defienda de forma reiterada que se trata de un emplazamiento de producto. De conformidad con el citado apartado del artículo 17, podría entenderse que Clínica Baviera encargó el reportaje emitido sobre la presbicia, a no ser que el emplazamiento publicitario se refiriese a otra de las empresas cuya imagen y marca aparecen en el programa (Club Suanzes), hecho que pone en duda el cumplimiento de la siguiente condición: el apartado 3 del artículo 17 de la LGCA prevé que quien ha encargado el reportaje, no podrá condicionar la responsabilidad ni la independencia editorial del prestador de servicio de comunicación audiovisual ni tampoco puede incitar directamente a la compra, realizar promociones concretas o dar prominencia indebida al producto. En el presente caso, de conformidad con todo lo expuesto anteriormente, es evidente que los servicios que ofrece Clínica Baviera, empresa que hipotéticamente hubiera encargado el reportaje, ha influido en el contenido del programa y su imagen o marca tiene una prominencia indebida por su presencia recurrente, además de que únicamente se destacan las virtudes de los procedimientos médicos que se promocionan, en contra de lo afirmado por ATRESMEDIA en sus alegaciones.

Por otra parte, del mismo modo que en la publicidad encubierta, no es requisito necesario la existencia de un precio o contraprestación en el emplazamiento de producto. Tanto la LGCA como el Reglamento sobre publicidad admiten este tipo de comunicación comercial por el mero suministro gratuito de determinados bienes o servicios, siempre que éstos tengan un valor



significativo. Es decir, el suministro gratuito de bienes o servicios incluidos en el programa, si no tienen un valor significativo, no tienen la consideración de emplazamiento de producto. En este caso, la cuestión del precio o suministro gratuito de productos o servicios no sirve para determinar si es un emplazamiento de producto o no lo es, dado que desconocemos si ha existido un pago de precio o un suministro gratuito de productos o servicios a cambio del emplazamiento ante la ausencia de prueba por parte de ATRESMEDIA sobre dicho extremo.

En virtud de todo lo anterior, cabe concluir que no se cumplen las condiciones previstas para el emplazamiento de producto y debe considerarse el reportaje sobre la presbicia como una comunicación comercial encubierta.

#### **CUARTO.- Análisis de las alegaciones realizadas por ATRESMEDIA en relación con los hechos imputados**

Las alegaciones de ATRESMEDIA al acuerdo de incoación y a la propuesta de resolución son, en esencia, coincidentes.

Señala en primer lugar que ATRESMEDIA ha sido siempre muy cuidadosa en el cumplimiento de las condiciones para incluir el emplazamiento de producto en sus programas. En respaldo de su afirmación, realiza un repaso por las condiciones previstas por el artículo 17.4 que debe cumplir un programa para considerar adecuado un emplazamiento de producto. Sin embargo, en el anterior apartado 3.2.4 ya se han analizado el grado de cumplimiento de las mencionadas condiciones y, por lo tanto, no puede dar lugar a considerar el reportaje como publicidad encubierta por los motivos ahí apuntados

Por otra parte, ATRESMEDIA insiste en que hay otros expedientes tramitados por esta Comisión en los que la presencia de publicidad encubierta es más evidente que en el presente caso, resaltando o diferenciando respecto de aquellos otros expedientes<sup>14</sup> el hecho de que en este caso no se menciona verbalmente a la clínica y que esta Comisión se ha limitado a requerir a los operadores imputados en aquellos expedientes para que cesaran con la emisión de ese tipo de publicidad prohibida. Añade la imputada que esta aplicación de criterios o respuesta distinta para hechos similares refleja una falta de objetividad de esta Comisión y un trato discriminatorio a ATRESMEDIA respecto de sus competidores, vulnerando así el principio de igualdad promulgado por la Constitución Española. Además, señala, que tal proceder no está justificado ni puede verse amparado en la discrecionalidad de la que goza la autoridad regulatoria.

En primer lugar, debe rechazarse su consideración sobre la existencia de discriminación por la incoación de expedientes sancionadores por publicidad encubierta cuando de los seis expedientes incoados en la CNMC por este

---

<sup>14</sup> ATRESMEDIA cita los siguientes expedientes: REQ/DTSA/2/15/MEDIASET y REQ/DTSA/001/16/CRTVE/MASTERCHEF

motivo, tres se han incoado a MEDIASET, dos a RTVE y sólo uno, el presente procedimiento, a ATRESMEDIA.

Pero además, si observamos la manera como ha venido actuando esta Comisión para asegurar que las comunicaciones comerciales se ajusten a la normativa aplicable, ha sido habitual que previo a incoar un sancionador, sea requerido el prestador de servicios de comunicación audiovisual de que se trate para que cese o ajuste sus emisiones a la normativa aplicable. Una vez requerido un prestador específico, en caso de que reitere con prácticas similares que motivaron el previo requerimiento, es cuando esta Comisión ha incoado procedimientos sancionadores.

Así ha sucedido respecto de MEDIASET y CRTVE, quienes previo a incoar procedimientos sancionadores por publicidad encubierta, fueron requeridos para que cesaran o ajustaran sus emisiones a la normativa aplicable. Asimismo ha sucedido respecto de ATRESMEDIA, tal y como vemos a continuación.

ATRESMEDIA también ha sido objeto de requerimientos para que cese en la emisión de publicidad que incumplía con las condiciones previstas<sup>15</sup>. Así, por ejemplo, en la Resolución del expediente REQ/DTSA/1/15 se requirió a ATRESMEDIA para que cesara la emisión de emplazamientos que no se ajustaban a lo dispuesto en el artículo 17 de la LGCA, se le recordaban los programas en que se podía hacer el emplazamiento, se le decía cómo informar a los telespectadores sobre la presencia de los emplazamientos y se le señalaban algunas prácticas que debía evitar, tales como las detectadas en el programa “Karlos Arguiñano en tu cocina”, donde aparecía una prominencia indebida de productos, incitación a su compra y menciones a las cualidades de aquellos productos emplazados.

En relación a lo alegado por ATRESMEDIA relativo a que en otros casos el propósito publicitario ha sido más evidente que en este caso (al citarse expresamente a las empresas o marcas y los productos que se presentaban), debe recordarse que las condiciones que debe cumplir el emplazamiento de producto para que pueda ser considerado como tal no exigen una mención expresa sino una prominencia indebida del producto o marca. Además, el incumplimiento de las condiciones que deben cumplir los emplazamientos de producto no necesariamente conlleva a la existencia de publicidad encubierta, también puede suponer incurrir solamente en el incumplimiento de tales condiciones. Finalmente debe recordarse que no es un requisito de la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta, tal y como viene definida en el apartado 32 del artículo 2 de la LGCA, que la presentación del bien, servicio, nombre, marca o actividad sea verbal y directa, puesto que también puede ser visual e indirecta.

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, requerimientos que se le han practicado y constan en los expedientes REQ/DTSA/021/15, REQU/DTSA/006/15, REQ/DTSA/3/15 y REQ/DTSA/1/15.

Por lo tanto, en virtud de todo lo anterior, también deben desestimarse las alegaciones de ATRESMEDIA relativas a la falta de objetividad e igualdad.

#### **QUINTO.- Culpabilidad y responsabilidad**

En aplicación de lo establecido en el artículo 61 de la LGCA, la responsabilidad de la infracción corresponde a la ATRESMEDIA por ser el operador del servicio de comunicación audiovisual autor de los hechos infractores probados, sin que haya quedado acreditada en el expediente sancionador la existencia de circunstancia alguna que le pueda eximir de dicha responsabilidad.

Aunque ATRESMEDIA alega que no ha tenido ninguna voluntad de incumplir con la norma, ATRESMEDIA es responsable de los contenidos que emite y, a efectos de procedimiento administrativo sancionador, la responsabilidad puede ser exigida “aún a título de simple inobservancia” (art. 130.1 de la 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 operadores de televisión. Además, ATRESMEDIA, como responsable de la emisión de programas y publicidad, debe asumir toda la responsabilidad de la comisión de los hechos infractores cometidos, sobre todo cuando los mismos repercuten negativamente sobre los telespectadores.

Esta exigencia de responsabilidad está relacionada con el hecho de que el sector audiovisual es un sector altamente especializado y en el que ATRESMEDIA, como prestador del servicio audiovisual, cuenta con expertos profesionales que deben poner la máxima diligencia en el cumplimiento de la normativa audiovisual. Así lo han indicado expresamente los Tribunales en el ámbito de la protección del menor frente a contenidos audiovisuales inadecuados, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2015 (Rec. 409/2013), en cuyo Fundamento Cuarto se recuerda que:

*“en el caso de empresas audiovisuales, como la ahora recurrente, dotadas de la máxima especialización y vinculadas con la Administración con un régimen especial de sujeción, los estándares de diligencia exigibles alcanzan el mayor nivel”.*

En consecuencia, se considera a ATRESMEDIA, por la emisión del espacio de salud referido, responsable de la comisión de una infracción administrativa grave, tipificada en el art. 58.8 de la LGCA, al haber realizado una presentación de la empresa CLÍNICA BAVIERA y de servicios que presta, en el programa “OBJETIVO BIENESTAR”, emitido el 20 de marzo de 2016, en su canal NOVA, con un carácter informativo y divulgativo, lo que puede contribuir a generar en el telespectador confusión o error sobre la naturaleza y carácter del espacio relativo a los consejos sobre la salud.

## **SEXTO.- Cuantificación de la sanción**

Así pues, a los hechos objetivos y consideraciones expuestos, ha de añadirse que, según se dispone en el artículo 58.8 de la LGCA:

*“Son infracciones graves: (...) La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas (...)”.*

Dichas infracciones podrán ser sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual, según se dispone en el art. 60.2 de la LGCA atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC, así como los específicamente indicados en el artículo 60 de la LGCA.

ATRESMEDIA, en sus alegaciones relativas a la desproporción de la sanción propuesta, señala como causas atenuantes la ausencia de intencionalidad y de repercusión social de la infracción, así como la ausencia de beneficio obtenido por la infracción imputada.

De conformidad con los criterios para la graduación de las sanciones a aplicar previstos en el artículo 131.3 LRJPAC y 60.4 de la LGCA, esta Comisión sí ha tenido en cuenta la ausencia de intencionalidad y de beneficio obtenido por la infracción cometida y, asimismo, ha tenido en cuenta la gravedad de los perjuicios causados atendiendo a la naturaleza<sup>16</sup> de los servicios publicitados y la repercusión social de la infracción en función de la audiencia media del programa (32.000 personas) y la duración de la publicidad (207 segundos).

En virtud de todo lo anterior, por la comisión de una infracción al artículo 18.2 de la LGCA, por la emisión de publicidad encubierta en el programa “OBJETIVO BIENESTAR”, de 20 de marzo de 2016, en el canal NOVA, se impone una multa por importe de 103.725€ (ciento tres mil setecientos veinticinco euros).

Vistos los anteriores antecedentes, hechos probados y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

---

<sup>16</sup> 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.

## RESUELVE

**Primero.-** Declarar a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., responsable de la comisión de una (1) infracción administrativa de carácter grave del artículo 58.8 de la LGCA, por haber emitido, en su canal NOVA, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la CLÍNICA BAVIERA y de los servicios que prestan, en el programa “OBJETIVO BIENESTAR”, emitido el día 20 de marzo de 2016, lo que supone una vulneración de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA.

**Segundo.-** Imponer una multa por importe de 103.725 € (ciento tres mil setecientos veinticinco euros) por la comisión de la referida infracción.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.