

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR, INCOADO A LA 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 COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

SNC/DTSA/023/16/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. 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 12 de abril de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, en adelante) una denuncia de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC, en adelante), en relación a un programa de la Corporación de Radio y Televisión Española, S. A., (CRTVE, en adelante) emitido en su canal TVE1 (LA 1, en adelante) el 29 de marzo de 2016, "LA MAÑANA", en la que pone de manifiesto la emisión de publicidad encubierta del gimnasio Curves Pozuelo, al entender que se da gran relevancia a la denominación comercial de la empresa en la que se realiza el reportaje. (Folios 1 a 4).

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 5 a 15), que CRTVE, en su canal de televisión LA 1, 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 29 de marzo de 2016, durante la emisión del programa “LA MAÑANA”, un reportaje divulgativo e informativo relacionado con la menopausia en el que se pudiera haber promovido la marca “CURVES” y la actividad del gimnasio “CURVES POZUELO”, 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 la identificara.

Tercero.- Acuerdo de incoación de procedimiento sancionador

Con fecha 12 de mayo de 2016, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/D TSA/023/16/CRTVE, al entender que CRTVE había podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA por la emisión indicada en el antecedente anterior. (Folios 17 a 21)

El 17 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 23)

Cuarto.- Alegaciones de CRTVE al acuerdo de incoación

CRTVE presentó escrito de alegaciones el 2 de junio de 2016 (folios 24 a 43), en el que, sucintamente, manifiesta:

- Que no existió, en ningún momento, presentación de servicios del Gimnasio Curves. El programa se orienta a la difusión de mensajes fundamentales para la salud, en este caso, se explicaban los efectos del ejercicio físico en el organismo femenino, especialmente en la etapa de la premenopausia. Se eligió ese gimnasio porque está especialmente orientado a las mujeres. Los testimonios que se ofrecieron eran una fuente informativa primaria que, en ningún momento, aludían directa ni indirectamente al establecimiento citado, únicamente a su experiencia o vivencia personal en la práctica del ejercicio físico.

La presencia del nombre del establecimiento se debió, en primer lugar, a la decoración del propio local, escenario inevitable de fondo para captar la información de las personas mientras realizan el ejercicio; si bien, en ningún momento se ve la marca completa, sólo fragmentos. En segundo lugar, también se presenta la marca en alguna prenda deportiva que, como en el caso anterior, es un elemento de imagen intrínseco al escenario. Por último, también aparece el nombre en los rótulos o créditos de la monitora y las clientas, su finalidad es identificar plenamente a quien aporta la información autorizada.

En definitiva, no existió una presentación de servicios del establecimiento, sino una divulgación de información acerca de los beneficios que el ejercicio físico conlleva sobre la salud y el organismo de la mujer.

- 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 el gimnasio y de contraprestación. En definitiva, no existe propósito publicitario en el programa por no haber una estrecha relación comercial entre el establecimiento y CRTVE, ni una continuidad o reiteración en las comunicaciones comerciales y CRTVE tiene prohibidos los ingresos provenientes de la publicidad por el artículo 7.1 de la Ley 8/2009.
- Que el reportaje tiene un carácter informativo y divulgativo y, de él, no se deriva otra cosa, desconociendo a qué tipo de confusión se refiere la orden de incoación.
- Que no se ha acreditado nada en el expediente sancionador y que debe prevalecer la presunción de inocencia.

Quinto.- Trámite de audiencia

Con fecha 24 de junio de 2016, la propuesta de resolución del procedimiento formulada por el instructor fue notificada a CRTVE (folios 44 a 60), a los efectos de lo previsto por el artículo 19.1 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado mediante el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), concediéndole un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones adicionales que estimara pertinentes.

Asimismo, en la propuesta se acompañó como Anexo 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 (folio 58).

En la propuesta de resolución notificada a CRTVE 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, en adelante) y 60 de la LGCA, se propone imponer a CRTVE una multa por importe de 108.771 Euros.

Sexto.- Solicitud de ampliación de plazo de alegaciones

El 30 de junio de 2016, CRTVE solicitó una ampliación del plazo para presentar alegaciones (folio 61). La instrucción, mediante escrito de 4 de julio de 2016, le concedió una ampliación de plazo por tiempo máximo de siete días desde la notificación, para presentar alegaciones (folio 62).

Séptimo.- Alegaciones al trámite de audiencia

CRTVE presentó alegaciones de fecha 19 de julio de 2016 a la propuesta de resolución (folios 64 a 69) por las que solicita el archivo del expediente administrativo sancionador.

En síntesis, las alegaciones son las siguientes:

- Que ratifican todos los argumentos esgrimidos en su escrito de alegaciones de 2 de junio de 2016.
- Que durante el reportaje objeto del presente procedimiento no se habla del gimnasio y en la mayoría de las ocasiones en las que aparece el nombre o logotipo del mismo, no aparece entero, además de que, cuando sí lo hace, aparece de forma fugaz debido a que las imágenes están en movimiento.
- Que CRTVE no ha tenido intención de hacer publicidad de la cadena de gimnasios franquiciados CURVES puesto que sus ingresos no provienen de publicidad. Además, de haber existido tal intención publicitaria, la presentación de la marca CURVES y las bondades de su gimnasio habrían sido expuestas de manera explícita, cosa que no se ha hecho. Por el contrario, la única intención de CRTVE con el reportaje emitido fue la de divulgar información sobre los beneficios que el ejercicio físico conlleva sobre la salud y el organismo de la mujer. Justifica que se acudió a CURVES POZUELO dada la cercanía de éste con los estudios de grabación del programa LA MAÑANA.

- Que informar sobre los beneficios del ejercicio físico no supone una incitación a contratar los servicios de un gimnasio concreto debido a que no se mencionan las bondades del gimnasio. Tampoco se explica en la propuesta de resolución de qué manera se puede inducir al público a error, cuestión que le genera indefensión.
- Que la CNMC no prueba la comisión de la infracción sino que únicamente la presume que CRTVE recibió una contraprestación por el reportaje emitido.
- Que la propuesta de multa toma en consideración los 145 segundos de emisión en lugar de haber tomado únicamente los 80 segundos en los que apareció el logo del gimnasio y, por tal motivo, el importe de la multa debería de ser el mínimo.

Octavo.- 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 del Procedimiento Sancionador. (Folio 70)

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, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 71).

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 Curves Pozuelo

De acuerdo con el Acta de Visionado de 27 de abril de 2016 (folios 7 a 10), entre las 11:13:35 y las 11:16:00, se ha emitido un reportaje, de carácter divulgativo e informativo durante la emisión del día 29 de marzo de 2016 del programa “LA MAÑANA”, dedicado a los beneficios que trae el ejercicio físico sobre los síntomas de la menopausia.

Al comenzar el reportaje, se señala que la menopausia no es una etapa fácil para las mujeres debido a sus síntomas que, según estudios que existen, empeoran con el sedentarismo y, por el contrario, mejoran con la actividad física. (Folio 15: desde 11:13:35 hasta 11:13:54).

Desde el minuto 11:13:47 se muestran imágenes en movimiento que permiten identificar el nombre del gimnasio en el que se desarrolla el reportaje.



Tras presentarse imágenes de un entrenador que se pasea vigilando como ejecutan los ejercicios las mujeres que están en el gimnasio, una voz en off informa que *“Hemos acudido a un gimnasio para mujeres con la intención de conocer un método de trabajo específico: un circuito de treinta minutos.”*

Luego (folio 15: desde 11:14:07 hasta 11:14:33), una persona sale en pantalla que es identificada en un cartel que aparece en la parte inferior de la misma en el que puede leerse *“Eva – Manager del gimnasio Curves Pozuelo”*. Esta persona expone lo siguiente mientras se intercalan imágenes de mujeres haciendo ejercicios supervisadas por un entrenador que lleva una camiseta de color violeta con la inscripción “curves coach” en letras blancas: *“Con tres días es suficiente, no obstante son treinta minutos de salud, pueden venir los cinco días. Las máquinas hidráulicas aportan el beneficio que no produce microrrotura fibrilar y no crece el músculo, lo que hace es que tonifica a la mujer..., cada una saca su cuerpo. Beneficios: redensifica un poquito el hueso, entonces a la hora de la menopausia está muy bien porque nos vamos descalcificando eso lo evita.”*

A continuación (folio 15: desde las 11:14:34-11:15:06), una voz en off se pregunta, mientras continúan mostrándose imágenes de mujeres haciendo ejercicio entre las que llama la atención un enfoque de la cámara de tres segundos a una mujer con una camiseta violeta con la inscripción “I ♥ Curves”;

lo siguiente: “¿Pero es difícil conseguir estos objetivos?”. A dicha pregunta la persona identificada como *manager* contesta: “Es bastante rápido...ya en veinte días más o menos se empieza a notar. Al principio puede costar porque vienen mujeres que a lo mejor no han hecho nunca ejercicio y la parte de fuerza que tiene la máquina trabajamos con la fuerza y el cardio (en ese momento vuelve a aparecer el rótulo en pantalla de Eva manager del gimnasio Curves Pozuelo)... pero se coge bastante rápido y entonces ya en veinte días se empieza a notar... el estado anímico muchísimo antes... es pasar de duermo fatal, no puedo dormir a uff... he dormido de maravilla!”

Tras una breve explicación de la voz en off del reportaje que señala la causa por la que se duerme mejor cuando se realiza ejercicio físico(folio 15: desde las 11:15:06 hasta las 11:15:51), se entrevistan a dos usuarias del gimnasio sobre la importancia de hacer ejercicio y los efectos de acudir a la sesión de ejercicios. Mientras las usuarias contestan, aparece sobreimpresionado en pantalla un título que identifica a las usuarias como “Clienta del gimnasio Curves Pozuelo”.



El reportaje finaliza a las 11:16:00 tras concluir que “El deporte es recomendable a cualquier edad pero durante la menopausia con más motivo”.

De los anteriores hechos se ha concluido que el reportaje divulgativo e informativo emitido dentro del programa “LA MAÑANA”, relativo al ejercicio físico en relación con la menopausia, se ha promovido la marca “CURVES” y la especialidad de la actividad del gimnasio “CURVES POZUELO” para mujeres que pudieran sufrir los síntomas de la menopausia, sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna sobreimpresión que así lo identificara.

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 7 a 10); 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 15).

SEGUNDO.- Audiencia de los programas.

Se ha unido al expediente (folio 11 a 14) 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
29/03/2016	10:05:02 - 12:26:31	230	0,5	7,4

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 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 LRJPAC, así como por el 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 de la CNMC 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 CRTVE infringió el régimen contenido en el artículo 18.2 de la LGCA, durante la emisión del programa “LA MAÑANA”, el día 29 de marzo de 2016, por la emisión de un reportaje de carácter divulgativo relacionado con la salud, dedicado a los beneficios del ejercicio físico en la menopausia, el régimen establecido en el art. 18, apartado 2 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”¹ y así lo ha establecido el legislador, tanto en la citada Ley 25/1994² 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 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

¹ Art. 10.4.

² Art. 10.2

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 procede analizar 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.

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 prohibición³, 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.

³ 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.

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.

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 del gimnasio “Curves Pozuelo” (circuito guiado de ejercicios o método de trabajo de 30 minutos para mujeres) en el programa de televisión “LA MAÑANA DE LA 1” del canal LA 1 de CRTVE, emitido el día 29 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 su sección sobre salud y bienestar titulado “Saber vivir”, se emite un reportaje sobre la menopausia. El reportaje comienza señalando que el sedentarismo afecta los síntomas de la menopausia en contraposición con los beneficios que aporta la actividad física. Continúa mostrando imágenes en el interior de un gimnasio mientras que una voz en off señala que *“Hemos acudido a un gimnasio para mujeres con la intención de conocer un método de trabajo específico: un circuito de treinta minutos”*. La manager del referido gimnasio informa que con tres días es suficiente, aunque pueden acudir cinco días, y los beneficios que aporta realizar ejercicios en máquinas hidráulicas como las que aparecen en las imágenes. Más adelante la manager del gimnasio señala que los resultados o beneficios son rápidos y que los puede realizar cualquier mujer, aunque no haya realizado ejercicio con anterioridad. Asimismo, se realizan entrevistas a usuarios del gimnasio dando testimonio de su alta motivación para realizar los ejercicios y de los resultados obtenidos.

CRTVE alega que no se trata de una presentación de servicios del referido gimnasio, del que no se habla en ningún momento, sino que se trata de un reportaje divulgativo sobre los efectos del ejercicio físico en el organismo femenino durante la premenopausia. Añade que se eligió el gimnasio “Curves Pozuelo”, que presta servicios de ámbito local, porque es un establecimiento que desarrolla la actividad sobre la que se informaba ese día y que la aparición de la marca Gimnasio Curves no es completa y constante, hecho que acredita la ausencia de intencionalidad en realizar una promoción comercial del gimnasio.

En efecto el reportaje no consiste en una presentación expresa del gimnasio “Curves Pozuelo”. De hecho, del mensaje introductorio antes reproducido se entiende que el reportaje tiene por aparente finalidad explicar un método o circuito de ejercicios específico para mejorar la salud y bienestar de las mujeres durante la etapa previa y durante la menopausia al mitigar los síntomas y molestias que conlleva. En este sentido, el mencionado método podría haberse mostrado en un lugar neutral, aunque fuese un gimnasio concreto, y ser

presentado por un profesional neutral. En lugar de eso, el reportaje se realiza en el gimnasio “Curves Pozuelo”, cuya imagen no se oculta, y se centra en un método o circuito de ejercicios para mujeres que ofrece dicho gimnasio, cuyas bondades y resultados son ampliamente explicadas por un trabajador y clientes del gimnasio.

Además, téngase en cuenta que CURVES, más que un pequeño gimnasio situado en Pozuelo es, tal y como consta en la web⁴ de CURVES, *“una de las mayores cadenas de clubs de fitness para mujeres..., una de las mayores franquicias de fitness del mundo..., posee más de 5.000 clubs en todo el mundo y está presente en 80 países”*. Por lo tanto, se trata de la presentación de un producto o servicio que no se limita a una demarcación geográfica concreta sino que está disponible en 78⁵ localidades de España.

En definitiva, en el reportaje se ha presentado un producto o servicio ofrecido por el gimnasio en el que se desarrolla el reportaje en lugar de haberse informado sobre los ejercicios que ayudan a sobrellevar los síntomas de la menopausia.

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

⁴ www.curves.eu_es_about-us

⁵ <http://www.curves.eu/es/clubs>

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

Por otra parte, tal y como antes hemos señalado, y en contra de lo alegado por CRTVE relativo a que es requisito lógico que para apreciar el propósito publicitario debe existir una contraprestación a favor del prestador del servicio de comunicación audiovisual, el artículo 2.32 de la LGCA no exige la acreditación de que exista esta contraprestación para apreciar la infracción y asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló, 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 es determinante para la existencia de una comunicación comercial encubierta.

En el presente caso, el propósito publicitario se deduce de la relación de hechos probados donde se observa una conexión clara entre el contenido o temática del reportaje y la forma de su presentación. En efecto, en lugar de informar sobre el tipo de ejercicios, frecuencia, riesgos, etc., que podrían realizar las mujeres para mitigar los síntomas de la menopausia, el reportaje se centra en presentar y promocionar el método o circuito de ejercicios que ofrece el gimnasio para mujeres “Curves Pozuelo” al centrarse en el producto que ahí se ofrece y aparecer su marca o imagen de forma reiterada, tal y como se observa en las imágenes que aparecen más adelante.

Si bien es verdad que durante el reportaje aparece una voz en off que explica por qué el ejercicio físico facilita o reduce los síntomas de la menopausia al señalar, por ejemplo⁶ que “(...) según los expertos el deporte fomenta la producción de neurotransmisores como la serotonina y la dopamina que influyen en la regulación de nuestro humor y de nuestro sueño”, o también, que “el deporte es recomendable a cualquier edad”, la forma como se presenta el producto o servicio ofrecido por el gimnasio (el circuito de ejercicios o método presentado) supone una conexión entre el mensaje principal del reportaje (la importancia de realizar ejercicio físico por parte de las mujeres que están en la etapa de la menopausia) con la promoción del gimnasio: tras informar⁷ sobre la importancia de que las mujeres realicen ejercicio físico para sobrellevar mejor los síntomas que conlleva la menopausia, y de que el sedentarismo empeora dichos síntomas⁸, se presentan las características del producto o servicio ofrecido por el gimnasio y que resulta específico para las mujeres destacando sus bondades y la facilidad con la que se pueden lograr los beneficios⁹ que

⁶ Folio 15: minutos 11:15:21 y 11:15:51

⁷ Folio 15: minuto 11:13:35: “...La menopausia no es una etapa fácil para la mujer, sus síntomas le hacen la vida más cuesta arriba, pero ya hay estudios que demuestran que existe un aliado infalible, la actividad física....”

⁸ Folio 15: minuto 11:13:45: “... el sedentarismo durante la menopausia puede empeorar síntomas como el insomnio, la depresión o la ansiedad. Por eso durante esta etapa es muy importante hacer deporte. Hemos acudido a un gimnasio para mujeres con la intención de conocer un método de trabajo específico: un circuito de treinta minutos.”

⁹ Folio 15: minuto 11:14:05: “Con tres días es suficiente, no obstante son treinta minutos de salud, pueden venir los cinco días. Las máquinas hidráulicas aportan el beneficio que no

aporta la realización del circuito de ejercicios o método. Finalmente, se aportan testimonios¹⁰ de clientes del mencionado gimnasio destacando los beneficios que aporta el ejercicio en su vida y alta motivación que tienen para asistir al gimnasio.

En efecto, si bien no se menciona expresamente a Gimnasio Curves, sí que aparece de forma reiterada durante un reportaje que pretende incentivar a las mujeres a realizar ejercicio físico durante la etapa de la menopausia y a exponer algunos ejercicios específicos que podrían realizar. Es decir, de forma indirecta se promociona al gimnasio para mujeres al relacionar los ejercicios físicos recomendados para sobrellevar mejor la menopausia con el método o circuito de ejercicios que ofrece Curves Pozuelo, método que, además, no es específico para las mujeres que están durante la etapa de la menopausia y que podría justificar la presentación de dicho método por estar especializado a ese público concreto sino que está dirigido a todo tipo de mujeres, tal y como lo promocionan en su página de *facebook*¹¹ y en su página web¹².

produce microrrotura fibrilar y no crece el músculo, lo que hace es que tonifica a la mujer..., cada una saca su cuerpo. Beneficios: redensifica un poquito el hueso, entonces a la hora de la menopausia está muy bien porque nos vamos descalcificando eso lo evita."

Minuto 11:15:39: *"Es bastante rápido...ya en veinte días más o menos se empieza a notar. Al principio puede costar porque vienen mujeres que a lo mejor no han hecho nunca ejercicio y la parte de fuerza que tiene la máquina trabajamos con la fuerza y el cardio (en ese momento vuelve a aparecer el rótulo en pantalla de Eva manager del gimnasio Curves Pozuelo)... pero se coge bastante rápido y entonces ya en veinte días se empieza a notar... el estado anímico muchísimo antes... es pasar de duermo fatal, no puedo dormir a uff... he dormido de maravilla!"*

¹⁰ Folio 15: minuto 11:15:26: *"Bueno, pues que te da mucho ánimo, te quita un poco el estrés diario sales de tu rutina"*

Minuto 11:15:47: Auxi: *"siempre digo que intento venir para conservar el buen humor porque es verdad.. yo lo noto!"*



11

12

¹² <http://www.curves.eu/es/curvette>: *"Curves es un club de fitness con un entrenamiento completo del cuerpo en 30 minutos único diseñado para mujeres y con un seguimiento personalizado. El entrenamiento Curves combina en entrenamiento de fuerza con los ejercicios cardiovasculares y estiramientos para crear masa muscular, aumentar el metabolismo, quemar más grasa y tonificar el cuerpo. Entrenarás en un entorno cómodo y amigable."*



En definitiva, si bien el reportaje tiene un carácter divulgativo e informativo sobre la importancia de que las mujeres realicen ejercicio físico para sobrellevar mejor los síntomas de la menopausia, la presencia del nombre del gimnasio de forma reiterada durante el reportaje, las explicaciones del manager del gimnasio sobre las bondades del método o circuito de ejercicios y los

testimonios de clientes del gimnasio son elementos publicitarios que exceden del carácter meramente informativo y que ponen en evidencia que el reportaje también tiene un propósito publicitario por incitar a la contratación de los servicios o producto de la empresa anunciada.

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

La promoción del método o circuito de ejercicios del gimnasio Curves Pozuelo *–circuito de 30 minutos de ejercicios diseñado para mujeres, que combina ejercicios de fuerza con ejercicios cardiovasculares y estiramientos–* por medio de un reportaje emitido en el programa “LA MAÑANA”, en su sección “SABER VIVIR” del canal La 1, emitido el día 29 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 CRTVE, que *“es meramente informativo y divulgativo”*.

El carácter encubierto de este tipo de publicidad es el elemento principal por el que resulta apta para inducir a error en los destinatarios a los que se dirige al crearles la falsa impresión de que se trata de una manifestación de un tercero 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 y, en este caso, la prohibición de obtener ingresos por publicidad. 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, en palabras de CRTVE, *“(…) explicar los efectos del ejercicio físico en el organismo femenino especialmente en la etapa hormonal de la premenopausia y señalar qué tipo de prácticas de ejercicio físico puede realizar una mujer en esa fase natural de su vida.”* Por lo tanto, de conformidad con lo anterior y atendiendo a la voz en off que aparece al comienzo del reportaje informando que *“Hemos acudido a un gimnasio para mujeres con la intención de conocer un método de trabajo específico: un circuito de treinta minutos”* se entiende que en el gimnasio se explicarán los ejercicios específicos que podrían realizar las

mujeres durante la fase previa o durante la menopausia. No obstante, durante el reportaje no se explican aquellos ejercicios o prácticas que se podrían realizar sino que se expone brevemente el método o circuito de ejercicios que se realizan en ese gimnasio con máquinas hidráulicas especializadas y las bondades de dicho método como, por ejemplo, la facilidad y rapidez para obtener los beneficios del ejercicio físico.

Además, si bien es cierto que, como afirma CRTVE, no se menciona expresamente el nombre del gimnasio ni se hace referencia a promociones concretas y que *“Se eligió expresamente una instalación como Gimnasio Curves porque se trata de un establecimiento que desarrolla su actividad orientado particularmente a la mujer y contaba por tanto con ese valor informativo singular a la hora de exponer las cualidades del ejercicio físico en el organismo femenino”*, hecho este último que conlleva que *“la decoración del propio local, dado que figura el nombre en una tipografía enorme como parte del edificio -en concreto de la sala de gimnasio-, y como tal parte de edificio queda representado en la grabación de la cámara, que busca como foco informativo a las personas mientras realizan el ejercicio físico con el equipamiento correspondiente, no la rotulación del establecimiento que forma parte del escenario inevitable de fondo,”* también es cierto que hay una exhibición expresa e indebida del nombre del gimnasio: por una parte, al comienzo del reportaje el nombre completo del gimnasio ocupa gran parte de la pantalla, a pesar de resultar innecesario y ello permite al telespectador identificar las apariciones parciales de la marca en lugares distintos a la decoración del propio local (camisetas y cortinilla que aparecen en la parte inferior de la pantalla cuando se presentan a las personas entrevistadas) de forma que se facilita o promueve que el público destine todas las virtudes y ventajas que se describen en el reportaje al gimnasio y el método o circuito de ejercicios que ofrece. En definitiva, si bien podría entrar dentro de la normalidad la aparición fugaz del nombre del establecimiento donde se rodó el reportaje, resulta indebido la aparición recurrente del nombre y el logo del gimnasio.

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 los efectos del ejercicio físico en las mujeres durante la menopausia y señalar qué tipo de ejercicios pueden realizar las mujeres que se encuentran en dicha fase natural de su vida, el reportaje se centra en las bondades¹³ del método o circuito de ejercicios que ofrece el gimnasio Curves Pozuelo.

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.

¹³ Básicamente que es un método que exige muy poco tiempo (30 minutos) y con rápidos resultados (20 días)

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 gimnasio y los ejercicios que recomienda el reportaje.

CUARTO.- Análisis de las alegaciones realizadas por CRTVE en relación con los hechos imputados

Las alegaciones de CRTVE al acuerdo de incoación y a la propuesta de resolución son, en esencia, coincidentes. A continuación, se da contestación a aquellas alegaciones a las que no se ha dado contestación en los anteriores Fundamentos de Derecho.

Señala CRTVE que la presentación del nombre o marca del gimnasio se ajusta a las circunstancias del reportaje: es fugaz, solo aparecen fragmentos y no se habla del gimnasio en ningún momento. No obstante, tal y como antes se ha señalado, la presencia reiterada del nombre y marca del gimnasio sí podía haberse evitado aunque haya sido grabado en el interior del mismo. Prueba de la reiteración indebida de la marca o nombre del gimnasio es que de los 145 segundos que dura el reportaje, la marca y nombre del gimnasio aparecen durante 80 segundos, esto es, durante más de la mitad del tiempo de duración del reportaje consta¹⁴ en pantalla el nombre o marca del gimnasio.

También alega CRTVE que no existen indicios de propósito publicitario pues no existe vinculación entre el reportaje y la empresa anunciante citando sentencias de la Audiencia Nacional¹⁵ y en otros expedientes sancionadores de esta Comisión¹⁶. Asimismo, que no existe continuidad o reiteración en la

¹⁴ - Cartel sobre la pared. "Curves Pozuelo" (11:13:46 h.). Ella comienza a caminar hacia la cámara, que se va desplazando lentamente y va ocultando las letras del mural (11:13:54 h.). A continuación, la imagen enfoca uno de los rincones del gimnasio, a la derecha arriba de la pantalla puede leerse: "Pozuelo" y mientras, la cámara va atravesando la parte superior de la pantalla (11:13:54 a 11:14:05 h.) hasta que aparece la monitora, no hay ninguna cliente en la sala, a su derecha puede leerse parte del mural "Curves Pozuelo" (11:14:05 a 11:14:12 h.).

- Entre las 11:14:19 y las 11:14:33 h. se producen diversos enfoques en los que se aprecia parte del nombre escrito en la pared.

- 11:15:06 a 11:15:11, llega a leerse el nombre completo.

- 11:15:25 a 11:15:32 se lee "rves Pozue", mientras entrevistan a una cliente.

- A las 11:15:50 la cámara vuelve a desplazarse por la pared del fondo, mostrando en la mitad superior de la pantalla "Pozuelo", hasta las 11:15:56 h.

- "I love Curves": de 11:13:53 a 13:11:54 h. y de 11:14:35 a 11:14:38 h.

- "Curves coach": de 11:14:19 a 11:14:20 h. y de 11:15:09 a 11:15:11 h.

- De 11:14:07 a 11:14:11 h.: "Eva // Manager del gimnasio Curves Pozuelo".

- De 11:14:51 a 11:14:53 h.: "Eva // Manager del gimnasio Curves Pozuelo".

- De 11:15:28 a 11:15:33 h.: "Marian // Cliente del gimnasio Curves Pozuelo".

- De 11:15:35 a 11:15:38 h.: "Anabel // Cliente del gimnasio Curves Pozuelo".

- De 11:15:50 a 11:15:51 h.: "Auxi // Cliente del gimnasio Curves Pozuelo".

¹⁵ Sentencia de 24 de febrero de 2011 (PO 637/2009) y sentencia de 20 de mayo de 2013 (PO 254/2010).

¹⁶ SNC/DTSA/2104/14/MEDIASET

comunicación comercial pues no aparece en otros programas de SABER VIVIR.

En efecto, la complementariedad entre la comunicación comercial encubierta y alguna campaña o promoción propia de la empresa anunciante, también conocida como publicidad multisoporte o multiformato¹⁷, es un indicio claro del propósito publicitario del contenido audiovisual de que se trate. No obstante, su concurrencia no es necesaria ni determinante para concluir la existencia de propósito publicitario en el reportaje, requisito cuyo cumplimiento antes ha quedado acreditado. Tampoco debe repetirse la publicidad encubierta en otros programas para confirmar la existencia de un propósito publicitario en el reportaje. De hecho, la presencia de publicidad encubierta en otro programa de la misma empresa anunciante, daría lugar a la tramitación de otro procedimiento sancionador debido a que cada emisión de publicidad encubierta supone una infracción distinta.

Por lo tanto, en virtud de todo lo anterior, también deben desestimarse las alegaciones de CRTVE relativas a la ausencia de propósito publicitario.

QUINTO.- Culpabilidad y responsabilidad

En aplicación de lo establecido en el artículo 61 de la LGCA, la responsabilidad de la infracción corresponde a la CRTVE 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 CRTVE alega que no ha tenido voluntad de incumplir con la norma, CRTVE 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” (artículo 130.1 de la LRJPAC), 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. CRTVE, como responsable de la emisión de programas, debe asumir toda la responsabilidad de la comisión de los hechos infractores cometidos, sobre todo cuando los mismos repercuten negativamente sobre los telespectadores. Además, tal como señala CRTVE en sus alegaciones, de conformidad con el artículo 7.1 de la Ley 8/2009, de financiación de la CRTVE, la Corporación tiene prohibida la obtención de ingresos por publicidad en cualquiera de sus formas, motivo por el que debe

¹⁷ Publicidad multisoporte, también conocida como marketing 360º ha sido definido por esta Comisión, en sus Resoluciones SNC/DTSA/2104/14/MEDIASET, SNC/DTSA/007/15/MEDIASET o SNC/DTSA/050/15/MEDIASET, como: *la acción publicitaria que se desencadena de forma sucesiva y/o simultánea y sistemática a través de diversos medios o soportes, que reiteran, complementan o amplían los mensajes*

extremar la vigilancia para evitar incurrir en conductas como la que ha motivado este expediente.

Esta exigencia de responsabilidad está relacionada con el hecho que el sector audiovisual es un sector altamente especializado y en el que CRTVE, como prestador del servicio audiovisual y operador que gestiona el servicio público de radio y televisión, cuenta con expertos profesionales que deben extremar la vigilancia para evitar conductas como la que es objeto del presente procedimiento, poniendo la máxima diligencia en el cumplimiento de la normativa que le es aplicable. 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 CRTVE, como emisor 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 Gimnasio Curves Pozuelo y de los servicios que presta, en el programa “LA MAÑANA”, emitido el 29 de marzo de 2016, en su canal LA 1, 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 y bienestar.

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.

De conformidad con los criterios para la graduación de las sanciones a aplicar previstos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 60.4 de la LGCA, esta Comisión 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 repercusión social de la infracción en

función de la audiencia media del programa (233.000 personas) y la duración de la publicidad (145 segundos).

CRTVE, en sus alegaciones relativas a la cuantificación de la sanción propuesta, señala que no se deben de tener en cuenta los 145 de duración del reportaje sino únicamente los segundos en los que pudiera aparecer el nombre del gimnasio.

Si bien el nombre de la empresa no figura en pantalla durante toda la duración del reportaje, la publicidad encubierta se ha producido por el reportaje en su conjunto. Es decir, hace parte de la comunicación comercial encubierta desde la introducción del tema, hasta aquellas partes del reportaje en las que no aparecen imágenes del nombre de la empresa en cuanto que todos aquellos beneficios que conlleva el ejercicio físico son fácilmente identificables por el público con el gimnasio.

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 “LA MAÑANA”, de 29 de marzo de 2016, en el canal LA 1, se impone una multa por importe de 108.771 € (ciento ocho mil setecientos setenta y un 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,

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 del artículo 58.8 de la LGCA, por haber emitido, en su canal LA 1, de ámbito nacional, una comunicación comercial encubiertas del Gimnasio Curves Pozuelo y de los servicios que presta, en el programa “LA MAÑANA”, emitido el día 29 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 108.771 € (ciento ocho mil setecientos setenta y un 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.