



Roj: **SAN 4082/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4082**

Id Cendoj: **28079230012018100501**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2018**

Nº de Recurso: **370/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000370 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03719/2017

Demandante: CORPORACION RTVE S.A.

Procurador: ROBERTO DE HOYOS MENCIA

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LOURDES SANZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a veintitres de octubre de dos mil dieciocho.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **370/2017** interpuesto por **CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA (CRTVE)**, representada por el Procurador Sr. de Hoyos Mencía, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 17 de diciembre de 2015; ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente



administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se anule la resolución recurrida, ordenando el pago a la recurrente de la cantidad de 154.477 €, más los intereses que legalmente resulten de aplicación, con expresa condena a la Administración del pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, solicitó que se dicte sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo..

TERCERO.- Re cibido el recurso a prueba, practicada la admitida y evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 16 de octubre de 2018, en que tuvo lugar.

La cuantía del recurso se ha fijado en 154.477 Euros.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. LOURDES SANZ CALVO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 17 de diciembre de 2015, por la que se impone a la Corporación de Radio y Televisión Española S.A., una multa de 154.477 €, como responsable de la comisión de una infracción por el incumplimiento del artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), tipificada como graves en el artículo 58.8 de la citada LGCA, por la emisión de publicidad encubierta de Clínica Baviera en el microespacio de salud "Saber Vivir", del programa "La Mañana", de 18 de febrero de 2015, en su canal La Primera.

Considera la citada resolución que dicho microespacio si bien informa sobre los problemas o defectos refractivos de la visión, cuenta con la intervención del Dr. Carlos Antonio , como invitado principal, que la presentadora introduce como un conocido oftalmólogo, que trabaja en la Clínica Baviera de Madrid, cuya intervención se centró principalmente en la promoción de dos técnicas quirúrgicas, para solucionar los defectos de visión expuestos, que realiza dicha clínica, cuya página web aparece al final de la intervención del Doctor, junto con una promoción, que refuerzan el carácter encubierto del mensaje comercial.

SEGUNDO.- La actora sustenta la anulación de la resolución recurrida, en dos motivos:

a) La no concurrencia de los requisitos exigidos para la existencia de publicidad encubierta.

- Presentación de bienes y servicios en un programa. La emisión del espacio Saber Vivir de ese día, estuvo dedicado a la oftalmología, su propósito era divulgar cuales eran los defectos visuales de refracción más comunes y los tratamientos más modernos para solucionarlos. No se presentaban servicios, sino un catálogo de problemas oftalmológicos con sus correspondientes soluciones, El espacio tuvo como invitado principal a un oftalmólogo, el Dr. D. Carlos Antonio , y como siempre, al identificarle se informó de la entidad sanitaria en que desarrolla su especialidad. Su intervención se centró en explicar las diversas dolencias del ojo así como los métodos de diagnóstico y corrección, que no se limitaban a la cirugía, citando también las gafas, lentillas, no se incitó a la contratación de los servicios de cirugía que presta la Clínica Baviera.

-Propósito publicitario. En ningún momento se aconsejó la realización de cirugías ni en la clínica a la que pertenece el médico invitado (Clínica Baviera), ni en otro tipo de institución médico sanitaria, sino que se brindó información a los espectadores, enumerando varios problemas asociados a la cirugía, no existiendo propósito publicitario.

- Que la comunicación comercial sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la presentación. No hay engaño, el Dr. Carlos Antonio no aparece como médico ajeno a la Clínica Baviera, sino que se le presenta en el programa como perteneciente a dicha Clínica, por lo que no es susceptible de producir error en los telespectadores.

b) subsidiariamente, cuestiona la graduación de la sanción, por lo que de estimarse cometida la infracción, la sanción debería ser impuesta en su importe mínimo.

TERCERO.- La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, define la comunicación comercial audiovisual encubierta, como *"la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del organismo de radiodifusión televisiva, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en*

cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hiciera a cambio de una remuneración o de un pago similar".

El artículo 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, bajo el título de "comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas" establece en su apartado 2 que " *Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales*" y el artículo 58.8 de la citada Ley tipifica como infracción grave la emisión de las comunicaciones comerciales encubiertas.

Define la LGCA en su artículo 2.32 la comunicación comercial audiovisual televisiva 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*".

Pues bien, los hechos por los que ha sido sancionada RTVE, son en esencia, los siguientes:

En el microespacio "Saber vivir" del programa de televisión La Mañana, emitido el día 18 de febrero de 2015, dedicado a la salud de los ojos, entre las 10:43:03 y las 11:22:27, intervino el Doctor Carlos Antonio , de forma discontinua. La presentadora del programa y su colaboradora comienzan introduciendo algunos de los problemas de visión que impiden un correcto enfoque: miopía, hipermetropía o astigmatismo y las soluciones que existen para tratar dichos problemas (10:34:03 a 10:34:55). Luego, a las 10:34:56 introduce al Dr. Carlos Antonio , que " *es un conocido oftalmólogo que trabaja en la Clínica Baviera de Madrid*". El Doctor comienza a hablar de los problemas oculares y poco después, a las 10:35:55 aparece, bajo su imagen, un letrero en pantalla " *DR. Carlos Antonio //Oftalmólogo//Clínica Baviera, Madrid*". Más adelante, 10:51:05 a 10:51:53 la colaboradora del programa hace énfasis en que ha sido operada por el mencionado Doctor, y le ha resuelto sus problemas de visión, aunque sigue siendo miope, diciendo el Doctor " *puedes ver sin gafas porque yo te operé ...Ella fue operada con láser*".

Después, 11:03:02 a 11:05:00, se recibe la llamada de una telespectadora de San Sebastián, pidiendo información y asesoramiento al Doctor y este le recomienda que llame al Colegio de Médicos de la Comunidad en que vive para buscar un oftalmólogo, pero la presentadora le pregunta al Dr. Carlos Antonio " *Y a que oftalmólogo le recomendaría que llamara, no por decir un nombre propio, pero como a ella le va a dar seguridad...*" y responde " *Hombre, si me preguntáis a mi voy a recomendar mi clínica, que también tenemos en San Sebastián, que es Clínica Baviera*" y la presentadora dice " *pues mira, ¿eh?, Laura ...A la clínica que ha dicho el Doctor, que está en San Sebastián, y aquí lo tenemos en Saber Vivir...Con lo cual problema solucionado; perfecto*".

En otro momento del programa (11:21:40 a 11:22:27) la presentadora pide recomendación al Doctor sobre páginas web y éste señala la página web de la Clínica Baviera, donde se introduce un rótulo de 15", en la parte inferior de la pantalla donde se lee " *Para más información: www.clinicabaviera.com*". A continuación, se pasa a mostrar en pantalla completa la web de Clínica Baviera con el siguiente rótulo "Para más información: www.clinicabaviera.com", apreciándose el texto " *Vive la vida sin gafas ni lentillas. Solo este mes 1ª consulta preoperatoria gratis valorada en 55 €*" y el teléfono de contacto "902 112 541", mientras que el Doctor indica que esta página web contiene información clara y veraz. Luego pasa a mostrar otra página web a pantalla completa de la Academia Americana de Oftalmología e indica que también tiene información sencilla y fácil de comprender mientras se muestra un rótulo de 13", en la parte inferior de la pantalla, donde se lee que " *Para saber más: www.geteyesmart.org/eyesmat/espanol*".

El propósito publicitario y la promoción de dos de los tratamientos médicos o servicios de Clínica Baviera - introducción de lente intraocular y operación láser- en el citado microespacio "Saber Vivir" del Programa "La Mañana", se deduce de la relación de hechos por los que ha sido sancionada la parte actora.

Al respecto, cabe destacar, que tras introducir la presentadora -10:34:03 a 10:34:55- los defectos visuales de refracción más comunes: miopía, hipermetropía o astigmatismo (que son objeto de la llamada cirugía refractiva) y las soluciones que hay para ellos, cita más tarde las dos técnicas quirúrgicas refractivas el láser y la intervención intraocular. Si bien se dice, que " *Si tienen miedo al láser o a la intervención intraocular hay soluciones, un poco para todo*", sin embargo, salvo una breve mención -10:48:58- a las gafas o lentillas, se centra en las soluciones quirúrgicas, que es a las que de forma indirecta se viene a hacer referencia en el mensaje promocional que aparece en pantalla completa en grandes letras: " *Vive la vida sin gafas ni lentillas. Solo este mes 1ª consulta preoperatoria gratis valorada en 55 €*" junto con la página web de la Clínica Baviera y el teléfono de contacto "902 112 541", a las 11:22:28 h.

En el interregno y en distintos momentos del programa, esas dos técnicas quirúrgicas refractivas, que realiza Clínica Baviera, se explican por el Doctor Carlos Antonio , que es el invitado principal de dicho microespacio y



es presentado a las 10:34:56, como un " conocido oftalmólogo", que " Trabaja en la Clínica Baviera de Madrid", apareciendo a las 10:35:55 un letrero en pantalla bajo su imagen " DR. Carlos Antonio //Oftalmólogo//Clínica Baviera, Madrid" , que dura cuatro segundos, destacándose sus ventajas. Así, por ejemplo, en cuanto a la intervención para introducir una lente intraocular dice: 11:00:34 " anestesia tópica, es decir unas gotitas", 11:00:43 " la intervención es realmente muy sencilla", 11:00:47 " mínima incisión", 11:01:11 "no hay que dar puntos ni nada de nada", 11:01:15 " la operación dura 10 minutos", 11:01:41 " A partir del día siguiente, salvo hacer deporte o coger mucho peso o bañarte en la piscina o en la playa, vas a hacer vida normal", 11:03:56 " la operación es segura, o sea, que la operación va bien ", 11:02:24 " los riesgos de la operación son realmente bajos, es como operar a una catarata, o sea que los riesgos de complicaciones importantes son realmente muy bajos". Respecto a la operación con láser, la presentadora 11:10:19, "uno va a la clínica, anestesia local también", 11:10:25 " ¿la operación cuanto rato?Diez minutos, aproximadamente", 11:12:25 " .. qué te digan si te puedes operar o no y, luego que te informe un profesional de realmente cuales son los riesgos y luego decides".

Frente a lo alegado por la parte actora, el propósito publicitario, se deduce del conjunto de circunstancias concurrentes. Esto es, de la presentación verbal del Doctor indicando que es un conocido oftalmólogo, que trabaja en la Clínica Baviera de Madrid y visual, introduciendo el letrero en pantalla, en el que aparece junto a su nombre el de Clínica Baviera, Madrid, junto con: a) la recomendación de la Clínica Baviera de San Sebastián que efectúa el Doctor, al hilo de una llamada efectuada por una telespectadora de dicha ciudad, reforzada por la presentadora, que se dirige a la telespectadora, diciendo, pues mira " A la clínica que ha dicho el Doctor, que está en San Sebastián"; b) el hecho de que la colaboradora y presentadora del programa coadyuban a verificar el buen hacer del Dr. Carlos Antonio , que presta sus servicios en la Clínica Baviera, y por tanto, implícitamente de la citada Clínica, que realiza unas operaciones efectivas y cortas y permiten vivir sin gafas a plena satisfacción e invitan a los aprensivos entre el público a que los comprueben y eliminar sus miedos, habiendo operado con éxito, con láser a la colaboradora; c) la recomendación por el Doctor de la página web de la clínica, introduciéndose un rótulo de 15", en la parte inferior de la pantalla donde se lee "Para más información: www.clinicabaviera.com" junto con, d) la oferta promocional que tenía vigente Clínica Baviera en la fecha de emisión del programa, mostrando en pantalla completa la web de Clínica Baviera con el siguiente rótulo "Para más información: www.clinicabaviera.com", apreciándose el texto " Vive la vida sin gafas ni lentillas. Solo este mes 1ª consulta preoperatoria gratis valorada en 55 €" y el teléfono de contacto "902 112 541".

Circunstancias, que valoradas en su conjunto, ponen de relieve ese propósito publicitario de promover, de forma encubierta, dos de los tratamientos médicos que realiza Clínica Baviera para tratar los defectos refractivos de la vista, creando la impresión al consumidor, al menos de forma potencial, de que se trata de unas operaciones rápidas, ambulatorias, seguras y duraderas, pues como hemos visto, y frente a lo alegado por la actora, se destacaron las ventajas o beneficios de las intervenciones quirúrgicas, señalándose en cambio, que las complicaciones importantes son realmente muy bajas y no informándose de los riesgos concretos, limitándose a señalar " que te informe un profesional de cuales son esos riesgos".

Debe tenerse en cuenta, que la publicidad encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, sino que se hace de forma subliminal con ocultación de la finalidad publicitaria, por lo que se crea un indudable riesgo de provocar error en los consumidores, especialmente en un ámbito tan delicado como es de la salud, invitándoles o inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, al consumo de los servicios presentados, estando especialmente indefensos los consumidores. En este sentido, debemos poner de manifiesto, que la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, denominada Directiva de servicios de comunicación audiovisual, hace un constante llamamiento a la protección y defensa de los consumidores. Baste señalar que el punto 9 de su Preámbulo declara que el contenido de la Directiva "...se entiende sin perjuicio de los actos de armonización de la Unión vigentes o futuros que tienen especialmente por objeto hacer que se respeten los imperativos relativos a la defensa de los consumidores,...". Y en otros considerandos del mismo Preámbulo, se reiteran las referencias a "la plena y adecuada protección de los intereses de los espectadores de la Unión Europea" (55) y a que "resulta esencial garantizar un alto nivel de protección del consumidor" (99).

A tenor de lo expuesto, ha quedado constatado que el microespacio emitido induce a error a los telespectadores, mediante la presentación del Doctor, como un oftalmólogo especialista en la materia, neutral, que contribuye a crear en el consumidor credibilidad, lo que le hace más vulnerable al mensaje, contribuyendo a reforzar el carácter encubierto de la publicidad las sobreimpresiones de la página web y el mensaje promocional, a los que más arriba se ha hecho referencia.

Finalmente, señalar que la existencia de contraprestación no es un requisito constitutivo de la infracción en cuestión, no exigiendo el artículo 2.32 de la LGCA la existencia de contraprestación para apreciar que una comunicación comercial es encubierta. En este sentido ha señalado la SAN, Sec. 8ª, de 2 de marzo 2015 (Rec. 134/2013), por todas, que no puede ser obstáculo para la apreciación de la infracción el hecho de que no se



acredite la existencia de contraprestación, o que se alegue que ésta no ha existido, pues ésta no es necesaria para integrar el tipo.

Pero es que además, de haber obtenido beneficio económico por la publicidad encubierta, ello supondría un incumplimiento por parte de CRTVE del artículo 7.1 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de CRTVE, que prohíbe los ingresos por publicidad en cualquiera de sus formas, exceptuando el patrocinio.

CUARTO.- Considera la actora, finalmente, que para el caso de que la resolución sancionadora no fuera anulada, la sanción impuesta debería ser en su importe mínimo, pues no estaría justificada la concurrencia más que de un solo criterio que pudiera agravar la sanción (la repercusión social), pero ni siquiera éste estaría correctamente argumentado.

Conforme al art. 60.2 de la LGCA, las infracciones graves pueden ser sancionadas con multa de 100.000 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual. Y en el apartado 4 del mismo precepto se dispone que: "La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los siguientes criterios:

- a) La inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida.
- b) Haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores.
- c) La gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona.
- d) La repercusión social de las infracciones.
- e) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción".

En el presente caso, se ha impuesto la sanción de 154.477 Euros. Para el cálculo de la sanción, según razona la resolución recurrida, se ha tenido en cuenta, principalmente, la repercusión social en función de la audiencia media del programa 256.000 personas) y la duración de la publicidad (28 minutos y 56 segundos).

Debe señalarse, que en todo caso, la sanción impuesta por la citada infracción se sitúa dentro del grado mínimo de la sanción legalmente prevista, por lo que en virtud de lo expuesto, no cabe apreciar infracción del principio de proporcionalidad.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo de impugnación, y en definitiva el recurso contencioso-administrativo.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede la imposición de las costas del presente recurso a la parte actora.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FA LLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA (CRTVE)**, representada por el Procurador Sr. de Hoyos Mencía, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de fecha 17 de diciembre de 2015; con imposición de costas a la actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA