



Roj: **SAN 5023/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:5023**

Id Cendoj: **28079230012018100591**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2018**

Nº de Recurso: **176/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA NIEVES BUISAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000176 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 0001386/2017

Demandante: CORPORACIÓN RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A.

Procurador: ROBERTO DE HOYOS MENCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a nueve de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 176/2017, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Roberto de Hoyos Mencía, en nombre y representación de CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. , contra la resolución de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC) de 25 de octubre de 2016, Resolución que impone a dicha entidad una multa de 108.771 euros por infracción grave del artículo 58.8 de la LJCA . Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 108.771 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Por la representación de la Corporación de Radio y Televisión Española S.A. se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 15 de marzo de 2017, acordándose su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno tal entidad actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 17 de julio de 2017 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que " *estimando la demanda, anule la resolución de 25 de octubre de 2016 dictada por la CNMC en el expediente SNC/DTSA/023/16/CRTVE, ordenando el pago a mi representada de la cantidad de 108.771 euros, más los intereses que resulten legalmente de aplicación, con expresa condena a la Administración demandada del pago de las costas procesales*".

TERCERO. - El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 16 de octubre de 2017 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

CUARTO . - Solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se acordó el mismo mediante Auto de 18 de octubre de 2017, practicándose la prueba documental propuesta y admitida, con el resultado que figura en las actuaciones. No considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio trámite de conclusiones a las partes, trámite que evacuaron por su orden, primero la defensa de la entidad actora y después el Abogado del Estado, mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivas pretensiones.

QUINTO . - Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 25 de septiembre de 2018, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña NIEVES BUISAN GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo por la Corporación de Radio y Televisión Española S.A. frente a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 25 de octubre de 2016 que acuerda:

1º. Declarar a la Corporación de Radio y Televisión Española S.A. (CRTVE) responsable de la comisión de una 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 encubierta del Gimnasio Curves Pozuelo y los servicios que presta, en el programa "LA MAÑANA", emitido el día 29 de marzo de 2016, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la misma Ley 7/2010 .

2º. Imponer a CRTVE una multa por importe de 108.771 € (ciento ocho mil setecientos setenta y un euros), por la comisión de la referida infracción.

Resolución que se sustenta en los siguientes hechos probados más trascendentes:

- 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.

- 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 " *Herminia - 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 suficiente (...)*"

- 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 enveinte 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 defuerza que tiene la máquina trabajamos con la fuerza y el cardio* (en ese momento vuelve a aparecer el rótulo en pantalla de *Herminia 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".

SEGUNDO.- La Corporación actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones :

Presentación de bienes y servicios en un programa: tal y como reconoce la resolución recurrida (pág. 11) no se habla del gimnasio en ningún momento, sino de los particulares beneficios del ejercicio físico para la mujer menopaúsica o premenopáusica. Es cierto que aparece el logotipo o nombre del gimnasio "Curves Pozuelo" pero ni constantemente ni enteros en la mayoría de las ocasiones. En la pared del gimnasio sólo aparece el nombre pero muy fugazmente. Se trata de una emisión por televisión en que las imágenes están en movimiento pero en el informe del visionado se seleccionan fotos fijas donde se puede ver algo del logotipo, que no se corresponde con la realidad.

Estamos ante una empresa franquiciada cuyo ámbito se limita a Pozuelo de Alarcón y no tendría sentido que una empresa que presta servicios *in situ* en esta localidad se promocionara en una televisión nacional, careciendo de incentivo alguno para hacerlo. Tiene más sentido que RTVE, en cuyos estudios en Prado del Rey en Pozuelo de Alarcón se graba y emite el programa, haya acudido a un gimnasio cercano, con programas especiales para mujeres, a buscar las imágenes y testimonios que necesitaba.

Propósito publicitario:

Lo puesto de manifiesto en la resolución no implica, *per se*, intencionalidad publicitaria. Para que CRTVE tuviera intención de promover la contratación de los servicios del gimnasio Curves de Pozuelo debería contar con un aliciente, con alguna contraprestación, ya sea económica o de otra índole. El cuerpo de sentencias dictadas por la Sala de lo contencioso-administrativo de la AN recoge una serie de indicios respecto de tal intención o propósito publicitario (...). En el presente caso queda acreditada la falta de intención publicitaria por el tono divulgativo del programa, la inexistencia de relaciones comerciales o vínculo de cualquier tipo entre CRTVE y Gimnasio Curves, por la aparición incompleta de la marca o logo, que está en la pared del gimnasio en pantalla, por la inexistencia de reiteración en la aparición o mención del gimnasio, por la falta de contraprestación y por la prohibición legal que pesa sobre CRTVE en relación con la publicidad (artículo 7 de la Ley 8/2009 de 28 de agosto).

Comunicación comercial susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la presentación:

No se entiende la relación de causalidad entre la aparición (fugaz e incompleta) del logo del gimnasio y el que los telespectadores creen que sólo pueden obtener las ventajas de los ejercicios acudiendo a dicho gimnasio.

Además CRTVE tiene encomendado por Ley 17/2006, de 5 de junio, el servicio público de radio y televisión y, en línea con ello, el actual mandato marco (a que obliga su artículo 4), publicado en el Boletín de las Cortes Generales de 18/12/2007 establece en el artículo 21 que en el ámbito de su tarea educativa y divulgativa, la Corporación RTVE prestara adecuada atención a las cuestiones relacionadas con (...) la salud. Divulgación de la salud que rige la programación de la actora.

TERCERO.- 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* ", tipificando el artículo 58.8 de la misma Ley , como infracción grave, la emisión de las comunicaciones comerciales encubiertas.

Comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta que se define en el artículo 2.32 de la LGCA como " *la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación*".

La publicidad encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, sino de forma subliminal con ocultación de la finalidad publicitaria, por lo que se crea un indudable riesgo de provocar error en los consumidores, invitándoles o inclinándoles de forma subrepticia, no consciente, al



consumo del producto presentado. Es por ello que el ordenamiento jurídico, para proteger al espectador, exige que las comunicaciones comerciales con finalidad publicitaria se separen suficientemente del resto del contenido, de forma que la naturaleza del mensaje sea clara, y no pueda producirse confusión ninguna. Así resulta del artículo 14.2 de la LGCA : " *tanto los mensajes publicitarios en televisión como la teletienda deben estar claramente diferenciados de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos* ", como del artículo 14.3 del mismo : " *en la emisión (...) de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación "publicidad"* .

CUARTO.- Se desprende de tal normativa de aplicación, que para considerar cometida la infracción del artículo 18.2 LGCA en relación con el artículo 2.32 de la misma, se precisa la concurrencia de dos elementos esenciales, cuales son el propósito publicitario y la inducción al público a error.

Aunque la existencia de ambos se discute por la Corporación RTVE en la demanda, considera esta Sala, al igual que entiende el Abogado del Estado en la contestación, que así resulta con claridad del Informe del visionado de 27 de abril de 2016 que obra en los folios 7 a 10 del expediente, en relación con el Informe del visionado que figura como documento 3 del expediente y del resto de la documental obrante en las actuaciones previas (especialmente folios 11 a 15) cuyos aspectos más importantes, a efectos del presente litigio, se contienen en la declaración de hechos probados del fundamento jurídico primero que antecede.

Si bien es cierto que el reportaje no consiste en una presentación expresa del gimnasio "Curves Pozuelo", ello no excluye que la presentación del mismo y en concreto del programa específico de ejercicios diseñado por tal gimnasio sí se haga de manera directa, y ello dado que el "circuito guiado de ejercicios o método de trabajo de 30 minutos para mujeres" es una metodología de entrenamiento específica del gimnasio "Curves Pozuelo" tal y como figura, incluso, en su página web.

Contrariamente a lo invocado en la demanda, y según resulta de los referidos hechos probados, no se trata de una mera "divulgación de información acerca de los beneficios que el ejercicio físico conlleva sobre la salud y el organismo de la mujer", sino de la presentación de un programa de ejercicios guiados de 30 minutos desarrollado exclusivamente por el repetido gimnasio Curves Pozuelo.

Y se desprende asimismo del citado Informe de Visionado, la reiteración de la marca o nombre del gimnasio "Curves Pozuelo", ya 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 (nota al pie nº 14 de la Resolución impugnada).

Es asimismo evidente el propósito publicitario pues el reportaje, en lugar de informar sobre el tipo de ejercicios, frecuencia, riesgos, etc., que podrían realizar las mujeres para mitigar los síntomas de la menopausia, se centra en presentar y promocionar el método o circuito de ejercicios, como ya se ha indicado, que ofrece específicamente el gimnasio para mujeres "Curves" al aparecer su marca o imagen de forma reiterada.

Tal y como argumenta la resolución combatida : " *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 informar 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 síntomas, 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 beneficios que aporta la realización del circuito de ejercicios o método. Finalmente, se aportan testimonios de clientes del mencionado gimnasio destacando los beneficios que aporta el ejercicio en su vida y alta motivación que tienen para asistir al gimnasio.*"

QUINTO.- La inducción al público a error, por otra parte, requisito asimismo necesario para apreciar la existencia de publicidad encubierta, se desprende de que tal actuación de promoción de los servicios del meritado gimnasio no se identifica como publicidad televisiva sino que se emite bajo la apariencia de que se trata de un contenido informativo aparentemente objetivo, dentro del programa "La Mañana", y ajeno a los intereses propios de dicho gimnasio.

A tal efecto resulta trascendente destacar que la publicidad encubierta conlleva indudables ventajas para los anunciantes por la falta de reconocimiento del verdadero carácter del mensaje por los destinatarios y ello, dado que los mensajes que se identifican como publicitarios tienen un menor impacto, pues el propósito comercial que implican conlleva un conflicto de interés que el subconsciente inmediatamente valora, disminuyendo la atención y retención. En el presente supuesto, por tanto, al tratarse de comunicaciones comerciales que no



están separadas ni identificadas como publicidad, sino dentro del programa La Mañana, como una parte de su contenido, se evitan las defensas que tales telespectadores activan ante la emisión explícita de publicidad.

En cuanto a la necesidad de que exista una contraprestación como elemento definitorio del tipo sancionador, que también se aduce en la demanda, señalar que tal contraprestación no es un requisito constitutivo de la infracción, al no venir exigido por el artículo 2.32 de la LGCA. En este sentido viene señalando esta Sala (SAN 2 de marzo 2015 (Rec. 134/2013), por todas), en línea con la doctrina de la STJUE de 9 de junio de 2011, que es apreciable la infracción aunque no se acredite la existencia de contraprestación, o se alegue que ésta no ha existido, pues la misma no es necesaria para integrar el tipo, sino para apreciar la mayor o menor culpabilidad o graduación de la gravedad de la infracción, es decir, se puede tener en consideración a afectos de imponer la sanción en mayor o menor cuantía, pero no para excluir la misma.

Razonamientos los anteriores que conllevan a esta Sala a dictar un pronunciamiento íntegramente desestimatorio de la demanda y confirmatorio de la Resolución de la CNMC impugnada, así como de la sanción de 108.771 euros que en la misma se impone a CRTVE, sanción que se considera ajustada a derecho y proporcionada, pues su cuantía, para la infracción grave cometida del artículo 18.2 LGCA cometida, se sitúa muy próxima al mínimo de la sanción legalmente prevista (100.000 €).

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , procede la imposición de las costas procesales a la parte demandante.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Corporación de Radio y Televisión Española S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 25 de octubre de 2016, Resolución que se confirma, dada su conformidad a Derecho, con imposición de costas a tal parte 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 **no** tificación; 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