



Resolución de 11 de diciembre de 2018 de la Sección Primera del Jurado de AUTOCONTROL, por la que se estima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable la empresa Grupo Opticalia-Sun Planet, S.L. La Sección consideró que la publicidad resultaba incompatible con la norma 2 (principio de legalidad) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL en relación con el artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el cual se regulan los productos sanitarios.

Frente a dicha resolución, Grupo Opticalia-Sun Planet, S.L., interpuso recurso de alzada que fue desestimado por el Pleno en su resolución de 16 de enero de 2019.

Resumen de la Resolución:
AUC vs. GRUPO OPTICALIA-SUN PLANET, S.L.,
“Lentes progresivas Opticalia”

Resolución de 11 de diciembre de 2018 de la Sección Primera del Jurado de AUTOCONTROL, por la que se estima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable la empresa Grupo Opticalia-Sun Planet, S.L.

La reclamación se formula frente a varias piezas publicitarias difundidas en televisión, prensa y en la página web www.opticalia.es en las que se mostraba a los famosos cantantes Diana Fuentes y Alejandro Sanz promocionando gafas graduadas.

La Sección concluyó que la presencia en la publicidad de los cantantes Diana Fuentes y Alejandro Sanz promocionando gafas graduadas, teniendo éstas la consideración legal de productos sanitarios, infringía el principio de legalidad recogido en la norma 2 del Código de AUTOCONTROL, en relación con el artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el cual se regulan los productos sanitarios, que prohíbe la recomendación de aquellas personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a la utilización de estos productos.

Recurso de alzada

Frente a dicha resolución, Grupo Opticalia-Sun Planet, S.L., interpuso recurso de alzada que fue desestimado por el Pleno en su resolución de 16 de enero de 2019.



Texto completo de la Resolución del Jurado:
**Recurso de Alzada de GRUPO OPTICALIA-SUN PLANET, S.L., vs.
Resolución Sección Primera de 11 de diciembre de 2018
(Asunto: “Lentes progresivas Opticalia”)**

En Madrid, a 16 de enero de 2019, reunido el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. José Luis Piñar Mañas para el estudio y resolución del recurso de alzada presentado por Grupo Opticalia-Sun Planet, S.L., contra la resolución de la Sección Primera del Jurado de 11 de diciembre de 2018, emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado 20 de junio de 2018, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (en adelante, “**AUC**”) presentó un escrito de reclamación contra una publicidad de la que es responsable la empresa Grupo Opticalia-Sun Planet, S.L., (en los sucesivos, “**Opticalia**”).

2.- Se da por reproducida la publicidad reclamada, así como los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la resolución de la Sección Primera del Jurado de 11 de diciembre de 2018 (en adelante, la “**Resolución**”).

3.- Mediante la citada Resolución, la Sección Primera del Jurado de Autocontrol acordó estimar la reclamación presentada por considerar que infringía la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (en lo que sigue, el “**Código de Autocontrol**”), en relación con el artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.

4.- El 8 de enero de 2019, Opticalia interpuso recurso de alzada contra la Resolución, al no estar de acuerdo con su contenido. Las razones aducidas por la recurrente para sustentar su conclusión pueden resumirse como sigue:

En *primer* término, expone que nada más producirse la Resolución de la Sección Primera del Jurado de 11 de diciembre de 2018, y antes de que la recurrente pudiese entablar el presente recurso de alzada ante el Pleno, Autocontrol difundió a los medios de comunicación una nota de prensa sobre el contenido de la citada Resolución, incumpliendo por tanto el Reglamento del Jurado.

A estos efectos, aporta junto al recurso varias noticias de prensa, y argumenta que la difusión de la Resolución implica – a su parecer – nula trascendencia a este recurso y ve difícilmente reparable el daño ocasionado a su empresa.



En *segundo* término, la recurrente reitera que la publicidad reclamada no vulnera la norma 2 del Código de Autocontrol en relación con el artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009 de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios (en adelante, “**el Real Decreto 1591/2009**”). En este sentido, manifiesta que la Sección Primera se limitó a reproducir la interpretación llevada a cabo por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante, “**AEMPS**”), sin tenerse en cuenta que dicha interpretación es tan solo una interpretación literal, y sin tener presente lo dispuesto en el artículo 80.4 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, el cual señala que las prohibiciones a la publicidad de productos sanitarios deben basarse en “razones de salud pública o seguridad de las personas”.

En la misma línea, la recurrente considera que ni la AEMPS ni la Sección han justificado debidamente el motivo por el cual se hace una interpretación extensiva del alcance del artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009, entendiendo que lo coherente es que la prohibición aplique exclusivamente a aquella publicidad en la que se muestre a personas famosas cuya notoriedad se haya adquirido en el ámbito científico y de la salud.

Finalmente, la recurrente alega no estar conforme con la imposición de los gastos generados por la tramitación del procedimiento por las siguientes razones: (i) el presente procedimiento versa sobre un asunto sensible y poco pacífico; (ii) la Resolución ha sufrido una demora de casi seis meses, lo que ha impedido a Opticalia adoptar decisiones trascendentes en el ámbito de su comunicación comercial, como, por ejemplo, la renovación de contratos con Alejandro Sanz, y (iii) el contenido de la Resolución ha sido difundido por Autocontrol a los medios de comunicación.

5.- Trasladado el recurso de alzada a AUC, ésta ha presentado en plazo escrito de impugnación por el que se opone a las pretensiones de la recurrente.

En primer lugar, expone que la información aparecida en varios medios de comunicación relativa al contenido de la Resolución ha sido debida a una nota de prensa emitida por AUC, referida a diferentes resoluciones del Jurado de Autocontrol sobre casos similares.

En segundo lugar, se reitera expresamente en el contenido de su reclamación inicial, y hace suyos los argumentos de carácter deontológico sobre los que la Sección Primera del Jurado de Autocontrol fundamentó su Resolución.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, este Pleno considera conveniente aclarar varias cuestiones. En primer lugar, en cuanto a la injustificada y no probada alegación de la recurrente según la cual Autocontrol difundió a los medios de comunicación el contenido de la Resolución de la Sección Primera del Jurado de 11 de diciembre de 2018, produciéndose así una infracción del Reglamento del Jurado, este



Pleno debe negar rotundamente este extremo. En contra de lo que afirma en su escrito la recurrente, Autocontrol en ningún momento ha realizado acto alguno de difusión de la resolución de instancia. Y las noticias de prensa a las que alude la recurrente en su escrito como única prueba de sus injustificadas imputaciones no tienen su origen en ninguna nota de prensa o acto de difusión realizado por Autocontrol. Por el contrario, como bien ha reconocido en su escrito de impugnación la reclamante, la información aparecida en los medios de comunicación responde a una nota de prensa emitida por la propia AUC.

A efectos dialécticos, debe hacerse constar además que ni siquiera esta nota de prensa emitida por la recurrida puede ser considerada una infracción del Reglamento del Jurado. Como puede comprobarse en los documentos aportados al expediente por la recurrente, en ningún momento en dicha nota se alude al concreto procedimiento que ahora nos concierne, sino a procedimientos distintos que también se sustanciaban ante este Jurado, que versaban sobre el mismo objeto que el actual, y que además han devenido ya firmes, por lo que las resoluciones en ellos recaídas eran públicas.

En consecuencia, este Pleno rechaza de plano que se haya producido un incumplimiento del Reglamento del Jurado, en la medida en que ha quedado acreditado que no ha habido filtración alguna del contenido de la Resolución de la Sección por parte de Autocontrol a los medios de comunicación.

2.- En segundo lugar, la recurrente alega que se ha producido una demora de casi seis meses en la resolución del presente asunto, lo cual ha producido un perjuicio a su empresa. En particular, alega que debido a este retraso se ha impedido que Opticalia pudiera adoptar decisiones trascendentes en el ámbito de su comunicación comercial.

Ante estas alegaciones, este Pleno considera oportuno hacer una breve síntesis de los plazos en los que se ha desarrollado el presente procedimiento. En este sentido, en fecha 20 de junio de 2018, AUC presentó una reclamación ante el Jurado de Autocontrol, quién dio traslado en plazo a la reclamada, Opticalia, para presentar el correspondiente escrito de contestación. Opticalia presentó en plazo escrito de contestación con fecha de 28 de junio de 2018. El presente asunto fue revisado por la Sección Primera del Jurado de Autocontrol en la reunión de 5 de julio de 2018. En el marco del análisis de este asunto, y ante las dudas suscitadas en la resolución del mismo sobre la interpretación normativa, la Sección decidió elevar una consulta a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) en fecha de 9 de julio de 2018, extremo que fue notificado a ambas partes del procedimiento, que tuvieron en todo momento conocimiento del estado de tramitación del procedimiento. En fecha 10 de diciembre de 2018, este Jurado obtuvo respuesta de la AEMPS a la citada consulta. Al día siguiente la Sección Primera emitió la Resolución en la reunión del Jurado de Autocontrol celebrada el 11 de diciembre de 2018.

A la vista de lo expuesto, cabe constatar que ningún retraso es imputable a este Jurado. Por el contrario, el Jurado se reunió por primera vez para examinar el expediente pocos días después de recibido el escrito de contestación presentado por Opticalia, acordando en esa primera reunión la consulta a la AEMPS, consulta de cuya realización y tramitación fueron oportunamente informadas las partes. Y una vez



recibida la respuesta a esta consulta el Jurado adoptó la resolución de instancia al día inmediatamente siguiente.

3.- Una vez aclarado lo anterior, y en aras de una mejor comprensión de la presente resolución, este Pleno considera conveniente hacer un sucinto resumen de la cuestión debatida y de la resolución de instancia.

En este sentido, la reclamación se formuló frente a varias piezas publicitarias difundidas en televisión, prensa y en la página *web* www.opticalia.es en las que se mostraba a los famosos cantantes Diana Fuentes y Alejandro Sanz promocionando gafas graduadas.

En su resolución de instancia, la Sección debía determinar si la publicidad infringía la norma 2 del Código de Autocontrol (principio de legalidad), en relación con el artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009, a tenor del cual: *“En la publicidad de los productos [sanitarios] dirigida al público se prohíbe cualquier mención que haga referencia a una autoridad sanitaria o a recomendaciones que hayan formulado científicos, profesionales de la salud u otras personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a su utilización. Se exceptúa de esta prohibición la publicidad promovida por las Administraciones públicas”*.

Para ello, correspondía determinar en primer lugar, si los productos promocionados merecían la calificación de productos sanitarios y, por ende, les resultaba de aplicación la prohibición recogida en el citado artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009 sobre productos sanitarios. En segundo lugar, de ser ésta la categoría legal de los productos promocionados, debía determinarse si el artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009 veta la presencia o testimonio en la publicidad de cualesquiera personajes famosos o con notoriedad o si, por el contrario -tal y como afirmaba la ahora recurrente- sólo impide la presencia de aquellos personajes cuya notoriedad se haya adquirido en ámbitos relacionados con la salud.

A estos efectos, en el marco del citado análisis, y ante la trascendencia de la cuestión debatida, este Jurado decidió elevar una consulta a la AEMPS, de la cual se obtuvo respuesta en fecha 10 de diciembre de 2018, que reproducimos:

“En relación a su escrito en el que solicitan información sobre el alcance del artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre por el que se regulan los productos sanitarios y en concreto si las gafas graduadas son productos sanitarios sometidos al Real Decreto 1591/2009, si les resulta de aplicación la prohibición recogida en el artículo 38.8 y si en su caso debe interpretarse en el sentido de que prohíbe los testimonios de cualesquiera personajes famosos o debe ser interpretado en el sentido de que la prohibición solo alcanza a los testimonios de personas que hayan adquirido notoriedad en ámbitos relacionados para la salud, este Departamento le informa:

- Según se establece en el Artículo 2.1 del citado Real Decreto, se define << Producto sanitario>>: cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas



informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de:

*1º Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad,
2º diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia,*

3º investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico,

4º regulación de la concepción,

*y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos, ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios. **Por tanto, las gafas graduadas tienen la consideración legal de productos sanitarios y les resulta de aplicación la legislación de productos sanitarios.***

*- Según se establece en el artículo 38.8 8. En la publicidad de los productos dirigida al público se prohíbe cualquier mención que haga referencia a una autoridad sanitaria o a recomendaciones que hayan formulado científicos, profesionales de la salud u otras personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a su utilización. **Esta prohibición aplica a todos los productos sobre los que se efectúe publicidad dirigida al público, entre los que se incluyen las gafas graduadas. Asimismo la prohibición afecta a cualquier persona que debido a su notoriedad pueda incitar a su utilización, independientemente del ámbito por el que la persona tenga notoriedad**".*

Pues bien, a la luz de esta respuesta, la Sección concluyó que la publicidad objeto del presente procedimiento resultaba incompatible con el principio de legalidad recogido en la norma 2 del Código de Autocontrol, en relación con el artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009.

4.- En su escrito, la recurrente disiente con el pronunciamiento de la Sección. Los argumentos de la recurrente a este respecto pueden reconducirse a dos. Así, alega la recurrente en primer lugar que la prohibición recogida en el artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009 sólo resulta de aplicación a aquellos profesionales que hayan adquirido fama o notoriedad en ámbitos relacionados con la salud. Defiende también la recurrente -en segundo lugar- que la aplicación de aquella norma a otros profesionales cuya fama no se vincule con la salud supondría una interpretación extensiva que no se justificaría por razones de salud o seguridad pública y que por tanto resultaría incompatible con el artículo 80.4 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que señala que las prohibiciones a la publicidad de productos sanitarios deben basarse en "*razones de salud pública o seguridad de las personas*".

5.- El Pleno debe rechazar ambos argumentos. Así, en contra de lo que afirma la recurrente, la aplicación del artículo 38.8 del Real Decreto 1591/2009 a cualquier personaje famoso o notorio (con independencia de que haya adquirido notoriedad en ámbitos relacionados con la salud o no) no supone -como indebidamente afirma la



recurrente- una interpretación extensiva de la norma. Antes bien, supone una interpretación completamente apegada al tenor literal de la misma.

A estos efectos basta recordar que el artículo 38.8 dispone lo siguiente: *“En la publicidad de los productos [sanitarios] dirigida al público se prohíbe cualquier mención que haga referencia a una autoridad sanitaria o a recomendaciones que hayan formulado científicos, profesionales de la salud u otras personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a su utilización”*.

Basta una simple lectura de esta norma para comprobar que la misma no diferencia entre personas que hayan adquirido notoriedad en el ámbito de la salud y personas que hayan adquirido notoriedad en otros ámbitos distintos de la salud. Antes bien, alude simple y llanamente a personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a la utilización del producto sanitario.

Así pues, no existe base alguna en el artículo 38.8 para concluir que sólo resulta de aplicación a personas que hayan adquirido notoriedad en el ámbito de la salud. Es más, si se hace una lectura íntegra del artículo 38.8 la conclusión debería ser justo la contraria. En efecto, este precepto prohíbe tanto los testimonios de profesionales de la salud como los de otras personas que puedan debido a su notoriedad incitar a su utilización; diferenciación ésta que carecería de sentido alguno si la intención del legislador fuese prohibir únicamente los testimonios de personas que hayan adquirido notoriedad en el ámbito de la salud.

Por consiguiente, no es este Jurado quien realiza una interpretación extensiva de la norma. Es la recurrente la que pretende que se proceda a una interpretación sumamente restrictiva de la misma, interpretación y aplicación restrictiva de la norma que no se justifica ni en su tenor literal ni en su propia interpretación sistemática.

6.- Por lo demás, ha de hacerse constar que la interpretación y aplicación que se realiza en la resolución de instancia del artículo 38.8 del Decreto 1591/2009 se apoya y se corresponde con la respuesta dada por la AEMPS a la consulta efectuada por el propio Jurado, respuesta en la que se pone de manifiesto que *“la prohibición afecta a cualquier persona que debido a su notoriedad pueda incitar a su utilización, independientemente del ámbito por el que la persona tenga notoriedad”*.

En relación con esto, se queja también la recurrente de que la Sección se haya limitado a reproducir la respuesta dada por la AEMPS a la consulta planteada.

Pues bien, en relación con esta objeción debe decirse que en el presente procedimiento se debate en torno a la aplicación del principio de legalidad recogido en la norma 2 del Código de Conducta en relación con el artículo 38.8 del Decreto 1591/2009. Y existe una amplia y consolidada doctrina de este Jurado según la cual, cuando se trata de aplicar el principio de legalidad, el Jurado ha de atenerse a los precedentes jurisprudenciales o administrativos cuando estos existan. Por lo tanto, el Pleno no alcanza a comprender cuál es el reproche que pueda formularse al hecho de que la Sección en su resolución haya seguido el criterio interpretativo fijado por la Administración competente para la aplicación del artículo 38.8 del Decreto 1591/2009.



De hecho, la resolución sería reprochable si hubiese hecho lo contrario; esto es, si existiendo un claro precedente administrativo sobre la interpretación de aquel precepto, hubiese procedido a la aplicación del principio de legalidad en un sentido distinto del que marca aquel precedente.

7.- Como decíamos, defiende también la recurrente que una interpretación según la cual la prohibición prevista en el artículo 38.8 afecta a cualesquiera personajes famosos o notorios, con independencia de que hayan adquirido notoriedad en ámbitos relacionados con la salud o en otros ámbitos diferentes, entraría en contradicción con el artículo 80.4 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que señala que las prohibiciones a la publicidad de productos sanitarios deben basarse en *“razones de salud pública o seguridad de las personas”*.

Como es evidente, con esta alegación la recurrente objeta la propia validez de la prohibición que en términos globales incorpora el artículo 38.8 del Decreto 1591/2009. Mas es obvio que no es función ni competencia de este Jurado determinar la validez de preceptos legales, la cual -en caso de ser discutida- deberá ser impugnada por los cauces oportunos. El Jurado, ante una norma en vigor cuya validez no ha sido discutida ni debatida por dichos cauces, debe limitarse a aplicarla en su propio tenor literal y tomando en consideración los precedentes jurisprudenciales o administrativos que le afecten.

8.- En su escrito de recurso, en fin, la recurrente impugna no sólo los pronunciamientos de la Sección en cuanto a la cuestión de fondo, sino también los pronunciamientos por los que se le impone a Grupo Opticalia-Sun Planet, S.L., el pago de los gastos generados por la tramitación del presente procedimiento.

Pues bien, en relación con las objeciones que a este respecto plantea la recurrente, este Jurado considera oportuno aclarar que las normas relativas a las tarifas de los procedimientos ante el Jurado (que son aprobadas por los órganos de la asociación, y que este Jurado se limita a aplicar) obligan a imponer el pago de los gastos generados por la tramitación de los procedimientos a la parte que haya visto desestimadas todas sus pretensiones, sin contemplar excepción alguna relacionada con la complejidad del caso o con la duración el procedimiento. Al Jurado, como avanzábamos, le compete únicamente la aplicación de estas reglas, y no su fijación o alteración, que es competencia de los órganos directivos de la asociación.

En todo caso, y a meros efectos dialécticos, este Jurado también debe hacer constar que ninguna de las dos circunstancias invocadas por la recurrente son atribuibles a este Jurado. Así, en relación con el supuesto retraso en la tramitación del procedimiento, ya se ha dicho en un anterior fundamento (al que nos remitimos), que el Jurado celebró su primera reunión a los pocos días de recibir el escrito de contestación de la ahora recurrente. Y, habiendo decidido en dicha reunión realizar una consulta a la AEMPS (de cuya realización y tramitación fueron oportunamente informadas las partes) dictó la resolución de instancia al día inmediatamente posterior a recibir la respuesta.



En relación con la supuesta complejidad del caso, es preciso hacer constar que la cuestión sobre la que versaba dicha consulta (la aplicación de la prohibición del artículo 38.8 del Decreto 1591/2009 a cualquier persona famosa o notoria o únicamente a los que hayan adquirido notoriedad en el ámbito de la salud) fue precisamente suscitada por la ahora recurrente, que centró gran parte de su escrito de contestación en defender la restricción de ámbito de aplicación del citado precepto a personas que hayan adquirido notoriedad en ámbitos relacionados con la salud.

Por las razones expuestas, el Pleno del Jurado de Autocontrol

ACUERDA

Desestimar el recurso de alzada presentado por Grupo Opticalia-Sun Planet, S.L., contra la Resolución de la Sección Primera de 11 de diciembre de 2018.