

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A RADIO POPULAR, S.A.-COPE, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 18.3. e) DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

SNC/DTSA/048/16/COPE

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

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 22 de diciembre de 2016

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Requerimiento de cese

Mediante Resolución de fecha 21 de abril de 2016 (folios 1 a 9 del expediente administrativo), la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC requirió a RADIO POPULAR, S.A.-COPE para que, en el plazo de diez días contados desde el día siguiente a la notificación de la Resolución, cesara la emisión de comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas que no respetaran las condiciones establecidas en la LGCA (REQ/DTSA/009/16/COPE/PUBLICIDAD BEBIDAS ALCOHÓLICAS).

El requerimiento fue notificado el día 25 de abril de 2016 (folio 10) y en él se advertía de que su incumplimiento podría dar lugar a la apertura de procedimiento sancionador por el incumplimiento de las instrucciones y

decisiones de la autoridad audiovisual o por la emisión de comunicaciones comerciales que fomenten comportamientos nocivos para la salud en los términos establecidos en el apartado 3 del artículo 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA).

SEGUNDO.- Denuncia

Con fecha 9 de junio de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC una denuncia de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), en relación con la emisión de una comunicación comercial de una marca de ron por parte de la Cadena COPE, el día 22 de mayo de 2016, que según la denunciante podría fomentar el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas, y solicitaba la incoación de un expediente sancionador contra el operador de radiodifusión por infracción de la LGCA (folios 11 a 14).

TERCERO.- Comprobación de hechos

En el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión determinadas en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), este organismo constató que existían indicios sobre la posible vulneración por parte de RADIO POPULAR, S.A., por sus emisiones en la Cadena COPE, de lo dispuesto en el art. 18.3.e) de la LGCA, ya que emitió el día 22 de mayo de 2016, entre las 21:05:45 y las 21:06:35 horas, comunicaciones comerciales de la bebida alcohólica “RON AREHUCAS” (denunciada por AUC), y el 15 de mayo de 2016 del “VINO LA GUITA”, entre las 14:01:30 y las 14:02:50; y entre las 18:26:15 y las 18:27:35 horas.

CUARTO.- Incoación del procedimiento sancionador

Con fecha 7 de julio de 2016, y a la vista de los anteriores antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/D TSA/048/16/COPE, al entender que RADIO POPULAR, S.A. –COPE (en adelante COPE) había podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.3.e) de la LGCA, por las emisiones de publicidad de bebidas alcohólicas que fomentan comportamientos nocivos para la salud (folios 23 a 27).

QUINTO.- Alegaciones al acuerdo de incoación

El acuerdo de incoación fue notificado el día 11 de julio de 2016 al interesado, concediéndole un plazo de quince días para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones y proponer pruebas, en su caso.

El día 27 de julio de 2016 COPE, presentó su escrito de alegaciones (folios 30 a 36) en el que, sucintamente, manifiesta:

- Que se ha vulnerado el principio de tipicidad contenido en el art. 25 de la Constitución, pues la emisión de comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20º está emitida en los canales de radiodifusión sonora sin limitación de franjas horarias.
- Que COPE no ha elaborado las comunicaciones comerciales objeto del expediente y, en todo caso, no iban dirigidas a menores, ni fomentaban el consumo inmoderado, ni se asociaba el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud.
- Que los contenidos de las comunicaciones comerciales del vino LA GUITA se asocian a una reunión familiar o social para picar y el número de botellas de vino, a la cantidad de comida y al número de comensales. En ningún momento, se relaciona a que la ausencia del vino hubiera provocado el fracaso del picoteo o a que, consumiéndolo, se tendría éxito social o mayor número de amigos.
- Que en la comunicación del ron AREHUCAS se hace una valoración positiva del producto en cuanto a su frescura y olor, se aconseja beber con refresco, hielo y limón o naranja y se personifica para hacer apetecible el consumo de la bebida. Tal vez, la redacción podía haber sido más afortunada pero es desproporcionado entender que se fomenta el consumo inmoderado de alcohol.
- Que, desde el requerimiento, COPE ha moderado el mensaje de los espacios publicitarios de bebidas alcohólicas con objeto de evitar que se pueda entender que se alienta el consumo no responsable de alcohol.

SEXTO.- Propuesta de resolución

El instructor formuló la propuesta de resolución el día 17 de octubre de 2016, en la que proponía el sobreseimiento del expediente sancionador y el archivo de las actuaciones (folios 37 a 52).

La propuesta de resolución fue notificada a COPE el día 17 de octubre de 2016 (folio 53) y se le emplazó para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes.

SEPTIMO.- Cierre de la instrucción

Por acuerdo del instructor de fecha 11 de noviembre de 2016 (folio 54) el instructor del expediente acordó remitir a la Secretaría del Consejo la propuesta de resolución para su elevación a la Sala de Supervisión Regulatoria.

SEPTIMO.- Acuerdo del Consejo

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó, por acuerdo de fecha 24 de noviembre de 2016 (folio 55 a 60) conferir a COPE un plazo de quince días para aportar las alegaciones que estimase convenientes en relación con la valoración de los hechos objeto del procedimiento así como en las sanciones a imponer.

El acuerdo de la sala considera que las tres cuñas están destinadas a estimular un mayor consumo de las bebidas promocionadas y, en definitiva, incrementar los riesgos para la salud inherentes al consumo inmoderado de bebidas alcohólicas. Por ello, y frente al criterio del instructor, la Sala considera que cada una de las tres infracciones debe sancionarse con una multa por importe total de 50.001 €.

OCTAVO.- Alegaciones

El acuerdo al que se refiere el anterior antecedente fue notificado a COPE el día 28 de noviembre de 2016 (folio 63 del expediente).

En su escrito de alegaciones, que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 16 de diciembre de 2016 (folios 64 a 78), manifiesta, en síntesis:

- Que el artículo 20.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora permitiría al Consejo de esta Comisión modular la gravedad de la infracción determinada en la propuesta de resolución o incluso imponer una sanción distinta de la propuesta, pero no modificar la calificación jurídica de la infracción y apreciar la tipicidad de la conducta o la responsabilidad del supuesto infractor cuando previamente, en la fase instructora, se ha propuesto del archivo.
- Que las comunicaciones comerciales objeto del expediente no son subsumibles en la conducta prohibida en el artículo 18.3.e) de la LGCA, ni se produce el tipo infractor previsto en el artículo 58.8 de dicha norma, por lo que se estaría vulnerando el principio de tipicidad.

Por todo ello, COPE solicita el archivo del procedimiento.

NOVENO.- Informe de la Sala de Competencia de la CNMC

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la LCNMC, con esta misma fecha, la Sala de Competencia ha emitido informe sin observaciones al presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Emisiones de comunicaciones comerciales prohibidas

Por lo que se refiere a la determinación de los hechos imputados, se ha constatado, de acuerdo a lo reflejado en los informes de audio de las emisiones de COPE, y demás documentación que forma parte del procedimiento, que en los días 15 y 22 de mayo de 2016 se emitieron comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas, que pudieran incumplir las condiciones establecidas en el artículo 18.3.e) de la LGCA, al fomentar comportamientos nocivos para la salud.

Las grabaciones (folios 20 a 22) y sus correspondientes actas (folios 15 a 19), cuyo contenido se reproduce, obran en el expediente:

“INFORME DE AUDIO

“PRECEPTO LEGAL OBJETO DEL INFORME: Artículo 18.3.e) Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (t-a comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomente el consumo inmoderado o asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud).

DATOS RESULTANTES DEL INFORME DE AUDIO

EMISORA DE RADIO: Cadena COPE.

FECHA DE EMISIÓN: 15 de mayo de 2016 (domingo).

PROGRAMA RADIOFÓNICO: Tiempo de juego.

FRANJA HORARIA: 13:55 - 02:01 horas.

AMBITO: Nacional.

CAMPAÑA: LA GUITA/VINO.

Durante el día 15 de mayo del año 2016, se ha emitido en la Cadena COPE una campaña publicitaria de **LA GUITA/VINO** de la siguiente manera

El día 15 de mayo de 2016 a las 13:55 horas Pepe Domingo Castaño presenta el programa Tiempo de juego - programa radiofónico deportivo que se emite los fines de semana en la cadena COPE con Paco González, Manolo Lama y Pepe Domingo Castaño- que durará hasta las 02:01 horas. A continuación de la presentación Heri sigue con Fórmula 1., y a las 14:01:33 horas se inserta la siguiente comunicación comercial:

Heri (14:01:33 horas): "Igual había que hacer un poquito de picoteo ¿no? para vivir este Gran Premio de Fórmula 1. Hernández ¿cómo lo ves?, y Pepe ¿tú como lo ves?"

Pepe Domingo Castaño (14:01:41 horas): "Hoy es un buen día para montar un buen picoteo, lo que nos gusta un picoteo ¡eh! A que te encanta.

¿Sabes lo más importante para montar un buen picoteo? ¿Lo sabe? Meter en la nevera La Guita una botella, dos, tres, cuatro, depende del volumen del picoteo. Lo más importante meter en la botella, en la nevera botellas de La Guita, y luego preparar las copitas de vino ¡eh! Para servir La Guita porque La Guita ¡ay! es un vino que hay que tomarlo muy frío, muy frío, muy frío (ruidos de frío). Vale, una vez metida La Guita en la nevera ¡A por el picoteo!''

Ponen música mientras dicen:

Pepe Domingo Castaño: "¿Qué le ponemos? Jamoncito".

Voz: "Y **La Guita**".

Pepe Domingo Castaño: "Quesito".

Voz: "Y **La Guita**".

Pepe Domingo Castaño: "Un buen lomo".

Voz: "Y **La Guita**".

Pepe Domingo Castaño: "Y aceitunas".

Voz: "Y **La Guita**".

Pepe Domingo Castaño: "Y un choricito".

Voz: "Y **La Guita**".

Pepe Domingo Castaño: "Y unas sardinitas".

Voz: "Y **La Guita**".

Pepe Domingo Castaño: "Y las pequeñitas".

Voz: "Y **La Guita**".

Pepe Domingo Castaño: "Y unos mejillones".

Voz: "Y **La Guita**".

Pepe Domingo Castaño: "Y unas anchoítas".

Voz: "Y **La Guita**".

Pepe Domingo Castaño: "¡Ay que bueno es! ¡Viva **La Guita**!".

Voz: "¡Viva!"

Pepe Domingo Castaño: "¡Viva el picoteo!".

Voz: "¡Viva el picoteo!".

Termina la animación musical y Pepe Domingo Castaño cantando: "Gracias a **La Guita** -cantan a coro- por el picoteo". (14:02:49 horas).

Continúan con la retransmisión del Gran Premio de España de Fórmula 1. A lo largo del programa hay diferentes conexiones deportivas. A las **18:26:18 horas** están hablando de fútbol cuando se inserta una comunicación comercial protagonizada por Pepe Domingo Castaño y uno de los coordinadores del programa German Mansilla, de la siguiente manera:

Pepe Domingo Castaño (18:26:18 horas): "¡Oye! que me he enterao que Mansilla montó el otro día un picoteo, creo que habla todo el mundo, no se habla de otra cosa en Móstoles -sí- El picoteo de Mansilla -sí, sí, sí- Cuéntame Mansilla ¿cuántas bote... Primero lo más importante, lo hiciste lo que hay que hacer ¿no?".

Mansilla: "Hice lo que..."

Pepe Domingo Castaño: "Botella de La Guita en la nevera"

Mansilla: "No, botella no. Botellas, botellas"

Pepe Domingo Castaño: "¿Cuántas botellas metiste?"

Mansilla: "Metí siete al final porque es que éramos"

Pepe Domingo Castaño: "¿Pero siete botellas?"

Mansilla: "Es que éramos ¿cuántos? 14 al final".

Pepe Domingo Castaño: "¡Ah! Entonces sí".

Mansilla: "Tocamos a dos por cabeza".

Pepe Domingo Castaño: "Claro, claro, claro, o sea siete botellas de La Guita " en la nevera".

Mansilla: "Sí."

Pepe Domingo Castaño: "Para que esté bien frío".

Mansilla: "Sí".

Pepe Domingo Castaño: "Porque **La Guita** -ruidos de frío- es un vino que hay que tomarlo bien frío".

Mansilla: "Helado".

Pepe Domingo Castaño: "Tus copitas de vino preparaditas".

Mansilla: "Sí"

Pepe Domingo Castaño: "Y luego empezó el picoteo".

Mansilla: "Sí".

Pepe Domingo Castaño: "Vamos a ponerle música".

Ponen la música mientras dicen:

Pepe Domingo Castaño: "¿Qué le pusiste?".

Mansilla: "Jamoncito".

Pepe Domingo Castaño: "Vale".

Voz: "Y **La Guita**".

Pepe Domingo Castaño: "¿Qué más?".

Mansilla: "Y quesito".

Pepe Domingo Castaño: "Bien".

Voz: "Y **La Guita**"

Mansilla: "Y aceitunas".

Pepe Domingo Castaño: "Bien".

Voz: "Y **La Guita**".

Mansilla: "Y mejillones".

Pepe Domingo Castaño: "Bien".

Voz: "Y **La Guita**".

Mansilla: "Y berberechitos".

Pepe Domingo Castaño: "Vale".

Voz: "Y **La Guita**".

Mansilla: "Y ya, ya está, y quesito también".

Pepe Domingo Castaño: "¡Ah! ¡Ah! Bueno ya, esto ya, ya está un picoteo bien montado, claro luego puedes ponerle lo que quieras. **El picoteo de La Guita admite todo, lo importante es, el vino, claro que esté frío, muy frío -ruidos de frío-. Está el picoteo**".

Termina la animación musical y Pepe Domingo Castaño cantando: "Gracias a **La Guita** -cantan a coro- por el picoteo". (18:27:32 horas).

Continúan con conexiones de diferentes partidos de fútbol, y demás contenidos deportivos hasta las 02:01 horas que termina el programa.

Se detalla en el siguiente cuadro la fecha y horas de la emisión de una campaña publicitaria de LA GUITA/VINO el día 15 de mayo del año 2016, emitida en la Cadena COPE:

Campana	Ámbito de emisión	Emisora de Radio	Fecha	Día de la semana	Hora de inicio	Hora fin	Duración	Formato
LA GUITAVINO	Nacional	Cadena COPE	15/05/2016	Domingo	14:01:33	14:02:49	01' 16''	Microespacio
					18:26:18	18:27:32	01' 14''	

“INFORME DE AUDIO

“PRECEPTO LEGAL OBIETO DEL INFORME: Artículo 18.3.e) Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (t-a comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomente el consumo inmoderado o asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud).

“DATOS RESULTANTES DEL INFORME DE AUDIO

“EMISORA DE RADIO: Cadena COPE.

FECHA DE EMISIÓN: 22 de mayo de 2016 (domingo).

PROGRAMA RADIOFÓNICO: Tiempo de juego.

FRANJA HORARIA: 15:01-02:00 horas.

AMBITO: Nacional.

CAMPAÑA: AREHUCAS/RON.

Durante el día 22 de mayo del año 2016, se ha emitido en la Cadena COPE una campaña publicitaria de **AREHUCAS/RON** de la siguiente manera:

El día 22 de mayo de 2016 a las 15:01 horas Pepe Domingo Castaño presenta el programa Tiempo de juego - programa radiofónico deportivo que se emite los fines de semana en la cadena COPE con Paco González, Manolo Lama y Pepe Domingo Castaño- que durará hasta las 02:00 horas. A lo largo del programa hay diferentes retransmisiones deportivas. Después de conexiones deportivas desde diferentes lugares donde se juegan partidos de fútbol, e información que dan los locutores de diferentes deportes, y de la jornada de futbolística. A las **21:05:44 horas** se inserta la siguiente comunicación comercial:

Locutor (21:05:44 horas): " A partir de ahora la Copa no sabemos si habrá hoy más ronroneo por la noche en Sevilla o en Barcelona, pero desde luego en Madrid seguro".

Pepe Domingo Castaño (21:05:51 horas): "Tú pones un cubata jeh!-se oye como se echa líquido en un vaso-. Pones el vaso, pones el hielito -sonido de echar un hielo- jeh! hay suficiente, luego pones un poquito de naranja o de limón exprimido, luego le pones **Arehucas**, y una vez está servido, le pones por ejemplo coca cola".

Voz: "Por ejemplo".

Pepe Domingo Castaño: "Y el color que adquiere ese cubata".

Voz: "Color oro".

Pepe Domingo Castaño: "Te está diciendo bébeme".

Voz: "Ven pá acá".

Pepe Domingo Castaño: "¡Bébémeee, bébémeeee, bébémeeee¡".

Cantan: "Viva mi ron".

Pepe Domingo Castaño: "Arehucas".

Cantan: "Viva mi cubara de ron."

Pepe Domingo Castaño: "Arehucas".

Voz: "Viva!".

Cantan: "Arehucas".

Pepe Domingo Castaño: "Arehucas"

Cantan: "La cuna, cuna del ron".

Pepe Domingo Castaño: "Desde que llegaste a mi cubata me robaste el corazón".

Cantan: "Prrr... viva mi ron". (21:06:31 horas)

A continuación se retransmite la final de la Copa del Rey de fútbol 2016 entre FC Barcelona-Sevilla.

Se detalla en el siguiente cuadro la fecha y hora de la emisión de una campaña publicitaria de AREHUCAS{RON el día 22 de mayo del año 2016, emitida en la Cadena COPE:

Campaña	Ámbito de emisión	Emisora de Radio	Fecha	Día de la semana	Hora de inicio	Hora fin	Duración	Formato
AREHUCAS/RON	Nacional	Cadena COPE	22/05/2016	Domingo	21:05:44	21:06:31	47"	Microespacio

Los productos anunciados son reales y existen en el mercado. Según la información contenida en la página web del anunciante¹, el vino en cuestión tiene una graduación alcohólica de 15 grados. Por su parte, de la página web del ron anunciado en la otra comunicación comercial², se desprende que hay varios tipos de ron comercializados con esa marca: ("Carta Oro"; "Carta Blanca"; "Ron miel guanche"; "Ron Caramelo", Capitán Kidd", etc) y que, en todos los casos, tienen una graduación alcohólica no inferior a 20º.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

El artículo 29.1 de LCNMC señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo señalado, entre otros preceptos, en el Título VI de LGCA.

La instrucción de los procedimientos sancionadores, según lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la

¹ <http://www.laguita.com/index.php?lang=es>

² <http://arehucas.es/?lang=es>

CNMC, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. Es competente para su resolución la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC, tal y como prevén el artículo 21.2 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico.

Junto a las normas ya citadas, son de aplicación al presente procedimientos, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC) y el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según la cual a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.

II. Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si COPE ha incurrido en infracciones administrativas tipificadas en la LGCA, por la presunta vulneración de la prohibición de emitir comunicaciones comerciales prohibidas por fomentar comportamientos nocivos para la salud y, en concreto, el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas o el que asocie su consumo al éxito social, mediante la emisión de las cuñas publicitarias a las que se refieren los hechos probados.

III. Tipificación de los hechos probados

El artículo 18.3 de la LGCA prohíbe la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud y, en todo caso, la de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomente el consumo inmoderado o asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud.

En consecuencia, la emisión de comunicaciones comerciales que infrinjan dicha prohibición constituye una infracción prevista en el artículo 58.8 de la LGCA, que tipifica como infracción grave la emisión de comunicaciones comerciales que fomenten comportamientos nocivos para la salud en los términos establecidos en el apartado 3 del artículo 18 de la LGCA.

La prohibición de dichas conductas tiene por objetivo el cumplimiento de lo previsto en el artículo 43.2 de la Constitución Española, que incluye un mandato a los poderes públicos de tutelar la salud pública a través de medidas preventivas. También su artículo 51.1 impone el deber de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, entre otros intereses, su salud.

A juicio de esta Sala, el mandato constitucional y su reflejo en la LGCA imponen a esta Comisión un deber reforzado de vigilancia en la medida en que el consumo de alcohol puede suponer importantes daños a la salud de las personas y, por lo tanto, su promoción a través de comunicaciones comerciales puede tener un alcance que atente a ese valor de especial protección jurídica.

La inclusión de este tipo de publicidad en retransmisiones y programas de carácter deportivo y en horarios en que son fácilmente accesibles a menores de edad, aun no estando prohibida, contrasta con el objetivo de fomento del deporte que deben promover los poderes públicos, tal y como les impone el artículo 43.4 de la propia Constitución Española y permite a los anunciantes asociar su producto a los valores positivos inherentes a la práctica deportiva, sobre todo cuando su contenido no incluye las cautelas necesarias para impedir esa relación y la percepción de las características presentadas como positivas de las bebidas alcohólicas que favorecen su consumo inmoderado.

Las comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas están sujetas a importantes limitaciones en el ámbito televisivo, en el que se prohíbe la comunicación comercial de bebidas alcohólicas de una graduación alcohólica superior a 20 grados y se limita a determinadas franjas horarias la inferior a 20 grados. Además (y esta prohibición alcanza a todas las comunicaciones comerciales, tanto televisivas como radiofónicas), el artículo 18.3 de la LGCA prohíbe la comunicación comercial de bebidas alcohólicas con menos de 20 grados (ha de entenderse que también la de más de 20 grados cuando es radiofónica) en determinados supuestos:

- Cuando esté dirigida a menores.
- Cuando fomente el consumo inmoderado.
- Cuando asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico.
- Cuando asocie el consumo al éxito social.
- Cuando asocie el consumo a la salud.

El objetivo de la prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas que fomente el consumo inmoderado o que den la impresión de que el consumo de alcohol contribuye al éxito social, previsto en relación con la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas en el artículo 15.e) de 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, es evitar el fomento de una práctica que el legislador considera indeseable por sus graves consecuencias sobre la salud de las personas.

Los anteriores motivos justifican que la CNMC exija a los operadores radiofónicos un estricto cumplimiento del deber de adecuar la comunicación comercial de bebidas alcohólicas a los límites legales e impedir la emisión de

aquellas que fomenten comportamientos nocivos para la salud, como los enumerados.

Se analiza, a continuación, cada una de las comunicaciones comerciales:

- **Anuncio del ron. Emitido entre las 21:05:44 h y las 21:06:31 h del 22 de mayo de 2016, en COPE**

La denuncia a la que hace referencia el antecedente “Segundo” de la resolución se remite al anuncio de la citada bebida.

En él, es destacable el uso creciente del imperativo “bébeme” mientras se hace la descripción del producto y se explica con efectos de sonido la preparación de un cubalibre con la bebida para hacerla más atractiva y deseable. La cuña publicitaria concluye con una canción en la que se dan “vivas” a la bebida.

En el anuncio es destacable la ausencia de advertencias que sirvan para contraponer los efectos negativos a las cualidades de la bebida y se destacan sus cualidades sin advertir de ninguno de sus inconvenientes.

- **Anuncios de la marca de vino. Emitidos entre las 14:01:33 h y las 14:02:49 h (76 segundos de duración) y las 18:26:18 h y las 18:27:32 h (74 segundos de duración), el 15 de mayo de 2016, en COPE**

Al igual que el anterior, ambos anuncios se realizan en directo por los locutores. En ellos se relaciona el producto alcohólico anunciado con la idea de una reunión social para comer (un “picoteo”) en el que comparte protagonismo con la propia comida, en consonancia con la estrategia promocional del anunciante³.

En la primera de las promociones, emitida el día 15 de mayo de 2016, se destaca que lo importante de un encuentro social es el vino, no la compañía de otras personas o la comida. Al colocar la bebida alcohólica como el elemento sobre el que gravita el *picoteo* se transmite la idea de que una reunión divertida tiene necesariamente que incluir el consumo de alcohol y, además, siempre en una cantidad abundante, de manera que su ausencia no arruine el éxito del encuentro.

Tras esta primera idea, se inicia con fondo musical una enumeración de alimentos a los que siempre le sigue la referencia (hasta en nueve ocasiones) a la marca de vino promocionado para concluir dando “vivas” al producto. Se concluye con una conocida canción en la que se agradece a ese vino por el picoteo, como si no pudiera ser posible el segundo sin el primero.

³ <http://www.laguita.com/index.php?lang=es>

En el segundo anuncio se reproduce un evento social (un picoteo casero en Móstoles, lo que ya subraya su carácter cotidiano), también con el desarrollo de las dos ideas mencionadas: la importancia esencial del vino en este tipo de celebraciones y su posibilidad de combinación con una multitud de alimentos.

Al igual que en el anuncio anterior, la forma de consumir el producto (en frío) da pie a introducir la idea de que lo adecuado es meter un número de botellas en la nevera proporcional al número de comensales.

En lo que respecta a la cantidad de vino a consumir, mientras que el primer anuncio no hace referencia al número concreto de botellas necesarias, el segundo si cita uno que, en todo caso, se relaciona con el número de invitados para permitir que todos ellos puedan consumir el producto en una cantidad suficiente. Esta asociación se hace, por el formato de la publicidad, de forma rápida, en medio del diálogo aparentemente improvisado y desenfadado de los locutores, por lo que no queda claro si se trata de un nivel de consumo adecuado o, por el contrario, alejado de criterios razonables de moderación en el consumo. De hecho, en un momento dado, el locutor afirma que *“tocamos a dos [botellas] por cabeza”*, a los que el otro presentador responde *“claro, claro, claro, o sea siete botellas de La Guita en la nevera”*. Sin perjuicio del posible error aritmético, por tanto, el anuncio transmite la idea de que un consumo sin medida es adecuado.

IV. Análisis de las alegaciones presentadas por COPE.

En primer lugar, COPE considera que el artículo 20.3 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, de aplicación al procedimiento por estar vigente en el momento de su incoación, no permite al órgano sancionador imponer una sanción cuando el instructor ha propuesto el archivo del procedimiento por no apreciar tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad en la conducta analizada.

Dicha conclusión no puede compartirse, pues, tal y como señala la sentencia que el propio escrito de alegaciones cita⁴, entre otras muchas, el citado precepto permite al órgano competente para sancionar imponer una sanción distinta de la recogida en la propuesta de resolución siempre que la relación de hechos se mantenga inalterada, la calificación de la infracción no se modifique y la sanción sea una de las específicamente previstas en la Ley para ese tipo de infracción sin necesidad de abrir una nueva fase de alegaciones. La fase de alegaciones será necesaria, por tanto, en caso contrario: cuando se altere la relación de hechos o se modifique la calificación de la infracción, incluyendo en este último caso la apreciación de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad en la conducta cuando el instructor la ha descartado. Es decir, a juicio de esta Sala, en supuestos como el analizado en la presente resolución, en la que el instructor propuso el archivo del expediente frente al criterio del órgano

⁴ STS de 7 de junio de 1997 (recurso 205/1994)

sancionador, puede modificarse la calificación jurídica de la infracción por parte de éste siempre que se verifique el trámite de audiencia.

La anterior conclusión no es contradicha por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alegada por COPE pues, como se ha señalado, en el presente caso se ha concedido un trámite de audiencia para evitar la producción de indefensión. Asimismo, en cuanto a la sentencia del TSJ de la Región de Murcia de 17 de febrero de 2006 (recurso 2115/2002), debe señalarse que se trataba de un caso en el que la propuesta de resolución pedía el archivo del expediente y el órgano sancionador dictó una propuesta de resolución que no incluía el contenido reglamentariamente previsto para dicho acto. A juicio de dicho tribunal, el órgano sancionador debió ordenar la retroacción de las actuaciones para practicar las pruebas complementarias y, a su vista, que el instructor formulase una nueva propuesta de resolución.

Dicho criterio, que parece separarse del expuesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha sido modificado posteriormente, o al menos matizado, en la jurisprudencia del mismo tribunal. Así, en su reciente sentencia 802/2016, de 27 de octubre (recurso 501/2015), el TSJ de Murcia, reconoce que el órgano competente para sancionar puede imponer una multa, previa audiencia del interesado, aunque el instructor hubiera propuesto el archivo del expediente en los siguientes términos (FD 3º):

Sin embargo, no queda el órgano resolutor vinculado en lo que a la valoración jurídica se refiere, por lo que frente a una determinada propuesta de sanción puede resolverse la imposición de una sanción menor o, incluso, la inexistencia de infracción o responsabilidad; o bien al contrario, ante esa misma sanción propuesta o la conclusión sin sanción alguna puede el órgano competente imponer una sanción o más grave. En este último caso, por razón del derecho de defensa, se prevé una última intervención in extremis del responsable, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días (art. 20.3 RPS) El tenor literal de la norma es el siguiente: (...) La STC de 1 de octubre de 2012 ha entendido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa del recurrente, si se decidiera sustituir la sanción por otra más grave sin dar la oportunidad al recurrente de alegar o proponer prueba respecto de la misma

En cuanto a la falta de tipificación de la conducta, que es el segundo de los motivos expuestos por COPE para solicitar el archivo del procedimiento, deberá estarse a lo ya expuesto más arriba.

V. Responsabilidad de la infracción

En aplicación de lo establecido en el artículo 61 de la LGCA, la responsabilidad por las infracciones debe atribuirse a COPE, por ser el operador del servicio de

comunicación audiovisual autor de los hechos infractores considerados probados.

RADIO POPULAR, S.A.-COPE es responsable de los contenidos que se emiten en sus frecuencias radiofónicas y, a efectos del procedimiento administrativo sancionador, la responsabilidad puede ser exigida “aún a título de simple inobservancia” (art. 130.1 LRJAP y PAC), 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 prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica, en cuyo cumplimiento deben poner la diligencia necesaria.

VI. Cuantificación de las sanciones

El artículo 60 de la LGCA prevé que las infracciones graves serán sancionadas con multa de 50.001 a 100.000 euros para los operadores de servicios de comunicación radiofónica, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas.

Para cuantificar las sanciones a imponer, se han de considerar los criterios establecidos al efecto en los artículos 131.3 de la LRJAP y PAC y 60.2 y 4, de la LGCA. En concreto, en el presente caso, se ha valorado (i) la naturaleza de los perjuicios causados; (ii) la inexistencia de reincidencia; (iii) la inexistencia de infracciones anteriores cometidas por el sujeto en los tres años anteriores, (iv) la repercusión social de las infracciones y v) la obtención de beneficios por parte de COPE.

En todo caso, la sanción impuesta es la mínima en las tres infracciones, lo que acredita que en su individualización no se han considerado globalmente dichos criterios en un sentido perjudicial para el sancionado y su proporcionalidad a la vista de las circunstancias concurrentes y del criterio de la Audiencia Nacional en casos similares (SSAN de 20 de julio de 2012; 27 de abril de 2015; 21 de julio de 2015, 23 de febrero de 2015, entre otras muchas).

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a Radio Popular, S.A.- COPE, responsable de la comisión de **tres (3) infracciones administrativas de carácter grave** consistentes en la emisión las tres comunicaciones comerciales radiofónicas a las que se refieren

los hechos probados de esta resolución que fomentan comportamientos nocivos para la salud prohibidos en el artículo 18.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

SEGUNDO.- Imponer a Radio Popular, S.A.- COPE, de conformidad con lo previsto en el artículo 60.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, tres multas por importe de **cincuenta mil un euros (50.001 euros) cada una de ellas.**

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.