

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR LA ASOCIACION PARA LA AUTORREGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL (AUTOCONTROL) EN RELACIÓN A LA PROMOCIÓN DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS DE MAS DE VEINTE GRADOS EN APLICACIONES MÓVILES

CNS/D TSA/266/17/AUTOCONTROL BEBIDAS ALCOHÓLICAS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla.

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 9 de mayo de 2017

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (en adelante CNMC), en su reunión de 9 de mayo de 2017 ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), en relación a la posibilidad de promocionar bebidas alcohólicas de más de veinte grados en aplicaciones móviles.

I. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

Con fecha 28 de marzo de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de AUTOCONTROL en el que se plantean dos cuestiones relativas a la posibilidad de promocionar bebidas alcohólicas de más de veinte grados en plataformas o aplicaciones para el visionado de programas en dispositivos móviles, tales como teléfonos, tabletas u ordenadores.

A raíz de unas consultas recibidas en el Gabinete Técnico de AUTOCONTROL y, teniendo en cuenta el artículo 18.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), en relación con el artículo 2.2 de la misma norma, AUTOCONTROL solicita la opinión de esta Sala de Supervisión Regulatoria sobre los siguientes extremos:

1. *“Si este tipo de plataformas y aplicaciones (teléfonos, tabletas, ordenadores...) pueden calificarse como servicios de comunicación audiovisual televisiva en movilidad o “televisión en movilidad”.*
2. *En caso afirmativo, si las comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de más de 20 grados estarían prohibidas en estas plataformas y aplicaciones.*

Por lo anterior, AUTOCONTROL solicita la opinión de esta Sala sobre los extremos planteados con el fin de clarificar esta cuestión y facilitar la correcta aplicación de la Ley General de la Comunicación Audiovisual.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“Ley CNMC”) *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual.”*

Y en los apartados tercero, cuarto y sexto se prevé que, en particular, ejercerá las funciones de:

“3. Controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas para hacer efectivos los derechos del menor y de las personas con discapacidad conforme a lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.

4. Supervisar la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente y los códigos de autorregulación en los términos establecidos en el artículo 9 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.

6. Controlar el cumplimiento de las obligaciones, las prohibiciones y los límites al ejercicio del derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales impuestos por los artículos 13 a 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo”.

A estos efectos, el artículo 18 de la LGCA regula las comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas. En su apartado tercero, letra c) establece que *“En todo caso está prohibida: [...] c) La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados”.*

Asimismo, por lo que se refiere a la licitud de las comunicaciones comerciales audiovisuales y a otro tipo de prohibiciones, por remisión del artículo 18 de la LGCA, ha de entenderse el sometimiento de la comunicación comercial audiovisual a lo dispuesto en la Ley General de Publicidad y al resto de la

normativa sobre publicidad, correspondiendo a la CNMC la vigilancia sobre su cumplimiento en el ámbito de la actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual¹.

Como consecuencia de lo indicado, y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y los artículos 8.2.j) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para conocer este asunto es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

III. MARCO JURÍDICO APLICABLE. OBJETO Y ANÁLISIS DE LA CONSULTA

En el artículo 18.3 de la LGCA se prohíbe “la **comunicación comercial televisiva** de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados”. Esta prohibición ha sido ratificada por los tribunales españoles, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2013 (RC 6965/2010). Y el Tribunal de Justicia de la UE en el apartado 37 de su Sentencia de 13 de julio de 2004 (C-429/02) ha ratificado la posibilidad de prohibir la publicidad de bebidas alcohólicas en televisión por razones de protección de la salud pública:

“En efecto, las medidas que limitan las posibilidades de hacer publicidad de bebidas alcohólicas, como medio de combatir el alcoholismo, responden a las preocupaciones de la salud pública (véanse las sentencias de 10 de julio de 1980, Comisión/Francia, 152/78, Rec. p. 2299, apartado 17; Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivía, antes citada, apartado 15, y de 8 de marzo de 2001, Gourmet International Products, C-405/98, Rec. p. I-1795, apartado 27).”

La LGCA entre sus definiciones recoge, en el artículo 2.24, la de **comunicación comercial audiovisual**, como aquellas imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta los bienes o servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica y, que abarcaría, en todo caso, el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto. Esta promoción ha de ir acompañada de una contraprestación a favor del prestador del servicio.

Es cierto, como plantea Autocontrol, que en el artículo 2.2 de la LGCA², también dentro de las definiciones, se contempla la de **servicios de**

¹ Artículo 18.7 de la LGCA: “La comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad”.

² Artículo 2.2 de la LGCA: *Servicios de comunicación audiovisual.*

Son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales.

comunicación audiovisual, que incluye, entre otras modalidades la de **servicio de comunicación audiovisual televisiva** (tradicional) y la de **servicio de comunicación audiovisual televisiva en movilidad o “televisión en movilidad”**, que describe como “aquel que se presta para el visionado de programas y contenidos en un **dispositivo móvil**”. Ejemplos de dispositivos móviles serían los ordenadores portátiles, los teléfonos inteligentes y tabletas, agendas digitales, etc.

Del análisis realizado se deduce que la Ley hace referencia a dos conceptos distintos: el de comunicación comercial audiovisual (que abarca mensajes publicitarios comerciales televisivos o radiofónicos) y el de servicio de comunicación audiovisual televisiva (que incluye la televisión tradicional y también la “televisión en movilidad”).

No obstante, se ha de entender, con una justificación clara en la protección de los derechos de los menores, que esta prohibición de emisión de comunicaciones comerciales televisivas de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados ha de afectar también a las comunicaciones comerciales efectuadas en la televisión en movilidad, esto es, en aplicaciones o plataformas para el visionado de programas en dispositivos móviles. Y ello es así porque el adjetivo “televisivo”, según se estipula en el artículo 2.2 de la LGCA, se ha de extender a todo aquello que sea visual (ya sea en un aparato fijo, en movilidad o a petición).

Es decir, que si la prohibición de emitir comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de más de veinte grados se predica de la televisión tradicional no se alcanza una razón que justifique la exclusión de esta prohibición en la televisión en movilidad, más aún en el contexto actual en el que los dispositivos móviles son cada vez más usados por la población para ver contenidos

Son modalidades del servicio de comunicación audiovisual:

- a) El servicio de comunicación audiovisual televisiva, que se presta para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación.*
- b) El servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición, que se presta para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.*
- c) El servicio de comunicación audiovisual televisiva en movilidad o «televisión en movilidad», que se presta para el visionado de programas y contenidos en un dispositivo móvil.*
- d) El servicio de comunicación audiovisual radiofónica, que se presta para la audición simultánea de programas y contenidos sobre la base de un horario de programación.*
- e) Los servicios de comunicación audiovisual radiofónica a petición, que se presta para la audición de programas y contenidos en el momento elegido por el oyente y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.*
- f) El servicio de comunicación audiovisual radiofónica en movilidad o «radio en movilidad», que se presta para la audición de programas y contenidos en un dispositivo móvil.*

televisivos, y especialmente por los más jóvenes. Concretamente, y de acuerdo con datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE)³, la disposición de teléfono móvil se ha incrementado significativamente entre los menores. Así, un 72,7% de la población infantil con 12 años dispone de teléfono móvil, y ese porcentaje crece al 93,9% en la población de 15 años. Debe añadirse que el uso de ordenador entre los menores es prácticamente universal (94,9% en la población de 10 a 15 años), mientras que el 95,2% utiliza internet.

No en vano, las plataformas que permiten el visionado de programas en dispositivos móviles por su facilidad de transporte y su versatilidad por su menor tamaño, van ganando terreno a los servicios de comunicación audiovisual televisiva fija o tradicional, por lo que carecería de sentido no aplicar la prohibición del artículo 18.3 de la LGCA a los dispositivos que se enmarcan dentro de la televisión en movilidad, y más considerando los datos estadísticos sobre uso de dispositivos móviles e internet entre la población española menor de edad publicados por el INE y anteriormente señalados.

Para ello ha de hacerse una interpretación lógica y sistemática del precepto 18.3 de la LGCA, entendiendo que la “comunicación comercial televisiva” es aquella a la que se puede acceder mediante cualquier modalidad del servicio de comunicación audiovisual televisiva de las previstas en el artículo 2.2 de la LGCA. Teniendo en cuenta, además, que la finalidad última es garantizar la protección de los derechos de los menores, constitucionalmente salvaguardados por la Carta Magna en su artículo 20.4 (*protección de la juventud y de la infancia* frente a los derechos a la libertad de expresión e información).

Por otro lado, la protección de los menores frente a la publicidad de bebidas alcohólicas es una exigencia establecida expresamente en los artículos 9.1.e) y 22 a) de la Directiva 2010/13/UE de 10 de marzo de 2010 (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

Así pues, por todo lo expuesto, se ha de responder de forma afirmativa a la **primera cuestión** relativa a si las aplicaciones que permiten el visionado de programas en dispositivos móviles, como pueden ser teléfonos móviles, tabletas u ordenadores (entre muchos otros), pueden calificarse de servicios de comunicación audiovisual televisiva en movilidad o “televisión en movilidad”, conforme al artículo 2.2 c) de la LGCA.

En relación a la **segunda pregunta**, al responderse afirmativamente a la anterior cuestión, se ha de contestar asimismo de forma positiva al interrogante

³ Véase página 3 de los resultados de la Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares del año 2016 (<http://www.ine.es/prensa/np991.pdf>).

de si en estas plataformas enmarcadas en la televisión en movilidad está también prohibido emitir comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de más de veinte grados, al considerarse también comunicaciones comerciales televisivas (en dispositivos móviles) y en base a la tutela del interés superior de la salud de los menores y la protección de la infancia en general.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) a los efectos oportunos.