

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A SOBRE LA NATURALEZA DE LOS TRAILERS DE LARGA DURACIÓN

CNS/DTSA/267/18/ TRAILERS LARGA DURACIÓN

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 31 de mayo de 2018

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (en adelante CNMC), en su reunión de XX de mayo de 2018 ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A (ATRESMEDIA), en relación con las emisiones de espacios que incluyen tráiler largos de películas en sus canales.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 19 de abril de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A. (ATRESMEDIA) en relación con la emisión y la naturaleza de tráiler de larga duración.

En dicho escrito, se relata como ATRESMEDIA y otros operadores en abierto vienen emitiendo desde hace tiempo y con carácter exclusivo lo que denominan programas de entretenimiento constituidos por una escena continua, de una duración aproximada de dos minutos, extraída de un largometraje cinematográfico de próximo estreno en salas de exhibición y de gran interés para la audiencia por su potencial para ser “taquillazo” o “blockbuster”.

Desde enero de 2018, la Subdirección de Audiovisual les ha remitido dos solicitudes de aclaración relativas a 11 emisiones realizadas entre junio y diciembre de 2017 en sus canales Antena 3, La Sexta y Neox, por darse excesos publicitarios por la presencia de estos tráiler largos dentro del bloque de

publicidad, al modificarse la calificación de éstas emisiones por parte de KANTAR, por la de espacios publicitarios. Se les apercibía asimismo de que, de continuar con esta práctica de superación del límite legal de doce minutos por hora de reloj, la potencial infracción podría alcanzar, incluso, la categoría de grave.

Exponen en su escrito que las emisiones objeto de análisis se caracterizan por:

- *Constituir un elemento unitario dentro del horario de programación y así se identifica en la EPG y en la información publicada en la web de ATRESMEDIA*
- *Ofrecer una escena continua de una duración aproximada de dos minutos*
- *Emitirse en exclusiva por un operador de televisión en abierto*
- *Producirse por el operador tomando imágenes que le proporciona el distribuidor sin coste, siendo el operador el que selecciona y decide todos los aspectos sobre su emisión y ejerce el control integral sobre el programa*
- *Emitirse ligados a otro programa que suele ser un largometraje de interés para el mismo tipo de audiencia o una película previa de la misma saga*
- *Emitirse en un momento de interés para la audiencia por su proximidad al estreno de la película concreta en grandes salas*
- *Presentar una duración de entre dos y tres minutos, por lo que resultaría más bien equivalente a una telepromoción y no a un mensaje publicitario, cuya duración propia es de 20 segundos.*

ATRESMEDIA, considera que estas emisiones en exclusiva de minutos de cine de estreno cumplen plenamente con todos los criterios definitorios de un programa de televisión (*elemento unitario dentro del horario de programación, bajo el control efectivo del operador de televisión tanto sobre su selección como sobre su organización, con objeto de informar, entretener o educar al público*), sin perjuicio del posible efecto indirecto promocional que pueden tener por coincidir, en el tiempo, el momento de su emisión, y el interés de la audiencia, con el hecho del estreno de la película en salas de cine y la campaña publicitaria concreta que simultáneamente se esté realizando sobre dicha película.

Por todo lo anterior, ATRESMEDIA solicita a esta Sala que resuelva su consulta y considere “programas de televisión” los espacios de entretenimiento sobre futuros estrenos de cine, tanto los emitidos durante el 2017 basados en una escena continua de dos minutos, como los más recientes de marzo de 2018, que incorporan 30 o 40 segundos más, sin que computen, por tanto, dentro del límite legal de doce minutos por hora de reloj permitido.

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, cuarto y sexto se prevé que, en particular, ejercerá las funciones de:

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”.

En consecuencia, 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 audiovisual.

Finalmente, y respecto a la emisión de comunicaciones comerciales, los apartados primero y segundo del artículo 61 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), prevén lo siguiente:

“1. La responsabilidad administrativa por las infracciones de la presente Ley es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual. [...].

2. No incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de servicio de catálogo de programas, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad.

*No obstante, **el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual** o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.”*

En consecuencia con lo indicado, y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y los artículos 8.2.i) 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. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA Y MARCO JURÍDICO APLICABLE

En primer lugar, la denominación de estos espacios publicitarios como “programa” en la Guía Electrónica de programas (EPG) no implica que esta sea su consideración correcta, puesto que los operadores tienen libertad para incluir su programación con la nomenclatura que consideren adecuada. Por ello, la denominación de estas emisiones de microespacios de “programas” no implica que se ajusten a las características propias de un programa (*“conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro del programa de un canal o de un catálogo de programas”*) prevista en el artículo 2.6 de la LGCA. Sí incluye, en cambio, elementos propios de la definición de comunicación comercial audiovisual recogida en el artículo 2.24 de la LGCA. En concreto, imágenes que de forma directa o indirecta promocionan un bien (una película concreta) de una persona jurídica dedicada a una actividad física (la productora).

Por otro lado, el hecho de que estos trailers largos los emita un operador en exclusiva no es justificación suficiente para atribuirles la naturaleza de programa, puesto que lo normal es que lo emita quien haya adquirido los derechos de emisión de la película concreta con posterioridad en abierto, o que la misma sea de las financiadas por la cadena en virtud de las obligaciones de financiación de obra europea (FOE).

Además, que ATRESMEDIA emita estos microespacios sin coste de remuneración al distribuidor no implica que no haya un beneficio económico indirecto, como lo es la promoción de la película en cuestión para tal distribuidor. A esta Sala le resulta complejo corroborar que efectivamente no ha existido para el operador interesado una contraprestación por la emisión de estos espacios publicitarios, pero al igual que sucede en el caso de la publicidad encubierta, ello no significa que no se pueda considerar comunicación comercial, según las definiciones de la LGCA y de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Estos microespacios no dejan de ser un tráiler, salvo que en vez de ser de 20 segundos y de precisar la fecha de estreno de una película concreta, tienen mayor duración y no aluden expresamente a dicho estreno, pero ello no es una condición “sine qua non” para que no sea considerado publicidad. En ninguna norma se afirma que, en función de la duración un tráiler, se considere o no publicidad, o que porque comience con una cartela inicial de “ATRESMEDIA presenta” y concluya con otra, ya pueda considerarse este espacio como un programa. Lo destacado en este caso es su naturaleza y su finalidad promocional, más allá de la denominación que se le dé por el operador al espacio televisivo.

La inclusión de estos espacios se produce en los bloques de publicidad y no dentro de la programación como indica ATRESMEDIA, por lo que no pueden considerarse un elemento unitario dentro de la misma. Asimismo, este hecho impide a los telespectadores diferenciar estos espacios de otros, al no haber una separación clara entre los mismos. Al no haber una diferenciación evidente dentro de la publicidad de estos espacios, los televidentes pueden confundir la naturaleza de estas comunicaciones identificándolas con una promoción comercial mas, en este caso, de una película de próximo estreno en salas

No en vano, con esta práctica, se estaría contraviniendo el derecho a una comunicación comercial transparente previsto en el artículo 6.5 de la LGCA, en virtud del cual *“todas las personas tienen derecho a que la comunicación comercial esté claramente diferenciadas del resto de contenidos audiovisuales, en los términos previstos por la normativa vigente”*. En definitiva, dado que estos tráiler presentan un fin publicitario, en aras a garantizar el artículo 6.5 mencionado, no pueden ser tratados de programas televisivos, puesto que sobre la base de la normativa publicitaria deben estar claramente diferenciados de otros espacios en la programación televisiva, y ser reconocibles como tales.

En otro orden de cosas, que no se indique la fecha de estreno en el cine ni las Salas en que se va a proyectar no implica que no se esté haciendo una promoción directa de la película al despertar el interés por el producto cinematográfico, mediante la aparición de imágenes extra de entrevistas, making-off y detalles del rodaje, de los emplazamientos o del director, entre otros aspectos. Aunque no haya referencias a la fecha de estreno el carácter promocional es evidente, pues lo usual es que se estrene al fin de semana siguiente o en los siguientes días y la elección de la secuencia será de las más atractivas para el público (en todo caso el consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz puede comprobar el dato del estreno de la película, mirando, por ejemplo, las fechas de estreno en internet de la película en cuestión o viéndola publicitada en marquesinas o carteles urbanos de algún tipo). Asimismo es habitual que estos espacios vayan acompañados de tráilers cortos de 20 o 10 segundos para reforzar el carácter promocional, en los que si se indica la fecha de estreno.

Que la duración del anuncio sea cercana a los dos minutos y no la propia de los mensajes publicitarios al uso (de veinte segundos), no es indicativo de que nos encontremos, como se sugiere, ante otra figura publicitaria como la telepromoción, cuya definición, a excepción de su duración, difiere de las características propias de los programas de entretenimiento objeto de controversia. Conforme al artículo 2.27 de la LGCA se define la telepromoción como *“La comunicación comercial audiovisual en la que el prestador o cualquiera de los protagonistas del programa, utilizando el escenario, la ambientación y el atrezzo del programa, exponen por un tiempo claramente superior a la duración de un mensaje publicitario las características de un bien o servicio, de manera que el mensaje no puede ser emitido de manera independiente al programa correspondiente”*, requisitos que no concurren en el presente caso.

Por tanto, la duración no es un elemento determinante, puesto que incluso en el considerando 87 de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, se indica que *“Debe establecerse un límite del 20 % de anuncios de publicidad televisiva y anuncios de televenta por hora de reloj, que también se aplicará a los períodos de máxima audiencia. El concepto de anuncio de publicidad televisiva debe entenderse como publicidad televisiva en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra i), con una duración inferior a 12 minutos.”* De hecho, en ocasiones se emiten anuncios de más de un minuto de duración, existiendo también publirreportajes, o programas de televenta que presentan mayor duración.

Por otro lado, el hecho de que Kantar no hubiera alertado de incidencias en publicidad por saturación publicitaria y les hubiera atribuido a estos espacios la naturaleza de programas impidió que esta Sala fuera consciente inicialmente de las incidencias de exceso publicitario en determinadas franjas horarias por parte de ATRESMEDIA, y que no se cuestionara, hasta más tarde el carácter acertado o no de esta calificación.

En cualquier caso, es importante señalar que la calificación que otorga KANTAR a los distintos espacios que se emiten por los operadores no es vinculante para la CNMC, que emite su criterio técnico con independencia de la calificación previa que puede haberle dado KANTAR.

Las alegaciones últimas del operador relativas a que estos tráilers de larga duración, contienen elementos comunes a las siguientes definiciones:

- de programa de televisión, del artículo 6.a) de la LGCA (al tratarse de un elemento unitario dentro del horario de programación),
- del concepto de servicio de comunicación audiovisual del artículo 2.2 de la LGCA (*al tener por objeto informar, entretener o educar al público*)
- y del concepto de responsabilidad editorial del precepto 2.13 de la LGCA (*al emitirse bajo el control efectivo del operador de televisión, tanto sobre su selección como sobre su organización*),

no justifica que estos espacios -dedicados a resumir una película de próximo estreno- puedan calificarse de programas de televisión por el efecto promocional que encierran (y que el mismo operador reconoce, aunque con carácter indirecto).

Sobre la base de todos los argumentos expuestos, a analizadas las imágenes obrantes en el expediente y a la vista de la configuración actual de los mismos, estos espacios de emisión en exclusiva de minutos de cine de estreno, se calificarán en adelante por esta Sala de espacios publicitarios y, por tanto, serán

desde la notificación de esta resolución, objeto de cómputo dentro de los doce minutos de hora de reloj permitidos por el artículo 14.1 de la LGCA.

IV. CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA

La emisión de espacios televisivos de larga duración que incluyan una escena continua de extractos de un largometraje cinematográfico de próximo estreno en salas de cine, así como imágenes extras de entrevistas al director u otros actores, el making-off, imágenes del lugar y otros detalles del rodaje, etc., tal como se vienen emitiendo en la actualidad, se considerarán **mensajes publicitarios** computables dentro del límite horario de doce minutos de hora de reloj permitidos en virtud del artículo 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, dado el carácter promocional que encierran.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A, a los efectos oportunos.