

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR ATRESMEDIA, MEDIASET y CRTVE SOBRE EL CÓMPUTO DE UNA PIEZA DE PROMOCIÓN EN LA PLATAFORMA LOVEStv

CNS/DTSA/719/18/ATRESMEDIA/CONSULTA PROMOCION

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 12 de diciembre de 2018

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 12 de diciembre de 2018, ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A (en adelante ATRESMEDIA), Mediaset España Comunicación S.A. (en adelante Mediaset) y Corporación RTVE S.A. en relación con el cómputo y la calificación que han tener las piezas de promoción que se hagan a través de la plataforma LOVEStv. En adelante nos referiremos a la plataforma para aludir al sujeto que formula la consulta.

I.- ANTECEDENTES

Con fecha 7 de noviembre de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de la plataforma, mediante el que se eleva consulta relativa a las piezas de promoción del acceso a la programación a través de la plataforma única de HBBTV LOVEStv, de las marcas y logos de los canales de las empresas que actualmente participan, por entender que no deben computar en relación con el límite legal de 12 minutos por hora de reloj. Para ello invoca el artículo 4.a) del Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación audiovisual (en adelante LGCA), aprobado por Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, en lo relativo a la exención de cómputo de la autopromoción.

II.-FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, “*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado audiovisual.*” Y en el apartado sexto de este precepto, se prevé que, en particular, ejercerá la función de “*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*”.

En los artículos 13 a 18 de la LGCA, se regula el derecho a realizar comunicaciones comerciales por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, los cuales han sido desarrollados por el citado Reglamento.

Adicionalmente, según el artículo 5.2 de la Ley de la CNMC, “*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos*”.

En consecuencia con lo indicado, la CNMC es el organismo competente, en cuanto Autoridad Reguladora, para conocer del escrito remitido por la plataforma, al circunscribirse el mismo al ámbito interpretativo y de consulta de los artículos 4 y 8, relativos a la autopromoción del Reglamento que desarrolla la LGCA.

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 mediante el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para conocer este asunto es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Segundo.- CONTENIDO DE LA CONSULTA

El escrito de consulta inicia el planteamiento de la cuestión, describiendo brevemente la plataforma LOVEStv y los operadores que la integran.

Según se expone en el escrito, en mayo de 2018, varios operadores de televisión celebraron un acuerdo para la puesta en funcionamiento de una plataforma conjunta por los principales agentes de la TDT para poder visualizar sus contenidos a través de la Televisión conectada¹. Como consecuencia de dicho

¹ Se trata de un acuerdo técnico y comercial y supone un impulso del estándar HbbTV (televisión híbrida) que permite a los usuarios finales disfrutar de contenidos adicionales de la TDT cuando se conecta el televisor a internet. Esta decisión española sigue las iniciativas de muchos de los países de nuestro entorno que cuentan con servicios semejantes, así

acuerdo, se ha producido el lanzamiento de una plataforma común de HbbTV, con el nombre de LOVEStv. Actualmente este servicio ya estaba vigente sólo para RTVE a través del Botón Rojo. Desde la firma del acuerdo mencionado la plataforma, incluye a los prestadores RTVE, MEDIASET y ATRESMEDIA, siendo un proyecto abierto a cualquier operador de televisión de TDT que desee unirse.

En el contexto expuesto, se están preparando las piezas de promoción de este nuevo servicio conexo e interactivo a fin de informar a los espectadores de la forma de acceder a sus contenidos y a su propia programación, así como de las funcionalidades que esta tecnología permite.

Inicialmente estas piezas se cerrarían con la marca LOVEStv, si bien, se pretende incluir la marca de los canales de los operadores de televisión que participan en el proyecto y que cuentan con esta tecnología.

La duda que se plantea es si el cerrar las piezas emitidas por un operador con las marcas de los canales de los restantes operadores terceros que participan en este servicio podría implicar el cómputo de las piezas de autopromoción de la propia programación como publicidad convencional, todo ello dada la dicción literal del artículo 8 del Reglamento de Desarrollo de la LGCA, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, según el cual:

“Todos aquellos espacios de autopromoción, ya sea de programas o productos o mediante locuciones verbales, en los que se mezclen o incluyan elementos publicitarios ajenos a la programación o a los productos accesorios directamente derivados de los programas, se considerarán mensajes publicitarios computables en el límite de tiempo asignado a éstos, es decir, 12 minutos por hora de reloj”.

En relación con las piezas de promoción, la consulta se circunscribe a que las mismas reúnan las siguientes condiciones:

- Que las piezas informarán al público sobre la nueva tecnología y cómo acceder a la programación de cada operador.
- Solo se emitirán por los operadores que forman parte del proyecto.
- La emisión no se hará por cuenta de ningún tercero ni da derecho a contraprestación.
- La identificación de los otros operadores es a título meramente informativo.
- Anunciante y difusor coinciden.

por ejemplo sucede en Reino Unido con Freewiew y Freesat, Italia con Tivùon, Francia con Fransat y Alemania con Freenet.

Tercero.- RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

El apartado 28 del artículo 2 de la LGCA define la autopromoción como: *“La comunicación audiovisual que informa sobre la programación del prestador del servicio, sobre programas o paquetes de programación determinados o sobre los productos accesorios derivados directamente de ellos”.*

En el artículo 13.2 del mismo texto legal se desarrolla este concepto, y se establece que los programas que informen sobre la programación de los prestadores del servicio y los anuncios sobre sus propios programas y sobre los productos accesorios derivados directamente de dichos programas *“(…) no se considerarán comunicación comercial a los efectos de esta Ley. No obstante, para la comunicación audiovisual televisiva, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos no podrá superar los 5 minutos por hora de reloj y sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial”.*

Toda esta regulación señalada, sobre todo por lo que se refiere al cómputo de la autopromoción, ha sido desarrollada por el Reglamento de publicidad, el cual distingue entre autopromociones relativas a la programación (artículo 4), autopromociones de productos (artículo 5), locuciones verbales (artículo 6), información de programación y productos no sometidos a cómputo (artículo 7) y la publicidad en la autopromoción (artículo 8).

En la consulta se entiende que, en relación con el cómputo, aplica el artículo 4 del Reglamento de desarrollo según el cuál:

“Computan en el límite de 5 minutos por hora de reloj fijado en el artículo 13 de dicha Ley:

- a) Los avances de programación, donde se informa a los telespectadores, a través de trailers u otras técnicas audiovisuales publicitarias o promocionales, de los próximos programas o paquetes de programación que se van a emitir en cualquiera de los canales cuya responsabilidad editorial compete al mismo prestador del servicio de comunicación audiovisual.(…)”*

Para dar respuesta jurídica a la consulta planteada, es necesario en primer lugar delimitar el concepto jurídico de autopromoción desde el punto de vista material para a continuación abordar el cómputo, cuestión que como se ha señalado, se encuentra regulada en detalle en el Reglamento de desarrollo.

La Directiva de servicios de comunicación audiovisual² establece, en su artículo 1.1., letra h), a propósito de la definición de comunicación comercial audiovisual,

² Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.

que las imágenes destinadas a promocionar los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica, *“acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción”*. Y en la letra i) del mismo artículo se entiende como publicidad televisiva *“toda forma de mensaje que se televisa a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción (...)”*.

El considerando 96 señala por su parte que *“Es necesario aclarar que las actividades de autopromoción constituyen una forma especial de publicidad mediante las cuales el organismo de radiodifusión televisiva promociona sus propios productos, servicios, programas o cadenas.(...)”*

Por su parte, el considerando 97 excluye de los límites máximos del tiempo de difusión diario u horario que pueda asignarse a la publicidad y a la televenta, entre otros, a los *“anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y con los productos conexos directamente derivados de los mismos”*, especificando en el considerando 98 que *“A fin de evitar que se falsee el juego de la competencia, esta excepción debe limitarse a los anuncios conexos y de derivarse directamente de los programas de que se trate”*. El término *“productos conexos”* se refiere a productos que cumplen la función específica de permitir a los telespectadores beneficiarse plenamente de dichos programas o interactuar con ellos.

Con fecha 18 de septiembre de 2014 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC adoptó el “Acuerdo por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas” (en adelante el Acuerdo).³

En el mismo se establecen las características distintivas de la autopromoción:

“1. En aquellos espacios considerados como comunicaciones comerciales según la LGCA (mensajes publicitarios, patrocinios, telepromociones, televentas, emplazamientos de producto, etc.), el fin u objetivo es promocionar, de forma directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica, distinta del prestador del servicio de comunicación audiovisual. Por su parte, en la autopromoción lo que se promociona son los propios programas del operador de televisión o aquellos productos accesorios directamente derivados de sus programas. Es decir, que en el caso de la autopromoción, el anunciante y el difusor son la misma persona.

2. Normalmente, en la difusión de comunicaciones comerciales existe siempre una contraprestación o remuneración a favor del prestador del

³ INF/D TSA/1356/14/CRITERIOS DE PUBLICIDAD

servicio (como excepción se puede citar los anuncios de servicio público o de carácter benéfico excluidos de cómputo publicitario), mientras que en la autopromoción, al ser la misma persona el anunciante y el difusor, no existe contraprestación económica alguna, al menos de forma directa, por la ocupación del tiempo en el cual se emite el mensaje de autopromoción. Sin embargo, es cierto que puede haber un beneficio indirecto para el prestador del servicio debido al aumento de la audiencia de determinados programas que se promocionen, o bien al aumento general de la audiencia de la cadena, o beneficios provenientes de la comercialización de productos derivados directamente de programas cuya titularidad ostente el prestador del servicio de comunicación audiovisual”.

Son igualmente de aplicación a la consulta ahora planteada, las características distintivas que a partir de la aplicación sistemática de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual acordó la Sala en 2014, con ocasión de la consulta formulada por Eurostar Mediagroup⁴. Tales características permiten deslindar claramente cuándo estamos ante autopromociones y cuándo ante otro tipo de comunicaciones comerciales. En este informe, se indicaba el siguiente tenor literal:

“... mientras que en las comunicaciones comerciales “existe siempre una contraprestación o remuneración a favor del prestador del servicio, en la autopromoción, al ser la misma persona el anunciante y el difusor, no existe contraprestación económica alguna, al menos de forma directa, por la ocupación del tiempo en el cual se emite el mensaje de autopromoción. Sin embargo, es cierto que puede haber un beneficio indirecto para el prestador del servicio debido al aumento de la audiencia de determinados programas que se promocionen, o bien al aumento general de la audiencia de la cadena (...)”

En el mismo sentido, la Sala volvió a matizar aspectos del Acuerdo al que ya se ha hecho referencia, mediante contestación a la consulta formulada por ATRESMEDIA⁵. En la misma, se establece que *“en el fondo, la naturaleza material de la autopromoción es publicitaria, pues constituye publicidad de los propios programas del operador de televisión o sus productos (autopublicidad). Lo que ocurre es que a los efectos jurídicos de lo dispuesto en la LGCA las autopromociones, ya sean meramente informativas o ya tengan un carácter promocional, no se consideran comunicaciones comerciales audiovisuales, por lo que no se les aplica las disposiciones previstas para éstas con carácter general en la LGCA. “ Por tanto, a las autopromociones “únicamente se les impone un límite de duración (cinco minutos por hora de reloj para las autopromociones que no sean meramente informativas) y en cuanto a su*

⁴ INF/D TSA/1143/14/PARTICIPACIÓN PROGRAMAS TELEVISIVOS

⁵ INF/D TSA/1841/14/ATRESMEDIA SOBRE CRITERIOS DE DE PUBLICIDAD. En dicho acuerdo se resolvieron las dudas suscitadas por ATRESMEDIA en relación con el Acuerdo INF/D TSA/1356/14/ CRITERIOS DE PUBLICIDAD.

contenido están sometidas a las obligaciones y prohibiciones establecidas en la normativa general sobre publicidad.”

Del análisis de la consulta planteada, cabe señalar que desde el punto de vista regulatorio, la plataforma LOVEStv constituye un servicio no lineal y, por tanto, sujeto a las obligaciones establecidas en la LGCA. Asimismo, las piezas de promoción a las que se alude en la consulta, se enmarcarían dentro del concepto de autopromoción, al no perseguir la promoción de ninguna marca o producto específico más allá de la plataforma híbrida LOVEStv misma.

Tal y como plantea la plataforma, las piezas informarán al público sobre la nueva tecnología y cómo acceder a través de la misma a la programación de cada operador que forme parte de la plataforma LOVEStv, que en la actualidad son RTVE, MEDIASET y ATRESMEDIA

Cuarto.- CONSIDERACIÓN SOBRE LA PIEZA PRESENTADA POR LA PLATAFORMA LOVEStv

La consulta planteada por la plataforma se centra en la consideración de las piezas de promoción como autopromoción por su carácter únicamente informativo, lo que se llevará a cabo solamente por parte de los operadores que forman parte del proyecto. Las piezas las hará cada operador por su cuenta y riesgo, sin existir contraprestación de terceros; y la identificación de los otros operadores que participan en el proyecto, no tiene la intención de promocionar la marca de ningún tercero; el anunciante y el difusor son la misma persona.

Sentadas estas premisas, la plataforma solicita aclaración acerca del cómputo de dichas piezas para saber si debe computar como publicidad convencional por el hecho de cerrar las piezas emitidas por un operador con las marcas de los canales de los restantes operadores terceros que participan en este servicio conexo e interactivo común.

En primer término es de aplicación el apartado 28 del artículo 2 de la LGCA ya que, de la descripción que la plataforma realiza sobre estas piezas de promoción que pretende emitir en LOVEStv, las mismas tienen por objeto informar sobre la programación del prestador del servicio. Se pretende difundir sobre los próximos paquetes de programación que se van a emitir en los canales de RTVE, MEDIASET y ATRESMEDIA cuya responsabilidad editorial compete exclusivamente a estos prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

En cuanto a la aparición de los logos y nombres de otros canales de televisión, dado que el servicio es conjunto y cada una de las cadenas lo anuncia principalmente en sus canales, puede considerarse como autopromoción en el sentido de que están informando a la ciudadanía de un servicio propio. En definitiva, al ser un servicio conjunto se promociona el servicio y los socios que participan en él, pero cada uno lo hace en su propio canal, siendo, por tanto,

encuadrable en el concepto del artículo 2.28 LGCA. Cuestión distinta sería si el anuncio se emitiera en un canal que no está adherido a la plataforma, ya que podría presentar la naturaleza de publicidad, dado que no existiría ninguna relación entre el canal y el producto, más allá de la estrictamente comercial o promocional por emitir el anuncio.

La consulta destaca que en el lanzamiento de las piezas de promoción de LOVEStv no existe contraprestación a terceros, que cada operador las hará por su cuenta y riesgo, sin promocionar la marca de ningún tercero, siendo anunciante y difusor la misma persona. Se desprende de tales características que estamos ante una autopromoción, a tenor de las características distintivas citadas “ut supra” en el Acuerdo, en el que se señalan como características intrínsecas de las autopromociones la falta de contraprestación, al menos de forma directa, y la identidad entre anunciante y difusor.

En cuanto a su cómputo, siempre que se limiten a informar al público sobre la nueva tecnología y cómo acceder a través de esa tecnología a la programación de cada operador que emite la pieza, dichas piezas deben entenderse dentro del límite de los cinco minutos por hora de reloj, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo de la SSR sobre la consulta de ATRESMEDIA sobre criterios de publicidad, tal y como ya se ha expuesto. Los artículos 4 y 5 del Reglamento de desarrollo de la LGCA determinan que aquellas autopromociones relativas a la programación computan en el límite de los 5 minutos por hora de reloj debido a su carácter promocional o publicitario.

Por otro lado, siendo el objeto de las piezas de promoción de LOVEStv el lanzamiento de la plataforma y dar a conocer cómo acceder a la programación de cada operador que emite la pieza, la consulta plantea si le es de aplicación el artículo 8 del Reglamento de publicidad, por incluirse las marcas de los canales de los restantes operadores terceros que participan en el servicio y si, por tanto, se computaría como publicidad convencional.

El hecho de que en las promociones aparezcan los logos de otros canales de televisión no desvirtúa su consideración como autopromoción. Por ello, no le es de aplicación el artículo 8 del Reglamento de desarrollo ya que dichos logos no son ajenos a la propia plataforma; al contrario, únicamente informan de aquellos canales que están adheridos a la misma. No pueden ser considerados mensajes publicitarios, sino informativos de los socios que participan en el servicio conjunto, en la actualidad, RTVE, MEDIASET y ATRESMEDIA, aunque está abierta a futuras incorporaciones.

Por ello, computan según establece el artículo 4 del Reglamento “*en el límite de 5 minutos por hora de reloj fijado en el artículo 13 de dicha Ley*” por ser, tal y como establece el punto a) de dicho artículo, “*un avance de programación, donde se informa a los telespectadores, a través de trailers u otras técnicas audiovisuales publicitarias o promocionales, de los próximos programas o*

paquetes de programación que se van a emitir en cualquiera de los canales cuya responsabilidad editorial compete al mismo prestador del servicio de comunicación audiovisual.”

No obstante, para que estas piezas computen en el citado límite de 5 minutos por hora de reloj es necesario que los mensajes que incluyan estén desprovistos de cualquier elemento de naturaleza comercial, de manera que su intención no sea promocionar por esta vía la imagen, nombre, marca, productos o servicios de cualquier persona o empresa dedicada a una actividad económica, ya que, de ser así, pasaría a aplicárseles el artículo 8 del citado Reglamento y a computar por tanto, dentro de los 12 minutos por hora de reloj.

En conclusión, a la vista de la consulta elevada por ATRESMEDIA, MEDIASET Y RTVE, las piezas objeto de estudio se enmarcarían dentro de la figura de la autopromoción, al no perseguir la promoción de ninguna marca o producto específico. En cuanto al cómputo le es de aplicación el apartado primero del artículo 4 relativo a las autopromociones de la cadena o del prestador del servicio de comunicación audiovisual que tengan únicamente un carácter promocional o publicitario, en concreto de la plataforma híbrida LOVEStv.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

III. CONCLUSIONES

Única. - La emisión de piezas de promoción del nuevo servicio de televisión híbrida a través de la plataforma LOVEStv, siempre que tengan naturaleza puramente informativa y en los términos concretos en que se eleva la consulta se considerará autopromoción, computando en el límite de 5 minutos por hora de reloj fijado en el artículo 13 de la LGCA.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados.