

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR LA CORPORACIÓN DE RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A SOBRE LOS SPOTS DE LA ASOCIACIÓN DE DEPORTES OLÍMPICOS (ADO)

CNS/DTSA/744/18/CRTVE/CONSULTA SPOTS ADO

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. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 6 de febrero de 2019

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 6 de febrero de 2019, ha acordado dar la presente contestación a la consulta formulada por la Corporación de Radio Televisión Española S.A, en adelante RTVE, en relación con la viabilidad de las piezas de promoción de la Asociación del Deporte Olímpico (ADO) en relación a la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de RTVE.

I.- ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONSULTA

Con fecha 30 de noviembre de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de la Corporación de Radio Televisión Española (CRTVE), mediante el que se eleva consulta relativa a la presentación de una alternativa del plan de comunicación de la Asociación del Deporte Olímpico ADO, respecto del cual se han eliminado los spots de patrocinadores, al objeto de conocer si es conforme con la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de RTVE.

En su escrito de consulta CRTVE describe brevemente el programa de comunicación de ADO el cual se creó, de cara a la participación en los Juegos Olímpicos de Barcelona 92, para garantizar unas dignas condiciones de vida económicas y de entrenamiento para los deportistas de élite españoles.

CRTVE es el gran contribuidor de ADO y viene emitiendo spots de los patrocinadores del programa, sin recibir contraprestación alguna por su parte, y en beneficio exclusivo del sostenimiento de las becas de los deportistas adscritos al “Programa Olímpico”. El plan de comunicación de ADO se diseña cada cuatro años, y, según expone, se han ido adaptando a las circunstancias y al modelo de financiación de RTVE tras la entrada en vigor de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de CRTVE.

No obstante, el pasado 14 de junio de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó un expediente sancionador contra CRTVE (SNC/DTSA/016/18/CRTVE), por el que se le imponía una multa de 341.280 € por la comisión de nueve infracciones administrativas por la emisión, entre diciembre de 2017 y enero de 2018, de nueve campañas publicitarias en relación con los avances del programa “Objetivo Tokio” en sus canales LA1, LA2, 24 H y TELEDEPORTE, que infringían la prohibición establecida en el artículo 43.2 de la LGCA, relativa a la financiación del prestador de servicio público de comunicación audiovisual.

Tras dicha Resolución, CRTVE alega haber dejado de emitir dichas campañas del programa ADO y en la presente consulta plantea una alternativa que se somete a la valoración de la CNMC con el siguiente esquema:

- Autopromoción de Objetivo Tokio
- Careta de Patrocinio de 10" de uno de los patrocinadores
- Bumper: Logotipo de ADO
- Careta de Patrocinio de 10" de uno de los patrocinadores

En resumen, la consulta versa sobre si la alternativa del plan de comunicación de ADO referida es conforme a la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de CRTVE.

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 Mercados y Competencia (en adelante LCNMC) “*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*”.

Asimismo, el artículo 9.8 de la LCCNMC atribuye a la CNMC la función de “*vigilar el cumplimiento de la misión de servicio público encomendada a los prestadores*”

del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como la adecuación de los recursos públicos asignados para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el Título IV de la Ley 7/2010, de 31 de marzo”.

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 los artículos 13 a 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), se regula el derecho a realizar comunicaciones comerciales por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual. Estos preceptos han sido desarrollados por el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva (en adelante Reglamento de Publicidad).

En consecuencia con lo indicado, la CNMC es el organismo competente, en cuanto Autoridad Reguladora, para conocer del escrito remitido por CRTVE, al circunscribirse el mismo al ámbito de sus competencias por cuanto CRTVE plantea en su consulta si determinados patrocinios se ajustarían a lo dispuesto en la normativa audiovisual vigente y, en concreto, si es conforme a la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de RTVE.

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.

III - RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La LGCA en su artículo 43, dedicado a la regulación de la financiación de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual, establece con carácter taxativo que:

*“Los servicios de interés económico general de comunicación audiovisual radiofónica, televisiva, conexos e interactivos de titularidad estatal **no admitirán ninguna forma de comunicación comercial audiovisual**, ni la emisión de contenidos audiovisual en sistemas de acceso condicional, sin perjuicio de las excepciones que su normativa específica de financiación establezca.”*

En particular, estas excepciones al artículo 43.2 de la LGCA, se establecen en el artículo 7.1 de la Ley 8/2009 que, entre otras, responden a las siguientes:

1.- “ [...] Se permitirán los patrocinios y el intercambio publicitario de eventos deportivos y culturales, que se enmarquen dentro de la misión de servicio público de la Corporación, sin valor comercial y siempre que tengan este sistema como única posibilidad de difusión y producción.

Excepcionalmente, podrán emitirse competiciones deportivas con contrato de patrocinio u otras formas comerciales cuando éstas formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir”.

Asimismo, y en función de lo establecido en el artículo 9.1.k) de la presente Ley, la Corporación RTVE podrá aceptar patrocinios, siempre que éstos sólo sean difundidos a través de los canales internacionales de televisión

(...)

3.- No obstante lo dispuesto en el apartado 2 anterior, no tendrán la consideración de publicidad las actividades siguientes, las cuales, sin embargo, en caso de realizarse no darán lugar a la percepción de ninguna contraprestación económica:

(b) Las actividades de publicidad y comunicación institucional, entendiendo por tales aquellas reconocidas por la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional y la legislación autonómica en la materia, así como de patrocinio cultural (...).”

De lo anterior se colige que la Ley 8/2009 permite a CRTVE la emisión de patrocinios culturales. Por ello, a los efectos de la presente consulta interesa traer a colación la definición de patrocinio cultural recogida en el apartado 30 del artículo 2 de la LGCA:

“cualquier contribución de una Institución, Empresa o Fundación a la producción de obras audiovisuales, programas de radio y televisión y/o contenidos digitales de temática cultural, social o de promoción del deporte con la finalidad de promocionar su actividad, marca y/o imagen o como expresión de su responsabilidad social corporativa”.

Por otra parte, en términos generales, el artículo 2.29 de la LGCA define el patrocinio como:

“cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la presentación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o producto”.

Es decir, tal y como esta Sala ya ha tenido ocasión de manifestar mediante Resolución de 14 de junio de 2018¹, el patrocinio cultural es una figura diferente del patrocinio general regulado en el artículo 2.29 de la LGCA, y presenta una finalidad más restringida al limitar la promoción a la actividad, marca y/o imagen del patrocinador o como expresión de su responsabilidad social corporativa y al establecer la necesidad de que estén vinculados a la producción o financiación de obras audiovisuales o de programas de temática cultural social o de promoción del deporte.

No obstante, como se recoge en dicha Resolución, en cuanto que ambos son expresión del derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a que sus programas sean patrocinados, tanto el patrocinio como el patrocinio cultural deben cumplir los requisitos regulados en el artículo 16 de la LGCA y el artículo 12 del Real Decreto 1624/2011 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LGCA en lo relativo a la comunicación comercial televisiva (Reglamento de publicidad).

Entre estos requisitos, cabe destacar las siguientes limitaciones que tienen como finalidad que el patrocinio se aleje de las formas de presentación de los mensajes publicitarios o de la televenta:

- el patrocinio no debe condicionar la independencia editorial ni incitar directamente a la compra de los bienes;
- ha de estar referido a un programa y en consecuencia no pueden considerarse como tal los patrocinios de secciones de programas ni de avances de programación o de cualquier comunicación audiovisual que informe sobre programas o sobre productos accesorios derivados directamente de éstos, ni de comunicaciones comerciales audiovisuales;
- no podrán incluirse menciones verbales o visuales a las virtudes o características del patrocinador o sus productos;
- con carácter general la duración del patrocinio no podrá exceder de 10 segundos, o de 30 segundos como máximo si concurren varios patrocinadores cuya presencia venga impuesta por el titular, con el límite de 10 segundos por cada espacio de patrocinio, y
- debe ir colocado inmediatamente antes o inmediatamente después del programa patrocinado, o al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan, salvo la excepción prevista en el artículo 9.2 referente a la colocación de la telepromoción en las obras de ficción patrocinadas.

¹ Resolución del procedimiento sancionador incoado a la Corporación de Radio y Televisión Española, S.A., por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la comunicación audiovisual (SNC/DTSA/039/18/CRTVE).

IV.- CONTESTACIÓN A LA CONSULTA

Tal y como expone CRTVE en su escrito de consulta, tras la Resolución de esta Sala de 14 de junio de 2018 en el que se analizaron las campañas emitidas durante los meses de diciembre de 2017 y enero de 2018 relacionadas con el Plan de Comunicación del programa ADO (SNC/DTSA/016/18), CRTVE presenta una nueva pieza con el fin de que se valore si este nuevo formato cumpliría con su Ley de Financiación.

Por ello, para dar respuesta a la consulta planteada es necesario traer a colación las conclusiones a las que se llegó en dicho procedimiento y que servirán como criterio también en el análisis del presente caso.

En primer lugar, se descartó que las piezas de promoción de ADO analizadas pudieran considerarse patrocinios puesto que sus características eran las propias de comunicaciones comerciales o spots convencionales por los siguientes motivos:

- i) su presentación incluía recursos creativos, gráficos y narrativos propios del mensaje publicitario;
- ii) su duración era de veinte segundos, frente a los diez segundos que con carácter general son propios del patrocinio según el Reglamento de publicidad;
- iii) su finalidad era promocional, que no era otra, sino la compra de los productos o la contratación de los servicios a través de la exposición positiva de sus características, en lugar de limitarse a promocionar el nombre, marca, imagen actividades o productos del patrocinador.

En segundo lugar, se rechazó el argumento de CRTVE en relación con la imposibilidad de ser considerado comunicación comercial por la falta de contraprestación económica.

En tercer lugar, no se encontró el encaje en ninguna de las excepciones previstas en el artículo 7 de la Ley 8 /2009 al no poderse identificar como patrocinios por su carácter publicitario ni formar parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir. Si bien es posible que en los programas patrocinados se emitan extractos de competiciones deportivas cuyos derechos de emisión han sido cedidos a la CRTVE en virtud del contrato firmado con ADO, la excepción legal se refiere a la emisión de competiciones deportivas y no a resúmenes de éstas incluidos en programas que informan sobre las mismas. Es decir, los patrocinadores incluidos en la campaña no lo serían de las propias competiciones sino del programa ADO.

Por último, se concluyó también que las piezas analizadas no formaban parte de campañas divulgativas de carácter social o de contenidos solidarios en beneficio de entidades y organizaciones sin fines de lucro, pues los mensajes publicitarios tenían por objeto promover la compra o contratación de los servicios de los anunciantes y no estaba incluidas en campañas divulgativas de carácter social o de contenidos solidarios.

En conclusión, a partir de los criterios expuestos y dado que no pueden calificarse de patrocinio que formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir, de campaña institucional ni de campaña divulgativa de carácter social o de contenidos solidarios en base a la responsabilidad social corporativa de CRTVE, el único encaje que podrían encontrar las piezas presentadas por CRTVE para cumplir con su normativa sería cumplir con los requisitos necesarios para poder ser considerados patrocinios culturales.

Para ello, tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, siguiendo los criterios establecidos por esta Sala en el marco de otro procedimiento sancionador resuelto también el 14 de junio de 2018 (SNC/DTSA/039/18/CRTVE), las nuevas piezas aportadas en el marco de la presente consulta deberían cumplir con la definición prevista en el artículo 2.29 de la LGCA y con los requisitos establecidos con carácter general para el patrocinio en los artículos 16 de la LGCA y 12 del Reglamento de publicidad.

Según describe CRTVE en su escrito, la alternativa que se somete a supervisión tendría el siguiente esquema:

- Autopromoción de objetivo Tokio
- Careta de patrocinio de 10" de uno de los patrocinadores
- Bumper: Logotipo ADO
- Careta de Patrocinio de 10" de uno de los patrocinadores.

Del análisis de la nueva pieza lo primero que cabe reseñar es que, a diferencia de la campaña anterior (en el que uno de los principales motivos para su rechazo como patrocinio fue su carácter comercial, al incluir recursos gráficos, creativos y narrativos propios de la publicidad), la nueva creatividad únicamente presenta la marca patrocinadora.

Asimismo, se ha reducido su duración de los 20 segundos a 10 segundos, duración más acorde con lo establecido en el artículo 12 del Reglamento de publicidad para los patrocinios.

De esta forma podría afirmarse que la finalidad promocional que en su momento fue el motivo de rechazo por esta SSR, ya no existe y que la nueva creatividad se ajusta a la definición de patrocinio cultural.

Además, cabe entender que tal y como ya se expuso en la anterior campaña, no existe contraprestación económica para CRTVE, requisito exigido en su Ley de Financiación para que pueda considerarse exceptuado de su consideración como publicidad.

No obstante, tal y como ya se ha puesto con anterioridad y según lo establecido en las Resoluciones de continua referencia de 14 de junio de 2018 (SNC/DTSA/039/18/CRTVE y SNC/DTSA/016/), al haberse descartado la posibilidad de considerarlos como patrocinios que formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir, los patrocinios habrán de estar referidos a un programa y no a avances de programación (artículo 12.1.b) del Reglamento de Publicidad).

Así lo dispone el artículo 12.1.b) del Reglamento de publicidad al exigir que el patrocinio esté referido a un programa, entendido de acuerdo con la definición de programa de televisión de la LGCA y que, por tanto, se incluya de forma autónoma en la guía Electrónica de Programación. Es decir, no pueden considerarse patrocinios los de secciones de programas, ni de avances de programación o de cualquier comunicación audiovisual que informe sobre programas o sobre productos accesorios derivados directamente de éstos, ni de comunicaciones comerciales audiovisuales.

En este sentido, la CRTVE podría emitir la creatividad descrita acompañando a un programa, como patrocinio cultural del mismo. De hecho, podría asemejarse a los programas paralímpicos que, en la actualidad, emite la CRTVE, donde antes y después del programa “Paralímpicos”² -donde se narran las noticias más importantes de los deportistas paralímpicos- se insertan las creatividades de las entidades patrocinadoras.

V.- CONCLUSIONES

Con base en todo lo expuesto, en contestación a la consulta formulada sobre si la alternativa del plan de comunicación de ADO es conforme o no a la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación RTVE y demás normativa de aplicación, ha de señalarse que, dadas las características y el formato de la creatividad descrita, que no inciden en la compra y en el ensalzamiento de los productos del patrocinador, podría encuadrarse dentro de la figura de patrocinio cultural.

Como ha señalado esta Sala de Supervisión en su Resolución de 14 de junio de 2018, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a la Corporación de Radio y Televisión Española, S.A., por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la comunicación audiovisual (SNC/DTSA/039/18/CRTVE), el patrocinio cultural, en tanto en cuanto patrocinio, debe cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 12.1.b) del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva, entre los que se encuentra el que el patrocinio debe referirse a programas y no a avances de programación.

De esta manera, puesto que la consulta se refiere a un patrocinio referido a un avance de programación del programa ADO y no al programa en sí mismo, cabría entender que no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 12.1.b)

² Por ejemplo en la forma emitida el pasado día 3 de diciembre de 2018 a las 19:06 de la tarde.

del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta fórmula propuesta por la CRTVE no podría subsumirse dentro de alguna de las excepciones previstas en el artículo 7 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación RTVE.