

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., POR EL INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 18.2 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL, AL INCLUIR PUBLICIDAD ENCUBIERTA DURANTE LA EMISIÓN DE VARIOS PROGRAMAS INFORMATIVOS

SNC/DTSA/016/20/ATRESMEDIA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Sánchez Blanco

En Madrid, a 22 de diciembre 2020

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y las demás actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adopta la presente Resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Actuaciones previas

En el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión determinadas en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (Ley CNMC), la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual constató, según se desprende de los documentos que obran en las actuaciones previas practicadas del presente procedimiento (folios 1 a 64), que ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A. (ATRESMEDIA), en sus canales de televisión LA SEXTA y ANTENA3, había podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), ya que durante la emisión de los programas, “ANTENA 3 NOTICIAS”, de las 15 y las 21 horas, “LA SEXTA NOTICIAS”, de las 14 y las 20

horas, y “MÁS VALE TARDE”, emitidos en dichos canales el día 2 de enero de 2020, en diferentes franjas horarias, se emitieron, sin identificación, contenidos que pudieran ser calificados como publicidad encubierta de la empresa “El Corte Inglés” y de su roscón de Reyes, así como del libro “La isla de los dragones del Reino de la Fantasía”, mezcladas con las autopromociones de la suscripción a “AtresPlayer Premium”, del programa “Tu cara me suena” y de la web “ahoraqueleo.com”, lo que pudiera tener un claro propósito publicitario e inducir al público a error en cuanto a su naturaleza.

SEGUNDO.- Incoación de procedimiento sancionador

Con fecha 15 de octubre de 2020, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/016/20/ATRESMEDIA, al entender que ATRESMEDIA había podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA por las emisiones indicadas en el apartado anterior (folios 65 a 71).

El 19 de octubre de 2020 le fue notificado el acuerdo de incoación al interesado, mediante acceso electrónico, y se le concedió un plazo de diez días para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones, y proponer pruebas, en su caso. (folios 72 a 76).

TERCERO.- Alegaciones de ATRESMEDIA

Tras ampliarse el plazo de alegaciones a solicitud de ATRESMEDIA y darle traslado de la documentación que obra en el expediente, ésta presentó escrito de alegaciones el 11 de noviembre de 2020 (folios 97 a 107) en el que sucintamente, manifiesta lo siguiente:

- En lo relativo a la publicidad encubierta de los roscones de Reyes de “El Corte Inglés” y de las suscripciones al servicio “Atresplayer Premium” y del programa “Tu cara me suena”, indican que solo se trataba de informar sobre la forma de participar en la promoción citada, no existiendo instrucciones de hacer publicidad de la empresa “El Corte Inglés” y su producto (el roscón de Reyes), siendo sus regalos, autopromociones permitidas en los informativos. Por tanto, las referencias a tales productos, en caso de entender que se excedieran de lo “puramente informativo” y pudieran tener un carácter promocional, deberían computarse como autopromociones en el límite de los cinco minutos, pero nunca como publicidad de terceros y menos aún como publicidad encubierta.
- Que la iniciativa “Ahora qué leo” surge dentro de los objetivos de responsabilidad social corporativa de ATRESMEDIA, como una campaña de sensibilización con la lectura a través de la televisión, la radio y las plataformas digitales y que están alineados con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Desde 2008 ATRESMEDIA es miembro del Pacto Mundial de Naciones Unidas que impulsa en España los ODS. Por tanto, alega que

no se puede considerar publicidad encubierta la referencia a libros en programas o secciones de programas que hablan de literatura, como tampoco puede penalizarse la referencia a una película en los programas o secciones de programas dedicados al cine.

- Que la infracción administrativa es una acción típica, antijurídica y culpable, y ninguno de los tres requisitos se cumple en el presente procedimiento, ya que no se produjo incumplimiento de la norma, y su actuación se ajustó a la normativa vigente y a los usos sociales y del sector, debiendo la Administración guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

CUARTO.- Trámite de audiencia

Con fecha 1 de diciembre de 2020 le fue notificada a ATRESMEDIA la propuesta de resolución formulada por la Instructora del procedimiento (folios 108 a bis 131.1) a los efectos de lo previsto por los artículos 82 y 89.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), concediéndole un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes y, asimismo, informándole de lo previsto en el artículo 85 de la LPAC.

La propuesta de resolución remitida a ATRESMEDIA proponía lo siguiente:

“PRIMERO.- *Que se declare a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., responsable de la comisión de una (1) infracción administrativa grave de carácter continuado, por haber emitido, en sus canales de televisión LA SEXTA y ANTENA3, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la empresa “El Corte Inglés” y de su roscón de Reyes, mezcladas con las autopromociones de la suscripción a “AtresPlayer Premium” y del programa de “Tu cara me suena”, en los programas “ANTENA 3 NOTICIAS”, de las 15 y 21 horas, “LA SEXTA NOTICIAS”, de las 14 y 20 horas, y “MÁS VALE TARDE”, emitidos el día 02 de enero de 2020, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA.*

SEGUNDO.- *Que se imponga a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., una multa por importe de 183.220,00 euros (ciento ochenta y tres mil doscientos veinte euros) por la comisión de una infracción grave de carácter continuado al artículo 18.2 de la LGCA, al haber emitido publicidad encubierta en los programas “ANTENA 3 NOTICIAS”, de las 15 y 21 horas, “LA SEXTA NOTICIAS”, de las 14 y 20 horas, y “MÁS VALE TARDE”, emitidos el día 02 de enero de 2020, en los canales de televisión LA SEXTA y ANTENA3. Para el cálculo de la sanción se ha tenido en cuenta, principalmente, el carácter continuado de la infracción, el tipo de emisión (nacional), la repercusión social en función de la audiencia media de cada uno de los programas visionados y el beneficio económico que la conducta infractora puede haber reportado al prestador en función de la duración de la publicidad (199 segundos).”*

QUINTO.- Alegaciones de ATRESMEDIA

En fecha 16 de diciembre de 2020 ATRESMEDIA ha presentado escrito de alegaciones a la propuesta de resolución (folios 133 a 143), en el que, sucintamente, reitera sus anteriores alegaciones de que los hechos enjuiciados no cumplen los requisitos de tipicidad exigidos por la Ley, manifestando lo siguiente:

- No puede hablarse de publicidad encubierta, porque no hubo intención de publicitar a El Corte Inglés ni sus roscones de Reyes en la comunicación que se hizo a instancias del departamento de marketing de mi representada; Lo que hubo fue una actividad informativa en torno a una campaña de autopromoción, concretamente un sorteo promocional, comunicando a los espectadores cómo participar (comprando los roscones de Reyes) y el lugar donde puedan adquirirse los mismos)los centros comerciales de El Corte Inglés).
- No se induce a error al público en cuanto a la naturaleza de dicha presentación.
- Falta el requisito de la intención o voluntad del operador de televisión que exige el tipo, por lo que tampoco existe dolo o culpa.
- No se habría condicionado la responsabilidad e independencia editorial del prestador de servicios de comunicación audiovisual.
- Los hechos enjuiciados no han revestido gravedad ni tuvieron repercusión social.
- La cuantía de la sanción que se propone es desproporcionada, teniendo en cuenta que nada se cobró a ningún anunciante y que se trataba únicamente de una acción de autopromoción de la propia Atresmedia.

SEXTO.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente

Por medio de escrito de fecha 2 de diciembre de 2020, la Instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 132), para su elevación a la Sala de Supervisión Regulatoria.

SÉPTIMO.- Informe de la Sala de Competencia

La Sala de Competencia ha emitido informe en el presente expediente al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (Estatuto Orgánico de la CNMC) (folio 144).

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Emisión de comunicaciones comerciales encubiertas en los programas “ANTENA 3 NOTICIAS”, “LA SEXTA NOTICIAS” y “MÁS VALE TARDE”, el día 2 de enero de 2020, en los canales de televisión LA SEXTA Y ANTENA3

1.1.- Emisión de comunicación comercial encubierta en el programa “ANTENA 3 NOTICIAS 1”

Conforme consta en el acuerdo de incoación, en las grabaciones del contenido emitido que constan unidas al expediente en copia CD (folios 55 y 59) y según se describe en el informe de visionado, se incluyó comunicación comercial encubierta durante la emisión del programa “ANTENA 3 NOTICIAS 1” emitido el día 2 de enero de 2020.

A continuación se reproduce el contenido del informe de visionado N° 003/2020 (folios 1 a 2), correspondiente a esa emisión:

INFORME DE VISIONADO

Programa: “ANTENA 3 NOTICIAS 1”
Fecha de emisión: 2 de enero de 2020
Franja horaria del programa: de 14:59:03 a 15:38:02 horas
Canal: ANTENA 3
Ámbito: Nacional.
Calificación: S/C
Objeto del Acta: LGCA, Artículo 18.2.
Nº: 003 /2020

1- CONTENIDO: “ANTENA 3 NOTICIAS 1” Programa de Información presentado por María José Sáez y Ángel Carreira, con diversos colaboradores y reporteros, donde ofrecen las noticias, hechos y acontecimientos acaecidos, tanto de ámbito nacional como internacional.

2.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

14:59:03 a 15:05:27	Comienza el programa con una careta de apertura, como introducción al inicio del mismo, con un sumario de noticias.	
------------------------	---	---

<p>15:05:27 a 15:35:35</p>	<p>[...] Los presentadores comienzan a relatar las noticias del día, con la noticia de la parricida de Girona. En ningún momento se sobreimpresiona en la pantalla ninguna palabra como “Publicidad” o “Telepromoción”, solo en la parte inferior izquierda aparece la sobreimpresión “el logo de la cadena y a continuación la palabra Noticias” durante toda la emisión del programa [...]</p>	
<p>15:35:35 a 15:35:52</p>	<p>[...] Tras la noticia sobre extranjeros que vienen a vivir a diversos puntos de España, en la siguiente noticia, sobre los dulces de navidad, el presentador comenta: “los turrones han dado paso al roscón de reyes (se muestra en la pantalla que hay detrás de los presentadores una imagen donde aparece una vitrina con roscones), los obradores no dan abasto y este año al haba de la suerte se unen otras sorpresas”, continúa la presentadora diciendo: “si, tienen que estar muy atentos porque puede que en vez de una figurita les toque este año una suscripción de Atresplayer Premium” [...]</p>	

<p>15:35:52 a 15:37:09</p>	<p>[...] Se muestra las imágenes de un obrador donde están preparando los roscones de reyes. Un reportero pregunta a una empleada sobre la preparación del roscón de reyes. La empleada va explicando todo el proceso y contestando a preguntas del reportero. Llegado el momento del relleno, el reportero comenta “...bueno María, el mío ha quedado peor que el tuyo”, la empleada en ese momento entrega al reportero un objeto envuelto en plástico y el reportero dice: “...al mío no le voy a poner porque en fin, sobran las palabras, pero a este sí, va a ir con regalo, 85 suscripciones de Atresplayer Premium, 85 afortunados podrán disfrutar en exclusiva de contenidos de Atresmedia en su roscón”. Se muestra sobreimpresionado un cartón que dice: 85 suscripciones anuales de Atresplayer Premium y más abajo el logo</p>	
<p>15:37:09 a 15:37:18</p>	<p>[...] Continúa una voz en off diciendo “además con la asistencia, con todo el viaje incluido, a la gran final de “TU CARA ME SUENA” para dos personas, los encontrarán en los roscones de “EL CORTE INGLES””. Continúa el informativo con la emisión de un bloque publicitario [...]</p>	
<p>15:37:18 a 15:38:02</p>	<p>[...] Después de la publicidad continúan las noticias hasta la finalización del programa.</p>	

3.- AUDIENCIA DEL PROGRAMA

Conforme a los informes de audiencias mencionados (folios 22 a 23), la emisión del programa, “ANTENA 3 NOTICIAS 1”, del día 02 de enero de 2020, entre las

14:59:03 horas y las 15:38:02 horas, fue seguida por una audiencia de 2.168.000 personas. Los cálculos se han realizado considerando únicamente la audiencia obtenida durante la emisión del programa, sin considerar la audiencia que dejó de ver la televisión durante las pausas publicitarias.

1.2.- Emisión de comunicación comercial encubierta en el programa “ANTENA 3 NOTICIAS 2”

Conforme consta en el acuerdo de incoación, en las grabaciones del contenido emitido que constan unidas al expediente en copia CD (folios 56 y 61) y según se describe en el informe de visionado, se incluyó comunicación comercial encubierta durante la emisión del programa “ANTENA 3 NOTICIAS 2” emitido el día 2 de enero de 2020.

A continuación se reproduce el contenido del informe de visionado N° 004/2020 (folios 3 a 4), correspondiente a esa emisión:

INFORME DE VISIONADO

Programa: “ANTENA 3 NOTICIAS 2”
Fecha de emisión: 2 de enero de 2020
Franja horaria del programa: de 21:04:06 a 21:37:37 horas
Canal: ANTENA 3
Ámbito: Nacional.
Calificación: S/C
Objeto del Acta: LGCA, Artículo 18.2.
Nº: 004/20

1- CONTENIDO: “ANTENA 3 NOTICIAS 2” Programa de Información presentado por María José Sáez y Ángel Carreira, con diversos colaboradores y reporteros, donde ofrecen las noticias, hechos y acontecimientos acaecidos, tanto de ámbito nacional como internacional.

2.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

21:04:37 a 21:06:25	Comienza el programa con una careta de apertura como introducción al inicio del mismo con un sumario de noticias.
21:06:25 a 21:35:07	[...] Los presentadores comienzan a relatar las noticias del día, con la noticia del acuerdo PSOE-ERC [...]



<p>21:35:07 a 21:35:27</p>	<p>[...] Tras la noticia sobre las personas que se van sin pagar en restaurantes, la siguiente noticia sobre los dulces de navidad, la presentadora comenta: “el roscón de reyes ya es el protagonista de estas fechas (se muestra en la pantalla que hay detrás de la presentadora una imagen con un roscón), los obradores no dan abasto y este año al haba de la suerte se unen otras sorpresas, estos roscones a la venta en el Corte Ingles (se muestra una imágenes de un roscón abierto con el premio envuelto en un plástico que la presentadora detalla y que los empleados del obrador van manipulando), llevarán premios como ochenta y cinco suscripciones de Atresplayer Premium o la asistencia con todo el viaje incluido para dos personas a la gran final de TU CARA ME SUENA”. En ningún momento se sobreimpresiona en la pantalla ninguna indicación como “Publicidad” o “Telepromoción”, solo en la parte inferior izquierda aparece la sobreimpresión “el logo de la cadena y a continuación la palabra “Noticias” durante toda la emisión del programa. [...]</p>	
<p>21:35:27 a 21:37:21</p>	<p>[...] Continúan con las siguientes noticias comenzando con una entrevista al cantante David Bisbal y se pasa a un bloque publicitario [...]</p>	
<p>21:37:21 a 15:37:37</p>	<p>[...] Después de la publicidad despiden las noticias.</p>	

3.- AUDIENCIA DEL PROGRAMA

Conforme a los informes de audiencias mencionados (folios 24 a 25), la emisión del programa, “ANTENA 3 NOTICIAS 2”, del día 2 de enero de 2020, entre las 21:04:06 horas y las 21:37:37 horas, fue seguida por una audiencia de 1.795.000 personas. Los cálculos se han realizado considerando únicamente la audiencia obtenida durante la emisión del programa, sin considerar la audiencia que dejó de ver la televisión durante las pausas publicitarias.

1.3.- Emisión de comunicación comercial encubierta en el programa “LA SEXTA NOTICIAS 14H”

Conforme consta en el acuerdo de incoación, en las grabaciones del contenido emitido que constan unidas al expediente en copia CD (folios 57 y 62) y según se describe en el informe de visionado, se incluyó comunicación comercial encubierta durante la emisión del programa “LA SEXTA NOTICIAS 14H” emitido el día 2 de enero de 2020.

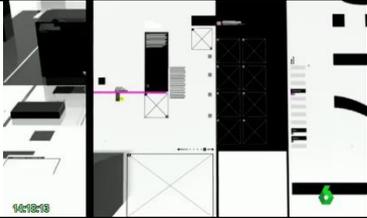
A continuación se reproduce el contenido del informe de visionado N° 005/2020 (folios 5 a 6), correspondiente a esa emisión:

INFORME DE VISIONADO

Programa: “LA SEXTA NOTICIAS 14H”
Fecha de emisión: 02 de enero de 2020
Franja horaria del programa: de 14:15:27 a 14:46:18 horas
Canal: LA SEXTA
Ámbito: Nacional.
Calificación: S/C
Objeto del Acta: LGCA, Artículo 18.2.
Nº: 005/20

1- CONTENIDO: LA SEXTA NOTICIAS 14H” Programa de Información presentado por Ana Cuesta, con diversos colaboradores y reporteros, donde ofrecen las noticias, hechos y acontecimientos acaecidos, tanto de ámbito nacional como internacional.

2.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

14:15:27 14:18:13	a	<p>Comienza el programa con una introducción al inicio del mismo con un sumario de noticias, entre ellas el roscón gigante solidario que se prepara en Lucena (Córdoba) y la carátula de finalización.</p>	
----------------------	---	--	---

<p>14:18:13 14:42:32</p>	<p>a</p> <p>[...] La presentadora comienza a relatar las noticias del día, con la noticia de la prohibición de circular por el centro de Barcelona [...]</p>	
<p>14:42:30 14:43:26</p>	<p>a</p> <p>[...] Tras la noticia sobre las inclemencias que soportan los refugiados, la presentadora</p>  <p>dice: “Hoy no despedimos de los atracones navideños, porque falta el roscón de reyes...”, a continuación, emiten un reportaje del roscón de reyes solidario de Lucena, donde explican que se realiza con el fin de recaudar fondos para la asociación de la localidad de niños con discapacidad [...]</p>	
<p>14:43:26 14:43:44</p>	<p>a</p> <p>[...] Continúan las noticias con diferentes imágenes de roscones de reyes de “El Corte Inglés”, con diversas exposiciones, mientras una voz en off narra: “y si tienen pensado comprar un roscón, atención a estos, se venden en el corte inglés y, 85 de ellos están premiados con suscripciones anuales a Atresplayer Premium y además hay 15 que contienen además de la suscripción, un viaje a Barcelona para ver la gran final de tu cara me suena (Se ofrece imágenes del programa)”.</p>  	  

<p>14:43:44 14:46:18</p>	<p>a</p> <p>[...] Continúan con las siguientes noticias sobre instrumentos musicales contruidos con desechos de vertederos. Finaliza las noticias y se pasa a un bloque publicitario [...]</p>	
------------------------------	--	---

3.- AUDIENCIA DEL PROGRAMA

Conforme a los informes de audiencias mencionados (folio 26), la emisión del programa, “LA SEXTA NOTICIAS 14H”, del día 2 de enero de 2020, entre las 14:15:27 horas y las 14:46:18 horas, fue seguida por una audiencia de 1.309.000 personas. Los cálculos se han realizado considerando únicamente la audiencia obtenida durante la emisión del programa, sin considerar la audiencia que dejó de ver la televisión durante las pausas publicitarias.

1.4.- Emisión de comunicación comercial encubierta en el programa “MÁS VALE TARDE”

Conforme consta en el acuerdo de incoación, en las grabaciones del contenido emitido que constan unidas al expediente en copia CD (folios 58 y 63) y según se describe en el informe de visionado, se incluyó comunicación comercial encubierta durante la emisión del programa “MÁS VALE TARDE” emitido el día 2 de enero de 2020.

A continuación se reproduce el contenido del informe de visionado N° 006/2020 (folios 7 a 8), correspondiente a esa emisión:

INFORME DE VISIONADO

Programa: “MÁS VALE TARDE”
Fecha de emisión: 02 de enero de 2020
Franja horaria del programa: de 17:24:14 a 20:01:02 horas
Canal: LA SEXTA
Ámbito: Nacional.
Calificación: NR-7
Objeto del Acta: LGCA, Artículo 18.2.
Nº: 006/20

1- CONTENIDO: “MÁS VALE TARDE” Magacín presentado por Mamen Mendizábal que cuenta con varias tertulias y análisis acerca de la información diaria con su mesa de debate, donde distintos periodistas discuten los temas relacionados con la jornada

2.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

<p>17:24:14 18:01:26</p>	<p>a</p> <p>Comienza el programa con una carátula de entrada a un sumario del programa con los dos presentadores de esta tarde: Hilario Pino y José Yélamo, con las noticias del día y su posterior análisis, pasándose después a un bloque publicitario (17:38:54 a 17:54:06), posteriormente a ofrecer las noticias [...].</p>	
<p>18:01:26 18:16:21</p>	<p>a</p> <p>[...] Bloque publicitario [...]</p>	
<p>18:16:21 18:16:59</p>	<p>a</p> <p>[...] Tras la vuelta del bloque publicitario, el presentador Hilario Pino dice: “si es usted de los que piensan que a estas alturas de las fiestas ya hemos cometido demasiados excesos, prepárense porque a la navidad le queda todavía el broche de oro, la noche de reyes y por supuesto el roscón”, y continúa diciendo el compañero José Yélamo: “inevitable, aquí en Atresmedia nosotros le proponemos especiales, se venden en El Corte Inglés, ahí muestran roscones en centenas de ellos Hay</p>  <p>suscripciones anuales a AtresPlayer Premium y viajes a Barcelona para ver la gran final de “Tu cara me suena” [...]</p>	
<p>18:16:59 18:17:40</p>	<p>a</p> <p>[...] El programa continúa comentando el presentador Hilario: “y hoy en “ahora Quéleo.com” le recomendamos un libro dirigido a los más jóvenes que, por si todavía no han enviado la carta a los Reyes Magos, Marina Valdés, cuéntanos de qué libro estamos hablando, redacción”. La imagen cambia y aparece Marina desde la redacción diciendo: “de la última aventura de Gerónimo Stilton, ese famoso ratón al que le encanta las peripecias, que es periodista y escritor de ratonia,</p> 	

	<p>en concreto se titula “la isla de los dragones del Reino de la Fantasía. y como dice su título, es un libro cargado de fantasía y también de muchísimas visitas muy interesantes al mundo real, como, por ejemplo, Stilton visita el museo del Prado y también las pirámides de Egipto. Ya lo saben tienen mucha más información en: ahoraqueleo.com y muchas más recomendaciones de libros”, el presentador José dice: “apuntada esa recomendación, gracias Marina y atentos a esto...” [...]</p> 
<p>18:17:40 a 20:01:02</p>	<p>[...] Continúa el programa con más noticias. Finalizan las noticias y sigue la programación con el informativo La Sexta Noticias 20H [...]</p>

3.- AUDIENCIA DEL PROGRAMA

Conforme a los informes de audiencias mencionados (folios 27 y 28), la emisión del magazine, “MÁS VALE TARDE”, del día 02 de enero de 2020, entre las 17:24:15 horas y las 20:01:04 horas, fue seguida por una audiencia de 806.000 personas. Los cálculos se han realizado considerando únicamente la audiencia obtenida durante la emisión del programa, sin considerar la audiencia que dejó de ver la televisión durante las pausas publicitarias.

1.5.- Emisión de comunicación comercial encubierta en el programa “LA SEXTA NOTICIAS 20H”

Conforme consta en el acuerdo de incoación, en las grabaciones del contenido emitido que constan unidas al expediente en copia CD (folios 59 y 64) y según se describe en el informe de visionado, se incluyó comunicación comercial encubierta durante la emisión del programa “LA SEXTA NOTICIAS 20H” emitido el día 2 de enero de 2020.

A continuación se reproduce el contenido del informe de visionado N° 007/2020 (folios 9 a 10), correspondiente a esa emisión:

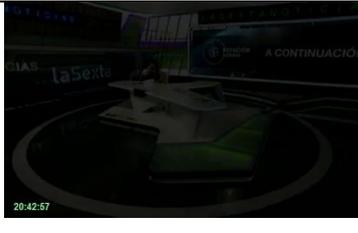
INFORME DE VISIONADO

Programa: “LA SEXTA NOTICIAS 20H”
Fecha de emisión: 02 de enero de 2020
Franja horaria del programa: de 20:01:03 a 20:42:58 horas
Canal: LA SEXTA
Ámbito: Nacional.
Calificación: S/C
Objeto del Acta: LGCA, Artículo 18.2.
Nº: 007/20

1- CONTENIDO: “LA SEXTA NOTICIAS 20 H” Programa de Información presentado por Cristina Saavedra, con diversos colaboradores (como Isabel Romero) y reporteros, donde ofrecen las noticias, hechos y acontecimientos acaecidos, tanto de ámbito nacional como internacional.

2.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

<p>20:01:03 20:06:41</p>	<p>a</p> <p>Comienza el programa con un avance de la noticia del apoyo de ERC al PSOE, seguido de una carátula y entrada a un sumario del programa con las presentadoras, pasándose a continuación a ofrecer las noticias [...].</p>	
<p>20:06:41 20:39:13</p>	<p>a</p> <p>[...] Comienzan a informar sobre los contenidos del sumario [...]</p>	

<p>20:39:13 20:39:33</p>	<p>[...] Tras la noticia sobre instrumentos musicales realizado con desechos, la presentadora dice: “si están pensando comprar un roscón para el día de Reyes, presten atención, 85 de estos que se venden en el Corte Ingles, están</p>	 <p>premiados con suscripciones anuales a Atresplayer Premium y de entre ellos hay 15 que contienen también un viaje a Barcelona para ver la gran final de “Tu Cara me Suena” [...]</p>
<p>20:39:33 20:42:58</p>	<p>[...] El programa continúa comentando las últimas noticias que vienen a la redacción, con conexiones en directo con los reporteros en diferentes puntos, hasta su finalización, pasando a publicidad, a continuación y a las noticias deportivas [...]</p>	

3.- AUDIENCIA DEL PROGRAMA

Conforme a los informes de audiencias mencionados (folio 29), la emisión del programa, “LA SEXTA NOTICIAS 20H”, del día 2 de enero de 2020, entre las 20:01:04 horas y las 20:42:58 horas, fue seguida por una audiencia de 1.138.000 personas. Los cálculos se han realizado considerando únicamente la audiencia obtenida durante la emisión del programa, sin considerar la audiencia que dejó de ver la televisión durante las pausas publicitarias.

SEGUNDO.- Duración del contenido promocional

Para concretar los hechos, a continuación se detallan los momentos en que se produce la promoción de las marcas y productos durante la emisión de los programas antes descritos y la duración total agregada de los mismos:

CANAL	HORA DE COMIENZO	HORA DE FIN	TIEMPO EN SEGUNDOS
ANTENA3 NOTICIAS 1	15:35:35	15:37:18	103
ANTENA3 NOTICIAS 2	21:35:07	21:35:27	20
LA SEXTA NOTICIAS14H	14:43:26	14:43:44	18
MAS VALE TARDE	18:16:21	18:16:59	38

LA SEXTA NOTICIAS20H	20:39:13	20:39:33	20
TOTAL			199

TERCERO.- Audiencia de los programas

Se ha unido al expediente (folios 22 a 29) los informes de audiencias medias de las emisiones antes descritas, que se sintetizan en el siguiente cuadro:

Título/Descripción	Cadena	Ámbitos de emisión	Fecha	Hora de Inicio	Hora de Fin	Duración (en minutos)	Audiencia (en miles) ¹
ANTENA3 NOTICIAS 1	Antena 3	GEN	02/01/2020	14:59:03	15:38:02	0038:59	2.168
ANTENA3 NOTICIAS 2	La Sexta	GEN	02/01/2020	21:04:06	21:37:37	0033:31	1.795
LA SEXTA NOTICIAS 14H	La Sexta	GEN	02/01/2020	14:15:27	14:46:18	0030:51	1.309
MAS VALE TARDE	La Sexta	GEN	02/01/2020	17:24:15	20:01:04	0156:49	783
LA SEXTA NOTICIAS 20H	La Sexta	GEN	02/01/2020	20:01:04	20:42:58	0041:54	1.138

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I.- Habilitación competencial de la Comisión y legislación aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Ley CNMC, que señala que la CNMC ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de la LGCA.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley CNMC y en la LGCA, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LPAC y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Según el artículo 29.2 de la Ley CNMC, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”. En consecuencia y atendiendo a lo previsto en los artículos 25.1.b) de la Ley CNMC, y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, la instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. La resolución de dichos procedimientos corresponde a la Sala de Supervisión

¹ Los cálculos se han realizado considerando únicamente la audiencia obtenida durante la emisión del programa, sin considerar la audiencia que dejó de ver la televisión durante las pausas publicitarias.

Regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC.

Respecto de la legislación aplicable, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley CNMC y el Estatuto Orgánico de la CNMC; en la LGCA y el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LGCA en lo relativo a la comunicación comercial televisiva (Reglamento de Publicidad); y en lo no previsto en las normas anteriores, por lo dispuesto en la LPAC y en la LRJSP.

II.- Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si ATRESMEDIA infringió el régimen contenido en el artículo 18.2 de la LGCA, durante la emisión de los programas, “ANTENA 3 NOTICIAS”, “LA SEXTA NOTICIAS” y “MÁS VALE TARDE”, el día 02 de enero de 2020, en diferentes franjas horarias, por la publicidad sobre la empresa “El Corte Inglés” y de su roscón de Reyes, así como del libro “La isla de los dragones del Reino de la Fantasía”, mezcladas con las autopromociones de la suscripción a “AtresPlayer Premium”, del programa “Tu cara me suena” y de la web “ahoraqueleo.com”, sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna sobreimpresión que la identificara como tal.

III.- Tipificación de los hechos probados

Para concretar la tipificación de los hechos infractores, a continuación se avanza lo siguiente, que será desarrollado en los apartados siguientes:

- Se detallan los momentos en que se produce la promoción de la marca y producto durante la emisión de estos programas, ya detallados en los Hechos Probados:

CANAL	HORA DE COMIENZO	HORA DE FIN	TIEMPO EN SEGUNDOS
ANTENA3 NOTICIAS 1	15:35:35	15:37:18	103
ANTENA3 NOTICIAS 2	21:35:07	21:35:27	20
LA SEXTA NOTICIAS14H	14:43:26	14:43:44	18
MAS VALE TARDE	18:16:21	18:16:59	38
LA SEXTA NOTICIAS20H	20:39:13	20:39:33	20
TOTAL			199

- A los hechos objetivos y consideraciones expuestos, ha de añadirse que los contenidos emitidos en los programas, “Antena 3 Noticias”, “La Sexta Noticias” y “Más Vale Tarde”, emitidos en los canales de televisión LA SEXTA y ANTENA3, el día 2 de enero de 2020, en diferentes franjas horarias, constituyen una infracción de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA, por haber emitido comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas, con

una clara intención publicitaria y promocional de la empresa “El Corte Inglés” y de su roscón de Reyes, mezcladas con las autopromociones de la suscripción a “AtresPlayer Premium” y del programa de “Tu cara me suena”, sin identificarse como publicidad, incardinándose y mezclándose todo ello con el contenido y la finalidad de los programas, lo que induce a los telespectadores a error en cuanto a la naturaleza publicitaria de dichas presentaciones.

- Resulta de aplicación a las cinco presentaciones lo dispuesto en el artículo 29.6 de la LRJSP para las infracciones continuadas, al entenderse que se ha producido una pluralidad de acciones que infringen el mismo precepto administrativo, en ejecución de una planificación preestablecida. En este caso todas las acciones realizadas el día 2 de enero de 2020 y objeto del presente procedimiento han publicitado el mismo producto y de la misma empresa (el roscón de Reyes de El Corte Inglés) y se han producido por 2 canales de televisión (ANTENA3 y LASEXTA) del mismo prestador (ATRESMEDIA), y todas ellas infringen un mismo precepto y tienen una misma causa, al entenderse que todas ellas son consecuencia de un mismo acuerdo.
- En cuanto a la sanción a imponer, se considera que se ha producido una vulneración de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA.

En conclusión, y con base en los hechos probados, se considera que el prestador del servicio de televisión ATRESMEDIA ha cometido una infracción administrativa grave de carácter continuado, tipificada en el artículo 58.8 de la LGCA.

A continuación se analizan los requisitos de la tipificación como publicidad encubierta y su aplicación al presente caso.

3.1.- Consideraciones generales

La publicidad encubierta, en el ámbito de la comunicación audiovisual, ha sido prohibida por el artículo 10.4 de la Directiva 89/552/CEE “Televisión sin Fronteras”, y mantenida su prohibición en el artículo 9.1 de la Directiva 2010/13/UE de servicios de comunicación audiovisual, así como en su revisión por la Directiva 2018/1808/UE (aún en plazo de trasposición a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros).

En España, el legislador prohíbe² expresamente esta forma de comunicación comercial audiovisual en el artículo 18.2 de la LGCA, que regula las “*comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas*”,

² Además, La publicidad encubierta se considera una práctica desleal en el artículo 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y, por lo tanto, una modalidad de publicidad ilícita por la remisión a ésta en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

estableciendo que: "(...) 2. *Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales*". En este mismo artículo 18.2, además, se prohíbe la publicidad de productos ilegales o que atente contra los valores democráticos más significativos.

Y el artículo 2.32 de la LGCA describe la comunicación comercial encubierta como *"la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación"*.

De la definición de publicidad encubierta contenida en la LGCA, cabe resaltar que tiene un propósito publicitario y que es apta para inducir a error en los destinatarios a los que se dirige al enmascararse el mensaje publicitario bajo la apariencia de un contenido informativo o de otra índole, pero aparentemente objetivo y ajeno a los intereses propios del titular del bien o servicio publicitado. De esta manera, este tipo de publicidad traiciona la confianza depositada por el consumidor en los medios de comunicación y en sus profesionales pues el telespectador confía que los contenidos emitidos cumplen con el principio de separación entre los programas y los mensajes publicitarios (artículo 6.5 de la LGCA) y con el deber de identificar aquel contenido publicitario emitido durante el programa para distinguirlo de su contenido editorial (artículo 13.1, 2º párrafo de la LGCA). Es así, que al prohibir este tipo de publicidad el legislador busca proteger a los consumidores-telespectadores frente a la inducción al error respecto del propósito publicitario o promocional de un contenido específico emitido dentro de un programa de televisión.

Desde el punto de vista del anunciante, la publicidad encubierta aporta ventajas porque evita las cautelas que, al creer estar viendo un programa, el receptor del mensaje publicitario activa cuando se le intenta vender un producto, prestigiar o promover una marca, o crearle una necesidad de consumo. Además, sorteando la pérdida de atención del espectador e incluso el cambio del canal, lo que puede suceder en el caso de la publicidad convencional. De esta manera consigue aumentar la eficacia de la actividad promocional. Las comunicaciones comerciales como la que nos ocupa también permiten aumentar la información sobre el producto promocionado al permitirse una mayor duración temporal frente a la necesidad de síntesis de otros formatos publicitarios al burlar, por ejemplo, la aplicación de los límites legales de tiempo de emisión a otros tipos de comunicaciones comerciales, como los mensajes publicitarios.

Por todos los anteriores motivos, la LGCA prohíbe la comunicación comercial encubierta en su artículo 18.2 y la tipifica como una infracción administrativa de carácter grave en su artículo 58.8.

De la definición de este tipo de comunicación comercial audiovisual prevista en la LGCA se extraen los siguientes requisitos o características que han de reunir

éstas y cuya concurrencia en los hechos probados será objeto de análisis más adelante:

- i. Que la presentación de bienes o servicios se produzca en un programa distinta del emplazamiento publicitario.
- ii. Que la presentación tenga un propósito publicitario.
- iii. Que sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción al tratarse de un mensaje publicitario que no es reconocido como tal.

3.2.- Cumplimiento de los requisitos del ilícito

De acuerdo con la relación de hechos probados, se considera acreditado que durante la emisión, el día 2 de enero de 2020, de los programas informativos “Antena 3 Noticias” en sus ediciones de mediodía y noche en el canal ANTENA3; “La Sexta Noticias” en sus ediciones de mediodía y noche en el canal LA SEXTA; y del programa “Más Vale Tarde” en el canal LA SEXTA, de todos los cuales es responsable editorial el prestador de servicios audiovisuales ATRESMEDIA, se realizaron varias comunicaciones comerciales encubiertas de los roscones de Reyes comercializados por “El Corte Inglés”.

Sin perjuicio de lo ya expuesto en la relación de hechos probados y de la incorporación al expediente de aquellos documentos y vídeos del programa en el que se produjeron tales hechos, el análisis del cumplimiento de los requisitos del tipo sancionador se centrará en el cumplimiento de los requisitos o características que reúnen las comunicaciones comerciales encubiertas, así como en contestar a las principales alegaciones de ATRESMEDIA.

3.2.1 Presentación de bienes o servicios en un programa

Tras el visionado de los programas informativos “La Sexta Noticias”, “Antena 3 Noticias” en sus ediciones de mediodía y noche, y del programa “Más Vale Tarde”, emitidos todos ellos el día 2 de enero de 2020, se puede afirmar que durante dichas emisiones sí se realiza la presentación comercial de los roscones de reyes de “El Corte Inglés”:

- En los programas informativos “Antena 3 Noticias” del 2 de enero de 2019, entre las 15:35:35 y las 15:37:18 horas y entre las 21:35:07 y las 21:35:27 horas, se promocionan los roscones de Reyes de “El Corte Inglés”, al aparecer de forma recurrente imágenes de los mismos, a la vez que se indican los regalos que pueden contener con frases como *“puede que en vez de una figurita les toque este año una suscripción de Atresplayer Premium”, “...este sí, va a ir con regalo. Ochenta y cinco suscripciones de Atresplayer Premium. Ochenta y cinco afortunados podrán disfrutar en exclusiva de contenidos de Atresmedia en su roscón”, “...los obradores no dan abasto y este año al haba de la suerte se unen otras sorpresas, estos roscones a la venta en el Corte Inglés” “...además de la asistencia, con todo el viaje*

completo incluido, a la gran final de “Tu cara me suena” para dos personas. Los encontrarán en los roscones de El Corte Inglés”. Aparecen también sobreimpresiones, como un cartón que dice “85 suscripciones anuales de Atresplayer Premium” y más abajo el logotipo de Antena 3 con la palabra “Noticias”, durante 9 segundos.

- De manera similar, en los programas informativos de “La Sexta Noticias” del mismo día, entre las 14:43:26 y las 14:43:44 horas y entre las 20:39:13 y las 20:39:33 horas, se muestran una serie de imágenes de roscones de Reyes de El Corte Inglés, mientras una voz en off señala: ... *“y si tienen pensado comprar un roscón, atención a estos, se venden en El Corte Inglés y, ochenta y cinco de ellos están premiados con suscripciones anuales a Atresplayer Premium y además hay quince que contienen además de la suscripción, un viaje a Barcelona para ver la gran final de Tu cara me suena”*. A la vez, aparecen sobreimpresiones que hacen referencia a que dentro de los roscones se pueden encontrar suscripciones anuales a Atresplayer Premium.
- Por último, durante la emisión del magacín “Mas Vale Tarde”, del 2 de enero de 2020, entre las 18:16:21 y las 18:16:59 horas, aparecen varias alusiones a los roscones de reyes comercializados por “El Corte Inglés”. Aparece sobreimpresionado *“85 roscones de Reyes de El Corte Inglés, incluyen suscripciones anuales a AtresPlayer Premium”*; mientras que el presentador relata: *“inevitable, aquí en Atresmedia nosotros le proponemos unos muy especiales, se venden en El Corte Inglés, ahí los tienen (se muestran imágenes de los roscones en vitrinas) y un centenar de ellos llevan premio. Hay suscripciones anuales a AtresPlayer Premium y viajes a Barcelona para ver la gran final de “Tu cara me suena”*.

Es decir, conforme a lo expuesto, durante las citadas emisiones se muestran en pantalla, de forma recurrente ya sea a través de sobreimpresiones, así como por locuciones verbales e imágenes, los roscones de Reyes de “El Corte Inglés”, haciendo hincapié en los premios que se pueden obtener (suscripción a “AtresPlayer Premium” y asistir al programa de “Tu cara me suena”), lo que puede entenderse como una incitación directa a la compra por las alusiones a los premios que ofrece y no una comunicación audiovisual meramente informativa de una autopromoción, de donde se deduce una finalidad publicitaria y promocional del producto y marca de “El Corte Inglés”.

Todo lo anteriormente descrito da cuenta de que no se trata de la mera aparición de un producto o marca de manera circunstancial sin afectar al contenido de los programas como alega Atresmedia, sino que esa presentación la han realizado de tal manera que forma parte esencial del programa, al dotarla de una prominencia indebida e innecesaria para el normal desarrollo de los programas.

3.2.2 Propósito publicitario

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, define la publicidad como *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

Por su parte, la LGCA define la comunicación comercial audiovisual en su artículo 2.24, de la siguiente manera:

“Las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio. En todo caso son formas de comunicación comercial audiovisual: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto”.

A este respecto, tal y como se desprende de la relación de hechos probados, se aprecia el propósito publicitario en la presentación de los productos, ya que en el transcurso de los programas citados, y de manera repetida, se expone el producto (el roscón de Reyes de “El Corte Inglés”) y se indica dónde comprarlo (en los centros comerciales y tiendas de “El Corte Inglés”). El hecho de que en algunos de los programas no se sobreimpresionara el nombre, ni se sacaran imágenes de la caja de los roscones, como alega ATRESMEDIA, no impidió que la publicidad de la empresa se realizase por otros medios tales como la repetición por los locutores del nombre del producto que incluía el nombre de la empresa (el roscón de Reyes de “El Corte Inglés”) y de dónde adquirirlo (en los centros comerciales y tiendas de “El Corte Inglés”).

Por lo tanto, se considera que las menciones y apariciones del producto y de su marca durante la emisión del programa se ha realizado con una reiteración asimilable a la prominencia indebida, que se podía haber evitado sin que los programas (4 informativos y uno generalista) perdieran sentido en modo alguno.

3.2.3 Que la comunicación comercial sea susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción

Como se ha explicado más arriba, la publicidad encubierta se caracteriza porque puede inducir al público a error en cuanto a su naturaleza publicitaria. La falta de reconocimiento del carácter publicitario del mensaje por parte de los destinatarios se consigue, en primer lugar, porque se trata de comunicaciones no separadas ni desveladas, pues no se incluyen dentro de un bloque publicitario que interrumpa el programa, sino dentro de este, como una parte de su contenido, y sin ninguna señalización informativa de que se está emitiendo un contenido publicitario, como es preceptivo.

En el caso que nos ocupa, las presentaciones que se realizan del roscón de Reyes de El Corte Inglés durante la emisión de los programas se realizan sin señalización alguna en pantalla y sin incluir advertencias al telespectador sobre la naturaleza publicitaria de la presentación o exposición en cuestión, ni siquiera al final del programa, ni siquiera en agradecimientos de cierre, lo que puede inducir a error al espectador sobre la naturaleza real (publicitaria y no meramente informativa) del espacio o programa visionado.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo reconoce en su sentencia de 24 de abril de 2012 (recurso de casación nº 03/3262/2009), y en otras posteriores³, que la presentación del producto de una forma no clara ni directa, sino encubierta, colabora de manera decisiva a que esa forma oculta de presentación del producto sea idónea para producir error en los consumidores.

Además, la publicidad encubierta no se identifica como publicidad, tal y como exige el principio de diferenciación al que hace referencia el artículo 6.5 de la LGCA, que incluye la separación del mensaje publicitario del editorial y la identificación de aquel como tal. En efecto, en este caso, no se identifica la publicidad durante la emisión del programa, cumpliéndose así una de las características básicas de la publicidad encubierta, pues a pesar de que el programa contiene una campaña publicitaria que se mezcla con otros contenidos del programa sin informar a los telespectadores; es decir, sin estar los telespectadores conscientes de que están recibiendo un mensaje publicitario con el fin de inducirlo a error en cuanto a su verdadera naturaleza publicitaria pues en ningún momento en la emisión del programa, ni cuando la promoción publicitaria resulta más evidente, se informa a los telespectadores de que se trata de publicidad.

Por último, difícilmente ATRESMEDIA puede eludir su responsabilidad en la inserción de publicidad de la empresa El Corte Inglés y de su roscón de Reyes en los cinco programas analizados, al presuponerse la existencia de un acuerdo entre ambas empresas y la elaboración de una campaña publicitaria que se ha concretado en la inclusión de la publicidad en cinco programas de la parrilla del prestador del servicio a emitir el día 2 de enero de 2020.

Por lo tanto, en virtud de todo lo anterior, se concluye que las menciones o referencias verbales explícitas y las imágenes de la marca y su producto, muestran el carácter encubierto de la presentación, inherente a esta clase de actividad promocional, lo cual conlleva la producción de errores a los telespectadores en cuanto a la naturaleza publicitaria del producto o servicio que se promociona al confundirse tal promoción con los contenidos del programa.

³ Las más recientes son las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Cont. Adm., Sección 3ª) de 10 de marzo de 2020 (Rec. Casación nº 03/383/2019), de 31 de octubre de 2018 (Rec. Casación nº 03/5920/2017), de 8 de noviembre de 2018 (Rec. Casación nº 03/4055/2017), y de 11 de noviembre de 2019 (Rec. Casación nº 03/6537/2018)

3.2.4 Sobre las alegaciones de Atresmedia de que los espacios denunciados serían de autopromoción y de cumplimiento de sus objetivos de responsabilidad social

A) ATRESMEDIA alega que deben considerarse como autopromociones los espacios insertados en los 5 programas, ya que lo que se promocionaba no era el roscón de Reyes de El Corte Inglés, sino que éste era un medio de autopromocionar la suscripción a “AtresPlayer Premium” y la asistencia al programa de “Tu cara me suena”.

Al respecto de esta alegación debe señalarse en primer lugar que, según se dispone en el artículo 8 del Reglamento de Publicidad, los espacios en que se mezclan los elementos promocionales de Atresmedia, en este caso, con elementos publicitarios ajenos a la programación o a los productos accesorios directamente derivados de los programas (el roscón de Reyes y la empresa El Corte Inglés), se consideran *mensajes publicitarios computables en el límite de tiempo asignado a éstos, es decir. 12 minutos por hora de reloj.*

Es obligado señalar que el régimen contenido en el artículo 14 de la LGCA es de aplicación también a las autopromociones, salvo el cómputo establecido en el artículo 14.1 (el de 12 minutos por hora de reloj), al contener el artículo 13.2 de la LGCA un régimen especial de cómputo para las mismas (5 minutos por hora de reloj), en línea con el considerando 97 de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual que 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 referentes a productos que cumplan la doble condición de ser productos 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*».

En consecuencia, la emisión de autopromociones, salvo lo establecido en el Reglamento de Publicidad para las sobreimpresiones y las autopromociones meramente informativas, debe respetar el nivel sonoro medio del programa anterior (artículo 14.2 de la LGCA); incluir la transparencia con la indicación “publicidad” cuando pueda confundir al telespectador sobre su carácter publicitario (artículo 14.3 de la LGCA); respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman (artículo 14.4, párrafo 1.º, de la LGCA); respetar el número de interrupciones máximas permitidas en la emisión de películas para la televisión, largometrajes, programas informativos televisivos y programas infantiles (artículo 14.4, párrafo 2.º, de la LGCA); cuando su inserción produzca la interrupción de la retransmisión de un acontecimiento deportivo, insertarse cuando el juego esté detenido (artículo 14.4, párrafo 3.º, de

la LGCA); y, por último, no pueden insertarse durante los servicios religiosos (artículo 14.4, párrafo 4.º, de la LGCA).

Sentado lo anterior hay que poner de manifiesto que durante la emisión de las ediciones de los programas “Antena 3 Noticias”, “La Sexta Noticias” y “Mas Vale Tarde” mencionadas, en todas ellas se incluye información relativa a los roscones de Reyes de “El Corte Inglés” (así como suscripción a AtresPlayer Premium y asistir al programa de “Tu cara me suena”), pero en ninguna de ellas se sobreimpresiona la pantalla con ninguna indicación como “Publicidad” o “Telepromoción”. Al contrario del propósito meramente informativo alegado por el operador, en su visionado se comprueba que; (i) para ofrecer una mera información se podría haber evitado en gran medida la reiteración de los nombres de los productos, con menciones a los productos sorteados u ofertados; y además (ii) en las emisiones predomina ofrecer un aspecto positivo de la marca, puesto que se destacan detalles innecesarios como las repetidas alusiones directas a los roscones de Reyes de la empresa “El Corte Inglés”, ofreciendo continuas imágenes de los productos señalados, lo que genera que predomine el carácter promocional sobre el informativo.

Todo ello resultaría innecesario si el fin fuera meramente el informativo u otro distinto al publicitario, pues con ello se fija nítidamente en el telespectador el nombre de la empresa y de los productos señalados. La naturaleza informativa (en el caso de los informativos de Antena 3 y de La Sexta) o generalista (en el caso de “Más Vale Tarde”) de estos 5 programas no justifica la posible existencia de contenidos que contengan ninguna suerte de carga promocional ni ningún propósito publicitario. Y del análisis de los citados programas emitidos el día 2 de enero de 2020 resulta evidente que la presentación, reiteración y alusiones directas a los roscones de Reyes de “El Corte Inglés” (relacionadas y mezcladas con la autopromoción de la suscripción a “AtresPlayer Premium” y de la asistencia al programa de “Tu cara me suena”), y a sus posibles características, virtudes y méritos, se concluye que las mismas tenían un claro y evidente propósito publicitario por parte del operador, encaminado a introducir en el relato de los programas una promoción comercial de dichos productos (los roscones de Reyes) y una incitación a la compra con el reclamo de las citadas autopromociones, adquiriendo esta marca comercial una influencia indebida en el guion de los citados programas informativos y generalista.

Y respecto de la alegación de Atresmedia de que si no hace así la autopromoción no hay manera de hacerla, hay que negarlo categóricamente, ya que la Ley no prohíbe que se publiciten productos sino que se haga de manera encubierta. Bastaría que Atresmedia hubiese señalado esos espacios insertados en Iso 5 programas como publicidad para que el efecto promocional fuese el mismo, pero con las debidas garantías y prevenciones para el espectador sobre la naturaleza real de lo que estaba visionando.

En definitiva, por todo lo anterior cabe desestimar las alegaciones de ATRESMEDIA en este sentido y afirmar la existencia de la intención publicitaria

por parte del prestador del servicio de televisión que realizó las mencionadas emisiones, y concurriendo además en este caso una de las características básicas de la publicidad encubierta, consistente en que el telespectador no sea consciente de que está recibiendo un mensaje publicitario, al mezclarse la publicidad con los contenidos informativos y generalistas de los programas, con el fin de inducirlo a error en cuanto a su naturaleza, sin advertírsele en ningún momento de las emisiones de los programas que se trata de publicidad.

B) ATRESMEDIA alega también que la presentación del libro en el programa “Mas Vale Tarde” forma parte de los objetivos de responsabilidad social corporativa del prestador, como una campaña de promoción de la lectura a través de la televisión, la radio y las plataformas digitales; que están alineados con los Objetivos de Desarrollo Sostenible; y que no se puede considerar publicidad encubierta la referencia a libros en programas o secciones de programas que hablan de literatura, como tampoco puede penalizarse la referencia a una película en los programas o secciones de programas dedicados al cine

A dicha alegación hay que responder señalando que en el programa citado un presentador cuenta que *“hoy en ahoraqueleo.com le recomendamos un libro dirigido a los más jóvenes...”*, mientras que en la pantalla que aparece detrás de los presentadores figura lo siguiente: *“www.ahoraqueleo.com es un proyecto de La Sexta y CreaLectura”*. Desde la redacción de “laSexta Noticias”, una interviniente aparece diciendo: *“de la última aventura de Gerónimo Stilton, [...] en concreto se titula “La isla de los dragones del Reino de la Fantasía”, y hace una descripción del libro: “y como dice su título, es un libro cargado de fantasía y también de muchísimas visitas muy interesantes al mundo real, como, por ejemplo, Stilton visita el museo del Prado...”*(mientras, aparece sobreimpresionado: *“La isla de los dragones, de Geronimo Stilton, recomendación de lectura de ahoraqueleo.com”*), para terminar, diciendo *“ya lo saben, tienen mucha más información en ahoraqueleo.com y muchas más recomendaciones de libros”*.

Resulta cierto que la presentación del libro constituye una promoción de la cultura a través de la lectura, en este caso, dirigida a los más jóvenes; que en numerosos programas de la parrilla televisiva se comentan y recomiendan libros y películas; que la presentación no coincide con las fechas de lanzamiento o con una especial promoción de la publicación; de la forma, estilo y duración de la presentación no puede extraerse un propósito publicitario específico que desvincule la presentación del libro del derecho a recibir una comunicación audiovisual plural, reconocido en el artículo 4.3 de la LGCA. Sin embargo, todo ello no desvirtúa que la presentación publicitaria del roscón de Reyes de El Corte Inglés realizada en el mismo programa, que constituye el objeto del presente procedimiento, no tenía nada que ver con la citada acción de fomento de la lectura, ya que se emite previamente al espacio de promoción de la lectura y en formato separado y sin relación alguna; y por tanto, al no estar señalada como tal, sea publicidad encubierta prohibida por el artículo 18.2 de la LGCA.

En definitiva, se ha comprobado que los hechos descritos reúnen los requisitos exigidos en el artículo 2.32 de la LGCA para ser calificados como publicidad encubierta del roscón de Reyes de El Corte Inglés, al haberse producido una presentación directa, visual y verbal, de empresas y servicios reales en cinco programas de televisión, dos de “Antena 3 Noticias”, dos de “La Sexta Noticias” y uno de “Mas Vale Tarde”, durante el día 2 de enero de 2020, distinta del emplazamiento de producto, y con una intención publicitaria por parte del prestador del servicio, como puede apreciarse en la presentación, durante 199 segundos en cinco programas del mismo día, de las virtudes de la marca, sus productos y sus elementos publicitarios. Lo cual conlleva la producción de errores a los telespectadores en cuanto a la naturaleza publicitaria de la emisión, al confundirse con los contenidos del programa. Esta conducta está prohibida en el artículo 18.2 de la citada LGCA, por lo que su incumplimiento se enmarca en el tipo infractor grave contenido en el artículo 58.8 de la misma Ley.

IV.- Responsabilidad de la infracción

El artículo 28.1 de la LRJSP dispone que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa, 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 operadores de televisión.

En aplicación de lo establecido en el artículo 61 de la LGCA, la responsabilidad por las infracciones debe atribuirse a ATRESMEDIA por ser el operador del servicio de comunicación audiovisual autor de los hechos infractores considerados probados, y sin que haya quedado acreditada en el expediente sancionador la existencia de circunstancia alguna que le pueda eximir de dicha responsabilidad.

Esta exigencia de responsabilidad a ATRESMEDIA está relacionada con el hecho que el sector audiovisual es un sector altamente especializado y en el que dicho prestador del servicio audiovisual, dados su volumen de actividad y su experiencia en el sector, cuenta con los medios materiales y humanos suficientes para poder extremar la vigilancia y evitar conductas como la que es objeto del presente procedimiento, poniendo la máxima diligencia en el cumplimiento de la normativa que le es aplicable. Más aún, teniendo en cuenta que éste es el tercer⁴ expediente que se le incoa en los últimos años por transgredir el artículo 18.2 de la LGCA.

Así lo han indicado expresamente los Tribunales, aunque en el ámbito de la protección del menor frente a contenidos audiovisuales inadecuados, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2015 (recurso núm. PO 08/409/2013), en cuyo Fundamento Cuarto se recuerda que *“en el caso de*

⁴ Los anteriores fueron los procedimientos números SNC/DTSA/089/19 y SNC/DTSA/128/19.

empresas audiovisuales, como la ahora recurrente, dotadas de la máxima especialización y vinculadas con la Administración con un régimen especial de sujeción, los estándares de diligencia exigibles alcanzan el mayor nivel”.

Asimismo, señalar que el prestador de servicios audiovisuales es el responsable de la emisión de programas y publicidad y debe tener un control sobre los contenidos que emite constituyendo, en caso contrario, supuestos de culpa en su actuación, únicamente salvables en casos de sucesos imprevistos e inevitables, que no le exoneran de responsabilidad administrativa por ausencia de culpabilidad en la comisión de los hechos cometidos, sobre todo, cuando esa negligencia repercute negativamente sobre los telespectadores.

En efecto, en la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 134/2016 de 1 de marzo de 2016 (recurso núm. PO 01/246/2014) se recuerda que los operadores son responsables de los contenidos emitidos, debiendo *“extremar la diligencia en el cumplimiento de los deberes que le impone la legislación en materia de comunicación audiovisual”* y recordando que resulta sancionable la simple *“inobservancia”* de la normativa sectorial aplicable.

Vistas las alegaciones, y tras el visionado de las grabaciones y el contenido de los documentos incorporados a las presentes actuaciones, se considera probado el incumplimiento de ATRESMEDIA del artículo 18.2 de la LGCA, y responsable de la comisión de una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 58.8 de la LGCA, por la emisión de publicidad encubierta de la empresa “El Corte Inglés” y de su roscón de Reyes, mezcladas con las autopromociones de la suscripción a “AtresPlayer Premium” y del programa “Tu cara me suena”, en los programas “ANTENA 3 NOTICIAS”, de las 15 y 21 horas, “LA SEXTA NOTICIAS”, de las 14 y 20 horas, y “MÁS VALE TARDE”, emitidos el día 2 de enero de 2020, en los canales de televisión LA SEXTA y ANTENA3.

En consecuencia, deben rechazarse las alegaciones de ATRESMEDIA por las que pretende quedar exenta de toda responsabilidad y culpa por ausencia de dolo o de culpa, al haberse probado su responsabilidad en el incumplimiento, en el canal, ámbito, día y horario especificado, de la prohibición de emitir publicidad encubierta establecida en el artículo 18.2 de la LGCA y tipificada como infracción grave en el artículo 58.8 del mismo texto legal.

V.- Cuantificación de la sanción

El incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas en el artículo 18.2 de la LGCA, se consideran infracciones graves conforme a lo dispuesto en el artículo 58.8 de la LGCA. A su vez, el artículo 60.2 de la LGCA establece que este tipo de infracciones pueden ser sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000,00 euros para los servicios de comunicación audiovisual televisiva.

El artículo 29.3 de la LRJSP establece, como criterios de graduación, el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad, la continuidad en la conducta

infractora, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

Por su parte, el artículo 60.4 de la LGCA establece los siguientes criterios: la inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida; haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores; la gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona; la repercusión social de las infracciones y; el beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

De los anteriores criterios de graduación, se ha tenido en cuenta en este caso: (i) el carácter continuado de la infracción; (ii) el tipo de emisión (nacional); (iii) la repercusión social en función de la audiencia media de cada uno de los programas visionados (que oscila entre los 783.000 del programa con menor audiencia y los 2.168.000 espectadores del programa con mayor audiencia); y (iv) el beneficio económico que la conducta infractora puede haber reportado al prestador en función de la duración de la publicidad (199 segundos).

En definitiva, atendiendo a los principios y límites cuantitativos a que se hace antes referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la LRJSP y en el artículo 60.4 de la LGCA, se considera ajustado a derecho la imposición de una (1) multa por importe de **183.220 € (ciento ochenta y tres mil doscientos veinte euros)**.

Por último, debe rechazarse la alegación de Atresmedia respecto de la desproporción de la multa cuantificada por falta de gravedad, de repercusión social y de beneficio económico, ya que, por una parte, se han tenido en cuenta los ya citados criterios de graduación (audiencia media de los programas -en algunos casos superior a los 2 millones de espectadores-, ámbito nacional de las emisiones y duración de los espacios publicitarios -199 segundos en horarios de gran audiencia-; todo ello justifica que existió una evidente repercusión social); y por otra parte hay que señalar que la multa, que legalmente puede imponerse entre los 100.001 y los 500.000 €, se ha impuesto en la mitad inferior de dicha horquilla.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a la entidad ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., responsable directa de la comisión de **una (1) infracción administrativa grave de carácter continuado** tipificada en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, por haber emitido, en sus canales de televisión LA SEXTA y ANTENA3, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de la empresa “El Corte Inglés” y de su roscón de Reyes, mezcladas con las autopromociones de la suscripción a “AtresPlayer Premium” y del programa de “Tu cara me suena”, en los programas “ANTENA 3 NOTICIAS”, de las 15 y 21 horas, “LA SEXTA NOTICIAS”, de las 14 y 20 horas, y “MÁS VALE TARDE”, emitidos todos ellos el día 2 de enero de 2020 en los canales de televisión LA SEXTA y ANTENA3, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

SEGUNDO.- Imponer a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., una multa por importe de **183.220 € (ciento ochenta y tres mil doscientos veinte euros)**.

TERCERO.- Archivar el procedimiento sancionador incoado a la entidad ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. por la presunta comisión de una (1) infracción administrativa grave tipificada en el artículo 58.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual en lo relativo a la presunta publicidad encubierta del libro “La isla de los dragones del Reino de la Fantasía”, mezcladas con la autopromoción de la web “ahoraqueleo.com” en el programa “MÁS VALE TARDE”, emitido el día 2 de enero de 2020 en el canal LA SEXTA.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado, haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y que contra ella podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.