

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ARCHIVA EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S. A., POR EL PRESUNTO 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/D TSA/048/20/CRTVE

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 de 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 24), que la **CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S. A. (CRTVE)**, en su canal de televisión “**LA 1**”, 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 del programa informativo “**Telediario 2ª edición**”, los días 23 de marzo de 2020, 24 de marzo de 2020 y 22 de abril de 2020, se emitieron, sin identificación,

contenidos que pudieran ser calificados como publicidad encubierta de las plataformas de pago destinadas a la distribución de contenidos audiovisuales, “Netflix” y “Disney+”, así como de dos películas de estreno, “Hogar” y “Tyler Rake”, 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/048/20/CRTVE, al entender que la CRTVE había podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA por las emisiones indicadas en el apartado anterior (folios 25 a 30).

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 31 a 35).

TERCERO.- Alegaciones de la CRTVE

La CRTVE presentó escrito de alegaciones el día 3 de noviembre de 2020 (folios 36 a 41) en el que sucintamente, manifiesta lo siguiente:

- Que tanto los estrenos de las películas “Hogar” y “Tyler Rake” de la plataforma “Netflix”, como del estreno de la plataforma de pago “Disney +” se consideró que se trataba de información de utilidad para el ciudadano. En el caso de los estrenos de películas, esta información se produjo en el contexto especial del inicio del estado de alarma en el que las salas de cine tuvieron que cerrar y no se producían estrenos. En cuanto a “Disney +”, se trataba del lanzamiento mundial de esta plataforma, de la que numerosos medios de comunicación se hicieron eco.
- Que no se dan los requisitos necesarios para estimar la existencia de publicidad encubierta. Señala que es práctica habitual en los informativos incluir piezas informativas del estreno de obras cinematográficas, que normalmente cuentan con entrevistas y que los mismos aparecen en “sets” de rodaje con los logos e imágenes de las empresas productoras, sin que ello se haya considerado nunca como publicidad encubierta. Además, el artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/2020, de 5 de mayo por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, establece que “1. *Hasta el 31 de agosto de 2020, se considerará también estreno comercial de una película, sin que esta pierda su condición de película cinematográfica conforme se define en el artículo 4.a) de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, el que se lleve a cabo a través de servicios de comunicación audiovisual televisiva, así como de servicios de comunicación electrónica que difundan canales de televisión o de servicios de catálogos de programas.*” Manifiesta

que, en cumplimiento del servicio público encomendado, y en sintonía con la exposición de motivos del Real Decreto-Ley, se limitaron a dar información de este tipo de contenidos.

- Que no ha existido propósito publicitario en el tono divulgativo del programa; que no existen relaciones comerciales o cualquier otro vínculo entre la CRTVE y las plataformas “Netflix” y “Disney +”; que no se ha producido contraprestación alguna.
- Que no induce a error a los espectadores, ya que los telediarios son el paradigma de la información y no solo pesa sobre la CRTVE la prohibición legal de emisión de publicidad, sino que también está prohibida la cesión a terceros de la producción y edición de los programas informativos y de aquellos que expresamente determine el mandato ¿?marco.
- Que no existe prueba alguna que demuestre la existencia de infracción administrativa, por lo cual se solicita el archivo del expediente sancionador.

CUARTO.- Trámite de audiencia

Con fecha 1 de diciembre de 2020 le fue notificada a la CRTVE la propuesta de resolución formulada por la Instructora del procedimiento (folios 60 a 86) 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 la CRTVE proponía lo siguiente:

“PRIMERO.- Que se declare a CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S. A., responsable de la comisión de dos (2) infracciones administrativas graves, una de ellas continuada, por haber emitido, en su canal LA 1, de ámbito nacional, comunicaciones comerciales encubiertas de las plataformas de pago “Netflix” (y sus películas “Hogar” y “Tyler Rake”) y “Disney +”, los días 23 y 24 de marzo de 2020 y 22 de abril de 2020, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LGCA.

SEGUNDO.- Que se imponga a CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S. A., una multa por importe de 281.202,00 euros (doscientos ochenta y un mil doscientos dos euros), de los cuales, 168.093 € (ciento sesenta y ocho mil noventa y tres euros) corresponden a las promociones de “Netflix” y 113.109 € (ciento trece mil ciento nueve euros) por la promoción de la plataforma “Disney+”, por la comisión de dos infracciones graves, una de ellas continuada, al artículo 18.2 de la LGCA, al haber emitido publicidad encubierta en el programa “TELEDIARIO 2ª EDICIÓN”, emitido en LA 1, en los días 23 y 24 de marzo de 2020 y 22 de abril de 2020. Para el cálculo de la sanción se ha tenido en cuenta, principalmente, el tipo de emisión (nacional), el carácter continuado de una de las infracciones, la repercusión social en función de la audiencia media de las tres ediciones del programa y el beneficio económico que la conducta infractora puede haber reportado al prestador en función de la duración de la publicidad (308 segundos).”

QUINTO.- Alegaciones de la CRTVE

En fecha 17 de diciembre de 2020 la CRTVE presentó un escrito de alegaciones a la propuesta de resolución (folios 88 a 109), en el que, sucintamente, reitera sus anteriores alegaciones de que los hechos enjuiciados no cumplen los requisitos de tipicidad exigidos por la Ley y por la jurisprudencia, manifestando lo siguiente:

- Falta el requisito de la intención o voluntad del operador de televisión que exige el tipo, por lo que tampoco existe culpabilidad por dolo o culpa. El propósito de la CRTVE en las citadas emisiones fue puramente informativo, ya que tanto los estrenos de las películas “Hogar” y “Tyler Rake” de la plataforma “Netflix”, como del estreno de la plataforma de pago “Disney +” se consideró que se trataba de información de utilidad para el ciudadano como noticias de ámbito cultural y de ocio.
- Además la carga de la prueba de la existencia o no de intencionalidad y culpabilidad debería recaer en la Administración, y no limitarse a aplicar meras presunciones.
- Era difícil evitar la reiteración de los nombres y logotipos de las plataformas de los aspectos positivos y del precio de los servicios que ofrecen, aludiendo a necesidades informativas, por razones de protección de los derechos de propiedad audiovisual” (sic), y por un ánimo puramente informativo, divulgativo y cultural y una ausencia de pruebas de la existencia de un propósito publicitario.
- No existen relaciones comerciales o cualquier otro vínculo entre la CRTVE y las plataformas “Netflix” y “Disney +”; y no se ha producido contraprestación alguna.
- No se induce a error a los espectadores en cuanto a la naturaleza informativa y no publicitaria de los programas.
- Que deberían tenerse en cuenta las particulares circunstancias sociales y económicas derivadas de la crisis sanitarias del COVID-19 y del confinamiento domiciliario, que hacían aún más pertinente la información sobre eventos culturales y de ocio audiovisuales que se pudiesen disfrutar desde casa.

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 87), para su elevación a la Sala de Supervisión Regulatoria.

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 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 ha consistido en determinar si la CRTVE infringió el régimen contenido en el artículo 18.2 de la LGCA, durante la emisión del programa, “Telediario 2ª edición”, los días 23 de marzo de 2020, 24 de marzo de 2020 y 22 de abril de 2020, por la información sobre las plataformas de pago “Netflix” (y sus películas “Hogar” y “Tyler Rake”) y “Disney +”.

, con menciones a estrenos y a los contenidos que ofrecen, a las ventajas que brinda la contratación de las plataformas e incluso al precio de una de ellas, todo ello acompañado de imágenes de las películas que emiten y de sus protagonistas, y sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese de su tratamiento como publicidad ni apareciese ninguna superimpresión que la identificara como tal.

III.- 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 prohíbe¹ 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*”, 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

sucedier 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.- Inexistencia de los requisitos del ilícito

De acuerdo con la relación de hechos probados en la propuesta de resolución del Instructor del procedimiento sancionador, no se puede considerar acreditado que durante las emisiones del programa “Telediario 2ª edición”, los días 23 de marzo de 2020, 24 de marzo de 2020 y 22 de abril de 2020, en el canal de televisión generalista “LA1”, del que es responsable editorial el prestador de servicios audiovisuales la CRTVE, se hubieran realizado varias comunicaciones comerciales encubiertas del estreno de dos películas en la plataforma “Netflix” (“Hogar” y “Tyler Rake”), ni que la presentación de la nueva plataforma de televisión de pago “Disney+”, haya tenido una clara intención publicitaria y promocional de las citadas plataformas de pago, sino más bien una intención informativa, aun cuando se pudiera considerar que CRTVE debería haber sido menos explícita en cuanto a las bondades del sistema de entretenimiento objeto de la información.

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

ÚNICO.- Declarar concluso el presente procedimiento sancionador y archivar las actuaciones por no haber quedado acreditada la concurrencia de la infracción administrativa a la que se refiere la propuesta de resolución del instructor del procedimiento.

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.