

ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA LA DENUNCIA REMITIDA POR UN PARTICULAR EN RELACION CON LA PUBLICIDAD EMITIDA EN DIVERSAS PLATAFORMAS DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS Y QUE PODRÍAN CONTRAVENIR LO DISPUESTO EN LA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

(IFPA/DTSA/255/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 29 de septiembre de 2022

De acuerdo con la función establecida en el artículo 9.10 y 14 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria, adopta el siguiente Acuerdo:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. - Con fecha 19 de mayo de 2022 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) mediante el formulario de denuncias de contenidos la reclamación de un particular por la que ponía en conocimiento de esta Comisión la existencia de una comunicación comercial de la entidad ROCKSTAR ENERGY SPAIN, propiedad de PepsiCo, Inc, (en adelante, ROCKSTAR ENERGY) en diversas plataformas de intercambio de vídeos, entre otras, YouTube y Twitch, que podría contravenir el marco normativo audiovisual al fomentar hábitos no saludables.

En concreto, la denuncia hace referencia a que el anuncio¹, referido a una bebida energética, estaría *“incitando a no dormir antes de un examen”* debido a su consumo.

SEGUNDO. - La Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) bajo el título *“Fomento de la correulación publicitaria”* establece que la CNMC podrá firmar acuerdos de correulación que coadyuven al cumplimiento de las obligaciones, las prohibiciones y los límites al ejercicio del derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales.

De esta forma, la CNMC, en su acción de fomento de la correulación publicitaria, en abril de 2021 suscribió el *“Convenio para el fomento de la correulación sobre comunicaciones comerciales en televisión entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL)”*².

Según este Convenio, la CNMC reconoce la utilidad de la autorregulación de la publicidad televisiva y, en particular valora positivamente el sistema de consulta previa para la publicidad televisiva, gestionado por AUTOCONTROL, que coadyuva a procurar la correcta aplicación y cumplimiento de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, anterior LGCA), y demás normativa publicitaria que resulte de aplicación, sin que ello suponga ni pueda suponer perjuicio o menoscabo alguno de las competencias que tenga atribuidas la CNMC por la normativa aplicable.

Por su parte, AUTOCONTROL asume, para su aplicación en materia publicitaria, el contenido de los criterios orientadores para la adecuada clasificación horaria de los contenidos televisivos, establecidos en el Código de Autorregulación de

¹ La denuncia adjunta el link del anuncio en el sitio web de la marca:

https://www.youtube.com/watch?v=DcjORyRXcm4&ab_channel=RockstarEnergySpain

² https://www.cnmc.es/sites/default/files/3433891_0.pdf

Contenidos Televisivos e Infancia, en la medida en que pueda afectar a las comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas emitidas por estos operadores.

Recibida una reclamación referida a la protección de la infancia en el marco del Acuerdo para el fomento de la autorregulación de los contenidos televisivos e infancia, y en relación con comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas emitidas por los operadores de TV adheridos al mismo, AUTOCONTROL procederá a su tramitación y resolución conforme a las normas y procedimientos establecidos en el Reglamento del Jurado de la Publicidad. Una vez concluido el procedimiento, AUTOCONTROL informará a las partes afectadas, a la CNMC y a los operadores de televisión adheridos, enviando en su caso la correspondiente documentación y, conforme a su Reglamento, lo publicará en la revista, web u otros medios de AUTOCONTROL.

Así, en el ámbito de una investigación de oficio, por propia iniciativa o llevada a cabo a consecuencia de una denuncia recibida, la CNMC podrá requerir a AUTOCONTROL su parecer e intervención sobre concretas comunicaciones comerciales audiovisuales televisivas que no hubieran sido objeto de consulta previa; en tales casos, AUTOCONTROL tramitará ese requerimiento ante su Jurado, que resolverá de acuerdo a su Reglamento, informando oportunamente a la CNMC y a los afectados, de su pronunciamiento.

En el caso de que hubieran sido objeto de consulta previa, AUTOCONTROL informará a la CNMC sobre su contenido.

De conformidad con el Acuerdo entre la CNMC y Autocontrol de 2021, esta Asociación informó, a requerimiento de la Dirección de Telecomunicaciones y Sector Audiovisual de 20 de mayo de 2022, que el anuncio referenciado no contaba con un *Copy Advice*® positivo. Y que, ante la solicitud de esta Comisión, iniciaba de oficio la tramitación del correspondiente análisis de la comunicación comercial denunciada ante su Jurado dando traslado de la misma al anunciante.

Con fecha 30 de mayo de 2022, AUTOCONTROL informó a esta Comisión que, una vez iniciado el procedimiento iniciado de oficio y trasladada dicha reclamación al anunciante, éste había aceptado la reclamación y procedido al cese inmediato de la difusión del anuncio.

En vista de lo anterior, el objeto del presente período de información previa será determinar si se ha podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 18 de la anterior LGCA y los artículos 121.2 y 122 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA).

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con el artículo 9 de la LCNMC “*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual.*”

Los apartados cuarto y sexto de la redacción anterior de este artículo 9³ preveían que la CNMC ejercería, entre otras, las funciones de:

“4. Supervisar la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente y los códigos de autorregulación en los términos establecidos en el artículo 9 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.”

“6. Controlar el cumplimiento de las obligaciones, las prohibiciones y los límites al ejercicio del derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales impuestos por los artículos 13 a 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo”.

A este respecto, el apartado séptimo del artículo 18 de la anterior LGCA, establecía que “*La comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad*”.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en su artículo 3 señala que “*Es ilícita [...]:*

“d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.”

“e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.”

Estas previsiones se han recogido de forma semejante en el actual marco normativo.

Así, el artículo 9 de la LCNMC en su redacción actual establece que la CNMC ejercerá, entre otras, las siguientes funciones:

“10. Controlar y supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo de ámbito estatal, de conformidad con el título VI de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

14. Supervisar la adecuación de los contenidos y comunicaciones comerciales audiovisuales con el ordenamiento vigente y con los códigos de autorregulación y correulación, en los términos establecidos en el

³ El artículo 9 de la LCNMC ha sido modificado por la Disposición final quinta de la LGCA.

artículo 15 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

15. Promoción de la autorregulación y correulación a nivel nacional, europeo e internacional, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12, 14 y 15 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

16. Velar por el cumplimiento de los códigos de autorregulación y correulación sobre contenidos audiovisuales verificando su conformidad con la normativa vigente, en los términos establecidos en los artículos 12, 14 y 15 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.”

De igual manera, el artículo 121.2 de la LGCA señala que:

“2. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen derecho a difundir comunicaciones comerciales audiovisuales a través de sus servicios de conformidad con lo previsto en este capítulo y en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, así como en la normativa específica para cada sector de actividad.”

En consecuencia, esta Comisión es competente para analizar la denuncia remitida al circunscribirse la misma al análisis de compatibilidad del anuncio denunciado con los dictados de la LGCA, ámbito sobre el que despliega sus funciones esta Comisión.

Finalmente, los apartados primero y tercero del artículo 156 de la LGCA prevén lo siguiente:

“1. Serán responsables por las infracciones previstas en esta ley:

a) Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual definido en el artículo 2.1.

b) Los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma definido en el artículo 2.13.

c) Los prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual definidos en el artículo 2.16.

d) Otros agentes que operan en el mercado audiovisual y tengan obligaciones de acuerdo con lo previsto en esta ley.

“3. No incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, ni el prestador del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual, cuando emitan comunicaciones comerciales audiovisuales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad. No

obstante, el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.

No obstante, el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.” En consecuencia, con lo indicado y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley CNMC y los artículos 8.2.i) y 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, el órgano decisorio competente para conocer este asunto es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

SEGUNDO. ACTUACIONES DE CONTROL Y SUPERVISIÓN

Tal y como consta en los antecedentes, la denuncia objeto del presente acuerdo está dirigida contra el anuncio de la entidad ROCKSTAR ENERGY que, según el denunciante, habría sido emitida en dos plataformas de intercambio de vídeos (YouTube y Twitch). A su entender, este anuncio conculcaría los enunciados de la LGCA al considerarlo como una comunicación comercial perjudicial que fomentaría malos hábitos alimenticios al señalar que con su consumo se puede *“ir al examen sin dormir nada”* y, por tanto, entiende que podría ser un tipo de comunicación comercial de las prohibidas en el artículo 123 de la LGCA.

Esta Comisión ha podido acceder al vídeo denunciado en la plataforma YouTube⁴. En el anuncio se observa a un adolescente abriendo el producto, que es una bebida energética y, mientras lo consume, de forma alternativa se van sucediendo imágenes y una serie de palabras que, por medio de la locución, conforman la siguiente frase: *“Rockstar energy drink, energía para darlo todo por la mañana, ir al examen sin dormir nada, para tu mejor jugada y salir hasta la madrugada. Rockstar Energy Drink. Energía para ser tú”*. A lo largo del anuncio, aparece de forma escrita y permanente la sobreimpresión: *“Camina 30 minutos al día. www.habitosdevidasaludable.com”*.

Como se ha señalado, el denunciante entiende que esta forma de promocionar el producto podría conllevar al espectador a asociar que dicha bebida tiene efectos que pueden ayudar a combatir el sueño u otro tipo de circunstancias que pueden ser perjudiciales para los menores.

⁴ <https://www.youtube.com/watch?v=DcjORyRXcm4>

Igualmente, y aun cuando el denunciante no lo haya indicado de forma expresa, hay que señalar que una comunicación comercial, como la analizada, al realizar una declaración nutricional o atribuirle una serie de propiedades al consumo de un determinado producto, debe también ser compatible con el Reglamento (CE) 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos (en adelante, el Reglamento 1924/2006).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y fruto del acuerdo de corregulación existente entre la CNMC y AUTOCONTROL, esta Comisión remitió a AUTOCONTROL el anuncio denunciado solicitando que le informara de la posible existencia del correspondiente informe previo de análisis del anuncio o *Copy Advice*[®] y de su compatibilidad a las normas de la auto y corregulación.

Como consta en los antecedentes, AUTOCONTROL informó a esta Comisión que este anuncio no había solicitado dicho análisis previo. De igual forma, AUTOCONTROL procedió a la apertura del proceso de análisis del contenido ante su Jurado.

En el seno de dicho proceso, una vez notificado al anunciante su apertura, AUTOCONTROL recibió contestación del mismo mediante la cual comunicaba:

“...hemos procedido al cese inmediato de la difusión del anuncio en cuestión, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 del Reglamento del Jurado de Autocontrol...”

Así, AUTOCONTROL señala que: *“a la vista de esta respuesta entendemos que se ha producido por dicha empresa, una aceptación de la reclamación y un compromiso de cese de la publicidad cuestionada. Por ello, consideramos resuelta la reclamación sin que sea necesario su traslado al Jurado.”*

En este sentido, una vez se produce el allanamiento por parte del anunciante y, por tanto, el reconocimiento de la necesidad de modificar el anuncio y el compromiso de no volver a emitirlo en dichas circunstancias, AUTOCONTROL lleva a cabo el cierre del proceso dado que el objeto principal del mismo, esto es, garantizar la emisión del contenido según los dictados la normativa o su retirada, ha surtido un efecto inmediato, mediante la retirada y modificación de la creatividad.

Consultado el perfil de este anunciante en YouTube⁵, donde se pueden ver las creatividades de los anuncios, se ha podido observar que el anuncio denunciado y la frase comprometida (*“ir al examen sin dormir nada”*) ya no aparecen. De

⁵ <https://www.youtube.com/c/rockstarenergyspain>

hecho, esta Comisión ha podido visualizar el anuncio en otra plataforma, en Twitter⁶, y efectivamente, el anuncio emitido ya no incorpora dicha referencia.

Esta Comisión entiende que, una vez ha existido un proceso de intermediación por parte de AUTOCONTROL con respecto al anunciante y se ha llevado a cabo la retirada y compromiso por su parte de la no difusión del anuncio en los términos denunciados, no existen elementos de juicio que justifiquen un pronunciamiento ulterior de esta Comisión con respecto a un eventual prestador de servicios de comunicación audiovisual, sobre las comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas a dicho prestador. De igual forma, teniendo en cuenta que la creatividad y la campaña denunciada ha sido retirada y el anunciante se ha comprometido a no realizarla en dichos términos, no resulta necesario analizar la posible compatibilidad del anuncio con el Reglamento 1924/2006, puesto que el mismo ya ha sido modificado y retirado.

En este sentido, es importante destacar que en casos como el aquí analizado, donde esta Comisión tiene limitadas sus herramientas para poder atajar comportamientos que puedan ser inadecuados para el consumidor, los sistemas de correulación se revelan como instrumentos ágiles y eficaces para alcanzar dicho objetivo.

En otro orden de cosas, de conformidad con lo señalado en el artículo 156.3 de la LGCA, no incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni el prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, ni el prestador del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad.

No obstante, como así recoge el inciso final de este artículo, *“el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca”*.

Esta Comisión no ha detectado la emisión de este anuncio en las emisiones de los prestadores de servicios de comunicación lineal o a petición; solo ha podido identificar este anuncio en las plataformas señaladas por el denunciante, YouTube o Twitch, es decir, en plataformas de intercambio de vídeos.

6

https://twitter.com/Rockstar_Spain/status/1526854011168735233?s=20&t=JFXOrDzqj6zZwzKhnShGCw

Dicho esto, los prestadores de servicios de plataforma de intercambio de vídeos, en el momento actual, no se encuentran sometidos al cumplimiento de la LGCA y, por tanto, esta Comisión no podría exigirles, de conformidad con el citado artículo 156.3 de la LGCA, la retirada de un anuncio que pudiera comprometer los dictados de la LGCA, como sí se les puede requerir a los prestadores audiovisuales. En todo caso, habría que atender al Estado Miembro de establecimiento en la Unión Europea de dichos prestadores, de acuerdo con el principio de país de origen, tal como recoge el artículo 43 de la LGCA sobre la libertad de recepción en todo el territorio español de los servicios audiovisuales cuyos titulares se encuentren establecidos en un Estado miembro de la Unión Europea.

Esta situación cambiará cuando entre en vigor la regulación establecida en la LGCA sobre las plataformas de intercambio de vídeos y éstas se encuentren sometidas al ámbito regulatorio audiovisual donde, entre otras cosas, deberán dar cumplimiento a algunas de las normas sectoriales relacionadas con la publicidad que comercialicen, vendan u organicen en sus servicios^{7y8}. Todo ello sin perjuicio de lo señalado respecto al principio de país de origen.

Así las cosas, una vez ha existido un proceso de intermediación por parte de la entidad de corregulación -AUTOCONTROL- y se ha llevado a cabo la retirada y compromiso por parte del anunciante de la no difusión del anuncio en los términos señalados, no existen elementos de juicio que justifiquen un pronunciamiento ulterior de esta Comisión al respecto y se procede al archivo de la presente denuncia.

⁷ De conformidad con la Disposición final novena de la LGCA, de entrada en vigor de la Ley, “los artículos 88 a 91 del título V entrarán en vigor transcurrido un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta ley”. La LGCA se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 8 de julio de 2022 y su entrada en vigor se llevó a cabo al día siguiente de su publicación, esto es, el 9 de julio. De esta manera, las obligaciones relativas a las plataformas de intercambio de vídeos (artículo 88 a 91) entrarán en vigor el 9 de octubre de 2022.

⁸ Entre las obligaciones que deben dar cumplimiento las plataformas de intercambio de vídeo, de conformidad con el artículo 91.1 de la LGCA establece la necesidad de que garanticen “que las comunicaciones comerciales audiovisuales que comercialicen, vendan u organicen cumplen lo establecido en la sección 1.^a del capítulo IV del título VI, salvo la limitación horaria establecida en los apartados 4 y 5 del artículo 123, que no les será de aplicación. En todo caso las comunicaciones comerciales que fomenten comportamientos nocivos o perjudiciales para menores exigirán verificación de edad y acceso a usuarios mayores de edad”.

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

ACUERDA

PRIMERO. - Archivar la denuncia recibida al no existir elementos de juicio que justifiquen un pronunciamiento ulterior de esta Comisión al respecto.

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