

RESOLUCIÓN SOBRE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES EN RELACIÓN CON LA DENUNCIA DE UTECA CONTRA LA VENTA DE PUBLICIDAD EN EL PROGRAMA “GRAND PRIX” DE LA CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA

(IFPA/DTSA/210/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Xabier Ormaetxea Garai

Consejeros

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D.^a María Ortiz Aguilar

Secretaria

D.^a. María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 27 de julio de 2023

De acuerdo con la función establecida en el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria resuelve:

I. ANTECEDENTES Y OBJETO

Primero. Escrito de la de la Unión de Televisiones Comerciales

El 4 de julio de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) una denuncia del presidente de la asociación Unión de Televisiones Comerciales en Abierto (en adelante UTECA), contra la comercialización de publicidad, asociada al programa de televisión “Grand Prix”, por parte de la Corporación de Radio y Televisión Española (en adelante, CRTVE).

En su escrito, denuncia que dicha publicidad excede de los límites permitidos por el artículo 7.2.b) de la Ley 8/2009¹ (en adelante, LFRTVE) para que la CRTVE pueda emitir publicidad. Entiende UTECA que la CRTVE solo puede comercializar otras formas de comunicación comercial asociadas a los patrocinios exclusivamente respecto de programas y retransmisiones deportivas y culturales con contrato de patrocinio y que el programa “Grand Prix” es un mero programa de entretenimiento y no un programa cultural. Además, en su oferta comercial, la CRTVE ofrece a los anunciantes el patrocinio de autopromociones, lo que estaría prohibido por los artículos 128.2 LGCA² y 12.b) del Reglamento de publicidad³ y que la CNMC ya comunicó a la CRTVE en sus resoluciones de 17 de noviembre de 2022 (IFPA/DTSA/293/22) y de 9 de febrero de 2023 (resolución CNS/DTSA/022/23).

Con la denuncia, UTECA acompaña la oferta comercial que realiza la CRTVE de la publicidad asociada al programa “Grand Prix” para su emisión en el canal LA1, que consiste en 3 caretas compartidas de patrocinio, 18 autopromociones patrocinadas (carena exclusiva para cada patrocinador: 4 mañana, 5 tarde y 4 prime time) y 2 spots, por 166,5K € por patrocinador durante 7 semanas.

Por último, insta a la CNMC para que adopte medidas provisionales a fin de que la CRTVE cese en la comercialización de esta publicidad, por existir elementos suficientes para poder adoptarlas, resultar necesarias y urgentes para asegurar la eficacia de la resolución que se dicte y necesarias, idóneas y proporcionadas para evitar perjuicios irreversibles en el mercado publicitario.

¹ Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

² Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

³ Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva

El artículo 69.3 de la LGCA establece que *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará el cumplimiento de la misión de servicio público encomendada a la Corporación de Radio y Televisión Española y la adecuación de los recursos públicos asignados, en los términos previstos en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.”*

Segundo. Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escrito de 12 de julio de 2023, se comunicó a la CRTVE el inicio del periodo de información previa para analizar las condiciones de comercialización de la publicidad asociada al programa “Grand Prix” de la CRTVE en relación con las limitaciones previstas en su normativa sectorial y, especialmente, con la LFRTVE.

Asimismo, en el citado escrito, se requirió a CRTVE determinada información adicional, necesaria para el conocimiento y comprobación de los hechos objeto del procedimiento.

Tercero. Contestación de la CRTVE al requerimiento de información

El 21 de julio de 2023, la CRTVE presenta un escrito, al que adjunta diversa documentación e incluye la grabación de un programa. En el escrito fundamenta el carácter cultural del programa “Grand Prix”, por dedicar una gran parte de su emisión a poner en valor aspectos relevantes de la cultura, como el patrimonio artístico y paisajístico y las costumbres y folclores de las diferentes regiones españolas. Afirma que la cultura tiene muchos canales de difusión y uno de los principales es el del entretenimiento. Incluye dos cartas sobre el carácter cultural del programa, remitidas por el Director General de Europroducciones TV, S.L.U., y por la Asociación de Productores PATE. Y, por último, incluye un certificado de la Dirección General del ICAA en el que, conforme se establece en el artículo 13.3 de la Orden ECD/2796/2015, se reflejan los criterios que sirven para determinar el carácter cultural de las obras audiovisuales, que son, entre otros, que la obra sea de nacionalidad española, cuente como versión original cualquiera de las lenguas oficiales en España, esté el contenido ambientado en España, permita un mejor conocimiento de la diversidad cultural, social, étnica o antropológica y contenga temáticas que formen parte de la realidad social y cultural española. Todas estas características se reúnen en el programa “Grand Prix”, según declara la CRTVE.

Además, alega que el programa se encuentra dentro de la misión de servicio público que el MANDATO-MARCO impone a la CRTVE, que la oferta comercial

está permitida en la LFRTVE y que los ingresos publicitarios que pudiera generar estarían muy por debajo del coste de la producción.

En cuanto al “patrocinio de autopromociones”, declara que se ha producido un problema terminológico, pues, en realidad, consiste en emitir una autopromoción limpia de cualquier mensaje o mención publicitaria y, a continuación, emitir un spot con alguna alusión al patrocinio contratado. Adjunta las tarifas publicadas por TV3 de sus “promociones patrocinadas”.

Por último, razona que no se dan los requisitos para adoptar unas medidas provisionales y solicita que se tenga por cumplido el trámite, se consideren plenamente ajustadas a Derecho las actuaciones de la CRTVE y por opuesta a la petición de medidas provisionales.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

De conformidad con el artículo 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), esta Comisión “*tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios*”.

En este sentido, los apartados 6, 7 y 10 del artículo 9 de la LCNMC, relativos a la competencia de “*supervisión y control en materia de mercado de la comunicación audiovisual*”, señalan que corresponde a la CNMC: “6. *Vigilar el cumplimiento de la misión de servicio público encomendada a los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como la adecuación de los recursos públicos asignados para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el título III de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual*” y “7. *Supervisar y controlar el cumplimiento por los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito estatal de lo establecido en materia de ingresos procedentes de comunicaciones comerciales en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española*”. Asimismo, corresponde a esta Comisión según el apartado “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*”.

Por su parte, el artículo 7 de la LFRTVE recoge que:

“1. La Corporación de Radio y Televisión Española y sus sociedades prestadoras del servicio público podrán obtener ingresos sin subcotizar los precios de su actividad mercantil, por los servicios que presten y, en general, por el ejercicio de sus actividades, incluyendo la comercialización de sus contenidos, tanto de producción propia como de producción mixta o coproducción, siempre que los ingresos no procedan de actividades de publicidad, ni se trate de ingresos derivados de la prestación del servicio de comunicación audiovisual de acceso condicional, salvo por lo indicado en los apartados siguientes.

2. Se autoriza a la Corporación de Radio y Televisión Española, SA, a realizar las siguientes actividades:

a) Comunicaciones comerciales audiovisuales excluidas del cómputo del límite cuantitativo recogidas en el artículo 137.2.a), b), c), d), e), f), g) e i) de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

b) Emisión de programas y retransmisiones deportivas y culturales con contrato de patrocinio u otras formas de comunicación comercial asociadas a dichos patrocinios, que se enmarquen dentro de la misión de servicio público de la Corporación de Radio y Televisión Española, S.A., y limitados a la financiación de su adquisición o producción.

c) Comunicaciones comerciales audiovisuales procedentes de la explotación del servicio de comunicación audiovisual en el ámbito internacional.

d) Explotación de los contenidos en el ámbito digital.

3. A los efectos de la presente ley, se entiende por actividades de publicidad y televenta las definidas en el título VI de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (...)”

Por tanto, de conformidad con todo lo anterior, esta Comisión es competente para analizar la posible emisión por parte de la CRTVE de comunicaciones comerciales asociadas al programa GRAND PRIX y su posible compatibilidad con el marco normativo audiovisual, ámbitos que se encuadran dentro del control de la misión de servicio público y de la supervisión en la emisión de comunicaciones comerciales y sobre los que despliega sus funciones esta Comisión.

Segundo. Habilitación legal para la adopción de medidas provisionales

La facultad de dictar medidas provisionales está recogida en la normativa audiovisual con anterioridad a la apertura de un procedimiento sancionador o una vez abierto éste, en los artículos 163 y 164 de la LGCA, respectivamente, así como en el artículo 56 de la LPAC⁴, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la LCNMC y la LGCA le atribuyen para la resolución del procedimiento de referencia.

Así, de conformidad con el artículo 56.2 de la LPAC, la CNMC puede adoptar medidas provisionales en los siguientes términos:

“2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas”.

Conforme a esa misma disposición, el órgano administrativo competente para dictar las mencionadas medidas provisionales es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2.e), en relación con el artículo 14, del Estatuto Orgánico de la CNMC.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero. Medidas provisionales solicitadas por UTECA

El objeto de la presente resolución es el análisis de la solicitud de medidas provisionales formulada por UTECA, que se concretan en que la CNMC inste a

⁴ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

la CRTVE el cese de la comercialización de publicidad o comunicaciones comerciales distintas de los patrocinios y, en particular, de las que se conoce se están haciendo en la actualidad: spots publicitarios y patrocinios de autopromociones.

Se ha comprobado que la emisión del programa del día 24 de julio de 2023 se ha realizado sin ningún tipo de comunicación comercial.

Segundo. Valoración de la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de medidas provisionales

De conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”*. Según el apartado 4 del mismo precepto, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*.

La doctrina y jurisprudencia han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela provisional. Tales requisitos son los siguientes:

- La existencia de apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (*“periculum in mora”*) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

Se examina a continuación la concurrencia de los requisitos anteriores, en relación con las medidas provisionales solicitadas por UTECA.

A. Fumus boni iuris

La oferta comercial de la CRTVE consiste en la emisión de patrocinios, de spots y de patrocinios de autopromociones. Estas tres fórmulas de comunicaciones comerciales están amparadas por la nueva redacción del artículo 7.2.b)

LFRTVE. En el caso del patrocinio de autopromociones, han de formar parte indivisible de la adquisición de derechos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.1.b) del Reglamento de publicidad. El programa de 24 de julio de 2023 se emitió sin ningún tipo de publicidad; no obstante, conforme a la descripción que hace la CRTVE en sus alegaciones, de que, en realidad, estas emisiones consisten en emitir una autopromoción limpia de cualquier mensaje o mención publicitaria y, a continuación, emitir un spot con alguna alusión al patrocinio contratado, quedarían pendientes de comprobar, una vez emitidas, su conformidad con las disposiciones de la LGA y del Reglamento de publicidad.

UTECA denuncia que el programa “Grand Prix” no es un programa cultural y, por tanto, su emisión no ampararía la emisión de otras formas de comunicación comercial asociadas a los patrocinadores del programa. UTECA basa esta declaración en el sistema de calificación de programas de la empresa Kantar Media y en la sentencia de la Audiencia Nacional, 5016/2018, de 9 de octubre de 2018, que, según afirma, negaba el carácter cultural al programa “Masterchef”.

Sin embargo, la LGCA no define qué es un programa cultural, ni puede negarse que un programa cultural sea también de entretenimiento ni que un programa de entretenimiento sea al mismo tiempo cultural. Tampoco los tribunales han entrado a definir la naturaleza de los programas; la sentencia de la Audiencia Nacional citada en la denuncia declara que la presentación de la marca y productos de las bodegas González Byass en el programa “Masterchef” no fue un acto de divulgación cultural, lo que no afecta a la naturaleza del programa en que se emitió.

Se ha comprobado la emisión del programa del 24 de julio de 2023. Durante la emisión del programa se dan a conocer los pueblos que participan, con testimonios de sus habitantes e imágenes de su arquitectura y entorno. Cuenta con juegos en los que se promueve la cultura general y se incentiva el cálculo matemático y un mayor conocimiento del diccionario español. No obstante, la emisión del día 24 de julio se realizó sin ningún tipo de comunicación comercial.

Por todo lo anterior, no se entiende acreditada la apariencia de buen derecho suficiente para adoptar las medidas provisionales solicitadas por UTECA.

B. Periculum in mora

En relación con el análisis de la urgencia y necesidad de la medida, el programa “Grand Prix”, con una previsión global de siete programas, será un programa más de la parrilla del verano en competencia con otros programas de otros prestadores, con la oferta de las plataformas de vídeo bajo demanda y con el auge de las plataformas de internet. Por ello, es previsible que su incidencia en

el mercado publicitario sea mínima, dada la limitación de la oferta comercial de la CRTVE (según se desprende de la documentación aportada, que se reduce a unos ingresos máximos de 500.000 € por programa), y la bajada de audiencias motivada por la actividad estacional.

Es de resaltar que, a diferencia de lo ocurrido en la precitada resolución de 17 de noviembre de 2022 (IFPA/DTSA/293/22), y en la concesión de medidas provisionales de 4 de noviembre, aunque el programa “Grand Prix” alcanzara un gran éxito, nunca va a crear la expectación que produce un mundial de fútbol ni, en consecuencia, provocar una concurrencia multitudinaria de anunciantes que pueda detraer grandes ingresos del mercado publicitario.

En consecuencia, en el caso presente no cabe entender la existencia de la urgencia ni necesidad, alegada por UTECA.

C. Inexistencia de perjuicios

UTECA no ha reportado a esta Comisión datos sobre los daños y perjuicios que pueden irrogarse a sus asociados por la comercialización de la CRTVE de la publicidad expuesta.

Por otra parte, imposibilitar la comercialización cautelar de estos espacios a la CRTVE hasta que recaiga una resolución que analice la compatibilidad de la oferta comercial de la CRTVE con la LFRTVE, supondría de facto que la CRTVE no pueda comercializarlos, dado que es muy previsible que la Resolución no se adopte hasta septiembre de 2023, ya terminadas las emisiones del programa, lo que podría acarrearle perjuicios irreparables.

En consecuencia, no se considera que concurren perjuicios que puedan producirse, para justificar la adopción de las medidas provisionales del artículo 56 de la Ley 39/2015⁵.

D. Proporcionalidad de la medida

Según se ha explicado, la oferta comercial de la CRTVE podría estar dentro de los límites de actuación que le permite la LFRTVE, dependiendo de la interpretación del artículo 7.2.b) LFRTVE, de los contenidos del programa y de las condiciones de contratación, y producir una mínima incidencia en el mercado

⁵ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

publicitario, acorde con las posibilidades que ofrece a la CRTVE la nueva redacción del artículo 7.2 de la LFRTVE.

En definitiva, la ponderación de todos los intereses implicados conduce a no considerar proporcionado ni ajustado a Derecho instar a la CRTVE el cese de la comercialización de las comunicaciones comerciales asociadas al programa “Grand Prix” cuya emisión deberá realizarse, en todo caso, respetando los límites y condiciones establecidos en la LGCA y en el Reglamento publicitario.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

RESUELVE

Único. Desestimar la solicitud de medidas provisionales formulada por la asociación Unión de Televisiones Comerciales en Abierto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a la asociación Unión de Televisiones Comerciales en Abierto y a la Corporación de Radio y Televisión Española, S.A., haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.