

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 122.3 Y 123.4 DE LA LEY 13/2022

(SNC/DTSA/055/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep María Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 20 de septiembre de 2024

Vista la Propuesta de resolución de la instructora, junto con las alegaciones presentadas y el resto de las actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con la composición anteriormente expresada¹ y en virtud de la función establecida en el artículo 9.10² de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), la Sala de la Supervisión Regulatoria, ha dictado la siguiente resolución basada en los siguientes:

¹ Resolución de 12 de diciembre de 2023, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se publica el Acuerdo del Consejo por el que se publica la composición de salas para el año 2024 (BOE núm.309 de 27.12.2023).

² *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.*

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
II. HECHOS PROBADOS	7
1.- Acta de visionado	7
2.- Análisis de las alegaciones de ATRESMEDIA en relación con los hechos acreditados a través del acta de visionado.....	12
3.- Conclusiones.....	14
III. FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES	14
PRIMERO. - Habilitación competencial de la CNMC y normativa aplicable para resolver el presente procedimiento sancionador.....	14
SEGUNDO. - Objeto del procedimiento sancionador.....	15
IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES	15
PRIMERO. Tipificación del Hecho Probado.....	15
SEGUNDO. – Culpabilidad y responsabilidad en la comisión de la infracción.....	16
TERCERO. - Terminación del procedimiento y reducción de la sanción	17
RESUELVE	19

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Denuncia presentada por la Asociación de Consumidores y Usuarios en Acción (FACUA)

El 4 de julio de 2023, tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC, en adelante) una denuncia fechada el 29 de junio de 2023 (folios 30 a 33 del expediente) presentada por la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ACCIÓN (FACUA, en lo sucesivo). El mismo día se publicaron informaciones en la prensa especificando que FACUA había denunciado la presentación de una bebida alcohólica dentro del programa “EL HORMIGUERO” ante esta Comisión (folios 40 a 44).

En esa misma fecha, FACUA también denunció los hechos ante la Secretaría General de Consumo y Juego del Ministerio de Consumo (folios 34 a 38), cuya Subdirección de Inspección y Procedimiento Sancionador se inhibió el 12 de julio de 2023 y dio traslado de la denuncia a la CNMC, y ante la Dirección General de Salud Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, cuya Subdirección General de Prevención y Promoción de la Salud se inhibió el 21 de agosto de 2023 y dio traslado de la denuncia a este organismo (folio 59).

SEGUNDO.- Inspección de los hechos denunciados

En el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión determinadas en el artículo 9 de la Ley 3/2013³, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual ha constatado que ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A. (en adelante, ATRESMEDIA), en su canal de televisión ANTENA 3, ha podido vulnerar lo dispuesto en los artículos 122.3 y 123.4 de la Ley 13/2022⁴ (en adelante LGCA), ya que durante la emisión del programa, “EL HORMIGUERO”, del día 26 de junio de 2023, entre las 21:56:13 y las 22:00:55 h., se emitió, sin identificación, publicidad que pudiera ser calificada como publicidad encubierta de la bebida alcohólica “MEZCAL CONTRALUZ”, con una graduación alcohólica de 36º, que pudiera tener un claro propósito publicitario e inducir al público a error en cuanto a su naturaleza.

TERCERO.- Incoación del procedimiento sancionador SNC/D TSA/055/23

El 19 de octubre de 2023, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento

³ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE número 134, de 05/06/2013.

⁴ Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, BOE número 163, de 08/07/2022.

sancionador SNC/DTSA/055/23/ATRESMEDIA, al entender que ATRESMEDIA había podido infringir lo dispuesto los artículos 122.3 y 123.4 de la LGCA por las emisiones indicadas en el apartado anterior (folios 62 a 70).

El 30 de octubre de 2023 le fue notificado el acuerdo de incoación al interesado, mediante acceso electrónico, y se le concedió un plazo de un mes para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones, y proponer pruebas, en su caso (folios 71 a 73).

CUARTO.- Traslado del expediente y ampliación del plazo para formular alegaciones

Con fecha 30 de octubre de 2023 se recibió un escrito del representante de ATRESMEDIA, en el que solicitaba el traslado y copia del contenido del expediente administrativo y una ampliación de plazo para la presentación de alegaciones al acuerdo de incoación (folios 74 a 78).

En contestación a esta solicitud, mediante escrito de la instrucción de 31 de octubre de 2023, se le dio traslado de la documentación y se le notificó la concesión de una ampliación de plazo por un tiempo máximo de quince días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación o desde el término del plazo legalmente establecido para la presentación de alegaciones, documentos o informaciones, conforme a lo establecido en el artículo 32.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en adelante, Ley 39/2015- (folios 79 a 122).

QUINTO.- Alegaciones de ATRESMEDIA al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador

ATRESMEDIA presentó escrito de alegaciones el 30 de noviembre de 2023 (folios 123 a 131), mediante escrito en sede electrónica, en el que manifiesta, fundamentalmente, lo siguiente:

- Resulta un aliciente para los invitados del programa poder hablar de sus últimos trabajos. En ningún momento, desde el comienzo de las emisiones del programa, las menciones a las actividades profesionales de los intervinientes se han considerado como emplazamiento de producto.
- En cuanto a los hechos concretos, la presentación del producto se trató de un hecho espontáneo, fruto de que fuera una retransmisión en directo (ya que la entrevista no había sido grabada) que Maluma, además de hablar de su último disco, “Don Juan”, trajera como regalo para Pablo Motos una botella de su bebida Contraluz. Sin ningún tipo de motivación publicitaria, por tanto, ni contraprestación alguna.

- No se trata de emplazamientos de producto, al faltar el requisito de la remuneración o contraprestación similar; ni tampoco de publicidad encubierta, al no haber intención publicitaria en la presentación.
- ATRESMEDIA no ha tenido ninguna voluntad de incumplir la norma, ni tampoco la productora del programa.
- Debe guardarse la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción y la sanción aplicada.
- Los ingresos del servicio ANTENA 3, en el ejercicio 2022, fueron de 360.048.578 €.

SEXTO.- Denuncia presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) y solicitud de ser considerada parte interesada en el procedimiento sancionador

En fecha 16 de mayo de 2024 la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN (en adelante, AUC) presentó denuncia ante esta Comisión por los mismos hechos denunciados anteriormente por FACUA -véase Antecedente de Hecho Primero- y posible comisión de una infracción de la LGCA por haberse efectuado publicidad encubierta de la bebida alcohólica “MEZCAL CONTRALUZ en el programa “EL HORMIGUERO” de ATRESMEDIA el día 26 de junio de 2023 (folios 132 a 139).

SÉPTIMO.- Acuerdo de 18 de junio de 2024 de denegación de la condición de interesado a AUC

Mediante Acuerdo de fecha 18 de junio de 2024 (folios 140 a 141), la instructora del procedimiento sancionador resuelve:

denegar a la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN, con carácter general, la condición de interesada en los procedimientos administrativos sancionadores audiovisuales, así como su acceso a estos expedientes, salvo en los supuestos en que se acredite un interés legítimo, directo y personal.

El acuerdo es notificado a AUC en fecha 20 de junio de 2024 (folios 142 a 143).

OCTAVO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

De conformidad con los artículos 82, 89 y 90 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), con fecha 08 de julio de 2024 se notificó a ATRESMEDIA (folio 161) la propuesta de resolución del presente procedimiento sancionador de

fecha 28 de junio de 2024 (folios 144 a 159) junto a una relación de los documentos obrantes en el procedimiento tramitado (folio 158), a fin de que, si a su derecho interesase, pudiera obtener copia de los que estime convenientes, se le otorgó un plazo de 10 días para para formular las alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estime pertinentes y se le informó de las reducciones de sanción previstas en el artículo 85 de la LPAC. Asimismo, se le remitió un formulario de reconocimiento de responsabilidad y pago voluntario de sanciones por el que acogerse a las reducciones de sanción previstas en el mencionado artículo 85 de la LPAC (folio 159).

En la mencionada propuesta de resolución el órgano instructor propone lo siguiente:

PRIMERO. - Que se declare a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., responsable de la comisión de dos (2) infracciones administrativas graves por haber emitido, en su canal ANTENA 3, de ámbito nacional, una comunicación comercial encubierta de la bebida alcohólica mezcál “CONTRALUZ”, en la programa “EL HORMIGUERO”, emitido el día 26 de junio de 2023, entre las 21:56:13 y las 22:00:55 horas, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en los artículos 122.3 y 123.4 de la LGCA.

SEGUNDO.- Que se imponga a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., dos multas por importe global de 579.374,00 € (quinientos setenta y nueve mil trescientos setenta y cuatro euros), una por importe de 327.187,00 euros (trescientos veintisiete mil ciento ochenta y siete euros), por la comisión de una infracción grave al artículo 122.3 de la LGCA y otra de 252.187,00 euros (doscientos cincuenta y dos mil ciento ochenta y siete euros), por la comisión de una infracción grave al artículo 123.4 de la LGCA.

NOVENO.- Reconocimiento de responsabilidad y pago anticipado de la sanción

Con fecha 11 de julio de 2024, ATRESMEDIA remitió a esta Comisión escrito por el que reconoce expresamente su responsabilidad en la comisión de las dos infracciones graves en los términos de la propuesta de resolución y su voluntad de pagar anticipadamente las sanciones, por lo que solicita la emisión del correspondiente modelo de ingresos no tributarios acogiéndose de esta forma a los descuentos previstos en el artículo 85 de la LPAC (folios 177 a 180).

Con fecha 17 de julio de 2024 la CNMC notificó a ATRESMEDIA la carta de pago Modelo de Ingresos no Tributarios (069) correspondiente a las multas propuestas reducidas en un 40% (folios 181 a 186).

Con fecha 23 de julio de 2024 ha tenido entrada en el Registro electrónico de esta Comisión un escrito por el que ATRESMEDIA comunica haber realizado el pago de trescientos cuarenta y siete mil seiscientos veinticuatro euros con

cuarenta céntimos (347.624,40 €), lo que supone el importe de las dos sanciones propuestas reducidas en un 40% en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC. Asimismo, aporta carta de pago (modelo 069) debidamente sellada por la entidad bancaria (folios 187 a 191).

DÉCIMO.- Cierre de instrucción y elevación del procedimiento al órgano competente para su resolución

Con fecha 26 de julio de 2024 la instructora del procedimiento ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de los documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo.

II. HECHOS PROBADOS

1.- Acta de visionado

A consecuencia de los contenidos emitidos en el programa de “El Hormiguero”, de 26 de junio de 2023, se levantó un acta de visionado, en la que se describen los hechos. A continuación, se reproduce su contenido:

ACTA DE VISIONADO

Programa: “EL HORMIGUERO”

Fecha de emisión: lunes, 26 de junio de 2023

Franja horaria del programa: de 21:54:05 a 22:51:53 horas

Canal: ANTENA 3

Ámbito: Nacional.

Calificación: +7

Objeto del Acta: Ley 13/2022, de 7 de julio General de la Comunicación Audiovisual, Artº. 122.3.

- 1- CONTENIDO:** “EL HORMIGUERO” es un programa de entretenimiento presentado por Pablo Motos donde se entrevista a personajes nacionales e internaciones que son de actualidad por diferentes motivos, ya sean porque estrenan una película, una serie, publican un libro, etc.; con tertulias, juegos y un momento científico donde realizan alguna prueba o experimento.

21:54:05 a 21:55:19	Comienza la emisión programada con Pablo Motos y colaboradores realizando un baile, una vez terminado el presentador se dirige al público anunciando que dentro de 1 minuto volvemos, dando paso a la publicidad [...]
21:55:19 a 21:56:13	[...] Publicidad [...]
21:56:13 a 21:58:21	Tras la vuelta de publicidad el presentador comunica un avance de los invitados que vienen esa semana y el que viene hoy, así como lo que va a ofrecer en el programa. Da la bienvenida al invitado de esta noche el cantante “Maluma” haciendo acto de

	<p>presencia en el plató mientras se escucha su última canción. Continúa con el invitado y el presentador sentándose [...]</p>
<p>21:58:21 a 21:58:46</p>	<p>[...] Continúa con el presentador haciendo referencia al estado de forma del invitado “te has puesto más fuerte que tu MEZCAL”, Maluma dice “hablando de contraluz” pide al presentador si puede darle el regalo [...]</p>
<p>21:58:46 a 21:58:55</p>	<p>[...] Continúa con la presencia de un empleado con una bandeja con dos</p> <div style="display: flex; justify-content: space-around;">   </div> <p>vasos y la bebida “MEZCAL CONTRALUZ”, se muestra la botella en las escenas siguientes [...]</p> <div style="display: flex; justify-content: space-around;">  </div>

[...] Maluma le dice a Pablo Motos “ya te dije que te iba a traer mi Mezcal que se



llama CONTRALUZ, estamos estrenando, hace poco...sé que estamos en tu



21:58:55
a 21:59:50



casa...es mi Mezcal, ¿entiendes? ...” se muestra imagen de la botella en un primer plano y el invitado procede a echar en los vasos un chorro de la bebida alcohólica. Maluma una vez servido en los vasos dice: “Mezcalito Contraluz, ahí está” y brindan [...]



<p>21:59:50 a 22:00:55</p>	<p>[...] Continúa con la ingestión de la bebida y con una especie de baile del presentador y el cantante Maluma. El presentador en un momento dice: “Le voy a dar la vuelta que nos van a reñir” y procede a ocultar el nombre y se lleva la botella a un lado de la mesa, los vasos de la bebida se quedan, siendo visibles [...]</p> 
<p>22:00:55 a 22:02:05</p>	<p>[...] El presentador continúa el programa preguntando al invitado por su estado físico: “para ti cual es el secreto de estar “fit”, es más entrenar o es más dejar de comer una cosa”, el invitado explica cómo realiza su dieta y su entrenamiento, Pablo Motos interviene diciendo que lo de las proteínas y pregunta: “¿tomas batidos?, porque los batidos son muy sanos, pero si te tiras un pedo hay que poner la casa en venta...” [...]</p>
<p>22:02:05 a 22:51:53</p>	<p>[...] El presentador continúa diciendo: “has venido a presentar tu nuevo tema...”, continuando el programa con la entrevista y las distintas secciones del mismo.</p>
<p>22:51:53</p>	<p>[...] Finaliza el programa</p>

Se ha unido al expediente copia de la grabación del programa y del recorte con la presentación y diversas publicaciones con las audiencias obtenidas por el programa. Las grabaciones contienen impresionada la hora de emisión. Conforme a los informes de audiencias mencionados, la emisión del programa, “EL HORMIGUERO”, del día 26 de junio de 2023, fue seguida por una audiencia de 1.967.000 personas.

El valor probatorio de las actas de visionado en la aplicación de la LGCA y, concretamente, en los supuestos de publicidad encubierta ha sido reconocido reiteradamente por los tribunales, entre otras, por el Fundamento Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo núm.1462/2021 de 13 de diciembre de 2021 (RC 3/371/2021):

*Delimitado en estos términos la controversia casacional, esta Sala considera que la sentencia impugnada no ha infringido el artículo 18.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en relación con la subsunción de la conducta analizada en el tipo infractor del artículo 58.8 del citado texto legal, por incurrir en error -según se aduce- al apreciar que hubo publicidad encubierta durante la emisión del capítulo de la serie "La que se avecina", puesto que estimamos que la valoración jurídica que realiza el Tribunal de instancia, sobre que se ha violado la prohibición de publicidad encubierta, por cuanto **las imágenes que se reflejan en el acta de visionado contienen una evidente carga promocional de forma subrepticia de los productos de la marca amantis, es plenamente congruente con la definición de publicidad encubierta que se efectúa en el artículo 2.32 del citado texto legal.***

2.- Análisis de las alegaciones de ATRESMEDIA en relación con los hechos acreditados a través del acta de visionado

ATRESMEDIA alegó en la instrucción del procedimiento fundamentalmente lo siguiente: (i) que resulta un aliciente para los invitados hablar de sus trabajos en el programa y que, desde el comienzo de las emisiones del programa, nunca se ha considerado como publicidad encubierta esta actividad; y (ii) que la presentación del producto se trató de un hecho espontáneo durante una retransmisión en directo, en la que el cantante, además de hablar de su último disco, trajo como regalo para Pablo Motos una botella de su bebida, sin ningún tipo de motivación publicitaria ni contraprestación.

A dichas alegaciones debe responderse lo siguiente:

Sin duda, muchos invitados del programa acuden a él con el objetivo de promocionar sus trabajos y, con su presencia, se benefician los invitados, el programa y los telespectadores. Motivo por el que, para estos casos, se flexibilizan los criterios de emisión de publicidad.

Sin embargo, en el presente programa el invitado no sólo habla de su bebida, sino que hay una intervención activa por parte del presentador y del programa en la promoción de la bebida alcohólica que se desarrolla entre las 21:58:21 y las 22:00:55 horas:

A las 21:58:30 horas, el presentador, sentado en la mesa con el invitado, dice: "(...) *Te has puesto más fuerte..., he visto fotos tuyas antes de la entrevista, te has puesto más fuerte que tu MEZCAL*". El invitado introduce el nombre de la bebida y pregunta si puede darle el regalo que le ha traído.

Aparece un ayudante portando una bandeja con una botella y dos vasos con hielos, mientras se celebra la aparición del producto por ambos personajes y la aclamación del público. El presentador centra la bandeja y se muestra en primer plano la botella con la marca durante 5 segundos, mientras el presentador le quita el tapón. El invitado se ofrece a servir la bebida y mientras lo hace, se muestra un nuevo primer plano de la botella (4 segundos).

El presentador comenta que nunca había probado ese tipo de bebida. Uno de los muñecos le recuerda que la había probado en su casa. Y el otro: *“Pero no te acuerdas claro”* (risas y aplausos). Brindan y el presentador prueba la bebida, se queda pensativo, hace un gesto afirmativo y se pone a bailar muy animado y sonriente. A continuación, comenta: *“Voy a darle la vuelta porque si no nos van a reñir”*, mientras gira la botella, de manera que deja de verse la marca en la imagen. Poco después, el presentador se pone a ordenar las cosas que hay encima de la mesa y va apartando la bandeja con la botella hacia un lado hasta que desaparece de la imagen. Los vasos con los hielos y la bebida permanecen en la escena. La presentación tuvo una duración de 154 segundos.

Debe indicarse además que la actividad principal del invitado es la música y no la venta de bebidas, según se desprende de su web oficial⁵, razón por la cual tenía poco sentido sacar a la luz durante el programa la existencia del “Mezcal” denominado “Contraluz”. De hecho, la citada bebida es objeto de promoción en un sitio web claramente diferenciado de la página oficial del cantante⁶.

Es decir, esta presentación tiene un carácter promocional y, por tanto, publicitario al promoverse visual y verbalmente el nombre de la marca de la bebida y sus propiedades. Además, en este caso, se da 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 del programa, con el fin de inducirlo a error en cuanto a su naturaleza, sin advertírsele en ningún momento de la emisión del programa que se trata de publicidad.

En la actualidad, la LGCA no exige la intención publicitaria por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual como requisito para que se dé un supuesto de publicidad encubierta, basta con que la presentación tenga intencionadamente propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza.

⁵ <https://maluma.online/conciertos-maluma>.

⁶ <https://mezcalcontraluz.com/es>.

En cuanto a la naturaleza del producto presentado, se trata de una bebida alcohólica de 36º, cuya publicidad sólo está permitida entre las 01:00 horas y las 05:00 horas. Durante la presentación, al comienzo y tras probarla, se pone de manifiesto que se trata de una bebida fuerte, más como una cualidad positiva que como una prevención. El presentador, tras probar la bebida, comienza un baile muy animado que acaba con risas, lo que puede trasladar el efecto de ser una bebida estimulante. Y, si bien, pide, cuando le sirve la bebida, que no le ponga tanto, en ningún momento se traslada un mensaje de consumo moderado y de bajo riesgo.

3.- Conclusiones

En definitiva, se ha comprobado que los hechos descritos reúnen los requisitos exigidos en el artículo 122.3 de la LGCA para ser calificados como publicidad encubierta incluida como contenido incluido dentro del programa “EL HORMIGUERO” emitido el 26 de junio de 2023 entre las 21:54 y las 22:51 horas, al haberse producido una presentación directa, visual y verbal, de un producto existente en el mercado (mezcal CONTRALUZ). Lo cual, unido a la falta de señalización, conlleva la producción de errores a los telespectadores en cuanto a la naturaleza publicitaria de la emisión, al confundirse con los contenidos del programa.

Además se promociona una bebida alcohólica, con una graduación alcohólica superior a 20º antes de las 01:00 horas, distinta del emplazamiento de producto, y con una clara intención publicitaria, como puede apreciarse en la presentación del producto. Esta conducta está prohibida en el artículo 123.4 de la LGCA.

Esta infracción de lo dispuesto en los citados artículos 122.3 y 123.4 de la LGCA, están tipificadas como infracciones graves de los apartados 15 y 16 del artículo 158 de la misma norma.

A los anteriores Antecedentes de Hecho y Hechos Probados resultan de aplicación los siguientes

III. FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES

PRIMERO. - Habilitación competencial de la CNMC y normativa aplicable para resolver el presente procedimiento sancionador

El artículo 29.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC) señala que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de la LGCA.

La instrucción de los procedimientos sancionadores, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico

de la CNMC, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, siendo competente la Sala de Supervisión regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevé el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 27 y 29.1 de la LCNMC.

Asimismo, son de aplicación al presente procedimiento la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) , la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva (RGCA), la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (EOCNMC), y demás disposiciones de aplicación.

SEGUNDO. - Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si ATRESMEDIA infringió el régimen contenido en los artículos 122.3 y 123.4 de la LGCA, durante la emisión del programa, “EL HORMIGUERO”, del día 26 de junio de 2023, entre las 21:56:13 y el 22:00:55 horas, por las imágenes y menciones producidas durante el programa de la bebida alcohólica “MEZCAL CONTRALUZ”, con una graduación alcohólica de 36º, sin que en ningún momento de la emisión se advirtiese sobre su naturaleza publicitaria.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO. Tipificación del Hecho Probado

Por un lado, el artículo 122.3 de la LGCA, que regula las “*comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas*”, establece:

“Se prohíbe la comunicación comercial audiovisual encubierta que, mediante la presentación verbal o visual, directa o indirecta, de bienes, servicios, nombres, marcas o actividades, tenga de manera intencionada un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”.

Por otro lado, el artículo 123.4 LGCA, que regula las “*Comunicaciones comerciales audiovisuales que fomenten comportamientos nocivos para la salud*”, dispone:

“(…) Se prohíbe la comunicación comercial audiovisual de bebidas alcohólicas con un nivel superior a veinte grados, excepto cuando sea emitida entre la 1:00 y las 5:00 horas.”.

El artículo 122.3 LGCA protege el derecho de los telespectadores, frente a la emisión de comunicaciones publicitarias no separadas ni desveladas de los contenidos editoriales, lo que les podría inducir a error en cuanto a su naturaleza publicitaria. Y el artículo 123.4 LGCA limita la exposición de los telespectadores a la publicidad de productos potencialmente nocivos para la salud.

A los hechos objetivos y consideraciones expuestos, ha de añadirse que los contenidos emitidos en el programa, “EL HORMIGUERO”, del día 26 de junio de 2023, constituyen una contravención a lo dispuesto en los apartados 15 y 16 del artículo 158 LGCA, por haber emitido comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas, con una clara intención publicitaria y promocional de la bebida MEZCAL CONTRALUZ, de 36 ° de alcohol, fuera del horario en que se permite su promoción y sin identificarse como publicidad, disfrazado todo ello de programa de entretenimiento, lo que induce a los telespectadores a una confusión o error en cuanto a la naturaleza publicitaria de dichas presentaciones.

SEGUNDO. – Culpabilidad y responsabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador⁷, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 28 de la LRJSP, establece que “[s]ólo 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”.

Por otra parte, el artículo 156.1.a) LGCA prevé que:

1. Serán responsables por las infracciones previstas en esta ley:
 - a) Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual definido en el artículo 2.1.

⁷ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

Los tribunales, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm.282/2023 de 07 de marzo de 2023 (RC 3494/2021)⁸ han declarado la responsabilidad administrativa de la persona física o jurídica que tiene el control efectivo de la emisión audiovisual, control que en este caso, recaía en ATRESMEDIA. Ello está en consonancia con las definiciones legales de *servicio de comunicación audiovisual*⁹, *responsabilidad editorial*¹⁰, *decisión editorial*¹¹ y *prestador del servicio de comunicación audiovisual*¹² recogidos en los artículos 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4 de la vigente LGCA.

No obstante y en cualquier caso, como se ha señalado anteriormente en el Antecedente de Hecho Noveno, ATRESMEDIA ha reconocido expresamente su responsabilidad en la realización de los hechos probados que le son imputados.

TERCERO. - Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

En la Propuesta de Resolución mencionada en el Antecedente de Hecho Octavo (folio 156), se proponía la imposición a ATRESMEDIA de dos multas por importe global de 579.374,00 euros (quinientos setenta y nueve mil trescientos setenta y cuatro euros), una por importe de 327.187,00 euros (trescientos veintisiete mil ciento ochenta y siete euros), por la comisión de una infracción grave al artículo 122.3 de la LGCA y otra de 252.187,00 euros (doscientos cincuenta y dos mil

⁸ Fundamento Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo núm.282/2023 de 07 de marzo de 2023 (RC 3494/2021): *En definitiva, la sentencia de instancia no considera responsable al recurrente en su condición de administrador único de la entidad mercantil "Huelma Comunicaciones SL" sino que, tras interpretar correctamente las previsiones contenidas en los artículos 2.1 y 61.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual en torno a quién debe ser considerado responsable de las infracciones prevista en dicha norma y en consonancia con lo afirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, valora las pruebas existentes llegando a la conclusión de D. Gines es la persona física que ejerce el "control efectivo" sobre las emisiones radiofónicas realizadas.*

⁹ *Servicio prestado con la finalidad principal propia o de una de sus partes disociables de proporcionar, **bajo la responsabilidad editorial de un prestador del servicio de comunicación audiovisual**, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales audiovisuales.*

¹⁰ *Ejercicio de control efectivo sobre la selección de los programas y sobre su organización, ya sea en un horario de programación o en un catálogo de programas.*

¹¹ *Decisión que se adopta periódicamente con el fin de ejercer la responsabilidad editorial y que está vinculada a la gestión diaria del servicio de comunicación audiovisual.*

¹² *Persona física o jurídica que tiene la responsabilidad editorial sobre la selección de los programas y contenidos audiovisuales del servicio de comunicación audiovisual y determina la manera en que se organiza dicho contenido.*

ciento ochenta y siete euros), por la comisión de una infracción grave al artículo 123.4 de la LGCA.

En la misma Propuesta de Resolución (folios 156 y 157) se aludía al hecho de que ATRESMEDIA, como responsable de la infracción, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, en los términos establecidos en el artículo 85, y así se ha producido en su escrito fechado presentado el 11 de julio de 2024 (folios 177 a 180) tal y como consta en el Antecedente de Hecho Noveno.

De conformidad con el artículo 85, apartado 1, de la LPAC, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción que proceda, aplicando una reducción del 20% sobre el importe total de la sanción propuesta.

Asimismo, de acuerdo con el apartado 2 del mismo precepto legal, teniendo las sanciones únicamente carácter pecuniario, también puede el presunto infractor realizar el pago voluntario de las mismas en cualquier momento anterior a la resolución. El pago voluntario conlleva la aplicación de una reducción adicional del 20% sobre el importe total de las sanciones propuestas (artículo 85 de la LPAC, apartado 3). Asimismo, este tercer precepto del artículo 85 de la LPAC condiciona la efectividad de ambas reducciones a la renuncia a la interposición de cualquier acción o recurso ulteriores en vía administrativa.

Así, la acumulación de las dos reducciones antes señaladas conlleva una reducción conjunta del 40% sobre el importe de las sanciones (reducción acumulada de 231.749,60 €), disminuyéndose la cuantía de la suma de las mismas hasta los 347.624,40 €.

Asimismo, de acuerdo con el precitado segundo apartado del artículo 85 de la LPAC, dado que las sanciones tienen en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del presente procedimiento.

En este sentido, y como consta en el Antecedente de Hecho Noveno, en fecha 23 de julio de 2024 ha tenido entrada en el Registro electrónico de esta Comisión un escrito por el que ATRESMEDIA comunica haber realizado el pago de trescientos cuarenta y siete mil seiscientos veinticuatro euros con cuarenta céntimos (347.624,40 €), lo que supone el importe de las sanciones propuestas reducidas en un 40% en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC. Asimismo, aporta carta de pago (modelo 069) debidamente sellada por la entidad bancaria (folios 187 a 191).

Tal y como se expone en el mismo Antecedente de Hecho Noveno, al haberse reconocido expresamente la responsabilidad en la comisión de las infracciones por parte de ATRESMEDIA, y haberse asimismo realizado el ingreso del importe de las sanciones propuestas, según se indicaba en la Propuesta de Resolución, ello determina la aplicación de las reducciones antes señaladas en la cuantía de las multas, y asimismo implica la terminación del procedimiento, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 85 de la LPAC, habiendo efectuado también ATRESMEDIA su renuncia a la interposición de cualquier acción o recurso ulteriores según exige el apartado 3 del mismo artículo 85 de la LPAC.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los términos de la Propuesta de Resolución a la que se refiere el Antecedente de Hecho Octavo, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora de la conducta tipificada como grave por el artículo 158 apartados 15 y 16 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual en relación con los artículos 122.3 y 123.4 de la misma norma, y se propone imponer dos sanciones pecuniarias a la entidad ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S. A. por un total de 579.374,00 euros (quinientos setenta y nueve mil trescientos setenta y cuatro euros), una por importe de 327.187,00 euros (trescientos veintisiete mil ciento ochenta y siete euros), por la comisión de una infracción grave al artículo 122.3 de la LGCA y otra de 252.187,00 euros (doscientos cincuenta y dos mil ciento ochenta y siete euros), y por la comisión de una infracción grave al artículo 123.4 de la LGCA.

SEGUNDO. - Aprobar dos reducciones del 20% sobre el importe de las anteriormente citadas sanciones que suman 579.374,00 euros (quinientos setenta y nueve mil trescientos setenta y cuatro euros) a las que se refiere el Antecedente de Hecho Octavo, reducciones establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; minorándose la suma de las sanciones en un 40% a la cuantía final de 347.624,40 euros, suma que ya ha sido abonada por la entidad ATRESMEDIA

CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A. según consta en el Antecedente de Hecho Noveno.

TERCERO. - Declarar que la efectividad de las reducciones de las sanciones queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra las mismas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 85, apartado 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector audiovisual y notifíquese al interesado:

ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A.

Con esta Resolución se agota la vía administrativa, si bien cabe interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.