

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., POR LA VULNERACIÓN DE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 14.1 Y 13.2 PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

SNC/DTSA/001/15/MEDIASET

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 3 de septiembre de 2015

Vista la Propuesta de resolución, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Actuaciones previas.

En el ámbito de sus competencias, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual practicó actuaciones (folios a 1 a 47bis) que consistieron, básicamente, en la comprobación del tiempo dedicado a mensajes publicitarios y de televenta y de autopromociones en las emisiones realizadas por MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION, S. A., en su canal de televisión TELECINCO, los días 20 de noviembre (franja de 23:00 a 24:00h.), 25 de noviembre (franja de 12:00 a 13:00 h.), 2 de diciembre (franja de 16:00 a 17:00 h.) y 29 de diciembre (franja de 16:00 a 17:00 h.), todas de 2014, y en su canal CUATRO, el día 7 de octubre de 2014 (franja de 21:00 a 22:00 h.), mediante el visionado de las grabaciones, y teniendo en cuenta los datos de ocupación publicitaria correspondientes a las fechas y franjas horarias objeto de estudio.

Asimismo, se efectuaron requerimientos a MEDIASET, al objeto de que manifestase lo que estimase conveniente respecto a las irregularidades detectadas en cuanto a los excesos de publicidad en los días y franjas horarias que se indicaban.

Finalmente, como resultado de las comprobaciones efectuadas, se levantaron 5 actas de visionado en las que se constata la superación del límite legal de tiempo establecido para la emisión de mensajes publicitarios y de televenta en los canales, días y franjas horarias allí especificados.

SEGUNDO.- Acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador.

Con fecha 25 de marzo de 2015, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la iniciación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/0001/15/MEDIASET (folios 48 a 52), al entender que MEDIASET, por las emisiones de sus canales TELECINCO y CUATRO, había podido infringir lo dispuesto en los artículos 14.1 y 13.2, párrafo segundo, de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, al haber superado el límite de tiempo de emisión de publicidad de mensajes publicitarios y de televenta (regla de los 12 minutos por hora natural) y el de las autopromociones (regla de los 5 minutos por hora natural).

El acuerdo de incoación fue notificado al interesado el día 6 de abril de 2015, concediéndole un plazo de quince días para la presentación de alegaciones, aportación de documentos y propuesta de prueba.

TERCERO.- Alegaciones de MEDIASET al acuerdo de iniciación.

MEDIASET presentó escrito de alegaciones al acuerdo de incoación el 22 de abril de 2015 (folios 57 a 84), en el que, además de su desacuerdo con los cómputos de publicidad realizados en cada franja horaria, manifiesta que no ha habido intencionalidad en la comisión de las presuntas infracciones al deberse a errores humanos o técnicos. El operador acompaña copia de la Resolución SNC/DTSA/1634/14/MEDIASET, de esta Sala, de 16 de abril de 2015.

CUARTO.- Propuesta de Resolución.

El instructor formuló propuesta de resolución el 9 de junio de 2015 (folios 85 a 102), por la que se ha propuesto declarar a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., responsable editorial de los canales de televisión TELECINCO y CUATRO, responsable de la comisión de seis (6) infracciones administrativas de carácter leve, al haber superado el límite de tiempo de emisión dedicado a los mensajes publicitarios, regulados en el Art. 14.1 de la

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) y el límite de emisión de anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos, establecido en el art. 13.2 de la LGCA.

En la propuesta presentada se propone imponer a MEDIASET, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.2 de la citada LGCA, seis (6) multas por importe total de 89.132 € (ochenta y nueve mil ciento treinta y dos euros).

QUINTO.- Trámite de audiencia y alegaciones de MEDIASET a la propuesta de resolución.

En fecha 26 de junio de 2015 MEDIASET presentó escrito alegaciones (folios 105 a 116) en el que solicita la no imposición de sanción alguna o, subsidiariamente, la imposición de sanciones de importe mínimo o significativamente inferior al propuesto, sobre la base, en síntesis, de las siguientes alegaciones:

- Gran parte de las infracciones imputadas son inexistentes, al haberse computado de forma errónea los excesos publicitarios en que aquéllas se basan y registrados durante los días 7 de octubre de 2014 (Cuatro, de 23 a 24h), 20 de noviembre de 2014 (Telecinco, de 23 a 24 h), 25 de noviembre de 2014 (Telecinco, de 12 a 13 h), 2 de diciembre de 2014 (Telecinco, de 16 a 17 h) y 29 de diciembre de 2014 (de 16 a 17h). Concretamente, las cinco presuntas infracciones del artículo 14.1 LGCA con base a un exceso de 312 segundos deberían reducirse a 138 segundos y la infracción del artículo 13.2 LGCA por exceso de 112 segundos no se habría producido.
- Un total de 286 segundos (67% del tiempo total de las infracciones imputadas) fueron correctamente emitidos dentro de los límites legales establecidos para la emisión de comunicaciones comerciales televisivas. El resto (33%) se debió a errores humanos puntuales.
- En caso de estimarse la concurrencia de conducta sancionable, la sanción debería ser mínima, considerando que solamente el 33% del tiempo considerado en la propuesta ha sido correctamente contabilizado como exceso de publicidad, así como que no concurren ni intencionalidad en la conducta, ni beneficio para el operador.

SEXTO.- Finalización de Instrucción y elevación de expediente a la Sala de Supervisión Regulatoria.

Por medio de escrito de fecha 7 de julio de 2015 el Instructor ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el

expediente original, debidamente numerado, para su elevación a la Sala de Supervisión Regulatoria.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con las actas de visionado y demás actuaciones de instrucción que constan en el expediente, cabe considerar probados los hechos siguientes.

PRIMERO.- EXCESO DE PUBLICIDAD EMITIDA EN CUATRO DURANTE EL DÍA 7 DE OCTUBRE DE 2014.

Según el Acta de Visionado de fecha 13 de enero de 2015 que consta en el expediente (**folios 14 a 15**) relativa al canal CUATRO y a la emisión del 7 de octubre de 2014, dentro de la franja horaria de 21 a 22 horas, existe una duración de la publicidad de 12 minutos y 40 segundos, concurriendo por tanto un exceso publicitario de 40 segundos.

SEGUNDO.- EXCESO DE PUBLICIDAD EMITIDA EN TELECINCO DURANTE LOS DÍAS 20 Y 25 DE NOVIEMBRE Y 2 Y 29 DE DICIEMBRE DE 2014.

De acuerdo con las Actas de Visionado fechadas el día 15 de enero de 2015 que constan en el expediente (**folios 27 a 30**) relativas al canal TELECINCO y a las emisiones del 20 de noviembre (franja horaria de 23 a 24 horas) y del 25 de noviembre de 2014 (franja horaria de 12 a 13 horas), se constata una duración publicitaria para la franja horaria de 23 a 24 h del día 20 de noviembre de 2014 de 13 minutos y 9 segundos (esto es, un exceso de 1 minuto y 9 segundos), así como una duración publicitaria de 12 minutos y 56 segundos para la franja de 12 a 13 h del día 25 de noviembre de 2015 (es decir, un exceso de 56 segundos).

Asimismo, y de conformidad con sendas actas de Visionado de fecha 19 de enero de 2015 (**folios 42 a 45**) relativas al canal TELECINCO y a las emisiones del 2 y 29 de diciembre de 2014 (franja horaria de 16 a 17 h), se constata un tiempo de publicidad para la franja horaria de 16 a 17 h del día 2 de diciembre de 2014 de 12 minutos y 35 segundos (es decir, una extralimitación de 35 segundos) así como un tiempo de 13 minutos 52 segundos correspondiente a la misma franja horaria del día 29 de diciembre de 2014 (esto es, un exceso de 112 segundos).

Además, conforme al Acta de Visionado de 19 de enero de 2015 (**folios 42 y 43**) en el caso concreto del día 2 de diciembre de 2014 (franja horaria de 16 a 17 h), también se produce un exceso de 72 segundos de emisión en el cómputo de las autopromociones del canal TELECINCO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable.

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 Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, 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, mientras que resulta competente para su resolución la Sala de Supervisión regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevé el artículo 21.2 de la LCNMC, así como el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico.

Asimismo, son de aplicación al presente procedimientos, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual y el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010.

II.- Objeto del procedimiento sancionador y normas aplicables.

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si MEDIASET incumplió con lo previsto en los artículos 14.1 y 13.2 de la LGCA, en los días y en las franjas horarias de emisión que constan en los hechos declarados probados.

El artículo 14.1 LGCA prevé que:

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, ya sean servicios radiofónicos, televisivos o conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios.

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva pueden ejercer este derecho mediante la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. Los servicios radiofónicos, conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios libremente.

Para el cómputo de esos 12 minutos se tendrá sólo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento. También se excluirá del cómputo la telepromoción cuando el mensaje individual de la telepromoción tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario y el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj.

Por su parte, el artículo 13.2 señala que:

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir programas que informen sobre su programación o anuncios de sus propios programas y los productos accesorios derivados directamente de dichos programas.

Estos programas y anuncios no se considerarán comunicación comercial a los efectos de esta Ley. No obstante, para la comunicación audiovisual televisiva, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos no podrá superar los 5 minutos por hora de reloj y sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial.

El RD 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, regula la autopromoción y, concretamente enumera las condiciones que debe reunir para su cómputo en el límite de 5 minutos por hora natural. El artículo 5 establece las condiciones de las autopromociones de productos y el artículo 7 las de los productos sometidos a cómputo y sus excepciones.

Artículo 5. Autopromociones de productos.

1. Se computan en el límite de los 5 minutos las comunicaciones audiovisuales que informan sobre los productos accesorios derivados directamente de los programas del prestador del servicio de comunicación audiovisual.

Se entiende por productos accesorios derivados directamente del programa aquellos que realmente se identifiquen con ese programa y cuya existencia y comercialización sería imposible sin la existencia de aquel, por su directa vinculación con él.

2. En ningún caso se considera autopromoción aquella promoción de productos que, aun teniendo una cierta relación con los contenidos de un programa, resulten ajenos al mismo, computándose en tal caso como mensajes publicitarios dentro del límite de 12 minutos establecidos para éstos.

3. Para considerar que los productos son directamente derivados del programa, el prestador del servicio de comunicación audiovisual deberá acreditar la titularidad sobre sus derechos y que asume, directa o indirectamente, la explotación económica del producto.

A estos efectos, la autoridad audiovisual competente podrá exigir al prestador que aporte la documentación suficiente que acredite la titularidad de los derechos y su ejercicio efectivo, así como la ausencia de contraprestación de terceros por la emisión de las comunicaciones audiovisuales que promocionen esos productos. En caso contrario, si la promoción de productos se hace a

cambio de contraprestación, se consideraría comunicación comercial, y como tal se le aplicaría el límite de los 12 minutos por hora de reloj.

4. En los supuestos en que un producto derivado directamente de un programa sea comercializado por un tercero que asume la explotación de aquel por su propia cuenta y riesgo, únicamente se aplicarán los límites de cómputo establecidos para la autopromoción cuando el mensaje no incluya menciones, promoción o publicidad de ese tercero, computándose, en caso contrario, en el límite de los 12 minutos destinados a mensajes publicitarios y de televenta.

5. Aquellas comunicaciones de productos o servicios que no sean accesorios ni deriven directamente de los programas, sino del prestador del servicio o de la cadena computarán dentro del límite de los 12 minutos, por considerarse un mensaje publicitario de una actividad del prestador ajena a la comunicación audiovisual.

Artículo 7. Información de programación y productos no sometidos a cómputo.

1. Se excluyen del cómputo de tiempo, tanto del límite de 5 minutos dedicado a la autopromoción, como del límite de 12 minutos dedicado a mensajes publicitarios por hora de reloj:

a) Los programas que informan sobre la programación del prestador del servicio de comunicación audiovisual y los rodillos que informan sobre algún cambio de la misma.

b) Las secciones y contenidos, dentro de los programas tipo magazines u otro tipo de programas, que se dedican a informar sobre la programación y cuya finalidad es similar al de los programas indicados en la letra a).

c) Aquellas sobreimpresiones sobre la programación de cualquiera de los canales del mismo prestador del servicio no comprendidas en la letra b) del artículo 4.2, por ser de carácter meramente informativo.

2. Tampoco computarán como autopromoción ni como publicidad, las referencias genéricas que se hagan al prestador del servicio de comunicación audiovisual cuando su naturaleza sea puramente informativa.

3. Los anuncios o mensajes de productos accesorios directamente derivados de determinados programas no computarán como autopromoción ni como publicidad cuando vayan dirigidos a facilitar la participación del telespectador con el programa de que se trate, afectando de alguna forma al desarrollo del mismo. Esta circunstancia no podrá extenderse a otras formas de participación en las que no existe conexión con el programa y que, aunque puedan entenderse derivadas de éste, en ningún caso cumplen la condición de estar conexas a él, pues no implican interacción con el mismo.

Así, estarán excluidos de cualquier límite los mensajes cuyo objetivo sea participar en los programas o realizar determinadas votaciones que afecten al desarrollo del mismo, así como aquellos mensajes de opinión relativos al programa.

4. No están excluidos, sin embargo, aquellos mensajes invitando a llamar mediante números de tarificación adicional o SMS Premium con el objetivo de conseguir un premio, y que no estén en conexión directa con el programa de que se trate en cualquiera de las formas indicadas en el párrafo anterior, o que no afecten a su desarrollo, computándose en consecuencia como publicidad en el límite de los 12 minutos, sin perjuicio de la regulación del juego que, en su caso, sea de aplicación.

III.- Tipificación de los hechos probados

Como se ha expuesto en los Antecedentes de Hecho, el principal sistema de identificación y comprobación utilizado para la determinación de los hechos presuntamente infractores viene constituido por el visionado de las cintas de grabación de las emisiones y su posterior plasmación en Actas de Visionado (folios 14, 15, 27 a 30 y 42 a 45), todo ello realizado por el personal técnico de la CNMC, órgano al que corresponde, entre otras funciones, el ejercicio de las facultades de control e inspección en materia audiovisual.

Consta unido al expediente el soporte de las grabaciones de las emisiones de las franjas horarias en las que se detectan los excesos (véanse folios 47.1bis a 47.6bis). Cada grabación contiene impresionada la hora de emisión y se acompaña de un archivo en el que consta la fecha, la hora de emisión y la duración de la grabación.

Asimismo, en las Actas de Visionado se identifica el canal, la fecha, franja horaria (concretada en horas, minutos y segundos), así como el ámbito territorial de las emisiones y el cómputo de las distintas formas publicitarias y de televenta emitidas en cada hora natural, al igual que el cómputo de las telepromociones (art. 14.1, párrafo 3º), la autopromoción (art. 13.2, párrafo 2º) y los conceptos no computables.

III.1.- Exceso de publicidad de 40 segundos emitida en CUATRO el 7 de octubre de 2014 (franja de 21 a 22 h).

Ante todo, debe señalarse que la franja horaria en la que se produce la presunta infracción es de 21 a 22 h y no de 23 a 24 horas como erróneamente se hace constar en los escritos de alegaciones de MEDIASET de 22 de abril y de 26 de junio de 2015. Así se desprende del Acta de visionado de 13 de enero de 2015 anteriormente citada en esta Resolución (folios 14 y 15).

En las páginas 5 a 6 de su escrito de alegaciones de 26 de junio de 2015 (folios 109 y 110) MEDIASET reitera los mismos argumentos vertidos en la primera página de su escrito anterior de alegaciones de 22 de abril de 2015 (folio 57), esto es, que:

- El exceso atribuido no es de 40 sino de la mitad, puesto que 20 segundos corresponden al avance de promoción del programa “Taquilla Mediaset”, que debe computar a los cinco minutos.
- El exceso restante (20 segundos) fue debido a un error humano, que pautó una publicidad comercial en esa franja horaria cuando la misma ya estaba cubierta.

Frente a estas alegaciones, debemos abundar en lo ya señalado en las páginas 9 a 10 de la Propuesta de Resolución (folios 93 y 94), esto es que:

- Dentro del apartado de “Observaciones” del Acta de Visionado de 13 de enero de 2015 (folio 15) ya figuran computados los 20 segundos correspondientes al avance de promoción de “Taquilla Mediaset”, concretamente, en el periodo 21:07:03 a 21:07:23, considerando el límite de 5 minutos por hora de reloj para autopromoción de programas del artículo 2.2 del RD 1624/2011, de 14 de noviembre.
- En cuanto al error humano alegado, consistente en insertar una publicidad comercial de 20 segundos cuando la franja horaria ya estaba completa, no puede ser tenido en consideración por carecer de las notas de imprevisibilidad, inevitabilidad y prueba, necesarias para excluir de responsabilidad al prestador del servicio audiovisual.

III.2.- Exceso de publicidad de 69 segundos emitida en TELECINCO el 20 de noviembre de 2014 (franja de 23 a 24 h).

En la página 2 (folio 58) de su escrito inicial de alegaciones de 22 de abril de 2015 MEDIASET denunciaba que no había tenido en cuenta el cómputo del avance de programación de 20 segundos del programa “Taquilla Mediaset”, para la aplicación de lo previsto en el artículo 2 del RD 1624/2011, de 14 de noviembre. Sin embargo, en el apartado de “Observaciones” del Acta de Visionado de 15 de enero de 2015 (folio 28) figura claramente computado dicho avance en el periodo 23:32:24 a 23:32:44.

Tanto en la página 2 (folio 58) del escrito de 22 de abril de 2015 como en las páginas 1 a 2 del escrito de alegaciones de 26 de junio de 2015 (folios 105 y 106), MEDIASET alega que el exceso de 69 segundos (1 minuto y 9 segundos) se debió al deslizamiento horario, debido a error técnico, de la emisión de una telepromoción de “Borges/Popitas” de la franja horaria en la que estaba inicialmente planificada (22-23 horas) a la franja de 23 a 24 horas.

Esta alegación no puede prosperar, puesto que, como se dice en la página 5 de la Propuesta de Resolución (folio 89), MEDIASET es responsable de los contenidos que emite y el error aducido carece de las notas de imprevisibilidad, inevitabilidad y prueba necesarias para excluir de responsabilidad al prestador del servicio audiovisual.

III.3.- Exceso de publicidad de 56 segundos emitida en TELECINCO el 25 de noviembre de 2014 (franja de 12 a 13 h).

En la página 2 (folio 58) de su escrito inicial de alegaciones de 22 de abril de 2015 MEDIASET denunciaba que no había tenido en cuenta el cómputo del avance de programación del programa “Taquilla Mediaset”. No obstante, en el

apartado de “Observaciones” del Acta de Visionado de 15 de enero de 2015 (folio 30) figura claramente computado dicho avance en el periodo 12:28:43 a 12:29:04, a los efectos de la aplicación del artículo 2 del RD 1624/2011, de 14 de noviembre.

Tanto en la página 2 (folio 58) del escrito de 22 de abril de 2015 como en la página 2 del escrito de alegaciones de 26 de junio de 2015 (folio 106), MEDIASET alega que el exceso de 56 segundos se debió a la contabilización, en el límite de 12 minutos, de determinados mensajes invitando a participar mediante llamada o SMS en un concurso integrado en “*El programa de Ana Rosa*”, organizado con motivo del décimo aniversario del citado programa.

De acuerdo con el presunto infractor, existía una especial vinculación del concurso con el programa que iba más allá de la mera inserción de mensajes invitando a realizar llamadas telefónicas para conseguir un premio.

En las observaciones del Acta de Visionado de 15 de enero de 2015 (folio 30), correspondiente al periodo 12:21:08 a 12:21:53 se declara que el concurso publicitario:

“no deriva del contenido del programa y no hay participación del telespectador. Aunque aparece en antena el ganador, no hay interacción en relación con el contenido del programa. Sólo se da a conocer el ganador de un sorteo en el que ha participado mediante tarificación adicional.”

Los apartados 3 y 4 del artículo 7 del Real Decreto núm. 1624/2011, de 14 de noviembre, de desarrollo de la LGCA, prevén que:

3. Los anuncios o mensajes de productos accesorios directamente derivados de determinados programas no computarán como autopromoción ni como publicidad cuando vayan dirigidos a facilitar la participación del telespectador con el programa de que se trate, afectando de alguna forma al desarrollo del mismo. Esta circunstancia no podrá extenderse a otras formas de participación en las que no existe conexión con el programa y que, aunque puedan entenderse derivadas de éste, en ningún caso cumplen la condición de estar conexas a él, pues no implican interacción con el mismo. Así, estarán excluidos de cualquier límite los mensajes cuyo objetivo sea participar en los programas o realizar determinadas votaciones que afecten al desarrollo del mismo, así como aquellos mensajes de opinión relativos al programa.

4. No están excluidos, sin embargo, aquellos mensajes invitando a llamar mediante números de tarificación adicional o SMS Premium con el objetivo de conseguir un premio, y que no estén en conexión directa con el programa de que se trate en cualquiera de las formas indicadas en el párrafo anterior, o que no afecten a su desarrollo, computándose en consecuencia como publicidad en el límite de los 12 minutos, sin perjuicio de la regulación del juego que, en su caso, sea de aplicación.

Mediante Acuerdo INF/DTSA/1143/14 de 26 de junio de 2014¹, esta Sala exige tres requisitos para que este tipo de mensajes queden excluidos de cualquier cómputo: conexión directa del anuncio o mensaje con el programa, interacción con el telespectador y participación activa de este último.

En este caso concreto, y tras visionar de nuevo la emisión (folio 47.2bis), se verifica cómo entre los minutos 12:21:08 y 12:21:53 el presentador anuncia un concurso con premio², solicitando a los telespectadores que o bien llamen a determinado teléfono³ o bien que remitan determinado mensaje⁴ con las iniciales del programa (AR). Diez minutos más tarde (12:33:00), el presentador y la directora del programa se ponen en contacto con la ganadora del concurso, indagando sobre su situación familiar y económica y haciéndole varias preguntas al respecto.

Por tanto, concurren aquí los requisitos indicados en el Acuerdo INF/DTSA/1143/14 de 26 de junio de 2014, para excluir el mensaje del cómputo publicitario. Existe, en primer lugar, una relación directa entre el mensaje (logo del programa, AR) y el programa. Y en segundo lugar, existe interactividad y participación del telespectador en el programa, al ser objeto de entrevista en directo por parte del presentador y directora.

Por consiguiente, no cabe computar los 56 segundos relativos al concurso como exceso publicitario imputable a MEDIASET.

III.4.- Exceso de publicidad de 35 segundos y exceso de 72 segundos sobre el límite de cinco minutos de autopromociones emitidos en TELECINCO el 2 de diciembre de 2014 (franja de 16 a 17 h).

En la página 2 (folio 58) de su escrito inicial de alegaciones de 22 de abril de 2015, MEDIASET denunciaba que no se había tenido en cuenta en el cálculo del exceso publicitario de 35 segundos el avance de programación del programa “Taquilla Mediaset”. No obstante, en el apartado de “Observaciones” del Acta de Visionado de 19 de enero de 2015 (folio 43) figura claramente computado dicho avance en el periodo 16:07:00 a 16:07:40.

En la página 3 (folio 107) del escrito de alegaciones de 26 de junio de 2015 MEDIASET señala que el exceso publicitario de 35 segundos fue causado por *“un simple error en su emisión, al tratarse de telepromociones que son emitidas en directo, como el programa en el que se ubican, lo que dificulta su control”*.

¹ Acuerdo por el que se da contestación a la consulta formulada por Eurostar Mediagroup SL sobre la participación de los telespectadores en los programas televisivos mediante mensajes y llamadas telefónicas. Véanse páginas 9 y 10.

² Concretamente, un premio de 5.000 Euros.

³ Al teléfono 905 44 74 50.

⁴ Al código 23445.

Frente a la anterior alegación debe recordarse, una vez más, que MEDIASET es responsable de los contenidos que emite y que el argumento carece de las notas de imprevisibilidad, inevitabilidad y prueba necesarias para excluir la responsabilidad del prestador del servicio audiovisual.

En cuanto al exceso de 72 segundos sobre el límite de cinco minutos de autopromociones emitidos, MEDIASET alega en las páginas 3 y 4 de su escrito de 26 de junio de 2015 (folios 107 y 108) que:

- Esta imputación es introducida por primera vez en la Propuesta de Resolución, no encontrándose anteriormente en el Acuerdo de Incoación.
- El cómputo es erróneo porque habría incluido y calificado equivocadamente como autopromoción un fragmento de película situado entre las 16:00:00 y las 16:01:49 horas.

Respecto a la posible inclusión indebida de una nueva imputación en la Propuesta de Resolución, debe recordarse que el artículo 20.3 del Reglamento Sancionador (RD 1398/1993) únicamente prohíbe la modificación de hechos en la Resolución sancionadora con relación a la Propuesta de Resolución notificada al presunto infractor⁵. No se prohíbe, en cambio, la introducción de nuevos hechos en la Propuesta de Resolución que resulten diferentes del acuerdo de incoación. Ello, como han señalado los tribunales⁶, se deriva del propio tenor literal del artículo 13.1.b) del Reglamento Sancionador⁷.

⁵ En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculcado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días.

⁶ En la STSJ Castilla-La Mancha núm.159/2001, de 28 de febrero de 2001 (rec. núm. 657/1998) se señala que:

A lo largo de la instrucción del expediente pueden aparecer matices, variables o hechos nuevos que pueden imponer por razones de elemental justicia y de adecuación de la actividad sancionadora de la Administración a la realidad averiguada durante la instrucción, variaciones o modificaciones en el hecho imputado, existiendo entonces la posibilidad de recogerlas, siempre que se asegure una sustancial identidad entre lo que fue objeto de acusación en la incoación y lo que resulta de la propuesta de resolución, que es el momento o trámite final donde la imputación se concreta, y por ello el artículo 13.1 b) del citado Reglamento deja a salvo de la consignación del hecho imputado en el acuerdo de incoación esa posibilidad con la expresión «sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción». Lo esencial es que en la propuesta de resolución se recoja el hecho definitivamente objeto de acusación de modo que no se observen variaciones importantes entre el mismo y el que se plasme en la resolución definitiva.

⁷ La iniciación de los procedimientos sancionadores se formalizarán con el contenido mínimo siguiente: (...) b) Los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

Tal y como recuerda el Tribunal Constitucional en el último párrafo de su STC 145/2011, de 26 de septiembre de 2011 (Recurso de Amparo núm. 1101/2010), no es la introducción de nuevos hechos en la propuesta de resolución con respecto al acuerdo de incoación lo que provoca indefensión al presunto infractor, sino la falta de notificación de dicha propuesta y la imposibilidad de efectuar alegaciones a la misma. Ello no ha sucedido en este supuesto, en que MEDIASET ha presentado sus alegaciones a esta Comisión mediante escrito de 26 de junio de 2015.

Respecto al presunto cómputo erróneo por inclusión y calificación equivocada como autopromoción de un fragmento de película ubicado entre las 16:00:00 y las 16:01:49 horas, debe señalarse que tanto en el Anexo 2 de las alegaciones de MEDIASET (folio 116) como en los Anexos del Acta de Visionado de 19 de enero de 2015 (folio 35) figura dicho fragmento con el título “CINE PRESENTACIÓN”, no apareciendo expresamente rotulado como Autopromoción.

Sin embargo, dicha presentación de cine sí está sujeta a los límites de la llamada “autopromoción” de programas previstos en los artículos 13.2 LGCA, 2 del RD 1624/2011 y en el Acuerdo INF/DTSA/1356/14 de esta Sala de 17 de septiembre de 2014⁸, puesto que informaba sobre la programación de MEDIASET anunciando la futura emisión de una película (“La Proposición”), que no fue emitida hasta el día siguiente (3 de diciembre de 2014) a las 22:30, tal y como se desprende de la programación publicada por la propia MEDIASET⁹ y del mensaje sobreimpreso en la esquina superior derecha de la pantalla de la propia grabación (folio 47.3bis).

⁸ Acuerdo por el que se da contestación a diversas consultas formuladas por los operadores en materia de publicidad y autopromoción televisivas. Véanse páginas 14 a 17.

⁹ <http://www.programacion-tv.es/canal/telecinco/program/24343316-cine-la-proposicion#!>.



Debe recordarse que el artículo 2.2 del RD 1624/2011 prevé que:

“No obstante, para la comunicación audiovisual televisiva, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos no podrá superar los 5 minutos por hora de reloj y sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial.”

III.5 Exceso de publicidad de 112 segundos (1 minuto y 52 segundos) emitidos en TELECINCO el día 29 de diciembre de 2014 (franja de 16 a 17 horas).

Tanto en la página 2 del escrito inicial de alegaciones de 22 de abril de 2015 (folio 58) como en las páginas 4 a 5 (folios 108 y 109) del último escrito de alegaciones presentado de fecha 26 de junio de 2015, la presunta infractora declara que sí existió interactuación en el concurso “*Súbete al tren de los premios Sálvame*”, por lo que debería computar como autopromoción de producto accesorio derivado del programa al límite de 5 minutos.

Concretamente, frente a la afirmación contenida en la Propuesta de Resolución de que dicho concurso no fue resuelto el día 29 de diciembre de 2014, en la página 5 de las alegaciones del día 26 de junio de 2015 (folio 109) se señala que el concurso concluyó con la entrega del premio entre las 20:09 y 20:11 horas, según se deriva del visionado completo del programa.

No obstante, del visionado de Tele 5 (**véase folio 47.6bis**) en la franja horaria señalada por MEDIASET (esto es, de 20:09 a 20:11 horas) se desprende que

no hubo resolución de concurso ya que en dicho periodo ya no se emitía el programa “Sálvame” sino el concurso “Pasapalabra”.



Por tanto, en este caso, y a diferencia del supuesto del apartado III.3, no se dan los requisitos de interacción y participación del telespectador para aplicar la exclusión de cómputo publicitario, requisitos exigidos expresamente por el Acuerdo INF/DTSA/1143/14 de esta Sala de 26 de junio de 2014¹⁰.

III.6 Conclusiones.

Tras visionar las grabaciones y comprobar la documentación que obra en el expediente, ha quedado acreditado que los incumplimientos en los que ha incurrido MEDIASET respecto al tiempo dedicado a la emisión de publicidad, a los que se han unido los datos contenidos en el informe de audiencias, son los que se sintetizan en las siguientes tablas:

HORAS DE RELOJ QUE INCUMPLEN EL LIMITE DE 12 MINUTOS (Art. 14.1 de la Ley 7/2010)							
Canal	Fecha	Horas de reloj	Publicidad computada	Ámbito	AM(en miles)	AM%	Cuota
TELECINCO	20/11/2014	23:00:00 a 24:00:00	13 minutos y 09 segundos	Nacional	3.001	7,1	16,8
TELECINCO	02/12/2014	16:00:00 a 17:00:00	12 minutos y 35 segundos	Nacional	1.612	3,8	13,8
TELECINCO	29/12/2014	16:00:00 a 17:00:00	13 minutos y 52 segundos	Nacional	1.703	4	13,4
CUATRO	07/10/2014	21:00:00 a 22:00:00	12 minutos y 40 segundos	Nacional	588	1,4	3,7

¹⁰ Acuerdo por el que se da contestación a la consulta formulada por Eurostar Mediagroup SL sobre la participación de los telespectadores en los programas televisivos mediante mensajes y llamadas telefónicas. Véanse páginas 9 y 10.

HORAS DE RELOJ QUE INCUMPLEN EL LIMITE DE 5 MINUTOS (Art. 13.2 de la Ley 7/2010)							
Canal	Fecha	Horas de reloj	Publicidad computada	Ámbito	AM(en miles)	AM%	Cuota
TELECINCO	02/12/2014	16:00:00 a 17:00:00	6 minutos y 12 segundos	Nacional	1.612	3,8	13,8

IV.- Tipificación de la infracción.

De conformidad con lo establecido en el artículo 58.6 de la LGCA, la contravención de las obligaciones y prohibiciones establecidas en los artículos 13.2 y 14.1 de la citada Ley están tipificadas como infracciones graves cuando el exceso sea superior al veinte por ciento de lo permitido¹¹, mientras que en el supuesto de que dicho exceso sea inferior al citado veinte por ciento, la conducta es tipificada como infracción leve, en aplicación del artículo 59.2 LGCA:

Son infracciones leves (...) 2. El incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves.

En el caso que nos ocupa, ha quedado acreditado que los excesos de publicidad declarados probados en ningún caso superan el citado 20% señalado en el artículo 58.6 LGCA en relación con el artículo 14.1 LGCA, en ninguno de los días y franjas horarias afectados, según se desprende de los cálculos porcentuales de exceso publicitario que constan en la siguiente tabla:

HORAS DE RELOJ QUE INCUMPLEN EL LIMITE DE 12 MINUTOS (art.14.1)				
Canal	Fecha	Horas de reloj	Publicidad computada	%Exceso
TELECINCO	20/11/2014	23:00:00 a 24:00:00	13 minutos y 09 segundos	9,58%
TELECINCO	02/12/2014	16:00:00 a 17:00:00	12 minutos y 35 segundos	4,86%
TELECINCO	29/12/2014	16:00:00 a 17:00:00	13 minutos y 52 segundos	15,55%
CUATRO	07/10/2014	21:00:00 a 22:00:00	12 minutos y 40 segundos	5,55%

HORAS DE RELOJ QUE INCUMPLEN EL LIMITE DE 5 MINUTOS (art.13.2)				
Canal	Fecha	Horas de reloj	Publicidad computada	%Exceso
TELECINCO	02/12/2014	16:00:00 a 17:00:00	6 minutos y 12 segundos	10%

En consecuencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 59.2, en relación con el artículo 58.6, ambos de la LGCA, los hechos probados constituyen infracciones administrativas de carácter leve.

¹¹ En el caso del artículo 14.1 LGCA, superar el 20% con relación al límite máximo permitido 12 minutos/hora significaría que el exceso publicitario superara los 2,4 minutos (144 segundos), esto es, que la publicidad total dentro de la hora de emisión fuera superior a los 14,40 minutos.

V.- Responsabilidad de la infracción.

MEDIASET también ha sostenido (véase página 7 de escrito de alegaciones de 26 de junio de 2015, folio 111) su falta de responsabilidad, esencialmente basada en la ausencia de intencionalidad, alegando la concurrencia de “errores humanos” , por ejemplo, en el deslizamiento de franja de una telepromoción o en ciertos desajustes en la emisión en directo de telepromociones.

Frente a estas afirmaciones debe reiterarse lo dicho por esta misma Sala en resoluciones anteriores¹² sobre la responsabilidad del prestador de servicios audiovisuales en los excesos de publicidad: a tenor del artículo 2.1 de la LGCA¹³ y por la misma definición de prestador de servicios de comunicación audiovisual, MEDIASET es responsable de los contenidos que emite y, a efectos del procedimiento administrativo sancionador, la responsabilidad puede ser exigida *“aún a título de simple inobservancia”* (art. 130.1 Ley 30/1992), lo que conduce a la atribución de responsabilidades incluso en los casos de negligencia simple respecto del cumplimiento de los deberes legales impuestos a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

Esta exigencia de responsabilidad está relacionada con que el sector audiovisual es un sector altamente especializado y con que MEDIASET, como prestador de dicho servicio, cuenta con expertos profesionales que deben poner la diligencia suficiente para el cumplimiento de la normativa. Cualquier fallo técnico, humano o de otra índole, debe poder ser evitado o en su caso, corregido o subsanado por el propio operador.

Los diversos errores que pudieran alegarse como causantes de los incumplimientos no resultan aceptables, por cuanto el prestador es el responsable de la emisión de programas y publicidad y debe tener un control sobre los tiempos de emisión constituyendo, en caso contrario, supuestos de negligencia en su actuación, únicamente salvables en casos de sucesos imprevistos e inevitables, y no por meros errores que no le exoneran de responsabilidad administrativa por ausencia de culpabilidad en la comisión de los hechos cometidos, sobre todo cuando esa negligencia repercute negativamente sobre los telespectadores.

Por lo demás, la doctrina del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 21 de febrero y 10 de marzo de 2003 (RC 7083/1997), a que hace referencia la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2005 (recurso 792/2003 interpuesto por un prestador del servicio de televisión), establece que los excesos publicitarios técnicos, no queridos por el operador, no se excluyen del

¹² Véanse págs.20-21 de la Resolución SNC/DTSA/1634/14/MEDIASET de 16 de abril de 2015 así como las págs.6-9 de la anterior Resolución SNC/DTSA/1731/14/ATRESMEDIA de 17 de marzo de 2015.

¹³ De acuerdo con el artículo 2.1 LGCA, el prestador de servicios de comunicación audiovisual *“tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos”*.

cómputo ni tales errores excluyen la culpabilidad, en su aspecto negligente, ya que el respeto de los límites impuestos por la norma exige extremar el cuidado, dada la trascendencia sobre el gran número de personas que pueden verse afectadas por el exceso.

El prestador del servicio de comunicación audiovisual debe poner todos los medios necesarios para cumplir con sus obligaciones legales con el fin de garantizar los derechos de los usuarios del servicio de televisión, derechos que en todo caso deben prevalecer frente a los intereses del mercado publicitario, por lo que es su obligación buscar el equilibrio que la Ley determina, evitando concentraciones publicitarias excesivas en un período dado, y debiendo, en cualquier caso, mantener ese equilibrio en beneficio del telespectador.

Vistas y analizadas las alegaciones de MEDIASET contenidas en sus escritos de 22 de abril y 26 de junio de 2015, y tras el visionado de las grabaciones y el contenido de los documentos incorporados a las presentes actuaciones, se considera probada la responsabilidad directa de MEDIASET, en el incumplimiento en los canales, días y franjas horarias especificados, del límite de emisión de 12 minutos por hora natural de espacios dedicados a los mensajes publicitarios y la televenta establecido en el art. 14.1 de la Ley 7/2010 así como la vulneración del límite de 5 minutos por hora natural de emisión de anuncios sobre sus propios programas y productos del artículo 13.2 LGCA (autopromoción), sin que se aprecie circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad.

VI.- Cuantificación de la sanción.

La contravención de las obligaciones y prohibiciones establecidas en los artículos 13.2 y 14.1 de la LGCA cuando el exceso sea inferior al veinte por ciento de lo permitido, se consideran infracciones leves conforme a lo dispuesto en el artículo 59.2 de la LGCA.

De conformidad con el art. 60.3 de la LGCA, dichas infracciones pueden ser sancionadas con multa de hasta 100.000 euros.

En la graduación de las sanciones a imponer deben tenerse en cuenta los criterios legales que a tal efecto establecen los artículos 131.3 de la LRJPAC y 60.3 y 4 de la LGCA, valorándose las circunstancias de la repercusión social de la infracción (en función del canal y de la franja horaria de emisión, es decir el número de usuarios afectados por los hechos imputados) la duración de la publicidad en lo que al exceso legal se refiere y el beneficio económico que la conducta infractora puede haber reportado al operador, atenuando prudentemente este último criterio para el caso de las autopromociones, en las que el beneficio económico obtenido por el prestador del servicio es indirecto y no tiene una relación directa con sus tarifas publicitarias.

Considerando las circunstancias arriba indicadas, en la siguiente tabla se efectúa detalladamente la cuantificación de las sanciones por cada infracción cometida:

HORAS DE RELOJ QUE INCUMPLEN EL LIMITE DE 5 Y DE 12 MINUTOS EN EMISIONES NACIONALES Y AUDIENCIA MEDIA OBTENIDA (en miles de personas)						
Canal	Fecha	Horas de reloj	Extralimitación en emisión de publicidad, en segundos y en %	ART. LGCA infringido	AM(en miles)	Sanción
TELECINCO	20/11/2014	23:00:00 a 24:00:00	69 segundos (9'58%)	14.1	3.001	28.007 €
TELECINCO	02/12/2014	16:00:00 a 17:00:00	35 segundos (4,86%)	14.1	1.612	11.268 €
TELECINCO	02/12/2014	16:00:00 a 17:00:00	72 segundos (10%)	13.2	1.612	6.448 €
TELECINCO	29/12/2014	16:00:00 a 17:00:00	112 segundos (15,55%)	14.1	1.703	26.192 €
CUATRO	07/10/2014	21:00:00 a 22:00:00	40 segundos (5'55%)	14.1	588	7.613 €
TOTAL SANCIONES						79.528 €

Como se observa, las infracciones que reciben mayor sanción son aquellas con mayor repercusión social (mayores audiencias medias) y mayor extralimitación porcentual (entre 9 y 20%), como, por ejemplo, las cometidas los días 20 de noviembre (franja de 23 a 24 h) y 29 de diciembre (franja de 16 a 17).

En el caso de la infracción del artículo 13.2 LGCA (autopromoción) del día 2 de diciembre (franja 16 a 17 h), al ser el beneficio económico obtenido por el prestador del servicio indirecto y no tener una relación directa con sus tarifas publicitarias, la sanción impuesta es sensiblemente menor, y ello a pesar de las respetables cifras de audiencia media y de desviación porcentual (10%).

Finalmente, por lo que se refiere a la alegación realizadas por MEDIASET en su escrito de alegaciones (folio 111) sobre la posible desproporción de las sanciones, debe señalarse que la sanción que establece la Ley 7/2010 para las infracciones leves es de hasta 100.000,00 €, por lo que las sanciones contenidas en la Propuesta de Resolución y, finalmente confirmadas e impuestas en esta Resolución, se han aplicado en su grado mínimo.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho anteriores, la Sala de Supervisión Regulatoria,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, responsable editorial de los canales de televisión **TELECINCO** y **CUATRO**, responsable de la comisión de **cinco (5) infracciones administrativas de carácter leve del artículo 59.2 de la Ley 7/2010**, al haber superado los

límites de tiempo de emisión dedicados a los mensajes publicitarios, regulados en los artículos 13.2 y 14.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.

SEGUNDO.- Imponer a **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A** cinco¹⁴ multas por un importe total de **79.528 €** (setenta y nueve mil quinientos veintiocho euros), de conformidad con lo establecido en el artículo 60.3 de la citada Ley 7/2010.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.

¹⁴ Dato enmendado mediante Resolución de Rectificación de Errores de la Sala de Supervisión Regulatoria de 17 de septiembre de 2015 recaída en el propio expediente SNC/DTSA/001/15/MEDIASET.