

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR, INCOADO A MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S. A., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 18.3. d), DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

SNC/DTSA/044/15/MEDIASET

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 17 de marzo de 2016

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Actuaciones previas.

En el ejercicio de sus competencias, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) ha constatado, según se desprende de los folios 1 a 445 que obran en el expediente, que MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S. A. (MEDIASET) en sus canales de televisión **TELECINCO, FDF, CUATRO, DIVINITY** y **ENERGY** ha podido vulnerar lo dispuesto en el artículo 18.3.d), de la Ley 7/2010, de 31 de Marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), al haber emitido, durante los meses de julio y agosto de 2015, comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación inferior a veinte grados, fuera de la franja horaria comprendida entre las 20:30 y las 06:00 del día siguiente. (Campañas: **MATEUS ROSE/VINO**, en el mes de julio de 2015, y **BARCELO CREAM/CREMA LICOR**, en el mes de agosto de 2015).

Segundo.- Incoación de procedimiento sancionador.

Con fecha 22 de octubre de 2015 (folios 446 a 451), y a la vista de los antecedentes citados, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/044/15/MEDIASET, al entender que MEDIASET había podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.3.d) de la LGCA, por las emisiones de publicidad de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados fuera del horario legalmente permitido

El 26 de octubre de 2015 (folios 452 y 453) fue notificado el acuerdo de incoación al interesado, concediéndole un plazo de quince días para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones y proponer pruebas, en su caso.

Tercero.- Alegaciones al acuerdo de incoación del expediente sancionador.

El 13 de noviembre de 2015 (folios 454 a 457), MEDIASET presentó escrito de alegaciones en el que, sucintamente, manifiesta:

- Que la campaña de MATEUS ROSE, por motivos estivales y falta de personal, se emitió por error fuera del horario legalmente permitido.
- La campaña de BARCELO CREAM/CREMA DE LICOR es una campaña de patrocinio vinculada a un programa que, por cambio de parrilla, arrastró el patrocinio a horarios prohibidos para este tipo de publicidad y, debido al periodo estival, el error no pudo ser subsanado de inmediato.
- Alega que se trata de errores humanos producidos por falta de personal en verano y que denotan la falta de intencionalidad en la comisión de los hechos.
- Por último, MEDIASET entiende que cada campaña constituye una infracción continuada, por ser la misma infracción repetida en el tiempo, infringir un mismo precepto y, en el caso de las emisiones producidas en CUATRO, DIVINIY y ENERGY, se trata del mismo anuncio al haberse emitido mediante la técnica de la pauta única.

Cuarto.- Trámite de audiencia.

Con fecha 8 de enero de 2016, la propuesta de resolución del procedimiento (folios 458 a 469) formulada por el instructor fue notificada a MEDIASET (folio 470), a los efectos de lo previsto por el artículo 19.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, Reglamento Sancionador), concediéndole un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones adicionales que estimara pertinentes.

Asimismo, en la propuesta se acompañó como Anexo una relación de los documentos obrantes en el procedimiento a fin de que el interesado los conociera y pudiera obtener las copias de los que estimase conveniente.

En la propuesta de resolución notificada a MEDIASET se propone declarar a dicho operador responsable de la comisión de seis infracciones administrativas continuadas de carácter grave por haber emitido, en sus canales de ámbito nacional TELECINCO, FDF, CUATRO, DIVINITY y ENERGY, 56 comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20º en horario comprendido entre las 6:00 y las 20:30 horas durante los meses de julio y agosto de 2015, lo que supone una vulneración del artículo 18.3.d) LGCA.

Asimismo, en la mencionada propuesta de resolución y en aplicación de los artículos 58.8 y 60 de la LGCA y 131.3 de la LRJPAC, se propone imponer a MEDIASET, seis multas por un importe total de 653.456 Euros, atendiendo principalmente a la audiencia media afectada por las emisiones y al beneficio que el infractor ha obtenido de la comisión de las infracciones, en función del número y duración de las emisiones.

Quinto.- Alegaciones MEDIASET al trámite de audiencia.

MEDIASET presentó alegaciones de fecha 21 de enero de 2016 a la propuesta de resolución (folios 471 a 484) por las que solicita que se declare que MEDIASET no es responsable por las presuntas infracciones, la no imposición de sanción o, subsidiariamente, de importe significativamente inferior al propuesto por el instructor del procedimiento.

En síntesis, las alegaciones son las siguientes:

- Las emisiones se debieron únicamente a errores puntuales e inintencionados que fueron subsanados tan pronto fueron detectados.
- Las infracciones no reportaron beneficio alguno a MEDIASET, puesto que la errónea emisión de la campaña publicitaria no pudo ser facturada al cliente al no haberse programado de acuerdo con las instrucciones recibidas del mismo.
- Los hechos sólo podrían dar lugar, en su caso, a una única infracción continuada o bien a un número de infracciones (dos o como máximo, cuatro) inferior a las seis infracciones atribuidas en la propuesta de resolución del instructor, al concurrir una estrategia y pauta únicas en todos los canales de MEDIASET.
- El importe de la sanción propuesta es desproporcionado, al no haberse considerado, además de la falta de beneficio directo para MEDIASET, el descenso de la audiencia que tiene lugar durante el periodo estival.

Sexto.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

Por medio de escrito de fecha 29 de enero de 2016, el Instructor ha remitido a la Secretaría del consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento Sancionador.

Séptimo.- Informe de la Sala de Competencia.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, 4 de junio, de creación de la CNMC y del artículo 14.2.b) del Real Decreto 657/2013, la Sala de Competencia acordó informar sin observaciones el presente expediente.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con el conjunto de actuaciones practicadas en este procedimiento, y, concretamente, según las actas de visionado (folios 208 a 210 y 382 a 383) correspondientes a los meses de julio y agosto de 2015 de las emisiones de MEDIASET, en sus canales TELECINCO, FDF, CUATRO, DIVINITY y ENERGY, y demás documentación que forma parte del procedimiento (folios 1 a 445), se considera probado que en la franja horaria comprendida entre las 06:00 h y las 20:30 h, en los meses de julio y agosto, se emitieron comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados, fuera de las condiciones establecidas en el art. 18.3.d) de la Ley 7/2010.

La realidad de estas emisiones no es negada por MEDIASET, que la reconoce expresamente en la primera página de su escrito de alegaciones a la Propuesta de resolución del instructor de fecha 26 de enero de 2016 (véase folio 471):

Mediaset no niega la existencia de las emisiones objeto de análisis, si bien concurren una serie de circunstancias que deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar la gravedad de las mismas.

Concretamente, se consideran probadas las siguientes emisiones:

- **CAMPAÑA MATEUS ROSE/VINO:** el spot tiene una duración de 10 segundos; se puede observar una superimpresión en la parte inferior de la pantalla que pone: WWW DISFRUTA-DE-UN-CONSUMO-RESPONSABLE.COM 11º.

1.- Emisiones en TELECINCO:

Campaña	Ámbito de emisión	Canal TV	Fecha	Día de la semana	Hora de inicio	Duración	Tipo	Tipología
MATEUS ROSE/VINO	Nacional	Telecinco	20/07/2015	Lunes	19:50:49	00' 10''	NORMAL	SPOT
			21/07/2015	Martes	19:52:28	00' 10''	NORMAL	SPOT
			22/07/2015	Miércoles	19:53:48	00' 10''	NORMAL	SPOT
			23/07/2015	Jueves	19:51:47	00' 10''	NORMAL	SPOT

2.- Emisiones en FDF:

Campaña	Ámbito de emisión	Canal TV	Fecha	Día de la semana	Hora de inicio	Duración	Tipo	Tipología
MATEUS ROSE/VINO	Nacional	FDF	20/07/2015	Lunes	15:05:30	00' 10''	NORMAL	SPOT
					17:26:59	00' 10''	NORMAL	SPOT
			22/07/2015	Miércoles	17:55:10	00' 10''	NORMAL	SPOT
			23/07/2015	Jueves	17:57:41	00' 10''	NORMAL	SPOT

3.- Emisiones en CUATRO, DIVINITY y ENERGY:

Campaña	Ámbito de emisión	Canales TV	Fecha	Día de la semana	Hora de inicio	Duración	Tipo	Tipología
MATEUS ROSE/VINO	Nacional	Cuatro, Divinity y Energy	20/07/2015	Lunes	19:31:01	00' 10''	NORMAL	SPOT
			21/07/2015	Martes	18:05:18	00' 10''	NORMAL	SPOT
			22/07/2015	Miércoles	16:37:03	00' 10''	NORMAL	SPOT
					18:06:12	00' 10''	NORMAL	SPOT
			23/07/2015	Jueves	16:34:25 *	00' 10''	NORMAL	SPOT
					18:08:03	00' 10''	NORMAL	SPOT

- **Campaña BARCELÓ CREAM / CREMA LICOR:** Se trata de un cartón de patrocinio no solapado (CPNS), que tiene una duración de 10 segundos, se puede observar una superimpresión en la parte inferior de la pantalla que pone: "Disfruta de un consumo responsable 17º".

Campaña	Ámbito de emisión	Canal TV	Fecha	Día de la semana	Hora de inicio	Duración	Tipología	Programa Patrocinado
BARCELO CREAM/ CREMA LICOR	Nacional	FDF	01/08/2015	Sábado	14:59:04	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					15:07:54	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					15:34:57	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					16:14:07	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					16:42:47	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
			02/08/2015	Domingo	14:58:02	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA

					15:07:37	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					15:35:11	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					16:16:08	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					16:25:09	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
		03/08/2015	Lunes		20:16:53	00' 10''	CARTÓN	AIDA
		04/08/2015	Martes		20:16:00	00' 10''	CARTÓN	AIDA
		05/08/2015	Miércoles		20:17:39	00' 10''	CARTÓN	AIDA
		06/08/2015	Jueves		20:15:15	00' 10''	CARTÓN	AIDA
		07/08/2015	Viernes		20:16:01	00' 10''	CARTÓN	AIDA
		08/08/2015	Sábado		14:45:49	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					15:09:01	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					15:36:53	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					16:17:25	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
		09/08/2015	Domingo		16:36:10	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					14:44:19	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					15:08:21	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					15:33:28	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					16:15:32	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
					16:18:14	00' 10''	CARTÓN	LA QUE SE AVECINA
		10/08/2015	Lunes		20:16:23	00' 10''	CARTÓN	AIDA
		11/08/2015	Martes		20:17:35	00' 10''	CARTÓN	AIDA
		12/08/2015	Miércoles		20:15:15	00' 10''	CARTÓN	AIDA
		13/08/2015	Jueves		20:15:09	00' 10''	CARTÓN	AIDA
		14/08/2015	Viernes		20:14:31	00' 10''	CARTÓN	AIDA

Se ha unido al expediente copia en CD de las emisiones de los programas mencionados conteniendo sobreimpresionada la hora de emisión (folios 390 a 445).

Asimismo, se ha incorporado también al expediente informe de audiencias medias obtenidas durante las emisiones publicitarias en los distintos canales (folios 211 a 215 y 385 a 389).

Los productos anunciados son reales y existen en el mercado. Se ha unido al expediente copia de la página web <http://www.winespiritus.com/es/vinos/448-mateus-rose-original-vino-rosado-sogrape.html> (folios 4 y 5), conforme a la cual el vino Mateus Rose tiene 11 grados de alcohol. También consta unida al expediente copia de la página web http://coctelieriacreativa.com/esp/ingredients/detail/120/Barcelo_Cream (folio 384), en la que consta que el producto anunciado tiene 17 grados de alcohol.

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 (en lo sucesivo, LCNMC), señala que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante,

CNMC) ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de 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 de la CNMC, tal y como prevén el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 9, 27 y 29.1 de la LCNMC.

Junto a las normas ya citadas, 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 (LRJPAC), el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (Reglamento Sancionador), la Ley 7/2010, de 31 de Marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) y el Real Decreto 1632/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LGCA.

II.- Tipificación de los hechos probados y carácter de infracción continuada de los mismos.

2.1. Consideraciones generales.

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si MEDIASET infringió con las comunicaciones comerciales descritas en los Hechos Probados el art. 18.3.d) de la LGCA en los días allí indicados, así como establecer la responsabilidad administrativa derivada de los hechos que se imputen.

El artículo 18.3.d) prevé:

3. Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud.

En todo caso está prohibida: (...):

d) La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir.

2.2. Cumplimiento de los requisitos del ilícito.

Tras visionar las grabaciones y comprobar la documentación incluida en el expediente (folios 1 a 445), los incumplimientos en que ha incurrido MEDIASET respecto a las emisiones publicitarias de productos alcohólicos de graduación

inferior a 20 grados fuera del horario legalmente permitido, a los que se han unido los datos contenidos en el informe de audiencias incorporado al expediente (folios 211 a 215 y 385 a 389), son los siguientes:

Canales	Campañas	Nº de emisiones	Duración total (sgs.)	AM(000)	AM%
TELECINCO	Mateus Rose	4	40	1278	2,88
FDF	Mateus Rose	4	40	264,5	0.58
CUATRO	Mateus Rose	6	60	555	1,25
DIVINITY	Mateus Rose	6	60	154,8	0,35
ENERGY	Mateus Rose	6	60	208,3	0,43
FDF	Barceló Cream	30	300	313,3	0.69

Cada inserción publicitaria de alcohol de menos de 20 grados fuera del horario legalmente permitido constituye una infracción al artículo 18.3.d) de la Ley 7/2010, al emitirse en días distintos y ser objeto, cada canal y cada día, de una programación individualizada y no poderse afirmar que la totalidad de las campañas publicitarias fuera objeto del mismo error, pues, según consta, por ejemplo, en el Informe Diario de Emisión de Programas y Anuncios del lunes, 20 de julio de 2015, del canal TELE CINCO, unido al expediente (folios 6 a 44), el anuncio de Mateus Rose se emitió seis veces ese día durante los distintos bloques publicitarios (a las 19:50:49, 20:36:53, 21:36:58, 21:44:55, 21:51:53 y 22:05:33 h.) y sólo el primero infringió el precepto.

2.3. Carácter de infracción continuada.

La conducta descrita podría permitir constatar 56 infracciones graves imputables a MEDIASET. La aplicación del artículo 4.6, párrafo segundo, del RD 1398/1993 no puede tener lugar en los términos planteados por MEDIASET, si bien si concurrirían, como se verá, los elementos para calificar como continuadas las conductas asociadas a cada uno de los canales en los que las emisiones se han producido.

Por el contrario, no cabe aunar bajo una misma infracción administrativa de carácter continuado las emisiones publicitarias de Mateus Rose realizadas en los canales CUATRO, DIVINITY y ENERGY porque, según señala el prestador del servicio en las páginas 3 a 6 de su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de 26 de enero de 2016 (véanse folios 473 a 476), se hayan llevado a cabo aplicando la técnica de la “pauta única”.

La técnica llamada de “pauta única” no implica una dejación de funciones de los programadores de los canales secundarios (DIVINITY y ENERGY), en favor de los del canal principal (CUATRO).

En efecto, tal y como señaló esta misma Sala en su anterior Resolución SNC/D TSA/1753/14, de 9 de abril de 2015, la pauta única es un criterio empresarial adoptado por los prestadores de servicios audiovisuales, para programar al mismo tiempo las interrupciones publicitarias en varios canales y para emitir conjuntamente en esos canales la misma publicidad. Al tratarse de un criterio elegido por los propios prestadores, éstos deben asumir todas las dificultades que entrañe y, en ningún caso, deben trasladar al telespectador las consecuencias negativas que su aplicación conlleve.

Sin embargo, ello no quiere decir que la pauta única se aplique estrictamente durante todo el día ni que los responsables de la programación de cada canal no estén pendientes del cumplimiento de sus funciones.

Así, por ejemplo, si se atiende a los Informes Diarios de Emisión de Programas y Anuncios del lunes, 20 de julio de 2015, de los tres canales, unidos al expediente (folios 79 a 207), puede apreciarse:

1. ° Que los avances de programación, autopromociones y cortinillas emitidos en los tres canales, no siempre son los mismos, ni se programan al mismo tiempo: a las 00:04:48 h. se emite en Energy un avance de programación (de “La ciencia más divertida”), durante la emisión del programa “OLA OLA”, que no se emite en ninguno de los otros canales. A las 00:17:05 h. se emiten en cada canal avances de programación distintos a los de los otros (en CUATRO, el avance es de “RABIA”; en DIVINITY es de “DCINE: DISTURBIA”; y en ENERGY, de “PASAPORTE A LA ISLA”).

2. ° Que las interrupciones publicitarias no siempre se programan al mismo tiempo en los tres canales. En este caso se encuentra la interrupción publicitaria realizada en CUATRO, el mismo día, entre las 21:12:31 y las 21:19:29 h., que no se produce en los otros dos canales. Igualmente, a las 22:52:41 h. se programa una interrupción publicitaria en CUATRO y en ENERGY que no se emite en DIVINITY. Esta interrupción acaba en CUATRO a las 23:00:06 h., y en ENERGY, a las 23:00:03 h.

3. ° Que tampoco se produce una programación unitaria de la publicidad en los tres canales. Es el caso de los cartones de patrocinio y de las telepromociones emitidos en CUATRO. O el del spot del Opel Astra emitido en CUATRO entre las 14:56:57 y las 14:57:17 h., no emitido en los otros canales. Un caso de diferenciación entre los tres canales se produce a las 18:28:23 h., en DIVINITY se emite un anuncio de 50 segundos de GAS NATURAL; en ENERGY, una cortinilla de “Veterinario al rescate”; y en CUATRO, un cartón de patrocinio de TRIVAGO. Incluso, a las 21:16:29 h., se emite en CUATRO un anuncio de MATEUS ROSE que no se emite en los otros canales.

En definitiva, la pauta única no significa una total dependencia de los canales secundarios respecto al canal principal. Se aprecian diferencias entre ellos y, aunque parecida, presentan una programación publicitaria distintiva. Por lo

explicado, debe entenderse que la emisión en los tres canales de un anuncio de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20º, fuera del horario permitido, no fue consecuencia de un hipotético error en la programación del canal principal, sino de tres conductas diferenciadas, la del principal y la de los dos canales secundarios.

La doctrina de la “*infracción continuada*” y la propia redacción del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora derivan de la doctrina penal sobre el “delito continuado”, si bien habrán de tenerse en cuenta los matices propios del Derecho Administrativo sancionador. Dicha doctrina ha sido aplicada, entre otras, en nuestra anterior Resolución SNC/DTSA/008/15, de 1 de octubre de 2015.

Para que una determinada conducta pueda calificarse como “infracción continuada”, debe tratarse de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Esta definición debe completarse con la doctrina sentada, en interpretación de dicho precepto, por la jurisprudencia (SSTS de 4 de noviembre de 2013 y –RC 251/2011- y 27 de octubre de 2015 –RC 1044/2013) que exige que debe tratarse de conductas antijurídicas que persistan en el tiempo y no se agoten con un solo acto y, además, que en esa pluralidad de acciones concorra una unidad psicológica o material.

No basta, por tanto, para apreciar la existencia de una infracción continuada con la simple reiteración de conductas semejantes, pues es preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante, responda a un mismo proceso psicológico y material y, como se ha visto, la técnica de la pauta única, si bien dota de cierta uniformidad a la publicidad de los tres canales, responde a procesos individualizados y distintos en cada canal, por lo que la infracción continuada debe predicarse respecto de cada uno de los canales. En este caso concreto, se dan, para cada canal, los requisitos de la infracción continuada, al concurrir:

- Reiteración de conductas (con un mínimo de 4 y un máximo de 30 emisiones, según los distintos canales).
- Infracción de un mismo precepto legal (artículo 18.3.d) de la LGCA).
- Un mismo propósito en el infractor (esto es, la realización de una campaña publicitaria de dos marcas de bebidas alcohólicas).

Debe recordarse, además, que la S AN de 25 de octubre de 2010 (recurso 698/2008), ratificada por la posterior STS de 30 de julio de 2013 (RC 6965/2010), considera que la aplicación de la infracción continuada en el ámbito publicitario debe efectuarse de manera restrictiva.

III.- Responsabilidad de la infracción.

Tal y como se ha indicado en anteriores resoluciones de esta Sala y, entre otras, en las de 12 de noviembre de 2015 (SNC/DTSA/009/15) y 11 de febrero de 2016 (SNC/DTSA/041/15), los prestadores de servicios de comunicación audiovisual son responsables, con carácter general, de los contenidos que emiten y, a efectos del procedimiento administrativo sancionador, la responsabilidad puede ser exigida “*aún a título de simple inobservancia*” (art. 130.1 LRJPAC), 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 televisión.

El sector audiovisual, un sector altamente especializado en el que MEDIASET, como prestador, cuenta con expertos profesionales que deben poner la máxima diligencia en 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 quien debe poner todos los medios necesarios para cumplir con sus obligaciones legales, fin que debe prevalecer frente a los intereses del mercado publicitario, por lo que es su obligación ajustar la emisión de publicidad a los límites marcados por la Ley.

Los diversos errores técnicos alegados por MEDIASET, como causantes de los incumplimientos, en las páginas 1 a 3 de su escrito de 26 de enero de 2016 (folios 471 a 473), no resultan aceptables por cuanto el prestador es el responsable de la emisión de programas y publicidad, y como tal, dispuso de la oportunidad de subsanarlos o evitarlos. Y, de hecho, así parece haberlo hecho, tal y como manifiesta MEDIASET en la página 2 del citado escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de fecha 26 de enero de 2016 (folio 472):

En tercer lugar, los incumplimientos fueron subsanados tan pronto fueron detectados por Mediaset. Por ocurrir en los meses de verano, se trató de errores que no fueron subsanados tan pronto como hubiera sido deseable. En todo caso, Mediaset ya ha tomado todas las medidas adecuadas a fin de prevenir que hechos similares se produzcan en el futuro.

En todo caso, el prestador de servicios de comunicación audiovisual debe tener un control sobre la emisión constituyendo, en caso contrario, supuestos de negligencia en su actuación, únicamente salvables en casos de sucesos imprevistos e inevitables respecto de los cuales no hubiera tenido un margen de maniobra ni control suficientes para subsanar o evitar los efectos que dichos sucesos pudieran tener.

No procede, a efectos exculpatorios, la alegación de errores ordinarios que no exoneran al prestador de responsabilidad administrativa por ausencia de culpabilidad en la comisión de los hechos cometidos. Sobre todo cuando esa negligencia repercute negativamente sobre los telespectadores y,

especialmente, cuando puede afectar negativamente a los menores de edad, protegidos expresamente frente a la publicidad de bebidas alcohólicas según disponen los artículos 9.1.e) y 22 a) de la Directiva 2010/13/UE de 10 de marzo de 2010 (Directiva Audiovisual) traspuesta mediante la LGCA.

Por lo demás, la doctrina del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 21 de febrero (RC 8231/1997) y 10 de marzo de 2003 (RC 7083/1997), a las que hace referencia la posterior sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2005 (recurso 792/2003), establece que los errores técnicos en materia publicitaria no excluyen la culpabilidad en su aspecto negligente, ya que el respeto a los límites publicitarios impuestos por la norma sectorial exige a los operadores extremar el cuidado, dada la trascendencia sobre el gran número de personas que pueden verse afectadas por el exceso o infracción publicitaria.

Vistas las alegaciones, tras el visionado de las grabaciones y el contenido de los documentos incorporados a las presentes actuaciones (folios 1 a 485), y en aplicación de lo establecido en el art. 61 de la LGCA, la responsabilidad por la infracción le corresponde a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S. A., por ser el operador del servicio de comunicación audiovisual autor de los hechos infractores probados, sin que haya quedado acreditada en el expediente sancionador la existencia de circunstancia alguna que le pueda eximir de dicha responsabilidad.

En consecuencia, se considera que MEDIASET, con la emisión de los anuncios publicitarios de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20º en las condiciones referidas, es responsable de la comisión de seis infracciones administrativas continuadas graves, tipificadas en el artículo 58.8 LGCA.

IV.- Cuantificación de la sanción.

El art. 58.8 de la LGCA dispone que *“son infracciones graves: (...)La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas, que utilicen técnicas subliminales, que fomenten comportamientos nocivos para la salud en los términos establecidos en el apartado 3 del artículo 18, que fomenten comportamientos nocivos para el medio ambiente o para la seguridad de las personas, o que sean de naturaleza política, salvo los casos de excepción legal, o que incurran en las prohibiciones establecidas en la normativa de seguridad”*.

Por su parte, el artículo 60.2 LGCA prevé que:

Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 50.001 a 100.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas.

En el artículo 60.4 LGCA se indican una serie de criterios de graduación de las sanciones específicos del ámbito audiovisual:

4. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los siguientes criterios:

- a) La inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida.
- b) Haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores.
- c) La gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona.
- d) La repercusión social de las infracciones.
- e) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

En su escrito de alegaciones de 26 de enero de 2016 (folios 472 y 476) MEDIASET declara que los ingresos totales como consecuencia de las campañas que han dado lugar al procedimiento sancionador alcanzan únicamente 5.847 Euros. Para intentar acreditar este extremo adjunta una certificación (folio 479) expedida por Publiespaña, sociedad perteneciente a la propia MEDIASET, dedicada a la venta de espacios publicitarios.

Sin embargo, esta Sala estima que lo procedente, para acreditar de forma objetiva y fehaciente las manifestaciones de MEDIASET sobre los ingresos obtenidos, hubiera sido la aportación de sendas certificaciones expedidas por los mismos anunciantes, esto es, por las empresas propietarias de las marcas de producto “Mateus Rosé” (Sogrape Vinhos¹) y “Barceló Cream” (Ron Barcelo, Import Export²) o bien por sus legítimos distribuidores en España.

Asimismo, MEDIASET señala en su escrito de alegaciones (folio 472) que la repercusión social de los hechos es menor porque el “*periodo estival coincide con el menor consumo televisivo, sobre todo entre el público infantil*”. Sin embargo, dicha afirmación no va acompañada de estudio estadístico comparativo de audiencias alguno que la corrobore. Debe considerarse, además, que el periodo estival coincide con las vacaciones escolares y determina una mayor disponibilidad de tiempo libre para, entre otras, actividades, ver más televisión.

Por tanto, a juicio de esta Sala, no concurren, en este caso, circunstancias modificativas de responsabilidad, debiendo aplicarse la sanción de forma proporcional al número de emisiones, a su duración y a la audiencia afectada.

Por ello, se estima adecuada la imposición de seis multas por importe global de **653.456 €** (seiscientos cincuenta y tres mil cuatrocientos cincuenta y seis euros) por la emisión de 56 anuncios publicitarios de bebidas alcohólicas de

¹ <http://www.sograpevinhos.com/marcas/Mateus>.

² <http://www.ronbarcelo.com/productos-barcelo-cream.html>.

graduación inferior a 20º fuera del horario legalmente establecido para estas emisiones, en seis canales de MEDIASET, con una duración total de 560 segundos y unas audiencias medias que se exponen a continuación, calculadas sobre la media de las obtenidas con cada emisión en cada uno de los canales.

Estas sanciones han sido evaluadas, según detalle adjunto, atendiendo principalmente a la audiencia media afectada, en función del número de emisiones y a su duración, esto es, ha sido evaluadas de acuerdo con su menor o mayor repercusión social, de acuerdo con el artículo 60.4.d) LGCA.

Canal	Campaña	Nº de emisiones	Tipo infracción	Duración total en segundos	Ámbito	AM(en miles)	Sanción (€)
TELECINCO	Mateus Rose	4	Grave	40	Nacional	1.278	110.681,00 €
FDF	Mateus Rose	4	Grave	40	Nacional	264,5	106.181,00 €
CUATRO	Mateus Rose	6	Grave	60	Nacional	555	108.691,00 €
DIVINITY	Mateus Rose	6	Grave	60	Nacional	154,8	106.021,00 €
ENERGY	Mateus Rose	6	Grave	60	Nacional	208,3	106.381,00 €
FDF	Barceló Cream	30	Grave	300	Nacional	313,3	115.501,00 €
TOTAL SANCIONES							653.456,00 €

AM: audiencia media

Como se observa, la mayor sanción (€ 115.501) es la impuesta a la infracción continuada relativa a la marca Barceló Cream en el canal FDF, puesto que dicha infracción acumula un total de 30 emisiones (el máximo registrado), con una duración de 300 segundos (también el máximo evaluado) y con la tercera audiencia más alta.

En cambio, la menor sanción (€ 106.021), es la impuesta a la infracción continuada referida a la marca Mateus Rosé en el canal Divinity, por tener el nivel más bajo de audiencia y un número sensiblemente menor de emisiones (6) y de duración total (60 segundos).

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 de la comisión de **seis (6) infracciones administrativas continuadas de carácter grave**, por haber emitido, en sus canales TELE CINCO, FDF, CUATRO, DIVINITY y ENERGY, de ámbito nacional, 56 comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20º, en horario comprendido entre las 6:00 y las 20:30 horas, durante los meses de julio y agosto de 2015, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el Art. 18.3.d) de la LGCA.

SEGUNDO.- Imponer a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S. A., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58.8 de la citada Ley 7/2010, y atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, así como los específicamente indicados en el artículo 60, números 2, 3 y 4, de la Ley 7/2010, de 1 de abril, **seis (6) multas** por importe total de **653.456 €** (seiscientos cincuenta y tres mil cuatrocientos cincuenta y seis euros), según el detalle que figura en el Fundamento IV de esta resolución.

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.