

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

SNC/DTSA/001/16/TELEFÓNICA

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. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 23 de junio 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 las facultades de inspección y supervisión previstas en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), este organismo, a través de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, ha constatado que **TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, en su canal de televisión **Canal + Liga**, 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 días 25 de octubre y 1 de noviembre 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 (Campaña MAHOU/CINCO ESTRELLAS).

Segundo.- Incoación de procedimiento sancionador

Con fecha 21 de enero de 2016, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador de referencia SNC/DTSA/001/16/TELEFÓNICA, al entender que TELEFÓNICA habría podido infringir lo dispuesto en el artículo 18.3.d) de la LGCA, por la emisión de publicidad de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20 grados fuera del horario legalmente permitido (folios 41 a 44 del expediente administrativo).

El 27 de enero de 2016 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 (folios 45 a 47).

Tercero.- Alegaciones al acuerdo de incoación del expediente sancionador

El día 12 de febrero de 2016, TELEFONICA presentó un escrito de alegaciones (folios 48 a 50) en el que, sucintamente, manifiesta:

- Que no existe incumplimiento del artículo 18 de la LGCA al resultar realmente insignificante las seis ocasiones de emisión del anuncio correspondiente a la campaña Mahou/Cinco Estrellas fuera de la franja horaria comprendida entre las 20:30 y las 06:30 del día siguiente, correspondiente a los días 25 de octubre y 1 de noviembre de 2015.
- Que la emisión de este anuncio no ha supuesto un incumplimiento de la normativa al no haberse lesionado el interés público por tratarse de una emisión codificada accesible sólo para sus clientes que, además, suelen ser mayores de edad.
- Que el momento de la emisión de este anuncio no supuso una vulneración del horario de protección reforzada.

Cuarto.- Propuesta de resolución

Con fecha 15 de abril de 2016 el instructor dictó la propuesta de resolución (folios 52 a 61), en la que se proponía:

PRIMERO.- Que se declare a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., responsable de la comisión de DOS (2) infracciones administrativas continuadas de carácter grave, por haber emitido, en su Canal+ Liga, de ámbito nacional, 6 comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20o, fuera del horario comprendido entre las 20,30 horas y las 6 horas del día Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia C/ Barquillo, 5 - 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 - 08018 Barcelona www.cnmc.es SNC/DTSA/001 /1 6/DTSA Página 7 de 9 Expediente: SNC/DTSA/001/16 -- Folio Provisional: 58 tor\Mo TELECOMUNICACIONES Y AUDIOVISUAL COMSIÓN NACIONAL DE

LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA siguiente, durante los días 25 de octubre y 1 de noviembre de 2015, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el Art. 18.3.d) de la LGCA.

SEGUNDO.- Que se imponga a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58.8 de la citada Ley 712010, y atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC, así como los específicamente indicados en el artículo 60, números 2 y 4, de la LGCA, dos multas por importe total de 212.302,00 € (doscientos doce mil trescientos dos euros), de los que corresponden 107.441,00 € (ciento siete mil cuatrocientos cuarenta y un euros) a las tres emisiones publicitarias del día 25 de octubre de 2015 y 104.861,00 € (ciento cuatro mil ochocientos sesenta y un euros) por las otras tres emisiones publicitarias del día 1 de noviembre de 2015, según detalle que se indica más arriba, atendiendo principalmente a la audiencia media afectada por las emisiones y al beneficio que el infractor ha obtenido de la comisión de los hechos infractores, en función del número de emisiones y su duración.

La propuesta de resolución fue notificada a TELEFONICA el día 15 de abril de 2016 (folio 62) 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), y se le concedió un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones adicionales que estimara pertinentes. Asimismo, a 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.

Quinto.- Alegaciones de TELEFÓNICA en el trámite de audiencia

TELEFÓNICA presentó sus alegaciones (folios 68 a 78) a la propuesta de resolución por medios de un escrito que tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 12 de mayo de 2016. En síntesis, el operador alega:

- Que TELEFÓNICA se limita a difundir los canales a través de su plataforma, por lo que se trataría de un mero prestador del servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión. Además, no sería responsable editorial del canal donde se produjeron las emisiones publicitarias.
- Que la emisión de la publicidad prohibida se debe a un error puntual en el sistema de planificación publicitaria.
- La inexistencia de un beneficio adicional.
- Que, en todo caso, se trataría de una única infracción continuada.
- Que las sanciones impuestas son desproporcionadas.

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

Por medio de escrito de fecha 17 de mayo de 2016, el Instructor remitió 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

Primero.- De acuerdo con el conjunto de actuaciones practicadas en este procedimiento, y, concretamente, según las actas de visionado (folios 28 y 29) de las emisiones de TELEFÓNICA en su canal “Canal+Liga” de los días 25 de octubre de 2015 y 1 de noviembre de 2015, y demás documentación que forma parte del expediente, se considera probado que en la franja horaria comprendida entre las 06:00 h y las 20:30 h, en citados días, 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 LGCA.

Concretamente, se consideran probadas las siguientes emisiones:

“CAMPAÑA: MAHOU/CINCO ESTRELLAS
CANAL DE TV: Canal + Liga

<i>Campaña</i>	<i>Ámbito de emisión</i>	<i>Canal TV</i>	<i>Fecha</i>	<i>Día de la semana</i>	<i>Hora de inicio</i>	<i>Duración</i>	<i>Tipología</i>	<i>Tipo</i>	<i>Formato</i>
MAHOU/CINCO ESTRELLAS	<i>Nacional</i>	<i>Canal + Liga</i>	25/10/2015	<i>Domingo</i>	12:47:57	00' 20''	SPOT	NORMAL	SPOT NORMAL
					16:46:46	00' 20''	SPOT	NORMAL	SPOT NORMAL
					19:04:08	00' 20''	SPOT	NORMAL	SPOT NORMAL
			01/11/2015	<i>Domingo</i>	12:47:22	00' 20''	SPOT	NORMAL	SPOT NORMAL
					16:47:14	00' 20''	SPOT	NORMAL	SPOT NORMAL
					19:04:39	00' 20''	SPOT	NORMAL	SPOT NORMAL

Se ha unido al expediente copia en formato electrónico de las emisiones publicitarias de este anuncio y el informe de las audiencias medias obtenidas durante las mismas, proporcionados por la empresa KANTAR MEDIA, según el cual:

Campaña	Canal TV	Fecha	Día de la semana	Hora de inicio	AM (000)	AM%
MAHOU/CINCO ESTRELLAS	Canal + Liga	25/10/2015	Domingo	12:47:57	64	0,2
				16:46:46	65	0,2
				19:04:08	538	1,3
		01/11/2015	Domingo	12:47:22	72	0,2
				16:47:14	98	0,2
				19:04:39	110	0,3

Segundo.- El producto anunciado es real y existe en el mercado. Se ha unido al expediente una copia de la página <http://www.mahou.es/cervezas/mahou-5-estrellas/>, en la cual consta que la cerveza MAHOU/CINCO ESTRELLAS tiene 5,5 grados de alcohol (folios 1 y 2).

Tercero.- La realidad de estas emisiones y del resto de los elementos de hecho de la conducta no son negadas por TELEFÓNICA, si bien rechaza la antijuridicidad de la conducta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El artículo 29.1 de la LCNMC, señala que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (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. Es competente para su resolución 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, 21.2 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 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 TELEFÓNICA infringió con la emisión de las comunicaciones comerciales descritas en el Hecho Probado Primero el artículo 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) de la LGCA dispone:

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

Los incumplimientos en que ha incurrido TELEFÓNICA respecto a las emisiones publicitarias de productos alcohólicos de graduación inferior a 20 grados fuera del horario legalmente permitido se desprenden del visionado de las grabaciones y de la comprobación de la documentación incluida en el expediente, como se ha señalado.

De conformidad con el artículo 18.3.d) de la LGCA que describe el tipo infractor como la emisión de comunicaciones comerciales televisivas de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando se emitan fuera de la franja de tiempo entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente, cada inserción publicitaria que reúna esas características constituye una infracción administrativa, sin perjuicio de considerar su carácter continuado en lo que se refiere a las emisiones de un mismo día y canal, según se expondrá, para ajustar la proporcionalidad de la sanción a la gravedad de la conducta.

Por otra parte, no costa acreditado que la publicidad ilícita forme parte indivisible de la adquisición de derechos o de la señal a difundir.

2.3. Carácter de infracción continuada

La conducta descrita permitiría constatar 6 infracciones graves imputables a TELEFÓNICA, ya que en ese número de ocasiones emitió las comunicaciones comerciales prohibidas por razón de su contenido fuera de su franja horaria de habilitación.

No obstante, a juicio de esta Comisión, concurren los elementos para calificar como continuadas las conductas sancionadas.

La doctrina de la “*infracción continuada*” y la propia redacción del Reglamento Sancionador derivan de la teoría penal sobre el “delito continuado”, si bien habrán de tenerse en cuenta los matices propios del Derecho Administrativo sancionador y que su incorporación al procedimiento administrativo no se ha realizado de forma completa.

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 –RC 251/2011- y 27 de octubre de 2015 –RC 1044/2013-, entre otras) 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.

Por tanto, para apreciar la existencia de una infracción continuada no basta 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, requisito que se verifica, en este caso, en la inclusión de las comunicaciones comerciales prohibidas en una misma campaña.

En este caso concreto, los requisitos legales de la infracción continuada se cumplen para el conjunto de hechos imputados, al concurrir:

- (i) La reiteración de conductas (tres emisiones del anuncio cada día).
- (ii) La infracción de un mismo precepto legal (artículo 18.3.d) de la LGCA).
- (iii) Un mismo propósito en el infractor (esto es, la realización de una campaña publicitaria de una bebida alcohólica).

Así, se considera que se han producido una pluralidad de acciones (cada emisión de las comunicaciones comerciales prohibidas) que infringen un mismo precepto. De esta manera, se reducen el número de infracciones a una.

El criterio empleado supone considerar, como una única infracción, un conjunto de actos de promoción publicitaria, pese a que se produce un incremento de la utilidad económica de su comisión y al tiempo una reducción de la sanción si se considera el carácter continuado de ésta y su carácter sancionador. Precisamente, para evitar el mayor beneficio de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual cuantos más actos de inserción de publicidad ilegal emitan, de manera que la institución de la infracción continuada sirva de fomento de la infracción, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de fecha 30 de julio de 2013 –RC 6965/2010) ha considerado que, en estos casos, deba considerarse cada emisión una infracción autónoma.

No obstante, y sin perjuicio de valorar el criterio del Alto Tribunal, se considera que en este caso concreto (y no con carácter general), no se contraviene la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción por aplicar el artículo 4.6 del Reglamento Sancionador, ni se produce un fomento de la infracción, pues la sanción se considera adecuada a la vista de las circunstancias concurrentes, que son valoradas para cuantificar su importe.

III.- Responsabilidad de la infracción

El artículo 61 de la LGCA dispone que la responsabilidad administrativa por las infracciones de la presente Ley es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual. También será aplicable, cuando proceda con arreglo a esta ley, a los prestadores del servicio radiofónico y a los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de catálogo de programas.

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, así como el resto de sujetos que pueden incurrir en responsabilidad administrativa por las infracciones de la LGCA, 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). Ello 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 televisiva, a los prestadores del servicio radiofónico y a los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de catálogo de programas.

En este tipo de infracciones, el elemento subjetivo del tipo exige la voluntad de emitir las comunicaciones comerciales, no de mantener su carácter ilícito. Un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva o, en su caso, el prestador del servicio de comunicaciones electrónicas que difunde canales de televisión, es responsable de todas sus emisiones en los términos previstos en el artículo 61 LGCA y tiene, en consecuencia, la obligación de controlar que no

infringen los límites y prohibiciones legales de cualquier tipo, incluyendo las que afectan a las comunicaciones de carácter comercial.

El sector audiovisual es un sector altamente especializado en el que operadores de tanta importancia como TELEFÓNICA cuentan con medios para cumplir con la máxima diligencia la normativa sectorial y evitar la producción de fallos que, incluso involuntarios, suponen el nacimiento de responsabilidad administrativa en los términos expuestos.

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, y en aplicación de lo establecido en el art. 61 de la LGCA, la responsabilidad por la infracción le corresponde a TELEFÓNICA, por ser el operador del servicio de comunicación audiovisual autor de los hechos infractores probados. No ha quedado acreditada en el expediente sancionador la existencia de ninguna circunstancia eximente.

En consecuencia, se considera que TELEFÓNICA, con la emisión de los anuncios publicitarios de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20º en las condiciones referidas y en el canal de su titularidad “Canal + Liga”, es responsable de la comisión de dos infracciones administrativas continuadas graves, tipificadas en el artículo 58.8 LGCA.

IV.- Análisis de las alegaciones de TELEFÓNICA

1. Falta de imputabilidad

TELEFÓNICA señala, de forma novedosa, pues no señaló nada al respecto durante la instrucción, que dado que no consta como empresa editora del canal “Canal + Liga”, no es responsable de las infracciones que se cometan por la emisión de contenidos prohibidos en el mismo y que su actividad es la propia de un prestador de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión. A tal efecto, considera que la supuesta falta de responsabilidad editorial sobre ese canal supone la exención de su responsabilidad.

La alegación no puede compartirse porque pasa por alto que el artículo 61 de la LGCA precisamente también hace responsables de las infracciones de la Ley a los prestadores de servicios de comunicación electrónica, condición que TELEFONICA precisamente esgrime como excusa absoluta.

La responsabilidad administrativa sobre el control del contenido emitido corresponde al prestador del servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión en la medida en que el paquete de canales de televisión es seleccionado por el operador. En caso contrario, se crearía un espacio de impunidad a favor de este tipo de operadores que, en el supuesto de no ser responsables editoriales de esos canales, podrían emitir todo tipo de contenidos prohibidos, como las comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas, sin que les fuera exigida responsabilidad alguna. Es difícil aceptar que esta sea la voluntad del legislador, como pretende TELEFÓNICA, al oponer su supuesta falta de responsabilidad editorial para defender, en definitiva, su derecho a emitir todo tipo de contenidos, incluso los prohibidos por la LGCA en los canales del paquete que selecciona para sus abonados.

Con independencia de lo anterior, en todo caso, es significativo que TELEFÓNICA niegue su carácter de operador de servicios de comunicación electrónica cuando constaba como tal en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual a petición del propio operador. Así consta, por ejemplo, en la Resolución de esta Comisión de fecha 7 de septiembre de 2015, por la que se canceló la anotación correspondiente al Canal "Movistar Fútbol". De hecho, Telefónica de España, se inscribió de oficio en el Registro Estatal del Servicio de Comunicación Audiovisual como Prestador de Servicios de Comunicación Audiovisual televisiva a petición por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 21 de octubre de 2010. En sus alegaciones al procedimiento manifestó su conformidad puesto que reconoció prestar el servicio de visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionados por el prestador del servicio de comunicación (expediente RO 2010/1042), por lo que, no constando cambios en esa situación en el momento de suceder los hechos, mal se entiende ahora que manifieste lo contrario.

De la misma manera, más recientemente, en la resolución de esta Comisión de fecha 13 de julio de 2015, por la que se inscribe en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual la modificación de datos correspondientes a la entidad TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU como prestadora de un servicio de comunicación audiovisual televisiva (expediente (AUDIOV 2014/2302), se acordó anotar, en el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual el inicio de la emisión del canal MOVISTAR FUTBOL a solicitud de la propia TELEFÓNICA, que de esta manera reconoce la responsabilidad editorial de sus canales propios y no de los que incluye en su oferta empaquetada.

2. Error puntual

Tampoco puede compartirse como motivo de exclusión de la responsabilidad administrativa el hecho de que la emisión de la publicidad prohibida se trate de un error en el sistema de planificación publicitaria.

Y ello porque el tipo sancionador no exige que la emisión de publicidad ilegal deba realizarse de forma reiterada o suponer un alto porcentaje sobre la total emitida, o que para su sanción deban existir antecedentes de idénticos incumplimientos

La excusa del error es descartada también por la jurisprudencia citada al analizar la responsabilidad de la infracción.

3. Inexistencia de beneficio

La LGCA tampoco exige en la comisión de las infracciones que tipifica la necesidad de un beneficio económico adicional, por lo que no cabe entender que su ausencia exima de responsabilidad. En caso contrario, la prohibición de emitir publicidad de bebidas alcohólicas fuera de la franja habilitada quedaría vacía de contenido, pues los operadores podrían alegar el argumento de que el precio del anuncio no ha sido superior al que se habría obtenido en dicha franja.

4. Consideración de una única infracción continuada

TELEFÓNICA alega que, subsidiariamente, se le debería sancionar con una única multa al tratarse de una única infracción continuada, ya que la publicidad pertenece a una única campaña. También señala que el criterio de esta Comisión en su reciente resolución de fecha 17 de marzo de 2016 ha sido considerar una infracción por las emisiones de publicidad prohibida en cada canal.

Procede estimar la alegación de TELEFÓNICA a este respecto. No obstante, y como señala la jurisprudencia, la aplicación del concepto de infracción continuada no puede tener como resultado mejorar la posición del infractor.

Tal y como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia 6965/2010, de 30 de julio de 2013, de constante referencia, y que se refiere también a un supuesto de emisión de publicidad ilegal (encubierta, en este caso), nada impide sancionar al operador por cada emisión publicitaria individualmente considerada. De esta manera, la conducta de TELEFÓNICA podría sancionarse con, al menos, 600.000 euros.

A tal efecto, el Alto Tribunal señala que:

... la sanción, como una única infracción, de un conjunto de actos de promoción publicitaria produciría un directo incremento, exponencial si se quiere, de la utilidad económica que tiene su comisión para la empresa de que se trate, al tiempo que producirá una gradual y paralela reducción de sus costes (sancionadores).

Con ello, al obtener mayor beneficio las empresas cuantos más actos de inserción publicitaria produzcan y, al tiempo, al minimizar sus costes sancionadores de modo correlativo, la aplicación de la norma en la manera que la recurrente pretende serviría para fomento de la infracción en lugar de cauce de prevención.

En lugar de considerar ese criterio, que cuenta con un sólido apoyo jurisprudencial, y en beneficio de TELEFÓNICA, el instructor consideró adecuado aplicar criterios de proporcionalidad y considerar dos únicas infracciones, teniendo en cuenta cada día en que se produjeron las emisiones de manera independiente, por existir solución de continuidad en la ocasión que supone cada día de emisión (distan una semana entre ellos, de forma que cada conducta se agota y produce efectos “plenos”), pese a formar parte de una misma campaña.

Contrariamente a lo sostenido por el instructor, esta Sala considera que no procede considerar la existencia de dos infracciones continuadas sino una, sin perjuicio de que, como se verá en el apartado “V” de la presente resolución, esta circunstancia no conllevará la variación del montante total de la sanción propuesta por aquel.

5. Vulneración del principio de proporcionalidad

TELEFÓNICA considera desproporcionadas las sanciones propuestas. Éstas se fijan prácticamente en el límite mínimo permitido, que establece para este tipo de infracciones sanciones de entre 100.001 y 500.000 euros. Incluso sumando el importe de ambas multas, se encontrarían dentro de la mitad inferior.

V.- 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.*

Para la cuantificación de la sanción, en la propuesta de resolución se ha tenido en cuenta la audiencia media afectada (667.000 personas el 25 de octubre de 2015 y 280.000 personas el 1 de noviembre de 2015) y el beneficio que el infractor ha obtenido de la comisión de los hechos infractores, en función del número de emisiones (seis en total) y su duración (120 segundos de duración global).

Ahora bien, al considerarse por esta Sala la existencia de una única infracción continuada, se considera que procede imponer una sanción dentro del rango de la mitad superior del arco sancionador establecido por la norma para este tipo de conductas, que en el caso que nos ocupa es de 100.000 a 500.000 euros. No obstante, aun cuando la sanción podría haber sido superior, esta Sala ratifica la cuantía de la sanción propuesta por el instructor que asciende a 212.302 € (doscientos doce mil trescientos dos euros).

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., responsable de la comisión de **una infracción administrativa continuada de carácter grave**, por haber emitido, en su **Canal+ Liga**, de ámbito nacional, 6 comunicaciones comerciales de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20º, fuera del horario comprendido entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente, los días 25 de octubre y 1 de noviembre de 2015 (tres emisiones cada día), lo que supone una vulneración de lo dispuesto en el artículo 18.3.d) de la LGCA.

SEGUNDO.- Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58.8 de la citada LGCA, **una multa** por importe total de **212.302 €(doscientos doce mil trescientos dos euros)**.

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.