

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 124.1 DE LA LEY 13/2022

(SNC/DTSA/072/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 19 de diciembre de 2024

Vista la Propuesta de resolución de la instructora, junto con las alegaciones presentadas y el resto de las actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con la composición anteriormente expresada y en virtud de la función establecida en el artículo 9.10¹ de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), la Sala de la Supervisión Regulatoria, ha dictado la siguiente resolución basada en los siguientes:

¹ *Controlar y supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo de ámbito estatal, de conformidad con el título VI de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.*

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
II. HECHOS PROBADOS	7
1.- Actas de visionado	7
2.- Análisis de las alegaciones de ATRESMEDIA en relación con los hechos acreditados a través de las actas de visionado.....	11
3.- Conclusiones.....	13
III. FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES.....	14
IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES	15
RESUELVE	18

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Detección de posible infracción artículo 124.1 LGCA

En el ejercicio de las facultades de supervisión y control determinadas en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante Ley CNMC), se detectó la emisión en el canal de televisión NEOX de 6 comunicaciones comerciales de productos de la marca DUREX™ los días 1, 2 y 3 de septiembre de 2023 durante el bloque de programación infantil de ese canal denominado NEOX KIDZ² que se emite en las mañanas durante los fines de semana, entre las 7:00 y las 10:00 horas, aproximadamente. (Folios 1 a 9)

SEGUNDO.- Actuaciones de comprobación realizadas

El 18 de octubre de 2023 se dirigió un requerimiento de información (IFPA/234/23/ATRESMEDIA), para que ATRESMEDIA, en el plazo de 10 días, presentara alegaciones y aportase documentos u otros elementos de juicio, si lo estimara oportuno. (folios 18 a 19 y 10)

Mediante escrito de 2 de noviembre de 2023, la representante de ATRESMEDIA contestó al requerimiento informando que, en esos días, hubo un fallo en los sistemas de control del prestador, que no emite anuncios de preservativos junto al programa Neox Kidzs. No obstante, considera que se trata de unos anuncios inocuos que en modo alguno pueden perjudicar a los menores. (Folio 17)

Con fecha 7 de noviembre de 2023 se solicitaron a AUTOCONTROL información acerca de si las comunicaciones comerciales analizadas habían obtenido un informe previo positivo en el marco de un procedimiento de consulta previa a AUTOCONTROL (*Copy Advice*). En contestación a nuestra solicitud, AUTOCONTROL nos remitió los informes “*Copy advice*” correspondientes a los anuncios analizados, de resultado positivo, pero ambos con la siguiente observación (folios 157 y 158) :

“Debe evitarse la inserción del anuncio inmediatamente antes, durante o inmediatamente después de bloques de programación dirigidos al público infantil.”

² Bloque de programación infantil del canal NEOX que se emite por las mañanas durante los fines de semana, entre las 7:00 y las 10:00 horas, aproximadamente.

TERCERO.- Incoación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/055/23

El 18 de enero de 2024, y a la vista de estos antecedentes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/072/23/ATRESMEDIA, al entender que ATRESMEDIA habría podido infringir lo dispuesto en el artículo 124.1 de la LGCA por la emisión de los anuncios antes indicados. (Folios 28 a 34)

El 29 de enero de 2024 le fue notificado el acuerdo de incoación al interesado, mediante acceso electrónico, y se le concedió el plazo de un mes para la presentación de alegaciones, documentos e informaciones, y proponer pruebas, en su caso. (Folios 35 a 37).

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

Con fecha 13 de febrero de 2024 se recibió un escrito del representante de ATRESMEDIA, en el que solicitaba el traslado y copia del contenido del expediente administrativo y una ampliación de plazo para la presentación de alegaciones al acuerdo de incoación. (Folios 38 a 42)

En contestación a su solicitud, mediante escrito de la instrucción de 14 de febrero de 2024, se le dio traslado de la documentación y se le notificó la concesión de una ampliación de plazo por un tiempo máximo de quince días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación o desde el término del plazo legalmente establecido para la presentación de alegaciones, documentos o informaciones, conforme a lo establecido en el artículo 32.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC). (Folios 44 a 83)

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

ATRESMEDIA presentó escrito de alegaciones el 1 de marzo de 2024, mediante escrito en sede electrónica, en el que manifiesta, fundamentalmente, lo siguiente (folios 84 a 117):

- Que se trata de una circunstancia excepcional la inserción de los anuncios de DÚREX en los bloques publicitarios junto al programa Neox Kidzs. Acompaña un informe técnico en el que se declara que no se ha detectado ningún comportamiento irregular en el sistema de carga y planificación de

anuncios, por lo que supone que las inserciones publicitarias se produjeron por coincidencias temporales de errores e incidencias en los diferentes departamentos involucrados en la planificación y carga de los anuncios. Además, acompaña dos informes de AUTOCONTROL, con las grabaciones de dos anuncios de campañas de sensibilización sobre sexualidad y enfermedades de transmisión sexual, sin restricciones horarias de emisión; y, por último, acompaña la resolución del expediente de la CNMC, IFPA/DTSA/031/23, en la que se archiva una campaña del Ministerio de Igualdad, con numerosas imágenes de contenido sexual, por “poner en valor la educación sexual como base fundamental para la igualdad”.

- Que las imágenes de los anuncios, que podrían sugerir un contenido sexual, no son susceptibles de perjudicar a los menores y son menos explícitas que las de la campaña del Ministerio de Igualdad.
- Que ATRESMEDIA no ha tenido ninguna voluntad de incumplir la norma y que los hechos imputados no son típicos ni antijurídicos, ni su emisión se ha debido al dolo o culpa del prestador.
- Que, en caso de que en este expediente se acuerde la existencia de infracción, debe de ser considerada como una infracción continuada por concurrir identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad.

Por último, acompaña un documento con los ingresos del servicio NEOX en el ejercicio 2022 (folio 114) donde se refleja unos ingresos inferiores a los 50.000.000 € y superiores a 10.000.000 €.

SEXTO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

De conformidad con los artículos 82, 89 y 90 de la LPAC, con fecha 25 de octubre de 2024 se notificó a ATRESMEDIA (folio 139) la propuesta de resolución del presente procedimiento sancionador de fecha 24 de octubre de 2024 (folios 118 a 135) junto a una relación de los documentos obrantes en el procedimiento tramitado (folio 136), a fin de que, si a su derecho interesase, pudiera obtener copia de los que estime convenientes. Se le otorgó un plazo de 10 días para formular las alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes y se le informó de las reducciones de sanción previstas en el artículo 85 de la LPAC. Asimismo, se le remitió un formulario de reconocimiento de responsabilidad y pago voluntario de la sanción por el que

acogerse a las reducciones previstas en el mencionado artículo 85 de la LPAC (folio 137).

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

“PRIMERO.- Que se declare a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., responsable de la comisión de **una (1) infracción administrativa grave de carácter continuado** por haber emitido, en su canal NEOX, de ámbito nacional, seis comunicaciones comerciales de la marca DÚREX, en los bloques publicitarios del programa infantil “NEOX KIDZ”, emitidos el 1,2 y 3 de septiembre de 2023, susceptibles de producir perjuicio físico, mental o moral a los menores, lo que supone una vulneración a lo dispuesto en el artículo 124.1 de la LGCA.

SEGUNDO.- Que se imponga a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A., una multa por importe global de **172.248,00 €³** (ciento setenta y dos mil doscientos cuarenta y ocho euros), por la comisión de una infracción grave al artículo 124.1 de la LGCA.”

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

Con fecha 5 de noviembre de 2024, ATRESMEDIA remitió a esta Comisión escrito por el que reconoce expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción grave imputada, desistiendo de cualquier recurso o acción en vía administrativa, así como su voluntad de pagar anticipadamente la sanción, por lo que solicita la emisión del correspondiente modelo de ingresos no tributarios acogiendo de esta forma a los descuentos previstos en el artículo 85 de la LPAC (folios 140 a 143).

Con fecha 21 de noviembre de 2024 la CNMC notificó a ATRESMEDIA la carta de pago Modelo de Ingresos no Tributarios (069) correspondiente a la multa propuesta reducida en un 40% (folios 144 a 149).

Con fecha 9 de diciembre de 2024 ha tenido entrada en el Registro electrónico de esta Comisión un escrito por el que ATRESMEDIA comunica haber realizado el pago de ciento tres mil trescientos cuarenta y ocho euros y ochenta céntimos

³ Debido a que ATRESMEDIA ha declarado unos ingresos de canal NEOX inferiores a los 50.000.000 € y superiores a 10.000.000 €, por lo que la sanción se enmarca en el artículo 160.2.a.3º LGCA.

de euro (103.348,80 €), lo que supone el importe de la sanción propuesta reducida en un 40% en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC. Asimismo, aporta carta de pago (modelo 069) debidamente sellada por la entidad bancaria (folios 150 a 155).

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

Con fecha 9 de diciembre de 2024 la instructora del procedimiento ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de los documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo. (Folio 156)

II. HECHOS PROBADOS

1.- Actas de visionado

A consecuencia de los contenidos emitidos en el programa “KIDZ”, de 1, 2 y 3 de septiembre de 2023, se levantaron tres actas de visionado, en las que se describen los hechos. A continuación, se reproduce su contenido:

ACTA DE VISIONADO

Programa: “KIDZ”

Fecha de emisión: viernes, 01 de septiembre de 2023

Franja horaria del programa: de 06:55:16 a 10:05:38 horas

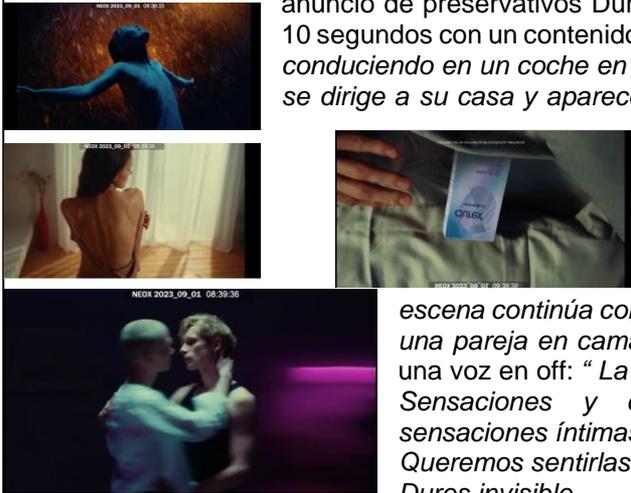
Canal: NEOX

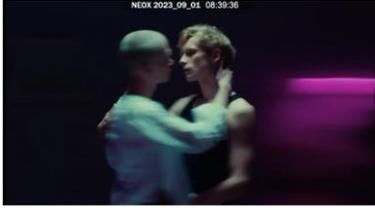
Ámbito: Nacional.

Calificación: TP y +7

Objeto del Acta: Ley 13/2022, de 7 de julio General de la Comunicación Audiovisual, Artº. 124.1.

- 1- CONTENIDO: “KIDZ”** es un contenedor de programas infantil y juvenil de entretenimiento donde se emiten series de producciones animadas en una franja matinal entre las 7 y las 10 de la mañana aproximadamente.

<p>06:55:16 a 07:53:14</p>	 <p>Comienza la emisión del programa con una introducción animada anunciando el programa que comienza, dando paso a continuación a la primera serie animada “la abeja Amaya” calificada para todos los públicos (TP), se emite dos capítulos [...]</p>
<p>07:53:14 a 08:15:38</p>	 <p>[...] continúa el programa ofreciendo otra serie animada: “Vicki el Vikingo” con la calificación para todos los públicos (TP), a continuación, se pasa a un bloque publicitario [...]</p>
<p>08:15:38 a 08:17:19</p>	<p>[...] bloque publicitario [...]</p>
<p>08:17:19 a 08:38:57</p>	<p>[...] después de la publicidad se ofrece otro capítulo de Vicky el Vikingo con la misma calificación (TP) dando paso al finalizar un bloque publicitario [...]</p>
<p>08:38:57 a 08:40:27</p>	 <p>[...] bloque publicitario con la emisión de un anuncio de McDonald, continúa con otro de Salvat dando paso, entre las 08:39:32 y las 08:39:42 a un anuncio de preservativos Durex con una duración de 10 segundos con un contenido: “se muestra a un joven conduciendo en un coche en una noche de lluvia que se dirige a su casa y aparece una mujer en salto de cama dando una vuelta de baile bajo la lluvia y a continuación toma una caja de preservativos que se haya en la cama, la escena continúa con dos jóvenes bailando y una pareja en cama”, mientras se escucha una voz en off: “La vida está llena de Sensaciones y cuando se trata de sensaciones íntimas. Queremos sentirlas al máximo. Dures invisible. Diseñado para sentirlo todo”. y finaliza mostrando la imagen de tres cajas de preservativos. El anuncio de 10 segundos de duración, su contenido es extraído de la creatividad del anuncio de Durex de 20 segundos de duración.</p>

	<p>Continúa el bloque dando paso a otros anuncios: Bayer y Autopromociones de la cadena [...]</p> 
<p>08:40:27 a 09:21:40</p>	<p>[...] continúan las series de dibujos animados con más capítulos de Pokémon, en este caso la serie lleva una calificación de +7, hasta el inicio del bloque publicitario [...]</p> 
<p>09:21:40 a 09:23:17</p>	<p>[...] se inicia el bloque publicitario con una cortinilla de separación continuando con los anuncios de McDonald, Nocilla, la película animada Ninja, dando paso, entre las</p>   <p>09:22:22 y las 09:22:42 a un anuncio de preservativos <i>Durex</i> con una duración de 20 segundos, siendo su contenido: “se muestra a un joven conduciendo en un coche en una noche de lluvia que se dirige a su casa y aparece una mujer en salto de cama dando una vuelta de baile bajo la lluvia y a</p>    <p><i>continuación toma una caja de preservativos que se haya en la cama, la escena continúa con dos jóvenes bailando y una pareja en cama, mientras se escucha una voz en off: “La vida está llena de sensaciones, cada una de ellas es única en su forma. De sorprendernos, intrigarnos y provocarnos. Y cuando se trata de sensaciones íntimas. Queremos sentirlos al máximo. Dures. Invisible, diseñado para sentirlo todo”</i> y finaliza mostrando tres cajas de preservativos. Continúa el bloque publicitario con la emisión de otros anuncios [...]</p>
<p>09:23:17 a 10:05:38</p>	<p>[...] continúa la emisión de las series infantiles hasta finalizar el programa contenedor Kidz [...]</p>

ACTA DE VISIONADO

Programa: “KIDZ”

Fecha de emisión: domingo, 03 de septiembre de 2023

Franja horaria del programa: de 07:00:19 a 10:25:34 horas

Canal: NEOX

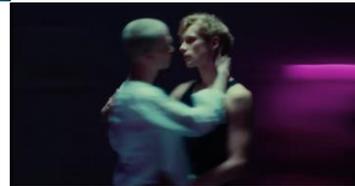
Ámbito: Nacional.

Calificación: TP

Objeto del Acta: Ley 13/2022, de 7 de julio General de la Comunicación Audiovisual, Artº. 124.1.

- 1- CONTENIDO: “KIDZ”** es un contenedor de programas infantil y juvenil de entretenimiento donde se emiten series de producciones animadas en una franja matinal entre las 7 y las 10 de la mañana aproximadamente.

07:00:19 a 07:41:51	Comienza la emisión del programa con una introducción animada anunciando el inicio del programa contenedor Kidz, dando paso a continuación a la primera serie animada “la abeja Amaya” calificada para todos los públicos (TP), se emite varios capítulos [...]
07:41:51 a 07:47:37	[...] bloque publicitario (McDonald, Nocilla, Lidl menú McDonald, Avance de programación) dando comienzo a otras series infantiles [...]
07:47:37 a 08:21:32	[...] continúa el programa ofreciendo otra serie animada: “La abeja Amaya” con la calificación para todos los públicos (TP), continua con capítulos de Vicky el Vikingo se pasa a un bloque publicitario [...]
08:21:32 a 08:23:18	[...] bloque publicitario (Artiach, Adeslas, Lidl y Autopromoción de la cadena) [...]
08:23:18 a 08:44:53	[...] después de la publicidad se ofrece la continuación del capítulo de Vicky el Vikingo con la misma calificación (TP) dando paso al finalizar, un bloque publicitario [...]
08:44:53 a 08:46:56	[...] bloque publicitario con la emisión de un anuncio de Pescanova, continúa con otro de McDonald, Lidl, película animada de Tortugas Ninja y Autopromoción de la cadena dando paso a una película [...]
08:46:56 a 09:07:48	[...] comienza la emisión de la Película “Zipi y Zape” calificada para “TP”, dando paso a diferentes bloques publicitarios [...]
09:07:56 a 09:09:53	<p>[...] se muestra a un joven conduciendo en un coche en una noche de lluvia que se dirige a su casa y aparece una mujer en salto de cama dando una vuelta de baile bajo la lluvia y a continuación toma una caja de preservativos que se haya en la cama, la escena continúa con dos jóvenes bailando y una pareja en cama, mientras se escucha una voz en off: “La vida está llena de sensaciones, cada una de ellas es única en su forma.</p> <p><i>De sorprendernos, intrigarnos y provocarnos. Y cuando se trata de sensaciones íntimas.</i></p>



	<p><i>Queremos sentir las al máximo.</i></p> <p><i>Dures.</i></p> <p><i>Invisible, diseñado para sentirlo todo” y finaliza, mostrando tres cajas de preservativos”, continúa el bloque dando paso a otros anuncios: la película animada “Las Tortugas Ninja”, Lidl, McDonald y Autopromociones de la cadena [...]</i></p> 
09:09:53 a 09:49:36	[...] continúan la película Zipi y Zape, hasta el inicio de otro bloque publicitario [...]
09:49:36 a 09:51:37	[...] se inicia el bloque publicitario con una cortinilla de separación continuando con la emisión del anuncio de Bepanthol, McDonald, Durex desde las 09:50:16-09:50:26 se emite el anuncio de Durex con una duración de 10 segundos, siendo su contenido igual que el emitido en anteriores días comentadas en las anteriores actas. Continúa el bloque publicitario con la emisión de otros anuncios [...]
09:51:37 a 10:25:34	[...] continúa la emisión de la película infantil hasta finalizar el programa contenedor Kidz [...]

En resumen, se produjeron las siguientes inserciones publicitarias:

Anuncio	Duración	Día	Inicio	Hora
DUREX/LUBRICANTE	10 segundos	01/09/2023	08:39:32	08:39:42
DUREX/LUBRICANTE	20 segundos	01/09/2023	09:22:22	09:22:42
DUREX/LUBRICANTE	20 segundos	02/09/2023	09:08:10	09:08:30
DUREX/LUBRICANTE	10 segundos	02/09/2023	09:37:51	09:38:01
DUREX/LUBRICANTE	20 segundos	03/09/2023	09:08:08	09:08:28
DUREX/LUBRICANTE	10 segundos	03/09/2023	09:50:16	09:50:26
TOTAL	1 min. y 30 s.	-	-	-

Se ha unido al expediente copia de las grabaciones de los programas y de los anuncios. Las grabaciones contienen impresionada la hora de emisión. También se han unido al expediente los informes de audiencias del canal NEOX correspondientes a los días 1, 2 y 3 de septiembre de 2023: 10.890 espectadores, 23.780 espectadores y 13.650 espectadores, respectivamente.

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

ATRESMEDIA, dentro del plazo legalmente establecido, alega, en primer lugar, que las inserciones publicitarias se produjeron por coincidencias temporales de errores e incidencias en los diferentes departamentos involucrados en la planificación y carga de los anuncios.

Debe manifestarse que este tipo de alegaciones no puede ser considerado favorablemente pues, con independencia del número de errores cometidos, la planificación de la publicidad forma parte de la actividad normal del prestador del

servicio de comunicación audiovisual sobre el que pesa el deber legal de control de los contenidos y la publicidad que emite constituyendo, en caso contrario, supuestos de negligencia en su actuación, salvables únicamente en caso de que sucedan hechos imprevistos, inevitables y que resulten probados, pero no por meros errores; sobre todo, cuando esa negligencia repercute negativamente sobre los telespectadores.

En definitiva, el prestador del servicio conoce las obligaciones que le competen y el error alegado no reúne los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad al prestador al carecer de las notas de imprevisibilidad, inevitabilidad y prueba necesarias.

Sin duda, los mensajes publicitarios emitidos son susceptibles de producir perjuicio físico, mental o moral a los menores al resultar sus contenidos ajenos al público infantil y resultar aptos para provocarle angustia, ansiedad o preocupación en temas impertinentes a su edad.

En este sentido lo prevén los informes de “*Copy Advice*”, unidos al expediente, emitidos por la entidad AUTOCONTROL (Códigos: CAD2023496649 y CAD2023496650), cuando en relación con los anuncios causantes del presente expediente señalan que “*no encuentra obstáculos que desaconsejen la emisión del anuncio analizado siempre que se tengan en cuenta las advertencias mencionadas a continuación*”, (...), también aclaran que “*Deberá evitarse la inserción del anuncio inmediatamente antes, durante o inmediatamente después de bloques de programación dirigidos al público infantil, de conformidad con lo establecido en el artículo 124.1 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, según el cual: Las comunicaciones comerciales audiovisuales no deberán producir perjuicio físico, mental o moral a los menores (...)*”.

Por otra parte, cuando señalan en sus alegaciones que las imágenes de los anuncios son menos explícitas que las emitidas en la campaña del Ministerio de Igualdad, se debe señalar que constan unidos al expediente dos informes de “*Copy Advice*” de AUTOCONTROL (folios 98 a 103), en los que no se desaconseja su emisión y no se establece ningún límite. Además, la CNMC analizó esta campaña y archivó unas denuncias motivadas por su emisión, en el Acuerdo por el que se archivan las reclamaciones contra ATRESMEDIA, sobre las comunicaciones comerciales de la campaña publicitaria del Ministerio de Igualdad “ahora que ya nos veis, hablemos”, en relación con la adecuación a lo establecido en varios artículos del Título VI de la LGCA (IFPA/DTSA/031/23).

En cuanto a la falta de culpa o dolo en la comisión de los hechos, debe señalarse que no sólo se insertaron las comunicaciones comerciales en los bloques publicitarios de un programa infantil, sino que, también, estas emisiones se mantuvieron durante tres días consecutivos en las mismas condiciones. Con lo

que, a la falta de control en la programación de la publicidad, a pesar de las observaciones de AUTOCONTROL, se añade una falta de control sobre las emisiones del canal que permitieron que las inserciones se produjeran durante tres días. Lo que acredita un grado de culpa por falta de la diligencia debida por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, por lo que debe ser rechazada esta alegación.

En relación con la solicitud de ATRESMEDIDA de que se califiquen los hechos infractores como una infracción continuada por concurrir identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 29.6 de la LRJSP⁴:

“6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización 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.”

En el presente caso, ante las tres acciones realizadas, se tiene en cuenta que concurren los dos requisitos antes expuestos: i) constan una pluralidad de acciones que han supuesto la infracción del mismo precepto (artículo 124.1 de la LGCA); ii) realizadas en el marco de las interrupciones publicitarias del mismo programa emitido en el mismo servicio durante tres días consecutivos. Por lo tanto, las diversas acciones infractoras analizadas se han aprovechado de idéntica ocasión y, en consecuencia, se ha producido una única infracción grave de carácter continuado.

3.- Conclusiones

En definitiva, se ha concluido que los días 1, 2 y 3 de septiembre de 2023 se han emitido durante la interrupción publicitaria de un programa infantil ofrecido en el canal NEOX -en su bloque de programación infantil- seis comunicaciones comerciales de productos de la marca DUREX susceptibles de producir perjuicio físico, mental o moral a los menores, hecho que el artículo 124.1 LGCA prohíbe cuya infracción está incardinada como tipo de infracción grave en el apartado 17 del artículo 158 de la misma norma y que, dado que las diversas emisiones del anuncio se ha realizado aprovechando idéntica ocasión, procede calificar las infracciones como una infracción continuada.

⁴ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE número 236, de 02/10/2015.

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

III. FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES

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

El artículo 29.1 de la LCNMC señala que esta Comisión ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto, entre otros, en el Título VI de la LGCA.

La instrucción de los procedimientos sancionadores, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, siendo competente la Sala de Supervisión regulatoria del Consejo de la CNMC, tal y como prevé el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico y los artículos 27 y 29.1 de la LCNMC.

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

SEGUNDO. - Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si ATRESMEDIA infringió el régimen contenido en el artículo 124.1 de la LGCA, por la emisión, los días 1, 2 y 3 de septiembre de 2023, (viernes, sábado y domingo respectivamente), en el horario comprendido entre las 8:39 y las 10 horas, de seis comunicaciones comerciales de productos de la marca DUREX, en los bloques de programación infantil NEOX KIDZ.

En los anuncios se promocionan los preservativos invisibles de la marca animando a sentir al máximo las sensaciones íntimas, con imágenes y locución sugerentes.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO. Tipificación del Hecho Probado

El artículo 124 sobre la protección de los menores frente a las comunicaciones comerciales audiovisuales, fija que:

“Artículo 124. Protección de los menores frente a las comunicaciones comerciales audiovisuales.

1. Las comunicaciones comerciales audiovisuales no deberán producir perjuicio físico, mental o moral a los menores ni incurrir en las siguientes conductas: (...).”

El artículo 124.1 LGCA protege el derecho de los menores de edad, frente a la emisión de comunicaciones publicitarias que puedan producirles perjuicios físicos, mentales o morales.

A los hechos objetivos y consideraciones expuestos, ha de añadirse que las inserciones publicitarias de DÚREX en los bloques publicitarios del programa infantil NEOX KIDZ, en los días 1, 2 y 3 de septiembre de 2023, constituyen una contravención a lo dispuesto en el apartado 17 del artículo 158 LGCA, por haber insertado en los bloques publicitarios del mismo programa infantil durante tres días consecutivos, seis comunicaciones comerciales susceptibles de producir perjuicio físico, mental o moral a los menores.

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

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador⁵, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

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

⁵ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa".

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

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

Los tribunales, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm.282/2023 de 07 de marzo de 2023 (RC 3494/2021)⁶ han declarado la responsabilidad administrativa de la persona física o jurídica que tiene el control efectivo de la emisión audiovisual, control que en este caso, recaía en ATRESMEDIA. Ello está en consonancia con las definiciones legales de *servicio de comunicación audiovisual*⁷, *responsabilidad editorial*⁸, *decisión editorial*⁹ y *prestador del servicio de comunicación audiovisual*¹⁰ recogidos en los artículos 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4 de la vigente LGCA.

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

⁶ Fundamento Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo núm.282/2023 de 07 de marzo de 2023 (RC 3494/2021): *En definitiva, la sentencia de instancia no considera responsable al recurrente en su condición de administrador único de la entidad mercantil "Huelma Comunicaciones SL" sino que, tras interpretar correctamente las previsiones contenidas en los artículos 2.1 y 61.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual en torno a quién debe ser considerado responsable de las infracciones prevista en dicha norma y en consonancia con lo afirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, valora las pruebas existentes llegando a la conclusión de D. Gines es la persona física que ejerce el "control efectivo" sobre las emisiones radiofónicas realizadas.*

⁷ *Servicio prestado con la finalidad principal propia o de una de sus partes disociables de proporcionar, **bajo la responsabilidad editorial de un prestador del servicio de comunicación audiovisual**, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales audiovisuales.*

⁸ *Ejercicio de control efectivo sobre la selección de los programas y sobre su organización, ya sea en un horario de programación o en un catálogo de programas.*

⁹ *Decisión que se adopta periódicamente con el fin de ejercer la responsabilidad editorial y que está vinculada a la gestión diaria del servicio de comunicación audiovisual.*

¹⁰ *Persona física o jurídica que tiene la responsabilidad editorial sobre la selección de los programas y contenidos audiovisuales del servicio de comunicación audiovisual y determina la manera en que se organiza dicho contenido.*

TERCERO. - Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

En la Propuesta de Resolución mencionada en el Antecedente de Hecho Sexto (folio 134), se proponía la imposición a ATRESMEDIA de una multa por importe de 172.248 euros (ciento setenta y dos mil doscientos cuarenta y ocho euros) por la comisión de una infracción grave al artículo 124.1 de la LGCA.

En la misma Propuesta de Resolución (folios 134 y 135) se aludía al hecho de que ATRESMEDIA, como responsable de la infracción, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad en los términos establecidos en el artículo 85, y así se ha producido en su escrito fechado presentado el 5 de noviembre de 2024, (folios 140 a 143) tal y como consta en el Antecedente de Hecho Séptimo.

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

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

Así, la acumulación de las dos reducciones antes señaladas conlleva una reducción conjunta del 40% sobre el importe de la sanción (reducción acumulada de 68.899,20 €), disminuyéndose su cuantía hasta los 103.348,80 €.

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

En este sentido, y como consta en el Antecedente de Hecho Séptimo, en fecha 9 de diciembre de 2024 ha tenido entrada en el Registro electrónico de esta Comisión un escrito por el que ATRESMEDIA por el que comunica haber realizado el pago de ciento tres mil trescientos cuarenta y ocho euros y ochenta

céntimos de euro (103.348,80 €.), lo que supone el importe de la sanción propuesta reducida en un 40% en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC. Asimismo, aporta carta de pago (modelo 069) debidamente sellada por la entidad bancaria (folios 150 a 155).

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

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los términos de la Propuesta de Resolución a la que se refiere el Antecedente de Hecho Sexto, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora de la conducta tipificada como grave por el artículo 158 apartado 17 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual en relación con el artículo 124.1 de la misma norma, y se propone imponer una sanción pecuniaria a la entidad ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S. A. por un total de 172.248 € (ciento setenta y dos mil doscientos cuarenta y ocho euros).

SEGUNDO. - Aprobar dos reducciones del 20% sobre el importe de la anteriormente citada sanción por importe total de 68.899,20 € (sesenta y ocho mil ochocientos noventa y nueve euros con veinte céntimos), establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; minorándose la suma de la sanción en un 40% a la

cuantía final de 103.348,80 € que ya ha sido abonada por la entidad ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A. según consta en el Antecedente de Hecho Séptimo.

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

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

ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S. A.

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