

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S. A., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 14.4 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

SNC/DTSA/042/15/NET TV

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 2015

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.- Requerimiento de la CNMC a NET TV.

En el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión establecidas en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante Ley CNMC), y al haber constatado un exceso de interrupciones publicitarias en algunas obras audiovisuales emitidas en el canal PARAMOUNT CHANNEL, con fecha 11 de junio de 2014 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC consideró oportuno requerir¹ a la SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S. A. (en adelante NET TV) para que respetase el número máximo de interrupciones publicitarias en películas para televisión y largometrajes, establecido en el Art. 14.4, párrafo 2.º, de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), en función de la duración prevista de los programas. (Folios 68 a 75).

¹ Expediente con número de referencia REQ/DTSA/1055/14/NET TV

En el requerimiento se advertía al operador de que su incumplimiento podría dar lugar a la apertura de un procedimiento sancionador por infracción del artículo 58 de la LGCA y a la imposición de la multa prevista en el artículo 60 de la misma Ley.

SEGUNDO.- Actuaciones previas.

En el ámbito de sus competencias, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual abrió un período de información previa en el que, según se desprendía de los documentos que obran en las actuaciones previas practicadas, la SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S. A. (en adelante NET TV), en su canal de televisión PARAMOUNT CHANNEL, de ámbito nacional, podría haber realizado más interrupciones publicitarias de las permitidas por la Ley (artículo 14.4, párrafo 2º LGCA) durante la emisión de las películas “DOA: DEAD OR ALIVE”, emitida el 30 de julio de 2015, de 20:50:17 h. a 22:30:22 h.; “THE RIVER KING”, emitida el 23 de agosto de 2015, de 20:08:38 h. a 22:03:09 h.; y “THE DELTA FORCE”, emitida el 25 de agosto de 2015, de 22:30:28 h. a 01:01:28 h. del día siguiente (folios 76 a 78).

TERCERO.- Incoación de procedimiento sancionador.

Con fecha 24 de septiembre de 2015, y a la vista de los antecedentes antes descritos, la Sala de Supervisión Regulatoria acordó la incoación del procedimiento sancionador SNC/D TSA/042/15, al entender que NET TV había podido infringir lo dispuesto en el artículo 14.4, párrafo 2º, de la LGCA durante las emisiones de largometrajes que se señalan en el anterior antecedente. (folios 76 a 83).

El día 6 de octubre 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 84 a 85).

CUARTO.- Alegaciones de NET TV.

NET TV presentó escrito de alegaciones el 23 de octubre de 2015 (folios 90 a 102), en el que, sucintamente, manifiesta:

- Que por un desafortunado error impredecible y excepcional se superó el límite de los cortes publicitarios. El error fue debido a un fallo técnico e inusual de la herramienta de programación WON, que alerta en caso de que se introduzca una interrupción publicitaria adicional a las permitidas.

Las películas que superaron las interrupciones permitidas se emitieron durante el periodo vacacional, cuando el encargado de introducir los datos en la herramienta WON se hallaba de vacaciones. Quien lo sustituyó utilizó para introducir la información una opción de la herramienta de la que no se hace uso, destinada a planificar interrupciones publicitarias exclusivas. Se

desconocía que pudiera utilizarse para programar interrupciones en películas y que, al hacerlo e introducir interrupciones publicitarias adicionales a las permitidas, no lanzase alertas (acompaña copia de la escritura del nombramiento como consejero delegado y pantallazos del sistema de gestión de interrupciones).

- NET TV considera que no concurre el elemento subjetivo de la culpabilidad necesario para imponer sanción.
- Considera que no se han producido perjuicios y que cualquier sanción que pudiera derivarse de este expediente vulneraría el principio de proporcionalidad.

QUINTO.- Trámite de audiencia.

Con fecha 27 de noviembre de 2015 fue notificada a NET TV la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento (folios 122 a 134) 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 del Procedimiento Sancionador), concediéndole un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estime pertinentes.

En la propuesta de resolución el instructor, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58.7 de la citada LGCA, califica las presuntas tres infracciones como de carácter grave, y atendiendo a los criterios de graduación establecidos 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 (en adelante, LRJPAC), así como los específicamente indicados en el artículo 60, números 2 y 4, de la LGCA, propone sancionar a NET TV con tres multas por un importe total de 341.203 € (trescientos cuarenta y un mil doscientos tres euros).

SEXTO.- Alegaciones al trámite de audiencia.

NET TV presentó escrito de alegaciones el día 23 de diciembre de 2015² (folios 138 a 171), en el que solicita el archivo del expediente y, con carácter subsidiario, se acuerde la imposición de multas correspondiente a las infracciones leves, en su grado mínimo, o en su defecto, multa correspondiente a infracción grave en su grado mínimo. Lo anterior, lo solicita sobre la base, en síntesis, de las siguientes alegaciones por las que reitera las ya efectuadas en su escrito de 23 de octubre de 2015:

² El instructor acordó ampliar el plazo de alegaciones en 7 días adicionales, de conformidad con el artículo 49 de la LRJPAC, atendiendo a lo solicitado por NET TV el día 3 de diciembre de 2015 (folio 136 a 137).

- Que la superación de límite de interrupciones han sido causadas por un error informático, error que ha subsanado en cuanto tuvo conocimiento del mismo, además de que la presunta infracción fue inapreciable ni provocó perjuicio alguno a terceros ni enriquecimiento injusto de NET TV. Por todo lo anterior, concluye la ausencia de culpabilidad en la infracción puesto que no ha existido falta de diligencia debida ni reprochabilidad en su conducta.
- Que la conducta infractora que se le imputa se corresponde con una única infracción sancionable con una única multa, atendiendo a que existe un único error causante de los excesos de interrupciones objeto del presente procedimiento sancionador.
- Que la conducta infractora que se le imputa consiste en una infracción continuada al concurrir los requisitos previstos en el artículo 4.6, párrafo segundo, del Reglamento del Procedimiento Sancionador. Esto es, se ha cometido idéntico tipo infractor en la emisión de las tres largometrajes y que las tres infracciones que se le imputan responden al mismo error.
- Que la propuesta de Resolución infringe el principio de proporcionalidad que debe regir la potestad sancionadora de la administración.

Por una parte, señala que los criterios sobre los que se debe basar la graduación de las sanciones previstos en el artículo 131.3 de la LRJPAC, no se han tenido en cuenta a la vista de que la ausencia de intencionalidad de NET TV en la conducta infractora, el nulo perjuicio causado a los telespectadores por exceder las interrupciones publicitarias durante la emisión de largometrajes y la ausencia de reincidencia en la conducta infractora.

Por otra parte, en relación con los criterios previstos en el artículo 60.4 de la LGCA para la graduación de las sanciones señala, respecto de los dos últimos criterios, que no se ha tenido en cuenta la ausencia de repercusión social en la conducta y que NET TV no ha obtenido ningún beneficio adicional como consecuencia de la conducta infractora que se le imputa.

Adicional a lo anterior, añade NET TV que el carácter temático del canal PARAMOUNT CHANNEL, en el que únicamente se emiten largometrajes, cualquier error en la programación de las interrupciones publicitarias dan lugar a una infracción. Pese a lo anterior, únicamente se le ha imputado a NET TV el exceso de interrupciones publicitarias en tres ocasiones de un total de 3.653 películas emitidas en 2015³. Asimismo, señala que no se corresponde el nulo beneficio obtenido por NET TV por la infracción cometida que se le imputa en relación con el perjuicio económico que le supone hacer frente a una sanción de un importe como el propuesto.

³ Contabilizadas hasta la fecha de presentación de su escrito de alegaciones

- Que si bien la LGCA no contempla la posibilidad de imponer sanciones correspondientes a infracciones de grado inferior, esa posibilidad no es ajena al derecho administrativo sancionador. En este sentido, considera que debe de imponerse una sanción correspondiente a las infracciones leves y en su grado mínimo.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con el conjunto de actuaciones practicadas en este procedimiento, se consideran probados los hechos siguientes:

PRIMERO.- Que durante la emisión del largometraje “DOA: Dead or alive” en el canal PARAMOUNT CHANNEL el día 30 de julio de 2015, NET TV excedió el número de interrupciones publicitarias permitidas.

De acuerdo con el Acta de Visionado (folios 1 a 17) de 4 de septiembre de 2015, se contabilizaron 3 interrupciones publicitarias durante la emisión del largometraje “DOA: Dead or alive” que por su duración (1 hora 16 minutos) solo permitía 2 interrupciones publicitarias, de conformidad con el art. 14.4, segundo párrafo, de la LGCA.

El hecho ha sido probado a través de:

- La documental contenida en las actuaciones previas realizadas por personal técnico de la CNMC que ha sido incorporada al expediente sancionador por el instructor: (i) acta de visionado donde se identifica el canal, fecha, franja horaria (concretada en horas, minutos y segundos), ámbito territorial de emisiones y cómputo de las distintas interrupciones publicitarias emitidas; y (ii) grabaciones soporte de la emisión del largometraje con impresión de la hora de emisión (folio 76).
- El reconocimiento de los hechos por la propia sociedad según se desprende de sus alegaciones referidas a los errores técnicos que causaron el exceso de interrupciones publicitarias. (fundamentalmente, folios 149 y 150).

SEGUNDO.- Que durante la emisión del largometraje “The River King” en el canal PARAMOUNT CHANNEL el día 23 de agosto de 2015, NET TV excedió el número de interrupciones publicitarias permitidas.

De acuerdo con el Acta de Visionado (folios 18 a 35) de 7 de septiembre de 2015, se contabilizaron 4 interrupciones publicitarias durante la emisión del largometraje "The River King" que por su duración (1 hora 30 minutos) solo permitía 3 interrupciones publicitarias, de conformidad con el art. 14.4, segundo párrafo, de la LGCA.

El hecho ha sido probado a través de:

- La documental contenida en las actuaciones previas realizadas por personal técnico de la CNMC que ha sido incorporada al expediente sancionador por el instructor: (i) acta de visionado donde se identifica el canal, fecha, franja horaria (concretada en horas, minutos y segundos), ámbito territorial de emisiones y cómputo de las distintas interrupciones publicitarias emitidas; y (ii) grabaciones soporte de la emisión del largometraje con impresión de la hora de emisión (folio 77).
- El reconocimiento de los hechos por la propia sociedad según se desprende de sus alegaciones referidas a los errores técnicos que causaron el exceso de interrupciones publicitarias. (fundamentalmente, folios 149 y 150).

TERCERO.- Que durante la emisión del largometraje “The Delta Force” en el canal PARAMOUNT CHANNEL el día 25 de agosto de 2015, NET TV excedió el número de interrupciones publicitarias permitidas.

De acuerdo con el Acta de Visionado (folios 36 a 63) de 8 de septiembre de 2015, se contabilizaron 5 interrupciones publicitarias durante la emisión del largometraje "The Delta Force" que por su duración (2 hora 40 segundos) solo permitía 4 interrupciones publicitarias, de conformidad con el art. 14.4, segundo párrafo, de la LGCA.

El hecho ha sido probado a través de:

- La documental contenida en las actuaciones previas realizadas por personal técnico de la CNMC que ha sido incorporada al expediente sancionador por el instructor: (i) acta de visionado donde se identifica el canal, fecha, franja horaria (concretada en horas, minutos y segundos), ámbito territorial de emisiones y cómputo de las distintas interrupciones publicitarias emitidas; y (ii) grabaciones soporte de la emisión del largometraje con impresión de la hora de emisión (folio 78).
- El reconocimiento de los hechos por la propia sociedad según se desprende de sus alegaciones referidas a los errores técnicos que causaron el exceso de interrupciones publicitarias. (fundamentalmente, folios 149 y 150).

A los anteriores antecedentes y hechos probados les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Habilitación competencial para resolver el presente procedimiento sancionador.

El artículo 29.1 de la Ley CNMC, 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 Ley CNMC 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 21.2 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico.

Junto a las normas ya citadas, son de aplicación al presente procedimientos, la LRJPAC y el Reglamento del procedimiento sancionador.

II. Objeto del procedimiento sancionador y delimitación de los hechos.

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si NET TV infringió el límite máximo de interrupciones publicitarias que establece el párrafo segundo del artículo 14.4 de la LGCA, en los 3 largometrajes emitidos a los que se refiere esta resolución en su canal PARAMOUNT CHANNEL.

III. Tipificación de los hechos: vulneración de la integridad de los programas.

3.1 Consideraciones generales.

El artículo 14 de la LGCA, que regula el derecho de los prestadores del servicio de televisión a emitir mensajes publicitarios, refiriéndose a éstos como aquellas comunicaciones comerciales distintas del patrocinio, telepromociones o autopromociones, preceptúa en su número 4, lo siguiente:

“4 Los mensajes publicitarios en televisión deben respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman.

La transmisión de películas para la televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), largometrajes y programas informativos televisivos podrá ser interrumpida una vez por cada periodo previsto de treinta minutos. En el caso de los programas infantiles, la interrupción es posible una vez por cada periodo ininterrumpido previsto de treinta minutos, si el programa dura más de treinta minutos.

(...)”

El citado apartado del artículo 14 de la LGCA, que garantiza la integridad de los programas, está recogido como una limitación de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a interrumpir los programas que están emitiendo para la inserción de publicidad. En concreto, respecto a los largometrajes y películas para televisión, al igual que los programas informativos y los infantiles, y debido a sus especiales características y naturaleza, el legislador ha querido dotarles de una especial protección pensando también en los intereses de los titulares de derechos y de los telespectadores. Por esta razón, el legislador ha establecido la mencionada limitación de las interrupciones publicitarias en función de la duración prevista del programa de que se trate, sin perjuicio de que el volumen de emisión de mensajes publicitarios por hora de reloj alcance el máximo legal previsto.

Dicha limitación es conforme con lo previsto por el artículo 20.1⁴ de la Directiva 2010/13/UE que autoriza a emitir publicidad durante los programas, no únicamente entre ellos, que es la forma preferida⁵ para evitar interrupciones de éstos siempre que se respete su integridad.

La LGCA traspone el citado artículo 20.1 de la mencionada Directiva estableciendo la obligación de respetar la integridad de los programas y, al mismo tiempo, autoriza la introducción de publicidad durante la emisión de un programa de televisión (publicidad distinta de la autopromoción, telepromoción o patrocinio) como algo excepcional por considerar que ello no afecta a la integridad del programa, siempre que se respete el límite previsto tanto respecto del número de interrupciones publicitarias (art. 14.4 2º párrafo LGCA) como respecto del volumen de emisión de mensajes publicitarios durante cada interrupción (art. 14.1, 2º párrafo LGCA).

Por lo tanto, atendiendo a todo lo anterior, cabe señalar que el exceso de interrupciones publicitarias durante la emisión de un largometraje supone un incumplimiento de la obligación de respetar la integridad de los programas de televisión.

En definitiva, el artículo 14.4 de la LGCA garantiza el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a emitir publicidad televisiva siempre que la emisión de la publicidad no sea excesiva en cuanto al número de interrupciones que se determina en función de la duración del programa de que se trate.

⁴ Artículo 20.14 de la Directiva 2010/13/UE: “Los Estados miembros velarán por que, cuando se inserte publicidad televisiva o televenta durante los programas, no se menoscabe la integridad de estos, teniendo en cuenta las interrupciones naturales y la duración y el carácter del programa de que se trate, y que no se perjudique a los titulares de sus derechos.”

⁵ Considerando 86 de la Directiva 2010/13/UE: “La presente Directiva pretende salvaguardar el carácter específico de la televisión europea, en la que la publicidad se inserta preferiblemente entre los programas y de ese modo limita las posibles interrupciones de obras cinematográficas y películas rodadas para la televisión así como de determinadas categorías de programas que necesitan protección específica.”

No cabe ninguna duda de que la LGCA no solo no garantiza el derecho a emitir publicidad cuando no se cumplan con lo anterior, sino que lo prohíbe y lo tipifica como una sanción administrativa de carácter grave en su artículo 58.7.

3.2 Concurrencia del tipo infractor.

Los incumplimientos en que ha incurrido NET TV consisten en:

PELÍCULA	CANAL	FECHA	HORA DE INICIO	DURACIÓN	N.º INTERRUPTIONES EMITIDAS	EXCESO DE INTERRUPTIONES
DOA: death or alive	Paramount Channel	30/07/2015	20:50:17	76'	3	1
Bajo el hielo	Paramount Channel	23/08/2015	20:08:38	90'	4	1
Delta Force	Paramount Channel	25/08/2015	22:30:28	120' 40"	5	1

A la vista de las interrupciones publicitarias emitidas en estas películas y su duración, es evidente que el prestador del servicio audiovisual ha incumplido lo preceptuado en la Ley.

Estas conductas constituyen vulneraciones del régimen de interrupciones publicitarias establecido en el artículo 14.4, párrafo 2.º, de la LGCA, lo que se subsume en el tipo infractor grave del artículo 58.7 de la LGCA.

3.3 Sobre la autonomía de cada ilícito.

NET TV señala en su escrito de alegaciones que la conducta infractora que se le imputa se corresponde con una única infracción, atendiendo a que existe un único error cometido causante de los excesos, además de reunir los requisitos previstos en el artículo 4.6, párrafo segundo, del Reglamento del Procedimiento Sancionador⁶, para ser considerada la conducta infractora como continuada.

El hecho de que sea el mismo error técnico el causante de los excesos de interrupciones o que idéntico error ha desplegado sus efectos ilícitos en tres momentos distintos, no implica que se haya cometido una única infracción pues esa interpretación no se corresponde con el tipo infractor. Recordemos que el párrafo segundo del artículo 14.4 de la LGCA establece una limitación activa; esto es, que dependiendo de la duración de la película se determina el número de interrupciones publicitarias permitidas. Por lo tanto, la infracción se produce en cada emisión de película interrumpida en exceso.

⁶ El artículo 4.6, segundo párrafo, del Reglamento del Procedimiento Sancionador dispone que *“asimismo, 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.”*

Tampoco cabe entender que la identidad del error causante del exceso de interrupciones sea un elemento o requisito determinante para considerar la conducta infractora como una única infracción continuada.

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 complementarse 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 programación de la publicidad responde a procesos individualizados y distintos por cada emisión de programa o, en otras palabras, la conducta infractora se agota en cada largometraje en cuya emisión se programó *ad hoc* un exceso de interrupciones publicitarias.

Además, téngase presente que la doctrina de la “infracción continuada” y su redacción en el Reglamento del Procedimiento Sancionador deriva de la doctrina penal sobre el “delito continuado”. En el ámbito del derecho penal, el delito continuado funciona como un correctivo de graduación al alza de la pena. No obstante, en el ámbito del Derecho Administrativo, tal agravación de la infracción por su carácter continuado, no existe. Precisamente, en el ámbito del Derecho Administrativo, la figura de la infracción continuada es evitar⁷ que el infractor se vea favorecido por la escasa entidad de la sanción por la comisión de acciones ilícitas consideradas de forma autónoma. Por tal, se debe atender a las circunstancias de cada caso concreto para asegurar que la aplicación de la citada figura no contravenga el principio de proporcionalidad.

En este caso concreto, de acoger la interpretación que pretende NET TV para determinar el carácter continuado de los distintos excesos de interrupciones publicitarias, llegaría al absurdo por desproporcionado con el fin preventivo y

⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2010 (recurso 698/2008), confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de julio de 2013 (recurso 6965/2010), para modificar la calificación de las infracciones como autónomas o individuales. Dicha Sentencia señala lo siguiente: “Como conclusión el Tribunal estima inaplicable, al presente caso, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993 porque comportaría contravención de la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción; porque, por la singular naturaleza económica de la actividad, iría en fomento de la infracción en lugar de operar el principio de prevención (general y especial); y porque incluso, en los casos límite, pueden verse afectados bienes de carácter personal como la libertad referida a los actos de consumo.”

disuasorio propio del derecho punitivo. En efecto, de aplicarse una única sanción por los tres excesos de interrupciones producidos, supondría un precedente interpretativo por el que se impondría una única sanción con independencia del número de interrupciones excesivas que se introduzcan, bien por emisión o en múltiples emisiones. Lo que corresponde apreciar es que NET TV ha aprovechado distintas oportunidades para materializar idéntica infracción.

Por todo cuanto antecede, se considera que se ha producido la comisión de tres infracciones administrativas graves tipificadas en el artículo 58.7 de la LGCA, al haberse vulnerado el régimen de interrupciones publicitarias establecido en el artículo 14.4, párrafo 2.º, de la LGCA, por haber emitido una interrupción de más en cada una de las películas mencionadas.

IV. Responsabilidad de la infracción.

Con carácter general, NET TV es responsable de los contenidos que emite, en aplicación de lo previsto por el artículo 61 de la LGCA 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. Esta exigencia de responsabilidad está relacionada con que el sector audiovisual es un sector altamente especializado y con que NET TV, 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 prestador del servicio de comunicación audiovisual quien debe poner todos los medios necesarios para cumplir con sus obligaciones legales con el fin de garantizar los derechos de los usuarios del servicio de televisión, derechos que en todo caso deben prevalecer frente a los intereses particulares del prestador en relación con el mercado publicitario. Por lo tanto, es su obligación respetar la integridad de los programas realizando, como máximo, el número de interrupciones publicitarias que permite la LGCA y es que NET TV, como prestador del servicio de comunicación audiovisual, cuenta con expertos profesionales que deben poner la máxima diligencia en el cumplimiento de la normativa.

Resulta de aplicación al presente caso, la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual, el error de un profesional que versa sobre el conjunto de deberes que son inherentes a su profesión no es causa de exoneración y se presume *iuris et de iure* que los conoce, por lo que jurídicamente cabría calificar dicho error como vencible en atención a las circunstancias personales del autor (SSTC 219/1989 y 93/1992).

Los diversos errores técnicos alegados por NET TV , en las páginas 12 y 13 de su escrito de 23 de diciembre de 2015 (folios 149 a 150)⁸, que acreditan su falta de intencionalidad en la conducta infractora y que han sido causantes de los incumplimientos así como el reducido número de emisiones de películas en las que se han producido los excesos de interrupciones publicitarias en comparación con el total de películas emitidas durante el año 2015 por el canal, no resultan aceptables por cuanto que el prestador es el responsable de todas las emisiones de programas y publicidad, y como tal, dispuso de la oportunidad de evitarlos utilizando la diligencia debida en la asignación del número de interrupciones e instruyendo al técnico en el manejo de los procedimientos habituales de la herramienta informática. De hecho, parece que los mencionados errores los han subsanado con posterioridad, tal y como manifiesta NET TV en la página 13 del citado escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de fecha 23 de diciembre de 2015 (folio 150).

En todo caso, el prestador de servicios de comunicación audiovisual debe tener un control sobre los tiempos de emisión constituyendo, en caso contrario, supuestos de negligencia en su actuación, únicamente salvables en casos de sucesos imprevistos e inevitables 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, sucesos imprevistos que no concurren en este caso. Y más aún, cuando ya se había apercibido al prestador del servicio, mediante Resolución de la CNMC de 11 de junio de 2014, por la que se requería a NET TV y se le daban diez días para adoptar las medidas oportunas para que en las emisiones de películas para televisión y largometrajes se respetase el número máximo de interrupciones publicitarias tras detectar incumplimientos en sus emisiones.

En definitiva, 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.

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

⁸ En síntesis, el error alegado consistió en que el técnico encargado de la asignación del número de interrupciones dentro de las películas durante el periodo estival se equivocó, asignando en los tres casos una interrupción de más a la legalmente permitida; asimismo, desconocía el manejo habitual de la herramienta informática de asignación de interrupciones, utilizando, según se alega, un procedimiento distinto al habitual y con comportamientos ignorados por NET TV

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 (especialmente, folios 64 a 75), y en aplicación de lo establecido en el art. 61 de la LGCA, la responsabilidad por las infracciones le corresponde a NET TV 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 NET TV es responsable de la comisión de tres infracciones administrativas graves, tipificadas en el artículo 58.7 LGCA, por el exceso de interrupciones publicitarias durante la emisión de tres películas.

V. Cuantificación de la sanción.

El artículo 58.7 de la LGCA dispone que *“Son infracciones graves: (...) 7. El incumplimiento del resto de las condiciones establecidas en esta Ley para la realización de las distintas formas de comunicación comercial previstas en los artículos 14, 15, 16 y 17 que no estén incluidas en la tipificación del apartado anterior. (...)”*

Por su parte, el artículo 60.2 de la LGCA prevé lo siguiente: *“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.”*

De lo anterior se deduce que las sanciones a imponer, al tratarse de infracciones graves, han de estar comprendidas entre 100.001 y 500.000 euros y que para su individualización se deberán tener en cuenta los criterios generales de graduación previstos en la LRJPAC y la LGCA.

El artículo 131.3 de la LRJPAC prevé los siguientes criterios generales de graduación de las sanciones:

“(...) se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”*

Y el artículo 60.4 de la LGCA prevé una serie de criterios específicos de graduación de las sanciones en el ámbito de las comunicaciones audiovisuales:

“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.”

NET TV señala en su escrito de alegaciones de 23 de diciembre de 2015 que esta Comisión no ha tenido en cuenta en la propuesta de Resolución las circunstancias concurrentes en este caso concreto, a la luz de los criterios antes expuestos, que atenúan la gravedad de del ilícito para garantizar la proporcionalidad de la sanción.

En relación con los criterios previstos en el artículo 131.3 de la LRJPAC, intencionalidad, en contra de lo expuesto por NET TV, esta Comisión sí ha tenido en cuenta la falta de intencionalidad al considerar la cuantía de las sanciones en su grado mínimo sin que por ello quepa exculparla de la responsabilidad por la infracción cometida. Tal y como hemos señalado en el anterior Fundamento de Derecho, los errores técnicos causantes de la conducta infractora no excluyen de la culpabilidad en su aspecto negligente. En cuanto a la naturaleza de los perjuicios causados, NET TV considera que no se ha causado perjuicio alguno a los telespectadores. Sin embargo, tal afirmación debe rechazarse a la luz del fin perseguido por el legislador como es el de garantizar la integridad de los programas. En efecto, tal y como antes hemos señalado, el legislador ha autorizado la introducción de publicidad como algo extraordinario. Y siempre que dicha introducción de publicidad se atenga a los límites previstos, considera el legislador que no se afecta la integridad de los programas. En este caso, los límites se han superado y, consecuentemente, se ha afectado la integridad de los programas y, en consecuencia, el régimen de protección de los derechos de los telespectadores.

En relación con los criterios previstos en el artículo 60.4 de la LGCA, en especial respecto de la repercusión social del ilícito, debe señalarse que la repercusión social sí se ha tenido en cuenta considerando la audiencia media

de telespectadores que tuvieron⁹ los programas en cuyas emisiones se excedieron las interrupciones publicitarias permitidas.

Por otra parte, en cuanto al beneficio obtenido por la comisión de las infracciones, debe de tenerse en cuenta que durante las interrupciones publicitarias en ningún caso se excedió del cómputo de los doce minutos por hora de reloj, lo que supone que el beneficio obtenido por la comisión de la infracción es nulo, pues NET TV hubiera podido distribuir las comunicaciones comerciales en las interrupciones correspondientes según la duración de la película para respetar su número máximo pero aumentando su duración sin sobrepasar los 12 minutos por hora de reloj.

La anterior no anula la ilicitud de la conducta, pero justifica la atenuación de la sanción al tenerse en cuenta esta circunstancia para cuantificarla de una forma más adecuada al bien jurídico al que sirve el tipo sancionador y reducir al mínimo las sanciones respecto de las propuestas en el trámite de audiencia.

Por otra parte, NET TV solicita que se imponga una sanción correspondiente a las infracciones leves, por ser la inferior en grado, en aplicación del principio de proporcionalidad. Sin embargo, la LGCA no prevé tal posibilidad y tratándose de una norma vigente, esta Comisión está sujeta a observarla y cumplirla en sus estrictos términos. Por lo tanto, tal solicitud debe ser rechazada.

En definitiva, a los hechos objetivos y consideraciones expuestas, ha de concluirse, por una parte, que la contravención del límite establecido en el artículo 14.4, párrafo 2.º, de la LGCA, se considera infracción grave, conforme al artículo 58.7 de la citada Ley, y que en la graduación de las sanciones a imponer se han tenido en cuenta los criterios legales que a tal efecto establecen los artículos 131.3 de la LRJPAC y 60.2 y 4, de la LGCA, valorándose circunstancias ya expuestas, como la repercusión social en función del periodo en el que se emitió y de la audiencia, el número de interrupciones publicitarias (una de más por cada emisión), los tiempos que restaban de duración prevista para que hubiera sido admisible una interrupción adicional, el nivel de afectación a la integridad del programa en el que se emitieron y el beneficio obtenido por NET TV por la comisión de las infracciones.

⁹ Se han unido al expediente los informes de audiencias de los largometrajes emitidos (folio xx) con filtro de ocupación publicitaria, esto es, sin considerar los espectadores que dejaron de ver la televisión durante la emisión de la publicidad, proporcionado por la empresa KANTAR MEDIA, a cuyo tenor:

PELÍCULA	CANAL	FECHA	HORA DE INICIO	HORA DE FIN	DURACIÓN	AM (000)
DOA: death or alive	Paramount Channel	30/07/2015	20:50:17	22:30:22	76'	263
Bajo el hielo	Paramount Channel	23/08/2015	20:08:38	22:03:09	90'	282
Delta Force	Paramount Channel	25/08/2015	22:30:28	25:01:28	120' 40"	238

De acuerdo con todo lo anterior, se considera que en tales circunstancias la multa a imponer por cada una de las infracciones debe ascender al importe mínimo previsto en la Ley para las infracciones graves, esto es, 100.001 €.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar a **SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S.A.**, responsable de la comisión de tres (3) infracciones administrativas de carácter grave, por haber emitido en su canal PARAMOUNT CHANNEL, las películas “DOA: DEAD OR ALIVE”, emitida el 30 de julio de 2015, de 20:50:17 h. a 22:30:22 h.; “THE RIVER KING”, emitida el 23 de agosto de 2015, de 20:08:38 h. a 22:03:09 h.; y “THE DELTA FORCE”, emitida el 25 de agosto de 2015, de 22:30:28 h. a 01:01:28 h. del día siguiente, con una interrupción publicitaria adicional a las legalmente establecidas según sus duraciones previstas, lo que infringe lo dispuesto en el artículo 14.4, párrafo 2.º, de la LGCA.

SEGUNDO.- Imponer a la SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S.A., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58.7 de la citada LGCA, que califica estas infracciones como de carácter grave, 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, tres multas por importe global de 300.003 € (trescientos mil tres euros) según el detalle que figura en el Fundamento de Derecho V 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.

VOTO PARTICULAR DEL CONSEJERO EDUARDO GARCÍA MATILLA A LA RESOLUCIÓN DE LA SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S. A., POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 14.4 DE LA LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL. (SNC/D TSA/042/15/NET TV)

Argumentos que justifican mi voto en contra de la sanción impuesta a la Sociedad Gestora de TV NET TV, S.A.

Primero.

Los topes mínimos de las sanciones deberían poder modularse en función de la dimensión de las diferentes empresas.

Artículo 60. Sanciones

(...) 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.

La LGCA establece un sistema de sanciones que, sin tener en cuenta la diferencia sustancial existente en la dimensión de las empresas de TV sometidas a este régimen, marca unos topes máximos y mínimos únicos e inamovibles de las multas, en función de la supuesta gravedad de las infracciones cometidas.

Estos topes, sin duda concebidos inicialmente para las grandes empresas de TV que operan en España (con altísimos ingresos publicitarios y estructuras muy potentes de gestión), resultan sin embargo desproporcionados para canales temáticos con ingresos publicitarios y audiencias muy limitadas y sin posible comparación con las dos compañías privadas que lideran el sector. Esta espectacular diferencia se ha ampliado todavía de forma más significativa a partir de las fusiones autorizadas en los años posteriores a la aprobación de la LGCA.

Segundo.

El tope de las sanciones debería también poder modularse en función de la gravedad de las conductas y del impacto real sobre el derecho que se pretende proteger.

En el caso que nos ocupa parece poco justificable que se aplique una sanción mínima de 300.000 euros a una conducta con escasa gravedad real, sin unos beneficios derivados de la infracción significativos para el operador y un impacto muy reducido para los espectadores, a los que trata en definitiva de proteger la Ley.

El que en un canal temático, que solo emite largometrajes (más de 3.600 en un año), en TRES de las películas programadas haya superado en UNO el

número de cortes publicitarios permitidos por la Ley, es indudablemente un tema menor, que no puede compararse con otras conductas ilícitas de elevada gravedad (como las relacionadas con menores, con la publicidad encubierta o con los contenidos que puedan fomentar la violencia de género o el consumo de drogas en adolescentes) y que, sin embargo, tienen los mismos toques en las cuantías mínimas de las multas.

Tercero.

¿Cuál es la justificación para que todos los largometrajes y películas para TV tengan unas limitaciones en la inserción de publicidad superior al de otros contenidos?

Artículo 14 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual:

La transmisión de películas para la televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), largometrajes y programas informativos televisivos podrá ser interrumpida una vez por cada periodo previsto de treinta minutos. En el caso de los programas infantiles, la interrupción es posible una vez por cada periodo ininterrumpido previsto de treinta minutos, si el programa dura más de treinta minutos.

Artículo 2 de la LGCA: Definiciones.

17. Películas cinematográficas de largometraje.

La película cinematográfica que tenga una duración de sesenta minutos o superior, así como la que, con una duración superior a cuarenta y cinco minutos, sea producida en soporte de formato 70 mm., con un mínimo de 8 perforaciones por imagen.

(...)

19. Película para televisión.

La obra audiovisual unitaria de ficción, con características creativas similares a las de las películas cinematográficas, cuya duración sea superior a 60 minutos e inferior a 200 minutos, tenga desenlace final y con la singularidad de que su explotación comercial esté destinada a su emisión o radiodifusión por operadores de televisión y no incluya, en primer término, la exhibición en salas de cine. Cuando sea oportuno en razón de su duración, podrá ser objeto de emisión dividida en dos partes.

Sería necesario revisar también la justificación de las obligaciones impuestas por la LGCA en este capítulo. Limitar los cortes publicitarios en los programas informativos tiene sentido para evitar injerencias de las empresas anunciadas en los contenidos de las noticias, y respetar la independencia y la imparcialidad de estos espacios. También parece lógico limitar la saturación publicitaria en los programas infantiles para proteger a los menores. Sin embargo, es muy cuestionable que los largometrajes y las películas para TV se consideren productos que, en todos los casos, deben protegerse de la publicidad solamente por el tipo de soporte en el que están realizados y/o su duración.

En la actualidad parece difícilmente defendible que películas de escasísima calidad tengan también un tratamiento como si se tratara de productos culturales de primer orden a los que hay que proteger de la publicidad.

Los cambios radicales y acelerados que se están produciendo en el sector de la TV, incluidos los que afectan a los soportes de producción y distribución de las obras audiovisuales, exigirían una actualización de las normas para adecuarlas a estas transformaciones, defendiendo mejor a los espectadores y evitando resultados tan cuestionables como la sanción a la que se refiere este voto particular.

Madrid, 20 de marzo de 2016.

Eduardo García Matilla
Consejero de la CNMC