



Universidad de Valladolid

**Facultad de Ciencias Económicas y
Empresariales**

Trabajo de Fin de Grado

**Grado en Marketing e Investigación de
Mercados**

**Publicidad en el sector audiovisual
en España. Actuaciones de la CNMC**

Presentado por:

César Arribas Calvo

Tutelado por:

Vicente Mambrilla Rivera

Valladolid, 29 de Junio de 2020

RESUMEN

Las actuaciones que ha venido desarrollando en los últimos años la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) frente al sector audiovisual español ha originado una disyuntiva que puede marcar el futuro de la publicidad en este sector. Por un lado, mantener un modelo en el que predominen los grandes operadores de televisión privados, Mediaset y Atresmedia, cuyas prácticas en torno a la publicidad han sido consideradas en muchas ocasiones motivo de infracción y sanción por parte de la CNMC, al considerar que perjudican la libre competencia porque actúan prácticamente como un “duopolio” televisivo; o, por el contrario, cambiar radicalmente el mercado televisivo español, poniendo fin a estas prácticas y fomentando una mayor participación de terceros actores, entre los que se encontrarían las televisiones nacionales con menor cuota de mercado, autonómicas, locales e internacionales.

PALABRAS CLAVE: Publicidad, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), Televisión, Sector audiovisual.

CLASIFICACIÓN JEL: K21 (Derecho de la Competencia), K42 (Conducta ilegal y aplicación de la ley), D18 (Protección del consumidor), M37 (Publicidad), M38 (Política pública y regulación).

ABSTRACT

The actions that the National Commission on Markets and Competition (CNMC) have been carrying out in recent years against the Spanish audiovisual sector have led to a disjunction that can mark the future of advertising in this sector. On the one hand, maintain a model in which the large private television operators, Mediaset and Atresmedia, whose practices around advertising have often been considered a cause for infringement and sanction on the part of the CNMC, considering that they harm free competition because they act practically as a television "duopoly"; or, on the other hand, radically change the Spanish television market, ending these practices and encouraging greater participation of third-party players, including national televisions with lower market share, regional, local and international.

KEY WORDS: Advertising, National Commission on Markets and Competition (CNMC), Television, Audiovisual Sector.

JEL CLASSIFICATION: K21 (Competition Law), K42 (Illegal Conduct and Law Enforcement), D18 (Consumer Protection), M37 (Advertising), M38 (Public Policy and Regulation).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
1.1. Introducción y Objetivos.....	5
1.2. Metodología y Estructura	6
2. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LA ACTUACIÓN DE LA CNMC	7
2.1. Concepto, funciones y desarrollo de la CNMC	7
2.2. Marco legal del sector audiovisual en España	9
3. ACTUACIONES DE LA CNMC EN EL SECTOR AUDIOVISUAL ESPAÑOL	13
3.1. Conceptos generales	13
3.2. Evaluación de las actuaciones de la CNMC en el sector audiovisual español	18
4. ASPECTOS PRÁCTICOS	22
4.1. Empresas más destacadas del sector audiovisual español.....	22
4.2. Algunos casos reales y posibles soluciones.....	26
5. CONCLUSIONES.....	32
6. BIBLIOGRAFÍA.....	36

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Introducción y Objetivos

Tal como viene recogido en el Preámbulo de la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual, “la industria audiovisual se ha convertido en los últimos años en un sector cada vez con mayor peso y trascendencia para la economía”, lo cual ha provocado que “los contenidos audiovisuales y su demanda formen parte de la vida cotidiana del ciudadano actual”. Sin embargo, en las últimas dos décadas ha irrumpido un importante competidor en contenidos como es Internet, con mayor presencia si cabe en los hogares españoles.

Esto da como resultado que los modelos de negocio audiovisuales tengan que evolucionar para seguir compitiendo en el mercado. Así se establece en el Preámbulo de la ley arriba mencionada, explicando que “la normativa tiene que evolucionar con los tiempos y adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos” a través de la regulación a “medio y largo plazo, con criterios que despejen incertidumbres y den seguridad a las empresas, con la intención de proteger al ciudadano de posiciones dominantes de opinión o de restricción de acceso a contenidos universales de gran interés o valor”.

Los objetivos del presente trabajo principalmente van a ser cuatro:

- Primero se tratará de poner en contexto las actuaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) dirigidas al sector audiovisual español. Se dará a conocer el organismo regulador, explicando las funciones que desarrolla así como una breve explicación del desarrollo de sus actuaciones en los últimos años. Luego se analizará el marco legal del sector audiovisual en España, frente al que actúa la CNMC en caso de que se incumpla.
- Segundo, se analizarán con detalle las actuaciones de la CNMC frente al sector audiovisual español en caso de incumplimiento de la legislación vigente en materia de competencia y publicidad, no sin antes definir una serie de conceptos generales para comprender mejor el mercado audiovisual.

- En tercer lugar se darán a conocer casos reales en los que las empresas mencionadas contravienen las indicaciones del organismo regulador, lo que produce disputas legales en la configuración del mercado televisivo.
- Por último, se aportarán una serie de conclusiones para tomar conciencia de cómo se vislumbra el futuro de la televisión en España, tratando de comprender las posturas de ambas partes.

1.2. Metodología y Estructura

A la hora de desarrollar el presente trabajo se ha realizado una búsqueda de información, basada en fuentes jurídicas, para comprender mejor las actuaciones de la CNMC ante las conductas de los operadores en el mercado audiovisual y de la publicidad.

Este material jurídico se resume en seis leyes, de ámbito europeo y nacional, que están destinadas a permitir la libre competencia entre empresas, defender a los consumidores y usuarios, y a delimitar el funcionamiento y los contenidos del sector audiovisual y publicitario en España. Son las siguientes:

- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP, constituye la norma fundamental de la publicidad comercial en España).
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley de Defensa de la Competencia).
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios).
- Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante, Ley de Competencia Desleal).
- Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA).
- Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a servicios de comunicación audiovisual (única normativa europea que se ve en el trabajo, en adelante Directiva UE 2018/1088).

También se ha buscado información sobre casos reales de empresas televisivas que presuntamente han incumplido estas leyes en los últimos años, lo cual puede dar pistas de cómo evolucionará el sector audiovisual español en el futuro. Esta búsqueda se ha basado en noticias de periódicos digitales nacionales, que siguen a diario la información que afecta al mercado televisivo.

Por último, se han utilizado fuentes de información relativas al funcionamiento de la CNMC y de los operadores televisivos, para poder conocer qué actores intervienen en el sector audiovisual. Esta información se ha extraído de las páginas web de cada organismo y operador audiovisual.

2. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LA ACTUACIÓN DE LA CNMC

2.1. Concepto, funciones y desarrollo de la CNMC

La CNMC es un “organismo que promueve y defiende el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los consumidores y las empresas”. Es un ente “público con personalidad jurídica propia, independiente del Gobierno y sometido a control parlamentario. Entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013” y regula sectores como el de las telecomunicaciones, energía, servicio postal, ferroviario, aeroportuario y el de medios audiovisuales (Página oficial CNMC, 2020).

Para llevar a cabo investigaciones sobre conductas delictivas en materia de competencia, este organismo cuenta con “la Dirección de Investigación de la CNMC” como “órgano competente para la iniciación e instrucción del procedimiento sancionador”, y con el “Consejo de la CNMC, para la resolución del mismo” (Ley Defensa de la Competencia, artículo 70.2).

En definitiva, se encarga de promover y proteger “una competencia efectiva entre las empresas” en el territorio nacional, lo cual “constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado”. Además regula “la actuación de las [mismas] y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes”, según queda reflejado en el Preámbulo de la Ley de Defensa de la Competencia.

En el plano europeo, su creación está permitida por el artículo 30 de la Directiva UE 2018/1808, que facilita la “creación de organismos nacionales para el control de diversos sectores de interés general”, entre ellos el audiovisual.

También son importantes el artículo 30 bis relativo a la cooperación de los organismos nacionales con los europeos, en la que “la Comisión europea actuará como representante” de estos últimos; y el artículo 30 ter, referente al “Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual (ERGA)”, el cual estará “integrado por los organismos reguladores nacionales y cuyas funciones serán el asesoramiento a la Comisión Europea, la colaboración en prácticas que regulen el servicio de comunicación audiovisual y la emisión de informes sobre actividades encaminadas a potenciar el sector” audiovisual.

Con todo esto, los órganos competentes para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia son la CNMC, los propios de cada Comunidad Autónoma y el Consejo de Ministros (Ley de Defensa de la Competencia, artículos 12-14). Los dos primeros actuarán coordinados (artículo 15) y, de darse el caso, también con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados Miembros y con la Comisión Europea (artículo 18).

En sus siete años de funcionamiento, la CNMC ha sufrido numerosas críticas, motivadas por un ambiente de constante innovación en sectores punteros como las telecomunicaciones, energía, ferroviario, aeroportuario y, especialmente (como se analiza en este trabajo), en el de medios audiovisuales.

En lo relativo a este último, se le ha achacado una excesiva regulación en el “mercado de la publicidad hacia los operadores televisivos privados [Mediaset y Atresmedia principalmente], que contrasta con el mostrado hacia otros competidores potenciales como Netflix, HBO o Amazon Prime Video, en un momento en el que se están produciendo descensos en la facturación de estas cadenas en abierto por ingresos publicitarios” (El Mundo, 10/10/2019). Este argumento se sustenta en declaraciones de los actores perjudicados, que se analizan posteriormente.

Sin embargo, en los estatutos de la CNMC (Página oficial CNMC, 2020), se recoge que el organismo regulador “tiene por objetivo fomentar la libre competencia entre los operadores televisivos, para que no se produzcan discriminaciones” contempladas en la ley (se ven en el apartado 2.2).

Esto ha dado lugar a dos posturas enfrentadas, que actualmente se encuentran envueltas en disputas legales y que pueden determinar el futuro del sector dependiendo de la resolución de estos litigios.

Además, aunque Mediaset y Atresmedia, principales operadores televisivos españoles, reciban acusaciones por parte de los operadores perjudicados de practicar un “pseudo-duopolio” encubierto, no se han producido concentraciones económicas de gran importancia estratégica en el sector audiovisual (tal y como se definen en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia), ya que ninguna de ellas por separado dispone de “más del 30 % de la cuota de mercado nacional”. Por lo que no sería legal que el Estado interviniese en ese mercado ya que, si no pactan entre ellas, se permite una relativa competencia en el mismo y la CNMC podría aportar ayudas públicas para fomentar la competencia en aquellos sectores donde tenga jurisdicción y fuese necesario (artículo 11, Ley de Defensa de la Competencia).

2.2. Marco legal del sector audiovisual en España

Actualmente, en el régimen jurídico español existen una serie de leyes europeas y nacionales que se encargan de regular las actuaciones del sector audiovisual y publicitario, y que afectan directamente a los agentes publicitarios, anunciantes y medios de comunicación que actúan en los mismos (los cuales se definen en el apartado 3.1).

Hay que destacar que “las normas jurídicas que configuran el Derecho de la Publicidad en España son la Ley de Competencia Desleal, la LGCA y la LGP, así como las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias” (La legislación publicitaria, material docente). A continuación se describen someramente los contenidos de cada una:

- ❖ En la LGP y la Ley de Competencia Desleal existen mecanismos de coordinación para una mayor eficacia legislativa en la resolución de

conductas delictivas y para el fomento de la libre competencia en el sector publicitario.

La principal conducta delictiva que ambas leyes se encargan de investigar es la competencia desleal. Según el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal, “se reputa desleal todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe, es decir, el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la competencia y a los cuidados especiales que cabe esperar de él, conforme a las prácticas honestas del mercado, y que distorsione de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”.

Cabe en este grupo, como acto de competencia desleal, la publicidad ilícita, en la que la LGP, en su artículo 3, considera cinco tipos diferentes (La legislación publicitaria, material docente):

- Publicidad engañosa: “suele incluir información equivocada o claramente falsa sobre un bien o servicio en particular, con intención de generar confusión en el público y alterar su comportamiento como consumidor” (Economipedia).
- Publicidad subliminal: aquella que “puede actuar sobre el público sin ser conscientemente percibida por ellos mediante técnicas sensoriales” (artículo 4, LGP).
- Publicidad sobre determinados bienes o servicios (sanitarios, medicamentos, bebidas alcohólicas,...), ya que infringe las normas de determinados sectores.
- Publicidad agresiva o que vulnere los derechos de las personas.
- Publicidad desleal (aquella que emplea actos desleales, ya explicados).

Además, la LGP se encarga de definir una serie de conceptos muy útiles para entender el funcionamiento del mercado de la publicidad, que se ven en el apartado 3.1.

- ❖ LGCA: como viene recogido en su Preámbulo, esta ley “articula la reforma del sector [audiovisual] y dota a España de una normativa acorde con los tiempos, coherente, dinámica, liberalizadora y con garantías de control

democrático, y de respeto y refuerzo de los derechos de los ciudadanos, de los prestadores y del interés general”.

Su misión es “dar seguridad jurídica a la industria [audiovisual] y posibilitar la creación de grupos empresariales audiovisuales con capacidad de competir en el mercado europeo, y la apertura regulada de nuevos modelos de negocio como son la Televisión Digital Terrestre de pago, la Alta Definición y la Televisión en Movilidad; y hacerlo garantizando también, el pluralismo y la protección de los derechos ciudadanos”.

Por último, esta ley “fija unas reglas de transparencia y competencia claras en un contexto de convivencia del sector público con el privado, y de liberalización de la actividad audiovisual”.

También se tendrán en cuenta la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios para permitir la libre competencia en el mercado audiovisual y la protección de los consumidores ante las prácticas empresariales, respectivamente:

- ❖ Ley de Defensa de la Competencia: establece en su artículo 41.2 que si se incumpliesen aquellas “obligaciones, resoluciones o acuerdos de la CNMC, el Consejo de la CNMC resolverá, a propuesta de su Dirección de Investigación, sobre la imposición de multas sancionadoras y coercitivas, sobre la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento y, en su caso, sobre la desconcentración” de las empresas infractoras.

Estas resoluciones “podrán contener (artículo 53.2):

- a) Orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado.
- b) Imposición de condiciones u obligaciones, ya sean estructurales o de comportamiento, dependiendo de la gravedad de las acciones.
- c) Orden de remoción (pérdida o privación legal de cargos) de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público.
- d) Imposición de multas.
- e) Archivo de las actuaciones, si se cumplen una serie de supuestos.
- f) Y cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice esta Ley”.

Ante esto, cabe mencionar que existen una serie de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, como son las colusorias (artículo 1), que son “todo acuerdo o práctica concertada, que pueda impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en”, por ejemplo “la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores [por ejemplo: pequeños operadores audiovisuales] en situación desventajosa frente a otros [por ej.: Atresmedia y Mediaset]”, como ocurre en el caso de las extraprimas, la cuota mínima o el simulcast, prácticas que se explican posteriormente (apartado 4.1).

También se encuentra la conducta relativa al abuso de posición dominante (artículo 2), que es “la explotación abusiva por parte de las empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional” como por ejemplo en el caso de “la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”. Ejemplo de esta práctica es el paquete completo publicitario, que va aparejado a la cuota mínima, el cual se analiza en el apartado 4.1.

Y otra conducta prohibida es el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (artículo 3), los cuales ya se han explicado en el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal.

- ❖ Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios: en sintonía con todo lo anterior, según establece en su artículo 49.1 i), l) y m), serán tipificadas como infracciones en esta materia, entre otras, la “introducción de cláusulas abusivas en los contratos”, el “uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios” y “las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios”.

Ante estas conductas se establecerán una serie de sanciones, las cuales se podrían aplicar a las empresas audiovisuales acusadas de cometer aquellas que sean graves (las mayoritarias en este trabajo, aunque también se den las leves y las muy graves, en ocasiones), “que rondarán entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el

quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de infracción” (artículo 51.b). No obstante, estas sanciones son muy inferiores en comparación con las que puede imponer la CNMC, las cuales se ven posteriormente en los casos reales (apartado 4.2).

Por último se analiza la Directiva UE 2018/1088. A pesar de que existe una variada legislación europea en el ámbito audiovisual y publicitario, la más consolidada y actualizada de todas es esta Directiva, la cual fue aprobada por el Parlamento europeo y el Consejo, por la que se modificaba la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. Este es su nombre completo y resulta útil a la hora de analizar el mercado europeo en el que operan las empresas audiovisuales, cuyo mandato se encarga de aplicar la CNMC en España.

Esta Directiva introduce cambios notables “en distintos ámbitos del mercado interior, los cuales presentan una intensa interrelación entre sí”, como son, en lo que aquí respecta, “la competencia desleal, la publicidad, la protección de los consumidores y el comercio minorista” (Ley de Competencia Desleal, Preámbulo I).

Y, además, en el artículo 4.1 de esta Directiva se dice que “los Estados miembros tendrán la facultad de exigir a los prestadores de servicios de comunicación (o medios de publicidad) sujetos a su jurisdicción, el cumplimiento de normas más estrictas o detalladas en los ámbitos coordinados por la presente Directiva, siempre y cuando dichas normas sean conformes al Derecho de la Unión”.

3. ACTUACIONES DE LA CNMC EN EL SECTOR AUDIOVISUAL ESPAÑOL

3.1. Conceptos generales

Antes de detallar las actuaciones de la CNMC en este sector, se hace necesario comprender una serie de términos, los cuales vienen recogidos en el

artículo 8 de la LGP. Comenzaremos por los sujetos intervinientes en este mercado:

- Anunciante: “persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad”. Puede ser cualquier empresa, institución o persona que quiera dar a conocer su producto o servicio.
- Agencias de publicidad: “personas naturales o jurídicas que se dedican profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante”. En España, “el 95 % la realizan diez agencias, cuyos máximos representantes son A3 Advertising y Publiespaña”, relacionadas con Atresmedia y Mediaset España, respectivamente (The World News, 13/11/2019).
- Medios de publicidad: “personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, de manera habitual y organizada, se dedican a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostentan”. Los principales en el mercado televisivo son los que ostentan Atresmedia, Mediaset España y TVE (este último con excepciones impuestas por ley, al ser un organismo público; se ven más adelante). También se les conoce con el nombre de prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

Además en el artículo 2 de la LGCA se encuentran definidos:

- ❖ Prestador del servicio de comunicación audiovisual (o medios de publicidad): “persona física o jurídica que tiene el control sobre la selección de los programas y contenidos así como su organización en un canal o catálogo de programas y la emisión de comunicaciones comerciales. El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual también recibirá esta consideración. Lo presta a través de la televisión [a petición y en movilidad] y a través de la radio [a petición y en movilidad]”.

Cabe resaltar que, según el artículo 43.3 de la misma ley, “los prestadores de televisión de titularidad pública no podrán dedicar canales exclusivamente a emitir comunicación comercial”. A pesar de esta restricción, “los Estados miembros podrán adoptar medidas para garantizar la adecuada prominencia de los servicios de comunicación audiovisual de

interés general”, según establece la Directiva UE 2018/1808 en su artículo 7.bis.

No obstante, el artículo 13.2 de la misma dice que “los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir programas o anuncios que informen sobre su programación. Estos no se considerarán comunicación comercial a los efectos de esta Ley. Sin embargo, para la comunicación audiovisual televisiva, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos no podrá superar los 5 minutos por hora de reloj y sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial” (se verá la importancia de esta restricción en el apartado 4.2).

Y, según el artículo 14.1, los prestadores tendrán “el derecho a emitir mensajes publicitarios” y podrán ejercerlo “mediante la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. Para el cómputo de esos 12 minutos se tendrá sólo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento de producto. También se excluirá del cómputo la telepromoción cuando el mensaje individual de la telepromoción tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario y el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj”.

Los conceptos de mensaje publicitario, televenta, patrocinio, emplazamiento de producto y telepromoción se definen más adelante en este apartado.

- ❖ Prestador de la plataforma de intercambio de vídeos: está experimentando un rápido crecimiento y se dedica a la aportación de contenidos independientes a través de Internet o de plataformas de pago. Constituye una competencia incipiente en el mercado de los operadores televisivos y también está sujeto a la regulación europea que se emplea frente a los servicios de comunicación audiovisual.

Así, el art. 28 ter. 5 de la Directiva UE 2018/1808 estipula que “los Estados miembros establecerán los mecanismos necesarios para evaluar la idoneidad de las medidas” dirigidas al prestador de la plataforma de

intercambio de vídeos. Dichos Estados “confiarán la evaluación de dichas medidas a las autoridades u organismos reguladores nacionales”. En el caso de España, a la CNMC.

Ahora se definen los diferentes tipos de contratos que se establecen entre los sujetos arriba mencionados, descritos en los artículos 13, 17, 20 y 22 de la LGP, respectivamente:

- Contrato de publicidad: “aquel por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma”. Cuando la agencia realice creaciones publicitarias, se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria.
- Contrato de difusión publicitaria: aquel por el que, mediante una contraprestación preestablecida, “un medio (de publicidad) se obliga en favor de un anunciante o agencia (de publicidad) a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario”. En relación con este tipo de contrato, se verá posteriormente que los principales operadores televisivos, siempre según las resoluciones de la CNMC, se excedieron en estos límites al establecer técnicas prohibidas como las extraprimas, el “simulcast”, las cuotas mínimas para agencias de medios, etc. (apartado 4.1).
- Contrato de creación publicitaria: “aquel por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria”.
- Contrato de patrocinio publicitario: “aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador. Se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables”.

Por último, para entender el mercado de la publicidad se hace necesario saber lo que es la comunicación comercial audiovisual. En el Blog de la CNMC (3/11/2018) se define como “conjunto de imágenes o sonidos destinados a

promocionar los productos (bienes o servicios) o la imagen de una empresa, y que acompañan a un programa o se insertan en él, a cambio de una contraprestación económica”.

Deberá cumplir una serie de requisitos, recogidos en el artículo 9.1 a) y b) de la Directiva UE 2018/1808: el primero es que “deberá ser fácilmente reconocible como tal, quedando prohibida la comunicación comercial audiovisual encubierta”; y el segundo es que “no utilizará técnicas subliminales”. Tampoco “deberá producir perjuicio moral o físico a los menores” (LGCA, artículo 7.3).

Ejemplos de comunicaciones comerciales audiovisuales, que se verán con mayor profundidad en los casos reales del apartado 4.2, son el mensaje publicitario, el patrocinio, el patrocinio cultural, la televenta, la telepromoción, la autopromoción y el emplazamiento de producto (todos definidos en el Blog CNMC, 03/11/2018):

- Mensaje publicitario: aquel que trasmite “una empresa (tanto privada como pública) en relación con su actividad, para promocionar sus bienes o servicios”.
- Patrocinio: “contribución que realiza una empresa que desarrolla su actividad fuera del sector audiovisual, para financiar los servicios de comunicación audiovisual o programas, a cambio de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos”.
- Patrocinio cultural: “aportación de una Institución, Empresa o Fundación a la producción de obras audiovisuales, programas de radio o televisión y/o contenidos digitales de temática cultural, social o de promoción del deporte con la finalidad de promocionar su actividad, marca y/o imagen o como expresión de su responsabilidad social corporativa”.
- Televenta: “consiste en realizar una oferta directa al público con el fin de suministrarle un producto. Cuando tiene una duración ininterrumpida mínima de 15 minutos, se considera un programa de televenta. Sin embargo, si su duración es inferior o se ve interrumpida antes de los 15 minutos, se considera un spot de televenta”.
- Telepromoción: “consiste en que el presentador o cualquiera de sus colaboradores utilice el escenario del programa para presentar las características de un único bien o servicio, utilizando el escenario, la

ambientación y el atrezzo del propio programa. Tienen una duración claramente superior a la de los mensajes publicitarios y deben ir acompañados de una transparencia que indique “Publicidad” ”.

- Autopromoción: “comunicación audiovisual mediante la cual el propio operador (o prestador) del servicio informa sobre su programación. Al ser la misma persona el anunciante y el difusor, no existe contraprestación económica directa y, por lo tanto, no tiene carácter comercial”.
- Emplazamiento de producto: “consiste en incluir, mostrar o referirse a un producto o marca comercial para que figure en un programa”. El público debe ser informado antes, durante y después del programa de que se está realizando. Además “estará autorizado en todos los servicios de comunicación audiovisual, excepto en los programas de noticias y actualidad, los programas de asuntos del consumidor, los programas religiosos y los programas infantiles” (Directiva UE 2018/1808, artículo 11.2). Y en el artículo 11.4 de la misma Directiva se prohíbe el emplazamiento de todos aquellos productos relacionados con el tabaco y la medicina.

3.2. Evaluación de las actuaciones de la CNMC en el sector audiovisual español

Gracias al desarrollo de la normativa española en materia de competencia, en los últimos años se ha conseguido un mayor control sobre las conductas delictivas en el sector audiovisual por parte de la CNMC.

También hay que destacar que los consumidores y usuarios han conseguido una serie de derechos básicos frente a las prácticas comerciales de los empresarios tales como “la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos” (las cuales serán sancionadas como infracciones por las autoridades competentes en materia de consumo), así como la “indemnización por los daños y la reparación por los perjuicios sufridos” (Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, artículo 8. b) y c)).

Otro motivo para dotar de más mecanismos que fomenten la competencia en este sector sería debido a “la relevancia [que ha adquirido] la publicidad en el

proceso de toma de decisiones de los ciudadanos”, que “es cada vez mayor y trasciende del mero ámbito consumerista” (Ley de Competencia Desleal, Preámbulo II).

Y para tener un mayor control sobre los operadores públicos, en el Preámbulo de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios “se circunscriben las obligaciones impuestas a los medios de comunicación de titularidad estatal, insertándose tales obligaciones en el ámbito de la potestad de autoorganización de la Administración General del Estado”.

Sin embargo, todo este control legislativo ha dado lugar a una excesiva regulación, derivando en un régimen de publicidad muy estricto y poco permisivo con los operadores televisivos.

Por ejemplo, a través de la legislación europea se regula la cantidad de publicidad emitida para cada tipo de programa en televisión, a los que se les aplica una franja horaria y duración determinada. Así, la Directiva UE 2018/1808 en su artículo 20.2 establece que durante “la transmisión de películas realizadas para televisión, obras cinematográficas y programas informativos, podrán ser interrumpidos por publicidad televisiva y por televenta una vez por cada período previsto de treinta minutos como mínimo. Por otro lado, la transmisión de programas infantiles podrá ser interrumpida por publicidad televisiva una vez por cada período previsto de treinta minutos como mínimo, siempre y cuando la duración prevista del programa sea superior a treinta minutos”. También “se prohíbe la transmisión de televenta” durante dichos programas, y no se permite insertar “publicidad televisiva ni televenta durante los servicios religiosos”.

Estas son sólo algunas de las restricciones que se imponen a los operadores, que les obliga a cumplirlas escrupulosamente si no quieren ser sancionados por ello, y además les priva de ingresos adicionales.

En el ámbito nacional, la CNMC tiene la capacidad de imponer multas a las empresas infractoras. De esta forma se establece que “la responsabilidad financiera de cada [empresa] con respecto al pago de la multa no podrá ser superior al 10 por ciento de su volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior”, según establece el artículo 61.3 de la Ley de

Defensa de la Competencia. Dichas infracciones se catalogarán como leves, graves o muy graves. Como se observará en los casos reales del apartado 4.2, la mayoría de infracciones cometidas por los grupos audiovisuales más importantes de este país han sido graves, según el criterio de la CNMC.

En el artículo 62.3 de la Ley de Defensa de la Competencia se explican los diferentes tipos de infracciones graves que hay (ya definidas en el apartado 2.3):

- Conductas colusorias: “cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales”.
- Abuso de posición de dominio: cuando las infracciones “no tengan la consideración de muy graves”.
- Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

Por todas estas infracciones graves, según el artículo 63.1 b) de la misma ley, la CNMC podrá imponer sanciones relativas a infracciones graves de “hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”, como ya ha venido sancionando a diferentes grupos audiovisuales en los últimos años. En el caso de no poder determinar su volumen de negocio, “las infracciones graves se sancionarán con multa de 500.001 a 10 millones de euros” (artículo 63.3.b)).

En definitiva, se llevarán a cabo diferentes criterios para la determinación del importe de las sanciones (artículo 64), en función de la actuación de las empresas, según se determine en la resolución de los expedientes abiertos contra estas. Además, en caso de que persistan estas conductas por parte de las infractoras, podrá imponer multas coercitivas de hasta 12000 € al día (artículo 67).

Cabría destacar que, con el objetivo de proteger a los colectivos más vulnerables, en el artículo 18 de la LGCA se establece la prohibición de “toda comunicación comercial que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o

creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. Igualmente está prohibida toda publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.” También lo está “la que fomente comportamientos nocivos para la salud”, “el medio ambiente” y “la seguridad de los ciudadanos” y aquella “de naturaleza política”, salvo excepciones.

Todas ellas serán consideradas infracciones graves cuando las realicen los prestadores (artículo 58.8, LGCA). Y “serán sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000 euros” (artículo 60.2) con posibles graduaciones de la multa (artículo 60.4) y en función de la variación del Índice de Precios al Consumo (IPC) (artículo 60.5). En última instancia, “el infractor habrá de reponer la situación alterada a su estado originario y resarcir los daños y perjuicios causados, siempre que sea posible”. El Consejo de la CNMC podrá “imponer multas coercitivas de hasta 30.000 euros diarios para el cumplimiento de estas obligaciones” (artículo 61.3, LGCA).

Por último y como críticas negativas a esta situación, existen opiniones pragmáticas en torno al futuro del sector audiovisual español, como es la de Alberto Caballero, productor de televisión, conocido por ser director y guionista de la serie de comedia “La Que Se Avecina”, que en una entrevista en mayo de este año ha declarado que “la televisión en abierto ha cambiado y la gente ya está acostumbrada a consumir los productos de otra manera” a través de plataformas de vídeos, “sin publicidad, con más calidad de imagen” y al ritmo de cada uno (ABC PLAY, 27/05/2020). También cree “que las plataformas han venido a solucionar un problema que antes era grave en la industria, como es la tiranía de las audiencias” considerando que “la emisión en plataformas como Amazon, HBO, Netflix,... hace que no sea necesario el porcentaje de telespectadores”, como anteriormente se consideraba, para medir el éxito de un programa o serie en televisión. Por último, alega que el sector audiovisual ha sufrido con la “guerra de las audiencias” y que “ahora es momento de reactivarlo con la simbiosis o colaboración con las plataformas de vídeo” (ABC PLAY, 27/05/2020).

También existen posturas en contra del modelo actual de televisión. Ejemplo de ello es la posición en 2015 de Aletxu Echevarría, productor de contenidos audiovisuales y creador de la plataforma de vídeo Brightvibes, el cual defiende

que “el modelo de televisión todavía tiene que adaptarse a ese cambio de hábitos imparable que supone la participación desde Internet, el componente social o la compra de productos y servicios” (El Español, 29/11/2015).

4. ASPECTOS PRÁCTICOS

4.1. Empresas más destacadas del sector audiovisual español

En España, principalmente, tres operadores audiovisuales son los más importantes del sector en cuanto a cuota de mercado, ingresos y audiencias. Uno de ellos es de titularidad pública y los otros dos son de propiedad privada.

Por un lado, el organismo público llamado Corporación de Radio y Televisión Española (CRTVE) es una “sociedad mercantil estatal que organiza la gestión indirecta del servicio público de radio y televisión de España. Fue creada en 2007 y divide sus servicios de televisión y de radio en dos divisiones: Televisión Española (TVE) para los audiovisuales y Radio Nacional de España (RNE) para los radiofónicos. Su funcionamiento, desde enero de 2010, es financiado mediante una partida de los Presupuestos Generales del Estado, que cubre el 50% de los gastos, mientras que la otra mitad proviene de un impuesto extra del 0,9% a las compañías telefónicas, el 3% de los ingresos de las televisiones privadas abiertas (Mediaset, Atresmedia, etc) y el 1,5% de las televisiones de pago (como Canal +)” (página oficial en Wikipedia de RTVE). En el trabajo se analiza exclusivamente a TVE, al formar parte del sector audiovisual.

Por parte del sector privado, se encuentra Atresmedia, “grupo de comunicación español que opera en varios sectores de actividad, especialmente el audiovisual” y comprende los canales de televisión Antena 3, La Sexta, Neox, Nova, Mega y Atreseries (página oficial en Wikipedia de Atresmedia).

Y el tercer operador, también privado, es Mediaset España, “grupo de comunicación español, creado en marzo de 1989, de la empresa italiana Mediaset, controlada por el grupo Fininvest, propiedad del empresario Silvio Berlusconi. Su actividad se centra, esencialmente, en la producción y exhibición de contenidos televisivos” y aglutina a Telecinco, Cuatro, Factoría de

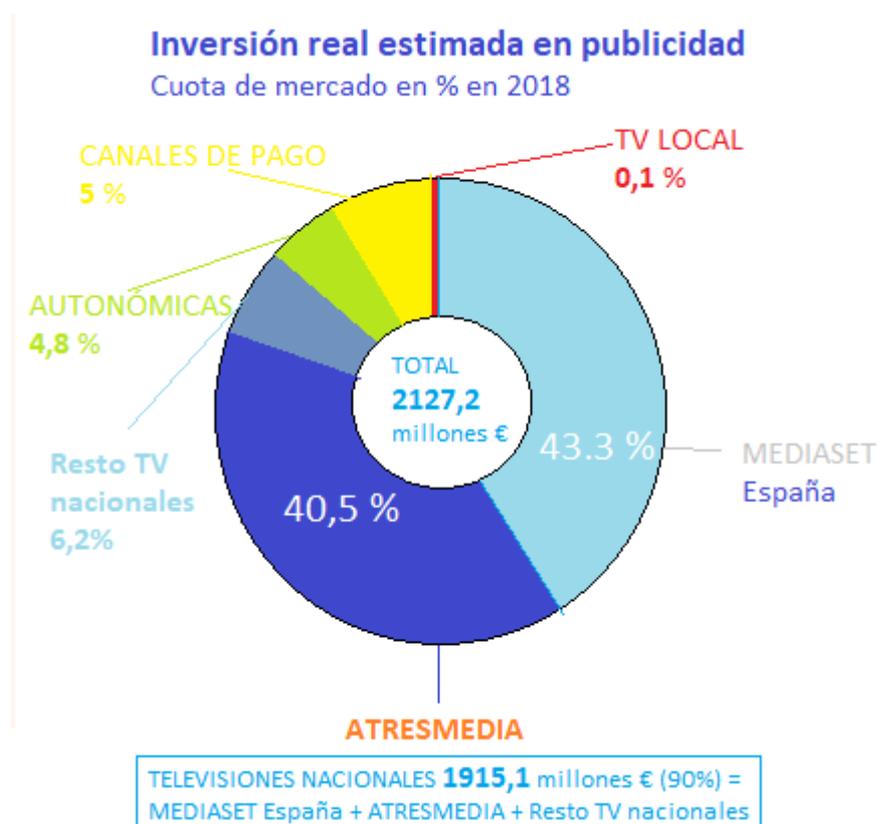
Ficción (FDF), Energy, BeMad TV, Boing y Divinity (página oficial en Wikipedia de Mediaset).

Entre los pequeños operadores que se ven afectados actualmente por las prácticas de estos grandes grupos y que presentan un papel secundario en el mercado, están “13TV (canal en abierto de temática familiar), DKiss (canal en abierto generalista destinado a un público joven-adulto), Real Madrid TV (canal en abierto propiedad del Real Madrid Club de Fútbol), Unidad Editorial (grupo de prensa escrita pero con intenciones de entrada en el mercado televisivo), Grupo Godó (holding español de comunicación multimedia), Prisa (grupo de comunicación español de contenidos informativos, culturales y educativos), Vocento (grupo multimedia español de información general), Libertad Digital (periódico español publicado en Internet) y los canales locales y las cadenas autonómicas, integradas en la FORTA (Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos)” (The World News, 13/11/2019).

Estos actores han llevado a cabo diferentes acciones para hacer frente a los grandes competidores, desde “personarse en las causas que tiene abiertas la CNMC contra ellos, como simples testigos de estas prácticas o simplemente prefieren no entrar en litigios por falta de interés o por no verse perjudicados a largo plazo” (The World News, 13/11/2019).

A partir de ahora se van a describir y analizar una serie de casos relacionados con actuaciones de los grupos Mediaset, Atresmedia y TVE en el mercado audiovisual español, así como las acciones de la CNMC para controlar que estas actividades se ajusten a la legislación vigente.

Por parte del sector privado, los dos grupos mencionados “se hicieron en 2018 con casi el 85% de la publicidad audiovisual [cuadro de abajo] cubriendo sólo el 66% de la audiencia potencial (excluyendo TVE)” gracias, entre otros factores, al uso de tres prácticas o estrategias que la CNMC considera delictivas: la cuota mínima (que incluye el paquete completo), las extraprimas y el “simulcast” o pauta única (The World News, 13/11/2019).



Fuente: elaboración propia a partir de datos de Reason Why.

Cuadro 4.1.1: Cuota de mercado en inversión publicitaria (2018).

A principios de ese año, la CNMC abrió expedientes a estos dos grupos de comunicación por “posibles prácticas prohibidas” en materia de publicidad (ABC PLAY, 22/02/2018). En ellos, el organismo regulador alega “posibles prácticas restrictivas de la competencia” en torno a la publicidad que ofrecen. Como ya se ha visto, estas conductas están prohibidas según el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, relativo a prácticas colusorias (véase página 13).

Estas prácticas, como expone el organismo, estarían dirigidas hacia los anunciantes y agencias de medios que comercializan la publicidad televisiva de estos grupos, y podrían llegar a “obstaculizar la competencia a terceros” entes televisivos. Los máximos representantes de las agencias de medios en este país son A3 Advertising y Publiespaña, que guardan una estrecha relación con Atresmedia y Mediaset, respectivamente.

Estos operadores llevan a cabo estrategias que consisten en “imponer, a anunciantes y agencias de medios, la contratación conjunta de publicidad en

sus diferentes canales, a través de la emisión al mismo tiempo de dichas campañas publicitarias, siempre y cuando no se rebase el 25% de audiencia, si se suman ambos canales” (The World News, 13/11/2019). Esta es una técnica conocida como “simulcast” y comenzó a darse con las fusiones de Antena 3 con La Sexta y Telecinco con Cuatro.

También en el mercado tienen lugar las que se conoce como “extraprimas”, comisiones que “reciben las agencias de medios por parte de Mediaset y Atresmedia si comercializan la publicidad siguiendo sus indicaciones, lo que adultera el normal funcionamiento de la libre competencia”. Este sistema de captación de la inversión publicitaria “impide a los operadores damnificados entrar en ese “pastel” y solo caen de la mesa las “migajas” de la publicidad que no llega a las televisiones grandes” (The World News, 13/11/2019).

La última estrategia que también ha detectado la CNMC es la obligación que imponen los grandes operadores privados a los anunciantes, a través de las agencias de medios antes mencionadas, consistente en el pago de una “cuota mínima” de publicidad anual en los canales de ambos grupos. Esta “cuota va aparejada al llamado “paquete completo”, que obliga a una compañía a anunciarse en los canales que el grupo prefiera. En estos años se han ido anunciando, simultáneamente, en Telecinco, FDF y Divinity por un lado, y en Antena 3, Nova y Neox, por otro” (The World News, 13/11/2019).

Estas prácticas les han proporcionado ingresos adicionales aunque son contrarias al buen funcionamiento del mercado, en función del criterio establecido por la CNMC basándose en la materia regulatoria al respecto.

Al principio, a pesar de contar con 18 meses hasta la resolución de los expedientes abiertos contra ellos, ambos grupos expresaron su desacuerdo con los hechos denunciados.

Se defienden con declaraciones de “presidentes como Paolo Vasile [Mediaset], que abogan para que también se investiguen a empresas tecnológicas como Facebook o Google, las cuales también acaparan un gran porcentaje de inversión publicitaria”. También “niega que estén constituyendo un duopolio con Atresmedia y que impongan condiciones abusivas a sus anunciantes y agencias de medios”. Por último, “alega que el organismo regulador está

efectuando una “incorrecta caracterización del mercado relevante”, que estaría en Internet y no en la televisión en abierto”, la cual se estaría regulando en mayor proporción (El Mundo, 14/11/2019).

En lo referente a Atresmedia, en estas circunstancias “se muestra favorable a cooperar con el organismo en lo que se les requiera, pero se muestran sorprendidos por la situación y defienden que sus actuaciones se rigen en todo momento por la Ley de Competencia” (ABC, 22/02/2018).

4.2. Algunos casos reales y posibles soluciones

A continuación se analizan una serie de casos reales de infracciones de la legislación audiovisual, según el criterio de la CNMC, así como sus respectivas sanciones para evitarlas y fomentar la competencia en el mercado.

El primer ejemplo reciente ocurre en noviembre de 2017, en el que según la CNMC, “los canales pertenecientes a Mediaset: Telecinco, Cuatro y Boing, se habrían excedido en el límite de tiempo de doce minutos por hora de emisión de mensajes publicitarios. Según el artículo 14.1 de la LGCA, estas emisiones no deberían sobrepasar esos límites, por lo que el organismo regulador estaría obligado a abrir expediente sancionador si observa reiteración en estas conductas” (ABC PLAY, 16/11/2017).

No obstante, en todos los casos que se verán se establece un periodo de resolución del expediente de 3 meses por parte de la CNMC y toda empresa puede presentar alegaciones 10 días después de la apertura del expediente e interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

Relacionado con este ejemplo también se encuentra “la multa de más de 350.000 euros que impuso la CNMC [en 2019] a este mismo grupo por superar el tiempo máximo de emisión dedicado a autopromoción, mensajes publicitarios y televenta”. Estas “infracciones, cometidas entre finales de 2018 y principios de 2019 por los canales Cuatro, Energy, Divinity y Telecinco, vulneraron el artículo 13.2 de la LGCA al superar los cinco minutos por hora de reloj en los anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos [autopromociones]”. Así mismo, también “superaron el límite de tiempo de

emisión de mensajes publicitarios y televenta establecido en 12 minutos por hora” (Cinco Días, El País, 02/08/2019).

A mediados de 2018 se empezaron a producir declaraciones totalmente contrarias a las actuaciones de la CNMC por parte del grupo Mediaset España, en relación a las multas de más de un millón de euros en su conjunto impuesta a uno de sus programas estrella en parrilla. Dicho programa, de variedades y celebrities, es “Sálvame Diario” y el grupo las consideró “absolutamente desproporcionadas, arbitrarias, injustificadas y con imputaciones antijurídicas” (ABC PLAY, 24/07/2018).

La polémica vendría en relación a dos temas tratados en el programa a principios de enero de ese año, relativos a la protección de los menores. Tal como viene recogido en el artículo 7 de la LGCA, relativo a los derechos del menor, “la publicidad que se emite en ciertas franjas horarias no deberá ser perjudicial moral ni físicamente para el menor, así como los programas deberán calificar los contenidos que ofrecen”. Según la CNMC, “Sálvame Diario habría incurrido en infracciones graves en torno a estos supuestos, por lo que decidió establecer estas multas” (ABC PLAY, 24/07/2018).

Otro ejemplo de infracciones graves que ha venido observando el organismo regulador estos años ha sido el incumplimiento de resoluciones, como es el caso de las limitaciones en la emisión de breves resúmenes informativos de la Liga de Fútbol Profesional (LFP), con imágenes de algunos partidos gratuitamente. Tanto Atresmedia como Mediaset habrían vulnerado el artículo 58.5 de la LGCA, el cual considera infracción grave el “incumplimiento de las instrucciones y decisiones de la autoridad audiovisual”. “Estas Resoluciones datarían del 2016 y fijaban la emisión de estos resúmenes en el límite de 90 segundos por partido, sólo dos emisiones y con 24 horas de caducidad” (El Mundo, 06/03/2019). Estos límites se habrían rebasado en numerosas ocasiones durante un breve periodo de tiempo entre las emisiones. “Según criterio de la CNMC en virtud de la legislación vigente, estas infracciones se sancionaron con multas de entre 100.001 hasta 500.000 euros” (El Mundo, 06/03/2019).

También se producen denuncias en materia de comunicaciones comerciales encubiertas, la cual según el artículo 18.2 de la LGCA, relativa a

comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas, establece su no utilización así como tampoco el empleo de técnicas subliminales.

“Este hecho vendría precedido de la emisión a finales de 2017 de la presentación de una revista (“Lecturas”) así como su promoción en el programa “Sálvame Limón/Sálvame Naranja”. Según la CNMC, esto podría haber inducido a error a los telespectadores ya que el presentador del programa, Jorge Javier Vázquez, colabora en esa revista y llevó a cabo una promoción de la misma” (ABC PLAY, 08/02/2018).

De demostrarse ciertas las acusaciones, el “grupo Mediaset podría haber incurrido en una infracción grave (tipificada en el artículo 58.8 de la LGCA) por emisión de publicidad encubierta, con posibles sanciones de entre 100001 hasta 500000 euros [artículo 60.2, LGCA]” (ABC PLAY, 08/02/2018).

Recientemente, el tema de la publicidad encubierta ha podido ser aclarado en el fallo de la Sentencia STS 350/2020 de 10 de Marzo de 2020 (contra el grupo Mediaset España) que se sustenta, entre otros, en el artículo 26 de la Ley de Competencia Desleal, sobre prácticas comerciales encubiertas. El artículo considera “desleal por engañoso incluir como información, en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario”. Además, en la misma Sentencia se considera que “la presentación de marcas comerciales tuvo lugar en formato de telepromociones, de forma claramente diferenciada de los microespacios de salud”, lo que demuestra que hubo un afán de lucro sin informar previamente del tipo de comunicación comercial que se estaba realizando.

También se da el caso relacionado con el emplazamiento de productos. En agosto de 2019, “la CNMC sancionó a Mediaset con una multa de casi 300.000 euros por incumplimientos del artículo 17.2 y 17.3 de la LGCA en los canales Cuatro [programa de citas amorosas “First Dates: San Valentín”] y Telecinco [programa de actualidad y salsa rosa “Vive la vida”]. En el caso del programa de Telecinco fue por el emplazamiento de unas zapatillas [septiembre de 2018], y por una marca de caramelos en el caso de Cuatro [febrero de 2019]” (Cinco

Días, El País, 06/08/2019). La ley establece en estos casos que “el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria; tampoco puede incitar directamente a la compra de bienes o servicios, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto”. La CNMC considera que sí se hizo en estos casos.

Por lo que respecta al sector público, la CNMC está detectando comportamientos contra la competencia por parte de la Corporación de Radio y Televisión Española (CRTVE). Según el artículo 17.2 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, “los medios de comunicación de titularidad pública estatal dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios. En ellos, de acuerdo con su contenido y finalidad, se facilitará el acceso o participación de las asociaciones de consumidores y usuarios representativas y los demás grupos o sectores interesados, en la forma que se acuerde con dichos medios”. Con todo esto y a pesar de tener prohibida la emisión de publicidad (artículo 43.3 de la LGCA), el organismo regulador “ha detectado la emisión de comunicaciones comerciales durante las “Campanadas de Año Nuevo” o la “Cabalgata de Reyes” del año 2019, por las que TVE niega haber recibido contraprestaciones económicas” (El Mundo, 30/03/2019).

También observaron “excesos en el límite de tiempo de autopromociones recogidos como infracción en el artículo 13.2 de la LGCA y se han encontrado casos de publicidad encubierta en programas como “La Mañana” con la Clínica Baviera o “Materchef” con Bodegas González Byass (El Mundo, 30/03/2019). Todas estas infracciones han sido sancionadas con cerca de 2 millones de euros para el operador público.

Estos son sólo algunos ejemplos de los muchos que muestran que este tipo de conductas, muy frecuentes en los últimos años, han sido llevadas a cabo por los principales operadores privados y públicos en sus respectivos programas. Todas tenían como nexo común el incumplimiento de las leyes audiovisuales y de competencia.

En definitiva, la CNMC ha llegado a multar en el último lustro a distintas empresas televisivas por valor de 16 millones de euros. Sin embargo, “el

organismo no ha especificado si estas sanciones ya se han pagado” (El Mundo, 30/03/2019). En la mayoría de los casos lo habitual es que las empresas infractoras levanten recursos ante los tribunales contra las sentencias.

De las investigaciones que está llevando a cabo estos años la CNMC se puede concluir que “las cadenas de televisión emiten más anuncios que antes, lo que hace que superen el límite establecido por hora” así como que infrinjan el resto de disposiciones (El Mundo, 30/03/2019).

La empresa que más infringe esta norma es Mediaset que “en más de 90 ocasiones, en los últimos cinco años, presenta multas por más de 1,7 millones de euros del total de 7 que tiene por otras actuaciones delictivas. Se excusa en el “directo” de las retransmisiones, que se producen en la mayoría de sus programas, y dicen que se compensa con una menor cantidad de anuncios en otras franjas horarias” (El Mundo, 30/03/2019).

El “programa que presenta la mayor multa (1.094.006 euros) es “Sálvame”. En este caso vendría relacionada con la “emisión de contenidos inadecuados en horario infantil, lo que constituye un delito contra la protección del menor” (visto anteriormente). En total, este programa insignia de Telecinco ha recibido “sanciones de hasta 2,5 millones euros, también relacionadas con la publicidad encubierta en productos de Actafarma y la revista Lecturas” (El Mundo, 30/03/2019).

Atresmedia es el segundo operador con más sanciones (cerca de 3 millones de euros). Estas han venido motivadas por la “emisión de programas como “Dos hombres y medio” [serie de comedia estadounidense] como aptos para todos los públicos, siendo en realidad para mayores de 12 años, y fuera de la franja permitida” (El Mundo, 30/03/2019).

Otros canales de emisión de pago como Canal + han sido “multados con más de 2 millones de euros por no financiar obras de producción audiovisual europea”, ya que están obligados por ley a dedicar un porcentaje de sus ingresos a dicha actividad (El Mundo, 30/03/2019).

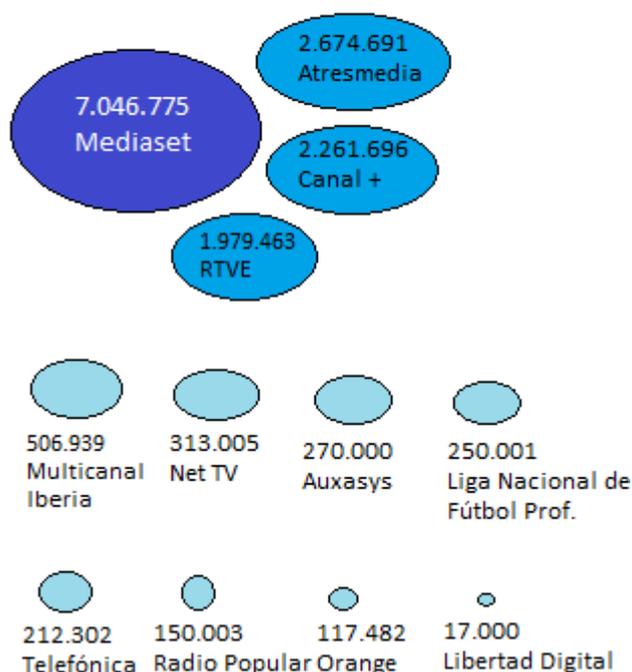
En resumidas cuentas, desde su creación “la CNMC ha impuesto 67 multas relativas a 243 incumplimientos de la LGCA” (El Mundo, 30/03/2019), que equivalen a 15,8 millones de euros repartidos de la siguiente forma:

- Alrededor del 60 % están relacionadas con el exceso de tiempo y el mal formato en la publicidad, así como su empleo de modo encubierto o directamente prohibido.
- El 20 % se destinan a la protección de menores.
- Y el otro 20% por la no financiación de obras audiovisuales europeas por parte de los operadores.

En el siguiente cuadro se puede ver el conjunto de multas que ha impuesto la CNMC por el incumplimiento de la LGCA, referente a la ley audiovisual:

MULTAS DE LA CNMC POR INCUMPLIR LGCA

Cantidades en euros de las multas (datos acumulados de 2014 a 2019)



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la página oficial de CNMC.

Cuadro 4.2.1: Multas de la CNMC por incumplir la LGCA entre 2014 y 2019.

“No obstante, el organismo regulador sigue sin especificar si las multas se han pagado, ya que lo habitual es el recurso contencioso-administrativo de las empresas perjudicadas y el proceso puede llegar a demorarse años” (El Mundo, 30/03/2019).

5. CONCLUSIONES

Una vez finalizado el trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones, apoyándose en hechos actuales:

Se podría describir el panorama actual del sector audiovisual español de esta manera, recogido en uno de los editoriales de El Mundo del 14 de noviembre del 2019: “Las licencias de televisión en España han sido siempre una “merienda de negros”, [es decir], el partido gobernante en cada lugar las ha concedido a empresas de su cuerda a cambio de favores políticos. Luego, si las empresas no funcionaban, [se] vendían las licencias al mejor postor, que normalmente eran las cadenas rentables y con recursos, que [por lo tanto] han ido acumulando licencias y ampliando el negocio”.

Además, “con la llegada de la TDT [Televisión Digital Terrestre] se han concedido licencias de televisión local inviables y que nunca han llegado a funcionar. Con el resultado de que en la televisión [se ha producido] la acumulación de licencias por pocas cadenas que encima han incumplido las condiciones [estipuladas en la ley], emitiendo con más potencia de la autorizada y desde un lugar distinto del estipulado en la concesión. Así va este asunto y a nadie le interesa poner orden porque todos saldrían perdiendo” (El Mundo 2, 14/11/2019).

Sin duda, es una reflexión pesimista y contundente, en la que culpa a todos los actores involucrados de la situación de declive actual que experimenta el sector.

Una posible solución sería instruir mecanismos legales efectivos para que las multas a los grandes infractores fuesen abonadas, y que los pequeños operadores hicieran inversiones rentables para no tener que estar dependiendo siempre de las actuaciones de dos o tres empresas dominantes.

Recientemente se ha modificado la dirección de la CNMC, en la que el Gobierno ha cesado a la mayoría de consejeros y presidente incluido, José María Marín Quemada (designado por el Partido Popular en 2013), que seguían en funciones debido a la falta de Gobierno hasta enero de este año y la pandemia originada en marzo de 2020 por el Covid-19.

El nuevo gobierno de coalición del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) con Unidas Podemos (UP) ha nombrado a la jurista Cani Fernández como futura presidenta de la CNMC así como a un nuevo vicepresidente y tres consejeros, “una vez que la Comisión de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Congreso de los Diputados aceptara el pasado día 11 de junio los candidatos propuestos” (Europa Press, 17/06/2020).

Pero existe un problema, y es que podría haber conflicto de intereses en este organismo, ya que “el marido de la recién nombrada presidenta es el director gerente de Compass Lexecon Europe, una de las principales consultoras en materia de competencia de España” (OK Diario, 06/06/2020), lo cual podría afectar a las decisiones que tome el organismo ante esta empresa, pudiendo poner en riesgo la independencia del mismo.

Se abre por tanto un nuevo periodo en la historia de la CNMC que se podría presumir más intervencionista si cabe en el mercado audiovisual, debido a que las nuevas incorporaciones han sido nombradas por partidos de izquierda y han prometido un mayor control de las prácticas delictivas. De ser muy elevada esta regulación, podría dar lugar a que las empresas decidan seguir incumpliendo la legislación audiovisual al resultarles más rentable.

A Mediaset y Atresmedia se les ha llegado a acusar de llevar a cabo un duopolio encubierto. Ambos se defienden alegando que en la mayoría de países “la televisión en abierto se ha configurado con dos o tres actores como máximo, debido a la necesidad elevada de inversión publicitaria”, que reduce el número de actores (El Mundo, 10/10/2019).

Esto no tiene por qué ser contrario a la competencia si se evitan la cuota mínima, las extraprimas y el “simulcast”, que se ha demostrado que desequilibran el mercado de la publicidad, y no permiten a los pequeños operadores acceder en igualdad de condiciones.

No cabe duda de que si se firmasen acuerdos entre todos los actores del mercado para respetar un mínimo de participación en el mismo, podría dar lugar a una competencia sana y legal, que beneficiaría a las empresas, a los consumidores y al Estado.

Se ha achacado a la CNMC una “excesiva regulación en el mercado de la publicidad hacia los operadores televisivos, que contrasta con el mostrado hacia otros competidores potenciales como Facebook o Netflix” (El Mundo, 14/11/2019). Como se ha visto en la anterior conclusión, esta situación podría mejorar si tanto las televisiones como las plataformas digitales firmasen acuerdos de colaboración para respetar un mínimo de participación. También ayudaría que la CNMC ampliase el mercado relevante de la publicidad, que no sólo abarca las televisiones.

El “modelo de televisión todavía tiene que adaptarse a ese cambio de hábitos imparables que supone la participación desde Internet, el componente social o la compra de productos y servicios” (El Español, 29/11/2015), que demuestra que el sector tiene que colaborar con su principal competidor (Internet) para sobrevivir en el mercado audiovisual.

Gracias a la legislación vigente, los organismos nacionales “tienen mayor control sobre las conductas delictivas en el sector audiovisual, y los consumidores y usuarios disponen de una serie de derechos básicos frente a las prácticas comerciales de los empresarios” (Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, artículo 8. b) y c)). Sin embargo, este control tendrá que ser equitativo con todas las empresas del mercado relevante, para que la legislación no resulte excesiva, lo que puede dar lugar a la desincentivación y al fraude.

Esto podría mejorar si se firmasen acuerdos de buenas prácticas entre la CNMC y las empresas intervinientes.

En el mercado televisivo, “la relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de los ciudadanos es cada vez mayor y trasciende del mero ámbito consumerista o concurrencial” (Ley de Competencia Desleal, Preámbulo II). Esto significa que sigue siendo importante el control que desempeña la CNMC para que se produzcan buenas prácticas en torno a la publicidad ofrecida a los usuarios.

Relativo a esto último, las cadenas de televisión emiten más anuncios que antes, lo que hace que infrinjan en mayor medida las leyes audiovisuales.

Adaptando el formato de la publicidad hacia unos contenidos más interactivos y no tan extensos en tiempo, podría dar mejores resultados que los actuales.

En resumen, se deberán establecer en un futuro acercamientos por parte de ambas partes (CNMC y principales operadores audiovisuales) para llegar a acuerdos en materia de competencia y libertad de mercado, sin que el organismo público sea demasiado intrusivo al tiempo que las empresas intervinientes respeten las leyes establecidas con un mínimo de garantías.

6. BIBLIOGRAFÍA

La publicidad comparativa, material docente. Disponible en: [file:///F:/TFG/Publicidad%20comparativa\(LEÍDO\).pdf](file:///F:/TFG/Publicidad%20comparativa(LEÍDO).pdf) [Consulta: 20 de abril de 2020].

La legislación publicitaria, material docente. Disponible en: [file:///F:/TFG/La%20legislación%20publicitaria%20\(LEÍDO\).pdf](file:///F:/TFG/La%20legislación%20publicitaria%20(LEÍDO).pdf) [Consulta: 20 de abril de 2020].

El Español (29/11/2015): “*La televisión tiene que adaptarse aún a lo digital*”. Disponible en: https://www.elespanol.com/invertia/empresas/20151128/82741742_0.amp.html [Consulta: 23 de abril de 2020].

ABC PLAY (22/02/2018): “*La CNMC abre expediente contra Mediaset y Atresmedia por «posibles prácticas prohibidas»*”. Disponible en: https://www.abc.es/play/television/noticias/abci-cnmc-abre-expediente-contramediaset-y-atresmedia-posibles-practicas-prohibidas-201802221445_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.es%2F [Consulta: 24 de abril de 2020].

ABC PLAY (24/07/2018): “*Mediaset se enzarza con Competencia por culpa de Sálvame*”. Disponible en: https://www.abc.es/play/television/noticias/abci-mediaset-enzarza-competencia-culpa-salvame-201807241708_noticia.html [Consulta: 24 de abril de 2020].

ABC PLAY (16/11/2017): “*La CNMC abre expediente a Mediaset por excederse en el tiempo de publicidad*”. Disponible en: https://www.abc.es/play/television/noticias/abci-cnmc-abre-expediente-mediaset-excederse-tiempo-publicidad-201711161451_noticia.html [Consulta: 24 de abril de 2020].

ABC PLAY (08/02/2018): “*Expediente a Mediaset por la publicidad encubierta que hace Jorge Javier*”. Disponible en: https://www.abc.es/play/television/noticias/abci-expediente-mediaset-publicidad-encubierta-hace-jorge-javier-201802080227_noticia.html [Consulta: 25 de abril de 2020].

El Mundo (06/03/2019): “*Competencia abre expediente a Atresmedia y Mediaset por irregularidades en la emisión de resúmenes de fútbol*”. Disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2019/03/06/5c7f8c6821efa0e00b8b457b.html> [Consulta: 25 de abril de 2020].

Cinco Días, El País (02/08/2019): “*La CNMC multa a Mediaset por superar el tiempo máximo de publicidad*”. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/08/02/companias/1564732684_443244.html [Consulta: 26 de abril de 2020].

Cinco Días, El País (06/08/2019): “*La CNMC sanciona a Mediaset con 218.000 euros*”. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/08/06/companias/1565080663_752938.html [Consulta: 26 de abril de 2020].

El Mundo (30/03/2019): “*Mediaset se lleva la mitad de las multas por incumplir la Ley Audiovisual*”. Disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2019/03/30/5c9cc57b21efa073528b45dc.html> [Consulta: 26 de abril de 2020].

The World News (13/11/2019): “*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia impone una severísima multa a Mediaset y Atresmedia*”. Disponible en: <https://twnews.es/es-news/la-cnmc-impone-una-severisima-multa-a-mediaset-y-atresmedia> [Consulta: 1 de mayo de 2020].

El Mundo (14/11/2019): “*Mediaset y Atresmedia cargan contra la "injusta, errónea e infundada" multa de 77,1 millones de la CNMC*”. Disponible en:

<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2019/11/14/5dcc2abcfdfff13408b4605.html> [Consulta: 2 de mayo de 2020].

El Mundo 2 (14/11/2019): “*El duopolio audiovisual*”. Disponible en: <https://www.elmundo.es/opinion/editorial/2019/11/14/5dcc459efdddfefb9d8b45e8.html> [Consulta: 2 de mayo de 2020].

El Mundo (10/10/2019): “*La multa que CNMC plantea para Mediaset y Atresmedia: 43 millones para cada grupo*”. Disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/2019/10/10/5d9f04d0fdfff863b8b4604.html> [Consulta: 2 de mayo de 2020].

Cinco Días, El País (14/10/2019): “*La CNMC quiere cambiar el modelo publicitario en el proceso a Mediaset y Atresmedia*”. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/10/11/companias/1570816922_239234.html [Consulta: 2 de mayo de 2020].

Página oficial CNMC (2020): “*Sobre la CNMC: Qué es la CNMC*”. Disponible en: <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc> [Consulta: 5 de mayo de 2020].

Página oficial Wikipedia de Atresmedia (2020). Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Atresmedia> [Consulta: 15 de mayo de 2020].

Página oficial Wikipedia de Mediaset (2020). Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Mediaset_Espa%C3%B1a_Comunicaci%C3%B3n [Consulta: 15 de mayo de 2020].

Página oficial Wikipedia de RTVE (2020). Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/RTVE> [Consulta: 20 de mayo de 2020].

Blog CNMC (3/11/2018): “*Patrocinio, televenta, telepromoción, emplazamiento de producto... ¿pero qué me están vendiendo?*”. Disponible en: <https://blog.cnmc.es/2018/09/03/patrocinio-televenta-telepromocion->

[emplazamiento-de-producto-pero-que-me-estan-vendiendo/](#) [Consulta: 20 de mayo de 2020].

ABC PLAY (27/05/2020): “*Alberto Caballero, creador de «La que se avecina»: «La ficción ya no es sostenible en las cadenas en abierto»*”. Disponible en: https://www.abc.es/play/series/noticias/abci-avecina-alberto-caballero-creador-avecina-ficcion-no-sostenible-cadenas-abierto-202005270133_noticia.html [Consulta: 27 de mayo de 2020].

OK Diario (06/06/2020): “*Iglesias mete de consejero en Competencia a un comunista íntimo de Roures para controlar las televisiones*”. Disponible en: <https://okdiario.com/espana/iglesias-mete-consejero-competencia-comunista-intimo-roures-controlar-televisiones-5714300> [Consulta: 10 de junio de 2020].

Economipedia: “*Publicidad engañosa*”. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/publicidad-enganosa.html> [Consulta: 15 de junio de 2020].

Europa Press (17/06/2020): “*El BOE publica el nombramiento de Cani Fernández como nueva presidenta de la CNMC y el cese de Marín Quemada*”. Disponible en: <https://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-boe-publica-nombramiento-cani-fernandez-nueva-presidenta-cnmc-cese-marin-quemada-20200617103936.html> [Consulta: 18 de junio de 2020].

REFERENCIAS NORMATIVAS

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12946-consolidado.pdf> [Consulta: 20 de abril de 2020].

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-5292-consolidado.pdf> [Consulta: 20 de abril de 2020].

Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/12/31/pdfs/BOE-A-2009-21162.pdf>
[Consulta: 20 de abril de 2020].

Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo y del Consejo. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2018/303/L00069-00092.pdf> [Consulta: 20 de abril de 2020].

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1988/BOE-A-1988-26156-consolidado.pdf>
[Consulta: 20 de abril de 2020].

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Disponible en: <file:///F:/TFG/6.%20Ley%20de%20Defensa%20de%20Consumidores%20y%20Usuarios%202007.pdf> [Consulta: 20 de abril de 2020].