

ACORD 61/2021, de 30 de juny, del Ple del
Consell de l'Audiovisual de Catalunya

RESOLUCIÓ DEL RECURS POTESTATIU DE REPOSICIÓ relatiu al requeriment de cessament al prestador de serveis de comunicació audiovisual Radiocat XXI, SL, perquè no emeti la campanya publicitària analitzada dels supermercats Veritas

Fets

1r. Amb data 20 d'abril van tenir entrada, per correu electrònic, al Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAC) dues queixes (Q37/2021 i Q38/2021) en relació amb l'emissió d'una falca de l'empresa Veritas (cadena de supermercats d'alimentació ecològica). Les queixes procedeixen d'associacions i sindicats del sector agropecuari.

Un dels escrits de queixa està signat per dotze associacions: ASFAC (Associació Catalana de Fabricants d'Aliments Compostos), Anafric (Asociación Empresarial Cárnica), Asoprovac Catalunya (Associació Catalana de Criadors de Boví de Carn), ASSOCAT (Associació d'Empresaris d'Escorxadors i Comerç d'Aviram, Conills, Ous i Caça de Catalunya), Carnissers xarcuters i aviram - Gremi de Barcelona i comarques, FAC (Federació Avícola Catalana), Federació de Cooperatives Agràries de Catalunya, FECIC (Federación Empresarial de Carnes e Industrias Cárnicas), GREMICARN (Gremi de Carnissers-Cansaladers-Xarcuters de Barcelona i Comarques), JARC (*Joves Agricultors i Ramaders de Catalunya*), PORCAT (Associació Catalana de Productors de Porcí) i Unió de Pagesos.

El text de l'escrit assenyala el següent:

"[...] L'anunci planteja la ramaderia procedent de l'agricultura ecològica en contraposició a l'agricultura convencional, emfatitzant com a trets singulars refutables a la primera el benestar animal, la pastura extensiva, o la falta d'administració d'hormones, induint l'audiència a creure, erròniament, que aquests trets constitueixen aspectes distintius entre ambdues i, a més, apel·lant a beneficis per la salut del consumidor en el cas de la referència a les hormones. [...]"

"[...] La falca referida constitueix publicitat enganyosa en valoritzar indegudament la ramaderia resultant de l'Agricultura ecològica, en el benentès que s'incorre en actes i omissions enganyosos així com de denigració de la competència, en els termes que qualifica la Llei 3/1991, de 10 de gener, de Competència Deslleial.[...]"

I, finalment, sol·licita:

"[...] Demanem l'esmena de la campanya publicitària en qüestió així com, en tot cas, la rectificació de l'anunci esmentat en tots aquells mitjans on s'hagués emès o publicat, en les mateixes franges horàries o de format i rellevància equivalents al mateix, en el qual s'aclareixi que la ramaderia no procedent de l'agricultura ecològica compleix amb els criteris legals de benestar animal, que la pastura extensiva no constitueix un tret exclusiu de la ramaderia ecològica, i que l'administració d'hormones als animals es troba prohibida en tot l'àmbit de producció ramadera de la Unió Europea. [...]"

L'altre l'escrit de queixa està subscrit per Anafric (Asociación Empresarial Cárnica) i s'acompanya amb un enregistrament de la falca esmentada.

El text manifesta que:

"[...] La utilització d'hormones està COMPLETAMENT PROHIBIT per la Unió Europea, ja sigui ramaderia ecològica o d'altres tipus. [...]"

"[...] L'augment dels controls, la investigació i el seguiment sobre els productes carnis en són bona prova. El Plan Nacional de Investigación de Residuos va fer un pas endavant des de 1989 per determinar que avui dia la CARN QUE ES CONSUMEIX A ESPANYA ESTÀ LLIURE D'ELEMENTS D'ORIGEN QUÍMIC. [...]"

"[...] Les organitzacions de consumidores (OCU) fan seguiment de les carns de producció espanyola i NO han trobat des dels anys 90 cap indicatiu d'hormones al nostre bestiar, tant pel que fa a la ramaderia certificada com a ecològica com a la resta. [...]"

I en darrer lloc sol·licita:

"[...] Per tots aquests motius, i perquè som un sector essencial en aquest país, i perquè afirmacions falses com la que es menciona en la falca no fan cap favor a un sector punter i exportador com és el carni català, volem que:

- Hi hagi una rectificació pública del contingut que es va emetre a la primera cadena privada de ràdio de Catalunya i que aquesta rectificació vingui de la mateixa manera que es va fer el missatge fals.
- Si no hi ha possibilitat de rectificació, Anafric emprendre les accions que consideri oportunes, la primera de les quals serà la de denunciar els fets al CAC, sense que això impedeixi fer altres accions legals, tal com s'ha fet. [...]"

2n. L'Àrea de Continguts del CAC va elaborar l'Informe 45/2021, de 26 d'abril, amb la finalitat d'analitzar el contingut de la comunicació comercial esmentada, emesa per RAC1 el 16 d'abril de 2021, a les 15.53 h –amb una durada de 53 segons–, que té per objecte "[...] informar sobre el descompte en la compra als supermercats Veritas amb motiu del Dia Mundial de la Salut, i reivindicar les qualitats i els beneficis dels aliments ecològics. [...]"

En relació amb els elements del discurs de l'anunci de Veritas, sobre la producció ecològica, l'informe d'anàlisi de continguts assenyala el següent:

"[...] El missatge publicitari se centra a descriure característiques de la producció ecològica i fa una menció, en forma de comparació, a la producció no ecològica, a la qual atribueix menys nutrients.

No s'hi aprecia cap altra referència explícita a la producció no ecològica. [...]"

3r. El Ple de Consell de l'Audiovisual de Catalunya, mitjançant l'Acord del 6 de juny de 2016, de 19 de maig, va qualificar la comunicació comercial esmentada com a publicitat il·lícita i, per tant, prohibida; en conseqüència, mitjançant l'apartat 1 de la part dispositiva de l'acord esmentat es va requerir al prestador de serveis de comunicació audiovisual Radiocat XXI, SL, perquè no emetés la campanya publicitària dels supermercats Veritas.

4t. Amb data 10 de juny de 2021, va tenir entrada en aquest Consell un recurs potestatiu, signat pel senyor Joan Font i Torrent, en nom i representació de Radiocat XXI, SL, en el qual s'efectuen les al·legacions següents:

- Primera: «[...] Fonaments del recurs de reposició

1. En cap cas compara absolutament res, ni fa referència a res que no sigui la ramaderia ecològica. En cap cas esmenta altres operadors o altres mètodes de cria. És evident que tot tipus de publicitat es basa en la lloança i virtuts del producte anunciat i, el que les tingui, no vol dir que no les tinguin els altres. [...].
2. D'altra banda, tampoc es pot compartir el raonament sancionador perquè, en cap cas, la falca pot generar confusió ja que res compara i cap relació manté amb el que preveu i sanciona l'article 20 de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial quan preveu que "a les relacions amb consumidors i usuaris, es reputen deslleials aquelles pràctiques comercials, inclosa la publicitat comparativa, que, en els seu context fàtic i tenint en compte totes les seves característiques i circumstàncies, creïn confusió, inclòs el risc d'associació, amb qualsevol dels bens i serveis, marques registrades, noms comercials o d'altres marques distintives d'un competidor, sempre que siguin susceptibles d'afectar al comportament econòmic dels consumidors i usuaris (sic). Realment sorprèn la cita d'aquest article quan la falca analitzada res ha comparat, ni associat, ni confós, simplement ha anunciat els mètodes de producció dels productes comercialitzats per *Veritas*.

[...] aquesta part tampoc pot compartir que hagi emès a través de RAC1 publicitat contrària a l'apartat 2, de l'article 92 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (LCA) quan regula que "són il·lícites la publicitat enganyosa, la deslleial i la subliminal, en els termes establerts i definits per la legislació general sobre publicitat"; i la lletra e), de l'article 3, de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de la publicitat, quan reputa com a il·lícita "la publicitat enganyosa, la publicitat deslleial i la publicitat agressiva, que tindran el caràcter de competència deslleial en el termes contemplats en la Llei de competència deslleial" (sic).

Aquesta part considera que, en cap cas, la campanya publicitària objecte de retret pot ser considerada com a enganyosa, deslleial o agressiva; qüestió aquesta que tampoc aclareix, ni exposa, ni tant sols indiciàriament, la resolució del Consell de l'Audiovisual de Catalunya que, per tant, resulta mancada de fonament i genera indefensió. [...].»

- Segona "[...] Resolució desproporcionada

[...] La retirada de la campanya completa resulta, a judici d'aquesta part, excessiu i improcedent [...] i més tenint en compte que, com expressa la resolució impugnada al penúltim paràgraf de la pàgina 5, només ha estat objecte d'anàlisi una de les falques incloses a la campanya de *Veritas* [...]."

- Tercera "[...] Excepció de litispendència

[...] Segons sembla i es conté a l'expedient administratiu, les entitats denunciants han anunciat al Consell de l'Audiovisual de Catalunya l'exercici d'accions legals

contra Veritas i RAC1. Ateses les circumstàncies i en virtut del que preveu la Llei de procediment administratiu, el Decret 278/1993, de 9 de novembre i del principi *non bis in idem*, el Consell de l'Audiovisual de Catalunya tenia l'obligació d'abstenir-se en la tramitació de l'expedient de referència i procedir al seu arxiu fins que no recaigués resolució judicial ferma.”

Fonaments de dret

Primera. Sobre que la campanya publicitària analitzada no pot ser considerada com a publicitat enganyosa

El recurs potestatiu de reposició presentat per Radiocat XXI, SL, centra la seva argumentació, principalment, en una incorrecta apreciació i aplicació, per part del CAC, de l'article 20 de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial; això no obstant, sobta que d'entre les al·legacions presentades no inclogui cap referència, ni faci cap al·lusió a si la comunicació comercial dels supermercats Veritas disposa o no de la preceptiva declaració de propietats saludables específiques autoritzades, que en aplicació de l'article 44 de la Llei 17/2011, de 5 de juliol, de seguretat alimentària, estableix l'apartat 3 de l'article 10 del Reglament UE 1924/2006, de 20 de desembre de 2006.

En el cas que no disposi de la necessària declaració de propietats saludables específiques autoritzades –com així ha quedat acreditat– cal concloure que aquesta comunicació comercial, atès que transmet als consumidors la informació que el producte promocionat té efectes beneficiosos en relació amb la salut, en general, vulneraria els requisits que estableix el Reglament UE 1924/2006, de 20 de desembre de 2006, i en aquest sentit, resultaria d'aplicació el que estableix la lletra *d* de l'article 3 de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat, quan assenyalava que és publicitat il·lícita: “La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios”; normativa a la qual es remet l'article 18 de la LGCA per regular les comunicacions comercials prohibides.

D'altra banda, en relació amb l'aplicació de l'article 20 de la Llei 13/1991, de 10 de gener, de competència deslleial, hem d'afirmar que és doctrina reiterada del Tribunal Suprem (per totes, STS de 2 de setembre de 2015) la que estableix que “[...] Las prácticas engañosas por confusión presuponen que la conducta haya generado un riesgo de confusión y, además, que sea apta para afectar de forma significativa al comportamiento económico de los consumidores. [...]”. Sobre aquest concepte i la seva vinculació al supòsit analitzat, cal assenyalar el següent:

- I. la reglamentació en matèria de benestar animal¹ és d'aplicació a tot tipus de sistemes de producció sense distinció entre producció ecològica o convencional, per tant, la pastura extensiva dels animals no és exclusiva de la producció ecològica, es pot realitzar tant en la producció ecològica com en la convencional; i

¹ La Decisió de la Comissió de 24 de febrer de 1997, per la qual es modifica l'annex de la Directiva 91/629/CEE del Consell relativa a les normes mínimes per a la protecció de vedells; el Reial Decret 1047/1994, de 20 de maig, relatiu a les normes mínimes de protecció de vedells; el Reial Decret 229/1998, de 16 de febrer, pel qual es modifica el Reial Decret 1047/1994, de 20 de maig, sobre normes mínimes per a la protecció de vedells; i la Directiva 2008/119/CE, de 18 de desembre de 2008, relativa a les normes mínimes per a la protecció de vedells.

- II. la utilització d'hormones a la Unió Europea està prohibida per la Directiva 96/22/CE del Consell, de 29 d'abril de 1996, per la qual es prohibeix utilitzar determinades substàncies d'efecte hormonal i tirostàtic i substàncies β -agonistes. Aquesta directiva es va transposar al nostre marc legislatiu mitjançant el Reial Decret 2178/2004, pel qual es prohibeix l'ús de determinades substàncies d'acció hormonal o tirostàtica i betaagonista a animals d'explotació, que estableix les excepcions amb finalitats terapèutiques (per exemple, per induir la tocòlisi en vaques parteres) i zootècniques, i sempre sota control veterinari. L'excepció, en casos molt concrets, està relacionada amb animals reproductors, no amb animals de producció. Per tant, no es poden utilitzar hormones en animals de carn.

Vistes les consideracions anteriors, hem de concloure que la falca analitzada conté elements que, tant des del punt de vista de la publicitat comparativa com del risc d'eventual confusió i/o associació en la presentació dels productes i de la marca o nom comercial, com ara fer creure que el benestar animal o l'absència d'hormones en la carn dels animals per al consum, són un fet distintiu de la ramaderia ecològica, quan no és així, circumstàncies que poden ser susceptibles d'afectar el comportament econòmic dels consumidors; per la qual cosa, en aquests extrems, aquesta comunicació comercial pot constituir una pràctica enganyosa, en els termes de l'article 20 de Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial.

En aquest sentit, l'apartat 2 de l'article 92 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (LCA) assenyala que "Són il·lícites la publicitat enganyosa, la deslleial i la subliminar, en els termes establerts i definits per la legislació general sobre publicitat "; i la lletra e de l'article 3 de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat, reputa com a il·lícita "La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal".

En definitiva, ateses les argumentacions efectuades més amunt, cal desestimar l'al·legació relativa al fet que la campanya publicitària no pot ser considerada com a publicitat enganyosa.

Segona. Resolució desproporcionada

L'apartat 1 de la part dispositiva de l'Acord 46/2021, de 19 de maig, del Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, requereix el prestador de serveis de comunicació audiovisual Radiocat XXI, SL perquè "[...] no emeti la campanya publicitària dels supermercats Veritas, atès que conté elements que permeten qualificar-la com a publicitat il·lícita i, per tant, prohibida [...]".

El requeriment de cessament, que s'efectua a l'empara del que estableix l'apartat 2 de l'article 61 de la Llei 7/2010, de 31 de març, general de la comunicació audiovisual (LGCA), se circumscriu, com no pot ser d'altra manera, a la campanya publicitària (falca) analitzada, que és la que ha estat objecte de les queixes relacionades en l'apartat de fets d'aquest acord, i no pas al conjunt o pluralitat de campanyes publicitàries que pugui emetre el prestador en relació amb el mateix supermercat Veritas, atès que per tal de valorar si un contingut és susceptible de ser eventualment il·lícit, cal fer-ne, òbviament sempre, una anàlisi prèvia abans d'emetre'l.

Per la qual cosa, l'al·legació que apel·la a la desproporció, en una interpretació en què, erròniament, el prestador entén que abasta una campanya publicitària completa, en lloc de la campanya (falca) analitzada, que és objecte del requeriment, ha de ser desestimada.

Tercera. Eventual aplicació del principi *non bis in idem*

El principi *non bis in idem* és un dels principis fonamentals del dret penal espanyol i fa referència a la prohibició d'aplicar una doble sanció a un mateix subjecte per la comissió dels mateixos fets. Aquest principi és un reflex del principi de legalitat penal que recull l'article 25 de la Constitució espanyola, i la seva aplicació té lloc en aquells supòsits en què concorren fets que es poden considerar delictius des de la perspectiva del dret penal, i en conseqüència podrien comportar la imposició d'una sanció penal, però alhora, la comissió dels mateixos fets pot ser objecte, també, d'una infracció administrativa d'acord amb la tipificació de les infraccions establerta en el marc del dret administratiu.

De conformitat amb la doctrina del Tribunal Constitucional (per totes STC 126/2011, de 18 de juliol), la prohibició del *bis in idem* s'analitza des dels dos vessants següents:

1. la material (eficàcia *ex post*), que comporta la impossibilitat de sancionar administrativament un mateix subjecte, si ha estat prèviament sancionat penalment o administrativament pel mateix fet i amb el mateix fonament. Aquest vessant es relaciona amb el principi de proporcionalitat, atès que té per finalitat evitar una acció punitiva desproporcionada davant un comportament infractor determinat, i
2. la formal o processal (eficàcia *ex ante*) que prohibeix, igualment i davant la triple identitat de subjecte, fet i fonament, la duplicitat de procediments sancionadors.

Tots dos vessants són aplicables per regir les relacions entre l'ordenament penal i el dret administratiu sancionador, però també internament dins de cada ordenament, prohibint, en el cas d'existència d'identitat del subjecte, fet i fonament, la duplicitat de penes i de processos penals i la pluralitat de sancions administratives i procediments sancionadors (STC 77/2010, de 19 de octubre). És per això, que l'apartat 1 de l'article 5 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, preveu que "Si durant la substanciació del procediment sancionador s'aprecia la possible qualificació dels fets perseguits com a constituents de delictes o falta s'ha de passar el tant de culpa al Ministeri Fiscal, i s'ha de suspendre el procediment administratiu un cop l'autoritat judicial hagi incoat el procés penal que correspongui, si hi ha identitat de subjecte, fet i fonament. Així mateix, si l'Administració té coneixement per qualsevol mitjà que s'està seguint un procediment respecte del mateix fet, subjecte i fonament, suspensarà la tramitació del procediment sancionador".

Vist el significat d'aquest principi, invocat per la part recurrent, cal assenyalar que no resulta d'aplicació en relació amb l'Acord 46/2021, de 19 de maig, del Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, pels motius següents:

En primer lloc, perquè el requeriment de cessament que estableix l'apartat 2 de l'article 61 de la LGCA no es configura com una sanció administrativa, motiu pel qual el CAC no ha instruït ni ha resolt cap expedient sancionador, sinó que opera com a advertiment al prestador de serveis de comunicació audiovisual, atès que es tracta de comunicacions comercials elaborades per persones alienes al prestador mateix. En aquest cas, no incorre en responsabilitat administrativa, sempre que cessi en l'emissió d'aquesta comunicació comercial al primer requeriment de l'autoritat audiovisual.

I en segon lloc, perquè fins i tot en el negat supòsit que es pogués considerar una sanció administrativa, no es produiria la necessària coincidència en la identitat del subjecte; és a dir, l'eventual il·licitud que invoquen les entitats reclamants ho seria, en tot cas, en relació amb l'anunciant (supermercats Veritas), mentre que les actuacions efectuades en l'àmbit de la competència del CAC s'adrecen, únicament i exclusiva, al prestador de serveis de comunicació audiovisual.

En definitiva, ateses les al·legacions esmentades més amunt, l'eventual aplicació del principi *non bis in idem* no pot prosperar.

Per tot el que s'ha exposat, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya adopta, per 2 a favor i 1 vot en contra amb vot particular, el següent

ACORD

1. Desestimar el recurs potestatiu de reposició interposat per Radiocat XXI, SL, i confirmar l'Acord 46/2021, de 19 de maig, mitjançant el qual es va requerir l'esmentat prestador perquè no emetés la campanya publicitària dels supermercats Veritas, atès que contenia elements que permetien qualificar-la com a publicitat il·lícita i, per tant, prohibida.
2. Notificar aquest acord al prestador de serveis de comunicació audiovisual Radiocat XXI, SL.

Barcelona, 30 de juny de 2021

Roger Loppacher i Crehuet
President

Daniel Sirera Bellés
Conseller secretari